

**AKTUÁLNÍ PROBLÉMY
REKODIFIKACE ČESKÉHO
TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO**

***PROBLEMATIC ISSUES OF
UPCOMING RECODIFICATION
OF THE CZECH CRIMINAL
PROCEDURE***

CONSTITUTIONALIZATION AND INTERNATIONALIZATION OF THE LITHUANIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

RIMA AŽUBALYTĖ

Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of Criminal
Procedure, Lithuania

Abstract

The tendencies of the development of the Lithuanian criminal procedure within the recent twenty years, after Lithuania has regained its independence, are analyzed in the present article. The main factors which influence lawmaking in the sphere of criminal procedure as well as in the application of the criminal procedure norms are discussed. The constitutional imperatives and the human rights, fixed in international and the European Union agreements as the main factors determining the evolution of the law of criminal procedure are reviewed. It is stated that earlier, while amending or supplementing the Code of Criminal Procedure, the utmost attention used to be drawn to the legal tradition of the state, whereas the legal norms of the modern criminal procedure must be subordinated to the principles fixed in the Constitution. After having briefly reviewed the main tendencies of the development of criminal procedure, i.e. the constitutionalization and internationalization - europeanisation, the following conclusion is drawn: the mentioned tendencies have been producing a significant impact on the evolution of the Lithuanian criminal procedure after the restoration of independence and accession to the international treaties. However, the systemic and critical viewpoint towards the impact of the European Union law on the national law of criminal procedure is still missing.

Key words

Criminal procedure; constitutionalization of criminal procedure; internationalization of criminal procedure; europeanisation of criminal procedure.

Introduction

After the restoration of independence of Lithuania, the reform of the legal system served as one of the challenges for the young state. It is natural that the Code of Criminal Procedure (hereinafter referred to as the CCP) as well as other codes which were adopted in the middle of the twentieth century remained to exist but constantly supplemented and amended. However, the majority of the researchers of criminal procedure perceive that if social reality changes, the attitude towards criminal deeds and the procedure of their investigation and hearing, for the regulation of which new criminal

laws and criminal procedure laws are necessary, will change as well. In spite of the fact that the majority of the criminal procedure institutions were already reformed in the course of the validity of the old CCP (for example, regulation of the application of procedural compulsory measures, particularly, the arrest and of the accused person's legal status used to be coordinated in compliance with international standards) and the new legal regulation (for example, the appeal and the cassation, the judicial control of the pre-trial investigation) was created, the adoption and the entry into force of the new CCP can be considered as the end of a certain stage of the development of the law of criminal procedure of Lithuania and as the beginning of the next stage. The creation of the law of criminal procedure has not only ceased with the adoption of the new CCP¹, but has, actually, started because the decisions of individual nature (including the ones which are adopted in the course of the implementation of criminal procedure) activate the provisions of the primary sources of law, i.e. hitherto, the corresponding norms or principles used to be formally in force, while at present they also operate, namely, they are provided with possibilities for implementation.² As the legal regulation of criminal procedure changes and new institutions or norms of criminal procedure appear, it is usually presumed that they are subordinated according to the principles of criminal procedure; the latter, in their turn, must be interpreted to assist in the single-minded striving for the assignment of criminal procedure. The assignment and aims of the positive criminal procedure, in their turn, are dynamic and are influenced by certain tendencies of the development of law. However, after the restoration of independence of Lithuania, the same tendencies which were formed and noticed in the democratic states in the middle of the twentieth century (constitutionalization, internalization- europeanisation of the ordinary law and differentiation of procedural forms³) started to influence the evolution of the law of criminal procedure. The impact of the historically formed model of criminal procedure on the modern law of criminal procedure remains,⁴ in spite of the noticeable convergence of the

¹ Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania. *Official Gazette*. 2002, 37(1341).

² Kūris, E. Konstituciniai principai ir konstitucijos tekstas [The Constitutional Principles and the Text of the Constitution]. *Jurisprudencija*. 2002, 23(15): 48. Not only practice of the application of the CCP is being formed, but the law itself is being altered, supplemented and improved. See Ancelis, P. Baudžiamojo proceso vystymosi tendencijos po 2003 m. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso įsigaliojimo [Trends of the Development of Criminal Procedure after the Entry into Force of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania in 2003]. *Jurisprudencija*. 2008, 6(108): 32–40.

³ Analogous tendencies of the private law and of the civil procedure are much more discussed, at least in Lithuania. These items do not serve as the object of scientific investigations in the doctrine of criminal procedure.

⁴ Tak, P. Bottlenecks in international police and judicial cooperations in the EU. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000, 8/4: 353–356; Shejfer, S. A.

systems of criminal procedure which are based on different models.⁵ However, at present the constitutional imperatives and the international imperatives of the human rights standards determine, essentially, the perception and interpretation of the assignment of the modern criminal procedure.

These tendencies inevitably produce a larger and larger impact on the creation, interpretation and application of the norms of the Lithuanian law of criminal procedure. The following conclusion is to be drawn: while laying the foundations of the national law of criminal procedure, the evolution of the criminal procedure of the modern lawful states must be modeled and perceived, and, despite of choosing the historically formed adversarial or inquisitorial model, such criteria of evaluation as the Constitution and the international (also the European Union) standards of the protection and defense of human rights, must be chosen.

Herein, the following tendencies of the development of criminal procedure are analyzed by applying the method of systemic analysis, the historical and comparative methods as well as the method of analysis of jurisprudence, i.e. constitutionalization, internationalization and europeanisation.

The Constitution and the Law of Criminal Procedure

The criminal procedure in Lithuania as well as in other countries which keep to the continental law tradition is usually attributed to the historically formed theoretical model of investigative procedure. However, within recent centuries the almost indisputable position that the Constitution serves as the grounds for the legal system as well as for the law of criminal procedure is developed in the democratic states. The fundamentals are formed in the Constitution and in international treaties as well as in the European Union (hereinafter referred to as the EU) primary and secondary law, which consolidate the human rights and the mechanisms of their protection; being ruled by these principles, the legislator models the definite rules of criminal procedure. The strive for an open, just, and harmonious civil society and law-governed state established in the Preamble to the Constitution presupposes that every individual and society as a whole must

Kuda dvizheta Rosijskoje sudoproizvodstvo (Razmyshlenie po povodu vektorov razvitija ugovno-procesualnovo zakonodatelstva) [Where do the Russian Legal Proceedings Move to (Reflections on Account of the Vectors of the Development of the Criminal-Procedural Legislation)]. *Gosudarstvo i pravo*. 2007, 1: 34; Swoboda, S. A Normative theory of criminal procedure. *Criminal Law Forum*. 2007, 18: 168.

⁵ Trechsel, S. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, 2005, p. 5; Amann, D. M. Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context. *Indiana Law Journal*. 2000, 75: 825–838; Swoboda, S. A., *supra* note 4, p. 157–158.

be safe from unlawful conduct against them.⁶ The purpose of the state as a political organisation of the entire society is to ensure human rights and freedoms and to guarantee the public interest; therefore, while exercising its functions and acting in the interests of the entire society, the state has the obligation to efficiently ensure effective protection of human rights and freedoms as well as other values protected and defended by the Constitution of every individual and the whole society.⁷ Thus, the obligations of a state, which arise from the Constitution to ensure the security of each person and all society from criminal attempts implies not only the right and duty of the legislator to define criminal deeds and establish criminal liability for them by means of laws, but also the right and duty to regulate relations regarding detection and investigation of criminal deeds and consideration of criminal cases, i.e. the relations of criminal procedure.⁸

However, the purpose of criminal procedure and its separate norms, prior to the preparation of the new code and its adoption in the doctrine of criminal procedure as well as in the judiciary practice, used to be analyzed by circumventing the analysis of the provisions of the Constitution as an integral act. The provision that the Constitution serves as the basis of the legal system is undisputable in legal literature; thus, other branches of law and other legal institutions must be analyzed as the development of the principles and ideas fixed in the Constitution.⁹ The Constitution cannot be interpreted following the ordinary law;¹⁰ it means that it is exactly the interpretation of the ordinary law that must be substantiated by the provisions of the Constitution. However, some years ago it was possible to fully accept the opinion that the problems of separate branches of law used

⁶ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 8 May 2000. *Official Gazette*. 2000, 39(1105).

⁷ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 29 December 2004. *Official Gazette*. 2005, 1(7).

⁸ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 16 January 2006. *Official Gazette*. 2006, 7(254).

⁹ Mikelėnas, V. Lietuvos Respublikos Konstitucija Lietuvos bendrosios kompetencijos teismų praktikoje. Konstitucijos aiškinimas ir tiesioginis taikymas [The Constitution of the Republic of Lithuania in the General Competence Court Practice. Interpretation and Direct Application of the Constitution]. *Baltic and Scandinavian countries' conference material. 15-16 March 2002, Vilnius*, p. 133.

¹⁰ Kūris, E. Europos Sąjungos teisė Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje: sambūvio algoritmo paieškos. [The EU Law in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania: Search for the Algorithm of Coexistence]. In: Katuoka, S. (ed.), *Teisė besikeičiančioje Europoje. Liber Amicorum Pranas Kūris*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008, p. 677–678.

to be analyzed in isolation from the constitutional context.¹¹ The abundant jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (hereinafter referred to as the Constitutional Court) of the recent years (in which much attention was drawn to the general model of the constitutional criminal procedure, to the system of the principles of criminal procedure, to the items of separate proceedings of criminal procedure and of the constitutionality of separate norms of criminal procedure¹²) as well as the latest scientific research into criminal procedure¹³ allow to state that an analysis of criminal procedure at least on the doctrinal level is impossible without an analysis of the context of the Constitution. The definite rulings passed by the Constitutional Court regarding the law of criminal procedure have at least the ternary impact: firstly, if a norm (or several norms) of criminal procedure is acknowledged as contradictory to the Constitution, it is not applied; secondly, if the norm which is argued about is not acknowledged as contradictory to the Constitution, the provisions stated in the motivation part of the ruling of the Constitutional Court are usually serviceable for interpretation of the norms of criminal procedure; and thirdly, the whole jurisprudence of the Constitutional Court is helpful for the scientific doctrine which investigates the law of criminal procedure.

Internationalization of the Lithuanian Criminal Procedure

The beginning of the internationalization of the Lithuanian criminal procedure is to be related with the ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the Convention)¹⁴. But the striking changes of the Lithuanian

¹¹ Abramavičius, A.; Jarašiūnas, E. Konstitucinė dimensija baudžiamojoje teisėje [The Constitutional Dimension in the Criminal Law]. *Teisė*. 2004, 53: 9.

¹² For more information about the decisions passed by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania related to the criminal procedure, see Jurgaitis, R. Konstituciniai baudžiamojo proceso teisės pagrindai [Constitutional Fundamentals of the Criminal Procedure Law]. In: Ancelis, P.; Ažubalytė, R., et al. *Sąžiningas baudžiamasis procesas: probleminiai aspektai* [Fair Criminal Procedure: Problematical Dimensions]. Vilnius: Industrus, 2009, p. 17–60; The Constitutional court of the Republic of Lithuania. Rulings, decisions and conclusions. [interactive] [accessed 20-11-10]. http://www.lrkt.lt/Documents1_e.html

¹³ Jurgaitis, R. *ibid*, p. 17–60; Merkevičius, R. *Baudžiamasis procesas: įtariamojo samprata*. [Criminal Procedure: Conception of the Suspect]. Vilnius: Registrų centro Teisinės informacijos departamentas, 2008, p. 29–119; Ažubalytė, R., *Alternatyvūs baudžiamojo konflikto sprendimo būdai nagrinėjant bylą teisme* [Alternative Methods of Resolving a Criminal Conflict in Judicial Proceedings]. *Jurisprudencija*. 2008, 6(108): 42–43; Goda, G. *Baudžiamojo proceso forma: optimalių procesinių taisyklių paieškos galimybės ir ribos* [The Form of the Criminal Procedure: the Possibilities and Limits of the Search for the Optimal Procedural Rules]. *Teisė*. 2007, 65: 54–58.

¹⁴ Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Official Gazette*. 1995, 40(987).

criminal procedure related to the international standards of criminal procedure dealing with human rights and their restriction occurred later. They are to be related to the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECHR). It has been changing from the sceptical attitude towards the possibility of direct application of the Convention in the spheres of criminal procedure and criminal law¹⁵ to its perceptible impact on lawmaking in the sphere of criminal procedure and changes in practical application of the CCP.

The Constitutional Court's acknowledgement that the ECHR jurisprudence is the source of interpretation of the Lithuanian law,¹⁶ the started process of fixing the precedent in Lithuania¹⁷ and, finally, the LR Supreme Court's practice to follow the ECHR jurisprudence while motivating decision-making in criminal cases, allow to state that this tendency intensifies.

Well known that the Strasbourg organs have stressed that they have no mandate to act as a court of fourth instance: it is not their task to ascertain whether the domestic law at issue has been correctly applied or whether the facts have been correctly established.¹⁸ Despite of the Convention has had a very important effect on the development of criminal procedure law, the responsibility of implementing the Convention falls to the national authorities.

While analyzing the impact of the ECHR jurisprudence on the Lithuanian law of criminal procedure and its application, it is possible to talk about the consequences of the cases lost v. Lithuania and about the impact of the whole ECHR case-law on the Lithuanian criminal procedure.

Soon after the ratification of the Convention, the lost case, in which an infringement of the Convention was stated, influenced both lawmaking and practice of application of the norms of criminal procedure. There, the alterations of the CCP related to the participation of the judge in the detention procedures were adopted after the lost cases; Jėčius' case¹⁹ determined the cancellation of preventive detention as contradictory to Article 5 of the

¹⁵ The conclusion of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 24 January 1995. On the compliance of Articles 4, 5, 9, 14 as well as Article 2 of Protocol No 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with the Constitution of the Republic of Lithuania. *Official Gazette*. 1995, 9(199).

¹⁶ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 8 May 2000.

¹⁷ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 28 March 2006. *Official Gazette*. 2006, 36(1292); The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 24 October 2007. *Official Gazette*. 2007, 111(4549).

¹⁸ Trechsel, S. *supra* note 5, p. 83-84.

¹⁹ Jėčius v. Lithuania, No. 34578/97.

Convention; the decision made in the case of *Birutis and others v. Lithuania*²⁰ served as an impulse to change the procedure of the interrogation of anonymous witnesses, which failed to secure the accused person's right to question the witnesses. Later the ECHR used to state the infringements which were conditioned not by the law but by certain practice more often: the requirement of the right to trial within a reasonable time was once again stressed by the ECHR in the case of *Šleževičius v. Lithuania*²¹; the reasonableness of the length of detention was analyzed in the case of *Stašaitis v. Lithuania*²²; the infringements of the presumption of innocence in were revealed in the case of *Butkevičius v. Lithuania*²³; the ECHR position regarding the application of the undercover agents was explained in the case of *Ramanauskas v. Lithuania*²⁴.

Not only the decisions made in the cases against Lithuania, but also the rest ECHR jurisprudence influence the improvement of the CCP and the practice of its application: recently the rules on the inquiry of children (Article 186 of CCP) were changed following the criteria formed by the ECHR.

The influence of EU law to the Lithuanian Criminal Procedure Law

The legal system experienced significant changes in the year 2003, when Lithuania joined the EU. Europe's values, as the integral factor of the EU, influence directly the evolution of the EU law because they get 'juridized'. The tendencies of the development of the national law of the EU Member States are not only the state's own 'concern'.²⁵ The creation of the space for freedom, security and justice serves as one of the most important EU goals. However, while talking about the EU influence on the regulation of criminal justice, it must be noted that the scholars²⁶ as well as the European Court of Justice²⁷ keep to the standpoint that, as a rule, neither the criminal law, nor the law of criminal procedure are the subject of the EU general competence,

²⁰ *Birutis and Others v. Lithuania*, No. 47698/99, 48115/99.

²¹ *Šleževičius v. Lithuania*, No. 55479/00.

²² *Stašaitis v. Lithuania* (dec.), No. 47679/99.

²³ *Butkevičius v. Lithuania* (dec.), No. 48297/99, ECHR 2002-II.

²⁴ *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], No. 74420/01.

²⁵ Krehl, Ch. Reforms of the German criminal code - stock-taking and perspectives - also from a constitutional point of view. *German Law Journal*. 2003, 4(5): 421–431.

²⁶ Safferling, Ch. J. Europe as transnational law – a criminal law for Europe: between national heritage and transnational necessities. *German Law Journal*. 2009, 10(10): 1383–1398; Kaiafa-Gbandi, M. The development towards harmonization within criminal law in the European Union – a citizen's perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2001, 9(4): 241, 262.

²⁷ Case C-176/03 *Commission of the European Communities v. Council of the European Union* [2005] ECR, Paragraph 47; Case 226/97 *Lemmens* [1998] ECR I-3711, Paragraph 19; Case 203/80 *Casati* [1981] ECR 2595, Paragraph 27.

but the law of the European Community can provide certain principles and limits of regulation. Though the demand for close cooperation in the course of criminal procedure really exists,²⁸ the tendency of the europeanisation of criminal procedure²⁹ used to be not so strong.

The influence of EC law is felt through both the legislation (treaty, directives and regulations) and through regulating effect of the case-law of the Community courts (Court of Justice and Court of First Instance)³⁰.

At present, the influence of the EU law is noticed only in several spheres of criminal procedure³¹, i.e. while securing cooperation in criminal cases; while fixing the minimal standards regarding the execution of orders freezing property or evidence; while ensuring mutual recognition of the decisions in criminal cases as well as while unifying the minimal rights of the persons participating in a criminal procedure.³² The thought is that the mutual recognition will eliminate the need for extensive and detailed harmonisation of national criminal (procedural) law. It is, however, recognised that a certain harmonisation of criminal procedural law will be

²⁸ Schomburg, W. Are we on the road to a European law-enforcement area? International cooperation in criminal matters. What place for justice? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000, 8(1): 51–60.

²⁹ The term used within the EC is not the Europeanisation of criminal law, but the Europeanisation of national enforcement law.

³⁰ Vervaele, J. A.E. European Criminal Law and General Principles of Union Law. *Research papers in law*. 2005, 5: 3. [interactive] [accessed 13-11-10]. <http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=lawpapers>

³¹ Kokott, J. European Criminal Law before and after the Treaty of Lisbon. In: Katuoka, S. (ed.), *Teisė besikeičiančioje Europoje. Liber Amicorum Pranas Kūris*. Vilnius: Mykolas Romeris universitetas, 2008, p. 655; Safferling, Ch. J., *supra* note 26, p. 1391.

³² Regulation of certain items of criminal procedure has already started on the grounds of the Council Framework Decision which serve as the addenda to the LR CPC published in the *Official Gazette* of the Republic of Lithuania: 2001/220/JHA: Council Framework Decision 2002/584/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. *Official Journal L*. 2001-03-22, 82(1); Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision. *Official Journal L*. 2002-07-18, 190 (1); Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims. *Official Journal L*. 2004-08-06, 261(15); Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence. *Official Journal L*. 2003-08-02, 196(45); Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties. *Official Journal L*. 2005-03-22, 76. Other items are being discussed in: *Green Paper from the Commission Procedural Safeguards for Suspect and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union* [interactive] [accessed 01-05-09]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2003/com2003_0075en01.pdf>.

necessary, namely the minimum standards that will enable mutual recognition.³³ Due to mutual recognition and the resulting elaboration of transnational European criminal law harmonisation also increasingly involves criminal procedural law.³⁴ National criminal law and criminal procedural law may need to be modified where national rules are incompatible with Community law (negative integration), or national criminal law and criminal procedural law may also need to be modified because Community law must be enforced effectively (positive integration).³⁵

It must be added that recently the traditional criminal paradigm is being supplemented by the elements of the restorative justice model.³⁶ Though the legal regulation of the victims' status has not been causing significant problems in the Lithuanian criminal procedure law, the scientific doctrine also pays much attention to the victim of the criminal deed; however, the EU documents³⁷ speeded up the real paces in the sphere of lawmaking, namely, the law on the compensation to crime victims of violent crimes was adopted.³⁸

On the other hand, it must be acknowledged that the mentioned decisions of the European Court of Justice and the Member States' duty to secure the implementation of the provisions of the EU directives³⁹ by the selected method⁴⁰ as well as the Lisbon Treaty⁴¹ consolidate the europeization of the EU Member States' (including Lithuania) criminal procedure.

³³ Vervaele J.A.E. The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration. *Research papers in law*. 2005, 3: 16. [interactive] [accessed 13-11-10]. <http://www.coleurop.be/template.asp?page=lawpapers>

³⁴ *Ibid*, p. 19.

³⁵ *Ibid*, p. 5.

³⁶ Doak, J. Victims' rights in criminal trials: prospects for participation. *Journal of Law and Society*. 2005, 32(2): 315.

³⁷ Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. *Official Journal L*. 2001-03-22, 82(1); 2002/584/JHA.

³⁸ The law of the Republic of Lithuania regarding the compensation to crime victims of violent crimes. *Official gazette*. 2008, 137(5387).

³⁹ Kaiafa-Gbandi, M., *supra* note 26, p. 249.

⁴⁰ Case C-105/03 Pupino [2005] ECR I-05285, Paragraphs 44-45; Cases C-74/95 and C-129/95 X [1996] ECR I-6609, paragraph 24, Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 *Berlusconi and Others* [2005] ECR I-0000, paragraph 74.

⁴¹ Safferling, Ch. J., *supra* note 26, p. 1392.

Thus, in spite of quite mordant discussions of scientists and the complex lawmaking processes, the increased EU attention towards the criminal justice⁴² allows to state that the tendency of the europeization of the national criminal procedure will intensify. It can be forecasted that the spheres, in which the provisions regarding the national criminal procedure will be unified, are as follows: the minimal procedural safeguards granted to the participants of the procedure (the suspect, the victim and the witness) and the efficiency of the criminal procedure with regard to the protection of the EU interests. It can be stated that in fact the Commission aims at minimum harmonization of human rights protection in criminal proceedings across the Member States. As some authors say „direct harmonisation, the regulation of transnational cooperation and the continued development of European enforcement bodies <..> have put Europe in the picture for the everyday practice of criminal law“⁴³.

In summary, it must be stated that the process of the europeanisation and internationalization of the criminal procedure in Lithuania has started not long ago and is awaiting the scientific assessment.⁴⁴ But the Constitutional jurisprudence⁴⁵ of the European countries as well as scientific research⁴⁶ allow forecasting that the ‘single-sided’ transfer of the EU law into the Lithuanian law, may convert into an adjustment of the EU values to the constitutional values of the criminal procedure of Lithuania.

Conclusions

⁴² The **Stockholm Programme** - an open and secure Europe serving and protecting the citizens. **Approved by the European Council on 10-11 December, 2009.**

⁴³Vervaele, J.A.E. *supra* note 33, p. 23.

⁴⁴ No scientific research into this issue was carried out in Lithuania. The doctrine of the Lithuanian criminal law contains the discussions about the impact of the EU law on the Lithuanian criminal law, see Abramavičius, A., Mickevičius, D.; Švedas, G. *Europos Sąjungos teisės aktų įgyvendinimas Lietuvos baudžiamajoje teisėje* [Implementation of the EU Law in the Lithuanian Criminal Law]. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2005; Švedas, G. *Europos Sąjungos įtaka Lietuvos baudžiamajai teisei* [The influence of EU Law to the Lithuanian Criminal Law]. *Teisė*. 2010, 74: 7-20. However, these issues are widely discussed in Europe. See: Rackow, P.; Miller, D. Literature on the internationalisation and europeanisation of criminal law. *Criminal Law Forum*. 2008, 19: 265–275.

⁴⁵ Pollicino, O. European arrest warrant and constitutional principles of the Member States: a case law-based outline in the attempt to strike the right balance between interacting legal systems. *German Law Journal*. 2008, 9(10): 1314.

⁴⁶ *Ibid.* p. 1313-1355; Kūris, E., *supra* note 10, p. 669–704; Safferling, Ch. J., *supra* note 26, p. 1383–1398; Vervaele, J.A.E. *supra* note 33, Vervaele, J.A.E. *supra* note 30, Kratochvil, V. A Treaty of the Constitution for Europe and the starting points for the „European criminal law“. *Legal studies and practice journal*. 2006, 4: 414-427. *etc.*

Though the impact of the historically formed model of criminal procedure on the national law of criminal procedure persists, it is strongly influenced by the common tendencies of the evolution of the Western law. After the restoration of independence of Lithuania, the tendencies, which were much earlier noticed in the democratic states, i.e. constitutionalization, internationalization- europeanisation of the ordinary law and differentiation of the procedural forms, started to influence the evolution of the law of criminal procedure.

The decisions passed by the Constitutional Court in the cases dealing with the constitutionality of the laws of criminal procedure not only eliminate the provisions which are at variance with the Constitution, but also form the constitutional grounds for the law of criminal procedure and become an important source for the interpretation of the norms of criminal procedure.

The international standards started to influence the law of criminal procedure after Lithuania had joined the international treaties and had entered the European Union. Nonetheless, the increasing impact of the ECHR jurisprudence and EU activities in the sphere of the harmonization of criminal justice are to be evaluated as a certain measure of securing the human rights in criminal procedure and not as the footing of the common (unified) European criminal procedure.

Contact – email

r.azubalyte@gmail.com

THE NORMS OF THE INTERNATIONAL LAW AND THE IMPLEMENTATION IN THE NATIONAL CRIMINAL CODE

GRIGORIY BELOKON

Voronezh State University, Russian Federation

Abstract

The article considers statements earlier adopted as well as functioning international laws. Different states codes are disguised. It is proposed to subdivide orders and regulations on types and unite them in one article according to the law prescription. In the conclusion the author finds it necessary to consider crimes against to law to be regarded within jurisdiction of International Criminal court. This deals always with crimes that have no period of validity.

Key words

Criminal code; Prescription of law; An order of a superior; Illegal act; Implementation.

Исполнение предписания закона и приказа органа власти как обстоятельство, позволяющее освободить лицо от уголовной ответственности, получило свое закрепление в нормах международного уголовного права по окончании Второй мировой войны.

Исполнение распоряжения своего правительства или приказа начальника первоначально не рассматривалось как основание для освобождения от уголовной ответственности. Статья 8 Устава Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников Европейских стран оси 1945 года (Нюрнбергский трибунал) предусматривала за такие действия лишь смягчение наказания, если Трибунал признает, что этого требуют интересы правосудия. Аналогичным образом решался этот вопрос в статье 6 Устава Международного военного трибунала для Дальнего Востока 1950 года [Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, с. 80, 167].

Однако, в 1950 году Комиссия по международному праву ООН в принятых Принципах международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решениях этого Трибунала, указала, что исполнение приказа своего правительства или начальника не освобождает лицо от ответственности по международному праву, если сознательный выбор был фактически для него возможен. Причем, перечень военных преступлений, преступлений против мира и человечности, к которым применялись

эти положения, был достаточно ограниченным [Общая часть уголовного кодекса..., с. 146].

В дальнейшем Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка 1979 года, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года, Римский Статут Международного уголовного суда 1998 года, Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственного исчезновения 2006 года, Устав Международного Трибунала по бывшей Югославии 1993 года, Устав Международного Трибунала по Руанде 1994 года установили, что никакие приказы государственной власти или вышестоящего начальника, не могут служить оправданием преступлений геноцида и преступлений против человечности, насильственных исчезновений, а также пыток и других жестоких бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, нарушения законов или обычаев войны, серьезных нарушений Женевских Конвенций 1949 года [Общая часть уголовного кодекса..., с. 147 – 149].

Таким образом, в международно-правовых актах предлагаются не совсем соответствующие друг другу варианты регламентации исполнения предписаний закона и приказа органа власти, как основания для освобождения от уголовной ответственности. В связи с этим и варианты их имплементация в национальное уголовное законодательство также не отличаются сходством положений.

В теории права обращается внимание на возможность осуществления имплементации по нескольким направлениям [Князькина А. К., с. 31 – 32; Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права, с. 58 – 59; Международное уголовное право, с. 42 -43].

Во-первых, наиболее простым представляется решение о полном текстуальном воспроизведении норм международного права в национальном законодательстве. Это обусловлено непрерывным возрастанием значения международного права и права Европейского союза для усиления международных взаимосвязей в области уголовного права. Например, в Германии не только ратифицирован Римский статут Международного уголовного суда, но и принят в 2002 году Кодекс международного уголовного права, который полностью имплементировал в немецкое уголовное право составы преступных деяний, предусмотренных в Статуте, а также положения о приказах начальника и предписаниях закона [Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия, с. 10].

Вторым направлением является расширение содержания международно-правовой нормы при формулировании внутригосударственного уголовно-правового запрета, то есть ограничение действий по исполнению приказа или распоряжения

начальника, как исключаящих преступность деяния. Так Римский Статут Международного уголовного суда связывает явную незаконность приказа и соответственно наступление уголовной ответственности за его выполнение с совершением преступлений против человечности или геноцида. И не предусматривает это для приказа о совершении военных преступлений, а лишь указывает на возможность наступления уголовной ответственности, в случае если лицо знало о незаконности приказа. В то же время в Уголовном кодексе Латвийской республики 1998 года предусмотрена безусловная ответственность за выполнение приказа или распоряжения при совершении не только преступлений геноцида, против человечества и мира, но и военных преступлений [Уголовный кодекс Латвийской республики, с. 72 -73].

Третье направление выражается в сужении содержания международно-правовой нормы при формулировании уголовно-правового запрета национальным законодательством, то есть расширении применения исполнения закона или приказа власти, как обстоятельства, исключаящего преступность деяния. Применительно к ст. 33 Римского Статута Международного уголовного суда исполнение предписаний закона рассматривается только как обязательный приказ правительства, на совершение определенных деяний. В то же время ст. 122-4 Уголовного кодекса Франции 1992 года устанавливает, что не подлежит уголовной ответственности лицо, совершившее действия, не только предписанные, но и разрешенные положениями закона или постановления [Крылова Н. Е., с. 61]. То есть речь идет о наличии у лица не только юридической обязанности, но и права на исполнение предписаний закона.

Нельзя сказать, что только текстуальное воспроизведение нормы международного права в национальном уголовном законодательстве полностью соответствует требованиям имплементации. Как расширенные, так и суженные варианты имплементации допустимы. Более того, они позволяют учитывать особенности, специфику, традиции имплементирующего государства. Важно лишь чтобы изменения не меняли сущности имплементируемой нормы.

При имплементации важно обеспечить соответствие национального уголовного закона международным актам, определяющим преступность деяния. Следовательно, для обстоятельств, исключаящих преступность деяния, необходимо четко зафиксировать в каких случаях они не действуют, то есть когда исполнение закона или приказа власти становится преступным.

Проведенный анализ международно-правовых актов и вариантов их имплементации в национальное уголовное законодательство показывает, что исполнение явно (заведомо) незаконных приказов власти не дает основания для освобождения от уголовной

ответственности. Международно-правовые акты в регламентации ответственности за исполнение незаконного приказа исходят из концепции «умных штыков»: лица, совершающие преступления при исполнении явно для них незаконного приказа, должны подлежать уголовной ответственности, а начальник должен нести ответственность за совершенные преступления при исполнении отданного им незаконного приказа в любом случае [Кибальник А. Г., с. 112 -115; Зимин А. П., с. 35 -37].

Явная (заведомая) незаконность приказа связана с требованием совершить деяния, очевидная преступность которых не вызывает сомнения у любого исполнителя. К таким деяниям в соответствии с действующими международно-правовыми актами можно отнести преступления геноцида, преступления против человечности, обособленно включающие насильственные исчезновения, пытки и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие человеческое достоинство виды обращения и наказания, а также нарушение законов или обычаев войны, серьезное нарушение Женевских Конвенций 1949 года. Ранее действовавшие международно-правовые акты относили к ним, наряду с преступлениями против человечности, военные преступления и преступления против мира. В проектах международно-правовых актов таковыми считаются преступления против мира и безопасности человечества, включающие преступления геноцида и военные преступления.

Можно сказать, что в настоящее время вопрос об определении круга деяний, относимых к преступлениям против мира и безопасности человечества, остается пока нерешенным в международном праве, а следовательно, отсутствует и надлежащая нормативная база и для определения их в национальном уголовном законодательстве. И в последние годы наметилась тенденция к расширению перечня международных преступлений за счет преступлений международного характера (терроризм, пиратство, незаконный оборот наркотических средств) [Наумов А. В., с. 51 -52].

В этой связи варианты имплементации данных преступлений в национальное законодательство могут быть различными. Например, в Уголовный кодекс Российской Федерации 1996 года включена глава 34 о преступлениях против мира и безопасности человечества, содержание которой связано с участием России в международных конвенциях и признанием их положений. К этим преступлениям относятся геноцид, планирование, подготовка, развязывание и ведение агрессивной войны, применение запрещенных средств и методов ведения войны, наемничество и другие преступления. В Уголовном кодексе Украины 2001 года содержатся не только преступления против мира, безопасности человечества, но и против международного правопорядка, например, пиратство [Уголовный кодекс Украины, с.

370 – 376]. В Уголовном кодексе Франции 1992 года закреплены преступления геноцида и другие преступления против человечества, например, депортация, обращение в рабство [Уголовный кодекс Франции, с. 166].

Но какой бы вариант международно-правовой регламентации указанных преступлений не имплементировался в национальное уголовное законодательство, в любом случае речь идет о презумпции преступности приказа на совершение таких деяний, в связи с чем исполнитель не должен освобождаться от ответственности.

Естественно явная (заведомая) незаконность приказа регламентируется на международно-правовом уровне применительно лишь к определенной группе указанных международных преступлений. Имплементация этих положений в национальное законодательство должна носить расширенный характер и распространяться на заведомо незаконные приказы о совершении любых преступлений.

Например, в соответствии со статьей 122-4 Уголовного кодекса Франции 1992 года не подлежит уголовной ответственности лицо, совершившее действие по приказу законной власти, за исключением случаев, когда такое действие явно незаконно [Уголовный кодекс Франции, с. 80]. В соответствии со статьей 34 йюд гимел Закона об уголовном праве Израиля 1977 года лицо не будет подлежать уголовной ответственности за деяние совершенное им по указу уполномоченного органа управления, которому лицо обязано было по закону подчиняться, за исключением того, когда указ являлся заведомо незаконным [Закон об уголовном праве Израиля, с. 57]. В соответствии со статьей 42 Уголовного кодекса Российской Федерации лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения, несет уголовную ответственность на общих основаниях.

В тоже время, процесс имплементации не должен осуществляться без учета положений, выработанных международным уголовным правом и закрепленных в международных актах. Тем более, что Конвенции о борьбе с конкретными преступлениями признаны многими государствами мира. Думается, что в национальном законодательстве не должна быть оставлено без внимания явная незаконность приказов власти о совершении таких преступлений. Однако речь должна идти не о всех конвенционных преступлениях, а только об отнесенных к юрисдикции Международного уголовного суда (трибунала), на которые не распространяются сроки давности привлечения к уголовной ответственности. Как правило, указанные преступления имплементированы в национальное законодательство в отдельную главу под соответствующим названием.

Так, например, в Уголовном кодексе Франции 1992 года в разделе о преступлениях против человечества в статье 213-4 специально оговаривается невозможность применения статьи 122-4 об исполнении положений закона или приказа законного органа власти, как основания освобождения от уголовной ответственности [Уголовный кодекс Франции, с. 169]. В статье 34 Уголовного кодекса Латвийской республики предусмотрено безусловное наступление уголовной ответственности за выполнение приказа или распоряжения о совершении преступлений против человечества и мира, военных преступлений и геноцида [Уголовный кодекс Латвийской республики, с. 72 – 73].

Обращает на себя внимание еще одно противоречие в международном уголовном праве, связанное с фактической возможностью сознательного выбора лица при исполнении явно незаконного приказа органа власти. Такая возможность предусматривалась в Принципах международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в его решениях [Общая часть уголовного кодекса..., с. 146]. В первоначальной редакции проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества говорилось о наличии у лица возможности в условиях того времени не исполнять приказ о совершении указанных преступлений [Российская юстиция, с. 52]. Предоставление указанными актами исполнителю приказа возможности выбора привело к появлению в юридической литературе утверждения, что ни в Уставе и Приговоре Нюрнбергского трибунала, ни в последующих уголовно-международных актах императивно не закреплена обязанность под страхом наказания не исполнять явно преступный приказ [Михайлов В., с. 69].

Однако в настоящее время это не соответствует действительности. В Римском Статуте Международного уголовного суда возможность освобождения от ответственности за выполнение явно незаконного приказа о совершении акта геноцида или любого преступления против человечности не предусмотрена ни при каких обстоятельствах. Аналогичное требование содержится в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и в Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственного исчезновения. А возможность лишь смягчения наказания в этих случаях оговаривается в Уставах Международных военных трибуналов Нюрнбергского и для Дальнего Востока, Международных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде. Кроме того, новая редакции проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества не предусматривает возможность освобождения лица от ответственности за исполнение приказа своего правительства или начальника при совершении этих преступлений, допуская лишь смягчение наказания [Общая часть уголовного кодекса..., с. 146 - 149].

Следовательно, в настоящее время можно говорить о неприемлемости в международном уголовном праве возможности ссылки на какие-то объективные ситуации для освобождения от уголовной ответственности за выполнение явно незаконного приказа.

Дополнительно к этому, в международном праве предусматривается ответственность военных командиров и других начальников за преступные деяния по международному уголовному праву, совершенные силами, находящимися под их эффективным командованием, властью или контролем, если они знали, либо должны были знать об этом, но не приняли всех необходимых и разумных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения таких деяний (статья 28 Римского Статута Международного уголовного суда, статьи 7 и 6 Уставов Международных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде) [Общая часть уголовного кодекса..., с. 147]. То есть, если даже за ненадлежащий контроль, приведший к совершению указанных преступлений, устанавливается ответственность, то приказы об их совершении без сомнения должны считаться явно незаконными, а отдавшие их лица должны привлекаться к уголовной ответственности.

Предусмотреть это в национальном уголовном законодательстве необходимо в связи с тем, что в международных актах специально акцентируется внимание на применении положений международного уголовного права ко всем лицам, без какого бы то ни было различия на основе должностного положения, в частности к главам государства или правительства или к ответственным государственным чиновникам.

При совершении преступления во исполнение приказа, не являющегося явно (заведомо) незаконным, освобождение лица от уголовной ответственности допускается, если оно не знало, что приказ был незаконным (статья 33 Римского Статута Международного уголовного суда) [Общая часть уголовного кодекса..., с. 148]. Данное требование нашло отражение и в национальном уголовном законодательстве многих стран.

Если же лицо выполняло законный приказ, то оно не должно подлежать за это ответственности. В таком случае приказ есть форма реализации правового акта или закона, и отказ от его исполнения не допускается именно в силу этого закона.

В этой связи представляется возможным деление приказов на два вида: 1) отдающиеся при реализации предписаний закона, то есть являющиеся законными; 2) отдающиеся в установленном порядке, обязательные для исполнения, но незаконные.

К первому виду, например, можно отнести приказы военных командиров (начальников), которые должны соответствовать законам,

подлежать беспрекословному выполнению, обсуждение которых недопустимо, например, на основании статей 34 - 41 Устава внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации [Общевойсковые уставы Вооруженных Сил, с. 17 -19]. Ответственность за причинение вреда в таком случае исключается как со стороны исполнителя приказа, так и лица, его отдавшего.

Деление приказа на указанные виды возможно при условии объединения в одной статье положений об исполнении предписания закона и исполнении приказа власти.

В международном праве и зарубежном уголовном законодательстве это предусмотрено. В Римском Статуте Международного уголовного суда, Уставах Международных военных трибуналов Нюрнбергского и для Дальнего Востока, Международных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде говорится об исполнении предписаний закона и приказа правительства, наряду с исполнением приказа начальника [Общая часть уголовного кодекса..., с. 146 - 149]. Уголовное законодательство Франции и Италии также предусматривает исполнение законов, постановлений, нормативных актов в одних статьях с исполнением приказа начальника или представителя государственной власти [Уголовный кодекс Франции, с. 80; Уголовное право зарубежных государств, с. 532].

Не вызывает сомнений, что Российское уголовное законодательство должно соответствовать международным актам. В этой связи обоснованно предложение о внесении в Уголовный кодекс Российской Федерации статьи об исполнении закона, как обстоятельстве, исключающем преступность деяния [Михайлов В., с. 41], но только целесообразно закрепить это одновременно с исполнением приказа или распоряжения [Пархоменко С. В., с. 172].

Деление приказов на виды позволит обосновать установление уголовной ответственности за невыполнение приказа, осуществляемого при реализации предписаний закона. Например, как это предусмотрено в статье 286-1 Уголовного кодекса Российской Федерации об умышленном неисполнении сотрудником органов внутренних дел приказа начальника, отданного в установленном порядке и не противоречащего закону.

Поскольку предписания закона могут быть императивными и диспозитивными, использование термина международного уголовного права «предписания закона» позволит действия по их исполнению подразделить на разрешенные и обязательные.

Важно отметить, что издание приказов и распоряжений не относится сугубо к компетенции государственного органа или должностного лица, а распространяется и на лиц, выполняющих организационно-

распорядительные функции в коммерческих или иных организациях [Орешкина Т. Ю., с. 24]. При этом, как акты управления, приказ и распоряжение всегда носят властный характер. В этой связи целесообразно говорить об исполнении приказа или распоряжения власти, безотносительно к органу или должностному лицу, отдавшему их. Это предусматривается и в международном уголовном праве. В статье 6 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственного исчезновения 2006 года указывается на то, что приказ или распоряжение могут исходить не только от государственного, гражданского, военного, но и иного органа [Общая часть уголовного кодекса..., с. 149].

Таким образом, сравнительный анализ международного и зарубежного уголовного законодательства позволяет предложить следующий вариант имплементации в национальное уголовное законодательство нормы об исполнении предписания закона и приказа власти на примере новой редакции статьи 42 Уголовного кодекса Российской Федерации.

«Статья 42. Исполнение предписания закона, приказа или распоряжения власти.

Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам лицом, действующим во исполнение обязывающих или разрешающих предписаний закона, а также отданных на этом основании обязательных для него приказа или распоряжения власти.

Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам лицом, действующим во исполнение обязательных для него приказа или распоряжения власти, отданных в установленном порядке, если лицо не знало об их незаконности. Уголовной ответственности за причинение такого вреда подлежит лицо, отдавшее незаконные приказ или распоряжение.

Лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения, и лицо их отдавшее, подлежат уголовной ответственности на общих основаниях.

Всегда считаются заведомо незаконными приказ или распоряжение о совершении преступлений против мира и безопасности человечества.

Неисполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения исключает уголовную ответственность».

Literature:

- Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права : Учебное пособие / [науч. ред. Н. Ф. Кузнецова, отв. ред. В. С.

- Комиссаров]. – М. : Издательский дом «Городец», 2009. – 288 с. ISBN 978-5-9584-0208-3.
- Закон об уголовном праве Израиля / [науч.ред. Н. И. Мацнев]. - СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 412 с. - ISBN 5-94201-415-9.
 - Зимин В. П. Правомерное неисполнение приказа: доктрина «умных штыков» / В. П. Зимин // Правоведение. Известия высших учебных заведений : научно-теоретический журнал / М-во высш. и средн. спец. образования СССР. – Л. : Изд-во ЛГУ, – 1993. - № 2. – С. 35 – 45. – ISSN -0131-8039.
 - Кибальник А. Г. Современное международное уголовное право : понятие, задачи и принципы / [под ред. А. В. Наумова]. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 252 с. - ISBN 5-94201-157-5.
 - Князькина А. К. Конвенционные преступления в уголовном праве Российской Федерации : понятие, виды, общая характеристика : монография / [под ред. А. И. Чучаева]. – М. : Проспект, 2010. – 160 с. - ISBN 978-5-392-01165-0.
 - Крылова Н. Е. Основные черты нового уголовного кодекса Франции / Н. Е. Крылова. – М. : Изд-во «СПАРК», 1996. – 124 с. – ISBN 5-88914-026-4.
 - Международное уголовное право. Учеб. пособие / [под ред. В. Н. Кудрявцева]. 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Наука, 1999. – 264 с. - ISBN 5-02-008292-9.
 - Михайлов В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния / В. Михайлов // Уголовное право : Научно-практический журнал / ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Сервис». – М., – 2007. - № 1. – С. 40 – 44. – ISBN 5-98363-001-6.
 - Михайлов В. И. Нормативное регулирование исполнения приказа и некоторые вопросы уголовного права / В. И. Михайлов //

- Государство и право : Журнал / РАН. Ин-т государства и права. – М., – 1996. - № 12. – С. 66 - 76. - ISSN -0132-0769.
- Наумов А. В. Преступления против мира и безопасности человечества и преступления международного характера / А. В. Наумов // Государство и право : Журнал / РАН. Ин-т государства и права. – М., – 1995. - № 6. – С. 48 – 57. - ISSN -0132-0769.
 - Общая часть Уголовного кодекса Российской Федерации в международных актах: Сборник / [под ред. А. А. Задояна]. – М. : Проспект, 2009.- 240 с.– ISBN 978-5-392-00673-1.
 - Общевоинские уставы Вооруженных Сил российской Федерации 2010. – М. : Эксмо, 2010. – 608 с. - ISBN 978-5-699-40385-1.
 - Орешкина Т. Ю. Причинение вреда при исполнении приказа или распоряжения / Т. Ю. Орешкина // Уголовное право : Научно-практический журнал / ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Сервис». – М., – 2000. - № 4. – С. 24 - 27. - ISBN 5-98363-001-6.
 - Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости / С.В.Пархоменко. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 267 с. – ISBN 5-94201-362-4.
 - Российская юстиция : Журнал / Администрация Президента РФ и др. – М. : Юридическая литература, – 1995. - № 12. – С.51 – 54. - ISSN -0131-6761.
 - Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – М. : Госполитиздат, 1955. - Вып. XI, – 199 с. – ББК Х9149(2); Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами – М. : Госполитиздат, 1956. - Вып. XII, – 198 с. – ББК Х914.9(2);
 - Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: Учебное пособие / [под ред. И. Д. Козочкина]. – М. : Омега-Л, ИМПЭ им. А.

- С. Грибоедова, 2003. – 576 с. – ISBN 5-88774-057-4 (ИМПЭ им. А. С. Грибоедова); ISBN 5-901386-60-4 (Омега-Л).
- Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практич. комментарий. – М. : Проспект, 2010. – 280 с. – ISBN 978-5-392-01082-0.
 - Уголовный кодекс Латвийской республики / [науч. ред. А. И. Лукашова и Э. А. Саркисовой]. - СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 313 с. - ISBN 5-94201-021-8.
 - Уголовный кодекс Украины / [науч. ред. В. Я. Таций и В. В. Сташис]. - СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 393 с. - ISBN 5-94201-023-4.
 - Уголовный кодекс Франции / [науч. ред. Л. В. Головки, Н. Е. Крыловой]. - СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 650 с. – ISBN 5-94201-063-3.

ZÁSADA LEGALITY NEBO OPORTUNITY V NOVÉM TRESTNÍM ŘÍZENÍ?

JAROSLAV FENYK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra trestního práva, Česká
republika

Abstract in original language

Dosavadní trestní řízení je ovládáno zásadou legality, do níž jsou přípustné zákonem stanovené výjimky. Tato zásada je tradiční zásadou českého trestního práva procesního. V posledních několika letech však dochází k jejímu oslabování, nikoli pouze výjimkami, ale jako zásady takové. Nový trestní řád uvažuje o zavedení zásady oportunity, čímž by se dosavadní koncepce českého trestního řízení výrazně změnila. Příspěvek reaguje na důsledky této možné změny.

Key words in original language

Trestní řízení; zásada oficiality; zásada legality; zásada oportunity; trestní řízení; povaha a závažnost trestného činu.

Abstract

Contemporary criminal proceeding is managed by principle of legality of proceedings, where we accept exemptions stipulated by the law. The principle is tradition in the Czech criminal proceedings. But in last several years this principle is more and more pushed down, not only by exemptions, but as principle as such. New criminal procedure code is thinking on implementation of principle of oportunity, therefore contemporary conception of the Czech criminal procedure would be fundamentally changed. Presentation reflects possible results of this change.

Key words

Criminal proceedings; principle of officiality; principle of legality; principle of oportunity; public interest; character and seriousness of crime.

1. STAV PRACÍ NA NOVÉM KODEXU TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO

Od roku 1989 bylo v České republice připraveno a přijato několik desítek novel trestního řádu č. 140/1961 Sb. Tyto novely reagovaly nejprve na absenci určitých procesních záruk práva na spravedlivý proces, později i na vyvíjející se potřebu změny trestního řízení za účelem jeho zefektivnění, zrychlení a zjednodušení.

V roce 2001 byla přijata rozsáhlá novela trestního řádu pod č. 265/2001 Sb., která je považována řadou odborníků za určitou formu "rekodifikace" trestního práva procesního, protože zasáhla významným způsobem téměř do

všech částí trestního řádu a posunula vývoj českého trestního řízení nepřehlédnutelným způsobem do moderní dimenze.

Následně bylo rozhodnuto, že bude připraven věcný záměr nového trestního řádu. Důvodem pro toto rozhodnutí Ministerstva spravedlnosti byla nejspíše snaha, aby nový trestní zákoník, jehož podoba byla v těchto letech dokončována, byl provázen také příslušným novým procesním předpisem.

Za tímto účelem byla v roce 2005 ustavena pracovní skupina, jejímž úkolem bylo vypracovat věcný záměr nového trestního řádu. Věcný záměr byl nakonec schválen vládou (dále jen "I. verze VZ") a na jeho základě v roce 2009 - 2010 bylo vypracováno paragrafové znění (dále jen "I. verze PZ"), zatím v neúplné podobě. Ten však patrně Ministerstvu spravedlnosti nevyhovoval, a tak ministerstvo rozhodlo o tom, že bude zpracován nový věcný záměr. Ten byl dokončen v první polovině roku 2010, ovšem jeho osud zatím je nejasný (dále jen "II. verze VZ").

Tento příspěvek je věnován zásadě legality, resp. opportunity ve všech předložených návrzích a provádí jejich stručnou komparaci s možnými alternativami zahraničních zkušeností.

2. ZÁKLADNÍ ZÁSADY TRESTNÍHO ŘÍZENÍ V I. VERZI VĚCNÉHO ZÁMĚRU A PARAGRAFOVÉHO ZNĚNÍ TRESTNÍHO ŘÁDU

Pracovní skupina připravující nový trestní řád se přes výhrady některých členů (doc. Pipek, prof. Fenyk) a na rozdíl od předchozího kodexu rozhodla neuvádět explicitně do obsahu trestního řádu zásady trestního řízení. Důvody pro tento postup spočívaly především v pochybnostech některých členů pracovní skupiny, že lze zřetelně a zobecňujícím způsobem definovat obsah jednotlivých zásad. Další důvody pro toto opatření nejsou již tak významné.

Proto základní zásady trestního řízení zmiňuje jen důvodová zpráva k návrhům. Rozděluje je následujícím způsobem:

- **Zásady společné celému trestnímu řízení** (zásada řádného zákonného procesu, zásada zdrženlivosti a přiměřenosti, zásada zajištění práva na obhajobu, zásada zajištění práv poškozeného a ochrany jeho postavení, zásada rychlého procesu),
- **Zásady zahájení trestního řízení a stíhání** (zásada oficiality, zásada legality modifikovaná zásadou opportunity a zásada obžalovací),
- **Zásady dokazování** (zásada presumpce neviny, zásada vyhledávací, zásada bezprostřednosti, zásada ústnosti a zásada volného hodnocení důkazů),

- **Relativně samostatné zásady** (zásada zjištění skutkového stavu věci bez důvodných pochybností, zásada veřejnosti).

Již samotný přehled naznačuje, že předpis by měl reflektovat většinu zásad, které obsahoval dosavadní trestní řád. Co je však podstatné, je změna v přístupu v zásadě legality, protože tato je v návrhu výrazně posunuta do relace k zásadě opportunity.

3. PROJEV OPORTUNITY PODLE I. VERZE VĚCNÉHO ZÁMĚRU A PARAGRAFOVÉHO ZNĚNÍ NÁVRHU

Podle textu návrhu "zásada legality, která navazuje na zásadu oficiality, bude v důsledku pojetí trestného činu navrhovaného v novém trestním zákoníku výrazněji doplněna zásadou opportunity, která umožní procesním způsobem vyřešit trestné činy, jejichž povaha a závažnost to s přihlédnutím k veřejnému zájmu na stíhání umožňuje. Zároveň bude ve vymezeném rozsahu vyjádřen princip vnější kontroly uplatnění diskreční pravomoci státního zástupce. Zásada legality bude zachována v rámci postupu před zahájením trestního stíhání a zejména ve vztahu k působení státního zástupce v řízení, kdy kromě zákonem stanovených případů, v kterých se uplatní možnost státního zástupce za stanovených podmínek nestíhat některé méně závažné přečiny, bude i nadále vůdčím principem ovládajícím jeho povinnost trestné činy stíhat a podávat obžalobu k soudu, což je již projevem navazující zásady obžalovací. Zásada legality klasicky dopadá na státního zástupce, zatímco policejního orgánu se týká pouze zprostředkovaně, neboť je to státní zástupce, který nese zásadní odpovědnost za iniciování a průběh trestního stíhání."

Zpracovatel návrhu tedy nepopírá, že zásada legality bude nadále vůdčím principem vyvozovaným ze zásady oficiality. Současně však připouští, že tam, kde zákonodárce bude spatřovat důvody pro takový postup, bude zavedena tzv. diskreční pravomoc státního zástupce, tedy s ohledem na povahu a závažnost trestných činů (viz důvodová zpráva k § 12 odst. 2, resp. k § 39 odst. 2 tr. zák. č. 40/2009 Sb., která argumentuje podobným způsobem).¹ Nově se v textu návrhu objevuje argumentace o "chybějícím veřejném zájmu", což je slovní spojení tzv. neurčité povahy, které se v oboru trestního práva vyskytuje spíše sporadicky (např. § 309 odst. 1 al. poslední trestního řádu nebo § 70 odst. 1 zákona č. 218/2003 Sb., ve znění pozdějších předpisů), a většinou právě pro neurčitost nestojí osamoceně, ale je vždy v kontextu s dalšími poměrně přesně stanovenými předpoklady.

Podle I. verze PZ státní zástupce bude výlučně oprávněn již odložit věc před zahájením trestního stíhání z důvodů nedostatku veřejného zájmu na stíhání

¹ Návrh uvádí, že "výraznější uplatnění zásady opportunity navazuje na pojetí trestného činu, které zvolil návrh nového trestního zákoníku."

v případě, že není dán veřejný zájem na trestním postihu spáchaného trestného činu. Zpracovatel tedy terminologicky poněkud nejasně vytváří vztah mezi nedostatkem veřejného zájmu na stíhání a absencí veřejného zájmu na trestním postihu spáchaného trestného činu. Přitom podle návrhu veřejný zájem na dalším vedení trestního řízení není dán v případech:

- pokud bylo vzhledem k zákonem vymezeným okolnostem dosaženo účelu trestního řízení nebo
- není potřebný trestní postih osoby, která má být nebo byla obviněna.

Zdá se, že návrh opírá absenci veřejného zájmu především o účel trestního řízení, který již byl před využitím oportunity dosažen. Účel trestního řízení však paragrafové znění návrhu zákona neobsahuje, i když v důvodové zprávě se občas objevuje v této souvislosti požadavek "řádného zjištění trestných činů a spravedlivého potrestání pachatelů" v intencích platného § 1 trestního řádu. Zákonné okolnosti, na které se veřejný zájem odvolává, tedy ve skutečnosti nejsou zákonem stanoveny a měly by patrně být ponechány na orgánech činných v trestním řízení..

Ačkoli použití oportunity (viz shora) je stavěno též do souvislosti s povahou a závažností trestného činu, v definici veřejného zájmu se tato kritéria neobjevují.

Podobné pochybnosti vzbuzuje i "podkriterium" tzv. nepotřebnosti trestního postihu, které není nijak blíže specifikováno.

4. OPORTUNITA VE II. VERZI VĚCNÉHO ZÁMĚRU

Podle II. verze VZ zásada legality, která navazuje na zásadu oficiality, bude v důsledku převažujícího formálního pojetí trestného činu v novém trestním zákoníku výrazněji doplněna zásadou oportunity, která umožní procesním způsobem vyloučit z dalšího řízení činy, jejichž povaha a závažnost to s přihlédnutím k nedostatku veřejného zájmu na stíhání dovoluje. Zde již zpracovatel zjevně reflektoval účinnost nového trestního zákoníku. Přitom však argumentuje

- povahou a závažností trestného činu
- s přihlédnutím k nedostatku veřejného zájmu na stíhání.

Zpracovatel tak vytváří určitou ne zcela jasnou relaci mezi dosud striktně oddělovanými termíny "povaha a závažnost trestného činu" a "nedostatkem veřejného zájmu". Obsah tohoto vztahu však blíže vyjádřen není.

5. KOREKTIVY V HMOTNÉM A PROCESNÍM PRÁVU

Historicky stojí současné trestní právo hmotného na zásadě *nullum crimen sine lege*, charakterizující nezbytnou podmínku trestní odpovědnosti - uvedení znaků trestného činu v zákoně a zákazem analogie v neprospěch pachatele. Tato zásada byla vyjadřována historicky v různé intenzitě.² Tak například po celou první polovinu 19. století byl přikládán této zásadě mimořádně intenzivní význam. Ustanovení trestních zákoníků byla přetěžována do té míry, že soudce nemohl provádět jakýkoli výklad znaků skutkové podstaty, ale byl nucen pouze aplikovat přesné znění zákona. Obecně byl vysloven zákaz publikovat komentáře k trestním předpisům. Postupně však bylo uznáváno, že legální definice trestných činů musí mít spíše obecnější charakter, aby soudce mohl v návaznosti na konkrétní protiprávní jednání provést jejich výklad.

Naše trestní právo přijalo zavedením trestního zákona č. 86/1950 Sb. úpravu tzv. materiálního korektivu přílišné tvrdosti trestního zákona, založeného na pomocné úloze trestní represe. Tento korektiv umožňoval "oportunním způsobem" přistoupit ke znakům skutkové podstaty trestného činu a k různé míře jejich naplnění. Byla to filosofie, kterou převzal také trestní zákon č. 140/1961 Sb. Novým trestním zákoníkem však byla opuštěna. V této souvislosti se nabízí otázka, zda a nakolik nový trestní zákoník počítá s uplatněním zásady oportunity trestního stíhání, která by mohla do určité míry suplovat materiální korektiv trestného činu v podobě společenské nebezpečnosti. V této souvislosti vyvstávají různé možnosti výkladu ustanovení § 12 odst. 2 nového trestního zákoníku ve vztahu k § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu, resp. § 159a odst. 4 trestního řádu. Jakou roli v těchto výkladech sehrává povaha a závažnost trestného činu (resp. v intencích důvodové zprávy společenská škodlivost), a eventuelní veřejný zájem, a jakých vzájemných relacích tyto instituty případně budou, není zcela jasné.³

6. KRITERIA OPORTUNITY, KTERÁ SE (PŘEVÁŽNĚ) KRYJÍ SE ZNAKY SKUTKOVÉ PODSTATY

Podle současné právní úpravy v § 172 odst. 2 písm. c) českého trestního řádu *"státní zástupce může zastavit trestní stíhání, jestliže vzhledem*

² S výjimkou angloamerického práva a s odlišnostmi způsobenými zavedením analogie v sovětském Rusku a nacistickém Německu.

³ Podrobnější výklady k povaze materiálního a procesního korektivu viz např. Fenyk, J.: O subsidiární úloze trestní represe a trestním právu jako prostředku "ultima ratio" nejen v novém českém trestním zákoníku, rukopis pro připravovanou publikaci *Reforma trestního práva a právní stát: Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*, C. H. Beck.

- *k významu a míře porušení nebo ohrožení chráněného zájmu, který byl dotčen,*
- *způsobu provedení činu a*
- *jeho následku, nebo*
- *okolnostem, za nichž byl čin spáchán, a*
- *vzhledem k chování obviněného po spáchání činu, zejména k jeho snaze nahradit škodu nebo odstranit jiné škodlivé následky činu,*

je zřejmé, že účelu trestního řízení bylo dosaženo."

Toto ustanovení za účinnosti předchozího trestního zákona sloužilo jako jakýsi "druhý filtr" poté, co nebylo využito materiálního korektivu v podobě společenské nebezpečnosti, i když formální kritéria uvedená v tomto ustanovení byla až na poslední z nich v obou shodná. Další rozdíl spočíval v tom, že materiální korektiv byl vymezen demonstrativně, zatímco ustanovení trestního řádu je taxativní. Záměr zákonodárce zavést obdobná kritéria v procesním právu jako v právu hmotném (novela č. 265/2001 Sb.) je jakýmsi nakročením do prostoru oportunitity v procesním právu, ovšem za existence materiálního korektivu poněkud nadbytečným. Jinak tomu ovšem bude za použití nového trestního zákoníku, který materiální korektiv nezná, a kdy procesní ustanovení bude v zásadě jediným způsobem, jak dosáhnout zmírnění přílišné tvrdosti hmotného práva. Bude-li toto platné ustanovení použito i v textu nového trestního řádu, naskýtá se otázka, zda a nakolik bude korespondovat s kritérii veřejného zájmu, resp. nepotřebnosti, jimiž je argumentováno v návrhu předpisu? Odpověď může být značně problematická, jak uvidíme z příkladů cizích právních úprav pojmu veřejný zájem.

7. KRITÉRIA OPORUNITY, KTERÁ SE (PŘEVÁŽNĚ) NEKRYJÍ SE ZNAKY SKUTKOVÉ PODSTATY

Podle § 70 odst. 1 zákona č. 218/2003 Sb. *"v řízení o provinění, na které trestní zákoník stanoví trest odnětí svobody, jehož horní hranice nepřevyšuje tři léta, může soud pro mládež a v přípravném řízení státní zástupce*

- *z důvodu chybějícího veřejného zájmu na dalším stíhání mladistvého a*
- *s přihlédnutím k povaze a závažnosti provinění a osobě mladistvého odstoupit od trestního stíhání mladistvého, jestliže*
 - *trestní stíhání není účelné a*

- *potrestání není nutné k odvrácení mladistvého od páčání dalších provinění."*

V tomto ustanovení, které se dotýká mladistvých pachatelů, se explicitně odlišuje povaha a závažnost provinění od veřejného zájmu. Znamená to tedy, že veřejný zájem má odlišná kritéria, než je povaha a závažnost, přestože slovní spojení "povaha a závažnost" přitom nahradilo v důsledku přijetí nového trestního zákoníku předchozí slovní spojení "stupeň společenské nebezpečnosti". Povaha a závažnost trestného činu se nyní objevuje v § 39 odst. 2 trestního zákoníku (v důvodové zprávě k návrhu trestního zákoníku dokonce v relaci na § 12 odst. 2 tr. zák.) a tato kritéria se kryjí se znaky společenské nebezpečnosti, tak jak byla uvedena v dřívějším ustanovení § 3 odst. 4 zák. č. 140/1961 Sb. Veřejný zájem tedy nemůže být ztotožňován s prvky uvedenými v dřívějším ustanovení § 3 odst. 4 zák. č. 140/1961 Sb., resp. § 39 odst. 2 zák. č. 40/2009 Sb. a ani s ustanovením § 172 odst. 2 písm. c) zák. č. 141/1961 Sb. Bude tedy jistě kritériem odlišným a jeho obsah bude nepochybně procesní, resp. mimoprávní, protože důvody hmotněprávní jsou vyčerpány v povaze a závažnosti.

8. KRITERIA OPORUNITY POUŽÍVANÁ V NĚKTERÝCH ZEMÍCH

Procesní oportunní řešení, která jsou uplatňována v některých státech, jsou založena jednak na čistě procesních důvodech nebo na důvodech specifických a také na důvodech obsahujících jak procesní, tak hmotněprávní ale i zcela specifické (mimoprávní) prvky.

8.1 KRITERIA SPÍŠE PROCESNÍ

Některé trestní řády využívají pro použití opportunity následující zdůvodnění:

- vyšetřování by bylo příliš složité
- trestní stíhání vyžaduje vysoké náklady
- trestní stíhání by trvalo dlouhou dobu
- trestní stíhání trpí nedostatkem důkazů
- obviněný odstranil způsobenou škodu.

8.2 KRITERIA SPÍŠE SPECIFICKÁ

Mezi kritéria specifická lze zařadit například tato:

- zásady trestní politiky odvozené z veřejného zájmu
- uplynula dlouhá doba mezi spácháním činu a rozhodnutím soudu
- trestní stíhání má negativní vliv na fyzické a duševní zdraví oběti
- čin vyšel najevo s velkým odstupem času
- politické důvody na straně státu
- rodinné prostředí obviněného
- vliv trestného činu na veřejný pořádek a morálku a veřejné mínění o výkonu spravedlnosti
- čin je velmi rozšířen ve společnosti
- probíhající trestní řízení může poškodit mezinárodní vztahy.

9. ZÁVĚR

Již při pouhém porovnání předchozí a současné právní úpravy trestního práva hmotného, platného trestního řádu, věcného záměru, návrhu paragrafového znění trestního řádu, jakož i revidovaného věcného záměru, vyznívá pojetí zásady oportunity jako určitý nedořešený problém. Není zcela ujasněn především vztah těchto zásad k trestnímu právu hmotnému a trestnímu právu procesnímu. Není jasné, jakou úlohu bude mít kritérium veřejného zájmu, které se zdá být spíše procesním či mimoprávním argumentem pro použití oportunity ve vztahu k tzv. povaze a závažnosti trestného činu (resp. společenské škodlivosti). Přitom nová koncepce trestního řízení je na vyřešení těchto zásadních otázek přímo úměrně závislá. Přímočarým řešením by byla možnost **přiznat odklon od zásady legality zcela ve prospěch zásady oportunity**, odmítnout jakýkoli hmotněprávní korektiv a přesunout pozornost do procesního práva. Pro tyto účely se jeví vhodné využití stávajícího znění § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu jako oportunního řešení založeného na kritériích povahy a závažnosti trestného činu ve stejném znění jako jsou uvedeny v § 39 odst. 2 trestního zákoníku, jakož i na absenci veřejného zájmu, jehož kritéria budou stanovena zákonem.

Literature:

- Fenyk, J.: Veřejná žaloba, díl první, Historie, současnost a možný vývoj veřejné žaloby, příručky Ministerstva spravedlnosti, sv. 62, Praha, 2001, 215 s.
- Fenyk, J.: Vademecum státního zástupce, Praha: ASPI Publishing, 2003, 521 s., ISBN 8086395804.
- Fenyk, J., Hájek, R., Stříž, I., Polák, P.: Trestní zákoník a trestní řád, průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou, 1. díl - Trestní zákoník, Praha: Linde Praha, 2010, 1317 s., ISBN: 978-80-7201-802-4.
- Stříž, I., Polák, P., Fenyk, J., Hájek, R.: Trestní zákoník a trestní řád, průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou, 2. díl - Trestní řád, Praha: Linde Praha, 2010, 1196 s., ISBN: 978-80-7201-803-1.
- Šámal, P. a kol.: Trestní zákoník I, II, komentář, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, 1303 s., ISBN: 978-80-7400-109-3.
- Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D., Vanduchová, M.: Systém českého trestního práva, Praha: Nakladatelství Novatrix, s.r.o., 2009, 942 s., ISBN: 978-80-254-4033-9.
- Fenyk, J.: O subsidiární úloze trestní represe a trestním právem jako prostředku "ultima ratio" nejen v novém českém trestním zákoníku, rukopis pro publikaci Reforma trestního práva a právní stát: Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám, příspěvek k připravované publikaci, C. H. Beck.

Contact – email

Jaroslav.fenyk@law.muni.cz

ODBORNÉ VYJÁDŘENÍ VERSUS ZNALECKÝ POSUDEK

MAREK FRYŠTÁK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno, Katedra trestního práva

Abstract in original language

Príspevok pojednáva o základných rozdieloch medzi odborným vyjadrením a znaleckým posudkom. Poukazuje na to, kedy by v rámci prípravného řízení mělo dojít k jejich vypracování a jaká kritéria by přitom měla být zohledněna. Zamýšlí se dále nad tzv. nadužíváním znalců v trestním řízení a tím, co ovlivňuje kvalitu znaleckých posudků. V té souvislosti je závěrem příspěvku stávající právní úprava podrobena kritickému zhodnocení autora a jsou zmíněny její některé připravované změny.

Key words in original language

Odborné vyjádření; znalec; znalecký posudek; složitost posuzované otázky; přibrání znalce; nadužívání znalců; kvalita znaleckého posudku; změny právní úpravy.

Abstract

The article deals with the fundamentals differences between specialist statement and experts opinion. It points to when during pre-trial proceedings experts opinion should be done and when is sufficient only specialist knowledge and what criteria has to be respected during it. The unreasonable involving of experts in criminal proceeding and what influence the quality of experts opinion is mentioned too. In relation with it in the end of article the current legal regulation is complied with critical approach of author and some its changes are mentioned

Key words

Specialist statement expert; experts opinion; complicity of under review question; involving of experts; unreasonable involving of experts; quality of experts opinion; changes of legal regulation.

Úvod

Od 1.1.2009 nabyl účinnosti zákon č. 274/2008 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o Policii České republiky. Uvedeným zákonem byl taktéž změn i TR¹, přičemž pro potřeby tohoto příspěvku je důležitá změna, která nastala v § 105 odst. 1 TR. Od uvedeného data se totiž zejména policejní orgán a dozorový státní zástupce nemohou v mnoha případech shodnout na tom, kdy a za jakých podmínek by mělo být

¹ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále jen TR.

v přípravném řízení vyhotovováno odborné vyjádření a kdy naopak znalecký posudek.

V § 105 odst. 1 TR je totiž uvedeno, že je-li k objasnění skutečnosti důležité pro trestní řízení třeba odborných znalostí, vyžádá orgán činný v trestním řízení odborné vyjádření. Jestliže pro složitost posuzované otázky takový postup není postačující, přibere orgán činný v trestním řízení znalce. V přípravném řízení přibírá znalce ten orgán činný v trestním řízení, jež považuje znalecký posudek za nezbytný pro rozhodnutí.

Odborné vyjádření

Pokud je tedy k objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení dostačující odborné vyjádření nebo dokonce běžné znalosti a praktické zkušenosti získané vzděláním a výchovou, které z určité odborné znalosti má každý kulturní člověk, není třeba vypracovávat znalecký posudek. Odborné vyjádření tak vypracuje osoba, která má tyto potřebné odborné předpoklady. Touto osobou může být jak osoba fyzická, tak i právnická, může jí být i státní orgán a samozřejmě jí může být i znalec.

Odborné vyjádření nemá nikde stanovené přesné formální náležitosti jako je jeho obsah, forma atd., nemusí (ale může) být vypracováno znalcem nebo znaleckým pracovištěm, ani není výsledkem znalecké činnosti. Jde o „odborné vyjádření“ osoby znalé, tzn. odborníka k určité dílčí otázce. Typickým příkladem je odborné vyjádření praktického lékaře, který není znalcem, k rozsahu zranění poškozeného nebo vyjádření právnické nebo fyzické osoby, která provozuje určitou živnost nebo obchodní činnost, k ceně zboží.² V rámci dokazování má odborné vyjádření dle § 112 TR povahu listinného důkazu.

Z hlediska obsahu je odborné vyjádření mnohem stručnější, než znalecký posudek. Zatímco u odborného vyjádření orgán činný v trestním řízení prioritně zajímá odpověď na položenou otázku, u znaleckého posudku jsou důležité, z hlediska posuzování jeho věrohodnosti a objektivit, i postupy, na základě kterých znalec dospěl k odpovědi na položenou otázku. Proto je z výše uvedených důvodů vypracování odborného vyjádření mnohem méně časově náročnější, než vypracování znaleckého posudku.

² Např. prodejna kol stanoví cenu odcizeného kola, bazar použitých mobilních telefonů stanoví cenu odcizeného mobilního telefonu atd.

Znalecký posudek

Znalec je naopak osoba se speciálními odbornými znalostmi a vědomostmi v určitém oboru,³ která tyto své znalosti a vědomosti využívá k objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení. Je osobou rozdílnou od procesních stran a orgánů činných v trestním řízení. Funkci znalce mohou vykonávat zásadně osoby zapsané v seznamu znalců, ústavy nebo jiná pracoviště specializovaná na znaleckou činnost a vědecké ústavy, vysoké školy a vědecké instituty, případně osoby, které jsou jmenovány znalcem ad hoc po složení slibu.⁴

Co se týče náležitosti znaleckých posudků, včetně jejich obsahu, formy, úpravy a připojení znalecké doložky, tak tyto jsou přesně vymezeny v § 13 prováděcí vyhlášky k ZnalZ.⁵ V posudku tak znalec uvede popis zkoumaného materiálu, popřípadě jevů, souhrn skutečností, k nimž při úkonu přihlížel (nález), a výčet otázek, na které má odpovědět, s odpověďmi na tyto otázky (posudek). Znalci se zpravidla uloží, aby znalecký posudek vypracoval písemně, přičemž zcela výjimečně se setkáváme s tím, že znalecký posudek není vyhotoven písemně, ale je znalcem při jeho výsledku nadiktován do protokolu. Pokud je znalecký posudek vyhotoven písemně, musí být sešit, jednotlivé strany očíslovány, sešívací šňůra připevněna k poslední straně posudku a přetištěna znaleckou pečeti. Na poslední straně písemného posudku připojí znalec znaleckou doložku, která obsahuje označení seznamu, v němž je znalec zapsán, označení oboru, v němž je oprávněn podávat posudky, a číslo položky, pod kterou je úkon zapsán ve znaleckém deníku. Znalec je povinen písemný posudek, na požádání státního orgánu, osobně stvrdit, doplnit nebo jeho obsah blíže vysvětlit. Při ústním posudku podaném do protokolu uvedou se též údaje, které jsou předmětem znalecké doložky.

Znalecký posudek⁶ je zvláštním samostatným druhem důkazu, který je nutno odlišovat od důkazu výpovědi svědka. Ten totiž vypovídá o

³ Např. v oboru zdravotnictví, psychologie, chemie, stavebnictví, kriminalistika, ekonomie atd.

⁴ Státní orgán může znalcem ustanovit osobu, která není zapsána do seznamu a má potřebné odborné předpoklady pro to, aby podala posudek a která s ustanovením vyslovila souhlas v případech, není-li pro některý obor znalec do seznamu zapsán, nemůže-li znalec zapsaný do seznamu úkon provést nebo jestliže by provedení úkonu znalcem zapsaným do seznamu bylo spojeno s nepřiměřenými obtížemi nebo náklady.

⁵ Vyhláška ministerstva spravedlnosti č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, dále jen prováděcí vyhláška k ZnalZ.

⁶ Kromě pojmu znalecký posudek se budeme v aplikační praxi setkávat s pojmem expertiza, respektive kriminalistická expertiza. Pojem expertiza je chápán různorodě. Jednou jako synonymum pro znalecký posudek, jindy jako výsledek znaleckého zkoumání stojící vedle znaleckého posudku nebo jako proces utváření znaleckého důkazu, od rozhodnutí o nutnosti přibrat znalce, přes vlastní znalecké zkoumání a končící vlastním využitím výsledků zkoumání. Za pojmové znaky expertizy můžeme pokládat zkoumání prováděné znalými osobami za použití odborných znalostí, podání posudku, úkol

skutečnostech týkajících se trestné činnosti, o kterých získal informace mimo rámec trestního řízení. Znalec se naopak se skutečnostmi týkajícími se trestné činnosti seznamuje až v trestním řízení. Jestliže tedy byla svědkem určité události osoba, která by mohla být v dané trestní věci přibrána jako znalec, vyslechne se tato jako svědek a za osobu znalce se přibere osoba jiná. Spojení funkce znalce a svědka do jedné osoby je nepřípustné (R 46/1956, R 11/1977). Přestože je znalecký posudek zvláštním samostatným druhem důkazu, není ve vztahu k ostatním druhům důkazů v nadřazeném či privilegovaném postavení. Je výsledkem znaleckého zkoumání, znalecké činnosti konkrétního znalce nebo znalců.⁷

V TŘ je problematika znalců upravena v hlavě páté, oddílu čtvrtém v § 105 až § 111. Význam znaleckého posudku jako důkazu se zvýšil na základě novely TŘ provedené zákonem č. 265/2001 Sb., s účinností od 1.1.2002, kdy do TŘ bylo vloženo nové ustanovení umožňující procesní straně předložit vlastní znalecký posudek. Pokud dle § 110a TŘ tento znalecký posudek splňuje všechny zákonem požadované náležitosti a obsahuje doložku znalce o tom, že si je vědom následků vědomě nepravdivého znaleckého posudku, přistupuje k němu orgán činný v trestním řízení stejně, jako by se jednalo o znalecký posudek, který si vyžádal on. Do té doby se k takovému znaleckému posudku přistupovalo jako k listinnému důkazu. Teprve poté, co se znalec po zákonem stanoveném poučení na takový znalecký posudek odvolal, měl tento důkaz povahu znaleckého posudku. Zmiňovaná novela tento postup značně zjednodušila a svým způsobem přispěla k posílení aktivity procesních stran ve vztahu k možnosti navrhnout a předkládat orgánům činným v trestním řízení důkazy, a tyto si zejména v řízení před soudem provést.

Důvody pro přibrání znalce

Z právní úpravy obsažené v § 105 odst. 1 TŘ jednoznačně vyplývá prioritní odborného vyjádření před znaleckým posudkem.

znaleckého zkoumání vymezuje orgán nebo osoba odlišná od znalce. Co se týče kriminalistické expertizy, tak ta je takovým druhem expertizy, při kterém se ke znaleckému zkoumání využívá odborných kriminalistických znalostí o materiálních stopách trestného činu a o jiných věcných důkazech a ke které se používá specifických kriminalistických metod, postupů a prostředků zkoumání těchto objektů - blíže in Musil, J. Některé otázky znaleckého dokazování v trestním řízení a teorie kriminalistické expertizy. Praha: Univerzita Karlova, 1971, s. 47 – 48, 103 – 107.

⁷ Blíže ke znaleckému zkoumání/dokazování a postavení znalce v trestním řízení in Fryšták, M., Krejčí, Z. Postavení znalce v trestním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 2009 nebo Heinz, R. Znalecké dokazování. Trestní právo: Praha: Novatrix, 2009. č. 7-8, s. 19-24.

Složitost posuzované otázky vždy hodnotí orgán činný v trestním řízení, který zvažuje přibrání znalce, přičemž toto posouzení zcela zákonitě závisí na jeho odborných znalostech a profesní erudici. V aplikační praxi se setkáváme s tím, že znalecký posudek je považován za něco téměř „samospasitelného.“ Nemám tím na mysli nic jiného než smutnou skutečnost, že pokud si orgán činný v trestním řízení s trestní věcí neví rady, právě s ohledem na její složitost, mnohdy přibere znalce jen z toho důvodu, aby mu tento v rámci znaleckého posudku poskytl odpovědi na fundamentální otázky, které jsou nezbytné pro jeho další rozhodovací činnost. Je zřejmé, že uvedený postup vede ke zbytečným průtahům v trestním řízení, jelikož orgán činný v trestním řízení je v tomto případě nucen čekat na závěry vypracovaného znaleckého posudku, aby v trestním řízení mohl pokračovat a zvážit svůj další postup. Často pak slýcháváme o tzv. nadužívání znaleckých posudků, o kterém hovořil např. zesnulý český ombudsman Otakar Motejl. Ten v tiskovém prohlášení ze dne 14.11.2007 uvedl, že „trend je takový, že soudci bez znaleckého posudku téměř nerozhodnou, a výsledkem je až taková absurdita, že v podstatě nesoudí soudce, ale znalec“.⁸

Za případy, ve kterých složitost posuzované otázky vyžaduje pro objasnění skutečnosti důležité pro trestní řízení vždy přibrání znalce k vypracování znaleckého posudku, se považuje např. stran dopravních nehod otázka konstrukce a řízení motorových vozidel (R 1/1966), výpočet rychlosti motorového vozidla (R 24/1987, R 27/1988), vyhodnocení záznamu tachografického kotouče autobusu (R 9/1990), zjištění okamžiku smrti (47/1970), složitější ocenění věci poškozeného (R 46/1969), obtížné stanovení rozsahu škody způsobené trestným činem (R25/1970) atd.

Pokud je již pro složitost posuzované otázky přibrán znalec, platí, že zásadně se přibírá pouze jeden. Přibrání dvou znalců je upraveno § 105 odst. 4 TŘ. Byť to není v TŘ výslovně uvedeno, jsou tím myšleni dva znalci stejného oboru a odvětví. Aplikační praxe přesto připouští přibrání dvou znalců stejného oboru, ale různých odvětví, pokud má i druhý znalec erudici (atestaci) ze základního potřebného oboru či odvětví.⁹

⁸ Musil, J. Hodnocení znaleckého posudku. Kriminalistika: Praha: Ministerstvo vnitra, 2010. roč. 43, č. 3, s. 189.

⁹ Znalecký posudek o prohlídce a pitvě mrtvoly tak mohou vypracovat dva znalci z oboru zdravotnictví, přičemž jeden bude znalcem z odvětví soudního lékařství a druhý z patologické anatomie (R 41/1976, 52/1991).

Dva znalce je třeba přibrat:

- k prohlídce a pitvě mrtvoly, je-li podezření, že smrt osoby byla způsobena trestným činem (§ 105 odst. 4 TR a § 115 TR);¹⁰ k prohlídce a pitvě mrtvoly nesmí být z důvodu zajištění objektivitu posudku přibrán jako znalec ten lékař, který zemřelého ošetřoval pro nemoc, která smrti bezprostředně předcházela; k prohlídce a pitvě mrtvoly se přibírá znalec z oboru zdravotnictví, odvětví soudního lékařství,

- jde-li o objasnění jiné zvlášť důležité skutečnosti, např. objasnění skutečností týkajících se technických a technologických okolností zvlášť těžké dopravní nehody na železnici, havárie letadla, jaderného zařízení nebo obtížné případy posouzení duševního stavu obviněného; v tomto případě se zde právě s ohledem na složitost posuzované otázky se přibírají znalci z různých oborů a odvětví,¹¹

- jde-li o vyšetření duševního stavu mladistvého (§ 58 odst. 1 ZSVM),¹² je přímo stanoveno, že se přibírají znalci z oboru zdravotnictví, odvětví psychiatrie se specializací na dětskou psychiatrii.

Pokud byl jako znalec přibrán znalecký ústav v případech, kdy dle § 105 odst. 4 TR mají být přibráni znalci dva, je třeba tento v opatření o přibrání znalce upozornit, že ve vypracovaném znaleckém posudku musí být uvedeny dva pracovníci toho ústavu, kteří budou moci v případě potřeby stvrdit jeho správnost a podat k němu případné vysvětlení.

O odborné vyjádření je možno požádat, respektive znalce je možno přibrat, v kterémkoliv stadiu trestního řízení, tedy jak před zahájením trestního stíhání, tak i v řízení vykonávacím. To, že v určitém stadiu trestního řízení odborné vyjádření či znalecký posudek nebyl realizován, neznamená, že se tak nemůže stát následně.

¹⁰ Toto podezření může být odůvodněno např. tím, že na místě nálezu mrtvého jsou viditelné nesrovnalosti mezi stavem na místě činu a způsobem, kterým došlo ke smrti, na těle zemřelého jsou viditelné známky zranění, i staršího data, které neodpovídají mechanismu vedoucímu k příčině smrti, na zemřelém jsou viditelné vícenásobné mechanismy, které mohly vést ke smrti, např. oběšení a podřezání, otrava a podřezání, střelba a otrava, apod., popř. při bodněrezných poranění je jejich výskyt na různých částech těla s obtížnou dosažitelností, je zjištěn výskyt hematomů na těle zemřelého, došlo k použití střelné zbraně, nezvyklost použitého prostředku nebo existence informace, že např. mrtvé osobě někdo vyhrožoval, zemřelý uváděl, že má strach o život, že je hledán věřiteli, v jeho rodině docházelo k násilnému jednání, v jeho rodině je osoba v minulosti vyšetřovaná pro násilnou trestnou činnost apod.

¹¹ Musil, J., Kratochvíl, V., Šámal, P. a kol. Trestní právo procesní. 3. přepracované vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 446.

¹² Zákon č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů (zákon o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů.

Jak již bylo uvedeno, v přípravném řízení přibírá znalce ten orgán činný v trestním řízení, jež považuje znalecký posudek za nezbytný pro rozhodnutí. Pokud byla věc vrácena k došetření, pak jej přibírá státní zástupce, a v řízení před soudem potom předseda senátu.

V rámci aplikační praxe může uvedený způsob přibírání znalce vyvolat určité problémy. Představme si situaci, že policejní orgán vykonávající přípravné řízení nepovažuje znalecký posudek za nezbytný pro rozhodnutí, která činí v jeho rámci, a tudíž nebude chtít znalce přibrat, protože pro jeho rozhodnutí mu postačí odborné vyjádření. Dozorující státní zástupce naopak bude na přibrání znalce trvat, samozřejmě již s přihlédnutím k případnému hlavnímu líčení. Je samozřejmě možné, že dá policejnímu orgánu dle § 174 odst. 2 písm. a) TŘ pokyn k přibrání znalce nebo může přibrat znalce přímo sám.

Za vypracované odborné vyjádření,¹³ stejně jako za znalecký posudek,¹⁴ se poskytne stanovená odměna. Co se týče uvedené odměny, tato svou výší zdaleka neodpovídá realitě a je předmětem řady diskuzí, zejména mezi samotnými znalci. Stávající právní konstrukce pohyblivé odměny je v současnosti navíc odvislá od subjektivní schopnosti a možnosti orgánu činného v trestním řízení posoudit množství, obtížnost, odbornost, účelnost, charakter, složitost, kvalitu, rychlost, dochvilnost znalecké činnosti. To se ne vždy daří a znalci jsou na znalečném krácení, respektive orgán činný v trestním řízení pečlivě zvažuje, zda znalci přizná odměnu v plné výši stanovené sazby, tj. 350,- Kč za hodinu práce.

O výši znalečného rozhoduje dle § 111 odst. 2 TŘ ten orgán, který znalce přibral. Jelikož se Policie České republiky, respektive její krajské ředitelství, staly na základě § 8 odst. 1 ZoP¹⁵ organizační složkou státu samostatně hospodařící se svěřenými prostředky, tak samozřejmě náklady na znalečné jdou z jejího rozpočtu. A jako každá organizační složka státu, tak i samozřejmě Policie České republiky se snaží šetřit. Pokud by tedy dozorový státní zástupce nekoordinovaně dával policejnímu orgánu pokyn k přibrání

¹³ Dle § 1 vyhlášky ministerstva spravedlnosti č. 23/2002 Sb., kterou se stanoví výše odměny za odborné vyjádření podané na žádost orgánů činných v trestním řízení, přísluší u odborného vyjádření podle jeho povahy a náročnosti za jednu hodinu práce odměna ve výši 75,- Kč až 125,- Kč.

¹⁴ Dle § 16 prováděcí vyhlášky k ZnalZ odměna za znalecký posudek činí podle jeho náročnosti a podle míry odborných znalostí, které bylo nutné k jeho podání vynaložit, za jednu hodinu práce 100,- až 350,- Kč

¹⁵ Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

znalce i v případech, kde by to nebylo nutné,¹⁶ znalečné by samozřejmě bylo hrazeno z rozpočtu příslušného krajského ředitelství. Jestliže by dozorový státní zástupce přibral znalce sám, úhrada znalečného by šla z prostředků ministerstva spravedlnosti, které však na uvedenou položku nemá vyčleněné žádné finanční prostředky. Výsledkem této „nepřipravenosti“ resortu spravedlnosti na tuto situaci je to, že Policie České republiky se zpravidla dohodla na úrovni jednotlivých krajských s příslušnými krajskými státními zastupitelstvími na dalším postupu v tom směru, že bude skutečně preferováno odborné vyjádření a znalec bude k vypracování znaleckého posudku přibírán jen tehdy, jestliže je to nezbytné.

Nezbytnost změny právní úpravy

V současné době je na základě věcného záměru nového trestního řádu schváleného usnesením vlády České republiky č. 996 ze dne 20.8.2008 připravováno jeho paragrafové změny. Co se týče právní úpravy jednotlivých důkazních prostředků,¹⁷ tak věcný záměr konstatuje, že tato se v zásadě osvědčuje, a proto bude převzata ze stávajícího TŘ jen s drobnými úpravami. Novinkou ve vztahu k tématu tohoto příspěvku bude zavedení výsledku zpracovatele odborného vyjádření jako tzv. odborného svědka, čímž budou odstraněny potíže vznikající v aplikační praxi, která nyní kolísá mezi výsledkem takového zpracovatele jako „standardního“ svědka nebo jako osoby v postavení znalce.

Pokud se chtěli blíže zamyslet nad dokazováním v trestním řízení ve vztahu ke znaleckému zkoumání, postavením znalce v rámci trestního řízení, jeho právy a povinnostmi, významem a obsahem znaleckého posudku jako jednoho z důkazních prostředků, posuzováním pravdivosti znaleckého posudku, kritérii pro stanovení odměny znalce a dalšími souvisejícími aspekty, došli bychom k závěru, že se jedná o téma dalece přesahující rámec trestního práva.

Problémy, které se týkají výkonu znalecké činnosti, kvality znaleckých posudků atd., tak nesouvisí s právní úpravou obsaženou v TŘ, ale s právní úpravou obsaženou v ZnalZ a v prováděcí vyhlášce k němu. Při analýze této právní úpravy bychom došli k jednoduchému závěru, že jednou z podstatných slabin současného stavu je neexistence nebo nefungování mechanismů, které zajistí výběr kvalitních znalců a soustavnou kontrolu jejich úrovně, jelikož kritéria pro výběr znalců jsou stanovena velmi

¹⁶ V aplikační praxi jsme se setkali s případem, kdy dozorový státní zástupce dal policejnímu orgánu pokyn k vypracování znaleckého posudku týkajícího se stanovení ceny odcizeného palivového dříví, kdy znalečné za tento znalecký posudek bylo vyšší, než škoda způsobená odcizením tohoto dříví.

¹⁷ Výpověď obviněného, výpověď svědka, znalecký posudek a odborné vyjádření, listina, věcný důkaz a ohledání, konfrontace, rekonstrukce, vyšetřovací pokus, rekonstrukce a prověrka na místě.

vágně.¹⁸ I když by si rozbor uvedeného tvrzení zcela bez diskuzí zasloužil hlubší pozornost v rámci samostatného pojednání, zamysleme se nyní nad ním alespoň stručně.

Nesmíme zapomenout, že právní úprava týkající se znalecké činnosti obsažená v ZnalZ¹⁹ a prováděcí vyhlášce k němu platí již více než 40 let v téměř nezměněné podobě. Tato právní úprava obsahuje instituty i terminologické názvosloví, které již v dnešní době nelze prakticky použít, a pro nově vzniklé subjekty, společenské vztahy a postupy, které vznikly v důsledku vývoje od doby jejího přijetí, neobsahuje adekvátní řešení. Ministerstvo spravedlnosti vědomo si této situace zpracovalo návrh novely ZnalZ,²⁰ který reagoval i na výše uvedené nedostatky stávající právní úpravy, které jsou již dlouhodobě známy. Uvedený návrh byl zařazen na jednání vlády dne 27.4.2009 pod č.j. 1681/08. Přestože je zřejmé, že stávající právní úpravu je třeba novelizovat, případně vytvořit právní úpravu novou, vláda projednávání tohoto materiálu přerušila s tím, že se k němu vrátí do konce roku 2009.

Stalo se tak 21.12.2009, kdy vláda svým usnesením č. 1567 schválila plán legislativních prací na rok 2010, ve kterém se objevuje úkol pro Ministerstvo spravedlnosti zpracovat do června 2010 věcný záměr zcela nového zákona o znalcích a tlumočnících, na rozdíl od předcházejícího věcného záměru, který byl pouze „novelou“ stávající právní úpravy. Uvedený věcný záměr nového zákona byl ministerstvem ve stanoveném termínu zpracován, proběhlo i mezirezortní připomínkové řízení, ale doposud nebyl vládě předložen.

Jelikož je zřejmé, že legislativní proces přijetí nového zákona o znalcích a tlumočnících by byl s největší pravděpodobností běh na dlouhou trať, vypracovala Ministerstvo spravedlnosti koncem roku 2010, mimo plán legislativních prací, návrh novely zákona o ZnalZ a prováděcí vyhlášky k němu, které předložilo k připomínkovému řízení. Cílem předkládaných novel je pokud možno co nejrychleji zajistit vyšší státní dohled nad činností znalců a tlumočnicků a dosáhnout tak vyšší kvality znaleckých posudků a tlumočnických úkonů, které mají významný vliv na soudní rozhodování. Ke změně má dojít taktéž ve vztahu k odměňování znalců a tlumočnicků. V současné době je Ministerstvem spravedlnosti preferována jednotná sazba 350,- Kč za hodinu práce, s možností jejího zvýšení.

Stávající právní úprava nestanuje znalcům žádnou povinnost dalšího, celoživotního, vzdělávání, což je obecně považováno za jeden ze základních

¹⁸ Musil, J. Hodnocení znaleckého posudku. Kriminalistika: Praha: Ministerstvo vnitra, 2010. roč. 43, č. 3, s. 191.

¹⁹ Zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, dále jen ZnalZ.

²⁰ Přestože se Ministerstvo spravedlnosti rozhodlo jít cestou novelizace stávajícího zákona, ten je, až na určité výjimky, podstatně změněn a doplněn o řadu nových institutů.

nedostatků této právní úpravy. V okamžiku, co je tedy znalec po splnění zákonem stanovených podmínek jmenován znalcem, zjednodušeně řečeno zde není nic, co by jej „donutilo“ k dalšímu zvyšování si získaných znalostí. Což se samozřejmě může negativně odrazit na kvalitě znaleckého posudku.

Je navrhováno, aby byly zpřísněny podmínky pro jmenování znalcem, které jsou nyní velmi obecné a vágní. Znalcem na základě stávající právní úpravy může být jmenován ten, kdo je českým státním občanem, má potřebné znalosti a zkušenosti z oboru, v němž má jako znalec působit, především toho, kdo absolvoval speciální výuku pro znaleckou činnost, jde-li o jmenování pro obor, v němž je taková výuka zavedena, má takové osobní vlastnosti, které dávají předpoklad pro to, že znaleckou činnost může řádně vykonávat a se jmenováním souhlasí.

Nová, respektive novelizovaná, právní úprava ve všech svých návrzích počítá s podmínkami mnohem přísnějšími. Obecně se při stanovení podmínek pro jmenování vychází z toho, že za znalce by měli být jmenováni „nejlepší z nejlepších“, tedy pokud pro daný obor existuje odpovídající vysokoškolské vzdělání, měl by je uchazeč o jmenování doložit. Právní úprava by měla zohledňovat i profesní vývoj odborníků s nejvyšší kvalifikací, jako jsou profesori a docenti, jejich působení je často víceoborové nebo mezioborové. Pouze v oborech, pro které odpovídající vysokoškolské vzdělání neexistuje nebo ve výjimečných a odůvodněných případech, může uchazeč o jmenování doložit splnění potřebných odborných předpokladů jiným způsobem. Dále se požaduje, aby uchazeč o jmenování znalcem získal odbornou praxi v oboru, pro který má být jmenován, případně i odbornou nebo specializovanou způsobilost, je-li pro konkrétní obor, odvětví nebo specializaci jiným právním předpisem předepsána.²¹

Kromě uvedeného by ke zkvalitnění činnosti měla přispět i povinnost celoživotního vzdělávání. Znalecká činnost je vysoce kvalifikovaná činnost, která se neustále vyvíjí. Je naprosto nezbytné, aby znalci tento vývoj „nezaspali“, ale naopak aby si své vědomosti a dovednosti neustále obnovovali a doplňovali v souladu s rozvojem oboru a nejnovějšími vědeckými poznatky.

Formami celoživotního vzdělávání je myšleno zejména samostatné studium odborné literatury, účast na kurzech, školicích akcích, seminářích, odborných a vědeckých konferencích a kongresech v České republice a v zahraničí, účast na odborně vědeckých aktivitách, publikační a pedagogická činnost a vědecko-výzkumná činnost vztahující se k odbornosti znalce. Celoživotní vzdělávání znalců organizují a pořádají zejména ministerstvo spravedlnosti, veřejnoprávní ústavy, vysoké školy, profesní sdružení nebo zájmová sdružení sdružující znalce.

²¹ Např. atestace lékařů, akreditace v různých oborech.

S celoživotním vzděláváním souvisí i tzv. průkaz odbornosti, do kterých budou průběžně zapisovány záznamy o dalším vzdělávání znalců.

Jestliže by při výkonu znalecké činnosti vznikly důvodné pochybnosti o odbornosti znalce, tj. ať už z důvodu, že se orgán domnívá, že jeho posudky jsou odborně nekvalitní, či že např. po dlouhou dobu nevykonal žádný znalecký úkon, je možné, aby předseda krajského soudu znalci nařídil ověření jeho odborné způsobilosti. Ověření odborné způsobilosti je odborná zkouška zajišťovaná Ministerstvem spravedlnosti nebo jím pověřeným veřejnoprávním subjektem.²² Jestliže znalec při ověřování odborné způsobilosti uspěl, obdrží od Ministerstva spravedlnosti osvědčení. Pokud neuspěl, může nejdříve po třech měsících ode dne předchozího ověřování odborné způsobilosti toto opakovat. Jestliže ani opakovaně neuspěje, bude v rámci správního řízení vyškrtnut ze seznamu.

Závěr

Cílem uvedeného příspěvku bylo ve stručnosti poukázat na to, v čem je zásadní rozdíl mezi odborným vyjádřením a znaleckým posudkem a kdy by v rámci přípravného řízení mělo dojít k vypracování odborného vyjádření a kdy naopak k vypracování znaleckého posudku, a která kritéria by přitom měla být zohledněna.

Orgány činné v trestním řízení by měly vždy pečlivě zvažovat, zda jsou splněny zákonem stanovené podmínky pro přijetí znalce či nikoliv. Znalecký posudek by měl být vypracováván skutečně jen v případě, kdy to vyžaduje složitost posuzované otázky. Mělo by se zabránit tak tomu, aby docházelo k nadužívání znaleckých posudků či jejich zneužívání v tom směru, že znalci budou orgánům činným v trestním řízení odpovídat na fundamentální otázky trestního řízení, na které by si tyto měly být schopny odpovědět samy a budou tak fakticky suplovat jejich činnost.

Je zřejmé, že kvalita zpracovaných znaleckých posudků souvisí s odbornými znalostmi a profesní erudicí znalce. Proto bylo ve stručnosti naznačeno, že změna stávající právní úpravy týkající se postavení znalců je v současné době více než žádoucí, o čemž samozřejmě dlouhodobě ví všechny zainteresované strany. Přestože jsou v současné době připravovány její legislativní změny, bylo by otázkou k dalšímu zamyšlení, proč se k těmto nepřistoupilo, a tyto nebyly přijaty, o mnohem dříve.

Literature:

- Musil, J. Některé otázky znaleckého dokazování v trestním řízení a teorie kriminalistické expertizy. Praha: Univerzita Karlova, 1971

²² Může se jednat o vysoké školy, veřejnoprávní znalecké ústavy apod.

- Musil, J., Kratochvíl, V., Šámal, P. a kol. Trestní právo procesní. 3. přepracované vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, ISBN 978-80-7179-572-8
- Heinz, R. Znalecké dokazování. Trestní právo: Praha: Novatrix, 2009. č. 7-8, ISSN 1214-3758
- Fryšták, M., Krejčí, Z. Postavení znalce v trestním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 2009, ISBN 978-80-210-4955-0
- Musil, J. Hodnocení znaleckého posudku. Kriminalistika: Praha: Ministerstvo vnitra, 2010. Roč. 43, č. 3, ISSN 1210-9150
- Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů
- Vyhláška ministerstva spravedlnosti č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů
- Vyhláška ministerstva spravedlnosti č. 23/2002 Sb., kterou se stanoví výše odměny za odborné vyjádření podané na žádost orgánů činných v trestním řízení
- Zákon č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů (zákon o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů
- Věcný záměr nového trestního řádu dostupný na portálu www.justice.cz
- Věcný záměr nového zákona o znalcích a tlumočnících dostupný na portálu www.justice.cz
- Věcný záměr novely ZnalZ dostupný na portálu www.justice.cz

Contact – email

Marek.Frystak@law.muni.cz

KRIMINALITA MLÁDEŽE - POZNATKY Z VÝZKUMNÉHO ŠETŘENÍ

KATEŘINA HORKÁ, JAKUB CHROMÝ, ONDREJ ŠTEFÁNIK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Příspěvek je součástí kriminologického výzkumu, který je prováděn katedrou trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Zjišťován je názor soudců a státních zástupců na otázky věkové hranice trestní odpovědnosti a na významné aspekty související s kriminalitou mládeže. Empirické šetření povede k vyhodnocení platné právní úpravy a praxe v oblasti zacházení s delikventní mládeží, jakož i k vytvoření možných doporučení *de lege ferenda*.

Key words in original language

Děti a mladiství; kriminalita; kriminologický výzkum; trestní právo.

Abstract

The paper is a part of criminological research conducted by Department of Criminal Law, Faculty of Law Masaryk University. The research detects opinion of judges and prosecutors in the questions about age-limit of criminal liability and eminent aspects of juvenile delinquency. Exploration opens into evaluation of valid legal regulations and experience as well as formulization of recommendation *de lege ferenda*.

Key words

Children and juvenile; criminality; criminological research; criminal law.

Cílem kriminologického výzkumu bylo zjistit názor odborné veřejnosti na otázky věkové hranice trestní odpovědnosti, jakož i na další významné aspekty související s fenoménem kriminality mládeže. Získání poznatků od soudců a státních zástupců se považuje za mimořádně důležité, protože jedině takovým způsobem lze zohlednit potřeby a požadavky těch, kteří s danou problematikou přicházejí do každodenního přímého styku a na jejichž přístupu záleží koncová aplikace práva.

Technika sběru dat se zde zakládala v dotazování, konkrétně ve formě dotazníku. Písemná forma dotazníku byla zvolena proto, že respondentům umožňuje v klidu si pročíst položené otázky a důkladně promyslet jejich odpovědi. Při konstrukci dotazníku se postupovalo od obecných charakteristik ke konkrétnějším položkám. Dotazník zahrnoval otázky uzavřené, otevřené i polootevřené. Celkem bylo zformulováno 24 otázek, některé z nich se dále členily.

Tvorba dotazníku byla předem konzultována s experty působícími v Institutu pro kriminologii a sociální prevenci v Praze.

Na základě průvodního dopisu, jehož přílohu představoval uvedený dotazník, byli k účasti na výzkumu osloveni všichni předsedové okresních soudů a vedoucí státní zástupci okresních státních zastupitelství v České republice. K účasti na výzkumu bylo tedy vyzváno 187 subjektů. K rozeslání jednotlivých zásilek, jež se vypravily v polovině července 2010, byla využita služba České pošty.

Průvodní dopis obsahoval seznámení s podstatou výzkumu a žádost, aby dotazník vyplnil ten soudce či státní zástupce, který se v rámci své agendy zabývá soudnictvím ve věcech mládeže. Vyplněný dotazník měl být zaslán zpět na katedru trestního práva brněnské právnické fakulty, a to nejpozději do 1. září 2010.

Veškerým osobám zúčastněným na výzkumu byla zaručena anonymita. Respondenti byli vyrozuměni, že v žádném publikovaném výstupu nebudou spojovány poznatky získané prostřednictvím dotazníku s konkrétním soudem či státním zastupitelstvím nebo s konkrétní osobou respondenta. Pouze pro případ, že by sám respondent projevil vůli, aby bylo jeho jméno ve výstupních publikacích s jeho názory a připomínkami uvedeno, zpracovatelé tak učiní. Takový návrh nakonec nebyl vznesen. Zájem však byl projeven o seznámení s výsledky výzkumu.

V dotazníku nechyběly technické pokyny pro jeho vyplnění. U každé otázky měl respondent zvolit odpověď, která nejvíce odpovídala jeho vlastnímu stanovisku. Vybranou odpověď označoval křížkem do čtverečku. U těch otázek, kde se předpokládala volná vyjádření, byla odpověď psána na řádky. Pokud nepostačoval stanovený počet řádků, šlo využít druhou stranu listu, přičemž k takové odpovědi bylo nutno připojit číslo otázky. Odůvodnění uváděná u jednotlivých otázek, byla převzata od respondentů bez výraznějších korektur, a to jak jazykových, tak co se týče odborné stránky.

V termínu určeném k doručení dotazníků se podařilo získat zpět 121 vyplněných dotazníků, které byly způsobilé k následnému vyhodnocení. Návratnost dotazníků činila v souhrnu 65,6 %.

Z komplexu 24 otázek formulovaných v dotazníku bylo vybráno sedm otázek, které tématicky zapadaly do bloku aktuálních problémů rekodifikace českého trestního práva procesního. Konkrétně se jednalo se o otázky pod pořadovými čísly 16, 17, 18, 19, 21, 22 a 24. Komentář k nim je podán v následujícím textu.

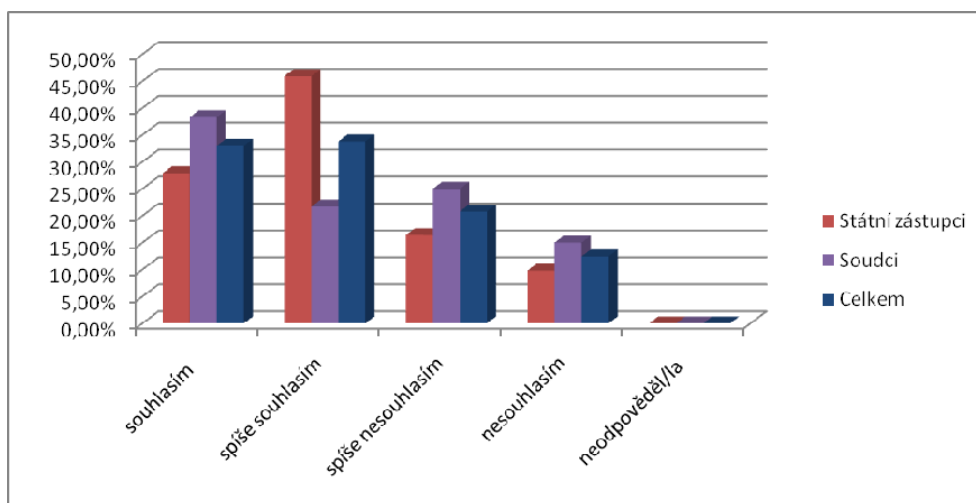
Otázka č. 16. Se zákazem zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného:

souhlasím

- spíše souhlasím
- spíše nesouhlasím
- nesouhlasím

Jakou zákonnou úpravu byste doporučovali přijmout?

K zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného se respondenti vyjadřovali pozitivně, nikoli však v mezní poloze. Nejvíce dotazovaných osob zvolilo odpověď „spíše souhlasím“ (41), následovala odpověď „souhlasím“ (40), „spíše nesouhlasím“ (25) a „nesouhlasím“ (15). Zákaz zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného tedy získal 66,8 % pozitivních variant odpovědí. Zatímco stejné pořadí odpovědí vykazovala také dílčí kategorie státních zástupců, jinak tomu bylo u soudců, u nichž se na prvním místě umístila odpověď „souhlasím“, poté „spíše nesouhlasím“, další pořadí odpovědí již zůstalo nezměněné. Co se týče hodnocení odpovědí podle pohlaví respondentů, ženy vyjadřovaly pozitivnější hodnocení než muži. Kladné posouzení zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného bylo příznačné spíše pro státní zástupce, než pro soudce.



Zhruba dvě třetiny respondentů souhlasí se stávajícím zákazem zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného. Proti takovému zákazu se vyslovila jedna třetina dotazovaných osob, což není zanedbatelný počet, pokud vezmeme v úvahu, že již od samého počátku účinnosti zákona č. 218/2003 Sb. je v důvodných případech připuštěna možnost uveřejnění výsledků řízení o uložení opatření dítěti mladšímu než patnáct let, které se dopustilo činu jinak trestného (§ 94, jinak u mladistvých pachatelů – viz níže). Tato právní úprava kontrastovala

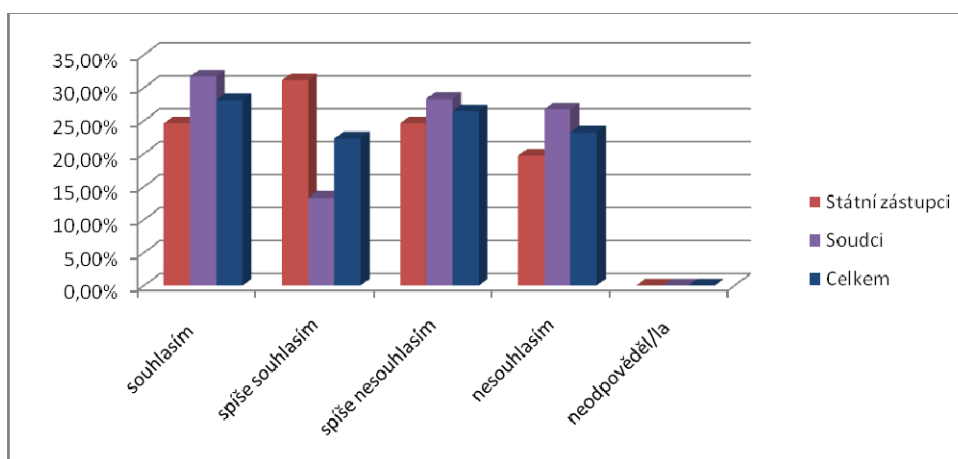
s ochranou obětí, tu v zesílené podobě prosadil až zákon č. 52/2009 Sb., a to s cílem odstranit nepříznivé dopady zvýšeného zájmu veřejnosti a nastoupení sekundární viktimizace u dětí. Pokud respondenti brojili proti zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti dítěti jako pachateli činu jinak trestného, byla jejich argumentace podpořena zejména požadavkem výchovného účinku řízení.

Otázka č. 17 Se zákazem zveřejňování informací z řízení vedeném proti mladistvému jako pachateli trestného činu:

- souhlasím
- spíše souhlasím
- spíše nesouhlasím
- nesouhlasím

Jakou zákonnou úpravu byste doporučovali přijmout?

U zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti mladistvému jako pachateli trestného činu se v souhrnném porovnání zjistilo vyrovnané zastoupení kladných (50,4 %) a záporných (49,6 %) variant odpovědí. Ovšem nejčastější odpověď respondentů přece jen zněla „souhlasím“ (34), nebylo tomu tak u všech kategorií respondentů. Vyrovnané zastoupení pozitivních a negativních variant odpovědí vykazovala i kategorie mužů soudců, negativní hodnocení zase převážilo u kategorie žen soudkyň. V kategorii státních zástupců je zřetelné pozitivnější hodnocení zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti mladistvému jako pachateli trestného činu. Ženy se k uvedenému zákazu stavěly jen nepatrně kritičtěji než muži.



Taktéž zavedením zákazu zveřejňování informací z řízení vedeném proti mladistvému jako pachateli trestného činu sledoval zákonodárce ochranu před nešetrnou medializací. Zákaz zveřejňování informací z řízení ve vztahu

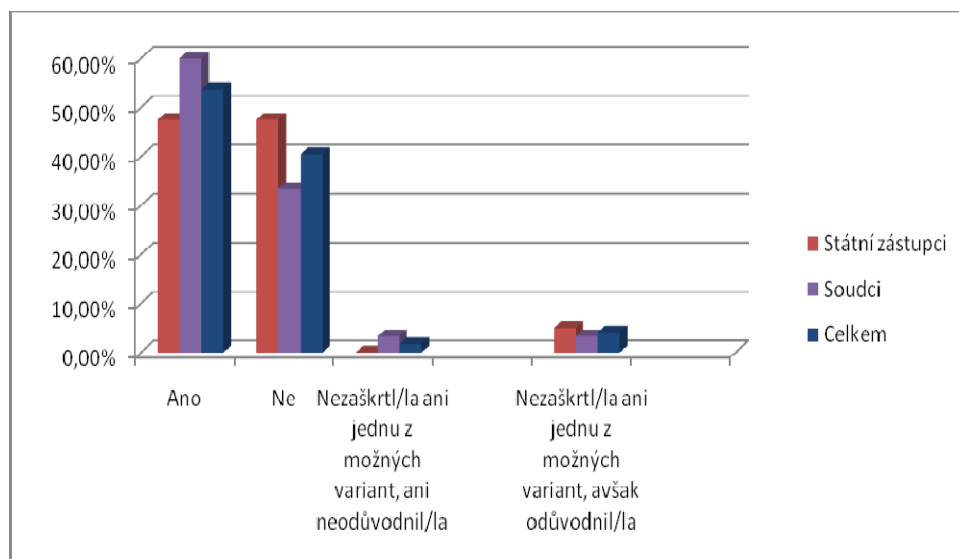
k mladistvým pachatelům byl dokonce zpřísněn zákonem č. 253/2006 Sb., kdy předseda senátu může s přihlédnutím k osobě mladistvého a povaze a charakteru provinění rozhodnout o uveřejnění pravomocného odsuzujícího rozsudku s uvedením jména, popřípadě jmen, a příjmení mladistvého, jakož i o uveřejnění jeho dalších osobních údajů, jde-li o zvlášť závažné provinění a takové uveřejnění je potřebné z hlediska ochrany společnosti [§ 54 odst. 4 písm. b) zákona č. 218/2003 Sb.]. Přesto z vyjádření respondentů vyplývá určitá nespokojenost s takovým stavem, jelikož téměř polovina z nich s uvedeným zákazem nesouhlasí. V jimi předložených návrzích je znát zájem o změkčení zásady neveřejnosti řízení vedeném proti mladistvému pachateli, tedy nejen dílčí výseče zveřejňování informací z řízení. Argumenty podporující takový závěr se zdají být podobné těm, jež zaznívaly u předcházející otázky. V tomto směru se překvapivě nečiní výraznější rozdíl, zda jde o trestně odpovědnou osobu, či nikoliv.

Otázka č. 18. Považujete z hlediska individuální prevence za vhodné využívání tzv. dohod o vině a trestu (plea bargaining) u mladistvých pachatelů?

ano ne

Odůvodněte, prosím, svůj názor:

Ano zaškrtnulo 53,7 % respondentů (29 státních zástupců – žen i mužů a 36 soudců – žen i mužů), ne odpovědělo 40,5 % (29 státních zástupců – žen i mužů a 20 soudců – žen i mužů), ani jednu z možných variant nezaškrtnulo a ani neodůvodnilo 1,7 % respondentů (což představoval 1 respondent – žena soudkyně), zbývajících 4,1 % respondentů nezaškrtnulo ani jednu z možných variant a ani neodůvodnilo (3 ženy státní zástupkyně a 2 soudci – muži). V kategorii soudců vplynuly výsledky jednoznačněji než u kategorie státních zástupců. V případě kategorie soudců by považovalo 60 % respondentů z hlediska individuální prevence za vhodné využívání dohod o vině a trestu i u mladistvých pachatelů, kdežto v kategorii státních zástupců výsledky až tak jednoznačně nevyznívají (47,5 % odpovědělo ano, 47,5 % ne, 5 % se nevyjádřilo ani nevedlo odůvodnění).

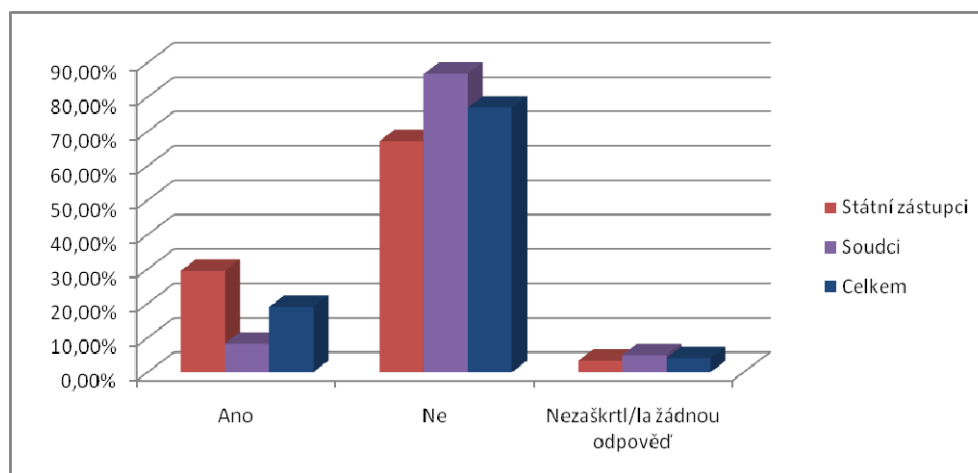


Otázka č. 19. Domníváte se, že kontrola uloženého trestního opatření domácího vězení mladistvému pachateli může být efektivní pouze prostřednictvím namátkových kontrol probačních pracovníků, aniž by byl zaveden elektronický monitoring mladistvých pachatelů?

ano ne

Odůvodněte, prosím, svůj názor:

Nejvíce respondentů (76,9 %) se klonilo k názoru, že kontrola uloženého trestního opatření domácího vězení mladistvému pachateli nemůže být efektivní pouze prostřednictvím namátkových kontrol. Přičemž nejjednoznačněji se k negativní odpovědi klonily soudkyně s 90 %, poté s 83,3 % soudci, státní zástupkyně s 68,9 % a s 62,5 % státní zástupci. Státní zástupci – muži považují kontrolu trestního opatření domácího vězení pouze prostřednictvím namátkových kontrol probačními pracovníky ve 31,25 %, státní zástupkyně ve 28,9 % a muži soudci v 10 % a soudkyně v 6,7 % za nedostatečnou. Zbývající respondenti nezaškrtili žádnou odpověď, zpravidla však svoje rozhodnutí i odůvodnili.



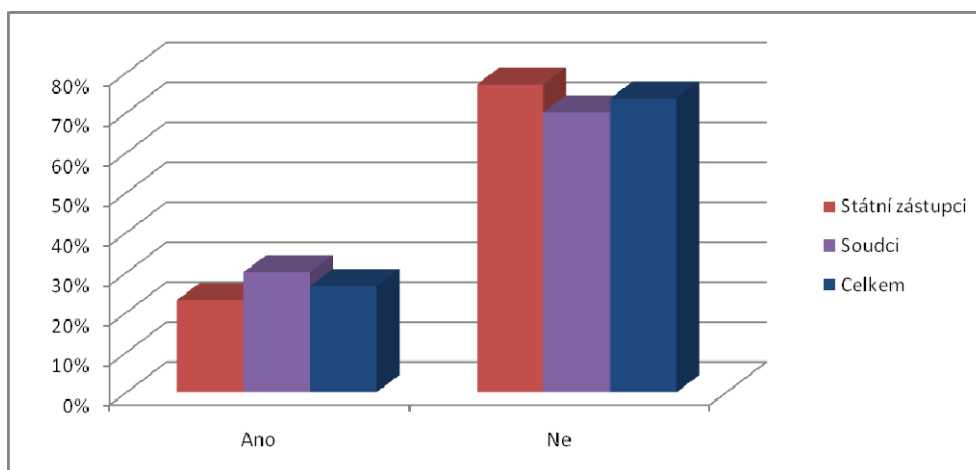
Otázka č. 21. Znáte z Vaší praxe, že by pachatele z řad mládeže výrazně ovlivnila tzv. virtuální realita (televize, počítačové hry, internet)?

ano ne

Pokud ano, pak popište v jakém směru a o jaký případ se jednalo, příp. odkážete na sp. zn.:

Nejvíce respondentů zvolilo negativní odpověď, tj. 73,5 %, což činilo celkem 89 dotázaných (47 státních zástupců – mužů i žen, 42 soudců – mužů i žen). 26,5 % dotázaných odpovědělo kladně, tj. celkem 32 osob, z toho 14 státních zástupců – mužů i žen a 18 soudců – mužů i žen.

Tam, kde dotázaní odpověděli kladně, pak se v každé skupině respondentů, tedy jak soudců, tak státních zástupců, objevily případy, kdy inspirací provinění (či činu jinak trestnému) dle § 257b odst. 1 zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona, byl film GYMPL, tj. jde o pachatele sprejery. Celkem odkazovali respondenti na film Gympl ve 28 %, což odpovídá 9 případům z kladných odpovědí. Pokud respondenti odkazovali na film Gympl, tak zpravidla odkazovali na vícero případů v jejich praxi, které byly ovlivněny tímto filmem.

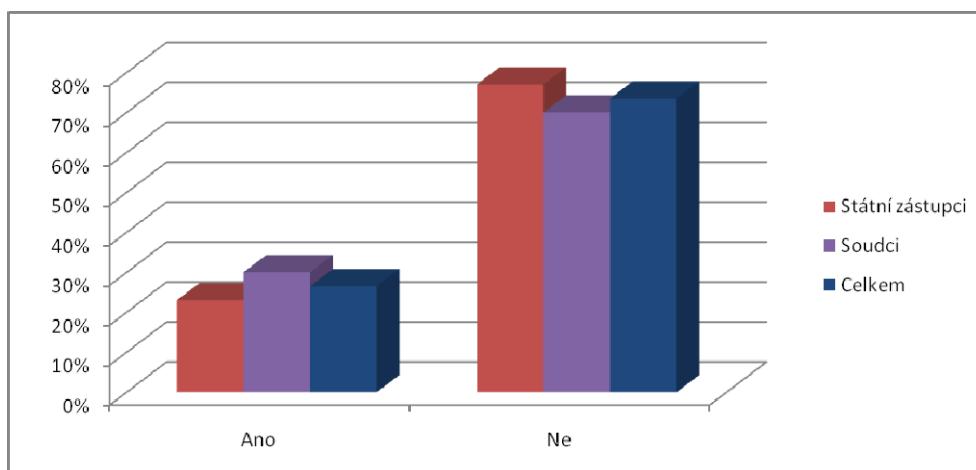


Otázka č. 22. Považujete zákon č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, za kvalitně zpracovaný právní předpis?

ano ne

Odůvodněte, prosím, svůj názor:

48,8 % respondentů se přiklonilo k odpovědi „ne“, odpověď „ano“ zvolilo 43,8 % dotázaných. Zajímavě dopadlo vyhodnocení této otázky u státních zástupců – mužů, kdy polovina (tj. 8 státních zástupců) zhodnotilo zákon č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, jako kvalitně zpracovaný právní předpis, avšak druhá polovina (tj. 8 státních zástupců) se přiklonila k variantě, že posuzovaný zákon nelze považovat za kvalitní právní normu. Obdobně hodnotili zákon o soudnictví ve věcech mládeže státní zástupci – ženy, které se v rámci této kategorie ve 48,9 % klonily k odpovědi „ano“, ve 46,7 % k odpovědi „ne“, ve 2,2 % nezaškrtnly ani jednu z možných variant a ani neodůvodnily a ve 2,2 %, tj. jedna státní zástupkyně nezaškrtnla žádnou z navržených variant a své rozhodnutí odůvodnila tím, že se nelze jednoznačně vyjádřit zda je předpis kvalitně zpracován či nikoli, neboť některé části jsou kvalitní a některé nikoli (např. část týkající se řízení ve věcech mladších 15ti let). Zástupci soudcovského povolání se klonili k negativní odpovědi, kdy 50 % soudců a 50 % soudkyň (vždy v rámci své kategorie – muž, žena) zaškrtnly variantu „ne“. 43,4 % soudců a 33,3 % žen považuje zákon o soudnictví ve věcech mládeže za kvalitní právní normu. Ani jednu z variant nezaškrtnlo a ani neodůvodnilo 4,1 % ze všech respondentů, 3,3 % ze všech dotázaných sice nezaškrtnlo některou z navržených variant, avšak svoji odpověď odůvodnilo.



Otázka č. 24. Jak hodnotíte spolupráci Vaší instituce s Probační a mediační službou?

- pozitivně
- spíše pozitivně
- spíše negativně
- negativně

Jaká pozitiva hodnotíte na spolupráci?

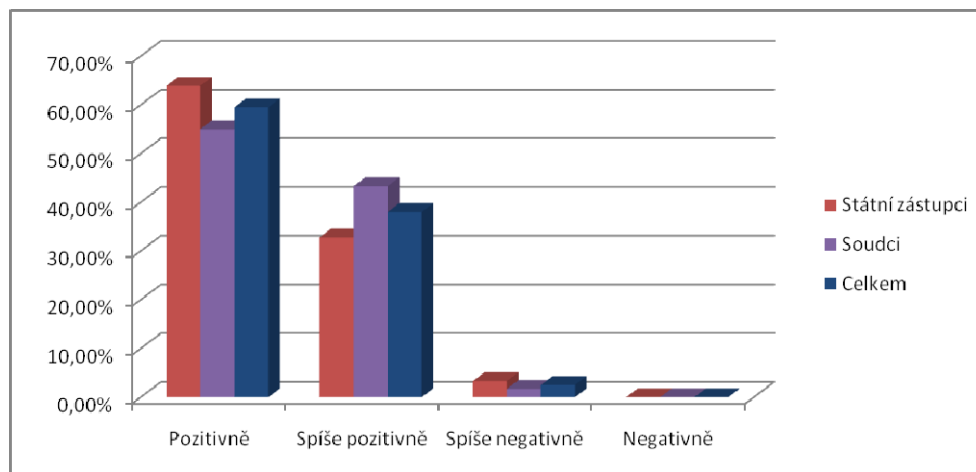
Jaké problémy spatřujete ve spolupráci?

V případě této otázky jsme se respondentů dotazovali na jejich spolupráci s Probační a mediační službou. Mimo hlavní otázku jsme respondenty vyzvali k tomu, aby zhodnotili jednak pozitiva, která spatřují ve spolupráci s Probační a mediační službou, ale také případná negativa. 59,5 % respondentů hodnotí (72) spolupráci s Probační a mediační službou pozitivně, spíše pozitivně 38 % (46) a spíše negativně pouze 2,5 % (3). Žádný z respondentů nezhodnotil spolupráci s Probační a mediační službou jako negativní.

Jako pozitivní na spolupráci uvedli především: operativnost, pružnost, bezproblémovou komunikaci, a to jak na formální, tak také neformální úrovni - email, telefon, rychlost s jakou jsou PMS řešeny záležitosti, a to i problematické, vstřícnost, spolehlivost, zprávy či další podkladové materiály předkládané Probační a mediační službou byly hodnoceny jako pečlivě a kvalitně zpracováváné, kladně byla hodnocena také setkání multidisciplinárních týmů.

Za problematické je ve spolupráci s PMS považováno: nedostatečné personální obsazení, časové a finanční možnosti okresního střediska, formalismus některých postupů vyžadovaných vnitřními předpisy, menší vynutitelnosti postupů PMS, neznalost laické veřejnosti instituce PMS a její působnosti.

Žádný z respondentů nezhodnotil spolupráci s Probační a mediační službou jako negativní.



Contact – email

horka@nsz.brn.justice.cz, chromy@nsz.brn.justice.cz, ostefanik@akbsn.eu

NAROVNÁNÍ V TRESTNÍM ŘÍZENÍ

JAN KOCINA

Právnická fakulta ZČU v Plzni

Abstract in original language

Institut narovnání je jedním z odklonů v trestním řízení. V praxi je tento institut velmi málo využíván. V připravované rekodifikaci trestního řádu je rozvíjení odklonu považováno za jeden z nejvýznamnějších trendů. Podstatou narovnání je uzavření dohody mezi obviněným a poškozeným, která je schválena a je zastaveno trestní stíhání proti obviněnému. Primárně jde o narovnání a odstranění konfliktního vztahu, který vznikl v důsledku spáchaného přestupku mezi obviněným a poškozeným. Příspěvek se zabývá příčinami malého počtu trestních věcí vyřizovaných narovnáním. Připravovaná rekodifikace trestního řádu by měla zjednodušit podmínky nezbytné pro rozhodnutí o schválení narovnání a zastavení trestního stíhání, a to tak, aby tento druh odklonu byl používán v podstatně větší míře.

Key words in original language

Narovnání; odklon v trestním řízení; schválení narovnání; zastavení trestního stíhání; urovnání konfliktu mezi obviněným a poškozeným; souhlas obviněného a poškozeného; rekodifikace trestního řádu.

Abstract

The institute of settlement is one of the diversions in criminal proceedings. This institute is not very often applied in practice. In an upcoming recodification of the code of criminal procedure the development of the diversion is considered to be one of the most significant trends. The essence of the diversion is a conclusion of an agreement between the accused person and the damaged person which is approved and the criminal prosecution against the accused person is terminated. Primarily the settlement and elimination of the confrontation which was caused as a result of the committed crime between the accused person and the damaged person is concerned. The discourse is concerned with the causes of the small amount of the criminal cases concluded by the settlement. The upcoming recodification of the code of criminal procedure should simplify the conditions that are required for the resolution of approval of the settlement and termination of the criminal prosecution thus this kind of diversion is used in essentially more cases.

Key words

Settlement; diversion in criminal proceedings; approval of the settlement; termination of the criminal prosecution; settlement of the confrontation between the accused person and the damaged person; recodification of the code of criminal procedure.

Institut narovnání byl zaveden do trestního řízení novelou trestního řádu zákonem č. 152/1995 Sb., která nabyla účinnosti dne 1.9.1995. Narovnání je jedním z odklonů v trestním řízení, který je někdy označován v trestněprocesní teorii jako tzv. prostý odklon, když jeho podstatou je upuštění od trestního stíhání bez plnění dalších podmínek, čímž dochází ke konečnému vyřízení trestní věci bez dalších následků pro pachatele. Rozvíjení odklonů jako prvků restorativní justice je považováno za jeden z nejvýznamnějších trendů, který by měl najít odraz i v připravované rekodifikaci trestního řádu.

U narovnání jde vlastně o dohodu mezi obviněným a poškozeným, která vyžaduje schválení s procesními důsledky zastavení trestního stíhání. Tato dohoda je základem pro rozhodnutí státu prezentovaného státním zástupcem nebo soudem, který schvaluje narovnání a zastavuje trestní stíhání obviněného. V institutu narovnání vystupuje do popředí zájem na tom, aby sám pachatel důsledně odčinil všechny škodlivé následky způsobené poškozenému trestným činem, a tento zájem je preferován před zájmem na trestním postihu pachatele. Narovnání plní významnou funkci restituce narušených vztahů pachatele a poškozeného, když oba tyto subjekty se aktivně podílejí na řešení vzniklého konfliktu a svou iniciativou tak ovlivňují způsob, jakým jsou urovnány vzájemné vztahy související se spácháním trestné činnosti. Narovnání by se mělo uplatňovat zejména v případech, kdy je vedle veřejného zájmu trestným činem dotčena výrazněji i sféra soukromá a stát na trestném postihu pachatele nemá výrazný zájem, když trestný čin má spíše podobu sporu mezi obviněným a poškozeným. Hlavním smyslem institutu narovnání je, aby pachatel odčinil škodlivé následky trestného činu způsobené poškozenému. Účinky trestní represe jsou kromě tohoto primárního cíle nahrazeny povinností pachatele k dalšímu majetkovému plnění nad rámec způsobené škody, které má sloužit obecně prospěšným účelům a odškodnění obětí trestné činnosti.

Přes opakovaně vyslovované přesvědčení, při zavedení institutu narovnání a následných novelizacích trestněprocesních předpisů, které rozšířily možnost využívání tohoto institutu, je narovnání v praxi velmi málo využíváno.

Jak již je shora konstatováno, institut narovnání byl zaveden do trestního řádu dne 1.9.1995 zákonem č. 152/1995 Sb. Tzv. velkou novelou trestního řádu, provedenou zákonem č. 265/2001 Sb., která nabyla účinnosti dne 1.1.2002, byla změněna ustanovení týkající se narovnání, byly odstraněny některé nedostatky původní úpravy mj. to, že narovnání mohl schválit do 31.12.2001 pouze soud, který tak činil v přípravném řízení na návrh státního zástupce. Touto novelou trestního řádu bylo rozšířeno oprávnění rozhodovat o schválení narovnání také na státního zástupce, a to pro procesní stádium přípravného řízení. Uvedenou novelou bylo výrazným způsobem posíleno postavení státního zástupce, což se mj. projevilo na jeho oprávnění schvalovat v přípravném řízení narovnání. Po nabytí účinnosti této novely trestního řádu se očekávalo, že dojde k výraznějšímu nárůstu počtu věcí, při

kterých bude uplatněn tento druh odklonu a „že se narovnání stane skutečným odklonem a nikoliv jen bezzubým experimentem, prosazovaným velmi obtížně“. Ani po této zásadní změně rozšiřující možnost použití narovnání v trestním řízení nedošlo k výraznějšímu využívání tohoto odklonu. K výraznějšímu používání institutu odklonu v trestním řízení nepřispělo ani přijetí zákona č. 257/2000 Sb., kterým byla zřízena Probační a mediační služba ČR, jež měla svojí činností vytvářet mj. podmínky pro rozhodnutí o narovnání.

Rozšíření odklonů a mj. i narovnání přineslo i přijetí zákona č. 218/2003 Sb., zákon o soudnictví ve věcech mládeže, který nabyl účinnosti dne 1.1.2004. Tento zákon vychází ze zásad restorativní justice a výslovně předpokládá užívání veškerých alternativ k ukládání trestních opatření. V § 69 tohoto zákona je uvedeno, že v trestních věcech mladistvých lze použít narovnání s odkazem na příslušná opatření trestního řádu. Rozšíření používání institutu narovnání v trestním řízení přinesla i další novela trestního řádu provedená zákonem č. 283/2004 Sb., která nabyla účinnosti od 1.7.2004, jež upravila mj. i další typ odklonu ve zkráceném přípravném řízení, a to odložení věci za současného schválení narovnání. Ve zkráceném přípravném řízení se předpokládalo širší využití některého z upravených odklonů, tj. mj. i odložení věci za současného schválení narovnání. Další rozšíření možnosti využívat institutu narovnání přinesla novela trestního řádu provedená zákonem č. 41/2009 Sb., která byla přijata v návaznosti na nový trestní zákoník, tj. zákon č. 40/2009 Sb., když oba tyto předpisy nabyly účinnosti dne 1.1.2010. Kategorizace trestných činů, která byla nově zavedena trestním zákoníkem, byla promítnuta do některých procesních institutů mj. do ustanovení o narovnání. Namísto původního odkazu na trestné činy s trestní sazbou nepřevyšující pět let odnětí svobody používá novelizované ustanovení § 309 trestního řádu odkaz na přečiny. Tím se rozšířila možnost používání institutu narovnání u nedbalostních trestných činů vzhledem k tomu, že přečiny jsou všechny nedbalostní trestné činy a ty úmyslné trestné činy, na něž trestní zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby do pěti let, tedy včetně horní hranice pěti let odnětí svobody.

Jak již je shora konstatováno, přes provedené novelizace trestněprocesních předpisů, které rozšířily možnost používání institutu narovnání, je tento institut „v praxi nepříliš často využívaným“. Od roku 2002 dochází ke schválení narovnání v přípravném řízení pouze u 0,5% z celkového počtu stíhaných trestních věcí a u soudů nepřevyšuje 0,35% nápadu.

Při přípravě rekonstrukce trestního řádu je třeba provést analýzu toho, proč je institut narovnání v praxi tak málo využíván a po provedení analýzy se pokusit vytvořit předpoklady pro to, aby v nové právní úpravě byl tento institut využíván v podstatně větší míře.

S přihlédnutím k platné právní úpravě institutu narovnání a po vyhodnocení praktických zkušeností z používání tohoto institutu lze dospět k závěru, že narovnání je využíváno velmi zřídka z následujících důvodů:

Nízký zájem samotných obviněných o schválení narovnání, který je dán tím, že kromě náhrady škody musí hradit i další částku na obecně prospěšné účely.

Mnoho formálních podmínek, které je nezbytné naplnit proto, aby mohlo být schváleno narovnání, a to jak na straně obviněných, tak i orgánů činných v trestním řízení, když tyto často nepřistupují ke schválení narovnání ani při zájmu obviněných a poškozených s ohledem na technickou a administrativní komplikovanost možnosti použití tohoto institutu.

Finanční neschopnost a neochota obviněných nahradit poškozenému škodu ale případně i jiné uplatňované finanční nároky poškozeným.

Neochota orgánů činných v trestním řízení schvalovat narovnání z důvodů neschopnosti orientovat se v základních právních předpokladech, které vyhodnocují občanskoprávní aspekty nároků poškozených, jež jsou předmětem dohody s poškozeným o náhradě škody a jiné újmy, a dále představa, že si pachatelé „vykupují spravedlnost“.

Prvotním předpokladem pro rozšíření aplikace institutu narovnání v trestním řízení je další rozšiřování práv poškozeného v trestním řízení. K tomuto rozšiřování práv poškozeného v trestním řízení má směřovat nejen rekodifikace trestního řádu, ale v současné době i připravovaná novela trestního řádu, která by v případě přijetí mohla umožňovat, aby soud rozhodl v adhézním řízení o uplatněném nároku poškozeného na náhradu tzv. nemateriální újmy.

S přihlédnutím ke shora uváděným skutečnostem jsem přesvědčen o tom, že by při připravované rekodifikaci měla být podstatným způsobem zjednodušena právní úprava týkající se splnění podmínek pro schválení narovnání.

Při schválení narovnání je nezbytný vždy souhlas poškozeného, když předpokladem takového souhlasu je ve vztahu k poškozenému zpravidla zajištění plné náhrady majtkové, morální nebo i jiné škody, která byla způsobena přečinem. Pachatel musí tedy odčinit veškeré škodlivé následky trestného činu způsobené poškozenému, a to na základě dohody s ním, a za splnění tohoto primárního předpokladu by zákonodárce měl zjednodušit další vyžadované podmínky.

Za podstatné zjednodušení podmínek pro schválení narovnání bych považoval vypuštění podmínky vyplývající z ustanovení § 309 odst. 1 písm. c) trestního řádu spočívající v povinnosti složit obviněným peněžní částku konkrétnímu adresátovi k obecně prospěšným účelům. Právě tato zákonem

stanovená podmínka v řadě případů brání ke schválení narovnání, neboť obviněný je nucen hradit další částky kromě úhrady nároků poškozenému. Nezanedbatelnou skutečností je také to, že v případě některých plateb určených obviněným konkrétnímu adresátovi nelze zjistit podrobnější skutečnosti vztahující se ke konkrétnímu adresátovi a způsob nakládání s takto přijatými finančními prostředky tímto adresátem. Tyto pochybnosti jsou nepochybně také v řadě případů důvodem k tomu, proč nedochází ke schvalování narovnání. Nepochybně lze za přínosné považovat to, co předpokládá věcný záměr zákona o trestním řízení soudním, že odklony budou upraveny ve zvláštní hlavě trestního řádu a u narovnání bude upraven výčet trestních činů, jež mají povahu konfliktu mezi obviněným a poškozeným tak, aby bylo zřejmé, na které konkrétní trestné činy je možné institut narovnání aplikovat. S ohledem na celkovou koncepci narovnání lze kvitovat také to, že z narovnání budou vyloučeny ty případy, kdy poškozeným je stát nebo územně samosprávný celek, když za současné právní úpravy není vyloučeno provést narovnání i v těchto případech.

Po přijetí nové právní úpravy zjednodušující institut narovnání by se měla zvýšit četnost používání tohoto institutu, když však bude nezbytné, aby širší aplikace vycházela i ze snahy státního zastupitelství a soudů o rozšíření používání tohoto institutu, a to za širší součinnosti Probační a mediační služby ČR.

Tabulka a graf znázorňují vývoj rozhodnutí o schválení narovnání v přípravném řízení a v řízení před soudy od roku 2002:

Narovnání - rozhodnuto státními zástupci		
	narovnání dle § 309 TŘ	odložení věci dle § 179c odst. 2 písm. f) TŘ
1999	14	
2000	25	
2001	31	
2002	45	
2003	49	
2004	39	1
2005	53	0
2006	38	3

2007	78	2
2008	135	1
2009	174	9

Pramen: Přehledy o vyřízených věcech a stíhaných a podezřelých osobách, Statistiky státních zastupitelství, Ministerstvo spravedlnosti ČR

Narovnání - rozhodnuto soudy	
1996	105
1997	242
1998	140
1999	212
2000	248
2001	242
2002	342
2003	249
2004	198
2005	166
2006	168
2007	121
2008	90
2009	87

Pramen: Statistické přehledy soudních agend, Ministerstvo spravedlnosti ČR

Literature:

- Suchý, O. Odklon v trestním řízení. Právník, 1991, č. 3, 251 s.

- Jelínek, J. a kol. Trestní právo procesní. Po novele trestního řádu účinné od 1.1.2002. Praha : EUROLEX BOHEMIA, 2002, 529 s.
- Musil, J. Kratochvíl, V. Šámal, P. a kol. Kurs trestního práva. Trestní právo procesní. 2. přepracované vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, 768 s.
- Šámal, P. Král, V. Baxa, J. Púry, F. Trestní řád. Komentář. II. díl. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2002, 1828 s.
- Solotář, A. Púry, F. Šámal, P. Alternativní řešení trestních věci v praxi. Praha : C. H. Beck, 2000, 82 s.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 265/2001 Sb.
- Fenyk, J. Postavení státního zástupce v trestním řízení po novele trestního řádu. Bulletin advokacie, 2001, č. 11-12, 46 s.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 283/2004 Sb.
- Šámal, P. a kol. Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, 149 s.
- Stříž, I. Polák, P. Fenyk, J. Hájek, R. Trestní zákoník a trestní řád. Průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou. 2. díl. Trestní řád. Praha : Linde Praha, 2010, 845 s.
- Přehledy o vyřízených věcech a stíhaných a podezřelých osobách, Statistiky státních zastupitelství, Ministerstvo spravedlnosti ČR
Statistické přehledy soudních agend, Ministerstvo spravedlnosti ČR – tabulka zařazena na konci příspěvku
- Návrh věcného záměru zákona o trestním řízení soudním – verze listopad 2007, ale i v současné době
- Je činěn návrh na doplnění § 228 odst. 1 trestního řádu o možnost uložit v rozsudku obžalovanému povinnost nahradit poškozenému nejen majetkovou, ale i morální nebo jinou škodu
- Šámal, P. Král, V. Baxa, J. Púry, F. Trestní řád. Komentář. II. díl. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2002, 1828 s.

Contact – email
kocina@akplzen.cz

PŘÍSLUŠNOST STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ

ZDENĚK KOUDELKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno, Česká republika

Abstract in original language

Článek se věnuje zákonné příslušnosti státního zastupitelství v trestním řízení a výjimkám z této zákonné příslušnosti. Článek uvádí i konkrétní příklady z praxe soudů a státního zastupitelství.

Key words in original language

Státní zastupitelství.

Abstract

The article "Competence of Public Prosecution" deals with cognizance of public prosecution in criminal procedure.

Key words

Public Prosecution.

Státní zastupitelství je v zásadě příslušné k zastupování státu u soudu, u něhož toto státní zastupitelství působí.¹ Od této příslušnosti se odvíjí i příslušnost k doзору v přípravném řízení trestním, neboť státní zastupitelství, které bude zastupovat obžalobu, působí i v přípravném řízení. Právním předpisem může být stanovena výjimka ze zásady, že státní zastupitelství zastupuje u toho soudu, u něhož je činné. Je tak stanoveno v případě závažné hospodářské kriminality, kdy je dána působnost vrchního státního zastupitelství, a v případě trestných činů policistů a bezpečnostních služeb.²

1. ODNĚTÍ A PŘIKÁZÁNÍ VĚCI STÁTNÍMU ZASTUPITELSTVÍ³

Obecná příslušnost státního zastupitelství činného u soudu, jemuž byla věc postoupena, se však neuplatní, pokud již před podáním obžaloby byla věc rozhodnutím vyššího státního zastupitelství odňata nižšímu státnímu

¹ § 7 ods. 2 zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství.

² § 175 ods. 2, § 179 ods. 1 trestního řádu č. 141/1961 Sb. § 10 a 15 vyhlášky č. 23/1994 Sb., o jednacím řádu státního zastupitelství.

³ ZDENĚK KOUDELKA: Odnětí a přikázání u státního zastupitelství, *Právo – časopis pro právní vědu a praxi* 1/2010, s. 25-41, ISSN 1802-9116. ZDENĚK KOUDELKA, MIROSLAV RŮŽIČKA, FRANTIŠEK VONDRUŠKA: *Zákon o státním zastupitelství s komentářem a judikaturou*, Praha 2010, ISBN 978-80-87212-25-7, s. 72-82.

zastupitelství a přikázána jinému z důvodů, které trvají i po postoupení věci jinému soudu.

Pokud jde o dobu, na kterou je přikazováno, pak se obecně věc přikáže státnímu zastupitelství k dalšímu provádění úkonů příslušného řízení, tedy bez časového omezení, čímž je pokryta činnost státního zástupce nejen v předsoudním stadiu, ale i v rámci soudního řízení. Pokud to považuje za účelné, může vyšší státní zastupitelství ve výroku omezit přikázání na určitou dobu stanovenou datem či přikáže věc jen pro určitou část řízení například pro prověřování,⁴ kdy se může zjistit, zda vůbec jsou důvody pro další delegaci či lze vrátit věc původně příslušnému státnímu zastupitelství. Pak ovšem musí přikazující státní zastupitelství věc sledovat a v příslušné době vydat nové rozhodnutí ve věci. Pokud tak neučiní, uplynutím lhůty či části řízení se věc vrátí na státní zastupitelství, které bylo příslušné před vydáním rozhodnutí o odnětí a přikázání omezeného na určitou dobu či jen určitou část řízení. Na skutečnost blížící se skončení doby, na kterou bylo přikázáno, musí s přiměřeným předstihem též upozornit státní zastupitelství, kterému byla věc přikázána, aby vždy jednalo státní zastupitelství příslušné. Pokud nadále pokračuje např. v dozoru nad zákonností státního zastupitelství, kterému byla věc přikázána, ale již uplynula doba či část řízení, pro které přikázání platilo, jde o nepřislušné státní zastupitelství, jehož úkony jsou stíženy neplatností.⁵ Tuto vadu nelze zhojit v řízení před soudem a má za následek vrácení věci k došetření příslušnému státnímu zástupci.⁶

Pravomocné usnesení o odnětí a přikázání má předpoklad správnosti jakožto všechna rozhodnutí orgánů veřejné moci. I zde je však možnost změny. Změnit přikázané státní zastupitelství může ten, kdo rozhodl o původním odnětí a přikázání, protože zjistí, že se změnila podmínky, za nichž bylo původní rozhodnutí vydáno. Samotné odpadnutí důvodů pro odnětí a přikázání však neznamená, že se věc vrátí původně příslušnému státnímu zastupitelství, když to nebude účelné z principu procesní ekonomie např. protože věc je rozpracovaná, náročná a vrácení věci by znamenalo nedůvodné zdržení.

Rozhodnutí o přikázání může změnit vyšší státní zastupitelství, pokud má právo tak učinit a zjistí důvody pro nové odnětí a přikázání jinam. Možné je též, že původně vyšší státní zastupitelství nezjistí důvody pro odnětí věci,

⁴ Usnesení Krajského státního zastupitelství v Ostravě, pobočka Olomouc o odnětí věci Okresnímu státnímu zastupitelství Vsetín a přikázání Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově z 24. 11. 2006, 2KZN 7209/2006 a z 1. 3. 2007, 2Kzn 7047/2007 přikázalo trestní věci jen na dozor v prověřování, ne pro celé trestní řízení.

⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu z 1. 10. 2009, 4Tz 69/2009.

⁶ Usnesení Krajského soudu v Ostravě, pobočka v Olomouci z 29. 6. 2010, 68To 187/2010.

ale později na základě nového návrhu, podnětu či z vlastní iniciativy takovéto důvody zjistí.⁷

Rozhodnutí o odnětí a přikázání trestní věci může učinit i Nejvyšší soud, zruší-li rozhodnutí na podkladě dovolání nebo stížnosti pro porušení zákona.⁸ Trestní řád výslovně uvádí, že věc může přikázat jinému státnímu zástupci. To pokud shledá důležitý důvod ke změně osoby, ale jistě může shledat i důležitý důvod vedoucí ke změně příslušného státního zastupitelství jako celku.

2. ODNĚTÍ A PŘIKÁZÁNÍ VĚCI SOUDU⁹

Může nastat situace, kdy o odnětí soudu a přikázání jinému až po předání věci soudu rozhodne vyšší soud, a vzniká otázka, které státní zastupitelství má zastupovat stát. Zda původní, které věc zpracovávalo před předáním soudu, nebo to, které je činné u soudu, jemuž byla věc přikázána. Obecně platí zásada, že příslušné k řízení před soudem je státní zastupitelství, které je u soudu činné, pokud právní předpis nestanoví jinak. Dojde-li po podání obžaloby k odnětí věci soudu a jejímu přikázání jinému soudu, automaticky se tím mění i příslušnost státního zastupitelství bez nutnosti vydávat rozhodnutí o odnětí a přikázání věci společně vyšším státním zastupitelstvím. Pokud dojde po podání obžaloby k odnětí a přikázání věci soudu nebo k postoupení věci a stane se k jejímu projednání místně příslušný jiný soud, než u kterého byla obžaloba podána, mění se i příslušnost státního zastupitelství. Jestliže v hlavním líčení u nově příslušného soudu vystupuje státní zástupce státního zastupitelství, které podalo obžalobu, jedná se o státního zástupce nepřislušného, a jeho případné odvolání je odvolání podané osobou neoprávněnou. Takové odvolání však soud druhého stupně nemůže zamítnout, pokud nebylo rozhodnutí soudu prvního stupně doručeno tomu státnímu zastupitelství, jež bylo příslušné k zastupování obžaloby u soudu. V takovém případě musí

⁷ Nejvyšší státní zastupitelství nejprve o podnětu Spolku Šalamoun z 10. 4. 2009 na odnětí věci Krajskému státnímu zastupitelství v Brně a jejímu přikázání Krajskému státnímu zastupitelství v Ústí nad Labem rozhodlo usnesením z 18. 5. 2009, 1NZN 2678/2009, že se věc neodnímá, ale následně na základě opakovaného podnětu z 7. 6. 2009 a zjištění podjatosti krajského státního zástupce rozhodlo usnesením z 16. 6. 2009 o odnětí věci a jejímu přikázání Krajskému státnímu zastupitelství v Plzni. Naopak opakované návrhy obviněného nebyly na odnětí nebyly akceptovány - usnesení Nejvyššího státního zastupitelství o neodejmutí věci z 27. 2. 2009 a 6. 1. 2010, obě vydány k návrhu obviněných (obhájce) ve věci 3NZT 28/2008.

⁸ § 2651 ods. 3 a § 270 ods. 3 trestního řádu. FRANTIŠEK NOVOTNÝ, MIROSLAV RŮŽIČKA: *Trestní kodexy*, Praha 2002, ISBN 80-7317-009-4, s. 1256.

⁹ ZDENĚK KOUDELKA, MIROSLAV RŮŽIČKA, FRANTIŠEK VONDRUŠKA: *Zákon o státním zastupitelství s komentářem a judikaturou*, Praha 2010, ISBN 978-80-87212-25-7, s. 47-47.

odvolací soud vrátit spis soudu prvního stupně s pokynem k doručení rozsudku příslušnému státnímu zástupci a po novém předložení věci rozhodnout o odvolání všech subjektů.¹⁰

Další výjimkou je situace, kdy dojde k odnětí trestní věci soudu po podání obžaloby vyšším státním zastupitelstvím, než které u soudu působí, a k přikázání soudu, který se nachází mimo obvod územní působnosti tohoto státního zastupitelství, které podalo obžalobu, což neřeší zákon výslovně. Taková situace nastane v případě obžaloby vrchním státním zastupitelstvím v závažných hospodářských věcech. V takovém případě může státní zástupce vyššího státního zastupitelství zastupovat obžalobu v řízení před soudem i mimo obvod své územní působnosti.¹¹

V budoucnu se otevírá možnost sjednocení právní úpravy. Před soudem je dána rovnost stran a je spíše vnitřní věcí veřejné žaloby, které konkrétní státní zastupitelství bude u soudu činné. Z pohledu snahy, aby u soudu byl činný státní zástupce, jenž je plně a detailně s věcí obeznámen, je správnější, aby zákon s odnětím a přikázáním věci soudu automaticky nespojoval i změnu státního zastupitelství. Na zvažování státního zastupitelství by pak bylo, zda ponechá zastupovat obžalobu státního zástupce, který byl dozorovým či zpracovával obžalobu, anebo se rozhodne např. z důvodu velké územní vzdálenosti svým rozhodnutím odejmout věc a přikázat státnímu zastupitelství činnému u soudu, jemuž byla věc přikázána. Pokud však dojde k podání opravného prostředku, věc by již mělo zastupovat státní zastupitelství činné u odvolacího soudu, jelikož odpadá důraz na zastupování věci státním zástupcem, jenž je velmi dobře s věcí obeznámen z přípravného řízení.

3. NERESPEKTOVÁNÍ PŘÍSLUŠNOSTI STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ

Státní zastupitelství jako státní orgán může jednat jen ve své zákonné pravomoci a působnosti. V tom je obsažena i podmínka, že bude jednat příslušné státní zastupitelství. Požadavky na zákonnost trestního řízení, včetně dodržení formálních náležitostí, jsou součástí ochrany jedince před možnostmi zneužití trestního řízení. Pokud jedná ve věci nepřislušné státní zastupitelství či soud, má to za následek vadnost takového trestního řízení, na základě něhož nelze dojít k odsuzujícímu rozsudku. Státní zástupce je povinen svou příslušnost zkoumat z úřední povinnosti a tím spíše, je-li příslušnost zpochybňována obhajobou. Pokud státní zastupitelství pokračuje

¹⁰ Usnesení Nejvyššího soudu z 29. 5. 2008, 6 Tdo 589/2008.

¹¹ Usnesení Nejvyššího soudu z 23. 4. 2008, 5 Tdo 150/2008. § 179 odst. 1 trestního řádu č. 141/1961 Sb. V daném případě ve věci závažné hospodářské kriminality před krajským soudem v obvodu Vrchního soudu v Praze zastupovalo obžalobu Vrchní státní zastupitelství v Olomouci.

v dozoru nad trestním řízením, i když není příslušné, jde o nezákonnost, která má za následek nezákonnost jeho úkonů.

Známy je případ kauzy, kdy Krajské státní zastupitelství v Ostravě, pobočka v Olomouci odňalo trestní věc J. Čunka¹² a dále související trestní věc R. Vaškůje a P. Šmiřáka Okresnímu státnímu zastupitelství ve Vsetíně a přikázalo Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově pro prověřování (tedy do zahájení trestního stíhání), nikoli celé přípravné řízení. Přerovské státní zastupitelství však nezákonně pokračovalo v dozoru i po zahájení trestního stíhání. To, že přípravné řízení se dělí na část prověřování a část trestního stíhání je obsahem výuky na právnických fakultách. Záměna těchto dvou fází trestního řízení je školácká chyba. Věc napravilo Nejvyšší státní zastupitelství odnětím věci nepřislušnému Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově¹³ v prvním případě a Krajský soud v Ostravě, pobočka v Olomouci v případě druhém.¹⁴

V prvním případě zřejmě krajské státní zastupitelství chtělo provést delegaci na celé trestní řízení, ale špatně zformulovalo výrok příslušného usnesení.¹⁵ Akty státních orgánů se posuzují podle toho, co obsahují, nikoliv podle nevyjádřeného chtění, co měly obsahovat. Je-li delegace dána jen pro prověřování, nelze bez dodatečné nové delegace vykládat původní delegaci šířeji. Přestože byla nepřislušnost státního zastupitelství namítána obhajobou a věc byla napravitelná novým usnesením o delegaci, krajské státní zastupitelství zůstalo nečinné a přerovské státní zastupitelství nezákonně pokračovalo v dozoru. Důvodem byla zřejmě snaha nepřiznat v mediálně sledované kauze novým napravujícím usnesením o delegaci pochybení státního zastupitelství. Stejně bylo postupováno i ve druhém případě. Takový boj s právem však nemůže státní zastupitelství vyhrát a

¹² Usnesení Krajského státního zastupitelství v Ostravě, pobočka Olomouc o odnětí věci Okresnímu státnímu zastupitelství Vsetín a přikázání Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově z 24. 11. 2006, 2KZN 7209/2006 (Čunek) a z 1. 3. 2007, 2Kzn 7047/2007 (Vaškůj, Šmiřák) přikázalo trestní věci jen na dozor v prověřování, ne pro celé trestní řízení.

¹³ Usnesení Nejvyššího státního zastupitelství o odnětí věci Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově a přikázání Okresnímu státnímu zastupitelství v Jihlavě z 4. 6. 2007, 3NZT 10/2007. Nepřislušnost přerovského státního zastupitelství následně konstatoval i rozsudek Nejvyššího soudu z 1. 10. 2009, 4Tz 69/2009.

¹⁴ Usnesení Krajského soudu v Ostravě, pobočka v Olomouci z 29. 6. 2010, 68To 187/2010 pro nepřislušnost Okresního státního zastupitelství v Přerově zrušilo odsuzující rozsudek Okresního soudu v Přerově a věc vrátilo státnímu zástupci k došetření.

¹⁵ Přitom nepoužilo vzory vydané Nejvyšším státním zastupitelstvím, kde je delegace upravena pro celé řízení. Dříve pro trestní řízení vzor č. 8 přílohy pokynu obecné povahy č. 7/2001, jímž se upravují podrobnosti vyhotovování obžalob, návrhů na potrestání, ostatních návrhů soudu, jiných rozhodnutí a opatření v trestních věcech státními zástupci. Byť byl pokyn obecné povahy zrušen pokynem obecné povahy č. 1/2008, jsou vzory nadále metodickou pomůckou.

jakákoli nezákonnost v jeho činnosti, bude soudem připsána ve prospěch obhajoby. To si nakonec uvědomilo i Krajské státní zastupitelství v Ostravě, pobočka v Olomouci, které v dalším souvisejícím trestním oznámení již vydalo usnesení o odnětí věci Okresnímu státnímu zastupitelství v Přerově a příkázání Okresnímu státnímu zastupitelství v Olomouci k dalšímu opatření a úkonům v trestním řízení, tedy obecně pro celé trestní řízení, nejen pro prověřování.¹⁶

Literature:

- Koudelka, Z., Růžička M., Vondruška, F.: Zákon o státním zastupitelství s komentářem a judikaturou, Praha: Nakladatelství Leges, 2010, 400 s., ISBN 978-80-87212-25-7
- Novotný, F., Růžička, M.: Trestní kodexy, Praha: Eurounion, 2. vydání 2002, 1640 s., ISBN 80-7317-009-4.

Contact – email

zdenek.koudelka@mail.muni.cz

¹⁶ Usnesení Krajského státního zastupitelství v Ostravě, pobočka v Olomouci z 25. 6. 2010, 2KZN 3079/2010-28.

KRITICKÁ GLOSA NA MARGO ZÁKLADNÍCH ZÁSAD TRESTNÍHO ŘÍZENÍ / TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO V ROCE 2010

VLADIMÍR KRATOCHVÍL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra trestního práva

Abstract in original language

Text kriticky glosuje dosavadní stav a posun v otázce pojetí základních zásad trestního řízení / trestního práva procesního legis ferendae, na pozadí zejm. věcných záměrů nového kodexu trestního práva procesního České republiky z let 2007/2008 a 2010.

Upozorňuje na význam základních zásad z hlediska způsobu jejich vyjádření v novém kodexu trestního práva procesního, zejm. z aspektu práce orgánů činných v trestním řízení při výkladu a aplikaci nové trestně procesní právní úpravy.

Závěr: Základní zásady je třeba vyjádřit v kodexu trestního práva procesního výslovně, jako jeden z předpokladů správné interpretace a aplikace.

Key words in original language

Základní zásady; trestní řízení; trestní právo procesní; orgány činné v trestním řízení.

Abstract

This text critical comments present situation and the move in the question of conception of basic principles of criminal procedure / criminal process law legis ferendae, on a background of the real planes of a new Criminal Procedure Code of the Czech republic in the years 2007/2008 and 2009/2010.

It points out the importance of basic principles from the way their formulation in the new Criminal Procedure Code point of view, first of all from the work of police, judiciary and prosecuting authorities point of view, during the interpretation and application of the new criminal process legislation.

Conclusion: The basic principles are necessary to formulate in the Criminal Procedure Code explicitly, as one of prerequisites of the right interpretation and application.

Key words

Basic principles; criminal procedure; criminal process law; police; judiciary and prosecuting authorities.

Úvodem

Nepochybný zájem o nadepsanou problematiku¹ nejen teoretický, nýbrž i z pohledu trestní praxe, byl a i nyní je spojen svým způsobem s přijetím nového trestního zákoníku² a se změnovým zákonem novelizujícím též trestní řád,³ coby jistou předzvěstí zásadnějších změn právě i trestního práva procesního.

Zatímco dosavadní opakovaná rekodifikační „nadechnutí“ v podobě věcných záměrů nového českého trestního řádu z let 2004/2005 a 2007/2008⁴ skončila vždy jen u tohoto kroku, v roce 2009 byla již vypracována vlastní paragrafová osnova obecné části nového trestního řádu.⁵

Nedosti na tom však, v květnu roku 2010 se objevuje další díl tohoto rekodifikačního „seriálu“, a sice v podobě, jak jinak, než dalšího věcného záměru trestního řádu, který měl údajně odsunout stranou zmíněnou paragrafovou osnovu z konce roku 2009 a stát se základem prací na novém trestním řádu, jak ostatně předpokládá i Koaliční smlouva a Programové

¹ K pojmům „základní zásady trestního řízení“ a „základní zásady trestního práva procesního“, které tu používáme promiscue, více srov. MUSIL, J., KRATOCHVÍL, V., ŠÁMAL, P. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo procesní*. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 106-107. Rozdíl mezi základními zásadami trestního řízení a základními zásadami trestního práva procesního nepovažuje naopak za podstatný PIPEK, J. Oficiální nebo dalekosáhle privatizované trestní řízení. *Právník*, 2000, č. 12, s. 1151; viz též NOVOTNÝ, O. Je naše trestní právo procesní v krizi? *Trestní právo*, 2006, č. 7-8, s. 28.

² Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zák. č. 306/2009 Sb., dále i „TrZ“.

³ Zákon č. 41/2009 Sb., ve znění zák. č. 306/2009 Sb., dále i „ZmZ“.

⁴ Srov. KRATOCHVÍL, V. Návrh věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád 2004). *Státní zastupitelství*, 2005, Č. 1-3, s. 2-14. KRATOCHVÍL, V. K poslanceckému návrhu novely trestního řádu a dalších zákonů. *Právní rozhledy*, 2005, č. 5, s. 175-177. KRATOCHVÍL, V. Vybrané problémy „obecné a zvláštní části“ Návrhu věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád 2007). *Státní zastupitelství*, 2008, č. 5, s. 6 – 15. Zcela aktuálně k některým dílčím otázkám reformy trestního práva procesního srov. COUFAL, P. K očekávané rekodifikaci trestního řádu. *Trestní právo*, 2010, č. 10, s. 12 a násl.

⁵ Osnova šice existuje, nicméně, pokud je mi známo, oficiálně nedostupná, zejm. ne na [www MS ČR](http://www.ms.cz).

<http://portal.justice.cz/justice2/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=4980&d=281460> dostupné dne 26. 9. 2010; zde je publikován pouze věcný záměr nového kodexu trestního práva procesního z roku 2008.

prohlášení vlády.⁶ Tyto práce by se měly rozběhnout od měsíce ledna 2011; podle neoficiálního sdělení zpracovatele paragrafové osnovy obecné části trestního řádu se v návaznosti na ni bude pokračovat pracemi na osnově zvláštní části nového kodexu trestního práva procesního.

Následující sdělení v některých bodech také nutně navazuje na dřívější texty⁷ jeho autora k danému tématu. Je tedy pokusem o určitou inventarizaci a aktualizaci, jakož i o hledání východisek z naznačených problémů.

I. Základní zásady trestního řízení / trestního práva procesního v pojetí věcného záměru trestního řádu z roku 2007/2008

Věcný záměr trestního řádu tohoto vročení předpokládal následující variantní pojetí a vyjádření základních zásad trestního práva procesního:⁸

1) „... **jen v preambuli nebo v uvozujícím ustanovení bez jejich definice** (zásady se uplatňují vždy prostřednictvím různých ustanovení, nikoli přímo, k čemuž vedlo jejich vymezení v § 2 stávajícího trestního řádu, a to na rozdíl od konkrétních ustanovení trestního řádu; zásady by měly být naukou spíše vyvozovány z úpravy provedení jednotlivých stadií institutů apod., než z jejich definic v pozitivně-právní úpravě, atd.), nebo

2) ... **jen v základních člancích uvozovací části zákona jako maximy** (formulace by měla být stručná, jasná a jednoznačná), přičemž by měly být aplikovány pouze prostřednictvím ustanovení zákona, nikoli přímo, a jejich význam by spočíval především v legislativní a interpretační funkci [při tomto pojetí by měl být upraven katalog zásad tak, aby byly vymezeny jen nejdůležitější zásady obecné povahy, které se promítají zpravidla do celého trestního řízení, zatímco zbývající zásady, které jsou ve skutečnosti

⁶ *Koaliční smlouva – 12. 7. 2010*, str. 16 – 24, dostupná z: <http://www.vlada.cz/cz/media-centrum/dulezite-dokumenty/koalicni-smlouva-74245/>, dne 30. 8. 2010: „Předložíme nový trestní řád v návaznosti na nově přijatý trestní zákoník.“

Programové prohlášení vlády – 4. 8. 2010, str. 17 - 24, dostupné z: <http://www.vlada.cz/cz/jednani-vlady/programove-prohlaseni/programova-prohlaseni-74856/>, dne 30. 8. 2010.

⁷ KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení / trestního práva procesního v česko – rakousko – polsko – evropském srovnání. In: *M. Vanduchová, T. Gřivna (věd. red.) Rekodifikace trestního práva procesního (aktuální problémy)*. Praha: UK v Praze, Právnická fakulta, 2008, Sborníky 41, s. 66 – 72. KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení / trestního práva procesního v česko – slovensko – evropském srovnání. In: *I. Šimovček (ed.) Harmonizácia procesných práv v trestnom konaní v členských štátoch Európskej únie*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009, Zborník materiálův z mezinárodního vědeckého seminára konaného v rámci projektu VEGA č. 1/0011/08 v Trnave dňa 10. 6. 2009, s. 17 – 34.

⁸ <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=381&d=168724> květen 2008;

„přímými“ právními předpisy (např. zásada vyhledávací, bezprostřednosti a ústnosti, volného hodnocení důkazů či zjišťování skutkového stavu) by byly vloženy do konkrétní právní úpravy dokazování nebo jiných procesních postupů], nebo

3) zásady, které jsou v teorii i praxi obecně uznávány, ... **nebudou přímo definovány v trestním řádu, ale pouze vyjádřeny v celkové koncepci trestního řádu a ve vymezení jednotlivých ustanovení trestního řádu.** Je třeba je promítnout do jednotlivých ustanovení z hlediska jejich věcného obsahu a konkrétní úpravy jednotlivých institutů v obecné části i konstrukce jednotlivých institutů ve zvláštní části trestního řádu.“

Z těchto nabízených možností se citovaný věcný záměr nakonec dnes, zejména s poukazem na standard zahraničních právních úprav, přiklonil k možnosti třetí.⁹

Už tehdy (2008, 2009) jsem však pledoval pro řešení uvedené pod bodem 2, mimo jiné s odůvodněním, že: „... ani zahraničním právním úpravám, přinejmenším rakouské či polské, (nemluvě o slovenské), ani evropskému trestnímu právu není cizí přístup spočívající v tom, že vyjádření a vymezení základních zásad trestního práva procesního / trestního řízení výslovně svěruje příslušnému jeho prameni, tzn. trestnímu řádu či kodexu. Proto řešení, které zvolil návrh věcného záměru z roku 2007/2008, tedy jakési „rozpuštění“ základních zásad trestního řízení v celkové koncepci a v jednotlivých ustanoveních nového trestního řádu, nepovažuji za šťastné. Doporučuji proto danou zásadní otázku ještě zvážit, včetně námětu, který uvádím výše; tj. druhá varianta.“

Také podle názoru katedry trestního práva Právnické fakulty MU je namístež podpořit právě tuto druhou variantu řešení, jak vyplynulo z diskuse na jednání trestní sekce Dnů práva (11. 11. 2010).

⁹ KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení/trestního práva procesního v česko – rakousko – polsko – evropském srovnání. In: *M. Vanduchová, T. Gřivna (věd. red.) Rekodifikace trestního práva procesního (aktuální problémy)*. Praha: UK v Praze, Právnická fakulta, 2008, Sborníky 41, s. 69. Viz též: <http://portal.justice.cz/justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=4980&d=281460> dostupný dne 26. 9. 2010.

KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení/trestního práva procesního v česko – slovensko – evropském srovnání. In: *I. Šimovček (ed.) Harmonizácia procesných práv v trestnom konaní v členských štátoch Európskej únie*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009, Zborník materiálov z medzinárodného vedeckého seminára konaného v rámci projektu VEGA č. 1/0011/08 v Trnave dňa 10. 6. 2009, s. 31-32.

Mezitím pokračovaly práce na samotné paragrafové osnově obecné části nového trestního řádu, jak již zmíněno, které byly finalizovány v závěru roku 2009. Zájem o tuto problematiku byl na druhé straně poněkud upozaděn blížíící se účinností nového trestního zákoníku a očekávanými problémy spojenými s jeho výkladem a aplikací.

II. Základní zásady trestního řízení / trestního práva procesního v pojetí paragrafové osnovy (2009) a věcného záměru trestního řádu (2010)

Paragrafová osnova nového trestního řádu (2009) vychodisku věcného záměru z r. 2007/2008, jak pojmout základní zásady trestního řízení, tzn. důsledně je „rozpustit“ v celkové koncepci trestního řádu a v jednotlivých jeho ustanoveních, bez jejich definic (třetí varianta), věrna příliš nezůstala. Demonstrovat lze tento přístup na úpravě např. dokazování (Hl. V. Obecné části, § 215 a násl. osnovy).

Ze standardně vymezované skupiny základních zásad dokazování¹⁰ nabízí § 215 osnovy v odst. 1 definici zásady zjištění skutkového stavu věci bez důvodných pochybností, v odst. 2 definici zásady presumpce nevinny, v odst. 3 definici zásady vyhledávací a v odst. 4 definici zásady volného hodnocení důkazů.

Tvůrce osnovy se tu v podstatě opíral o jejich definice, jak je nacházíme v platném trestním řádu¹¹ v § 2, v příslušných jeho odstavcích. Ve „společnosti“ § 215 osnovy chybí pouze zásady bezprostřednosti a ústnosti, které by měly být nepochybně vymezeny v souvislosti s právní úpravou hlavního líčení, tedy v části zvláštní nového kodexu trestního práva procesního.

*Věcný záměr trestního řádu (2010)*¹² v souvislosti s probíranou otázkou uvádí: „Základní zásady budou výslovně jako výkladové pravidlo uvedeny v zákoně a promítnuty do celkové koncepce návrhu trestního řádu.“

¹⁰ MUSIL, J., KRATOCHVÍL, V., ŠÁMAL, P. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo procesní*. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 108-109; zásada presumpce nevinny, vyhledávací, bezprostřednosti, ústnosti, volného hodnocení důkazů, jakož i samostatně stojící zásada zjištění skutkového stavu věci bez důvodných pochybností.

¹¹ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, trestní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále i „TrŘ“.

¹² Věcný záměr také existuje, nikoliv však publikovaný na www MS ČR.

Takto definovaný koncepční přístup rekodifikace k problematice základních zásad trestního práva procesního, ve srovnání s rokem 2007/2008, nabízí tedy něco podstatně nového.

III. Posun v pojetí základních zásad ve věcných záměrech trestního řádu v roce 2007/2008 a 2010

V čem se tedy projevuje ono nové, resp., jak lze charakterizovat naznačený obsahový posun v pojetí základních zásad trestního řízení v nadpise citovaných dokumentech?

Podle mého soudu tento posun spočívá předně ve zdůraznění jedné z funkcí základních zásad trestního práva procesního, tedy funkce interpretační¹³ podmiňující i jejich funkci aplikační.

Dále je zjištěná změna charakteristická tím, že na rozdíl od původně deklarovaného řešení celé otázky, tzn., kdy „... zásady, ... nebudou přímo definovány v trestním řádu, ale pouze vyjádřeny v celkové koncepci trestního řádu a ve vymezení jednotlivých ustanovení trestního řádu ...“, se dnes jejich definicím připravovaný nový trestní řád až tak nebrání.

Jinými slovy řečeno, zatím naposledy, tj. aktuálně uvedené chápání problematiky základních zásad trestního řízení, resp. trestního práva procesního, se výrazně opírá o řešení, které věcný záměr trestního řádu z roku 2007/2008 presentoval už jako druhou variantu, ač sám nakonec volil variantu třetí. Také paragrafová osnova nového trestního řádu z r. 2009 se klonila k variantě druhé.

Jak jsem uváděl již dříve, právě takovéto řešení – varianta č. 2 - jsem považoval za optimální.¹⁴

Ovšem i dnes přetrvávají jeho určité slabiny, které však vnímám jako relativně marginální, to ve srovnání s těmi, které by případně vykazovalo řešení spojené výlučně s první a zejména výlučně se třetí variantou, jak je nabízel věcný záměr z roku 2007/2008.

Jmenovitě mohu znovu připomenout: „ ... jistý problém: které základní zásady a podle jakého kritéria vybrat a zařadit mezi ony „první“ (tj. obecné povahy) a které mezi ty „zbývající“ (tj. povahy přímých právních předpisů)?

¹³ MUSIL, J., KRATOCHVÍL, V., ŠÁMAL, P. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo procesní*. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 110.

¹⁴ Srov. k tomu doporučení autora této glosy: KRATOCHVÍL, V. *Základní zásady trestního řízení / trestního práva procesního v česko – rakousko – polsko – evropském srovnání*. In: M. Vanduchová, T. Gřivna (věd. red.) *Rekodifikace trestního práva procesního (aktuální problémy)*. Praha: UK v Praze, Právnická fakulta, 2008, Sborníky 41, s. 68.

Například i zásada vyhledávací, bezprostřednosti a ústnosti, volného hodnocení důkazů aj., nejsou jen zásadami „provozními“, které stačí chápat a vyjádřit jako pouhé procesní normy. Také ony mají „zásadnější“ (obecný) význam pro charakter trestního procesu.¹⁵

IV. Význam řešení dané otázky pro výklad a aplikaci (nové) právní úpravy

V návaznosti na to, co bylo doposud řečeno, a co je autorem tohoto příspěvku konsistentně zastáváno i nyní, zejm. z toho aspektu, zda základní zásady trestního řízení v nové právní úpravě zakotvit (vyjádřit) a jakým způsobem, jsou signifikantní podle mého soudu právě tato slova:

„ Za právní principy je ... nutné považovat v kontextu kontinentální právní kultury především takové standardy, které jsou výslovně zakotveny (kurzíva V. K.) v ústavních či běžných zákonech, případně v mezinárodních smlouvách, pokud jsou tyto smlouvy aplikovatelné, a to ať jsou vyjádřeny v jediném ustanovení nebo na různých místech normativního aktu. ... Dále je možné za právní principy považovat taková pravidla, která lze z psaného práva odvodit, abstrahovat. ... Nelze považovat za správné, jsou-li aplikovány právní principy, které oporu v pramenech práva určitelných na základě formálních kritérií nemají, tzv. *praeter legem*.¹⁶ Citovaný autor pokračuje: „Mají-li být určité principy označeny za právní, musí být vyjádřeny v některém z uznaných pramenů práva. Jsou-li takto skutečně zachyceny, mají povahu právních pravidel, která mají být aplikována, jsou-

¹⁵ KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení/trestního práva procesního v česko – rakousko – polsko – evropském srovnání. In: *M. Vanduchová, T. Gřivna (věd. red.) Rekodifikace trestního práva procesního (aktuální problémy)*. Praha: UK v Praze, Právnická fakulta, 2008, Sborníky 41, s. 68-69: „Takovéto řešení přesto nadále považuji z uvedených možných za optimální, byť by i ono v sobě skrývalo jistá rizika potíží. Obecné zásady jako stěžejní by totiž v této pozici byly poněkud oslabeny právě tím, že by na rozdíl od zásad ostatních nebyly aplikovatelné bezprostředně, tzn. jako „přímé“ právní předpisy obsahující normy. Na druhé straně by takto ale byly chráněny, právě jako zásady, před častými, popř. i nežádoucími změnami trestního zákonodárství, kterým naopak neuniknou samotné právní normy obsažené v právním předpise, jenž je novelizován, popř. zcela měněn v procesu rekodifikace. Otázka, jak vidno, je příliš složitá na to, aby ji bylo možné vyřešit nějakým jednoduchým („černobílým“) způsobem.“ Z aktuální literatury k dané problematice srov. více TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Vydání první. Praha: Auditorium, s. r. o., 2010, zejm. s. 136 a násl., s. 142, s. 165 a násl., s. 216 a násl., s. 224 a násl.

¹⁶ TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Vydání první. Praha: Auditorium, s. r. o., 2010, s. 216. Skutečnost, že citovaný autor pracuje s pojmem „princip“, kdežto tento příspěvek s pojmem „zásada“ nepovažuji za překážku dovolání se citovaného pramene. V samé podstatě obou pojmů nejsou totiž tak fatální rozdíly, které by takový postup, jak mám za to, vylučovaly; více k tomu srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 19 a násl.

li pro to splněny podmínky. Z toho také vyplývá jejich závaznost. Nejsou-li určité standardy zachyceny v žádné z uznaných forem práva, nelze o ně opřít rozhodnutí orgánu, který je povolán k tomu, aby právo pouze nalézal, nikoliv vytvářel.¹⁷

Vyjádření základních zásad určitého právního odvětví v jeho pozitivní právní úpravě, nyní i de lege ferenda v úpravě českého trestního práva procesního, je a bude bezprostředně významné pro práci orgánů činných v trestním řízení. Bude tomu tak bez ohledu na fakt, zda jde o vyjádření explicitní, či jen implicitní.

Z hlediska požadavku právní jistoty však osobně preferuji způsob první, tedy vyjádření výslovné, které představuje podle mého soudu účinnější překážku postupu praeter legem, tj. ve smyslu naznačeném citovaným Tryznou, než jejich vyjádření jen mlčky.

Takovýto přístup je podepřen odkazem např. i na rakouskou zkušenost a právní vývoj a stav před rokem 2008 a poté.¹⁸

Namísto závěru

V mozaice problémů spojených s rekodifikací českého trestního práva procesního představuje problematika základních zásad trestního řízení jednu z mnoha, nicméně nepochybně klíčovou.

Dosavadní diskuse na toto téma, a to prakticky již od počátku reformních prací v průběhu druhé poloviny XX. století, postupně spěly k vyústění, které aktuálně nabízí věcný záměr z roku 2010 a jemu předcházející paragrafová osnova z roku 2009, tzn. řešení „definiční“.

Lze si proto jen přát, aby jimi vytyčená intence stran základních zásad trestního řízení, resp. trestního práva procesního, došla svého důsledného naplnění i v samotné paragrafové osnově obecné a zvláštní části nového kodexu trestního práva procesního České republiky.

Případnou námitku, že takto v zákoně vyjádřený katalog základních zásad trestního řízení / trestního práva procesního, zejména oněch obecných (viz odkaz č. 15) může bránit jejich dalšímu vývoji (tj. de lege ferenda), neboť

¹⁷ TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Vydání první. Praha: Auditorium, s. r. o., 2010, s. 218.

¹⁸ Srov. BERTEL, Ch., VENIER, A. *Einführung in die neue StPO*. Wien: Springer Verlag, 2005, s. 6 a násl. Viz též ust. § 1 až 17 od 1. 1. 2008 účinného nového rakouského trestního řádu; Strafprozessordnung (StPO) 1975, ve znění publikovaném v BGBl I 2004/19. In: *W. Doralt (ed.) Kodex des österreichischen Rechts – Strafrecht*, 29. Aufl., stav k 1. 9. 2008, s. 325 a násl.

bude představovat zákonný nepřekročitelný jejich rámec de lege lata, nepovažují za fatální a nepřekonatelnou.

I když úkolem takovýchto zásad je mimo jiné ochrana konzistentnosti a stability právní úpravy, nemůže být tato jejich „stabilizační“ funkce zjednodušeně chápána a zaměněna za jakousi funkci „konzervační“, tedy v tom smyslu, že by za každou cenu bránila právě zmíněnému potřebnému a objektivně odůvodněnému vývoji.

Jen pro ilustraci, jedním z paradoxů praktického uplatňování alternativních sankcí a opatření je střet zásady rychlosti trestního řízení na straně jedné, a požadavku uvážlivého, tzn. nutně pomalejšího postupu ve věcech, kde k uplatňování alternativních sankcí a opatření orgány činné v trestním řízení, zejm. soudy, sahají, to na straně druhé.¹⁹

Jelikož zásada rychlosti je de lege lata zásadou bezvýjimečnou, nic nebrání úvaze – de lege ferenda – koncipovat a formulovat další samostatnou zásadu, a to zásadu, pracovně nazvanou, zásadu uvážlivosti.

Jinak řečeno: zásadu rychlosti by bylo třeba držet ve věcech, kde se postupuje standardním způsobem (bez alternativ), kdežto novou zásadou uvážlivosti by se řídily soudy ve věcech alternativní povahy ve výše uvedeném smyslu.

Literature:

- BERTEL, Ch., VENIER, A. Einführung in die neue StPO. Wien: Springer Verlag, 2005.
- COUFAL, P. K očekávané rekodifikaci trestního řádu. Trestní právo, 2010, č. 10, s. 12 a násl.
- KRATOCHVÍL, V. Návrh věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád 2004). Státní zastupitelství, III, 2005, 1-3, str. 2-14.
- KRATOCHVÍL, V. K poslaneckému návrhu novely trestního řádu a dalších zákonů. Právní rozhledy, XIII, 2005, 5, str. 175-177.

¹⁹ ŠTERN, P. *Alternativní sankce a opatření ve 21. století*. Trestní politika, kriminalita a kriminologie – zkušenosti a nové výzvy. Příspěvek přednesený na: Konference u příležitosti 50. výročí existence Institutu pro kriminologii a sociální prevenci. Praha, 16. - 17. 9. 2010, (publikováno na www Institutu pro kriminologii a sociální prevenci: www.kriminologie.cz ve složce Aktuality - Příspěvky z konference IKSP).

- KRATOCHVÍL, V. Vybrané problémy „obecné a zvláštní části“ Návrhu věcného záměru zákona o trestním řízení soudním (trestní řád) 2007. Státní zastupitelství, 2008, 5, str. 6 – 15.
- KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení/trestního práva procesního v česko – rakousko – polsko – evropském srovnání. In: M. Vanduchová, T. Gřivna (věd. red.) Rekodifikace trestního práva procesního (aktuální problémy). Praha: UK v Praze, Právnická fakulta, 2008, Sborníky 41, s. 66 – 72.
- KRATOCHVÍL, V. Základní zásady trestního řízení/trestního práva procesního v česko – slovensko – evropském srovnání. In: I. Šimovček (ed.) Harmonizácia procesných práv v trestnom konaní v členských štátoch Európskej únie. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009, Zborník materiálov z medzinárodného vedeckého seminára konaného v rámci projektu VEGA č. 1/0011/08 v Trnave dňa 10. 6. 2009, s. 17 – 34.
- KRATOCHVÍL, V. a kol. Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009.
- MUSIL, J., KRATOCHVÍL, V., ŠÁMAL, P. a kol. Kurs trestního práva. Trestní právo procesní. 3. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007.
- NOVOTNÝ, O. Je naše trestní právo procesní v krizi? Trestní právo, 2006, č. 7-8, s. 28.
- PIPEK, J. Oficiální nebo dalekosáhle privatizované trestní řízení. Právník, 2000, č. 12, s. 1151.
- ŠTERN, P. Budoucnost alternativních sankcí a opatření v 21. století. Trestní politika, kriminalita a kriminologie – zkušenosti a nové výzvy. Příspěvek přednesený na: Konference u příležitosti 50. výročí existence Institutu pro kriminologii a sociální prevenci. Praha, 16. - 17. 9. 2010, (nepublikováno).

- TRYZNA, J. Právní principy a právní argumentace. Vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva. Vydání první. Praha: Auditorium, s. r. o., 2010.

Contact – email

kratoch@law.muni.cz

METODA PACHOVÉ IDENTIFIKACE JAKO DŮKAZ V TRESTNÍM ŘÍZENÍ

ZDENĚK KREJČÍ

Policie České republiky, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek se zamýšlí nad současným praktickým využíváním metody pachové identifikace v policejní praxi. Současně seznamuje s právním hodnocením této kriminalistické metody v rozhodnutích Ústavního soudu, zejména ve vztahu k procesním požadavkům. V neposlední řadě jde o úvahu, zda tuto kriminalistickou metodu upravovat přesně vymezenými podmínkami v zákoně.

Key words in original language

Policie; kriminalistická metoda; metoda pachové identifikace; trestní právo procesní.

Abstract

The paper examines the practical use of current methods of odor identification in police practice. At the same time acquaint themselves with the evaluation of forensic methods in the decisions of the Constitutional Court, particularly in relation to procedural requirements. Last but not least on account of the forensic methods that modify the terms clearly defined in the Act.

Key words

Police; criminalistic methods; the method of odor identification; criminal procedural law.

Schopnost psa sledovat pachovou stopu člověka i několik hodin starou a nepřejít na stopu jinou, je již všeobecně známa. Pes totiž svým jemným čichem dovede rozlišit velké množství pachů. V tomto směru lze vypěstovat čichovou paměť psa natolik, že za určitou dobu po ukončení práce na stopě (1 hodinu i více), je pes schopen daný pach ztotožnit s osobou či věcí. V této souvislosti se hovoří o olfaktorice, kterou se rozumí, „...metoda kriminalistické techniky sloužící k identifikaci konkrétní osoby mající vztah k události, která je předmětem trestního řízení, a to prostřednictvím touto osobou vytvořené pachové stopy. Každý člověk zanechává svojí pachovou stopu jako hmotný odraz své činnosti na místech svého doteku, pohybu nebo pobytu vždy, a to nezávisle na svojí vůli. Olfaktorická metoda pachové

1 blíž Kloubek, M., Straus, J.: Kriminalistická odorologie, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, ISBN 978-80-7380-238-7 (též zpracováno jako disertační práce na Policejní akademii ČR Praha)

identifikace je založena na poznání, že každý člověk je nositelem individuálního pachu, který je geneticky podmíněn a je stálým projevem jeho životních funkcí. Zjišťování toho, zda má konkrétní osoba vztah k události, jež je předmětem trestního řízení, provádí se porovnáváním pachových stop a vzorků pachu prověřovaných osob, které jsou fixovány v pachových konzervách. Olfaktorické porovnávání pachů provádí se s využitím čichových vlastností speciálně vycvičeného psa...““Olfakce znamená v překladu „čichání“ a mechanismus dekódování informace obsažené v pachové stopě je složitý a v průběhu fungování zatím naprosto nekontrolovatelný jakýmikoli mechanismy sestavenými a řízenými lidskou činností. Jediným použitelným prostředkem je zatím čichový orgán psa, s jehož pomocí nám pes výsledek předkládá v podobě naučeného jednání, přičemž prostředníkem mezi čichovým analyzátozem a poskytnutou informací je čichová paměť psa...“.

Jedná se o metodu založenou na subjektivním hodnocení, tedy o metodu empirickou, jejíž výsledky nelze zatím vědecky verifikovat, což ovšem neznamená, že samotná metoda není založena na vědeckých poznatcích. Je zde možno hovořit o tzv. subjektivním hodnocení psa².

Původ pachu je založen na schopnosti přírodních látek organického a neorganického charakteru uvolňovat prostřednictvím odpařování nebo sublimace jednotlivé molekuly nebo atomy, které charakterizují jejich chemické složení. Jednotlivé podíly uvolňované do volného prostoru pak způsobují rozdílnost pachových podnětů. Každý živý jedinec má pak schopnost vnímat tyto rozdílnosti na základě vlastního biologického nastavení. Podle tohoto nastavení jsou dány hranice možnosti zachytit pachový podnět, odlišit jeho druh. Hranice jsou stanoveny kvantitativně i kvalitativně. I když v současnosti je možnost provést analýzu pachových podnětů, pokud hovoříme v tomto kontextu, tak pro účely identifikace osoby z kriminalistického hlediska, neexistuje vědecky daná metoda. Historicky daným vývojem a zkušenostmi zocelenými v kriminalistické praxi je jediným prostředkem k využití pachové identifikace pes. Než dojde ovšem k identifikaci je nutno uvést, že pachovou stopou se rozumí směs pachů různého původu. Při snímání otisku pachové stopy se proto zachycují na pachovém snímači pachy

2 blíže Rulc, J. : Historie a vývoj metody pachové identifikace na území našeho státu, in. přednáška na IV. mezinárodní konferenci věnované kriminalistice a dalším forenzním vědám, sekce metoda pachové identifikace, Policejní akademie ČR v Praze ve dnech 15. – 16. září 2010 – i když se možná nedá ztotožnit s použitým příměrem z odborného hlediska, tak ale vystihuje podstatu.

3 blíže Kloubek, M., Straus, J.: Kriminalistická odorologie, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, ISBN 978-80-7380-238-7, str. 54 (též zpracováno jako disertační práce na Policejní akademii ČR Praha)

z pachového pozadí⁴, tj. pach toho místa, z kterého je prováděn otisk pachové stopy, a tento se zde nacházel již před událostí, která je vyšetřována, dále

pachy přidružené, jimiž jsou pachy přenesené na místo snímání z jiných míst a prostor, z oblečení, včetně pachu toho, kdo se na místě snímání pohyboval, ale i kriminalistického technika, který technicky provádí snímání otisku, též

pachy druhové, které mají vliv na správnost metody pachové identifikace, jedná se tedy o pachy určující skupinovou příslušnost osob podle které je možno určit pohlaví, etnickou příslušnost, druh choroby, stravovací návyky, ale také

pach individuální, který je podmíněn geneticky a který po celou dobu života jedince je prakticky stálý.

Jednotlivá pachová stopa pak obsahuje nebo může obsahovat směs pachů různých osob. Z hlediska potřeb kriminalistické identifikace osob je třeba vycházet z toho, že zdrojem lidského pachu⁵, pro tyto účely, je kožní povrch lidského těla. Uplatňuje se prostřednictvím biologických funkcí,

4 Jakým způsobem hledá obhajoba obranu před výsledkem metody pachové identifikace ukazuje usnesení Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 3 Tdo 313/2010 - dovolatel uvedl, že jediným důkazem proti jeho osobě je pachová stopa, která byla sejmuta při ohledání místa činu na poště V., **přičemž však byla sejmuta delší dobu po předpokládaném vloupání a nikoli jako úkon, jímž bylo zahájeno vyšetřování, kdy dle jeho názoru muselo zcela zřejmě dojít k vyvětrání pachové stopy, což dokládá vyjádřením odborníka policie před soudem, ze kterého zároveň vyplynulo, že nelze sejmout pachovou stopu tam, kde byla použita chemikálie.**

Dále např. usnesení Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 3 Tdo 259/2010 - Podle přesvědčení dovolatele přitom nebylo možno o jeho vině rozhodnout jenom na základě zajištěné pachové stopy a výsledků s tím spojené zkoušky, ani z toho, že způsob provedení činu a předmět útoku byl stejný jako v předchozích případech a že mezi jednotlivými skutky byla úzká časová návaznost. Takový způsob hodnocení důkazů rozhodně nerespektuje povinnost soudu vyplývající z ustanovení § 2 odst. 6 tr. ř. K provedené pachové zkoušce navíc nebyla provedena žádná fotodokumentace či videozáznam a ani obhájce obviněného k ní nebyl přizván. Soudy se podle dovolatele řádně nevypořádaly ani s otázkou přenosu pachové stopy z rukavic, které používal v práci, a dále rukavic, které měl ve svém autě a které používal i spoluobviněný M. N. Jestliže soud prvního stupně k tomu bez dalšího uvedl, že obviněný pouze fabuluje s údajnou možností zneužití svých rukavic, nepochybně porušil zásadu fair procesu, neboť se omezil na bezdůvodnou negaci jakékoliv jeho obrany (obhajoby). (pozn. námitce nebylo vyhověno)

5 k tomuto tématu např. Drábek, J.: Genetický základ lidského pachu, in. přednáška na IV. mezinárodní konferenci věnované kriminalistice a dalším forenzním vědám, sekce metoda pachové identifikace, Policejní akademie ČR v Praze ve dnech 15. – 16. září 2010

jako jsou pocení, vylučování kožního mazu, odlučování z povrchu těla ve formě kožních šupinek, vlasů a ochlupení. Vše je založeno na fyziologickém jevu regenerace lidské kůže, kdy dochází nepřetržitě k odlučování mikročástic.

Pachová stopa má níže uvedené vlastnosti⁶:

má extrémně malou hmotnost a plynné skupenství, což vyžaduje speciální postup při jejich vyhledávání, fixaci a analýzu,

nemůže být individuálně identifikována smyslovými orgány člověka ani technickými prostředky,

má latentní charakter a nelze ji žádným způsobem zviditelnit,

místo, kde by pachová stopa mohla být přítomna, lze určit na základě jiných kriminalisticky významných stop, např. trasologických, daktyloskopických stop,

pachová stopa se může nacházet i na místech, se kterými osoba nepřišla do kontaktu, a to z mikrostop odlučovaných do prostoru,

ke konzervaci pachové stopy lze využít nosiče výjimečně, pachové stopy jsou v naprosté většině fixovány zachycením odpařovaných nebo sublimovaných částic,

pachová stopa se rozředí postupným odpařováním nebo sublimací do poměru, kdy již nelze provést její identifikaci,

pachová stopa nemůže být z místa svého výskytu svým původcem odstraněna jinak, než úplným zničením povrchu,

nosiče pachu mohou být po odchodu původce pachu odstraněny jejich mechanickým snesením, např. pohybem chodců nebo jízdou dopravních prostředků,

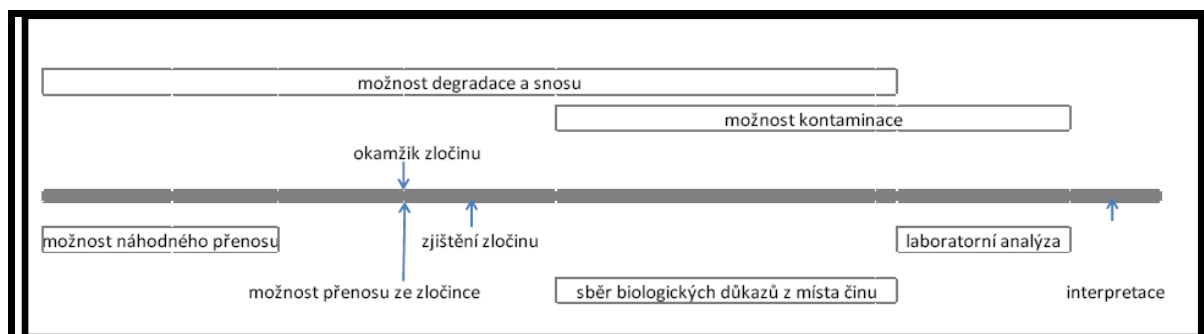
pachová stopa dlouhodobě ulpívá na předmětu, který se nachází ve stojaté vodě,

pachová stopa může být vlivem přírodních podmínek degradována poškozením svého nosiče, např. hniloba, tlení, apod.

⁶ blíže Kloubek, M., Straus, J.: Kriminalistická odorologie, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, ISBN 978-80-7380-238-7, str. 68 (též zpracováno jako disertační práce na Policejní akademii ČR Praha), pozn. v kriminalistické praxi se setkáváme též se zajištěním otisku pachové stopy z jiných nosičů, např. vlasy, vousy, sperma, sliny, i když jen za dodržení podmínek vysušení.

pachová stopa může být vědomě i nevědomě kontaminována zavlečením (přenosem) pachy osoby, která s vyšetřovanou událostí nesouvisí.

Hovoříme-li o případném genetickém základě lidského pachu, tak touto otázkou se zabývá Československá společnost pro forenzní genetiku ve svém výzkumu a dosavadní výsledky dochází k závěru, že „... do dnešní doby se lze setkat s názorem, že individuální lidský pach není geneticky podmíněn...“. Tento názor ovšem neobstojí v konfrontaci s daty, které poukazují na to, že přinejmenším část lidského pachu je geneticky podmíněna. Zatímním závěrem je, že „...DNA profilování má v současné době nejpropracovanější pravděpodobnostní modely a nejlepší možnosti sloužit pro forenzní identifikaci...“ Vděčí za to nejen biologickému podkladu – vysoké diskriminační schopnosti krátkých tandemových repetitiv a snadné digitalizace získaných profilovacích dat, ale i silnému odporu, se kterým se zpočátku muselo odvětví kriminalistické DNA vypořádávat v anglosaských zemích. Nabízí se proto možnost srovnat pachové stopy s DNA stopami. Časový snímek vzniku důkazu a jeho analýzy se u DNA a u pachu zásadně neliší (viz obr. 1).



Obrázek 1 - Časový snímek vzniku a analýzy DNA stopy (modifikováno dle Gilla)

Rozdíly jsou patrné až u analytické základny interpretace, u životního cyklu pachové stopy a DNA profilu jako pramene důkazu. Zatímco u DNA profilování jsou od chvíle zplazení dobře zmapované přírodní komplikace (zárodečná i somatická mutace, chimérismus, mozaicismus, uniparentální disomie, příbuznost mezi nařčenými), člověkem způsobené komplikace (transplantace, transfúze, in vivo fertilizace, implantace embrya) i laboratorní komplikace (nízкотемplátová DNA, směsi, tři alely na lokuse, kótyvé proužky, nulové alely) a existuje pro ně univerzální algoritmus,

7 blíže Drábek, J.: Genetický základ lidského pachu, in. přednáška na IV. mezinárodní konferenci věnované kriminalistice a dalším forezním vědám, sekce metoda pachové identifikace, Policejní akademie ČR v Praze ve dnech 15. – 16. září 2010

inkorporující veškeré údaje do věrohodnostního poměru, pro lidský pach není rozsah vlivu matoucích faktorů objektivně kvantifikován⁸.

Posuzujeme-li z hlediska vnímání pachu v porovnání s člověkem, tak je třeba si uvědomit, že pod pojmem „rozeznat“ je myšlena pouze krátkodobá paměť použitá k bezprostřednímu porovnání shodnosti dvou pachů, a tu využívá právě vycvičený služební pes, který tak provádí bezprostřední komparaci pachových vzorků. V tomto duchu platí, že služební pes neurčuje existenci pachu, ale potvrdí, nebo vyloučí pachovou shodu nacvičeným způsobem.

Pachové stopy jsou snímány při ohledání, ať již na místě činu, z věci nebo z těla mrtvolky, ale též na místech přímo nesouvisející z události, např. k ověření výskytu osoby na určitém místě, stanovení posazení osob ve vozidle, apod. Jak je výše uvedeno, tak pachová stopa zůstává vždy tam, kde byl kontakt osoby s prostředím, a to takové osoby, která má vztah k vyšetřované události. Ostatní osoby jsou většinou považovány za tzv. domácí osoby. Z tohoto pohledu, v případech, kdy došlo k události mezi domácími osobami, je důležité tuto okolnost vzít v potaz, ale je nutné si stanovit verzi, že by pachatelem, za určitých okolností, mohl být někdo jiný. Právě pro skutečnost, že pachové stopy mají svoji latentnost, tak se musí posoudit místo události v kontextu s chováním pachatele a odůvodněně usuzovat na místa, kde pachatel mohl být v kontaktu s předmětem nebo osobou. K tomu pomáhají jiné kriminalisticky významné stopy, např. biologické, trasologické, daktyloskopické, apod. V tomto smyslu jsou

8 blíže Drábek, J.: Genetický základ lidského pachu, in. přednáška na IV. mezinárodní konferenci věnovaná kriminalistice a dalším forenzním vědám, sekce metoda pachové identifikace, Policejní akademie ČR v Praze ve dnech 15. – 16. září 2010 - Experimentálně bylo zjištěno, že např. : Monozygotická dvojčata jsou zjištělná mezi nepřibuznými osobami pomocí spřažených metod GC-GC TOF MS (Kuhn, 2009), psů (Hepper, 1988), ale i lidských „očíhávačů“ (Roberts, 2005). Trénovaný psí čich rozliší mezi monozygotickými dvojčaty, příbuznými a nepřibuznými osobami, ať už žijí ve společných environmentálních podmínkách nebo ne(Harvey, 2006). U monozygotických dvojčat žijících ve společném prostředí jsou při identifikaci úspěšní jen někteří psi. Krysy detekují otcovskou část pachu dítěte v pachu těhotné myši matky (Beauchamp, 1995). Otec i matka jsou schopni čichem rozpoznat amniotickou tekutinu svého dítěte mezi jinými amniotickými tekutinami (Schaal, 1998). Novorozenec čichem rozpozná matčin prs (Winberg, 1998). Vzájemné čichové rozpoznání probíhá nejen mezi matkou a dítětem (Porter, 1998), ale i mezi otcem a dítětem (Dubas, 2009). Krysí čich rozpozná stupeň lidské příbuznosti (Ables, 2007). Byl prokázán tzv. Westermarckův efekt, kdy společné soužití bratr-sestra, otec-dcera v prvních šesti letech života vede k vystavení vzájemným pachům, způsobujícím vzájemnou sexuální desenzitizaci (Weisfeld, 2003). Individuální rozdíly vydechování CO₂ způsobují rozdíl v lidské atraktivitě pro mouchy, zvýšená produkce 6-methyl-5-hepten-2-onu a geranylaceton [(E)-6,10-dimethylundeca-5,9-dien-2-onu funguje jako repelent na pakomárce skotského (Logan, 2009), rozdíly v lidské vůni způsobují rozdíly v atraktivitě pro komáry a moskyty (Qiu, 2006).

významné informace o tom, jakým způsobem byla napadena osoba, např. škracením, a v takovém případě je nutno uvažovat o možnosti provést otisk pachové stopy z místa škracení. Zda takový postup pomůže objasnit skutkový děj lze usuzovat později.

Právě pro výše uvedené vlastnosti platí, že snímání otisku pachové stopy se provádí jako neodkladný kriminalisticko-technický úkon, a to proto, aby nedošlo ke kontaminaci. Tato podmínka na druhé straně znamená, že od prvopočátku se místo činu vymezuje a hlídá, přičemž se dbá na to, aby na místo události vstupovaly jen ty osoby, které provádějí úkony k záchraně života a zdraví. Tato okolnost musí být dokumentována policistou, který odpovídá za střežení místa události. Snímání otisku pachové stopy provádí kriminalistický technik, výjimečně expert. Pro tento kriminalisticko-technický úkon platí, že musí být zadokumentován v protokolu o ohledání, včetně provedení fotodokumentace, za dodržení všech kriminalisticko-technických zásad stanovených pro snímání otisku pachové stopy.

Z protokolu o ohledání by mělo být zřejmé, jaké je na místě pachové pozadí, případně rušivé vlivy, které mohou vést ke znehodnocení pachových stop. Kriminalistický technik či jiná osoba je povinen nepoškodit nebo neznehodnotit jiné stopy. Důležité je, aby při manipulaci s pachovými snímači nedošlo k jejich kontaminaci, neboť to je základní podmínka věrohodnosti pachové stopy. Tato podmínka je splněna jen tehdy, když od vyjmutí sterilního pachového snímače ze sterilní konzervační sklenice až po jeho vrácení nesmí přijít do styku s jiným místem, než ze kterého je snímána pachová stopa. Pokud je pachová stopa snímána z předmětu⁹, na které je možno vyhledat více stop, musí být snímána jako první.

Ke snímání pachových stop musí být zásadně použity pouze sterilní pomůcky, tj. latexové rukavice, peán nebo pinzeta, textilní snímač obchodní značky ARATEX, aluminiovou folii alobal, skleněnou láhev se vzduchotěsným uzávěrem a bezpečností sáček¹⁰. Se sterilním pachovým snímačem musí být manipulováno vždy pouze sterilními nástroji. Nastane-li, z jakéhokoli důvodu, ke kontaminaci pachového snímače, již nesmí být použit ke snímání otisku pachové stopy. Pokud je sejmutá pachová stopa kontaminována, musí být vyřazena a o vyřazení musí být proveden zápis do protokolu o ohledání¹¹. Je také nepřipustné, aby v průběhu ohledání byly

⁹ pachová stopa může být sejmuta již z jednoho vlasu nebo ochlupení s váčkem. Vlasy a ochlupení se vkládají do textilního snímače, kde jsou ponechány až do komparace.

¹⁰ bezpečnostní sáček je speciální pevný sáček, který nelze po jeho uzavření bez porušení otevřít, současně je tento sáček označen evidenčním číslem s kontrolním ústřížkem, na kterém je shodné číslo.

¹¹ V kriminalistické praxi je povinností kriminalistického technika, aby vedle popisu odběru otisku pachové stopy v protokolu o ohledání byl vyplněn formulář „protokol o odběru pachové stopy“, který je zaslán s pachovými konzervami a kopie je založena to

menší předměty z místa, kde byly nalezeny, odnášeny, a teprve následně na novém místě z nich snímat pachovou stopu.

Při snímání otisku pachové stopy je potřebné dodržet minimální dobu k sejmutí otisku pachové stopy, což je 30 minut. V případech, kdy od doby spáchání trestného činu uběhla delší doba, tak se doba snímání prodlužuje i na několik dní.

K problematice využívání metody pachových stop se v mnoha rozhodnutích vyjadřoval Ústavní soud ČR¹², ale i obecné soudy¹³. Je třeba vycházet též z toho, že pokud důkazní situace, při níž v trestním řízení existuje pouze jediný usvědčující důkaz, tak musí být věnována mimořádná pozornost důkladnému prověření tohoto jediného přímého usvědčujícího důkazu a takový důkaz musí být mimořádně pečlivě hodnocen. Policejní orgány jsou povinny vyvinout všemožné úsilí, aby tento jediný usvědčující důkaz byl doplněn jinými, byť třeba nepřímými důkazy. I proto nelze spoléhat na metodu pachové identifikace při objasňování sériové trestné činnosti, např. při vloupání do aut, rodinných domků, apod.

Výsledek pachové zkoušky je třeba posuzovat v souvislosti s obsahem ostatních důkazů vztahující se k dokazované skutečnosti a zohlednit:

zda byl zajištěn pouze ojedinělý otisk pachové stopy nebo více takových otisků,

kde a kdy byly otisky pachových stop nalezeny,

u kolika z nich byla zjištěna shoda se srovnávací pachovou stopou,

s jakým časovým odstupem byla shoda zjištěna, a

další významné okolnostmi charakterizující konkrétní případ.

K tomu se přidružují komponenty procesního zajištění, včetně dokumentace způsobu provádění dle odborných doporučení a dokumentace podmínek, za kterých byl odběr prováděn. Z tohoto pohledu je věcí každého policejního orgánu, aby si určil rozsah dokazování odpovídající jeho potřebám z

trestního spisu. V tomto směru se však nejedná o protokol vypracovaný policejním orgánem, podstatné okolnosti o odběru pachové stopy musí být zaznamenány jen v protokolu o ohledání zpracovaným orgánem činným v trestním řízení, a jen z nich lze vycházet.

¹² např. rozhodnutí Ústavního soudu ČR vedená pod sp. značkou I. ÚS 671/05, I. ÚS 19/07, IV. ÚS 757/08, IV. ÚS 3034/08

¹³ např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. značkou 5 Tdo 389/2008, 3 Tdo 439/2008, 8 Tdo 1632/2008, 3 Tdo 1207/2008

hlediska nutného vlastního rozhodnutí, ale s vědomím případných následků pro další stádia trestního řízení. Výrazným způsobem musí být zajištěna zásada spravedlivého procesu, a v rámci ní zásada zákazu deformace důkazu. Proto je nutné vždy zajistit, aby byl důkazní postup pečlivě a úplně popsán, případně logicky a přesvědčivě odůvodněn, tedy každý úkon musí být proveden v dostatečné kvalitě a rozsahu, který je ovládán procesní čistotou.

Vyhodnocením argumentací v rozhodnutím uvedených vyplývá následující závěry:

V protokolu o ohledání ve smyslu § 113 trestního řádu musejí být dokumentovány podstatné náležitosti, kromě náležitostí dle § 55 odst. 1 tr. řádu, ještě informace o stopě, zejména místo, doba snímání pachové stopy, podmínky (vnitřní či vnější teplota, klimatické podmínky), rušivé vlivy a způsob zajišťování otisku pachové stopy (OPS), včetně jejich označení, zajištění a uložení.

V protokolu o odběru pachového vzorku osoby ve smyslu § 114 odst. 2, odst. 3 trestního řádu musejí být dokumentovány podstatné náležitosti, kromě náležitostí dle § 55 odst. 1 tr. řádu, ještě informace o době a způsobu provedení odběru pachového vzorku osoby, zda došlo k opakování odběru, a též podmínky úkonu (vnitřní či vnější teplota, klimatické podmínky), rušivé vlivy (oděv osoby, předávání oděvu, apod.), námitky osoby a podpisová doložka.

Zajišťování pachového vzorku osoby je neopakovatelným úkonem ve smyslu § 160 odst. 4 trestního řádu, kdy je nezbytná jednoznačná dokumentace o dílčích komponentech pro využití metody ve formě důkazu pachovou stopou, neboť jinak není dostatečný podklad k vyslovení závěru o její použitelnosti. A to i přesto, že v policejní praxi se vyžaduje opakování srovnávání pachových stop, resp. opětovně se používá metoda pachové identifikace, ač metodika k této kriminalistické metodě uvádí zákaz, neboť při manipulaci s pachovou konzervou v otevřeném stavu dochází k odpařování molekul pachu a v kombinaci s vnějšími vlivy, v našem případě způsobené vlastní komparací služebního psa, i k jejímu dalšímu znehodnocování vlivem vlhkosti zapříčiněné čichovým ústrojím psa, který komparaci prováděl. Zde na vysvětlenou lze uvést, že z metodického hlediska je vycházeno z předpokladu, že otisk pachové stopy nebo pachový vzorek osoby nemusí mít vždy dostatečnou „kvalitu“, aby při opakovaném provádění srovnání pachů zůstal pach v pachové konzervě. Je to právě a jen tento odborný požadavek, který brání přijetí povolení opakování metody pachové identifikace.

Postup při získávání pachového vzorku osoby je možný i „skrytým způsobem“, a to i při jejím nesouhlasu, za podmínky, že tak bude učiněno za procesních podmínek protokolace o úkonu, z něhož bude dostatečný obraz o způsobu odběru srovnávacích pachových stop.

Pro zamezení nesprávného vyhodnocení pachové stopy při jejím porovnávání s pachovým vzorkem osoby musí být vzata v potaz možnost přenosu pachové stopy, a je nutno zajišťovat pachový vzorek osoby, jak u osoby podezřelé, tak i osoby, jejíž pachová stopa by mohla být na věci, místě, apod.

Je nutno zamezit přenosu otisku pachové stopy policisty tím, že musí být zajištěno tím, aby jedna a tatáž osoba nebyla přítomna na místě odběru otisku pachové stopy a při kontaktu s osobou, u které se odebírá pachový vzorek osoby. Musí být zabezpečeno, aby k přenosu nemohlo dojít jiným způsobem (např. policista, který byl na místě činu, umožní provedení odběru SPK ve své kanceláři, apod.). Důležité je, aby u více podezřelých osob provedl odběr pachového vzorku každé z osob jiný proškolený policista.

Způsobu odběru pachového vzorku osoby je odvislý od toho, aby byla omezena maximálně možnost přenosu pachu. V současné době je prováděn odběr tak, že vyzvané osobě je položena snímací tkanina na bok těla a po stanoveném časovém úseku je tato tkanina sejmuta a vložena do pachové konzervy. Z tohoto způsobu provedení následně vyplývá argumentace osoby, že „měla na sobě oblečení jiného“ jako forma obhajoby při shodě pachu. Lze sice této argumentaci v některých případech zabránit tím, že je provedena metoda pachové identifikace i s touto jinou osobou, ale většinou jsou odkazy na neznámé osoby, čímž je tato možnost prověrky obhajoby omezena. Proti tomuto způsobu je postavena i argumentace, že při komparaci stop se porovnávají stopy také, které zanechávají odraz svého původce. Při tomto principu platí, že se porovnává stopa zanechaná na místě události nebo na věci s tou částí těla nebo jiné věci, jež pravděpodobně zanechala ztotožňovanou stopu, např. daktyloskopická stopa (prstů, dlaní) se porovnává s otisky rukou, apod., a tedy otisk pachové stopy z např. kliky dveří s pachovým vzorkem osoby odebrané z rukou, apod. Je zřejmé, že v praxi by z tohoto důvodu nastal značný problém, ale Proto výše uvedené dva argumenty směřují k tomu, aby odběr pachového vzorku osoby byl prováděn „čistší“ metodou, která spočívá v tom, že vyzvaná osoba si nejdříve umyje ruce nearomatickým mýdlem, poté si je usuší v čisté sterilní snímací tkanině nebo usuší jinak, ale již bez dotyku. Poté si sám rukou vyzvedne ze sterilní pachové konzervy sterilní pachový snímač Aratex a po 15 minutách jej vloží zpět do pachové konzervy, která je neprodleně proškolenou osobou uzavřena, označena vyplněným štítkem s podpisem, následně vložena do bezpečnostního sáčku s číselným kódem, na který se podepíše.

Tato metoda, při správném použití, omezuje vznik přenosu pachu a tím by se stala metoda pachové identifikace objektivnější. Z právního ani odborného hlediska tomuto postupu nelze nic vytknout.

Úkon spočívající v porovnávání pachových stop metodou pachové identifikace ve středisku služební kynologie, není možno podřadit pod

vyšetřovací úkon, u něhož by účast obhájce měla být apriori zajištěna, a tuto lze jen připustit.

Důležitým požadavkem pro věrohodnost metody pachových stop je, aby při odběru pachového vzorku osoby nebyla přítomna žádná osoba, která prováděla odběr otisku pachové stopy nebo byla přítomna při ohledání místa činu. K tomu je třeba doplnit, aby místem odběru pachového vzorku osoby nebyla místnost nebo místo, kde se osoba provádějící či přítomná při ohledání zdržuje nebo zdržovala delší dobu (kancelář, apod.) nebo osoba, která prováděla jiné neodkladné a neopakovatelné úkony s osobou, které má být pachový vzorek vzat. Jednoznačným důvodem je akutní, neodstranitelné a dodatečně obtížené ověření možnosti, že mohlo dojít k vytvoření podmínek pro přenos pachu.

Jde-li o odběr pachového vzorku osoby tak je prováděn vždy jiným proškoleným policistou. V této souvislosti vznikají otázky postavení metody pachové identifikace v trestním řízení, zejména, zda jde o důkaz a jaké je jeho využití v řízení před soudem¹⁴. Soudní orgány v mnoha svých rozhodnutích uvádějí právní přípustnost tohoto důkazu pro rozhodování soudu, byť stanovují jistá omezení. Podstatou je závěr, že metoda pachové identifikace je použitelná jako nepřímý důkaz. Z této premise tak vyznívá i povinnost orgánu činného v trestním řízení, zejména policejního orgánu. Pokud existuje důkazní situace, při níž v trestním řízení se posuzuje pouze jediný usvědčující důkaz, tak musí být věnována mimořádná pozornost důkladnému prověření tohoto jediného přímého usvědčujícího důkazu a takový důkaz musí být mimořádně pečlivě hodnocen¹⁵. V rozhodnutích

14 např. hodnocení postupu při zajišťování pachové stopy v rozhodnutí Ústavního soudu pod sp. zn. I. ÚS 1228/09 - Pokud jde o tvrzený vadný postup při získání pachové stopy osoby - namítané ovlivnění výsledku zkoumání pachových stop přítomností policisty, nicméně...odběr srovnávacích pachových stop stěžovatele provedla osoba odlišná a odběr otisků na místě činu pak technik. Přitom již v původním řízení před nalézacím soudem bylo zjištěno, což ústavní stížnost pomíjí, že ohledání místa činu a zajištění stop provedl nejprve tento technik a že v té době policista R. B. na místě ohledání nebyl.

Také např. rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. II. ÚS 1636/2009 - Konkrétně k důkazu pachovou stopou, kde stěžovatel namítá, že tento důkaz zůstal osamocen a nemohl být proto na jeho základě uznán vinným, je třeba uvést, že odvolací soud se již v napadeném rozsudku s touto námitkou řádně vypořádal, když konstatoval, že u tohoto skutku svědčí o vině stěžovatele rovněž označení jeho osoby poškozenou na 90 % a nepřímo také shodný způsob spáchání tohoto skutku s jinými stěžovateli prokázanými skutky. Pachová stopa byla sejmuta z bot, které si stěžovatel na místě před spácháním trestného činu zkoušel, přičemž velikost bot je totožná s velikostí nohy stěžovatele.

15 např. Ústavní soud pod sp. zn. II. ÚS 1640/07 uznává obecnou věrohodnost důkazu srovnáním pachových stop. Ve své judikatuře konstatoval, že užití tohoto důkazu je v souladu s § 89 odst. 2 trestního řádu, dle kterého za důkaz může sloužit vše, co může přispět k objasnění věci. Z důkazu srovnání pachových stop je ovšem možné vyvodit jen to, že se pachatel nacházel na místě, na němž byla stopa sejmuta. Pouze na základě důkazního pramene v podobě pachové stopy by tedy nebylo možno jednoznačně a bez důvodných

Ústavního soudu¹⁶ se nezpochybněje obecná věrohodnost důkazu pachovou zkouškou, ale na základě tohoto nepřímého a pouze podpůrného důkazu je však možno pouze dospět k závěru, že určitá osoba se v blíže neurčené době s největší pravděpodobností na určitém místě nacházela, nelze z něj však jednoznačně a bez pochybností dovodit, že právě ona se dopustila trestného činu. Výsledek použité kriminalistické metody může pouze dosvědčit, že se určitá osoba s největší pravděpodobností nacházela na místě, kde měl být trestný čin spáchán, nebo že přišla do styku s předměty, kterými nebo na kterých byl trestný čin spáchán. Proto je třeba výsledek pachové zkoušky posuzovat v souvislosti s obsahem ostatních důkazů vztahujících se k dokazované skutečnosti a zohlednit, zda byl zajištěn pouze ojedinělý otisk pachové stopy nebo více takových otisků, kde a kdy byly otisky pachových stop nalezeny, u kolika z nich byla zjištěna shoda se srovnávací pachovou stopou, s jakým časovým odstupem byla tato shoda zjištěna a další významné okolnosti charakterizující každý konkrétní případ. Kromě toho je třeba souhlasit s právním názorem, že¹⁷ „...ani větší množství ztotožněných pachových stop obviněného opatřených s využitím cvičených psů samo o sobě nemůže změnit nepřímou povahu tohoto důkazu a učinit z pachových stop důkaz přímý, protože zjištěné poznatky nelze přezkoumat jiným kvalifikovaným způsobem...“

Charakterizujeme-li metodu pachové identifikace, je třeba si též objasnit, jaké jsou možnosti při použití této kriminalistické metody, pokud je vymežeme ze soudních rozhodnutí. Výsledek metody pachové identifikace musíme porovnávat vždy¹⁸:

s obsahem ostatních důkazů vztahující se k dokazované skutečnosti,

zohlednit, zda byl zajištěn pouze ojedinělý otisk pachové stopy nebo více takových otisků,

kde a kdy byly otisky pachových stop nalezeny,

pochybností dovodit, že právě stěžovatel se dopustil trestného činu, za který byl trestně stíhán a následně i odsouzen. Další rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. (srov. např. rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 341/96, I. ÚS 394/97, IV. ÚS 202/98, II. ÚS 313/99, III. ÚS 623/2000, IV. ÚS 10/02, II. ÚS 152/03, II. ÚS 90/04, I. ÚS 671/05, II. ÚS 350/06, I. ÚS 2443/07, IV. ÚS 3034/08, I. ÚS 19/07, IV. ÚS 757/08 a další, všechna dostupná na <http://usoud.cz>) nebo rozhodnutí dovolacího soudu pod sp. zn. 5 Tdo 389/2008, 3 Tdo 439/2008, 8 Tdo 1632/2008, 3 Tdo 1207/2008)

¹⁶ rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 394/97 nebo, II. ÚS 418/99

¹⁷ rozsudek pod sp. zn. 4 Tz 107/2002

¹⁸ např. rozsudek pod sp. zn. 8 Tz 44/99

u kolika z nich byla zjištěna shoda s konkrétním pachovým vzorkem osoby (PVO),

s jakým časovým odstupem byla shoda zjištěna, a

s dalšími významnými okolnostmi charakterizující konkrétní případ.

Při možnosti použití tohoto nepřímého důkazu hraje důležitost dodržování veškerých komponentů procesního zajištění, včetně dokumentace způsobu provádění dle odborných doporučení a dokumentace podmínek, za kterých byl odběr pachové stopy nebo pachový vzorek osoby prováděn. Přitom je nutno vycházet ze zásad spravedlivého procesu, a to zejména ve vztahu k odběru pachového vzorku osoby¹⁹. V rámci zmíněné zásady platí nutně i zásada zákazu deformace důkazu²⁰, která nutí policejní orgán k tomu, aby

19 k objasnění pozice důkazu pachovou stopou např. i rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. IV. ÚS 3034/08 - V souvislosti s tvrzením o nepoužitelnosti důkazu srovnáním pachových stop poukázal stěžovatel na skutečnost, že záznam o provedení odběru pachových stop byl do spisu založen až s odstupem dvou let, což vzbuzuje důvodné pochybnosti o tom, zda byl skutečně vyhotoven v době odběru. Pochybnosti o použitelnosti tohoto důkazu neodstranil ani výsledek policejního technika, neboť tento si již věc nepamatoval a popsal pouze obecný postup. V žádném případě tak nebylo vyvráceno tvrzení stěžovatele, že odběr pachových stop byl u něj prováděn třikrát, a to bez řádné protokolace a bez poskytnutí poučení o možnosti úkon odmítnout dle § 114 odst. 4 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "trestní řád"). Nadto nebyl obhájce o konání tohoto úkonu vyrozuměn, čímž došlo ke zkrácení ústavně zaručeného práva stěžovatele na obhajobu, neboť se jednalo o případ nutné obhajoby dle § 36 trestního řádu. Samotné provedení důkazu srovnáním pachových stop pak proběhlo bez přítomnosti nezávislé třetí osoby a rovněž i bez přítomnosti obhájce stěžovatele, který by se, pokud by byl o úkonu vyrozuměn, jeho provedení zúčastnil. Kromě procesně nepoužitelného důkazu srovnáním pachových stop, byly veškeré ostatní důkazy toliko důkazy nepřímými a nejednoznačnými, které ve svém souhrnu neposkytovaly dostatečnou oporu pro spolehlivý závěr o vině stěžovatele.

Na základě důkazu srovnání pachových stop je ovšem možné vyvodit jen to, že se pachatel v minulosti nacházel na místě, na němž byla stopa sejmuta. Pouze na základě důkazního pramene v podobě pachové stopy by tedy nebylo možno jednoznačně a bez důvodných pochybností dovodit, že právě stěžovatel se dopustil trestného činu, za který byl trestně stíhán a následně i odsouzen. V nyní projednávané věci však stěžovatel nebyl usvědčován pouze prostřednictvím pachové stopy, ale rovněž pomocí dalších důkazních prostředků, a to zejména výpovědí svědků, kteří pachatele identifikovali na fotografiích, pořízených z videozáznamu přepadení banky.

20 Jakým způsobem je hodnocen důkaz pachovou zkouškou u soudu ukazuje rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 11 Tdo 387/2010 - Pokud jde o důkaz pachovou zkouškou, jehož vadnost a nepřezkoumatelnost dovolatel namítal, z obsahu spisu je zřejmé, že orgány činné v trestním řízení v posuzovaném případě **odebraly pachovou stopu v rámci prováděného ohledání místa činu; odběr vzorku pro porovnání byl obviněnému odebrán v souladu s § 114 tr. ř.. Náležitá pozornost přitom byla věnována také zaznamenávání okolností, za jakých došlo k odběru otisků pachových stop; to odráží ve spise založený protokol o odběru otisků pachových stop, protokol o odběru srovnávacích pachových konzerv, jakož i odborné vyjádření z oblasti kriminalisticko - technické, jehož součástí je protokol o provedení pachové identifikace a popis**

byl důkazní postup pečlivě a úplně popsán, případně logicky a přesvědčivě odůvodněn. Každý takový úkon musí být proveden v dostatečné kvalitě a rozsahu, který je ovládán procesní čistotou.

Z tohoto důvodu je nutno trvat, jak na správném popsání předmětu, z něhož se odebírá pachový vzorek, tak i vlastní způsob zajišťování pachové stopy, a to vše se musí projevit v protokolu o ohledání. Přitom se nesmí zapomenout i na tzv. pachové pozadí, tedy takové pachové vjemy, které mohou vytvořit pachovou zajímavost pro služebního psa, a v takovém případě nelze využít jeho schopnosti²¹. I v tomto ohledu je nutno dokázat na podmínky, za jakých je možno provádět ohledání ve smyslu kriminalistické technika, taktiky a metodiky.

Velmi důležitá je procesní čistota při odběru pachového vzorku osoby. Jestliže v minulosti tomuto nebyla věnována pozornost, tak od okamžiku připuštění metody pachové identifikace jako důkazu v trestním řízení, dochází k neustálým právním soubojům mezi žalobou a obhajobou²². Při hodnocení výsledku těchto soubojů lze dojít k závěru, že nejčastěji jsou dávány námitky pro možný přenos pachu nebo na neprocesnost postupu policejního orgánu²³. Mnohdy ze všech

pachového porovnání, přičemž všechny pořízené protokoly v podstatných rysech odpovídají zákonným požadavkům § 55 odst. 1 tr. ř. Z obsahu spisu není patrné žádné pochybení orgánů činných v trestním řízení, které by mělo za následek nezákonnost a tedy i nepoužitelnost tohoto důkazu. Zajištěná a pozitivně vyhodnocená pachová stopa navíc v posuzovaném případě nebyla jediným důkazem svědčícím o vině obviněného posuzovanou trestnou činností.

²¹ Pachové pozadí je vyloučeno provedením náhodné zajímavosti.

²² blíže Nález Ústavního soudu pod sp. zn. III. ÚS 623/2000 - z hlediska požadavků formulovaných v citovaném výkladovém stanovisku, které vycházejí nepochybně z kriminalistické teorie, orgány činné v přípravném řízení i obecné soudy ve věci této ústavní stížnosti zřejmě pochybily v tom, že srovnávací pachová stopa nebyla stěžovateli odebrána postupem podle § 55 odst. 1 tr. ř., tedy protokolárně, ani na základě alespoň úředního záznamu. Z hlediska platné právní úpravy obsažené v § 114 odst. 2 tr. ř., ve znění novely č. 265/2001 Sb., lze odběr srovnávacích pachových stop přirovnat k odběru biologického materiálu, který není spojen se zásahem do tělesné integrity osoby, jíž se takový úkon týká. Proto by měl také pro tyto případy platit právní režim citovaného ustanovení, jehož podstatou je souhlas zmíněné osoby s odběrem. (viz též Šámal, P., Král, V., Baxa, J., Púry, F., Trestní řád. Komentář. I. díl. 4. vydání. Praha: C. H. Beck 2002. s. 766).

²³ blíže např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 8 Tdo 342/2010 - Úkony orgánů činných v trestním řízení spočívající v odběru otisku pachových stop, odběru srovnávacích pachových konzerv a jejich porovnání byly učiněny před zahájením trestního stíhání podle § 160 odst. 1 tr. ř., a proto obhájce obviněného P. A. nebyl a ani nemohl být o konání takových úkonů vyrozumíván, neboť osoby obviněných nebyly ztotožněny a obhájci jim nemohli být ustanoveni. Takový postup orgánů činných v trestním řízení není v kolizi s požadavky spravedlivého, fair procesu, jak tvrdí obviněný. Těžko si lze představit, že by naopak takovému požadavku vyhovoval stav, že by bez konkrétních skutečností podložených závěrů, tedy bez dostatečného odůvodnění, bylo zahájeno trestní stíhání

posuzovaných sporů o tento důkaz vychází, že chyba je na straně policejního orgánu, resp. proškolené osoby pro odběr pachového vzorku osoby.

V každém případě procesní podmínkou pro odběr pachové stopy je dodržování ustanovení § 113 trestního řádu²⁴, zejména ve vztahu k zajištění podmínek úplného a věrného obrazu ohledání, což ve svém důsledku musí vést k přesnosti, důkladnosti a úplnosti. Toto platí i ve vztahu k pachovým stopám.

Z kriminalistického hlediska platí, že otisk pachové stopy se snímá zejména na místech předpokládaného pobytu nebo pohybu pachatele; nebo z předmětu doličného, který má souvislost se spáchaným trestným činem. Tato místa musí být stanovena podle základních verzí skutkového děje. Jestliže nelze konkrétní místo předpokládaného doteku, pohybu nebo pobytu osoby přesně určit, pokryje se větším počtem pachových snímačů plocha tam, kde je možno s největší pravděpodobností výskyt osoby nebo dotek osoby s objektem předpokládat. Po přiložení pachového snímače a jeho zabalení do vnitřní strany hliníkové fólie se provede fotodokumentace zajištěných otisků pachových stop.

obviněného ve smyslu § 160 odst. 1 tr. ř. a teprve poté byla prováděna samotná srovnávací zkouška k potvrzení či vyloučení správnosti tohoto procesního úkonu zásadního významu, jak naznačuje dovolatel.

Ač posouzení otázky, zda výsledky odorologické expertízy jsou, či naopak nejsou procesně použitelný důkaz vzhledem k pochybnostem obviněného o neodkladnosti a neopakovatelnosti takového úkonu, které potažmo také vyslovil, je procesní otázkou, kterou nelze subsumovat nejen pod důvod dovolání uvedený v ustanovení § 265b odst. 1 písm. c) tr. ř., na něž obviněný odkázal, ale ani pod žádný jiný dovolací důvod uvedený v ustanovení § 265b tr. ř., **dovolací soud pokládá za potřebné upozornit, že povahu úkonu jako neodkladného nebo neopakovatelného (§ 160 odst. 4 tr. ř.) je třeba posuzovat vždy podle okolností konkrétního případu.**

Orgány činné v trestním řízení před provedením srovnání pachových stop z místa činu a srovnávacích pachových konzerv neznaly totožnost osob, které provedly vloupání do prodejny potravin na ulici P. v B. Teprve provedením tohoto úkonu došlo k jejich ztotožnění. **Výsledky zkoumání z oboru metody pachové identifikace se zřetelem k nezbytnosti okamžitého zajištění otisku pachové stopy i průběhu srovnávací zkoušky dokládají, že takový úkon je před soudem neopakovatelným a z hlediska ztotožnění pachatele též neodkladným a nic na tom nemění ani dovolatelem vytýkaný nedostatek protokolu o provedení pachové identifikace, neobsahuje-li "uvedení, na základě jakých skutečností byl příslušný úkon považován za neodkladný nebo neopakovatelný".** Soudy proto nepochybily, pokud připustily jako důkaz odorologickou expertízu provedenou před zahájením trestního stíhání P. A. a J. M..

24 je třeba upozornit, že charakter ohledání mají též rekonstrukce, vyšetřovací pokus a prověrka na místě, a zejména poslední z těchto procesních úkonů by mohl případně přispět k dalšímu ohledávání předmětů na místě události a zajišťování i pachové stopy. Byť případný výsledek by musel být hodnocen velmi obezřetně.

Tento postup se proto také musí projevit v již zmíněném protokolu o ohledání, včetně podrobného popisu věci nebo místa, podmínek, v nichž se věc nebo místo nalézá, popis způsobu odběru, dobu snímání odběru pachové stopy²⁵, podmínky (vnitřní či vnější teplota, klimatické podmínky), rušivé vlivy a způsob zajišťování otisku pachové stopy (OPS), včetně jejich označení, zajištění a uložení²⁶. Pachové stopy se očíslovají v pořadí s dalšími stopami zajištěnými na místě činu. Číslování a fotodokumentace slouží pro potřeby odborného pracoviště a uvádí se v protokolu o ohledání místa činu. Důležité je třeba i uvedení, na základě jakých skutečností byl příslušný úkon považován za neodkladný nebo neopakovatelný²⁷.

Kriminalistický technik též musí vyplnit protokol o odběru pachové stopy, jako přílohy k protokolu o ohledání, kde jsou shrnuty podmínky snímání s uvedením všech okolností jejího odběru, což ovšem musí být v souladu s protokolem o ohledání, který vypracoval policejní orgán, a tento je následně doručen se zajištěnými pachovými konzervami na místně příslušné odborné pracoviště služební kynologie, které následně provádí metodu pachové identifikace.

Odběr pachového vzorku je prováděn z procesního hlediska podle ustanovení § 114 odst. 2 nebo odst. 3 trestního řádu, z kterých vyplývá, že je-li k důkazu třeba provést zkoušku krve nebo jiný obdobný úkon, je osoba, o kterou jde, povinna strpět, aby jí lékař nebo odborný zdravotnický pracovník odebral krev nebo u ní provedl jiný potřebný úkon, není-li spojen s nebezpečím pro její zdraví. Odběr biologického materiálu, který není spojen se zásahem do tělesné integrity osoby, jíž se takový úkon týká, může provést i tato osoba nebo s jejím souhlasem orgán činný v trestním řízení. Případně je touto zákonnou podmínkou k podrobení se odběru pachového

25 např. Usnesení Nejvyššího soudu České republiky sp.zn. 3 Tdo 439/2008, ze dne 14.5.2008 – odsouzený byl uznán vinným danými trestnými činy pouze na základě pachových stop zajištěných na místě činu. K těmto však chybí ve spisu podrobnější údaje, protokol o jejich zajištění je nedostatečný. Není zřejmé, z čeho, jak a kdy byly na místě činu stopy sejmuty. Dále není jasné, kdy a jak došlo k sejmutí stopy z něho a není zřejmý ani průběh provádění důkazu pachovou stopou, zejména není známo, kolikrát se pokus opakoval, zda byl úspěšný a zda byly splněny další nutné podmínky k jeho provedení jako důkazu.

26 např. Obvodní soud pro Prahu 6 v rozsudku pod sp. zn. 2T 132/95, konstatoval, že "Samotná pachová stopa, jejíž výsledek byl pozitivní ve vztahu k obžalovanému, je v tomto kontextu nepřímým důkazem a podle názoru soudu důkazem pouze podpůrným, který by bylo zapotřebí potvrdit ještě dalšími důkazy, což v tomto případě se nestalo."

"Pouze na základě sejmutého otisku pachové stopy, navíc ještě pouze z podlahy bytu poškozeného, neskýtá bezpečnou záruku v tom směru, aby mohlo dojít k rozhodnutí o vině a odsouzení obžalovaného." (citace použita z rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. I. ÚS 394/97)

27 blíže rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 8 Tdo 342/2010

vzorku osoby okolnost, jestli-že k důkazu je třeba zjistit totožnost osoby, která se zdržovala na místě činu, pak osoba, o kterou jde, je povinna strpět úkony potřebné pro takové zjištění.

Z předchozího odstavce je zřejmé, že provedení postupu podle ustanovení § 114 trestního řádu je procesní úkon, a proto je postup vázán i na ustanovení o protokolaci podle § 55 a.n. trestního řádu, současně i na práva a povinnosti osob, u kterých má být tento úkon proveden. Proto platí, i v tomto případě, že se musí sepsat protokol, a to zpravidla při úkonu nebo bezprostředně po něm, protokol, který musí obsahovat stručné a výstižné vyličení průběhu úkonu, z něhož by bylo patrné i zachování zákonných ustanovení upravujících provádění úkonu, návrhy stran, udělené poučení, popřípadě vyjádření poučených osob, námitky stran nebo vyslychaných osob proti průběhu úkonu nebo obsahu protokolu.

Obsahem protokolu musejí být informace o době a způsobu provedení odběru pachového vzorku osoby, zda došlo k opakování odběru pachového vzorku osoby, a též podmínky úkonu (vnitřní či vnější teplota, klimatické podmínky), rušivé vlivy (oděv osoby, předávání oděvu, apod.), možnosti kontaminace, ale také informace o tom, jakým způsobem policejní orgán dodržel podmínky odběru pachového vzorku osoby podle interních aktů řízení. Tím je myšleno mj. i to, že osoba provádějící odběr pachového vzorku konkrétní osoby nesmí být jedna a tatáž osoba, která by byla přítomna na místě odběru otisku pachové stopy, anebo při kontaktu s osobou, u které se odebírá pachový vzorek osoby (např. předchozí výsledk, provádění eskorty osoby, pobyt v kanceláři osoby nacházející se na místě činu, apod. Kromě toho platí, že do doby odběru pachového vzorku osoby, musí být osoba vyzvaná k provedení odběru až do doby provedení úkonu sřežena, a tak se zamezilo případným námitkám přenosu pachu. Důležité je, aby u více osob provedl odběr pachového vzorku u každé z nich jiný proškolený policista.

Protokol podepíše ten, kdo úkon vykonal, a osoba, které se úkon týká, popřípadě nebo jiná osoba přivzatá k úkonu (proškolená osoba provádějící odběr pachového vzorku osoby). Odmítne-li vyslychaný nebo jiná osoba přivzatá k úkonu protokol podepsat, uvede se to v protokolu s poznamenáním důvodu odmítnutí.

V souvislosti s těmito podmínkami se z právního hlediska objevují i právní názory na donucování obviněného k odběru pachového vzorku osoby. Mezi takovými právními názory je rozhodnutí²⁸, že obviněný je podle § 114 odst. 3 TrŘ povinen strpět úkony potřebné pro zjištění, zda je osobou, která se zdržovala na místě činu. Takový úkon, jenž obviněný nemůže odmítnout, je i sejmutí jeho kontrolní pachové stopy za účelem jejího srovnání s pachovou

²⁸ blíže rozsudek Vrchního soudu v Praze pod sp. zn. 2 To 123/2001

stopou zajištěnou na místě činu. Vrchní soudu v Praze reagoval na zjištění v trestním spise, kdy „...z výpovědi obžalovaného učiněné před vyšetřovatelem vyplývá, že obžalovaný poté, co odmítl vypovídat, odmítl se podrobit i odběru pachové stopy, která by byla srovnána s již vzpomenutou pachovou stopou zajištěnou na místě činu. Jak je ze spisu zřejmé, vyšetřovatel tento postoj obžalovaného akceptoval, takže pachová stopa zajištěná na místě činu nebyla srovnána s pachovou stopou odebranou obžalovanému. Jiné stanovisko k provedení a posuzování tohoto důkazu nezaujal ani státní zástupce, ani soud prvního stupně. Tyto orgány činné v trestním řízení však přehlédly, že zatímco obžalovaný má podle čl. 37 odst. 1 LPS a § 33 odst. 1 TrŘ právo odmítnout výpověď, je podle § 114 odst. 3 TrŘ povinen strpět úkony potřebné pro zjištění, zda je osobou, která se zdržovala na místě činu...“²⁹.

Avšak existuje rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. I. ÚS 671/05, který uvedl, že „...ve své judikatuře již poukázal na existenci ústavně zaručeného práva nebýt donucován k sebeobvinění, tedy předložit proti sobě důkaz pod donucením...“³⁰, kdy se odvolal na nález Ústavního soudu ze dne 20.2.2001, sp. zn. Pl. ÚS 29/2000, podle něhož ústavní garance výše uvedeného práva občana spočívajícího v tom, že není povinen usvědčovat sebe samotného, je na místě hledat především v Listině. Z tohoto hlediska je vhodné připomenout článek 37 odst. 1 Listiny, který stanoví, že každý má právo odepřít výpověď, jestliže by jí způsobil nebezpečí trestního stíhání sobě nebo osobě blízké. Speciálním ustanovením je v tomto kontextu čl. 40 odst. 4 Listiny, jenž přiznává obviněnému právo odepřít výpověď; tohoto práva nesmí být žádným způsobem zbaven. Speciálním je proto, že se týká obviněného, ne kohokoliv, a tedy osoby - obviněného, která ze zákona (§ 33

²⁹ obdobně rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. I. ÚS 394/97 - Možnost odebrání pachové stopy lze dovozovat z ustanovení § 114 odst. 2 trestního řádu, podle něhož "je-li k důkazu třeba provést zkoušku krve nebo jiný obdobný úkon, je osoba, o kterou jde, povinna strpět, aby jí lékař nebo odborný zdravotnický pracovník odebral krev nebo u ní provedl jiný potřebný úkon, není-li spojen s nebezpečím pro její zdraví". S ohledem na povahu úkonu (odběr pachové stopy) není nezbytné v tomto případě trvat na tom, aby odběr provedl lékař nebo zdravotnický pracovník.

Ve vztahu k neodkladnosti úkonu Ústavní soudu uvádí: „...Stěžovatel dále namítá, že k provedení srovnávací pachové zkoušky mělo dojít až po zahájení trestního stíhání, neboť se prý nejedná o neopakovatelný a neodkladný úkon ve smyslu ustanovení § 160 odst. 4 trestního řádu. V souzené věci je však zřejmé, že vyšetřovatel v době odběru pachové stopy a provedení srovnávací pachové zkoušky ještě neznal osobu, která mohla být obviněna (§ 160 odst. 2 trestního řádu) a že oba úkony, tj. odběr pachové stopy a provedení srovnávací pachové zkoušky, měly směřovat právě k tomu, aby osoba případného obviněného známa byla. Proto postupu vyšetřovatele, který nejprve zajistil provedení uvedených úkonů a teprve poté stěžovateli sdělil obvinění, v zásadě nelze - s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem věci - vytknout. Je tedy zřejmé, že oba uvedené úkony v tomto případě za neodkladné úkony označit lze...“

³⁰ srov. např. Pl. ÚS 29/00, II. ÚS 118/01, III. ÚS 561/04, II. ÚS 552/05 a další

odst. 1 trestního řádu) povinnost vypovídat nemá, na rozdíl např. od svědků, jichž především se čl. 37 odst. 1 Listiny dotýká. Nad rámec zákazu donucování jiného k sebeobvinění vlastní výpovědí, lze zmíněné ústavní právo chápat v širším rozsahu tak, že ani jiné důkazy není nikdo povinen proti sobě poskytovat. V tomto rozsahu je předmětné ústavní právo garantováno článkem 40 odst. 2 Listiny, zakotvujícím presumpci neviny. Z této zásady plyne zásada jiná, a sice *in dubio pro reo*, zakládající přinejmenším povinnost orgánů činných v trestním řízení dokazovat vinu obviněného, má-li dojít k odsouzení. A *contrario* pak z této povinnosti vyplývá neexistence povinnosti samotného obviněného se usvědčovat jakýmkoliv způsobem, nejen vlastní výpovědí. Logickým důsledkem bude zákaz jakéhokoliv donucování občana k sebeobvinění. Pomocí stejného logického argumentu je možné dovodit neexistenci povinnosti k sebeobvinění i z čl. 40 odst. 3 Listiny, kde se mimo jiné hovoří o právu osobní obhajoby. Doznání obviněného je v této souvislosti výlučným jeho právem. Ústavní soud v tomto kontextu poukazuje i na relevantní judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, dle které zákaz nucení k sebeobviňování je součástí čl. 6 Úmluvy. Ve svém rozhodnutí J.B. proti Švýcarsku ze dne 3.5.2001 Evropský soud konstatoval, že i když to čl. 6 Úmluvy výslovně nezmiňuje, právo zachovat mlčenlivost a právo nepřispívat k vlastnímu obvinění jsou všeobecně uznávané mezinárodní normy, které jsou jádrem pojmu spravedlivého procesu zakotveného v čl. 6 odst. 1. Konkrétně, právo nepřispívat k vlastnímu obvinění předpokládá, že se státní orgány snaží svou argumentaci podložit, aniž by používaly důkazní materiály získané donucením nebo pod nátlakem, proti vůli "obviněného". Tím, že tyto imunity dotyčného chrání před bezprávným donucováním ze strany státních orgánů, přispívají k zabránění justičním omylům a k zajištění výsledku požadovaného článkem 631.

Reflektuje výše uvedený právní názor a skutečnost, že stěžovateli – v postavení obviněného v trestním řízení - byla uložena pokuta orgánem veřejné moci, protože odmítl součinnost v poskytnutí důkazu, který jej mohl usvědčovat (odmítl tak právě proto, aby proti sobě neposkytl věcný důkaz - sejmutí srovnávací pachové stopy), Ústavní soud dovozuje, že tím byl založen ústavně nepřipustný způsob vynucování součinnosti stěžovatele, a to na základě takové interpretace trestního řádu, která ponechává mimo pozornost výše zmiňované kautely obsažené v Listině základních práv a svobod a ve výše uvedených mezinárodních smlouvách. Předmětná ustanovení měla být interpretována ústavně konformním způsobem, tj. tak, aby nedocházelo k porušování zákazu sebeobviňování. Uložení pořádkové pokuty tak bylo v dané věci protiústavní a bylo tedy povinností příslušného státního orgánu toto pochybení napravit zrušením rozhodnutí, jímž byla uložena.

31 blíže Funke proti Francii, 1993, John Murray proti Spojenému království, 1996, Saunders proti Spojenému království, 1996, a Servčs proti Francii, 1997

Jestliže porovnáme sdělení Ústavního soudu ČR se současným platným zněním ustanovení § 114 odst. 4 trestního řádu, který umožňuje překonat odpor podezřelého nebo obviněného při provádění i právě odběru pachového vzorku osoby, i když za podmínky předchozí marné výzvy a překonávání odporu se musí činit přiměřeně k intenzitě odporu, tak v praxi může nastat problém. Pro kriminalistickou a trestně právní praxi je závěr, dle mého právního názoru, v tom, že platí výše uvedené ustanovení trestního řádu, a tudíž policejní orgán může překonávat odpor podezřelého (se souhlasem státního zástupce) i obviněného.

Postup při získávání pachového vzorku osoby je však také možný „skrytým“ způsobem z věci pocházejí od osoby nebo z místa, kde byl v kontaktu, a to i při projevení nesouhlasu osoby či její nevědomosti, za podmínky, že tak bude učiněno za procesních podmínek protokolace o ohledání, z něhož bude dostatečný obraz o způsobu odběru pachové stopy, v takovém případě nejde o odběr pachového vzorku osoby.

Při hodnocení výsledků porovnání pachových stop je třeba vzít v úvahu i možnost přenosu pachové stopy, když věc, z níž pach pochází, může být užívána jinou osobou, dostat se určitým způsobem na místo činu anebo může dojít jiným způsobem k přenesení pachu. Pokud pak jde o provádění výsledků pachového porovnání jako důkazu, v úvahu pak při něm přichází i účast obhájce nebo státního zástupce, popř. i soudce. V rámci přípravného řízení či při projednání věci před soudem lze pak jako svědky vyslechnout technika, který zajišťoval otisk pachové stopy, resp. technika, který prováděl odběr srovnávací pachové stopy, popř. i vyšetřovatele, který k těmto úkonům vydal pokyn³².

Metoda pachové identifikace je zpracovávána procesně, na základě dožádání policejního orgánu, jako odborné vyjádření³³ ve smyslu § 105

32 Usnesení Nejvyššího soudu České republiky sp.zn. 3 Tdo 439/2008, ze dne 14.5.2008

33 Metoda pachové identifikace přispívá k objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení tím, že umožňuje orgánům činným v trestním řízení vyhodnocovat zajištěné otisk pachové stopy, který byl zajištěn na místě události. Tato metoda však vyžaduje odborné znalosti v oboru kynologie, náležitě přípravného služebního psa s přesným výcvikem pro tuto činnost. Je jasné, že ke správnému závěru při použití metody pachové identifikace lze dojít jen s přesně vymezeným rozsahem odborných znalostí psůvoda – specialisty. I když se nejedná o jednoduchou činnost, tak se nelze ztotožnit s některými názory, že jde o znaleckou činnost. Podstata toho je v tom, že znalec hodnotí svými znalostmi, svými schopnostmi sám zajištěnou kriminalistickou nebo jinou stopu, které také zabezpečují, aby mohl vyslovit svůj odborný závěr ve znaleckém posudku. Psůvoda – specialista využívá k metodě pachové identifikace živý „nástroj“, který on sám nemůže nikdy verifikovat do svého úsudku o pravděpodobnosti závěru živého „nástroje“. Výsledek je totiž jen binární rozhodnutí psa, tj. cítí stejný pach v pachové konzervě obsahující otisk pachové stopy s pachem v pachové konzervě s pachovým vzorkem konkrétní osoby, případně v jiných modifikacích. Z tohoto důvodu nikdy nemůže být ze strany odborného pracoviště služební kynologie vypracován znalecký posudek. Ten naopak může být vypracováván znalcem z odvětví kriminalistické odorologie, jehož závěry jsou však ve směru správnosti postupu

trestního řádu. Uvedená kriminalistická metoda se v rámci srovnávání pachů se provádí v těchto variantách:

pachový vzorek osoby s otiskem pachové stopy (od osob k místu činu),

pachový vzorek osoby se pachovým vzorkem osoby (od osoby k osobě),

otisk pachové stopy s otiskem pachové stopy (otisky pachových stop z míst činů navzájem),

otisk pachové stopy s pachovým vzorkem osoby (z místa činu k osobě).

V odborné literatuře byly zveřejněny i tyto názory³⁴: „...Pokud jde o vlastní provádění pachové zkoušky, bývá poukazováno na možnost ovlivnění nevhodným řazením pachových konzerv, senzibilitou psa (který reaguje na pro člověka nepostřehnutelné podněty – např. změny v chování psovoda při procházení kolem zájmové pachové konzervy), existencí zájmového pachu, nervozitou psa či psovoda. Negativně by se mohla do výsledku pachové zkoušky promítnout také čichová paměť psa.

Autor odkazovaného článku ve svém textu doporučuje, aby výše uvedené možné námitky byly eliminovány kvalifikovaným prováděním pachové zkoušky podle následujících zásad:

provedením zkoušky tzv. náhodné zajímavosti k vyloučení možnosti ovlivnění výsledku úkonu existencí pro psa zájmového pachu,

opakováním prováděním pachové zkoušky při různém řazení pachových konzerv,

opakováním pachové zkoušky za použití i dalšího služebního psa,

vyloučením přítomnosti psa i psovoda při rozmístění pachových konzerv³⁵; ani psovod nesmí vědět, která pachová konzerva je z hlediska trestního

se služebním psem při provádění metody pachové identifikace a objasnit podstatu vlastní metody. K tomu se zase nesmí vyjadřovat psovod – specialista.

34 např. Mazák, J.: Důkaz pachovou zkouškou v trestním řízení, in. *Trestněprávní revue*, ročník 2009, číslo 3, str. 70 – poznámka: těmto otázkám se věnovali též polští autoři Tomaszewski & Girdwoyn v roce 2006. Zde zmíněný autor doporučuje návrhy polských kolegů z minulých let, kteří k tomu mají několikanásobně lepší podmínky.

35 Při přezkoušení služebního psa se provádí kontrola na zadaném případě, kdy řadu pachových konzerv staví instruktor výcviku a psovod nezná místo příslušné pachové konzervy, která má být detekována a nemá možnost psa nijakým způsobem ovlivnit.

Zde malou poznámku: V posledním období se projevuje nedůvěra k jakémukoli použitému důkaznímu prostředku použitého policejním orgánem nebo i za využití policejních specialistů, tedy se apriori uvažuje, že vždy je prováděn „podraz“ nebo se

řízení tzv. zájmová, tedy obsahuje srovnávaný pach (senzibilita psa však bude důvodem, proč případné pachové srovnání in natura, kdy psovod vede psa na vodítku podél řady osob, bude mít jen malý důkazní význam),

v průběhu vlastní pachové zkoušky eliminovat rušivé momenty – pokud průběh úkonu sledují další osoby (např. obhájce), mělo by být použito jednosměrného zrcadla,

ke zvýšení průkaznosti pachové zkoušky lze stanovit určitý minimální počet srovnávaných pachových konzerv a pravidlo, že musí jít o pachové konzervy odebrané osobám podobného etnického původu.

Uvedená doporučení, ač se jeví jako vhodná, mají však svá úskalí. V prvé řadě by to přinášelo další náklady spojené s touto metodou, ale zejména lze argumentovat tím, že vlastní průběh provádění metody pachové identifikace je odbornou činností, nikoli vyšetřovacím pokusem, vyšetřovacím úkonem obecně. Z tohoto důvodu případné doporučení k možné účasti orgánů činných v trestním řízení a stran trestního řízení není právně relevantní. Jde o to, že za takového názoru by pak přicházela možnost účasti subjektů při kriminalisticko-technické expertíze nebo při znaleckém úkonu, což samo o sobě vylučuje aplikace rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 10.3.2010 pod sp. zn. 3 Tdo 96/2010 ve znění: „...mezi vyšetřovací úkony, u kterých může být přítomen obhájce, nepatří postupy policejního orgánu při zajišťování kriminalisticko-technických expertíz a shromažďování pro ně potřebných podkladů a dále zajišťování ohledání. Takové úkony totiž činí osoby odlišné od orgánů činných v trestním řízení při provádění shromažďování materiálů, který musí být nejprve odborně zpracován, posouzen, případně vyhodnocen. Výsledek této činnosti je v podobě znaleckého posudku...“ Není na místě nyní rozebírat teoreticky, co je vyšetřovací úkon, ale požadavky na přítomnost stran u takového úkonu je jen výrazem nedůvěry v profesionalitu odborných pracovníků psovodů – specialistů na tuto metodu. Navíc přítomností stran u tohoto odborného úkonu nic nepřináší ani pro výsledek trestního řízení. Proto je na místě tvrzení, že provádění metody pachové identifikace za přítomnosti stran trestního řízení není správné ani právně podložené. Strany trestního řízení, zejména obhajoby může oprávněně zkoumat správnost postupu na místě činu a správnost protokolace při zajišťování tohoto důkazu nebo případně zákonnost a způsob provádění odběru pachového vzorku osoby, neboť toto jsou vyšetřovací úkony.

nedostatečně věnuje pozornost správnému postupu. Což kdybychom to obrátili na „prezumpci nevin“ policejních orgánů, tedy začali tvrdit tuto skutečnost až tehdy, kdy je prokazatelná. Proto by i obhájce měl při jeho tvrzení o nesprávném postupu policejního orgánu při využití kriminalistických metod předkládat vlastní důkazy (u obviněného to nelze). Potom, v případě dokázání takového tvrzení, by musel nastoupit přiměřený postih, a to neprodleně.

Zásadní výhrada, dle tohoto autora, k důkazu pachovou zkouškou spočívá v nemožnosti zjištění poznatky jiným, kvalifikovaným způsobem přezkoumat, kdy se uvádí, že chybí kontrolní metoda a vědecký atest, pachovou stopu nelze objektivně popsat, případně graficky ji zachytit.

Lze připomenout, že vědy v současné době mají znalosti a poznatky o struktuře, o funkcích a druzích potních žláz člověka (anatomie, fyziologie), jakož i o látkách obsažených v lidském potu, tedy o podstatě individuálnosti lidského pachu. Též jsou znalosti a poznatky o vytváření, struktuře pachových stop, o fyziologických předpokladech psa k rozlišování pachů až do úrovně individuální identifikace (zoologie), o metodách výcviku psů, které vedou ke schopnosti spolehlivé individuální identifikace pachů (kynologie), respektive v praxi označování pachových konzerv.

K tomu je třeba na závěr uvést, že posouzení těchto doporučení je otázkou odbornou a na této půdě by tomuto měla být věnována pozornost. Důkaz za využití metody pachové identifikace bude hodnocen jako každý jiný důkaz. Diskuzní otázkou je, zda by měla být provedena legislativní úprava této metody jako důkazního prostředku. Tím se dostává do okruhu otázek, zda je vhodné kriminalistickotechnické metody upravovat do zákonné podoby. Jde samozřejmě o posouzení vztahu trestního práva procesního a kriminalistiky, resp. trestního řádu a metodických pokynů ve formě závazných pokynů policejního prezidenta jako interního aktu řízení. Možnost provést zákonnou úpravu metody a věnit ji do důkazních prostředků se občas objevuje v odborných časopisech. Tomuto požadavku nasvědčuje aktivní využívání metody pachové identifikace v trestním řízení jako důkazu, jakož i to, že tato metoda zatím nemá verifikovaný vědecký základ.

V minulosti se již objevil nástin požadavku na zákonnou úpravu, který zněl takto³⁶:

§ 104f

Pachová zkouška prostřednictvím k tomu vycvičeného psa se koná k ověření, zda se osoba zdržovala na místě činu nebo zda přišla do styku s věcí důležitou pro trestní řízení.

Pachová zkouška se provádí vzájemným porovnáváním otisků pachových stop sejmutých na místě činu nebo z věci důležité pro trestní řízení a pachových konzerv odebraných osobám, jejichž přítomnost na místě činu nebo kontakt s věcí důležitou pro trestní řízení mají být pachovou zkouškou

³⁶ blíže Kloubek, M., Novák, P. Metoda pachové identifikace prostřednictvím speciálně vycvičeného psa, aktuální stav a prognóza. Kriminalistika, 2005, č. 1, s. 58.

ověřeny. Na pachovou zkoušku ve smyslu věty první se přiměřeně užijí ustanovení o vyšetřovacím pokusu.

Pes provádí pachovou zkoušku opakovaným porovnáním mezi více než šesti různými pachovými konzervami, jejichž pořadí se změní a které musí být odebrány osobám podobného etnického původu. Rozmístění pachových konzerv nesmí být pes ani osoba vedoucí psa přítomni. Podrobnosti ke způsobu provedení pachové zkoušky upravuje zvláštní právní předpis.

Na závěr jen malá otázka: Je na místě řešit v rámci trestněprávní teorie včlenění konkrétního ustanovení do trestního řádu o využití kriminalistko-technických metod?

Contact – email

kiz@seznam.cz

KORUNNÍ SVĚDEK A SPOLUPRACUJÍCÍ OBVINĚNÝ V ČESKÉM TRESTNÍM PRÁVU

JOSEF KUČHTA

Právnická fakulta Masarykovy university Brno

Abstract in original language

V článku jsou vymezeny pojmy korunní svědek a spolupracující obviněný, rozdíl mezi nimi, shrnuty důvody pro a proti zavedení tohoto institutu. Ve druhé části je proveden rozbor již platné právní úpravy spolupracujícího obviněného, vysloveny názory na kvalitu jeho právní úpravy a náměty ke zlepšení právní úpravy.

Key words in original language

Korunní svědek; spolupracující obviněný; trestní právo; trestní řízení; přerušování řízení; zmírnění uloženého trestu; zvláště závažný trestný čin.

Abstract

In the article are concerned terms of key witness and collaborating accused, differences between both terms, reasons for and against implementation of this institute in czech penal proceeding. In the second part there is an analysis of legal regulation. There are here opinion on a quality of this regulation and prompts for improvement of this regulation.

Key words

Key witness; accused; penal law; penal proceeding; stay of proceeding; remit of penalties; commutation of sentence; felony.

Efektivní boj proti organizovanému zločinu, který používá specifické a velmi nebezpečné způsoby páchaní trestné činnosti, vyžaduje také odpovídající speciální státní reakci, a to i v trestněprávní oblasti. Instituty korunního svědka, resp. spolupracujícího obviněného jsou nepochybně takovými nástroji, které by mohly, vhodně a promyšleně právně upravené a ve spojení i s jinými prostředky přispět k účinnějšímu potírání organizovaného zločinu. Je očividné, že zejména dokazování organizovaného zločinu přináší velké potíže. Přitom svědecká výpověď zde představuje klíčový a nezastupitelný důkaz, přestože velká část organizované kriminality je páchána beze svědků resp. bez možnosti použití běžných svědků z důvodů např. jejich zastrašení či usmrcení.¹ Z praxe je i v

¹ Púry, F. Několik poznámek k institutu tzv. korunního svědka v českém právu, In: Nad institutem korunního svědka, Sborník příspěvků z odborného semináře, Plzeň 2003, str. 13

ČR známo více případů, kdy svědkové organizovaného zločinu nejednou předstírají ztrátu paměti, křivě vypovídají nebo pod tlakem jiných osob mění své výpovědi. Přitom již od roku 1990 se ukazuje, že svědkové organizovaného zločinu i jiných závažných trestných činů jsou ochotni účinně napomáhat orgánům činným v trestním řízení jen v případě, že je garantována bezpečnost jim samotným a osobám jim blízkým.² Tuto bezpečnost jim částečně zaručuje zákon č. 137/2001 o ochraně svědků a jiných osob, nicméně jeho působení je vhodné doplnit i určitou pozitivní motivací svědků i obviněných ochotných spolupracovat, která rozšiřuje odpověď na otázku, kterou takové osoby často kladou: Co mi může stát nabídnout za mou ochotu spolupracovat? Bude-li mít taková váhající osoba, vědoma si pravděpodobné odvety ze strany zločinců, v případě podání svědectví nejen zajištěnou ochranu před zločinným spolčením, ale podle legálních pravidel hry zajištěnou jistotu, že za splnění přísných podmínek nebude čelit sankcím stanoveným trestním zákonem, bezesporu se zvýší její ochota spolupracovat s příslušnými orgány při potírání organizovaného zločinu, do jehož struktur je jinak velmi obtížné proniknout.

Uvedenou problematikou se česká trestněprávní teorie a praxe dosud systematicky nezabývaly, i když na základě určitých legislativních návrhů se svého času rozproutila diskuse. Východiskem pro další zejména trestněprávní analýzy mohou být nejen literatura anglosaských zemí, ale např. i německá teorie, kde se k tomuto tématu již dříve objevilo několik monografií.³

Korunním svědkem se rozumí podle převládajícího názoru spolupachatel trestného činu nebo účastník na trestném činu, který uzavře s orgány činnými v trestním řízení dohodu o tom, že bude pravdivě vypovídat ve prospěch obžaloby a přispěje tak k odhalení nebo usvědčení jiného spolupachatele či účastníka a který je za podání takového svědectví státem honorován tím, že se mu poskytne privilegium nestíhatelnosti, beztrestnosti nebo zmírnění trestu, eventuálně též zvláštní ochrana před pomstou. Podstatou tohoto institutu je tedy určitá formální dohoda uzavřená mezi pachatelem trestného činu a státem. Za poskytnutí důkazně relevantních informací v procesně použitelné formě vedoucích k usvědčení jiných pachatelů a usnadňujících důkazní pozici obžaloby je spolupracujícímu pachateli poskytnuta výhoda v trestním řízení, na kterou by jinak neměl nárok. Příslibem poskytnutí těchto zvýhodnění má být zesílena motivace korunního svědka k podání informací o trestném činu, které jsou jinak pro

² Vantuch, P. Nový zákon o ochraně svědka a dalších osob a boj s organizovaným zločinem. Právní rozhledy, 2001, č. 8, str. 360

³ Např. Bocker, U. Der Kronzeuge. Centaurus Verlagsgesellschaft Pfaffenweiler, 1991, Jaeger M. Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG. Peter Lang Verlag, Heidelberg, 1986

orgány činné v trestním řízení prakticky nedostupné.⁴ Zvláštní postup proti korunnímu svědkovi může být upraven v zásadě jako hmotněprávní institut, např. v podobě okolnosti vylučující trestnost či způsobující zánik trestnosti, okolnosti umožňující upuštění od potrestání, snížení trestu pod spodní hranici trestní sazby, polehčující okolnosti atd., nebo i jako trestněprocesní institut, tj. důvod k přerušení nebo zastavení trestního stíhání.

Výše podaná definice korunního svědka se vyznačuje vysokou obecností a abstrakcí a v podstatě v sobě zahrnuje i institut tzv. spolupracujícího obviněného. Lze patrně konstatovat, že při absenci konkrétnější definice v našem právním řádu lze vycházet z předpokladu, že podmínky pro využití institutu korunního svědka budou stanoveny přísněji a slibované výhody budou výhodnější než u spolupracujícího obviněného (např. u korunního svědka se slibuje zánik trestní odpovědnosti a zastavení trestního stíhání, kdežto u spolupracujícího obviněného pouze určitá úleva při ukládání trestu). Je však třeba poznamenat, že tyto rozdíly jsou velmi nezřetelné a jsou myslitelné i kombinace obou druhů podmínek. Je v podstatě na úvaze každého státu, jak široce tento soubor podmínek pojme a jak celý institut nazve. Při stanovování konkrétních podmínek pak nepochybně bude třeba vycházet z tradic své právního řádu, aktuálnosti zásahů proti závažné organizované trestné činnosti i z celkové atmosféry ve společnosti a veřejného mínění a připravenosti veřejnosti na takové zcela nové instituty převzaté ze zákonodárství jiných států. Zákonodárce musí také mj. vybalancovat a určit únosný poměr mezi požadavkem na vytvoření účinnějšího mimořádného postupu proti mimořádně závažné trestné činnosti na jedné straně a požadavkem na respektování základních občanských práv a svobod na straně druhé. Právě z tohoto důvodu je nutné při konstrukci zákonné úpravy věnovat pozornost řadě námitek, které byly postupem doby proti tomuto institutu vzneseny a tvoří dobrý podklad k polemice. Za nejzávažnější námitky lze považovat podle našeho názoru následující :

- u těchto institutů se rezignuje na altruistické motivace a převýchovný efekt ve vztahu ke spolupracujícím svědkům a obviněným, neboť přicházejí v úvahu u nejzávažnějších trestných činů u nejnebezpečnějších jejich pachatelů, spíše se vychází z chlubné kalkulace zisků a ztrát na obou stranách vztahu podle principu "něco za něco", jde fakticky o úplatek obviněnému či osobám, které vyžadují z hlediska spravedlnosti spíše opačný přístup. Výsledkem je pak dosahování koupené či prodané spravedlnosti v očích veřejnosti s rozsáhlými demoralizačními účinky. porušení spravedlnosti v rámci proběhnuvšího řízení může totiž zanechat negativní stopu i na spravedlnosti jeho výsledku. Dopad takových

⁴ Musil, J. Jsou námitky vznášené proti institutu korunního svědka oprávněné? In: Nad institutem korunního svědka, Sborník příspěvků z odborného semináře, Plzeň 2003, str. 69. Velmi podobnou definici uvádí též Pipek, J. Několik poznámek k tzv. institutu korunního svědka, tamtéž, str. 65

případů, zvláště medializovaných, na společenské právní vědomí však nelze přesně určit, nepochybně by bylo vhodné provést některé kriminologické výzkumy mezi občanskými respondenty za účelem zjištění postoje veřejnosti k této problematice.

- z hlediska pachatele vede k nevyužívání takového postupu fakt, že v okamžiku, kdy nabízí a poskytuje spolupráci, ani ještě dlouho poté nemá jistotu, že mu slíbené výhody budou skutečně poskytnuty. Rizikem pro pachatele je, že musí dopředu konkretizovat svou trestnou činnost, doznat se k ní, aniž by měl jistotu dohodnutého protiplnění ze strany státního orgánu, jehož poskytnutí je věcí poměrně volného uvážení těchto orgánů. Naopak by si v takových případech mohl svou pozici zhoršit, protože tyto informace by mohly být mnohdy i bez jeho vědomí použity v jeho neprospěch. Dokonce ani pravomocné zastavení trestního stíhání mu neposkytuje jistotu úplnou, neboť stále přichází v úvahu změna cestou mimořádných opravných prostředků. Žádné zákonné pojistky zákonodárce v tomto směru absolutní jistotu v mysli pachatele poskytnout nemohou. To by mohlo vést k tomu, že o roli korunního svědka budou mít zájem zejména pachatelé, proti nimž svědčí již přesvědčivé důkazy, takže nemají šanci vyváznout pro nedostatek důkazů, u ostatních bude motivace ke spolupráci spíše scházet. Zákonodárce může tento faktor nejistoty a rizika pouze snížit - např. slibem, že k výsledkům doznání nebude v případném dalším pokračujícím trestním řízení přihlédnuto, nicméně operativní využití takto získaných informací ve svůj neprospěch nemůže taková osoba ovlivnit a často se o něm ani nedoví.

- relevantní jsou též námitky, že institut korunního svědka může představovat závažný zásah do ústavních principů, jako je zásada rovnosti občanů a zásada rovnosti všech účastníků řízení, zásada spravedlivého procesu a na ní založené zásady rovnosti zbraní, zdrženlivosti a proporcionality. Ohrožení těchto zásad je možno spatřovat ve zvýhodnění jedné procesní strany, která si kupuje svědka jako usvědčující důkaz. Z trestněprocesních zásad takto mohou být narušeny zejména zásada legality a oficiality, stejně jako porušování zákazu donucování k doznání. Zde je ovšem třeba namítnout, že platnost těchto zásad nemůže být absolutní a bezvýjimečná, jak ostatně ukazují i prolomení těchto i jiných zásad v jiných případech. Při tvorbě trestněprávních institutů musí zákonodárce přihlédnout k povinnosti právního státu potlačovat kriminalitu a musí k tomu poskytnout příslušným orgánům potřebné nástroje, tudíž v zájmu boje s nejnebezpečnější trestnou činností je nutno připustit i určité tomu přiměřené zásahy do občanských práv a svobod, pokud jsou jiné nástroje neúčinné. Je koneckonců možné konstatovat tendenci zákonodárce zeslabovat dosah zásady legality v trestním řízení, neboť tento princip zejména v souvislosti s velkou latencí kriminality evyznívá příliš přesvědčivě. Nebezpečí vykonávání jistého fyzického nátlaku při vyjednávání s obviněným o možnosti a podmínkách aplikace institutu korunního svědka lze do značné míry eliminovat realizací požadavku úplného poučení obviněného o všech podmínkách tohoto institutu a o jeho

dopadu již na začátku vyjednávání při povinné účasti jeho obhájce, resp. soudce.

- výpověď korunního svědka a spolupracujícího obviněného je málo věrohodná, neboť tyto osoby mají řadu motivů proto aby lhaly při podávání svých výpovědí. Nesporný je motiv bagatelizování či zatajování svého vlastního podílu na trestné činnosti v neprospěch jiných osob, aby vypadaly lépe v očích orgánů činných v trestním řízení a dosáhly tak i z tohoto důvodu nižšího trestu, může jít i o případy msty, vyřizování účtu či dokonce konkurenčního boje. Navíc jde často o osoby velmi morálně narušené i s chorobným sklonem k lhavosti. Tyto námitky mají nepochybně racionální základ a je třeba tyto výpovědi zvláště pečlivě vážit z hlediska jejich věrohodnosti, nicméně stejně tak by bylo lze namítat i proti již dlouhou dobu obecně využívanému důkaznímu prostředku výpovědi obviněného a obžalovaného. Pokud totiž obviněný (pachatel) skutečně pravdivě vypovídat chce, může poskytnout o trestném činu nejspolehlivější informace a bylo by neúčelné jen z důvodu presumpce lživé výpovědi takový důkazní prostředek zcela odmítnout. Na druhé straně je třeba vzít v úvahu, že výpověď takového svědka, pokud vypovídá utajeně a pokud není podepřena jinými důkazy, nepostačí k usvědčení jiných pachatelů trestné činnosti, neboť podle judikatury Evropského soudního dvora nemůže být založeno výlučně nebo v rozhodující míře na výpovědích anonymních svědků.⁵ V tomto smyslu jde o průlom do zásady volného hodnocení důkazů směřující k tomu, aby výpovědi korunních svědků nebyly realizovány v utajení.

Na potřebu zdokonalit důkazní řízení proti organizovaným pachatelům závažných trestných činů posléze reagovalo i naše trestní právo. Již v roce 2000 byl Ministerstvem vnitra předložen návrh právní úpravy institutu korunního svědka, který měl novelizovat oba základní trestněprávní předpisy. Ustanovení o korunním svědkovi a spolupracujícím obviněném se měla objevit ve třetím oddílu hlavy dvacáté trestního řádu nazvaném Řízení proti pachateli v mimořádných případech v § 306b až 306e. Návrh úpravy zejména v případě korunního svědka byl tak liberální a poskytoval korunnímu svědkovi takové výhody, že vzbudil širokou diskusi, která se postavila proti takovému širokému pojetí beztrestnosti.⁶ Ze dvou variant byla proto zvolena druhá, opatrnější, a to ve formě spolupracujícího obviněného, méně zasahující do průběhu a výsledků jeho stíhání. Novelou č. 41/2009 Sb. bylo do trestního řádu zařazeno ustanovení § 178a, účinné od 1.1. 2010, upravující postavení tzv. spolupracujícího obviněného,⁷ na to

⁵ Viz např. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26.3.1996 ve věci Doorson versus Nizozemí, dále Sotolář, A., Púry, F. K možnostem a limitům využití institutu utajených svědků. Trestněprávní revue, 2003, č. 2, str. 37

⁶ Viz např. příspěvky obsažené ve sborníku Nad institutem korunního svědka, ZČU Plzeň, 2003

⁷ Zařazení do oddílu šestého hlavy desáté může budít pochybnosti

pak navazuje hmotněprávní úprava trestání takových obviněných v ust. §§ 41 písm. m a § 58 odst. 4 trestního zákoníku. Také tato úprava, navazující na úpravu trestněprávní, je účinná od 1.1. 2010, pro krátkost doby od nabytí účinnosti nejsou ještě známy první zkušenosti s jejich aplikací.

Aplikace tohoto institutu přichází v úvahu pouze u zvláště závažných trestných činů, jestliže obviněný oznámí státnímu zástupci skutečnosti, které jsou způsobilé významně přispět k objasnění takového zločinu, spáchaného členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny, nebo které pomohou zabránit dokonání takového zločinu, a zaváže se podat jak v přípravném řízení, tak i v řízení před soudem úplnou a pravdivou výpověď o těchto skutečnostech, dále se dozná k činu, pro který je stíhán, přičemž nejsou důvodné pochybnosti o tom, že jeho doznání bylo učiněno svobodně, vážně a určitě, a prohlásí, že souhlasí s tím, aby byl označen jako spolupracující obviněný. Další podmínkou je, aby státní zástupce považoval takové označení za potřebné vzhledem k povaze trestného činu, k jehož objasnění se obviněný zavázal, a to i s přihlédnutím k trestnému činu uvedenému v doznání obviněného, k osobě obviněného a k okolnostem případu, zejména zda a jakým způsobem se obviněný podílel na spáchání trestného činu, k jehož objasnění se zavázal, a jaké následky svým jednáním způsobil. Před takovým označením státní zástupce obviněného vyslechne zejména k obsahu oznámení a k jeho doznání, dále ho vyslechne také k tomu, zda si je vědom důsledků svého postupu. Před výslechem poučí obviněného o jeho právech, o podstatě označení za spolupracujícího obviněného, o povinnosti setrvat na svém doznání a dodržet své závazky a také o důsledcích jejich porušení. Při splnění všech podmínek, zejména po podání příslušných výpovědí, zohlední soud tento fakt výše uvedeným způsobem ve výměře trestu, když v krajním případě může bez omezení snížit spodní hranici trestu odnětí svobody bez omezení. V takovém krajním případě by mohlo dojít až ke zvláštní situaci téměř se rovnající upuštění od potrestání, které se aplikuje podle zákona pouze u přečinů. Taková úprava je podle mého názoru zatím dostačující, nepředstavuje závažný průlom do výše uvedených zásad trestního řízení a je patrně i v souladu s názorem odborné i laické veřejnosti. I tak vzhledem ke své stručnosti a tím i obecnosti vzbuzuje některé výkladové otázky a problémy, které nepochybně budou řešeny nejen v legislativním, ale také v aplikačním procesu např. vydáváním příslušné judikatury. Bude takto třeba reagovat zejména na následující podněty a připomínky :

- akční rádius tohoto ustanovení je vymezen poměrně úzce, má se vztahovat pouze na zvláště závažné zločiny v návaznosti na organizovanou či organizovanou zločineckou skupinu. Zde by bylo vhodné sjednotit terminologii tak, aby se beneficium vztahovalo na zločiny v návaznosti zcela buď jen na organizovanou, či jen na organizovanou zločineckou skupinu. Problém zde může vyvstat v tom, že pojem organizované skupiny není v zákoně přímo definován, ač s ním zákon počítá (např. § 358 odst. 2

TrZ). Na druhé straně omezení jen na organizovanou zločineckou skupinu by možností aplikace tohoto institutu podstatně zúžilo.

- podle § 178a odst. 1 písm. b) tr. řádu se spolupracující má doznat k činu pro který je stíhán. Z dikce zcela jasně nevyplývá, zda tímto trestným činem musí být jen zvlášť závažný zločin spáchaný ve vztahu k organizované skupině, nebo jakýkoliv trestný čin. Pro tuto druhou možnost hovoří skutečnost, že celé ustanovení nese název spolupracující obviněný, nikoliv spoluobviněný. Domníváme se, že je třeba přiklonit se ke druhé variantě, neboť i pachatelé obvinění z méně závažných trestných činů mnohdy disponují stejně kvalitními informacemi. Ani takovým pachatelům toto dobrodiní odepřít nelze, neboť jinak by docházelo k nerovnému postavení a znevýhodnění těchto méně nebezpečných pachatelů vůči těm, kteří jsou v ustanovení výslovně uvedeni. Naproti tomu je věcí ke zvážení, zda by z tohoto dobrodiní neměly být vyloučeny osoby zvláště narušené, tedy takové, které znovu spáchaly zvlášť závažné zločiny, ačkoliv již byly pro některý z nich potrestány (dříve tzv. zvlášť nebezpeční recidivisté). Zde by neměl převážit zájem na objasnění věci nad zájmem na důsledném postihu těch, u nichž možnost pozitivní změny chování do budoucna je prakticky vyloučena, tím spíše není možné jim poskytnout výhodu nižšího trestu, který by na ně nemohl působit pozitivně. Zamyslet se je možné i nad konstrukcí skupiny zejména zločinů, u nichž by měla být aplikace ustanovení o spolupracujícím obviněném vyloučena. Mohlo by jít např. o trestné činy s těžkým neodčinitelným následkem, o pachatele, kteří se na činu podíleli rozhodující měrou (např. jeho organizátoři či návodci), nebo na závažnější trestné činy než kterých se dopustil ten, na něhož má být svědectví podáno. Určité možnosti v tomto směru poskytuje obecná úprava v závěru § 178a odst. 1, pro tyto účely by však patrně bylo vhodné v zájmu jednotnosti postupu tyto případy co nejvíce zpřesnit.

- může se jevit též sporným, zda označení osoby za spolupracujícího obviněného lze realizovat jen ve stadiu přípravného řízení. Podnět od obviněného může vyjít skutečně až ve stadiu hlavního líčení a není evidentní důvod, proč oprávnění označit osobu za spolupracujícího (samozřejmě v tomto stadiu za obžalovaného) by neměl mít i soud. Stav důkazní nouze může vyvstat i v soudním řízení a pro soud může být užitečné motivovat svědka, např. na základě podnětu státního zástupce, k podání usvědčující odpovědi. V opačném případě by totiž bylo možno použít ve prospěch takové osoby pouze polehčující okolnost podle § 41 písm. l, ne již však ustanovení o mimořádném snížení trestu odnětí svobody.

- nezbytnou podmínkou beneficia je též, aby obviněný oznámil státnímu zástupci skutečnosti, které jsou způsobilé významně přispět k objasnění zvlášť závažného zločinu, a následně v řízení o těchto skutečnostech poskytnout úplnou a pravdivou výpověď. Zákon zde neřeší případ, kdy následně se ukáže, že sdělené skutečnosti danou způsobilost neměly nebo ji následně ztratily, ačkoliv státní zástupce se nejprve domníval, že takovou

způsobilost mají. Domníváme se, že v takovém případě nelze svazovat přiznání dobrodini ze strany státu až s výsledkem řízení, který nezávisí jen na obviněném a snižoval by motivační hodnotu celého institutu, a obviněnému příslušné označení zůstane zachováno (poněvadž své závazky neporušil). K tomuto faktu by snad měl přihlédnout soud až při stanovování trestu podle velmi obecných ustanovení trestního zákoníku. I tento případ by si zasloužil zákonného zpřesnění.

- v ustanovení nenalezneme jako podmínku závazek obviněného vydat prospěch ze spáchaného trestného činu, resp. již v této fázi skutečně uhrazené škody. Je nepochybné, že práva poškozených musí být podle možností ochráněna, nicméně v některých případech nemůže obviněný dostát povinnosti nahradit škody pro své finanční poměry, i když zájem státu na získání informací bude velký. Podmínka náhrady škody by zde měla být stanovena alespoň fakultativně, přičemž by státní zástupce musel vždy zhodnotit reálné možnosti náhrady škody poškozenému i do budoucna, resp. na tyto případy by mohl pamatovat i zákon o odškodňování obětí trestné činnosti č. 209/1997 Sb.

- § 178a neřeší následky porušení podmínek spolupracujícím obviněným. I zde mohou vyvstávat pochybnosti ohledně procesního postavení takové osoby. Pokud by byla považována za spolupracujícího obviněného, patrně by měla využívat veškerá oprávnění takového subjektu, resp. řádného obviněného ve věci, tzn. např. by mohla odmítnout výpověď, popř. i s využitím zákonného oprávnění podle § 100 trestního řádu, a nemohla by být k výpovědi donucována. Došlo by pak zde ke konfliktu mezi tímto ustanovením a § 178a který zavazuje takovou osobu podat úplnou a pravdivou výpověď. Sankcí za nesplnění podmínky by zde mělo být odnětí statutu spolupracujícího obviněného s důsledky pro trestání podle § 58 odst. 4 trestního řádu. Pokud by ovšem takový subjekt vypovídal skutečně v roli svědka v jiném řízení, než je vedeno proti němu, bylo by možno spolu s výše uvedenou sankcí donucovat svědka k výpovědi i uložením pořádkové pokuty, resp. trestním stíháním pro trestný čin křivé výpovědi. Veškeré takové možné důsledky vyplývající z nesplnění povinností by měly být součástí poučení podle § 178 odst. 2 trestního řádu.

- diskutabilní může být i uplatnění jiných druhů trestů než odnětí svobody. Lze předpokládat, že spolupracujícímu obviněnému by mělo být možno i jiné druhy trestu, zvláště když § 178a odst. 1 písm. b) hovoří obecně o činu, za který je obviněný stíhán. Z dikce § 58 odst. 4 by bylo lze vyvodit, že soud může snížit trest odnětí svobody za jakkoliv závažné trestné činy pod spodní hranici trestní sazby bez jakéhokoliv omezení, výslovně se zde však neřeší zejména pro případ méně závažných trestných činů možnost uložení jiných např. alternativních trestů, které také u méně závažných trestných činů přicházejí v úvahu. Nově konstruována by mohla být možnost soudu uložit tyto alternativní tresty i v případě, kdy vzhledem k vyšší sazbě za spáchaný trestný čin takové uložení není možné (např. obecně prospěšných

práci), pokud by např. ukládal snížený trest odnětí svobody. Bylo by ovšem třeba vypořádat se vždy v konkrétním případě s námitkou dvojího hodnocení téže skutečnosti (§ 39 odst. 4 TrZ). Pokud spodní hranice pro uložení trestu v případech § 58 odst. 4 není dána, stojí za zvážení výslovně zakotvit v málo závažných případech např. možnost užití institutu upuštění od potrestání (§ 46 TrZ).

Celkově lze říci, že institut spolupracujícího obviněného v redukované podobě, tak jak byl vtělen do trestního řádu, lze považovat za právní nástroj, který je slučitelný s principy právního řádu. Jeho zavedení byl odůvodněno závažnými argumenty, zejména výskytem nových nebezpečných forem kriminality a nemožnosti zajistit účinný boj s ní klasickými dosavadními prostředky. Na druhé straně jde o institut, který zejména ve své nejvýznamnější formě tzv. korunního svědka vybočuje z celkové struktury zásad evropského kontinentálního trestního procesu, proto musí být zejména na počátku jeho zavedení podléhat účinným kontrolním mechanismům. S jeho zavedením nelze spojovat přehnaná očekávání. Z tohoto hlediska proto hodnotíme kladně uvážlivý postup legislativního procesu, v jehož rámci se upustilo od skokového plného zavedení institutu korunního svědka v jeho nejrozvinutější podobě a postupovalo se cestou zavádění postupných změn v tomto směru. Zkušenosti, které se s aplikací tohoto institutu v soudní praxi objeví, bude nepochybně možno využít v dalších úvahách o případném rozšíření této úpravy.

Literature:

- Nad institutem korunního svědka. Sborník příspěvků z odborného semináře konaného 6. února 2003 na Právnické fakultě ZČU v Plzni. ZČU Plzeň 2003
- Vantuch, P. Nový zákon o ochraně svědků a dalších osob a boj s organizovaným zločinem. Právní rozhledy 2001, č. 8
- Sotolář, A., Púry, F. K možnostem a limitům využití utajených svědků, Trestněprávní revue 2003, č. 2
- Bocker, U. Der Kronzeuge. Centaurus Verlagsgesellschaft Pfaffenweiler, 1991
- Jaeger, M. Der Kronzeuge unter besonderer Besichtigung von § 31 BtMG, Peter Lang Verlag Heidelberg, 1986

Contact – email

Josef.Kuchta@law.muni.cz

SPOLUPRACUJÍCÍ OBVINĚNÝ PŘÍNOSY A RIZIKA NOVÉ PŘÁVNÍ ÚPRAVY

ALEXANDER NETT

Právnická fakulta Palackého univerzity v Olomouci, katedra trestního práva,
Faculty of Law of the Palacký University in Olomouc, Department of
Criminal Law

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá institutem spolupracujícího obviněného, který je obsažen v novele trestního řádu, z.č. 41/2009 Sb., který nabyl účinnosti dne 1.1.2010. Úvodem je provedena sumarizace dosud známých přístupů k právní úpravě spolupracujícího obviněného a korunního svědka. Následně autor poukazuje na výkladové problémy tohoto institutu, které se již v průběhu roku 2010 vyskytly v aplikační praxi.

Key words in original language

Spolupracující obviněný; korunní svědek; dobrodiní beztrestnosti.

Abstract

The paper deals with the concept of the cooperating accused that is contained in the amendment of the Code of Criminal Procedure, Act No. 41/2009 Coll., which came into effect on 1st January 2010. In the introduction, the author summarizes the approaches to the legislation on the cooperating accused and principal witness that are known so far. Subsequently, he deals with problems in interpretation of this institute that have occurred in 2010 while applying the concept in practice.

Key words

Cooperating accused; principal witness; impunity.

1. Úvod.

1.1. Odborné diskuze před novelou trestního řádu č. 41/2009 Sb., v platném znění.

Právní úpravě spolupracujícího obviněného obsažené v novele trestního řádu z.č. 41/2009 Sb., účinné od 1.1.2010 předcházela široká odborná diskuze. Aniž bych chtěl některé autory a jejich přínos k odborné diskuzi opomenout považuji za potřebné zmínit příspěvek Jana Musila s názvem „Korunní svědek – ano či ne?“ publikovaný v časopise *Trestní právo* v roce 2003 a článek Zdeňka Karabce „Mezinárodní aspekty boje proti organizovanému zločinu“ publikovaný v časopise *Kriminalistika* v roce 2004.

Z. Karabec v této souvislosti uvedl, že by právní úprava mohla rozlišovat dvě fáze procesního postupu při udělování beztrestnosti, a to fázi dočasného (tedy podmíněného) přerušení trestního stíhání a zastavení trestního stíhání.

Tato konstrukce zajišťuje, že obviněnému bude dobrodíní beztrestnosti poskytnuto teprve tehdy, až splní všechny stanovené podmínky a zároveň mu poskytuje jistou záruku, že se tak při splnění těchto podmínek opravdu stane. Rozhodnutím o dočasném přerušení trestního stíhání by byl obviněný motivován k tomu, aby uvedl veškeré skutečnosti, které se zavázal sdělit, a eventuálně plnil i další povinnosti stanovené v rozhodnutí o dočasném přerušení trestního stíhání. V opačném případě by bylo jeho trestní stíhání obnoveno.

O dočasném přerušení trestního stíhání by rozhodoval státní zástupce, neboť k přerušení trestního stíhání by mohlo dojít pouze v průběhu přípravného řízení. Dočasným přerušením trestního stíhání se změní postavení obviněného na procesní postavení svědka. Pokud obviněný nabídne poskytnutí důležité informace až ve stadiu řízení před soudem a tyto informace budou státním zástupcem a soudem uznány za významné, bylo by možno tuto spolupráci obviněného s orgány činnými v trestním řízení vzít v úvahu při ukládání trestu odnětí svobody a uložit trest pod dolní hranici zákonné sazby.

Navrhovaná právní úprava se měla promítnout do ustanovení § 306 b) - 306 d) trestního řádu (zák. č. 141/61 Sb. o trestním řízení soudním). Podle § 306b odst. 2 trestního řádu by trestní stíhání nebylo možno podmíněně přerušit, jestliže obviněný spáchal závažnější trestný čin než je ten, k jehož objasnění se zavázal, nebo jestliže se podílel na spáchání zvlášť závažného zločinu, k jehož objasnění se zavázal, jako organizátor nebo návodce, nebo jestliže následkem takového trestného činu byla smrt nebo těžká újma na zdraví. Zakotvením institutu spolupracujícího obviněného („korunního svědka“) by došlo k určitému prolomení zásad legality a oficiality trestního řízení ve prospěch zásady oportunity.

Návrh vycházel z myšlenky, že zájem státu na rozbití zločineckých struktur, do nichž je obtížné proniknout, převyšuje zájem státu na postihu jednotlivce, který se přímo nebo nepřímo na trestné činnosti podílel a umožnil odhalení a usvědčení spolupachatelů a spolupodílníků závažné trestné činnosti.

Někteří odborníci poukazují na problematičnost záruky faktické beztrestnosti. Výslovně je upozorňováno na riziko, že nové instituty trestního práva zamýšlené k potlačování organizovaného zločinu mohou mít nepředvídatelné důsledky. Je-li považováno za nezbytné poskytovat určité výhody osobám, které se přestaly podílet na činnosti kriminálních organizací a začaly spolupracovat s orgány činnými v trestním řízení, mělo by se jednat pouze o beztrestnost členství ve zločinecké organizaci, a to za předpokladu, že pachatel dobrovolně opustil tuto organizaci dříve, než došlo

k policejnímu vyšetřování jeho osoby. V ostatních případech je možné uložit mírnější trest podle zákona. Za žádných okolností nemá docházet k beztrestnosti de facto (k tomu srov. závěry z XVI. Kongresu Mezinárodní společnosti pro trestní právo - AIDP, který se konal v Budapešti ve dnech 5. - 11. 9. 1999).

1.2. Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zákona č. 306/2009 Sb., a zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, (zákon o protikorupčních opatřeních).

Vládním návrhem zákona, kterým se mění zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zákona č. 306/2009 Sb., a zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, (zákon o protikorupčních opatřeních) mělo dojít ke změně platné právní úpravy spolupracujícího obviněného. To za situace, že dosud nejsou žádné aplikační zkušenosti. Právní úprava je účinná 1.1.2010.

Ministr spravedlnosti J. Pospíšil ve svém vystoupení na 68. schůzi Parlamentu České republiky ze dne 12. února 2010 k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zákona č. 306/2009 Sb., a zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, (zákon o protikorupčních opatřeních) uvedl, že nepovažuje za správné, aby státní zástupce mohl sám někoho označit za korunního svědka a soud do tohoto procesu nemohl nijak zasáhnout. Konkrétně konstatoval: „to je podle mě mimořádně nebezpečné“. Státní zástupce ve chvíli, kdy přizná osobě označení korunního svědka má možnost přerušit trestní stíhání. Ve svém důsledku to znamená, že je tak uzavřena možnost, aby se korunní svědek dostal k soudu. Otázku zda byly splněny podmínky proto, že někdo bude beztrestný u závažných trestných činů, kde je horní hranice 8 let vůbec neposuzuje soud, ale v zásadě na základě vlastního uvážení, které není zákonem nijak specifikováno, toto učiní státní zástupce.

Shora uvedený vládní návrh zákona nebyl poslaneckou sněmovnou přijat.

2. Platná právní úprava

Legislativní rámec právní úpravy institutu spolupracujícího obviněného je vymezen především následujícími právními předpisy.

Trestním řádem z.č. 41/2009 Sb., v platném znění.

Trestním zákonem, z.č. 40/2009 Sb., v platném znění.

Zákonem č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka, v platném znění.

2.1. Právní úprava spolupracujícího obviněného obsažená v trestním řádu.

Podle § 178a odst. 1 trestního řádu může státní zástupce v řízení o zvlášť závažném zločinu v obžalobě označit obviněného za spolupracujícího, jestliže obviněný

a) oznámí státnímu zástupci skutečnosti, které jsou způsobilé významně přispět k objasnění takového zločinu spáchaného členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny, nebo které pomohou zabránit dokonání takového zločinu, a zaváže se podat jak v přípravném řízení, tak i v řízení před soudem úplnou a pravdivou výpověď o těchto skutečnostech,

b) dozná se k činu, pro který je stíhán, přičemž nejsou důvodné pochybnosti o tom, že jeho doznání bylo učiněno svobodně, vážně a určitě, a

c) prohlásí, že souhlasí s tím, aby byl označen jako spolupracující obviněný, a považuje-li státní zástupce takové označení za potřebné vzhledem k povaze trestného činu, k jehož objasnění se obviněný zavázal, a to i s přihlédnutím k trestnému činu uvedenému v doznání obviněného, k osobě obviněného a k okolnostem případu, zejména zda a jakým způsobem se obviněný podílel na spáchání trestného činu, k jehož objasnění se zavázal a jaké následky svým jednáním způsobil.

(2) Před tím, než státní zástupce obviněného označí jako spolupracujícího vyslechne ho zejména k obsahu oznámení a k jeho doznání. Obviněného také vyslechne k tomu, zda si je vědom důsledků svého postupu. Před výslechem státní zástupce obviněného poučí o jeho právech, o podstatě označení za spolupracujícího obviněného, o povinnosti setrvat na svém doznání a dodržet své závazky uvedené v odstavci 1 a také o tom, že jakmile obviněný v přípravném řízení nebo v řízení před soudem poruší své závazky nebude nadále považován za spolupracujícího obviněného

2.2. Právní úprava spolupracujícího obviněného obsažena v trestním zákoníku.

Podle § 39 trestního zákoníku při stanovení druhu trestu a jeho výměry soud přihlédne k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu, k osobním, rodinným, majetkovým a jiným poměrům pachatele a k jeho dosavadnímu způsobu života a k možnosti jeho nápravy; dále přihlédne k chování pachatele po činu, zejména k jeho snaze nahradit škodu nebo odstranit jiné škodlivé následky činu, a pokud byl označen jako spolupracující obviněný, též k tomu, jak významným způsobem přispěl k objasnění zvlášť závažného zločinu spáchaného členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny nebo pomohl zabránit pokusu nebo dokonání takového trestného činu. Přihlédne také k účinkům a důsledkům, které lze očekávat od trestu pro budoucí život pachatele.

(2) Povaha a závažnost trestného činu jsou určovány zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou, záměrem nebo cílem.

(3) Při stanovení druhu trestu a jeho výměry soud přihlédne k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem (§ 41 a 42), k době, která uplynula od spáchání trestného činu, k případné změně situace a k délce trestního řízení, trvalo-li nepřiměřeně dlouhou dobu. Při posouzení přiměřenosti délky trestního řízení soud přihlédne ke složitosti věci, k postupu orgánů činných v trestním řízení, k významu trestního řízení pro pachatele a k jeho jednání, kterým přispěl k průtahům v trestním řízení.

Podle důvodové zprávy k § 39 při odůvodnění uloženého trestu uvede jakými úvahami byl veden při ukládání trestu, jak posoudil povahu a závažnost trestného činu z hlediska významu konkrétního chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobu provedení činu a jeho následků, okolností, za kterých byl čin spáchán, osoby pachatele, míry jeho zavinění a jeho pohnutky, záměru nebo cíle, jakož i polehčujících a přitěžujících okolností, doby, která uplynula od spáchání trestného činu, případné změny situace a délky trestního řízení, trvalo-li nepřiměřeně dlouhou dobu, při zvážení složitosti věci, postupu orgánů činných v trestním řízení, významu řízení pro pachatele a jeho chování, kterým přispěl k průtahům v řízení; uvede též, jak přihlédl k osobním, rodinným, majetkovým a jiným poměrům pachatele, k jeho dosavadnímu způsobu života, k chování pachatele po činu, zejména k jeho případné snaze nahradit škodu či jiné škodlivé následky činu, a pokud byl označen jako spolupracující obviněný též k tomu, jak významným způsobem přispěl k objasnění zvláště závažného zločinu spáchaného členy organizované skupiny nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny nebo pomohl zabránit pokusu nebo dokonání takového trestného činu.

Dále (v návaznosti na příslušná ustanovení trestního řádu) také zákon zohledňuje případy spolupracujících obviněných, u nichž se přihlíží též k tomu, jak významným způsobem přispěli k objasnění zvláště závažného zločinu spáchaného členy organizované skupiny nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny nebo pomohli zabránit pokusu nebo dokonání takového trestného činu.

Podle § 41 písm.m) trestního zákoníku soud jako k polehčující okolnosti přihlédne zejména k tomu, že pachatel přispěl zejména jako spolupracující obviněný k objasňování trestné činnosti spáchané členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny,

Podle důvodové zprávy k § 41 Výčet polehčujících okolností (§ 41) byl doplněn o okolnosti spočívající v tom, že pachatel se dopustil trestného činu poprvé a pod vlivem okolností na něm nezávislých, dále že spáchal trestný čin nejen v silném rozrušení, ale také ze soucitu nebo z nedostatku životních zkušeností, pachatel překročil meze přípustného rizika nebo meze jiné okolnosti vylučující protiprávnost, čímž byla doplněna polehčující okolnost obsahující překročení mezi nutné obrany nebo krajní nouze, anebo spáchal trestný čin v právním omylu, kterého se bylo možno vyvarovat (navazuje na ustanovení § 19), popř. trestným činem způsobil nižší škodu nebo jiný menší škodlivý následek, což je protiklad stávající přitěžující okolnosti, obsahující způsobení vyšší škody nebo jiného většího škodlivého následku, nebo významně přispěl k objasnění trestného činu spáchaného jiným, či přispěl, zejména jako spolupracující obviněný, k objasňování trestné činnosti spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny nebo organizované skupiny [§ 41 písm. a), b), g), h) a m)].

Podle § 58 odst. 4 trestního zákoníku soud může snížit trest odnětí svobody pod dolní hranici trestní sazby také pachateli označenému jako spolupracující obviněný, který splnil stanovené podmínky podle jiného právního předpisu; přitom vezme v úvahu povahu trestného činu uvedeného v jeho doznání v porovnání se zvláště závažným zločinem spáchaným členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny, jehož dokonání pomohl zabránit anebo k jehož objasnění přispěl, dále význam takového jeho jednání, osobu pachatele a okolnosti případu, zejména zda a jakým způsobem se podílel na takovém zvláště závažném zločinu, jehož dokonání pomohl zabránit anebo k jehož objasnění se zavázal, a jaké následky svým jednáním případně způsobil. Omezením stanoveným v odstavci 3 přitom není vázán.

Podle důvodové zprávy k § 58 odst. 4 v návaznosti na ustanovení § 58 odst. 4 trestního zákoníku a se záměrem zefektivnit objasňování zvláště závažných zločinů se navrhuje upravit institut spolupracujícího obviněného tak, aby osoby podílející se na činnosti organizovaných zločineckých skupin a organizovaných skupin byly motivovány ke spolupráci s orgány činnými v trestním řízení, což ve svém důsledku by mělo usnadnit vyšetřování tohoto druhu trestné činnosti, při kterém je, s ohledem na míru takové organizace, často spojené se závazkem mlčenlivosti, zpravidla nedostatek důkazů k usvědčení osob organizujících nebo řídících takovou zvláště závažnou trestnou činnost. Tato úprava je v souladu s Rezolucí Rady Evropské unie č. 497Y0111(01) ze dne 20. prosince 1996 o jednotlivcích, kteří spolupracují při soudním řízení v boji proti mezinárodně organizovanému zločinu, která vyzývá členské státy, aby přijaly vhodná opatření, kterými by povzbuzovaly jednotlivce, kteří byli nebo jsou členy organizovaných zločineckých skupin nebo jiných zločineckých organizací jakéhokoli druhu, nebo kteří se podíleli na trestných činech takových skupin nebo organizací, aby spolupracovali při soudním řízení. Jednotlivcům, kteří „odpadnou“ od organizované zločinecké skupiny nebo jiné zločinecké organizace a učiní vše co mohou k tomu, aby

předešli dalšímu páchání zločinecké činnosti nebo poskytnou policii a soudním orgánům při shromažďování důkazů rozhodujících pro rekonstrukci skutkového děje, odhalení a identifikaci pachatelů takové trestné činnosti, náležitou pomoc, by měly být poskytnuty výhody při ukládání trestu a způsobu jeho výkonu, jakož i vhodná opatření, která by měla být poskytnuta na ochranu jejich rodinným příslušníkům a blízkým osobám. Rovněž i Úmluva OSN proti nadnárodnímu organizovanému zločinu přijatá v Palermu v prosinci 2000 vyzývá státy, aby podporovaly osoby, které se podílely na spáchání závažné trestné činnosti a jsou o tom ochotny poskytnout významné informace. Podle článku 18 této Úmluvy mají státy ve vhodných případech zvážit zakotvení možnosti snížení trestu u obžalovaného, který poskytne podstatnou spolupráci při vyšetřování nebo stíhání trestného činu upraveného touto Úmluvou. Po proběhlé rozsáhlé diskusi nad imunitou před podáním obžaloby (někdy také nazývanou institutem „korunního svědka“) nebyl tento institut v souvislosti s návrhem trestního zákoníku zařazen do souvisejících novelizací, neboť při něm dochází k podstatnému omezení zásad legality a oficiality trestního řízení, a také k zásadnímu zásahu do principu rovnosti před zákonem. Na druhé straně nelze přehlížet zájem státu na zničení zločineckých struktur, do nichž je v důsledku jejich organizace a závazku mlčenlivosti obtížné proniknout, který odůvodňuje modifikaci postihu jedince, který se nikoli v pozici organizátora nebo řídicího subjektu přímo nebo nepřímo na takové trestné činnosti podílel a který umožnil odhalení a usvědčení spolupachatelů, často i organizátorů a řídicích osob organizovaných zločineckých skupin nebo jiných zločineckých organizací. Proto návrh zavádí institut spolupracujícího obviněného, který bude používán u osob, které splní poměrně přísné podmínky pro takové označení v obžalobě. V důsledku toho bude pak při ukládání trestu zhodnocena jeho spolupráce při odhalení a objasnění zvláště závažného zločinu. K dosažení potřebné motivace takových obviněných na spolupráci s orgány činnými v trestním řízení trestní zákoník zavazuje soud přihlídnout k této skutečnosti při ukládání trestu [§ 39 odst. 1 a § 41 písm. m) trestního zákoníku], a to i s pravidelným využitím mimořádného snížení ukládaného trestu odnětí svobody (§ 58 odst. 4 trestního zákoníku), přičemž soud nebude ani vázán omezeními uvedenými v § 58 odst. 3 trestního zákoníku.

2.3. Spolupracující obviněný v zákoně o ochraně svědka.

Podle § 2 z.č., 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka, v platném znění za ohroženou osobu se pro účely tohoto zákona považuje osoba, která

a) podala nebo má podat vysvětlení, svědeckou výpověď nebo vypovídala či má vypovídat jako obviněný anebo jinak pomáhala nebo má pomoci podle ustanovení trestního řádu k dosažení účelu trestního řízení, nebo

b) je znalcem nebo tlumočnickem anebo obhájcem, pokud obviněný, kterého jako obhájce zastupuje, vypovídal nebo má vypovídat, aby pomohl k dosažení účelu trestního řízení, anebo

c) je osobou blízkou 2) osobě uvedené v písmenu a) nebo b).

(2) Chráněnou osobou je ohrožená osoba uvedená v odstavci 1, které je poskytována zvláštní ochrana a pomoc.

Podle důvodové zprávy bude zvláštní ochrana a pomoc poskytována osobám zúčastněným na trestním řízení, které ovlivňují jeho průběh tím, že vykonávají zákonem stanovená oprávnění a povinnosti. Chráněny budou rovněž osoby jejichž újmu by osoby zúčastněné na trestním řízení mohly považovat jako svoji vlastní např. manžel svědka. Podle § 2 odst. 1 písm. a) se za svědka považuje i osoba, která vypovídala nebo má vypovídat v přípravném řízení ve fázi před sdělením obvinění, i když tato výpověď, o které policejní orgán sepíše úřední záznam (záznam o podaném vysvětlení) nemůže být použita jako důkaz pro rozhodnutí soudu. Takový záznam však slouží pro rozhodnutí o tom, zda výslech svědka má být v řízení před soudem jako důkaz navržen a proveden, takže i osoba v postavení svědka, podávající v přípravném řízení vysvětlení, může výrazně ovlivnit průběh trestního řízení. Zvláštní ochrana a pomoc se poskytne i obviněnému a jeho obhájci, pokud se obviněný rozhodne vypovídat. Právě usvědčující výpověď osob, které se samy podílely na trestné činnosti, je častým prostředkem k odhalení dalších pachatelů trestné činnosti a rozkrytí organizovaných zločineckých skupin. Soudci a další zaměstnanci státu vykonávající působnost orgánů činných v trestním řízení mohou být vystaveni hrozbám útoků proti životu, zdraví proto, aby při výkonu své působnosti stranili některému z účastníků řízení. Obdobně to platí i o znalcích a tlumočnících.

3. Přínosy a rizika nové právní úpravy

Obecně je v odborné veřejnosti akceptováno, že institut spolupracujícího obviněného povede k efektivnosti trestního řízení. Jeho prostřednictvím budou opatřeny důkazy o závažné trestné činnosti, které by jinak bylo možno opatřit pouze obtížně nebo vůbec.

Princip efektivnosti trestního řízení spočívá dále v tom, že se orgánům činným v trestním řízení pomocí spolupracujícího obviněného může podařit s vynaložením menších materiálních finančních a personálních prostředků odhalit a zadokumentovat závažnou trestnou činnost. Princip efektivnosti je tak úzce spjat s principem hospodárnosti trestního řízení.

Nicméně je v této souvislosti na místě upozornit na skutečnost, že má tento procesní institut důležitý hmotněprávní dopad v otázce přiměřenosti trestu. Zákonodárce fakticky rezignuje na princip přiměřenosti trestu.

Rovněž je důležité připomenout i vztah tohoto institutu k zásadě „*nemo tenetur*“. Nikdo nesmí být nucen obvinít sám sebe. *Sensu largo* lze tuto zásadu chápat jako zákaz nucení k shromažďování důkazů k usvědčení sebe samého. V této souvislosti je na místě otázka, zda tedy nedochází k rozporu s článkem 6 EÚLP.

Tolik úvodem a nyní se zaměříme na platnou právní úpravu spolupracujícího obviněného obsaženou v § 178a trestního řádu.

Z principu rovnosti před zákonem lze usuzovat, že je povinností policejního orgánu poučit každého obviněného pokud je proti němu vedeno řízení v řízení o zvláště závažném zločinu spáchaného členy organizované skupiny, ve spojení s organizovanou skupinou, nebo ve prospěch organizované zločinecké skupiny o právní úpravě spolupracujícího obviněného obsažené v ust. § 178a odst. 1 trestního řádu. Každému obviněnému je tímto zajištěna možnost se rozhodnout, zda využije jisté dobrodiní vyplývající z postavení spolupracujícího obviněného či nikoliv.

V praxi nelze vyloučit situace, že se rozhodne více než jeden obviněný stát se spolupracujícím obviněným. Právní úprava takovou situaci nevyklučuje a tedy možná.

Nicméně lze v praxi předpokládat komplikovanější situace, kdy doznání jednoho spolupracujícího obviněného je obsahově rozdílné s doznáním jiného spolupracujícího obviněného přičemž oba prohlašují, že splnily podmínky dané v § 178a odst. 1 trestního řádu zejména v tom směru, že je jejich výpověď úplná a pravdivá.

Další otázkou je rozsah poučení potenciálního spolupracujícího obviněného.

Domníváme se, že rozsah poučení by měl být takový, aby obviněný byl výslovně poučen o znění § 178a odst. 1 trestního řádu. Rovněž by měl být poučen o ustanovení § 58 odst. 4 trestního zákoníku podle něhož může soud snížit trest odnětí svobody pod dolní hranici trestní sazby a ohledně právní úpravy obsažené v § 41 písm. m) trestního zákoníku týkající se polehčujících okolností.

Také by obviněný měl být poučen o právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka, v platném znění, neboť poskytnutí ochrany obviněnému může být rozhodujícím motivačním faktorem k tomu, aby se rozhodl s orgány činnými v trestním řízení spolupracovat.

Takového poučení se obviněnému může dostat pouze a výlučně v rámci jeho výsledku prováděného policejním orgánem. Na základě poučení se může obviněný rozhodnout, zda má zájem využít podmínky dané právní úpravou spolupracujícího obviněného.

Obviněný může o svém rozhodnutí informovat policejní orgán již v rámci prováděného výslechu. Policejnímu orgánu tuto skutečnost obviněný sdělí a ten ji uvede do protokolu o prováděném výslechu. V takovém případě by policejní orgán měl obviněnému poskytnout lhůtu ke splnění podmínek předvídaných v ust. § 178a odst. 1 trestního řádu.

V takovém případě následně obviněný adresuje státnímu zástupci svoji žádost, že chce splnit podmínky uvedené v § 178a odst. 1 trestního řádu, případně tak učinit nemusí rozhodne-li se jinak.

Žádost by měla splňovat podmínky uvedené ve zmíněném ustanovení trestního řádu, neboť státní zástupce bude podání zkoumat právě s ohledem k nim. Takový postup přináší pro potencionálního spolupracujícího obviněného značná rizika.

Žádost zpravidla obsahuje informace, které vystavují obviněného nebezpečí ohrožení života. V případě vazebních věcí, což bude typické pro výše uvedenou formu trestné činnosti se s obsahem žádosti může seznámit okruh osob, který pro obviněného může představovat hrozbu.

Státní zástupce rozhodne s ohledem na ustanovení § 178a odst. 1 trestního řádu, zda provede výslech obviněného či nikoliv.

Trestní řád výslovně nestanoví státnímu zástupci povinnost, aby po vyhodnocení žádosti potencionálního spolupracujícího obviněného provedl jeho výslech. Návěti § 178a odstavce 2 trestního řádu obsahuje zněnístátní zástupce obviněného.....vyslechne. Na základě jazykového výkladu dospíváme k závěru, že toto ustanovení ukládá státnímu zástupci povinnost provést výslech potencionálního obviněného.

Další alternativou je, že potencionální spolupracující obviněný po poučení provedené policejním orgánem v rámci svého výslechu se rozhodne naplnit podmínky předvídané v ust. § 178a odst. 1 trestního řádu okamžitě a uvede je do protokolu o výslechu se žádosti, aby policejní orgán tento protokol o výslechu předložil státnímu zástupci.

Trestní řád výslovně nestanoví procesní formu žádosti potencionálního spolupracujícího. Je proto otázkou, zda taková žádost má povahu důkazu, či nikoliv. V daném případě se může jednat o listinný důkaz ve smyslu § 112 trestního řádu. K tomuto závěru nás vede především obsahové vymezení listinného důkazu vyplývající z ust. § 112 odst. 1 trestního řádu.

Podle § 178a odst. 2 trestního řádu státní zástupce potencionálního spolupracujícího obviněného vyslechne zejména k obsahu oznámení a jeho doznání. Trestní řád nestanoví v jaké formě by se měl potencionální

spolupracující obviněný zavázat, že v přípravném řízení, také v řízení před soudem podá pravdivou a úplnou výpověď.

Rovněž trestní řád nestanoví formu prohlášení obviněného ohledně souhlasu, aby byl označen jako spolupracující obviněný.

Z obsahu ustanovení § 178a odst. 2 trestního řádu, který předpokládá výslech potencionálního spolupracujícího obviněného státním zástupcem lze dospět k závěru, že závazek a prohlášení by měly být ze strany obviněného učiněny v rámci jeho výslechu.

V praxi se mohou vyskytnout problémy v tom, že bude např., rozdíl v rozsahu a obsahu skutečností, které potencionální spolupracující obviněný uvedl ve své žádosti (oznámení) a v tom co následně uvedl při výslechu prováděném státním zástupcem.

Takovou situaci je možné vyhodnotit i tak, že již v tomto stádiu spolupracující obviněný nedržel svůj závazek podat pravdivou a úplnou výpověď, neboť takový závazek převzal již v okamžiku, kdy naplnil podmínky předvídané v § 178a odst. 1 trestního řádu.

Další otázkou je ve kterém okamžiku získá potencionální spolupracující obviněný označení spolupracující obviněný. Podle § 178a odst. 1 trestního řádu, státní zástupce může obviněného označit jako spolupracujícího obviněného až v obžalobě. Jinými slovy řečeno. Obviněný ani po výslechu provedeném státním zástupcem podle § 178a odst. 2 trestního řádu nemá najisto postaveno, že bude považován za spolupracujícího obviněného se vším dobrodiním stanoveným zákonem. Je ponecháván v absolutní nejistotě. Splnil podmínky stanovené v § 178a odst. 1 trestního řádu a přesto až do podání obžaloby mu není známo rozhodnutí státního zástupce o tom, zda bude považován za spolupracujícího obviněného.

Domníváme se, že právní úprava je v tomto směru v příkrém rozporu s účelem institutu spolupracujícího obviněného.

Za přínos nové právní úpravy obsažené v § 178a trestního řádu považujeme samotný fakt, že právní úprava byla přijata a vytvořila základní předpoklady pro zvýšení efektivnosti trestního řízení u závažných forem kriminality. Za rizika přijaté právní úpravy považujeme shora uvedené nedostatky, které mohou být odstraněny i výkladem ze strany aplikační praxe.

4. Úvahy de lege ferenda

Právní úpravu institutu spolupracujícího obviněného účinnou od 1.1.2010 nelze dosud kvalifikovaně hodnotit.

I přes tuto okolnost se domníváme, že by bylo vhodné výslovně upravit rozsah poučení potencionálního spolupracujícího obviněného v tom směru, aby byla taková osoba poučena o dobrodiní vyplývající z tohoto institutu v oblasti trestněprocesní, trestněprávní a rovněž i ohledně právní úpravy o zvláštní ochraně svědka.

Důvodem pro tento návrh je především zvýšení motivace obviněného při jeho rozhodování ohledně spolupráce s orgány činnými v trestním řízení, kdy je nepochybně jednou z významných okolností ovlivňující jeho rozhodnutí právě i rozsah a kvalita poskytnuté ochrany.

Dále považujeme za potřebné, aby zákonodárce výslovně stanovil právní povahu oznámení, které potencionální spolupracující obviněný činí vůči státnímu zástupci.

Důvodem pro tento návrh je především zpřesnění právní úpravy. Mělo by se jednat o listinný důkaz ve smyslu § 112 odst. 1 trestního řádu. Tento důkaz by mohl mít zásadní vazbu na posuzování otázky pravdivosti a úplnosti výpovědi spolupracujícího obviněného.

Rovněž je žádoucí, aby zákonodárce výslovně stanovil právní skutečnost na níž bude vázána povinnost státního zástupce sdělit potencionálnímu spolupracujícímu obviněnému, že je považován za spolupracujícího obviněného.

Platná právní úprava předpokládá označení „spolupracující obviněný“ až v obžalobě, což vytváří pro obviněného nepříznivou situaci především z hlediska délky nejistoty jeho právního postavení.

Povinnost státního zástupce označit obviněného za spolupracujícího obviněného by mohla být vázána na provedení výslechu postupem podle § 178a odst. 2 trestního řádu (nejdříve), případně na ukončení přípravného řízení (nejpozději).

Literature:

- Bouda, Z.: Účinná lítost, spolupracující obviněný, program shovívavosti-obdobné instituty na cestě k efektivnějšímu právu, Časopis pro právní vědu a praxi, 2009, č.3.
- Jelínek, J. a kol: Trestní právo hmotné, obecná a zvláštní část, 1. vydání podle nové právní úpravy účinné od 1.1.2010, Leges, 2009.
- Karabec, Z.:Mezinárodní aspekty boje proti organizovanému zločinu, Kriminalistika, 2004, č.1.

- Pospíšil, J.: Vystoupení na 68. schůzi Parlamentu České republiky, poslanecká sněmovna, ze dne 12. února 2010.
- Musil, J.: Korunní svědek – ano či ne? - II., část, Trestní právo, 2003.
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2003.
- Trestní zákon, z.č. 40/2009 Sb., v platném znění.
- Zákon č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka, v platném znění.
- Trestní řád, z.č. 41/2009 Sb., v platném znění.
- Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění zákona č. 306/2009 Sb., a zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád.

Contact – email

alexandernett@seznam.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K POSTAVENÍ POŠKOZENÉHO V TRESTNÍM ŘÍZENÍ

EVA ŽATECKÁ - KATEŘINA PŘEPECHALOVÁ

Masarykova Univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Autorky se ve svém příspěvku zabývají problematikou postavení poškozených v trestním řízení. Zabývají se problematikou rozšíření procesních práv poškozených – např. využití opravných prostředků, jež mají poškození k dispozici, právo na informace o trestním řízení. Závěr patří nastínění změn, které by neměly zůstat v rekodifikačním procesu stranou a zákonodárce by s nimi měl počítat.

Key words in original language

Poškozený; trestní řízení; procesní práva; právo na informace; náměty de lege ferenda.

Abstract

The authors deal with the position of aggrieved party in criminal procedure. They consider issues about aggrieved party as the extension of process rights of aggrieved party, right to the information, etc. At the end they outline the changes which have to be considered in the recodification process and the lawmaker should deal with them.

Key words

The aggrieved party; criminal procedure; procedure rights; right to information; cogitation de lege ferenda.

Úvod

Trestní řád¹ bývá často kritizován pro nedostatečnou úpravu práv poškozených. Věcný záměr připravovaného trestního řádu² v neposlední řadě směřuje také k výraznému posílení práv poškozeného v trestním řízení vymezením nové základní zásady zajištění práv poškozených a ochrany jejich postavení. Takový přístup je v souladu s řadou mezinárodních dokumentů [např. rámcové rozhodnutí Rady EU o postavení obětí v trestním řízení 2001/220/SVV, Doporučení Rady Evropy č. R (85) 11 o postavení obětí v rámci trestního práva a trestního procesu, Deklarace základních

1 Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též tr.ř.)

2 Věcný záměr trestního řádu dostupné z <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?k=4980&o=23&j=33&d=281460> (citováno dne 24.11.2010).

principů spravedlnosti pro oběti trestných činů a zneužití moci]. Nejedná se jen o zdokonalení dosavadních procesních mechanismů ochrany poškozeného v trestním řízení, ale i o rozšíření katalogu práv poškozeného např. možnost podat subsidiární nebo soukromou žalobu, žádat přiměřené zadostiučinění apod., kterými se budeme zabývat více níže.

K osobě poškozeného

Trestní řád vymezuje *poškozeného* jako toho, komu bylo trestným činem způsobena majetková škoda, toho, komu bylo trestným činem ublíženo na zdraví nebo toho komu byla způsobena morální nebo jiná škoda. Poškozeným je i taková osoba, které majetková škoda vznikla, ale které pachatel škodu již v plném rozsahu nahradil.

Od pojmu poškozeného je třeba odlišovat od pojmu *oběť trestné činnosti*, který poprvé do českého právního řádu zavedl zákon č. 209/1997 Sb., o poskytnutí peněžité pomoci obětem trestné činnosti, ve znění novel. Oběť je zde označení pro fyzickou osobu, které v důsledku trestného činu vznikla škoda na zdraví, jakož i pro osobu pozůstalou po oběti, která v důsledku trestného činu zemřela, jestliže této osobě zemřelý poskytoval nebo byl povinen poskytovat. Pojem oběť je tedy užší než pojem poškozený.

V současné době rozlišuje trestní řád dvě skupiny poškozených, a to skupinu poškozených, kteří mohou žádat náhradu škody a skupinu poškozených, kteří toto oprávnění nemají³.

Poškozeným může být osoba fyzická i právnická (i např. VZP, ČR). Je-li poškozená osoba zbavena způsobilosti k právním úkonům nebo je-li její způsobilost k právním úkonům omezena, vykonává její práva podle tohoto zákona její zákonný zástupce.⁴

Je-li počet poškozených mimořádně vysoký a jednotlivým výkonem jejich práv by mohl být ohrožen rychlý průběh trestního stíhání, rozhodne předseda senátu a v přípravném řízení na návrh státního zástupce soudce, že poškození mohou svá práva uplatňovat pouze prostřednictvím společného zmocněnce.

Platná úprava přiznává poškozenému *postavení procesní strany*, kdy poškozený může v průběhu trestního řízení uvádět a prokazovat i to, co jednoznačně svědčí proti obviněnému. Nemůže dosáhnout toho, aby na

3 JELÍNEK, Jiří. Trestní zákoník a trestní řád : s poznámkami a judikaturou : zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o výkonu vazby, zákon o výkonu trestu odnětí svobody, advokátní tarif. 1. vyd. podle stavu k 1.1.2010. Praha : Leges, 2009. 1216 s. ISBN 9788087212226

4 JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

základě jen jeho stanoviska byla vzata zpět obžaloba a tím ukončit trestní stíhání, ale disponuje významným oprávněním, kdy může odepřít souhlas s trestním stíháním osoby, v případech uvedených § 163a tr. ř. Poškozený také může od výkonu svých práv, jak budou dále uvedena, upustit. Jeho účast v trestním řízení není povinná a nelze ho k ní jakkoli nutit.⁵

Zcela nově by mělo být dle věcného záměru trestního řádu zaveden zákon o obětech trestných činů, který by blíže upravoval danou problematiku. Z pohledu nového trestního řádu pak bude tento doplněn o definici poškozeného. Poškozeným by dle něj měl být ten, komu bylo trestným činem ublíženo na zdraví, způsobena majetková, morální nebo jiná škoda anebo se jiná osoba na jeho úkor bezdůvodně obohatila. O tom, že je určitá osoba poškozeným, se rozhodne – vzniknou-li pochybnosti a na návrh dotčené osoby – v přípravném řízení usnesením, proti kterému bude přípustná stížnost bez odkladného účinku.

Od pojmu poškozený by měla být odlišena „oběť trestného činu“. Tyto pojmy jsou sice odlišeny i v současné době, ale na rozdíl od stávající úpravy by dle věcného záměru měl být pojem „oběť“ širším než pojem „poškozený“. Tato snaha zákonodárce vychází z mezinárodních smluv⁶, ovšem v současnosti je dle našeho názoru již zažit pojem „oběť“ pouze ve vztahu k zákonu o peněžité pomoci obětem trestné činnosti a je tedy otázkou, zda je vhodné toto zaužívané pojetí změnit a tím sjednotit v rámci EU, nebo ponechat.

Institut trestního stíhání se souhlasem poškozeného a na návrh poškozeného

Institut trestního stíhání se souhlasem poškozeného byl zaveden do trestního řádu jeho novelou z roku 1990. Do doby účinnosti této novely, tj. do 30. 6. 1990, byly orgány činné v trestním řízení povinny stíhat z úřední povinnosti všechny trestné činy, o nichž se dozvěděly, a to bez ohledu na stanovisko poškozeného⁷.

Vedle trestního stíhání se souhlasem poškozeného by mělo být nově upraveno i *trestní stíhání na návrh poškozeného*, a to pro taxativně

5 KRATOCHVÍL, Vladimír. Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423

6 Např. Rámcové rozhodnutí Rady EU o postavení obětí v trestním řízení 2001/220/SVV, Evropskou úmluvu o odškodňování obětí násilných trestných činů č. 141/2000 Sb. m. s., Doporučení Rady Evropy č. R (85) 11 o postavení obětí v rámci trestního práva a trestního procesu, Doporučení Rady Evropy č. R (87) 21 o pomoci obětem trestných činů a prevenci viktimizace, Deklaraci základních principů spravedlnosti pro oběti trestných činů a zneužití moci], budou předmětem samostatného zvláštního zákona o obětech trestných činů a jejich odškodňování

7 JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

vypočtené trestné činy. Pro tyto trestné činy je totiž charakteristické, že jsou důsledkem konfliktu mezi pachatelem a poškozeným a není u nich na trestním stíhání veřejný zájem, přičemž vzniklý následek není zvlášť závažný (výčet skutkových podstat trestných činů by měl být poměrně omezený a měl by se vztahovat na drobné majetkové přečiny a přečiny proti občanskému soužití). Je-li poškozených jedním skutkem několik, postačí návrh byť jednoho z nich. Návrhu poškozeného není třeba, jestliže poškozený zemřel, poškozený není schopen návrh podat pro duševní chorobu nebo poruchu, pro kterou byl zbaven způsobilosti k právním úkonům nebo pro kterou byla jeho způsobilost k právním úkonům omezena, poškozeným je stát nebo územně samosprávný celek, anebo je z okolností zřejmé, že návrh nebyl podán nebo byl vzat zpět v tísní vyvolané vyhrůžkami, nátlakem, závislostí nebo podřízeností.

Trestní řád upravuje i možnost zahájit trestní stíhání v případě, kdy je poškozený nedosažitelný, nebo jeho vyjádření k trestnímu stíhání nelze získat z jiného důvodu a orgán činný v trestním řízení má za to, že jsou tu důvody opravňující zahájení trestního stíhání. Pak zahájí trestní stíhání až do doby, než bude možné získat vyjádření poškozeného, a v něm pokračuje, jako by návrh na zahájení trestního stíhání byl podán. Do doby, než se poškozený k trestnímu stíhání vyjádří, však nebude možné podat k soudu obžalobu. Nepodaří-li se vyjádření poškozeného získat do doby, jež tvoří polovinu promlčecí doby nejzávažnějšího trestného činu, ohledně něhož podání návrhu přichází v úvahu, má se za to, že návrh podán nebyl, a pak státní zástupce musí obligatorně trestní stíhání zastavit.

Návrh na zahájení trestního stíhání může poškozený výslovným prohlášením vzít zpět až do doby, než se odvolací soud odebere k závěrečné poradě. Byl-li návrh vzat zpět, nelze ho podat znovu.

Na druhou stranu, protože se jedná o dispoziční právo poškozeného, tak by měla platit fikce zpětvzetí návrhu v případě, kdy se poškozený, který byl řádně obeslán, k hlavnímu bez řádné omluvy nedostaví. Soud v takovém případě zastaví trestní stíhání. O tom však musí být poškozený řádně poučen. Trestní řád počítá i s případy, kdy by se jednalo o souběh trestných činů a některé by byly vázány na souhlas poškozeného a některé ne. Pak by samozřejmě mohlo být trestní stíhání vedeno jen pro ty trestné činy, na něž se souhlas nevztahuje.

Obdobně se má postupovat, bylo-li trestnými činy spáchanými v jednočinném souběhu poškozeno několik osob, přičemž v souladu se svým oprávněním některá z nich neudělí souhlas s trestním stíháním pro ten trestný čin, kterým došlo jen k jejímu poškození, nebo nepodá návrh na trestní stíhání, v takovém případě pro tento trestný čin nelze konat trestní stíhání; jinak platí, že je-li poškozených jedním skutkem několik, postačí souhlas jen jednoho z nich.

Touto úpravou by mělo dojít k posílení postavení poškozeného v případech, kdy samotný poškozený z jakéhokoliv důvodu na trestním stíhání nemá zájem a zároveň postih pachatele nevyžaduje veřejný zájem. Dalším hlediskem pak je snaha zmenšit počty nápadu soudů o bagatelní věci. Protože se zde projevuje i hledisko *restorativní justice*, která nahlíží na trestný čin jako na konflikt pachatele s poškozeným a zájem státu tu je minimální, a současná úprava umožňuje jen souhlas s trestním stíháním v případě poměru příbuzenského nebo obdobného, dojde k odstranění omezení těchto případů na další kauzy. Naopak by mělo dojít k vymezení případů, kdy se veřejný zájem jako podmínka trestního stíhání v těchto případech presumuje. Mělo by dojít také k zakotvení návrhu poškozeného na zahájení trestního stíhání a úprava soukromé žaloby u vybraných skutkových podstat trestných činů, u nichž by vzhledem k jejich povaze trestní stíhání mělo být svěřeno především iniciativě poškozeného. Přičemž tato soukromá žaloba by měla zároveň sloužit jako jeden z nástrojů kontroly pravomoci státního zástupce rozhodovat o stíhání či nestíhání některých trestných činů. Co se týká nějakého z dalších prostředků kontroly státního zástupce, měla by být nově upravena i tzv. subsidiární (podpůrná) žaloba poškozeného se striktně stanoveným přezkumným oprávněním soudu, u něhož by byla podána⁸. V tomto případě se však naskýtá otázka, zda rozšiřování těchto oprávnění poškozených bude účelné a vhodné, nebo zda nedojde k případnému obchodování mezi pachatelem a poškozeným, kdy poškozený bude moci vyvíjet nátlak na pachatele, aby mu poskytl finanční prospěch apod., nepodá-li žalobu či nevezme zpět svůj návrh.

Poškozenému, který má proti obviněnému *nárok na náhradu škody* způsobené trestným činem, dává trestní řád v § 43 odst. 3 tr.ř. právo žádat, aby soud uložil obžalovanému v odsuzujícím rozsudku povinnost nahradit tuto škodu. Poškozený může tedy uplatňovat své nároky na náhradu škody přímo v trestním řízení (tzv. adhezní řízení). Subjektem adhezního řízení není tedy každý poškozený, ale pouze takový, který má podle zákona proti obžalovanému nárok na náhradu škody, a to na náhradu majetkové škody, kterou lze vyjádřit v penězích⁹. Škoda musí být způsobena trestným činem, který je stíhán v řízení před soudem. Jde-li o uplatnění nároku na náhradu

⁸ viz věcný záměr trestního řádu dostupného z <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?k=4980&o=23&j=33&d=281460> (citováno dne 24. 11. 2010).

⁹ JELÍNEK, Jiří. Trestní zákoník a trestní řád : s poznámkami a judikaturou : zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o výkonu vazby, zákon o výkonu trestu odnětí svobody, advokátní tarif. 1. vyd. podle stavu k 1. 1. 2010. Praha : Leges, 2009. 1216 s. ISBN 9788087212226

škody, přecházejí podle § 45 odst. 3 práva poškozeného i na jeho právního nástupce.¹⁰

Dle věcného záměru trestního řádu se bude navíc počítat za poškozeného i ten, komu byla způsobena morální nebo jiná škoda. V tomto případě bude mít poškozený nárok na přiměřené morální zadostiučinění. Výši nároku určí soud na základě výsledků dokazování v řízení před soudem, poškozený bude mít povinnost předložit všechny potřebné doklady odůvodňující výši jeho nároku. Oproti standardnímu výroku o náhradě škody či vydání bezdůvodného obohacení bude v případě náhrady přiměřeného morálního zadostiučinění více zdůrazněno, že nebude-li průběh řízení před soudem poskytovat pro vyslovení povinnosti k takové náhradě odpovídající podklad nebo bylo-li by pro takové rozhodnutí třeba provádět složité dokazování, soud vždy odkáže poškozeného na řízení ve věcech občanskoprávních.

Paušální částky náhrad přiměřeného morálního zadostiučinění pro účely trestního řízení by měl stanovit prováděcí předpis, který by měl v potřebné míře přihlížet k předpisům občanskoprávním.

Bude tedy otázkou, zda tento nový režim pomůže poškozeným, aby bylo o jejich nároku rozhodnuto již v adhezním řízení, nebo zda budou i přesto odkazováni do občanskoprávního řízení. Osobně se domníváme, že díky tomu, že bude více zdůrazněno přímo v textu zákona, že v případě složitosti jednání o náhradě škody budou poškození odkazováni do občanskoprávního řízení, tak toho bude více využíváno a soudci budou více odkazovat s nároky poškozených do občanskoprávního řízení.

S tímto souvisí i případná možnost *zajištění nároku poškozeného*, včetně možnosti obviněného odvrátit zajištění majetku složením peněžité jistoty, jakož i zrušení zajištění v souladu se stávající právní úpravou. V souvislosti s tím bude prodloužena lhůta dvou měsíců od právní moci rozsudku, jímž byl obžalovaný uznán vinným, nebo od právní moci usnesení, jímž byla věc postoupena jinému orgánu, jehož uplynutí je podle platné úpravy důvodem pro zrušení zajištění, a to až na jeden rok. Je totiž zřejmé, že do dvou měsíců není někdy možné zajistit výkon práva v případě, kdy obviněný svoje povinnosti k náhradě škody neplní, a tak by se mohlo stát, že byť poškozený dosáhne svého cíle a zajistí si výkon práva, tak již nebude z čeho uspokojit jeho pohledávku.¹¹

10JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

11 Poškozený totiž nemůže ani v případě, že mu nárok na náhradu škody byl přiznán, uspokojit svůj nárok přímo na zajištěném majetku prostřednictvím orgánů činných v trestním řízení, a to ani v době před zrušením zajištění. Uspokojení pravomocně přiznaného nároku na náhradu škody ze strany poškozeného je možné jen cestou výkonu rozhodnutí (srov. § 251 a násl. občanského soudního řádu). Vzhledem k tomu a s přihlédnutím k

Postavení poškozeného v trestním řízení

Poškozený je podle platného práva procesní stranou, ať má právo být subjektem adhezního řízení či nikoli. Poškozeného můžeme zařadit, vedle státního zástupce, ke stranám, které v procesu stojí na straně obžaloby. Poškozený je však stranou zcela samostatnou a nezávislou na ostatních a to i na státním žalobci (např. rozpory ohledně míry účasti poškozeného na vzniku škody, ohledně rozsahu škody, apod.).

Trestní řád přiznává každému poškozenému celkem rozsáhlá práva. A orgány činné v trestním řízení jsou povinny jej o nich poučit a poskytnout mu plnou možnost k jejich uplatnění. Poškozený neztrácí své postavení v trestním řízení jen v důsledku okolnosti, že mu již majetková škoda nebo škoda na zdraví byla uhrazena nebo proto, že o jeho nároku na náhradu škody bylo již pravomocně rozhodnuto v občanskoprávním nebo jiném řízení, anebo tehdy, pokud nemá podle předpisů hmotného práva nárok na náhradu škody. Poškozeným proto zůstává i osoba, jejíž nárok na náhradu škody byl již podle občanského zákoníku, obchodního zákoníku nebo zákoníku práce promlčen a byla uplatněna námitka promlčení.¹²

Význam postavení poškozeného je prohlouben v zákoně o soudnictví ve věcech mládeže, ve kterém je jako jedna ze základních zásad řízení stanovena „*zásada uspokojení zájmů poškozeného*“.

Poškozený je zvlášť významnou osobou v trestním řízení, které je možno zahájit pouze na návrh poškozeného. Jedná se o trestné činy vyjmenované v ustanovení § 163a tr.ř.. V těchto případech lze zahájit a v již zahájeném trestním stíhání pokračovat pouze se souhlasem poškozeného. Toto pravidlo se však nepoužije, byla-li takovým činem způsobena smrt. Souhlas s trestním stíháním může poškozený výslovným prohlášením vzít kdykoli zpět, a to až do doby, než se odvolací soud odebere k závěrečné poradě. Výslovně odepřený souhlas však nelze znovu udělit¹³.

Z dalších oprávnění poškozeného můžeme jmenovat např. oprávnění nahlížet do spisů, činit návrhy na doplnění dokazování, účastnit se hlavního líčení (právo je zabezpečeno povinností vyrozumět poškozeného o hlavním

obvyklé délce výkonu rozhodnutí o náhradě škody se jeví lhůta dvou měsíců od právní moci rozsudku, jímž byl obžalovaný uznán vinným, nebo od právní moci usnesení, jímž byla věc postoupena jinému orgánu, jež má sloužit k provedení potřebných úkonů poškozeným směřujících k uspokojení jeho nároku na náhradu škody, poměrně krátká, a proto se navrhuje její prodloužení na jeden rok. Viz věcný záměr tr.ř.

12 JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

13 KRATOCHVÍL, Vladimír. Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423

líčení při zachování nejméně lhůty tří dnů k přípravě, musí mu být doručen opis obžaloby) a veřejného zasedání konaného o odvolání a před skončením řízení se k věci vyjádřit (např. má právo na závěrečnou řeč). Mimo to může klást se souhlasem předsedy senátu vyslýchaným otázky a účastnit se tak aktivně řízení dokazovacího. Dále může poškozený podat stížnost proti usnesení o odložení věci a může kdykoli v průběhu vyšetřování žádat státního zástupce o odstranění průtahů ve vyšetřování nebo závad v postupu vyšetřovatele. Další konkrétní práva poškozeného v trestním řízení jsou upravena jednotlivými ustanoveními trestního řádu.

Poškozený však *není oprávněn* podat stížnost proti rozhodnutím ve věci, jimiž končí přípravné řízení (zejména proti rozhodnutím o zastavení trestního stíhání a o postoupení věci), jakož i celé trestní stíhání.

Jak již bylo řečeno výše, poškozené a jejich postavení a oprávnění rozlišujeme podle trestního řádu na dvě skupiny, a to na poškozené, kteří mohou v trestním řízení požadovat náhradu škody a na poškozené, kterým toto oprávnění chybí. Poškozený, kterému je dána možnost uplatnit proti obviněnému nárok na náhradu škody, jež mu byla trestným činem způsobena je oprávněn tento svůj nárok uplatnit a navrhnout, aby soud v odsuzujícím rozsudku uložil obviněnému povinnost tuto škodu nahradit. Poškozený tedy může uplatňovat náhradu škody přímo v trestním řízení, které se pro tento případ nazývá řízením adhezním.¹⁴ Mimo toto právo má navíc i právo učinit návrh na zajištění nároku na náhradu škody na majetku obviněného (§ 47 odst. 4 tr. ř.), včetně práva stížnosti proti rozhodnutí o zajištění nároku na náhradu škody. Dále může být ve vyrozumění o hlavním líčení upozorněn, že nedostaví-li se k hlavnímu líčení, bude o jeho nároku rozhodováno na podkladě jeho vlastních návrhů, jsou-li již obsaženy ve spise nebo dojdou-li soudu dříve, než se přikročí k dokazování a může i odvoláním napadnout rozsudek pro nesprávnost výroku o náhradě škody, nebo proto, že takový výrok učiněn nebyl, jakož i pro porušení ustanovení o řízení předcházejícím rozsudku, jestliže toto porušení mohlo způsobit, že výrok o náhradě škody je nesprávný nebo že chybí. Poškozený může stížností napadnout usnesení soudu, kterým byla povolena obnova řízení ve výroku o přiznaném nároku na náhradu škody a v případě že byl-li mu alespoň zčásti pravomocně přiznán nárok na náhradu škody, má právo na náhradu nákladů potřebných k účelnému uplatnění jeho nároku na náhradu škody včetně nákladů vzniklých přibráním zmocněnce, a to na odsouzeném, jemuž byla povinnost k náhradě škody uložena¹⁵.

14 KRATOCHVÍL, Vladimír. Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423

15 JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

Tyto možnosti má pouze ten poškozený, jenž žádá náhradu majetkové škody a to takové, kterou je možno vyjádřit v penězích. Návrh poškozeného na náhradu nároku škody, jež mu byla způsobena, je třeba učinit nejpozději u hlavního líčení před zahájením dokazování. Z návrhu musí být patrné, z jakých důvodů a v jaké výši se nárok na náhradu škody uplatňuje. Poškozenému, který se dožaduje nároku na náhradu škody v adhezním řízení a nárok splňuje vyžadované podmínky (je učiněn včas, vůči konkrétní osobě, osobou oprávněnou-poškozeným nebo jeho zmocněncem, zákonným zástupcem nebo opatrovníkem a je učiněn ve formě, která nevyvolává pochybnost, že poškozený uplatňuje náhradu škody a jsou-li z návrhu patrné důvody a výše uplatňovaného nároku – konkrétní částka) může soud v odsuzujícím rozsudku přiznat nárok na náhradu. Nárok na náhradu škody musí být uplatněn vůči určité osobě. Jestliže způsobí škodu více obviněných, poškozený musí nárok uplatnit ve vztahu ke každému z obviněných, a to buď na podkladě principu solidární odpovědnosti, nebo dělené odpovědnosti podle účasti na jejím způsobení, popř. podle míry zavinění.

Není-li podle výsledků dokazování pro vyslovení povinnosti k náhradě škody podklad nebo bylo-li by pro rozhodnutí o povinnosti k náhradě škody třeba provádět další dokazování, jež přesahuje potřeby trestního stíhání a podstatně by je protáhlo, odkáže soud poškozeného na řízení ve věcech občanskoprávních, popřípadě na řízení před jiným příslušným orgánem. Na řízení ve věcech občanskoprávních, popřípadě na řízení před jiným příslušným orgánem odkáže soud poškozeného také se zbytkem jeho nároku, jestliže mu nárok z jakéhokoli důvodu přizná jen zčásti¹⁶.

Závěr s náměty de lege ferenda

Jak bylo zmíněno výše, je v případě postavení poškozených v trestním řízení současná právní úprava poněkud strohá a poškozeným se dle našeho názoru nedostává tolik práv, kolik by jich měli mít. Zmíníme-li možnost *informovat se o trestním řízení*, tak jak již bylo vzpomenu, v případě podání trestního oznámení musí být výslovně uvedeno, že dotyčný chce vědět, jak to s danou věcí dopadlo. Domníváme se, že toto by mělo být v zákoně uvedeno obligatorně, pokud je znám oznamovatel. Také při samotném prvním kontaktu, zejména jedná-li se o oběti trestných činů, je třeba jim dát informace, které by je nasměrovaly správným směrem – informace o krizových centrech, azylových domech, možnosti požádat si o bezplatného právního zástupce atd.

Jedná-li se o oběti domácího násilí, nebo ty, kde bude možné vydat předběžné opatření, je nutné je o tomto opět informovat. Měla by být

16 JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240

vyzdvížena i *ochrana osobních údajů poškozených*. Je otázkou, zda již v přípravném řízení má obhájce a tím i obviněný mít možnost zjistit údaje k osobě poškozených. Samozřejmě zde bude záležet i na typu trestného činu, ale přesto některé informace uveřejněné v protokolech, ke kterým mají přístup další subjekty, mohou být zneužity.

Kromě práv poškozeného, která mu zaručuje již stávající právní úprava, by měl mít poškozený, kterému hrozí nebezpečí v souvislosti s pobytem obviněného nebo odsouzeného na svobodě, právo na informace nejen o propuštění obviněného z vazby, ze zadržení nebo odsouzeného z výkonu trestu odnětí svobody, ale též odsouzeného z výkonu ochranného léčení či zabezpečovací detence. Mělo by být zdůrazněno, že každý poškozený má *právo na ohleduplné zacházení*, je-li v trestním řízení vyslýchán jako svědek, zejména je nepřípustné o něm zveřejňovat citlivé údaje, zasahovat do jeho soukromí, nejde-li o zjišťování pohnutky jednání obviněného. Obzvláště co se týká nezletilých poškozených a poškozených, vůči nimž byly spáchány vybrané trestné činy zvláště zasahující do jejich osobnostní integrity, bude jim poskytnuta zvláštní ochrana soukromí, zejména ochrana před zveřejňováním jejich osobních údajů.

Největším problémem si v dnešní době myslíme, že je fakt, že proti některým opatřením a rozhodnutím orgánů činných v trestním řízení nemůže poškozený *podat opravný prostředek*, ať už ve formě stížnosti, odporu nebo odvolání. Jedná se zejména o možnost podat stížnost proti rozhodnutí o ukončení utajení, je-li utajovaným svědkem, podat odpor proti trestnímu příkazu, podat stížnost proti usnesení o postoupení věci a o zastavení trestního stíhání v rámci předběžného projednání obžaloby.

Nový trestní řád bude stejně jako stávající úprava zakotvovat i *právo poškozeného na bezplatné zastoupení* v případech, kdy to odůvodňují jeho majetkové poměry a poškozený v souladu se zákonem uplatnil nárok na náhradu škody nebo na vydání bezdůvodného obohacení, nepůjde-li o zcela bezvýznamný nárok. Pokud poškozený hodlá uplatňovat pouze svá další procesní práva, může tak zpravidla činit osobně. Předpokládá se, že při realizaci práva poškozeného na bezplatné zastoupení bude soud postupovat obdobně jako při ustanovení obhájce obviněnému a dojde k vytvoření seznamu advokátů vedených soudem.

V zájmu posílení pozice poškozeného v trestním řízení v míře, v jaké to přichází v úvahu s ohledem na možnosti, které v tomto směru trestní proces skýtá, navrhujeme tedy zejména zajistit poškozeným právo na opravné prostředky, které souvisí s uplatněním jejich nároků, upravit jejich postavení v trestním řízení a adhezním řízení, rozšířit jejich právo na informace a v určitých méně závažných případech mít možnost vstoupit do trestního řízení a rozhodnout o případném ukončení trestního stíhání, nebo naopak podat návrh na zahájení trestního stíhání, ovšem ne v tom směru, který se týká nároku na podání subsidiární žaloby, neboť toto by kopírovalo dle

našeho názoru možnost poškozeného domáhat se náhrady škody v občanskoprávním řízení.

Nicméně z věcného záměru trestního řádu je patrna změna v posunu přístupu zákonodárce k poškozeným, kdy jim jsou dány větší práva a prostředky, jak disponovat se svým právem a řešit konfliktní situaci s pachatelem. V podstatě se v něm objevila většina v minulosti vytýkaných nedostatků oprávnění poškozených podávat opravné prostředky a zesílit jejich právní postavení, nicméně je otázkou, jak bude vypadat konečné řešení trestního řádu nejen z pohledu poškozených, ale celkové úpravy a následné aplikace nového trestního řádu.

Literature:

- FENYK, Jaroslav. Trestní zákoník a trestní řád : průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou. Praha : Linde, 2010. 1317 s. ISBN 9788072018024
- KRATOCHVÍL, Vladimír. Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423
- JELÍNEK, Jiří. Trestní právo hmotné : obecná část, zvláštní část. 1. vyd. Praha : Leges, 2009. 895 s. ISBN 9788087212240
- JELÍNEK, Jiří. Trestní zákoník a trestní řád : s poznámkami a judikaturou : zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o výkonu vazby, zákon o výkonu trestu odnětí svobody, advokátní tarif. 1. vyd. podle stavu k 1.1.2010. Praha : Leges, 2009. 1216 s. ISBN 9788087212226
- ŠÁMAL, Pavel. Trestní řád : komentář. 6., dopl. a přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2008. 1501 s. ISBN 9788074000430
- www.justice.cz

Contact – email

Eva.Zatecka@law.muni.cz; PrepechalovaKaterina@seznam.cz

**AKTUÁLNÍ PROBLÉMY VNITŘNÍ
SPRÁVY**

***CONTEMPORARY ISSUES OF THE
INTERNAL ADMINISTRATION***

WHAT SHOULD AN IDEAL E-ADMINISTRATION MODEL COMPRISE?

MUSTAFA AVCI

University of Anadolu Faculty of Law Department of Administrative Law

Abstract in original language

Bilgisayar ve ona bağı teknojojilerin 20.yüzyılın ikinci yarısından sonra hayatın her aşamasına egemen olmaya başlaması, hukuk ve kamu yönetimi sahalarında kavram ve ilişkilerin alışlagelen formlarını zorlamaya, onları dönüştürmeye başlamıştır. Bu dönüşüm, halen devam eden bir değişimin, sosyal düzeni de derinden etkileyen bir tetikleyicisi ve vazgeçilemeyen hakim bir belirleyicisi olmuştur. Bu bağlamda, vatandaş ile idare arasındaki alışageldiğimiz klasik ilişkileri, internet ve diğer bilgi teknolojilerinin devreye girmesiyle yeni görünlümlere kavuşmaktadır. İdare hukuku alanında genellikle, e-idare (e-administration) adıyla bilinen bu yeniliklerin kullanılmasıyla, idarenin ve idari faaliyetlerin biçim değiştirdiği görülmektedir. Bu değişim, bir yandan kamu yönetimini, diğer yandan idare hukukunu derinden etkileyecek ve dönüştürecek bir başlangıcın sinyallerini vermektedir. e-İdarenin oluşumunda ve başarısında etkili faktörler; ülkenin gelişmişlik düzeyi, mali yeterliliği, altyapı düzeyi, ülke mevzuatının buna fırsat vermesi, kamuoyu desteği gibi unsurlardır. Son yıllarda yaşanan küresel kriz, e-Devlet uygulamalarına bir ivme düşüşü olarak geri dönmüştür. Yabancı literatürde başarılı bir e-Devlet için ve dolayısıyla normal olarak e-İdare için gerekenlerle ilgili tartışmalardan yararlanarak Fang'ın sıraladığı gereklilikler listesi genişletildiğinde ortaya çıkan liste, şimdilik "ideal" kabul edilebilir. E-İdarenin iyi bir şekilde uygulanabilmesi için sayılan on özellik şöylece belirtilebilir: - Anlaşılabilir ve şümillü (comprehensive) olma, - Bütünleştirilmiş (integrated) olma, - "Hazır ve nazır" (ubiquitous) olma, - Şeffaf (transparent) olma, - Kolay ulaşılabilir (accessible) olma, - Güvenli (secure) olma, - Özel (private) olma, - Yeniden tasarlama (re-engineered), - Birlikte çalışabilir (interoperable) nitelikte olma, - e-Yönetişimi dikkate alma.

Key words in original language

İdeal e-idare modeli; kişisel verilerin korunması; kamu idaresinin elektronikleşmesi.

Abstract

The dominance of computer and information technologies in the second half of the 20th century has begun to transform the conventional forms of concepts and relations in law and public administration. This transformation has become a trigger and an indispensable decisive factor of an ongoing change which has deep impacts on the social order. In this context, the conventional relations between citizens and administration have appeared in

new forms with the emergence of the Internet and other information technologies. In administrative law, this innovation, mostly referred to as e-administration, results in changes in administration and administrative activities and applications. This change gives the signals of a start that will have deep impacts on and transform both public administration and administrative law. The factors that influence the emergence and success of e-administration are the level of development, financial capability, level of infrastructure, national legislation and public support in a country. The recent global crisis has led to a decrease of acceleration in e-State applications. In international literature, Frag suggests a list of requirements for e-State and hence for e-administration. An expanded version of this list can be accepted as the “ideal” for the time being. Ten characteristics required for the good practice of e-administration are as follows: - being comprehensive - being integrated - being ubiquitous - being easily accessible - being transparent - being secure - being private - being re-engineered - being interoperable - taking e-governance into consideration.

Key words

E-administration; electronisation of public administration; protection of personal data.

1. INTRODUCTION

“Information Technologies”, as new miracles of communication technologies, provide us with incredible opportunities and facilities through such products as mobile phones, notebooks, digital cameras, MP3 players, video cameras, simple robots, projectors and so on. Just to name a few of these facilities: lecturing through teleconference systems; sending our mails in a couple of seconds rather than in a couple of weeks without paying anything; downloading a book in pdf format from the database of any library in any part of the world, or browsing and finding rapidly a term you need in a book you download; finding the related institution quickly following a simple search when you need help; paying taxes by visa cards without going to tax office or buying a product from a website in any part of the world for your friend paying by visa cards. The evolution resulting from these opportunities and facilities take us to a point that we could not have even imagined 10-15 years ago both in our private life and in public sphere.

The dominance of computer and hence information technologies in the second half of the 20th century has begun to transform and evolve the conventional forms of concepts and relations in law and public administration. This evolution has become a trigger and an indispensable decisive factor of an ongoing change which has deep impacts on the social order. The ages before and after the emergence of computer (and particularly the emergence of Internet technologies) are clearly distinguished from each other. This process has produced unexpected opportunities and differences with regard to administrative law. At this point, it is required to discuss how a digitalized world contributes to and

what it detracts from administration and administrative law. As technology and evolution are generally associated with progress, it usually requires courage to express their potential drawbacks. The fact that whether technology itself is disadvantageous can be better discussed at the end of the 21st century. Leaving this topic to other studies, this study focuses on offering “public services”, as both ideal and practical values of the administrative law, in a digital environment.

2. THE IDEAL E-ADMINISTRATION MODEL

The factors that influence the emergence and success of e-administration are the level of development, financial capability, level of infrastructure, national legislation and public support in a country. The recent global crisis has led to a decrease of acceleration in e-State applications. The OECD Information Technology Outlook 2008 published in 2009 sets as follows the priorities to be followed in information and communication technology policies: the State itself as the leading force with regard to e-government, wideband information and communication technologies, research and development programs, educational support, wider use of information and communication technologies in business, wider use of technology among people and in houses, importance of industry-based and on-the-job training, general development of digital contents, revision of information processes and contents in public sector, and support for discoveries related with information and communication technologies. These priorities envisaged for the years following 2008 are required for a more advanced e-government system and for the development of current models. However, before this, it should not be disregarded that there are some minimal conditions which determine the success of an e-administration and which also represent ideal requirements. These conditions can be regarded as a list of requirements.

In international literature, Fang suggests a list of requirements for e-State and hence for e-administration. An expanded version of this list can be accepted as the “ideal” for the time being. Ten characteristics required for the good practice of e-administration are as follows:

Comprehensive: E-administration should have a comprehensive and far-reaching content to the extent possible.

Integrated: Establishing an integrated system helps prevent entering the same information more than once, and thus helps save money and time. In this respect, it is required to enable coordination between projects and investments, to operate the current information infrastructure more efficiently and harmoniously in view of goals, and to avoid repetitions in the operation of systems.

Ubiquitous: With a system that is everywhere at any time, the e-State portal should be accessible any time through any internet connection.

Transparent: The system should be user-friendly. It should be designed in a way to allow even the most inexperienced computer users to access the information they need easily.

Easily accessible: The system should be accessible by anyone. E-administration services should be designed in consideration of disabled people. It is important that visually-impaired, hearing-impaired and other physically-handicapped citizens also have online access to services. If this opportunity is not provided, any official website will fail its attempt to reach as many people as possible, and the system itself will be in a “handicapped” position.

Secure: E-administration systems have to ensure the security of information provided to beneficiaries of public services. It is important to secure the content of information stored in the system and to guarantee the security of administrative proceedings. As mentioned in many resources, for a secure communication, the internet system should be based on confidentiality, integration, identity authentication and non-repudiation.

Private: The proceedings of beneficiaries and the contents of these proceedings should be protected efficiently, and should never be revealed.

Re-engineered: It is not sufficient just to copy electronically administrative processes and procedures. It is required to revise the whole mission and to construct a digital structure.

Interoperable: An efficient e-government website comprises units from each level in the hierarchy of the State and particularly other up-to-date e-administration websites related with their needs. The success of an e-administration system depends on interoperability of simultaneous functioning of systems that meet certain standards. From the technical perspective, the achievement of an ideal e-administration depends on the efficient functioning of interoperable information and communication systems.

Taking e-governance into consideration: E-administration should lead to e-governance. With e-governance systems, it is possible to implement democratic procedures and policies that construct an e-society. In this respect, such a design is the main means of not only administration but also collective and democratic decision-making process and community participation.

The coexistence of the abovementioned requirements lead to the establishment of an ideal e-administration system. This list shows that details are required for not only the establishment but also the functioning of

the system. It is also seen that continuous and serious efforts are needed to ensure the functioning of this system.

3. CONCLUSION

The achievements of information and communication technologies in the field of e-commerce in private sector have been an encouraging force for using these innovations in public sector. In the last decade, the global use of information and communication technologies in public sector resulted in new, unexpected and unconventional applications and styles in administrative and other official procedures. The administrative law, as an independent and active domain of public law, received its share from this development. At this point, our first theoretical suggestion is that it is required to revise and sometimes even reinterpret the administration, administrative organization, public service, public personnel and other administrative concepts. Given that information and communication technologies will have profound effects on the administration, the administrative law of future should be redesigned. The current public administration discipline and many chapters of the classical doctrine of public law should be either reconstructed or reinforced with patches. If we interpret the last decade correctly and e-administration applications continue with the same acceleration, prevalence and success, the use of these new technologies by the administration in public services will not only bring about new types of administrative conflicts but will also completely change the administration itself as well as the administrative law.

Literature:

- CHATILLON, Georges. “Liability and e-Government: a Concept Revisited”, Conseil D’Etat-Universite Paris-I, Colloque International L’Administration Electronique Au Service Des Citoyens, 21-22 Janvier 2002, Senat, http://dcss-droit-internet.univ-paris1.fr/bibliotheque/article.php3? Id_article=277, E.T. 04.09.2009.
- FANG, Zhiyvan. “E-Government in Digital Era: Concept, Practice, and Development”, International Journal of The Computer, The Internet and Management, C.10, S.2, 2002.
- OĞURLU, Yücel. ‘İdare Hukuku Çerçevesinde e-Devlet’, XI.Türkiye’de İnternet Konferansı, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, 21-23 Aralık, 2006, inet-tr.org.tr/inetconf11/bildiri/70.doc, E.T. 13.12.2007.

- OĞURLU, Yücel. ‘e-Government Applications and it’s Effects on Public Service in Turkey’, 7th European Conference on e-Government (ECEG 2007), 20-25 June 2007, Haagse Hogeschool, The Haque (Lahey).
- OĞURLU, Yücel. “İdare Hukukunda ‘e-Devlet’ Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti” 12 Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Şubat 2010.
- RISZTICS, Peter. “Electronic Government and Public Administration in Hungary”, Proceeding of the 38th Hawaii International Conference on System Sciences, Hawaii, 2005.
- SAGA, Standards and Architectures for e-Government Applications, Federal Ministry of The Interior, Berlin, February, 2003.

Contact – email

mavci4@anadolu.edu.tr

SOME REMARKS ON THE RELATIONSHIP OF RIGHT OF PERMANENT RESIDENCE AND POSSIBLE MANIPULATIONS OF THE ELECTIONS TO LOCAL COUNCILS

VLASTIMIL GÖTTINGER

Faculty of Law, Masaryk university, Department of Administrative Law

Abstract in original language

Cílem příspěvku je zamyslet se nad velmi aktuálním tématem, kterým je selektivní a masové přihlašování občanů k trvalému pobytu do obce s cílem změnit rozložení voličských sil v obecních volbách. Jelikož se v současnosti jedná o otázku pendující před příslušnými orgány ochrany regulérnosti voleb, bude se jednat spíše o obecná východiska a úvahy de lege ferenda. Příspěvek nebude zaměřen jen na vztah k vnitřní správě, ale klade si za cíl nastínit i ústavněprávní kritéria tohoto problému.

Key words in original language

Volby; manipulace; obec; trvalý pobyt.

Abstract

The paper aims to examine the very topical issue, which is a selective and massive registration of citizens for permanent residence in the municipality in order to change the distribution of electoral power in local elections. Since today is a question pending before the competent authorities of protecting the fairness of elections, it will be rather general assumptions and considerations de lege ferenda. The paper will not be focused only towards the administration of interior, but it aims to outline the constitutional criteria of the problem at the same time.

Key words

Elections; manipulation; municipality; permanent residence.

1. ÚVODEM

Není tomu dlouho, co médií prolétly alarmující zprávy o možném ovlivnění voleb do obecních zastupitelstev. Nejednalo se však o tradiční volební podvody, krádeže volebních lístků ani pozměňování kandidátek, nýbrž o ovlivnění toho nejpevnějšího pilíře zastupitelské demokracie – voličů

samotných. Média dokumentovala případy¹, kdy se v menších obcích začaly hromadně registrovat k trvalému pobytu větší skupiny osob, přičemž v době před nadcházejícími volbami tento krok vyvolal podezření, že se jedná o manipulaci s elektorátem. Mým cílem není posoudit, zda k ovlivnění výsledku voleb skutečně došlo, ale představit konsonanci jednotlivých institutů práva volebního a správního, jež vztah trvalého pobytu a voleb provázejí a podmiňují.

2. OBČAN A JEHO TRVALÝ POBYT

Trvalý pobyt, nebo spíše jeho pojem, má v podmínkách našich zemí dlouhou tradici. Nešlo přirozeně o význam statistický a primárně demografický, jak je tomu dnes, ale o nástroj vládnoucích struktur, jak zefektivnit výběr daní či vojenskou službu. Prvním institucionalizovaným sčítáním obyvatel je proto konskripce provedená na popud Marie Terezie v roce 1754, jež měla od roku 1770 pravidelnou periodu spojenou s evidencí budov a jejich očíslováním. Ve sčítání obyvatelstva pak pokračovaly i všechny další režimy působící na našem území².

Sčítání lidu by bez institutu trvalého pobytu bylo jen obtížně představitelné. Základní právní úpravu nám v současnosti podává zákon č. 133/2000 Sb. o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů, účinný od 1. července 2000. Trvalý pobyt pak definuje jeho ustanovení § 10 odst. 1 takto:

„Místem trvalého pobytu se rozumí adresa pobytu občana v České republice, kterou si občan zvolí zpravidla v místě, kde má rodinu, rodiče, byt nebo zaměstnání. Občan může mít jen jedno místo trvalého pobytu, ...“.

Místo trvalého pobytu však není navázáno na obec či region, ale na konkrétní objekt, který je, jak pokračuje § 10 odst. 1, „podle zvláštního právního předpisu označen číslem popisným nebo evidenčním, popřípadě orientačním číslem a který je podle zvláštního právního předpisu určen pro bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci (dále jen „objekt“)“.

¹ Srov. např. <http://volby.ihned.cz/c1-47140850-triky-prospecharu-michaji-vysledky-voleb-staci-narychlo-zmenit-trvaly-pobyt> nebo Lidé z Bublavy podrželi starostu proti nově nahlášeným voličům http://ib.ctk.cz/infobanka/img/logo_black.gif

² 15. února 1921 se konalo první sčítání lidu Republiky československé, realizované na základě zvláštního zákona (zákon č. 256/1920 Sbírky zákonů a nařízení, o sčítání lidu). Následovalo další sčítání lidu v roce 1930 (podle dalšího zvláštního zákona č. 47/1927 Sbírky zákonů a nařízení, o sčítání lidu.). Další sčítání pak proběhla i v letech 1950, 1961, 1970, 1981, 1991, 2001 a v březnu 2011 nás čeká další.

Provedeme-li na tomto místě malé srovnání s předcházející právní úpravou³, pak si uvědomíme několik stěžejních změn v přístupu státní moci. Jednak je rozšířena svobodná vůle občana, který si může zvolit místo trvalého pobytu dle svého uvážení a také došlo k oproštění občana od povinnosti hlásit úřadům svůj přechodný pobyt.

Co je pro téma mého příspěvku klíčové, je však skutečnost, že s pojmem a východisky právní úpravy trvalého pobytu spojuje český právní řád desítky povinností a subjektivních práv. Samotné právo volby místa trvalého pobytu lze chápat jako veřejné subjektivní právo, jemuž z vlastní povahy tohoto pojmu⁴ koresponduje dvojí povinnost:

- Respektovat toto právo ze strany třetích osob⁵, typicky pronajímatelů a dalších osob, kterým přestaly pro evidenci místa trvalého pobytu svědčit zákonné podmínky anebo jim naopak i přes tuto novou právní skutečnost stále svědčí; a
- chránit toto veřejné subjektivní právo ze strany orgánů veřejné moci, a to nejen před intruzí ze strany třetích osob, ale i před zásahy státu samotného⁶.

V charakteristice samotného místa trvalého pobytu rozhodně neplatí dřívější premisa, že k takovému místu musí mít občan vztah. Volnost mezi výběrem místa a jeho afinitou k osobě, zaměstnání či rodinným vztahům občana demonstruje slovo „zejména“ uvedené v § 10 odst. 1, jenž relativizuje všechny zde uvedené aspekty výběru místa. Pokud tedy občan prokáže uživatelský právní titul k objektu, který je způsobilý k bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci⁷, pak zde není dán žádný prostor pro správní uvážení, jestli takový objekt je či není vhodný.

³ Srov. zákon č. 135/1982 Sb., o hlášení a evidenci pobytu občanů, ve znění pozdějších předpisů

⁴ Pomahač, R. in Průcha, P., Pomahač, R.: Lexikon Správní právo, Sagit, Ostrava, 202, str. 515

⁵ K tomu srovnej např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. července 2007, sp. zn. 2 As 24/2007-41,

⁶ A to prostředky správního soudnictví dle § 65 a násl. Soudního řádu správního, nebo postupem podle čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy před Ústavním soudem.

⁷ Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů

Byť Nejvyšší správní soud zastává extenzivnější výklad⁸, domnívám se, že místo trvalého pobytu je de facto pouze úřední adresou občana a tento nemusí dokladovat svůj zájem v tomto místě bydlet, pracovat a v absurdní pozici ani pobývat. Nezdržuje-li se na tomto místě, případně nepřebírá listiny či obsílky, nastoupí důsledky působící k jeho tíži, především pak náhradní doručení podle § 24 Správního řádu.

Z pouhé skutečnosti přihlášení se k trvalému pobytu se nemohou konstituovat žádná práva k objektu, v němž je občan k trvalému pobytu přihlášen, tím méně pak k majiteli objektu. Uživací právo je totiž předmětem specifického právního vztahu, který je institutu trvalého pobytu nadřazen a jehož účinky nejsou pro vznik a evidenci trvalého pobytu konstitutivní.

Trvalý pobyt občanů České republiky⁹ evidují ohlašovny, které splývají s obecními úřady a ve statutárně členěných městech a v Praze jsou jimi úřady městských částí. Ohlašovny evidují vznik, změnu i zánik místa trvalého pobytu a jsou současně správními orgány, které vedou správní řízení ve věci rušení trvalého pobytu. Zrušení trvalého pobytu je jediným správním řízením, které lze ve věcech souvisejících s evidencí trvalého pobytu vést. V ostatních případech se totiž nejedná o rozhodování o právech a povinnostech subjektu, ale toliko o administrativní a evidenční úkony. Zákon ve svém ustanovení § 12 upravuje tři situace, kdy ohlašovna může rozhodnout o zrušení údaje o místě trvalého pobytu:

Na základě jednání male fidei v předcházející evidenci (zápis byl proveden podle pozměněných, neplatných nebo padělaných dokladů nebo nepravdivě nebo nesprávně uvedených skutečností)

Na základě objektivních důvodů (objekt, v němž je místo trvalého pobytu, zanikl anebo se stal pro účely bydlení nezpůsobilým). Zde je potřebné upozornit na nedokonalou formální úpravu, neboť zatímco § 10 odst. 1 zákona hovoří o objektech „pro bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci“, § 12 tento výčet nereflexuje a redukuje uživatelskou utilitaritu na užší

⁸ „Znamená to, že místo trvalého pobytu nelze zaměňovat s jakýmkoliv jiným místem pobytu a evidování tohoto místa má vliv na práva a povinnosti subjektu. Tato práva a povinnosti nevyplývají přímo ze zákona o evidenci obyvatel, ale z jiných zákonů, a jejich existence vylučuje, aby zaevidování, nezaevidování, či zrušení místa trvalého pobytu mělo skutečně pouze evidenční účinky“, uvedl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ve svém usnesení č. j. 2 As 64/2005-108 ze dne 6. února 2007

⁹ Chtěl bych upozornit na skutečnost, že místo trvalého pobytu se vztahuje výlučně na občany, neboť cizinci místo trvalého pobytu nemají. Trvalý pobyt cizince je odlišnou právní kategorií, která se neřídí zákonem o evidenci obyvatel, ale zákonem č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

pojem „bydlení“. V praxi však, domnívám se, lze tuto nedokonalost překlenout teleologickým výkladem.

Na základě ukončení konstituujícího právního vztahu (zánik užívacího práva). Řízení podle posledního bodu není vedeno *ex officio*, ale na návrh oprávněné osoby, kterou bude nejčastěji vlastník objektu nebo ten, jemuž svědčí exkluzivita v užívání objektu.

Institut trvalého pobytu nelze současně podřadit do vágního právního pojmu bydliště. Velmi výstižně se k tomuto vyjádřil Vít Zvánovec na konferenci o Trvalém pobytu, kterou v roce 2007 zorganizoval Veřejný ochránce práv¹⁰: „Pojem bydliště je tradiční institut, který bohužel v našem právním řádu přetrvává už jenom v občanském soudním řádu, ve správním řízení byl nahrazen pojmem trvalý pobyt. ... Bydliště má ten, kdo má „*animus domicilandi*“ a „*corpus domicilandi*“. *Animus* znamená, že má úmysl se někde trvale zdržovat, a *corpus*, že tam skutečně pobývá. Tedy tyto dva znaky jsou definicí bydliště, čímž se řeší nekonečné spory o to, jestli u trvalého pobytu musí se člověk zdržovat, nebo stačí, když se jen nahlásí.“.

3. VOLBY DO ZASTUPITELSTEV OBCÍ

S ohledem na problematiku našeho zkoumání musím zahájit konstatováním, že prolínání vztahu trvalého pobytu a voleb do obecních zastupitelstev je v kontextu našeho právního řádu poměrně skoupé. Právní regulaci voleb do zastupitelstev obcí nese zákon č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „volební zákon“), avšak ještě před jeho rozbor si dovoluji malý obecný exkurs.

Obec je v našich podmínkách základním územním samosprávným společenstvím, které se navenek profiluje ve formě veřejnoprávní korporace, s právem vlastnit a spravovat majetek, vlastním jménem vystupovat v právních vztazích a nese odpovědnost za své konání. Obec pečuje o všestranný rozvoj svého území a o potřeby svých občanů a při plnění úkolů svěřených jí zákonem dbá současně i na ochranu veřejného zájmu.

Obec, jakožto subjekt a měřítko místní samosprávy, vychází z prolínání čtyř aspektů,¹¹

¹⁰ Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv, str. 33, dostupné na adrese http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Publikace/Trvaly_pobyt_konference.doc#_Toc188932507

¹¹ Srov. v podrobnostech - Kadečka, S.: *Obecní zřízení v České republice*, in *Obce 2006 - 2007*, Praha, ASPI, 2006, str. 6.

- Osobního, kterým jsou občané obce
- Územního, který determinuje území, na němž obec může realizovat svoji působnost
- Mocenského, který tvoří suma pravomocí k výkonu její působnosti; a konečně
- Ekonomického, který jí umožňuje samostatně hospodařit.

Pro nás je klíčový první aspekt – osobní.

V podmínkách nastavených § 16 zákona o obcích je občanem obce fyzická osoba, která je současně státním občanem České republiky a je v obci hlášena k trvalému pobytu. Problematiku státního občanství pomineme s odkazem na zákon č. 40/1993 Sb., o nabývání a pozbývání státního občanství České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a věnujme pozornost obsahu občanství obce jako takovému. Toto občanství nesouvisí s věkem (nevzniká dosažením konkrétního věku), ale výkon některých práv je na věk navázán, což se typicky týká podílu na samosprávě obce ve formě se na „správě veřejných věcí přímo nebo svobodnou volbou svých zástupců“¹². Proto má občan obce, který dosáhl věku 18 let, právo volit a být volen do zastupitelstva obce anebo hlasovat v místním referendu¹³.

Občanem obce však není ten, kdo dosáhl věku 18 let a vlastní na území obce nemovitost, byť mu některé ze shora uvedených práv mohou svědčit už jen z prostého faktu, že k obci mají právní vztah. To se částečně týká i cizinců, kteří splňují podmínku věku, trvalého pobytu dle cizineckého zákona a stanoví-li tak mezinárodní smlouva. Cizincům jsou však uzavřeny posty starosty a místostarosty obce, jež obsazení je podmíněno státním občanstvím České republiky. Čestným občanům obce¹⁴ přirozeně právo podílet se na výkonu místní samosprávy nepřísluší, pakliže jim současně nesvědčí i podmínka občanství obce.

Pojďme však zpět k volbám do obecních zastupitelstev.

Volby do zastupitelstev obcí se konají na základě všeobecného, rovného a přímého volebního práva tajným hlasováním podle zásad poměrného

¹² čl. 21 odst. 1 Listiny základních práv a svobod

¹³ § 16 odst. 2 zákona o obcích

¹⁴ Čestné občanství může podle ustanovení § 36 odst. 1 zákona o obcích udělit obec fyzickým osobám, které se významnou měrou zasloužily zejména o rozvoj obce, a to bez ohledu na státní příslušnost.

zastoupení. Volební zákon pro aktivní volební právo stanovuje ve svém § 4 odst. 1 následující podmínky:

- Dosažení věku 18 let věku alespoň v druhý den voleb; a
- Přihlášení k trvalému pobytu v obci, do jejíhož zastupitelstva volí, alespoň v den voleb.

Tento status positivus je redukován druhým odstavcem, v němž jsou naopak stanoveny překážky výkonu volebního práva:

- zákonem stanovené omezení osobní svobody z důvodu výkonu trestu odnětí svobody,
- zbavení způsobilosti k právním úkonům,
- zákonem stanovené omezení osobní svobody z důvodu ochrany zdraví lidu, nebo

výkon vojenské základní nebo náhradní služby, vyžaduje-li to plnění povinností z této služby vyplývajících, nebo služba vojáka z povolání v zahraničí.

K druhému bodu přispěl v červenci tohoto roku Ústavní soud svým nálezem sp. zn. IV. ÚS 3102/08, v němž podepřel procesní postavení osob zbavených způsobilosti k právním úkonům s tím, že: „Samotné zakotvení překážky výkonu volebního práva pro osoby zbavené způsobilosti k právním úkonům není protiústavní; obecné soudy totiž mohou (a musí) v rámci řízení o zbavení způsobilosti k právním úkonům postupovat ústavně konformně a věnovat mimořádnou pozornost i otázkám dopadů jejich rozhodnutí do veřejných subjektivních práv dotčených osob.“¹⁵

Na pozadí zákonného vymezení je zřetelně vidět, že přihlášení k trvalému pobytu v obci alespoň v den voleb je zásadní podmínkou pro vznik aktivního volebního práva. Trvalý pobyt, jakožto podmínka pro volební účast, je aplikován i u voleb zastupitelstev krajů, zde však nehrozí potenciální problém ovlivnění volebních výsledků.

Územní samosprávné celky jsou dle Ústavy¹⁶ územním společenstvím občanů s právem na samosprávu, a možnost občanů obce zvolit si své

¹⁵ Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 3102/08 ze dne 12. července 2010, soudcem zpravodajem byl Miloslav Výborný. Ústavní soud se zde mj. opřel i judikaturu ESLP s odvoláním na rozsudek ESLP ze dne 20. 5. 2010, Kiss proti Maďarsku, č. 38832/06, § 16

¹⁶ Čl. 100 odst. 1 Ústavy

zástupce je tak přirozeným odrazem tohoto práva a funguje dvěma směry. Tím prvním je kondicionál, že občané obcí nemohou účastí ve volbách ovlivnit jiné zastupitelstvo, nežli své vlastní (zde dochází k exkluzi elektorátu) a naopak občané obce mají výsadní právo určit si své zastupitele bez vlivu dalších osob stojících mimo občanství obce (chápáno jako výlučnost elektorátu). Neexistuje totiž jiný, formálně a administrativně efektivní způsob, jak definovat vztah občana a obce.

Soudy se zatím zabývaly spíše opačným koncem skládky, tedy zda se může občan, jenž změnil obec s trvalým pobytem, účastnit politického života původní obce jako zastupitel. Ústavní soud dospěl k jednoznačnému závěru¹⁷, že samotná skutečnost, že občan v obci bydlí, neumožňuje automaticky výkon politických práv, neboť tato jsou spojena s trvalým pobytem ve formálním smyslu.

4. ÚVAHA ZÁVĚREČNÁ

Přihlášení se k trvalému pobytu má administrativní a evidenční charakter. Skutečnost, že s ním zákonodárce spojil aktivní legitimaci k volbám do obecních zastupitelstev, tuto charakteristiku nemění.

Aby však nezůstalo jen u tohoto tvrzení, podívejme se – poněkud spekulativně – i na optiku, jíž by věc mohl posuzovat volební soud. Nejvyšší správní soud zformulovat jistý „algoritmus přezkumu volebních stížností“¹⁸, jež se realizuje ve třech krocích¹⁹:

1. Přezkum protizákonnosti. Volební soud zde přezkoumá, zda byla porušena ustanovení volebního nebo jiného zákona, pokud se tento váže k volebnímu procesu a zda takové porušení dosahuje ústavní intenzity (tedy ochrany politických a dalších základních práv či postulatů ochrany demokratického právního státu či ústavnosti obecně)
2. Existence přímého vztahu mezi zjištěnou protizákonností a výsledkem voleb. Zde nastává okamžik pro testování proporcionality, tedy zda zjištěné porušení zákona má souvislost s výsledkem voleb.
3. Intenzita protizákonnosti musí volební výsledek zpochybnit. Intenzita porušení zákona musí v daném případě dosáhnout takového stupně, aby

¹⁷ Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. IV. ÚS 420/2000 ze dne 10. října 2000 konstatoval, že : „*Je-li zákonem podmínka trvalého pobytu stanovena jako condicio sine qua non volitelnosti do orgánu obce, nutno s ní jako s takovou ze strany zastupitelů zacházet; nelze být občanem jedné obce pro jednu oblast veřejného práva (např. daňového) a občanem obce druhé pro jinou oblast veřejného práva.*“

¹⁸ Srov. Usnesení NSS ze dne 2. července 2004, sp. zn. Vol 6/2004

¹⁹ Molek, P., Šimíček, V.: Soudní přezkum voleb, Linde, Praha, 2006, str. 225 a násl.

se bylo možné domnívat, že bez porušení zákona by dopadly volby odlišným způsobem.

Bude-li podle tohoto algoritmu postupovat volební soud, pak pravděpodobně zjistí, že argument o účelovosti přihlášení se k trvalému pobytu nemá normativní relevanci; jinými slovy – občané, byť čerstvě přihlášení - byli občany svých obcí a jako takoví měli právo hlasovat v obecních volbách a zvolit si své zastupitele. Volební soud by proto neměl překročit ani první bod algoritmu a nemohl by tak volební stížnosti vyhovět²⁰.

Pokud bychom situaci nahlíželi optikou těch, kteří se účastí „nových“ občanů cítí být zkráceni na svých právech, můžeme postupovat v jejich argumentaci ad absurdum. Jednak jejich důkazní břemeno bude obtížně unesitelné, ale pokud bychom přijali tvrzení toho, že ten, kdo se před volbami přihlásil k trvalému pobytu v malé obci, na nestandardní adrese a bez předchozího vztahu k obecní komunitě, nemůže vykonávat své základní politické právo, pak musíme pokračovat ještě dál a uvažovat i o tom, zda na volebním právu neomezit ty občany obce, kteří k obci nemají kladný vztah, neúčastní se veřejného obecního života, v obci pravidelně nepobývají anebo mají jiný etický hendikep. Přezkum těchto parametrů, ležících za hranicí zákona, však není v reálném světě proveditelný.

Položme si konečně i otázku, zda v tomto případě nestojí takto interpretované principy volebního práva v ostré opozici vůči základním právům voliče a občana obce? Zda by se vlastně nejednalo o ostrakizaci nepohodlných a vytěsňování určité části politického spektra obce? Je pravděpodobné, že ano. Chtěl bych tak svůj skromný příspěvek zakončit tím, že institut trvalého pobytu možná není ideálním kritériem pro určení vztahu občana k jeho obci, ale obávám se, že lepším nedisponujeme.

Literature:

- Průcha, P., Pomahač, R.: Lexikon Správní právo, Sagit, Ostrava, 2002, str. 681, ISBN 80-7208-314-7
- Autorský kolektiv, Meritum Obce 2008-2009, Aspi Wolters Kluwer a.s. 2008, ISBN 978-80-7357-331-7

²⁰ V době zpracovávání tohoto příspěvku nebylo o osudech volebních stížností rozhodnuto. Autor není s probíhajícími řízeními seznámen a ani jejich výsledek nepředjímá. Nastíněné úvahy jsou proto jen teoretické a vyjadřují osobní právní názor autora.

- Wagnerová Gronwaldtová Petra, Morávková Jitka, Statusové věci občanů, Aspi Wolters Kluwer 2009, ISBN 978-80-7357-447-5
- Podhrázký, M.: Přehled judikatury ve věcech voleb, referend a politických stran. ASPI, a.s., Praha, 2008, str. 392, ISBN 978-80-7357-291-4
- Molek, P., Šimíček, V.: Soudní přezkum voleb, Linde, Praha, 2006, str. 331, ISBN 80-7201-639-3
- Skulová, S., Průcha, P., Havlan, P., Kadečka, S.: Správní právo procesní. Praha, Eurolex bohemia, 2005, ISBN: 80-86861-53-8
- Filip, J.: Ústavní právo ČR, Základní pojmy a instituty, 4. opravené a doplněné vydání, Doplněk Brno, 2003, 556 str., ISBN:80-7239-151-8

Contact – email

vlastimil.gottinger@usoud.cz

NĚKTERÉ OTÁZKY TÝKAJÍCÍ SE MÍSTA TRVALÉHO POBYTU

LENKA HANÁKOVÁ

Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, Fakulta managementu a ekonomiky,
Ústav regionálního rozvoje, veřejné správy a práva, Česká republika

Abstract in original language

V příspěvku se autor zabývá institutem „místa trvalého pobytu“, který je upraven v zákoně č. 130/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění pozdějších předpisů. Tato problematika je upravena v uvedeném zákoně stručně v ustanoveních §§ 10 – 12. Jak ale ukazuje rozhodovací činnost Nejvyššího správního soudu (NSS), není vždy v praxi zcela jasné, jak některá ustanovení správně interpretovat a aplikovat. V příspěvku se autor zaměřuje na vybraná rozhodnutí NSS.

Key words in original language

Místo trvalého pobytu, zrušení údaje o místu trvalého pobytu, užívací právo občana k objektu, ohlašovna, veřejné subjektivní právo.

Abstract

In this paper the author deals with the institute of „permanent residence“, which is regulated by Act No. 130/2000 Coll, The Register of Population and Birth Numbers and amending some laws (the Register of the population), as amended. This issue is governed by the above-mentioned law briefly in the provisions of §§ 10 to 12. However, as the decisions of the Supreme Administrative Court (SAC) show, in practise it is not always clear, how to interpret and apply certain provisions correctly. In this paper the author focuses on selected decisions of SAC.

Key words

Place of permanent residence, cancellation of data of place of permanent residence, use the citizen's right to object, Registration Office, public subjective right.

1. ÚVOD

Protokol č. 4 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod ve svém čl. 2 říká, že „každý, kdo se právoplatně zdržuje na území některého státu, má na tomto území právo svobody pohybu a svobody zvolit si místo pobytu“. Ve stejném článku v odstavci 3 je pak doplněno, že „žádná omezení nemohou být uvalena na výkon těchto práv kromě těch, která stanoví zákon a jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu národní

bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, udržení veřejného pořádku, předcházení zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných“.

Článek 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod říká, že „*kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak“.*

Problematika týkající se právního institutu „místa trvalého pobytu“ je v České republice upravena v zákoně č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Zákon“).

Podle ustanovení § 10 odst. 1 Zákona se rozumí „místem trvalého pobytu“ adresa pobytu občana v České republice, která je vedena v registru obyvatel ve formě referenční vazby (kódu adresního místa) na referenční údaj o adrese v základním registru územní identifikace, adres a nemovitostí, kterou si občan zvolí zpravidla v místě, kde má rodinu, rodiče, byt nebo zaměstnání. Je zde tedy vyjádřen určitý obecný předpoklad, že evidenční údaj o místu trvalého pobytu se bude shodovat s místem faktického pobytu občana.

Zákon zároveň říká, že každý občan může mít pouze jedno místo trvalého pobytu, a to v objektu, který je podle zvláštního právního předpisu označen číslem popisným nebo evidenčním, popř. orientačním a který je určen pro bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci (dále jen „objekt“).

Místo trvalého pobytu má pro občana velký význam především proto, že s tímto právním institutem pracuje celá řada dalších právních předpisů a jsou s ním spjata mnohá práva a povinnosti, z práv jmenujme např. právo volební, výkon mandátu v obecních zastupitelstvech, možnost parkování v tzv. zónách placeného stání, z povinností pak úhradu poplatku za svoz a likvidaci odpadu, atd.

V praxi není neobvyklé, že místo trvalého pobytu není totožné s místem skutečného reálného pobytu občana. Logické by tedy zcela jistě bylo, aby práva a povinnosti byly vázány na skutečné reálné bydliště (tj. faktický pobyt občana), nikoli na mnohdy pouze formální a nefunkční místo trvalého pobytu. Jak již bylo zmíněno, existují zákony, které s tímto právním institutem počítají a váží na něj vznik práv a povinností. Proto např. nevyhovění žádosti o zapsání trvalého pobytu nebo skutečnost zrušení údaje o místu trvalého pobytu má dopad na občana právě v tomto ohledu. V případě vydání rozhodnutí o nezaevidování zvoleného místa trvalého pobytu, popř. zrušení údaje o místu trvalého pobytu, jenž by bylo v rozporu se Zákonem, má takové rozhodnutí zcela jistě dopad na celou řadu již zmíněných práv, popř. povinností.

2. ROZSUDEK NSS Č. J. 6 AS 33/2003 – 81 A ROZSUDEK NSS Č. J. 2 AS 64/2005 - 108

Původně Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) judikoval ve svém rozsudku č. j. 6 As 33/2003 – 81 ze dne 23. 2. 2005, že rozhodnutím ohlašovny o zrušení údaje o místě trvalého pobytu (§ 12 odst. 1 Zákona) se nezakládají, nemění, neruší ani závazně neurčují práva a povinnosti; takové rozhodnutí je vyloučeno ze soudního přezkumu podle § 70 písm. a) s. ř. s. a žaloba podaná proti takovému rozhodnutí je nepřipustná [§ 68 písm. e) s. ř. s.].

Zcela opačné a klíčové je proto rozhodnutí rozšířeného senátu NSS č.j. 2 AS 64/2005 -108 ze dne 6. 2. 2007. V tomto rozhodnutí bylo konstatováno, že *„právo na zvolení místa trvalého pobytu podle § 10 zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel, je veřejným subjektivním právem, proti jehož porušení rozhodnutím správního orgánu se může občan dovolat ochrany postupem podle § 65 a násl. s. ř. s. před správním soudem. Nedílnou součástí práva na zvolení místa trvalého pobytu je také právo na to, aby na zvolené adrese místa trvalého pobytu nebyly evidovány osoby, které pro to nesplňují nebo přestaly splňovat zákonné podmínky“*.

Jak je uvedeno v odůvodnění tohoto usnesení, *„soud zde mj. poskytuje ochranu veřejným subjektivním právům fyzických a právnických osob (§ 2 s. ř. s.), tedy právům plynoucím z předpisů veřejného práva. Existence takového práva je pak předpokladem soudního přezkumu. Úkon, který soud k návrhu zkoumá, musí zakládat, měnit, rušit nebo závazně určovat práva a povinnosti – jen v tom případě se jedná o rozhodnutí přezkoumání podléhající (§ 65 odst. 1 s. ř. s.). Není tedy podstatná forma úkonu, ale jeho způsobilost dotčení veřejného subjektivního práva. Proto také ustanovení § 70 písm. a) s. ř. s. vylučuje ze soudního přezkoumání úkony, které svou povahou rozhodnutími nejsou přesto, že jeho formu mají“*.

Soud rovněž konstatuje, že *„ze skutečnosti, že ustanovení § 10 odst. 2 zákona o evidenci obyvatel vylučuje, aby s přihlášením k pobytu byla spojena vlastnická či jiná práva k objektu, nelze dovozovat, že přihlášení k pobytu, nezaevidování změny nebo zrušení místa trvalého pobytu nemůže do práv subjektu nijak zasáhnout. Znamená to pouze, že rozhodnutí ohlašovny nemá soukromoprávní důsledky a že se nikdo pouze na základě zaevidování, nezaevidování či zrušení údaje o místě trvalého pobytu nemůže domáhat vydání objektu bydlení, užívacího práva v něm, či naopak jeho vyklizení. Neznamená to však, že údaj o místě trvalého pobytu má význam pouze evidenční“*.

Jak NSS uvádí, je s tím, kde je evidováno místo trvalého pobytu určité osoby, spojena řada důsledků jak pro tuto osobu, tak i případně pro vlastníka objektu, v němž je místo trvalého pobytu evidováno. Jinými slovy to znamená skutečnost, že místo trvalého pobytu nelze zaměňovat s jakýmkoliv jiným místem pobytu a evidování tohoto místa má vliv na práva

a povinnosti subjektu, přičemž tato práva a povinnosti nevyplývají přímo ze Zákona, ale z jiných zákonů. NSS dále uvádí, že *„jejich existence (myšleno existence jiných zákonů než zákona o evidenci obyvatel) vylučuje, aby zaevidování, nezaevidování, či zrušení místa trvalého pobytu mělo skutečně pouze evidenční účinky“*.

V tomto rozhodnutí poukázal NSS rovněž na řadu právních důsledků, které vyplývají ze skutečnosti, kde je evidováno místo trvalého pobytu, a to jak pro toho, jehož trvalý pobyt je evidován, tak pro vlastníka objektu, v němž je místo trvalého pobytu evidováno. Uvádí, že *„např. je na trvalý pobyt na konkrétní adrese (v konkrétním bytě) vázán nárok na příspěvek na bydlení vlastníka nebo nájemce bytu podle § 24 odst. 1 zákona č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře. Zrušení trvalého pobytu neznamená, že se tam vlastník či nájemce fakticky nezdržuje a náklady s bytem spojené nemá, ...“*.

Se zrušením údaje o místě trvalého pobytu je spjata i řada povinností občanů. Jak uvádí např. NSS: *„podle zákona č. 328/1999 Sb., o občanských průkazech, občanský průkaz, který je občan povinen mít (§ 2 odst. 2), je veřejnou listinou, kterou občan prokazuje mj. údaje do něho na základě zákona zapisované (§ 2 odst. 1). Mezi tyto údaje patří i trvalý pobyt občana (§ 3 odst. 2). Podle § 14 odst. 1 písm. d) tohoto zákona je občan povinen požádat o vydání nového občanského průkazu do 10 dnů ode dne, kdy došlo ke změně místa trvalého pobytu nebo kdy nabylo právní moci rozhodnutí o zrušení údaje o jeho místě trvalého pobytu z moci úřední, a podle písm. j) tohoto ustanovení je povinen dostavit se ve stanovené lhůtě na vyzvání k obecnímu úřadu obce s rozšířenou působností příslušnému k vydání občanského průkazu nebo obecnímu úřadu pověřenému vedením matrik v místě jeho trvalého pobytu za účelem provedení úkonů souvisejících s vydáním občanského průkazu. Nesplněním ohlašovací povinnosti či předpokládané součinnosti a držetím občanského průkazu s nesprávným údajem o trvalém pobytu se vystavuje jednak riziku skončení platnosti občanského průkazu rozhodnutím podle § 11 odst. 2 písm. a) zákona, jednak riziku postihu pro přestupek podle § 16a odst. 1 písm. b) zákona“*.

Dále může mít zrušení údaje o místě trvalého pobytu závažný dopad i na možnost podnikání. *„Podnikala-li tak osoba v místě svého trvalého pobytu a tento je jí ohlašovanou zrušen, plyne z toho pro ni jednak povinnost ohlášení změny, jednak zde vyvstává reálné riziko, že živnostenský úřad neshledá administrativní hlášení pobytu v místě ohlašovny dostatečně způsobilým místem k provozování podnikatelské činnosti a živnostenské oprávnění či koncesi zruší. Oproti tomu osoba, která by se naopak marně domáhala zrušení trvalého pobytu jiných osob ve svém objektu, nemusí být úspěšná při ohlášení své živnosti či při žádosti o koncesi proto, že její objekt či byt je v důsledku hlášeného pobytu několika dalších osob shledán nezpůsobilým k provozování živnosti“*.

Jak NSS ve svém odůvodnění uvádí, existuje řada zákonů, která užívá pojem trvalého pobytu, většinou však ve významu evidenčním či ve

významu zajištění dostupnosti, dosažitelnosti či možnosti kontroly. „*Evidence, která je vedena podle zákona č. 133/2000 Sb., je informačním systémem, z něhož lze za podmínek § 8 údaje poskytovat. Skutečnost, že občan nemůže dosáhnout změny obsahu tohoto evidenčního systému (včetně nemožnosti dosáhnout zrušení údaje o místu trvalého pobytu jiným osobám), nese důsledek, že informační systém poskytne informace neodpovídající faktickému stavu orgánům, které pak vůči občanovi mohou uplatňovat svou kontrolní či výkonnou pravomoc. Má-li tak někdo ve svém bytě či jiném objektu hlášenou osobu podnikající s místem podnikání v místě trvalého pobytu, může být cílem kontrolní činnosti různých orgánů. Nárok na informace z tohoto informačního systému má např. i exekutor (§ 33a zákona č. 120/2001 Sb., exekučního řádu). Proti exekuci samé či jejím důsledkům se lze jistě bránit jinou cestou, v důsledku toho, že údaj o místu trvalého pobytu dlužníka nebyl zrušen, je ovšem ztíženo postavení vlastníka objektu či bytu, čemuž by bylo možno předejít včasným zrušením údaje o místu trvalého pobytu“.*

Z odůvodnění tohoto usnesení mj. vyplývají následující závěry:

1. občan, který požaduje změnu místa trvalého pobytu - musí mít možnost soudní ochrany v případě, že splnil podmínky pro změnu, příp. že odstranil nedostatky či rozpory v předkládaných dokladech a že negativní rozhodnutí ohlašovny bylo nedůvodné
2. občan, který se domáhá zrušení trvalého pobytu jiným osobám, majícím evidovaný pobyt na jeho adrese - musí mít možnost ochrany v případě, že doložil, že pro zrušení pobytu těchto jiných osob byla splněna podmínka zániku užívacího práva k objektu či jeho části a že nevyhovění jeho návrhu bylo nedůvodné
3. občan, jemuž byl zrušen údaj o trvalém pobytu - musí mít možnost soudní ochrany v případě, že rozhodnutí bylo vydáno, aniž byly podklady zápisu pozměněné, neplatné nebo padělané, či aniž by zápisu dosáhl nesprávným uvedením určitých skutečností, stejně tak, pokud bylo vyhověno návrhu oprávněné osoby, aniž doložila zánik užívacího práva.

Ve všech třech výše zmíněných případech mají tyto subjekty také právo na řádné projednání věci, a proto je třeba podrobit soudní kontrole průběh těchto řízení. „*Jedná se o jejich subjektivní práva, o nichž přísluší rozhodovat orgánu veřejné moci stanoveným postupem, v němž je třeba zkoumat dodržení zákonem daných podmínek. Ochrana veřejných subjektivních práv je úkolem správního soudnictví (§ 2 s. ř. s.). Rozhodnutí správního orgánu je v těchto případech úkonem ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s.“.*

V tomto smyslu je veřejným subjektivním právem právo na zvolení místa trvalého pobytu a na evidenci trvalého pobytu v místě, v němž si tento druh pobytu občan zvolí.

Z citovaného rozhodnutí NSS vyplývá právo občana dovolat se ochrany při porušení tohoto svého veřejného subjektivního práva rozhodnutím správního orgánu (tj. práva na zvolení místa trvalého pobytu podle ustanovení § 10 Zákona) před správním soudem. Soudnímu přezkumu by tak měly podléhat jak rozhodnutí správního orgánu o nezaevidování trvalého pobytu, příp. jeho změny, tak také rozhodnutí o zrušení údaje o místě trvalého pobytu.

3. USTANOVENÍ § 10 ODS. 2 ZÁKONA A § 12 ODS. 1 PÍSM. C) ZÁKONA

Je také otázkou, jak interpretovat a v praxi aplikovat dvě ustanovení Zákona, která se jeví jako rozporuplná. Na jedné straně ustanovení § 10 odst. 2 říká, že *„z přihlášení občana k trvalému pobytu nevyplývají žádná práva k objektu uvedenému v odstavci 1 ani k vlastníkovi nemovitosti“*. Na druhé straně však existuje ustanovení § 12 odst. 1 písm. c), kde je řečeno: *„Ohlašovna rozhodne o zrušení údaje o místě trvalého pobytu, zaniklo-li užívací právo občana k objektu nebo vymezené části objektu, jehož adresa je v evidenci obyvatel uvedena jako místo trvalého pobytu občana a neužívá-li občan tento objekt nebo jeho vymezenou část“* a odst. 2: *„Ohlašovna rozhodne o zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle odstavce 1 písm. c) jen na návrh vlastníka objektu nebo jeho vymezené části nebo na návrh oprávněné osoby uvedené v § 10 odst. 6 písm. c). Navrhovatel je v takovém případě povinen existenci důvodů uvedených v odstavci 1 písm. c) ohlašovně prokázat“*.

Z uvedených ustanovení je zřejmé, že pokud se jako vlastník objektu rozhodnu přivolit k přihlášení určité osoby k trvalému pobytu na své adrese, jedná se o velmi snadný postup, v podstatě stačí pouze podpis. Zákon mě jako vlastníka navíc uklidňuje v ustanovení § 10 odst. 2 větou, že: *„z přihlášení občana k trvalému pobytu nevyplývají žádná práva k objektu uvedenému v odstavci 1 ani k vlastníkovi nemovitosti“*. Pokud však jako vlastník objektu dospěji ke stavu, že chci zrušit přihlášení osoby k trvalému pobytu v mém objektu, pak mi Zákon ukládá povinnost prokázat splnění podmínek uvedených v ustanovení § 12 odst. 1 písm. c), a to kumulativně, tzn. 1) zánik užívacího práva občana k objektu nebo vymezené části objektu, 2) neužívání objektu nebo jeho vymezené části občanem. Je zde možná na místě otázka, proč, resp. z jakého důvodu má vlastník tuto povinnost, proč jednoduše nestačí odvolat již dříve udělený souhlas způsobem shodným jako byl udělen.

Řízení podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. c) a odst. 2 Zákona je správním řízením zahajovaným na návrh, přičemž z povahy věci je zřejmé, že zde budou vždy minimálně dva účastníci. Na straně žadatele půjde o vlastníka

objektu nebo jeho vymezené části, popř. oprávněnou osobu uvedenou v ustanovení § 10 odst. 6 písm. c) Zákona¹. Druhým účastníkem pak bude osoba, u které má být údaj o místě trvalého pobytu zrušen.

Vrátíme-li se k již zmíněné povinnosti žadatele o zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. c) a odst. 2 Zákona, pak vyvstává otázka, jak vůbec může žadatel prokázat zánik užívacího práva a v této souvislosti se jeví jako podstatné i to, co všechno můžeme zahrnout do pojmu „užívací právo“ ve smyslu citovaného ustanovení Zákona. V praxi může užívací právo k objektu nebo vymezené části objektu vzniknout z nejrozličnějších důvodů, např. užívací právo vlastníka či spoluvlastníka nemovitosti, užívací právo z titulu práva věcného břemene, užívací právo vzniklé na základě nájemní smlouvy, užívací právo nezletilých či nezaopatřených dětí k nemovitosti rodičů či jednoho z rodičů v návaznosti na Zákon o rodině. V případě sporu může rozhodnout o zániku užívacího práva pouze soud.

3.1 ROZSUDEK NSS Č. J. 2 AS 64/2005 - 121

Odpověď ohledně vymezení pojmu „užívací právo“ ve smyslu ustanovení § 12 odst. 1 písm. c) Zákona je možné vyčíst z rozsudku NSS č. j. 2 As 64/2005-121, kde je řečeno, že *„Nejvyšší správní soud se plně ztotožňuje s názorem vyjádřeným v rozsudku městského soudu, že právem užívání ve smyslu § 12 zákona o evidenci obyvatel je myšleno právo vlastnické či spoluvlastnické, právo odpovídající věcnému břemeni, právo nájmu apod. Právo užívat předmětný dům ve smyslu zákona o evidenci obyvatel má tedy toliko žalobce. M. Š. užívala předmětný dům z titulu manželství se žalobcem (§ 18 zákona č. 99/1963 Sb., o rodině, ukládá manželům povinnost žít spolu) a právní mocí rozsudku o rozvodu manželství právo užívat předmětný dům ztratila.*

Pokud jde o zletilé dcery žalobce a M. Š. K. a B., tak ty byly oprávněny užívat předmětný dům rovněž na základě institutů zákona o rodině, avšak toliko do doby jejich zletilosti, resp. po dobu, kdy nebyly samy schopny se živit. Dále bylo jejich právo vázáno na souhlas vlastníka domu, tj. žalobce. Odvozují-li právo užívat nemovitost od práva svojí matky M. Š., které zdejší soud neshledal, nelze jinak než uzavřít s tím, že i jim zaniklo právo užívat předmětný dům právní mocí rozsudku o rozvodu manželství jejich rodičů“.

Další otázkou je, jak lze prokázat neužívání objektu, když je velmi pravděpodobné, že tvrzení žadatele bude druhá strana popírat, popř. bude tvrdit, že je mu v užívání objektu bráněno. Je tedy zřejmé, že vlastník

¹ Za oprávněnou osobu se považuje osoba starší 18 let, způsobilá k právním úkonům, která je oprávněna užívat objekt uvedený v odstavci 1 nebo jeho vymezenou část (např. byt nebo obytnou místnost), anebo je provozovatelem ubytovacího zařízení, kde se občan hlásí k trvalému pobytu.

objektu či oprávněná osoba dle ustanovení § 10 odst. 6 písm. c) Zákona má, z uvedeného pohledu, velmi obtížnou pozici.

Vlastník objektu a oprávněná osoba podle ustanovení § 10 odst. 6 písm. c) Zákona může docílit zrušení údaje o místě trvalého pobytu přihlášené osoby pouze na návrh podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. c) a odst. 2 Zákona. Ze Zákona jasně vyplývá, že zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. a)², b)³ může zahájit z moci úřední pouze ohlašovna. Toto se může jevit, z hlediska vlastníka objektu nebo oprávněné osoby dle ustanovení § 10 odst. 6 písm. c) Zákona, problematické v případě, kdy tato osoba zákonem stanoveným způsobem dala přivolení určité osobě k přihlášení údaje o místě trvalého pobytu na adrese svého objektu, přičemž následně zjistí, že tak učinila na základě pozměněných, neplatných nebo padělaných dokladů nebo nepravdivě nebo nesprávně uvedených skutečností. Podle Zákona nemá možnost podat v takovém případě návrh na zrušení údaje o místě trvalého pobytu.

3.2 ROZSUDEK NSS Č. J. 9 AS 4/2010 - 63

Rozsudek NSS č. j. 9 AS 4/2010 – 63 ze dne 22. 7. 2010 se týká kasační stížnosti žalobce P. S. proti rozsudku KS v Ústí nad Labem ze dne 30. 9. 2009 ve věci zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. a) Zákona. Zásadní otázka, která byla řešena v předcházejícím řízení, se týkala toho, zda řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. a) Zákona je možné zahájit pouze z moci úřední či zda je možné je zahájit na základě návrhu účastníka řízení. Přitom právní názor KS a správních orgánů je, že řízení z uvedeného důvodu je možné zahájit pouze z moci úřední. NSS konstatuje, že „*jazykový ani systematický výklad citovaných ustanovení nepřipouští jinou interpretaci, než že řízení vedené ohlašovnou podle ust. § 12 odst. 1 písm. a) a b) Zákona lze zahájit toliko z moci úřední (ex officio), a to na rozdíl od řízení podle ust. § 12 odst. 1 písm. c) Zákona, jež lze zahájit výhradně na základě návrhu zákonem stanoveného okruhu osob. Zahájení (správního) řízení z moci úřední (ex officio) je přitom výrazem uplatnění zásady ofiiality ve správním řízení, která spočívá v tom, že řízení se nachází v úřední pravomoci příslušného správního orgánu, kdy jeho zahájení a další průběh nezávisí na vůli účastníků řízení. Ostatně skutečnost, že řízení vedené podle ust. § 12 odst. 1 písm. a) Zákona je zahajováno z moci úřední, potvrzuje i rozsudek NSS ze dne 12. 4. 2007, č. j. 8 As 20/2005-78“.*

² „Ohlašovna rozhodne o zrušení údaje o místě trvalého pobytu, by-li zápis proveden na základě pozměněných, neplatných nebo padělaných dokladů nebo nepravdivě nebo nesprávně uvedených skutečností.“

³ „Ohlašovna rozhodne o zrušení údaje o místě trvalého pobytu, byl-li objekt, na jehož adrese je občan hlášen k trvalému pobytu, odstraněn nebo zanikl nebo je podle zvláštních právních předpisů nezpůsobilý k užívání za účelem bydlení.“

3.3 ROZSUDEK NSS Č. J. 4 AS 54/2008 - 107

Zajímavým rozhodnutím je v tomto směru také rozsudek NSS č. j. 4 As 54/2008 – 107 z 18. 8. 2009 o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze, kdy na straně žalobce bylo Bytové družstvo Schnirchova 25, na straně žalované Magistrát hlavního města Prahy a řízení probíhalo za účasti osoby zúčastněné na řízení K.T.

Žalovaný na základě odvolání podané osobou zúčastněnou na řízení K. T. zrušil rozhodnutí Úřadu městské části Prahy 7, kterým byl podle ustanovení § 12 odst. 1 písm. a) Zákona zrušen údaj o místě trvalého pobytu K. T. na adrese X. Žalobce podal proti tomuto rozhodnutí žalobu k Městskému soudu v Praze, ten svým rozhodnutím žalobu zamítl a v odůvodnění uvedl, že nebyla splněna ani jedna ze zákonných podmínek ustanovení § 12 odst. 1 písm. a) Zákona, na jejichž základě by mohlo být kladně rozhodnuto o zrušení údaje o místu trvalého pobytu.

NSS posoudil kasační stížnost podanou žalobcem jako důvodnou, rozsudek Městského soudu v Praze zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení. V závěru svého odůvodnění uvádí, že v souladu s ustanovením § 110 odst. 3 s. ř. s., „*zruší-li NSS rozhodnutí krajského soudu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, je krajský soud vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem ve zrušovacím rozhodnutí*“. V odůvodnění rozsudku NSS konstatuje, že ke dni ohlášení změny místa trvalého pobytu K. T. byl vlastníkem domu na adrese X, i bytu, který jmenovaná užívala, stěžovatel, který souhlas s ohlášením změny neudělil a jiná osoba takový souhlas udělit nemohla, proto K. T. musela doložit oprávněnost užívání bytu.

NSS dále uvádí, že pojem oprávněnost užívání bytu zcela evidentně vychází z toho, že určité osobě svědčí právo byt užívat, přičemž takovým právem je primárně nadán vlastník bytu či domu, ve kterém se byt nachází, neboť možnost určitou věc ovládat (držet ji, užívat a požívat, nakládat s ní) a zároveň ji ovládat nezávisle a vlastní mocí patří mezi základní komponenty vlastnického práva. Oprávněnost užívání bytu tedy musí být odvozena od práva vlastníka, případně jiné osoby, které vlastník právo byt užívat poskytl.

NSS ve svém odůvodnění dále specifikuje, jakým způsobem může být zmiňovaný souhlas udělen a co se považuje za, v tomto směru, nepostačující. Primárně se počítá s výslovným souhlasem vlastníka obsaženým v příslušném potvrzení ve smyslu ustanovení § 10 odst. 6 písm. c) Zákona nebo doložením oprávněnosti užívání bytu, které však v sobě rovněž zahrnuje vyjádření vůle vlastníka. Jinými slovy – nepostačuje předložení jakéhokoliv dokumentu, který dokládá vztah přihlašované osoby k předmětnému bytu, naopak – předložen musí být právní titul, jenž k užívání bytu opravňuje.

NSS pokračuje ve svém odůvodnění výčtem, jak lze oprávněnost užívání bytu nejlépe doložit:

1. výpisem z katastru nemovitostí potvrzujícím existenci věcného břemene užívání
2. nájemní smlouvou platnou a účinnou v okamžiku ohlášení změny místa trvalého pobytu
3. předložením jiného dokumentu, který k užívání bytu opravňuje

NSS konstatuje, že smlouva o budoucí smlouvě nájemní není adekvátním právním titulem k užívání bytu. Totéž se týká smlouvy o provedení výstavby půdního bytu – tato rovněž nezakládá oprávnění tento byt užívat, a to i přes fakt, že obsahuje závazek k uzavření dohody o zřízení věcného břemene užívání bytu. Oprávněnost užívání bytu nedokládá, jak NSS dále uvádí, ani předložené kolaudační rozhodnutí – to neurčuje, kdo je oprávněn byt užívat, to stejné platí pro evidenční list pro výpočet úhrady za užívání bytu – to potvrzuje pouze faktický stav, že určitá osoba (v tomto případě osoba zúčastněná na řízení K. T.) v tomto bytě bydlí, nikoliv však, zda oprávněně.

NSS také připomíná, že z přihlášení k trvalému pobytu nevyplývají pro přihlášeného žádná práva k předmětnému bytu ani ke stěžovateli jako vlastníku nemovitosti. Lze tedy konstatovat, že zachování či zrušení údaje o jejím trvalém pobytu nijak neovlivní výsledek civilních sporů, které mezi sebou tyto subjekty vedou.

4. ROZHODNUTÍ NSS Č. J. 3 AS 38/2008 - 82

Zmínit bych chtěla také rozhodnutí NSS č. j. 3 AS 38/2008 – 82 z 23. 10. 2008, ve kterém NSS dospěl k závěru, že „slovo „neuvžívá-li“ (po zániku užívacího práva k bytu) byt je třeba vyložit ve smyslu faktické realizace práva na bydlení. Jestliže stěžovatel dlouhodobě v bytě nebydlí, tedy nevyužívá svého práva na bydlení, pak byt, k němuž nemá právo nájmu, neuvžívá ani v rámci práva na bydlení. Zákon o evidenci obyvatel akceptuje faktický stav, bez ohledu na to, proč občan právo na bydlení nerealizuje (nevyužívá)“. Zároveň však NSS pro úplnost dodává, že jiným způsobem je třeba posuzovat návrh na zrušení údaje o místu trvalého pobytu v případě, kdy občanovi bylo zrušeno právo nájmu bytu a jeho vyklizení je vázáno na přidělení náhrady (náhradního bytu či ubytování) a občan v bytě nadále bydlí (byt užívá) na základě práva na bydlení. V tomto případě nelze zrušit údaj o místu trvalého pobytu občana, protože není splněna druhá podmínka, tj. neuvžívání bytu.

Z tohoto rozhodnutí vyplývá, že senát rozhodující v uvedené věci právo na bydlení ve smyslu § 712 odst. 6 a § 712a občanského zákoníku nepovažoval za právní titul, který lze podřadit pod souhrnný pojem „užívací právo“ dle § 12 odst. 1 písm. c) Zákona, a to vedle práva vlastnického či spoluvlastnického, práva nájemního a práva odpovídajícího věcnému břemenu. Tento soud vyšel z toho, že pokud určitá osoba užívá byt na

základě zmiňovaného práva na bydlení, není splněna druhá zákonná podmínka pro zrušení údaje o místě jejího trvalého pobytu na dané adrese, tj. faktické neužívání objektu. Avšak v případě, že by tato osoba, již svědčí právo na bydlení, daný byt z jakýchkoliv důvodů opustila, byly by kumulativně splněny obě podmínky vyjádřené v § 12 odst. 1 písm. c) Zákona pro zrušení údaje o místě jejího trvalého pobytu.

5. ZÁVĚR

Závěrem svého příspěvku bych chtěla konstatovat, že právní úprava týkající se problematiky místa trvalého pobytu je poměrně stručná a jak ukazuje rozhodovací činnost NSS, není vždy zcela jasná jak z hlediska interpretační a aplikační praxe příslušných správních orgánů, tak z hlediska jednotlivců. Cílem tohoto příspěvku bylo poukázat jednak na jedno z klíčových rozhodnutí rozšířeného senátu NSS týkající se povahy práva na zvolení místa trvalého pobytu, jednak zmínit některá další rozhodnutí NSS a jejich přínos pro interpretační a aplikační praxi.

Literature:

- Protokol č. 4 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod přiznávajících některá práva a svobody jiné než ty, které jsou již uvedeny v Úmluvě a v prvním dodatkovém protokolu k Úmluvě
- Usnesení předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ústavní zákon č. 2/1993 Sb., ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.
- zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění pozdějších předpisů
- rozsudek NSS ze dne 23. 2. 2005, č. j. 6 As 33/2003 – 81, www.nssoud.cz
- rozsudek NSS ze dne 22. 7. 2010, č. j. 9 AS 4/2010 – 63, www.nssoud.cz
- usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 6. 2. 2007, č. j. 2 AS 64/2005 – 108, www.nssoud.cz
- rozsudek NSS ze dne 26. 4. 2007, č. j. 2 As 64/2005 – 121, www.nssoud.cz
- rozsudek NSS ze dne 18. 8. 2009, č. j. 4 As 54/2008 – 107, www.nssoud.cz

- rozsudek NSS ze dne 23. 10. 2008, č. j. 3 AS 38/2008 – 82,
www.nssoud.cz

Contact – email

ghanakova@fame.utb.cz

K NĚKTERÝM AKTUÁLNÍM OTÁZKÁM TRVALÉHO POBYTU A MOŽNOSTEM JEJICH ŘEŠENÍ

FAISAL HUSSEINI

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel) přinesl změnu konceptu trvalého pobytu. Nynější formální pojetí sebou nese určité problémy pro výkon veřejné správy (složitá dohledatelnost některých osob, problémy při doručování). Příspěvek zmiňuje některé návrhy řešení, které přinesla praxe; pozornost je věnována zejména rozboru obecně závazné vyhlášky obce, která se pokusila praxí identifikované problémy řešit.

Key words in original language

Trvalý pobyt; obecně závazná vyhláška; samostatná působnost; přenesená působnost; doručování.

Abstract

The Act No. 133/2000 Sb., on register of population and birth certificate numbers and on amendments to certain Acts (the Register of Population Act) introduced a new conception of the permanent residence. The recent formal conception of permanent residence causes some problems for the performance of public administration. The article deals with some proposal to the solution of these problems, especially to a generally binding ordinance of a municipality which tried to solve them.

Key words

Permanent residence; general binding ordinance; independent jurisdiction; delivering.

I. Vymezení problematiky

Problematika trvalého pobytu obyvatelstva a jeho evidence je na našem území právně upravena již téměř 150 let. Původně byla ohlašovací povinnost upravena podle čl. III. císařského nařízení č. 31/1857 ř.z., o zavedení nového pasového systému nařízením ministra vnitra a nejvyššího policejního úřadu č. 33/1857 ř. z. a 20/1860 ř. z.¹ Na citované předpisy navázal v době první republiky zákon č. 51/1935 Sb. z. a n., o hlášení

¹ Blíže Laštovka, K. Československé správní právo. Část zvláštní. I. díl. Praha: Melantrich, a.s., 1936, s. 47-48.

pobytu, který do značné míry přebral pravidla uvedená ve shora zmíněném ministerském nařízení, přičemž navíc obsahoval sankce za porušení ohlašovací povinnosti. Hlášení muselo být podáno „úplně a pravdivě“, přičemž ohlašovací povinnost měla i nadále, jako v minulosti, pouze osoba, u níž se nacházela jiná osoba (vlastník bytu či nebytového prostoru, vlastník pozemku nebo budovy, ubytovatel či hostinský).²

Uvedený prvorepublikový zákon, pokud pomíneme vládní nařízení č. 233/1941 Sb., o hlášení pobytu (řád hlášení),³ byl nahrazen zákonem č. 52/1949 Sb., o hlášení obyvatelstva, který ukládal povinnost hlášení pobytu každému a subsidiárně ubytovateli. Následný zákon č. 135/1982 Sb., o hlášení a evidenci pobytu občanů rovněž založil ohlašovací povinnost každému občanovi a subsidiárně také ubytovateli; rovněž upravil instituty trvalého a přechodného pobytu.

Výše uvedené právní předpisy měly jedno společné: ohlašovací povinnost se týkala materiální stránky pobytu; byla tedy zakotvena povinnost hlásit aktuální a skutečný pobyt, a to za účelem dohledatelnosti orgány státu. Tento stav byl poměrně radikálně změněn zákonem č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel). Daná změna spočívá zejména v tom, že je plně na svobodné volbě občana, jaké místo pobytu si zvolí – zavedeno tedy bylo formální pojetí trvalého pobytu, které je zvýrazněno institutem místa trvalého pobytu na ohlašovně (viz § 10 odst. 4 zákona o evidenci obyvatel). Dle důvodové zprávy k návrhu předmětného zákona byla tato úprava přijata z důvodu „odklonu od policejního státu“. Údaj o trvalém pobytu se do značné míry stal údajem evidenčním, který nemá či nemusí mít vazbu na skutečný pobyt osoby; neexistencí sankcí spojených s nehlášením pobytu byla fakticky vytvořena situace, kdy pobyt vlastně ani není povinnost hlásit; dohledatelnost konkrétní osoby se pak snižuje i zrušením institutu přechodného pobytu.⁴

Současný stav přitom způsobuje mnohé těžkosti při výkonu veřejné správy. I když je trvalý pobyt formálně pojímán pouze jako evidenční údaj,⁵ dospěla i

² Blíže tamtéž, s. 48-49.

³ Toto nařízení stanovovalo v § 15, že účinnosti mj. pozbývá zákon (!) č. 51/1935 Sb. z. a n., o hlášení pobytu.

⁴ V souvislosti se zde zvažovanou problematikou je možné zmínit rovněž starší institut tzv. domovského práva. Jeho rozbor by si však vyžádal samostatné pojednání. Podrobně k domovskému právu pak např. Lašovka, K. Československé správní právo. Část zvláštní. I. díl. Praha: Melantrich, a.s., 1936, s. 19 a násl.

⁵ Jako evidenční údaj, ze kterého pro jednotlivce neplynou žádné povinnosti stran výběru místa pobytu, je trvalý pobyt chápán také judikaturou Ústavního soudu: viz náleží ze dne 30. 10. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 4/02, (N 136/28 SbNU 191, 495/2002 Sb.)

judikatura k závěru, že jeho význam je o mnoho větší. V tomto směru lze odkázat zejména na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, č.j. 2 As 64/2005-108 (www.nssoud.cz). Zde Nejvyšší správní soud dovedl, že právo na zvolení místa trvalého pobytu je veřejným subjektivním právem, proti jehož porušení rozhodnutím správního orgánu se může občan dovolat ochrany postupem dle § 65 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, přičemž nedílnou součástí práva na zvolení místa trvalého pobytu je také právo na to, aby na zvolené adrese nebyly evidovány osoby, které pro to nespĺňují nebo přestaly splňovat zákonné podmínky.

V citovaném rozhodnutí Nejvyšší správní soud uvedl význam údaje o trvalém pobytu pro právní sféru jednotlivce v celé řadě ohledů: vázanost nároku na příspěvek na bydlení vlastníka nebo nájemce bytu podle § 24 odst. 1 zákona č. 177/1995 Sb., o státní sociální podpoře, důležitost pro aktivní i pasivní volební právo dle zákona č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů, význam pro živnostenské podnikání fyzické osoby dle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), vazba na činnost exekutorů [§ 33a zákona č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů], dopad na povinnosti občana dle zákona č. 328/1999 Sb., o občanských průkazech a v neposlední řadě dopad na doručování fyzické osobě ve správním řízení ve vazbě na § 20 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“).

II. Praktické problémy

Praxe přitom identifikovala některé zásadní problémy, které koncepce formálního pojetí trvalého pobytu přinesla. Tyto problémy shrnul např. veřejný ochránce práv, když poukázal nad rámec výše uvedených konotací na to, že poplatek za svoz a likvidaci odpadu je ve většině obcí povinen uhradit každý, kdo zde má trvalý pobyt, a obce nezohledňují, jestli zde skutečně bydlí a odpad produkuje (přitom často není možnost povinnou osobu skutečně dohledat a poplatek vymoci); formální pojetí institutu trvalého pobytu může mít v souvislosti s činností exekutorů také obecně dobře známý dopad spočívající v tom, že z místa trvalého pobytu dlužníka, který se však ve skutečnosti na daném místě nezdržuje, jsou exekutorem odvezeny věci, které patří jiné osobě. V souvislosti s (účelovým) evidováním trvalého pobytu na ohlašovnách může docházet k tomu že se dotčené osoby takto vyhýbají „*exekucím, účasti na soudních jednáních, vymáhání dluhů, placení poplatků za odpad apod.*“. Dopad na veřejnou sféru, nejen na jednotlivce, může mít údaj trvalého pobytu také ve formě

např. zrušení zastupitelského mandátu⁶, ve formě manipulace s volbami⁷ či s ohledem na tzv. nákup obyvatel v důsledku konstrukce zákona č. 243/2000 Sb., o rozpočtovém určení výnosů některých daní územním samosprávným celkům a některým státním fondům (zákon o rozpočtovém určení daní).^{8 9}

III. Některé návrhy řešení a jejich úskalí

Ve výše uvedeném směru si tedy lze klást otázku, zda současná podoba evidence obyvatel – ve vztahu k trvalému pobytu – plní své poslání, resp. jednu ze svých funkcí: poskytovat státním orgánům informaci o místě (byť pouze i pravděpodobného) pobytu občana, ve kterém je možné ho informovat o průběhu určitého správního popřípadě soudního řízení a do tohoto místa mu zasílat písemnosti, resp. zda zákon o evidenci obyvatel skutečně umožňuje, aby veřejná moc měla přehled o pobytu osob, jež se nachází na území státu, a to zejména pro účely správních a soudních řízení, včetně zajištění jiných veřejných zájmů (plnění školní docházky, ochrana veřejného zdraví atd.).^{10 11}

⁶ „Členem zastupitelstva v obci může být jen ten, kdo má v obci trvalý pobyt. Jestliže se zastupitel přihlásí k trvalému pobytu v jiné obci, jeho mandát zaniká.“

⁷ „Pro využití aktivního volebního práva do zastupitelstva obce není rozhodující, jestli má občan v obci stále bydliště a skutečně tam žije, ale jestli zde má trvalý pobyt. Jsou známy případy účelového přihlášení skupin voličů k trvalému pobytu v obci těsně před komunálními volbami z důvodu posílení podpory jedné z volebních stran. Především v obcích s nízkým počtem oprávněných voličů, může i relativně malý počet nových volitelů zcela změnit výsledek voleb.“

⁸ „Hrubý celostátní výnos daní v průběhu rozpočtového roku se stává základem pro rozdělení do rozpočtů obcí. Každá obec získává podíl podle počtu obyvatel obce k 1. 1. běžného roku a koeficientu velikostní kategorie obce. Kategorie byly nastaveny skokově a u obcí s počtem obyvatel blízcím se hraničním hodnotám, mohlo i při malé změně počtu obyvatel dojít k výrazným změnám daňových příjmů.“

⁹ Výše uvedené příklady a citace in Systém trvalého pobytu je neudržitelný, tisková zpráva veřejného ochránce práv ze dne 17. 4. 2008 [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupný z: http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2010/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=101218&cHash=a83c3536a8904d30d65e238914bc155b

¹⁰ Tento účel plnila evidence obyvatel a hlášení jejich pobytu tradičně. Srov. lit. cit. sub 1, s. 47.

¹¹ Výše uvedené externality liberálního pojetí údaje o trvalém pobytu, včetně možnosti manipulací, by do značné míry zřejmě vyloučil návrat k již zmíněnému institutu domovského práva. Jeho poměrně rigidní úprava, která předpokládala daleko užší vztah místa pobytu k osobě jednotlivce, než je současný údaj o trvalém pobytu, by např. účelové

Pokud se ozývají hlasy (a učinil tak svým způsobem v citovaném materiálu i veřejný ochránce práv), aby práva a povinnosti jednotlivce byly vázány spíše na faktické bydliště než na začasté formální a ne zcela funkční místo trvalého pobytu, je třeba zvážit určité námitky. První spočívá v tom, že by v takovém případě bylo třeba zavést systém, který by zajišťoval, že povinnost hlásit místo svého skutečného pobytu by byla také kontrolovatelná a vymahatelná; zavedení takového nástroje by však zřejmě dopadlo v první řadě na obce, z nichž mnohé by ze svého hlediska na první pohled návrat k materiálnímu pojetí trvalého pobytu přivítaly.¹²

Domnívám se, že právě takový motiv, tedy zajištění efektivnějšího výkonu veřejné správy, je možno spatřovat za přijetím obecně závazné vyhlášky města Krupka č. 3/2009, „*Hlášení obyvatel starších 15 let, zdržujících se na území města Krupka déle než 30 dnů a mají trvalý pobyt na teritoriích jiných měst*“.¹³ Na otázku, zda obce mohou podobným způsobem řešit danou problematiku (a suplovat tak z jejich pohledu nedostatečnou činnost zákonodárce) se chci zaměřit v dalším textu; otázka také může znít, zda předmětné těžkosti mohou vykonavatelé veřejné správy překonat sami, bez účasti zákonodárce, či zda je třeba případně vyčkat právě aktivity zákonodárce. Z níže uvedených důvodů se domnívám, že jde ze strany obcí o slepou uličku, a to jak z důvodů stojících na straně působnosti obcí, tak z hlediska kontextu celé problematiky.¹⁴

Předmětná vyhláška, zřejmě s cílem zajistit dosažitelnost a dohledatelnost konkrétní osoby, např. pro účely přestupkových a jiných řízení, stanoví v čl. 2 odst. 1-3 následující:

„1. Osoby starší 15ti let, které se zdržují na území města Krupka déle než 30 dnů (u příbuzných, přitele či přítelkyně, nebo i z jiného důvodu) a jsou přihlášeny k trvalému pobytu v jiné obci či městě, jsou povinny přihlásit svůj pobyt na ohlašovně Městského úřadu Krupka.

přehlašování z iniciativy jednotlivce (např. s úmyslem vyhýbat se plnění svých povinností) či s ohledem na zájmy i jiných subjektů (manipulace s ohledem na volby či rozpočtové určení daní) zřejmě vylučovala (srov. lit. cit. sub 4).

¹² Srov. Němec, Z. Trvalý pobyt na sídle ohlašovny. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv, s. 13 [citováno dne 2. 11. 2010]. Dostupný z: http://www.ochrance.cz/uploads/tx_odlistdocument/Trvaly_pobyt_konference.doc#_Toc188932501.

¹³ Vyhláška dostupná na <http://www.mukrupka.cz/data/predpisy/36.pdf>

¹⁴ Předmětná vyhláška je v současnosti napadena u Ústavního soudu. Viz <http://www.usoud.cz/clanek/388>

2. Při přihlášení pobytu na ohlašovně Městského úřadu Krupka osoba předloží občanský průkaz, vyplní formulář (viz příloha č. 1), doloží souhlas k pobytu od vlastníka bytu (nemovitosti) a nájemce.

3. Osoba, na kterou se tato OZV vztahuje je povinna přihlásit se do 2 pracovních dnů ode dne vzniku povinnosti přihlášení (viz bod 1. tohoto článku).“

Podpůrně přitom v čl. 1 odst. 2 předmětná vyhláška stanoví, že „činnost, která by mohla, či narušuje ve městě veřejný pořádek, je v rozporu s dobrými mravy, ochranou bezpečnosti, zdraví a majetku, je dlouhodobý pobyt osob nepřihlášených na ohlašovně Městského úřadu Krupka.“

Především se domnívám, že obdobnou praxi obcí je třeba odmítnout s ohledem na to, že obce mohou dle § 10 písm. a) zákona č. 128/2000 Sb. o obcích (obecní zřízení), na které se město Krupka odvolávalo, ukládat povinnosti „v samostatné působnosti obecně závaznou vyhláškou k zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku; zejména může stanovit, které činnosti, jež by mohly narušit veřejný pořádek v obci nebo být v rozporu s dobrými mravy, ochranou bezpečnosti, zdraví a majetku, lze vykonávat pouze na místech a v čase obecně závaznou vyhláškou určených, nebo stanovit, že na některých veřejných prostranství v obci jsou takové činnosti zakázány“. Jsem toho názoru, že z daného hlediska je třeba posoudit, zda podobnou úpravu týkající se evidence obyvatelstva, lze zařadit do samostatné působnosti a zda této problematice lze přisoudit místní charakter ve spojení s dotčením veřejného pořádku.

Lze se dle mého názoru domnívat, že problematika evidence obyvatel je již komplexně upravena zákonem o evidenci obyvatel a daná materie spadá do oblasti přenesené působnosti. Ustanovení § 2 citovaného zákona totiž uvádí, že se jedná o státní správu. Obec tak reguluje oblast, která je již upravena předpisem práva veřejného a navíc spadá do působnosti přenesené.

Navíc, v souladu s kritérii, jimiž posuzuje ústavnost obecně závazných vyhlášek Ústavní soud, je možné mít za to, že se překrývá předmět a cíl regulace obsažené v zákoně o evidenci obyvatel a v předmětné vyhlášce. Účelem zákona o evidenci obyvatel je též efektivní fungování veřejné správy, když na institut trvalého pobytu jsou vázána nejrůznější práva, nároky, či povinnosti. K tomu lze odkázat na již zmíněné usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, čj. 2 As 64/2005-108 (Sb. NSS č. 1259/2007). Evidencí obyvatel přitom stát sleduje zájem na tom, aby měl přehled o pobytu osob, jež se nachází na jeho území, a to zejména pro účely správních a soudních řízení, včetně zajištění jiných

veřejných zájmů (plnění školní docházky, ochrana veřejného zdraví atd.) – viz výše.¹⁵ Takový cíl zřejmě sleduje i předmětná vyhláška.

Z „historického“ hlediska lze navíc uvést, že možnost sledovat a evidovat „přechodné pobyty“ obyvatel zákonodárce implicitně odňal jak obcím tak jiným subjektům. Důvodová zpráva k návrhu zákona o evidenci obyvatel hovoří o tom, že „[N]ově je stanovena svobodná volba místa trvalého pobytu občanem. Upouští se také od povinnosti hlásit přechodný pobyt z důvodu společenských a ekonomických změn v našem státě, neboť institut přechodného pobytu již ztratil své opodstatnění.“ Ačkoli takto jednoznačně uváděné názory nemusí odpovídat skutečnosti, přesto to nic to nemění na tom, že zákonodárce v daném ohledu svůj úmysl deklaroval poměrně jasně a není možné zákonnou úpravu obcházet stanovováním zvláštních režimů „přechodných pobytů“ a v tomto směru ukládáním povinností občanům.

Hledisko samostatné působnosti obce je dle mě v daném ohledu rozhodující. Nicméně jsem i toho názoru, že předmětná vyhláška (resp. obecně obdobné regulace, kdyby k nim obce sáhly) nevhodně „koketuje“ s pojmem veřejného pořádku a navíc se věnuje otázce, která není čistě místního významu.

Např. Ústavní soud se k neostrému pojmu veřejného pořádku ve své judikatuře vyjádřil kupř. v nálezu ze dne 15. 9. 2009 sp. zn. Pl. ÚS 18/07 (384/2009 Sb.), kde pojal omezení práv jednotlivce z hlediska vymezení daného pojmu restriktivně a uvedl, že „*legitimní cíle jsou v Listině i Úmluvě definovány tzv. neostrými pojmy jako je např. bezpečnost státu, národní bezpečnost, veřejný pořádek, veřejná bezpečnost, předcházení zločinnosti, ochrana zdraví nebo morálky, ochrana práv a svobod druhých, ochrana přírody. Některé z těchto pojmů jsou definovány zákonem, některé z nich, byť hojně používané, např. pojem ‚veřejný pořádek‘, právní řád jednoznačně nevymezuje, a proto jsou interpretovány judikaturou soudů, resp. rozhodnutí jiných orgánů veřejné moci. Z ústavně právního hlediska je nepodstatné, zda jsou tyto pojmy naplněny zákonodárcem či interpretovány judikaturou, rozhodné je, že nesmí být dále rozšiřovány.*“ V tomto směru lze odkázat také na stručný a výstižný komentář Hoetzelův, který již za první republiky uváděl, že „*není pochybnosti, že zvlášť elastický je pojem veřejného pořádku a že ho má býti užíváno s taktem*“.¹⁶ (V konkrétním případě je také otázkou, jak může „*nepřihlášený pobyt*“ ohrozit „*bezpečnost, zdraví a majetek*“, popř. být v „*rozporu s dobrými mravy*“.)

¹⁵ Takový účel plnila evidence obyvatel a hlášení jejich pobytu, jak již bylo uvedeno, tradičně (srov. např. Laštovka, K. Československé správní právo. Část zvláštní. I. díl. Praha: Melantrich, a.s., 1936, s. 47).

¹⁶ Hoetzel, J. Československé správní právo. Část všeobecná. 2., přepracované vydání. Praha: Melantrich, a.s., 1937, s. 19-20.

O tom, že se v námi zvažovaném případě nejedná ani o záležitost čistě místního významu, napovídají některé kontextové argumenty, jako je zmiňovaná vazba institutu evidence obyvatelstva na celou řadu zákonů, režimy doručování ve správních a jiných řízeních atd.¹⁷

Zvláštní zákony přitom s podobnou úpravou „přechodných pobytů“ nepočítají. Z toho důvodu, dle mého názoru, by zde citovaná vyhláška (ani jiné obdobné obecní úpravy, byly-li by přijaty) do značné míry ani nemohla plnit požadovanou funkci. Jistou výjimku by snad mohlo představovat doručování dle § 20 odst. 2 správního řádu, dle něhož „*fyzické osobě lze však doručit, kdekoli bude zastížena*“. Zde však z kontextového hlediska vyvstává další problémový bod – pro takové účely by si obec musela vést evidenci „přechodných pobytů“. Evidenci fyzických osob obsahující osobní údaje lze vést zásadně pouze se souhlasem fyzické osoby, k níž se osobní údaje vztahují. Případy, kdy lze takovou evidenci vést bez tohoto souhlasu stanoví § 5 zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů. Takovým případem je i skutečnost, že zpracování osobních údajů pro určitý účel je stanoveno přímo zákonem nebo je zpracování nutné pro plnění povinností stanovených zákonem. Příkladem, kdy je obci výslovně zákonem uloženo vést určitou evidenci obyvatel, je vedení seznamu voličů obecním úřadem podle § 28 zákona č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů. Obecní úřad je také zpracovatelem údajů vedených v informačním systému (evidenci obyvatel) pro Ministerstvo vnitra podle zákona o evidenci obyvatel. Není-li zpracování osobních údajů prováděno na základě konkrétního zákona, je třeba stanovit tento účel v souladu s potřebou zpracování osobních údajů. Pro shromažďování osobních údajů pak platí důležité pravidlo, že lze shromažďovat pouze osobní údaje odpovídající stanovenému účelu a v rozsahu nezbytném pro naplnění stanoveného účelu [§ 5 odst. 1 písm. d) zákona o ochraně osobních údajů]. Lze předpokládat, že speciální úprava dle zákona o evidenci obyvatel do značné míry vylučuje, aby si obce vedly podobné zvláštní evidence pobytu obyvatel, které nespádají pod rámec tohoto zákona. Tento zákon přitom stanoví přísné podmínky i pro nahlížení do evidence obyvatel, přičemž obce by si vytvářely do značné míry nekontrolovanou evidenci, která by odpovídající regulaci nepodléhala.

Teoreticky lze uvažovat také o tom, že obdobné obecně závazné vyhlášky by mohly porušovat čl. 14 Listiny základních práv a svobod, tedy svobodu pohybu a pobytu. Tím, že zde uvedená vyhláška zavedla povinnosti nad rámec zákona o evidenci obyvatel, zejména pak hlásit místo svého faktického pobytu, přičemž nesplnění této povinnosti by mohlo vést ke kriminalizaci dle § 46 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích (možnost

¹⁷ „...ve více jak 120 zákonech je jakási vazba na trvalý pobyt, s kterou jsou spojené nějaké povinnosti nebo práva.“ Viz lit. cit. sub 12.

uložení pokuty až 30 000 Kč), může docházet k zásahu do svobody pohybu a pobytu.

Otázkou také zůstává, jak by obce podobnými regulacemi dosahovaly sledovaných cílů, kdyby povinná osoba ohlásila v rámci svého „přechodného pobytu“ na území obce fiktivní adresu. Opět bychom se dostali k výše zmíněnému problému vymahatelnosti a kontrolovatelnosti, když navíc k takovým krokům nyní obce zmocnění nemají.

IV. Závěr

Ať už jsou tedy konkrétní problémy s nynějším formálním pojetím trvalého pobytu jakékoli, chtěl jsem v předkládané stati demonstrovat, že obce, tedy subjekty, na kterých leží zásadní váha výkonu veřejné správy, nemohou reálně řešit problémy, které jsou, ať už z povahy věci, nebo z pozitivněprávních (či dokonce politických) důvodů, vyhrazeny zákonodárci. V daném směru je dle mého názoru ke ztroskotání předurčena i rozebíraná obecně závazná vyhláška; řešení uváděných „obecních problémů“ s pobytem obyvatel je čistě v rukou zákonodárce.

Literature:

- Hoetzel, J. Československé správní právo. Část všeobecná. 2., přepracované vydání. Praha: Melantrich, a.s., 1937, 509 s.
- Laštovka, K. Československé správní právo. Část zvláštní. I. díl. Praha: Melantrich, a.s., 1936, 377 s.
- Němec, Z. Trvalý pobyt na sídle ohlašovny. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv, 54 s. [citováno dne 2. 11. 2010]. Dostupný z: http://www.ochrance.cz/uploads/tx_odlistdocument/Trvaly_pobyt_konference.doc#_Toc188932501
- Systém trvalého pobytu je neudržitelný, tisková zpráva veřejného ochránce práv ze dne 17. 4. 2008 [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupný z: <http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy->

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

2010/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=101218&cHash=a83c3536a8904d30d65
e238914bc155b

Contact – email
faisal@centrum.cz

**NOVINKY NA POLI NABÝVÁNÍ STÁTNÍHO
OBČANSTVÍ ČESKÉ REPUBLIKY OBČANY
SLOVENSKÉ REPUBLIKY PO NOVELE ZÁK. Č.
502/2007 ZB., O ŠTÁTOM OBČIANSTVE SLOVENSKEJ
REPUBLIKY**

JOSEF CHÝLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Cílem příspěvku je vymezit, popsat a kriticky nahlédnout na novou úpravu zákona č. 502/2007 Z. z., O štátnom občianstve Slovenskej republiky, provedenou s účinností od 17. 7. 2010 novelou č. 250/2010 Z. z., a zhodnotit její význam pro nabývání a pozbývání státního občanství České republiky.

Key words in original language

Státní občanství; dvojí státní občanství; udělení.

Abstract

This paper aims to define, describe and critically look at the new regulation of the Act. No. 502/2007 Slovak code of law, about the citizenship of the Slovak Republic, implemented with the force of legislation from the 17th of July 2010 by the amendment No. 250/2010 Slovak code of law, and evaluate its significance for the acquisition and loss of the Czech citizenship.

Key words

Citizenship; dual citizenship; denizen.

Vážené dámy, vážení pánové, milí hosté,

ve svém příspěvku si vás dovolím seznámit s novinkou v oblasti pozbývání státního občanství Slovenské republiky po novele zákona č. 40/1993 Z.z., o státním občanství Slovenské republiky a poukázat na význam této změny pro nabytí státního občanství České republiky; ve svém příspěvku se dále budu rovněž zabývat několika praktickými otázkami spojenými s touto horkou novinkou na poli státního občanství, týkajícími se nejen postupů orgánů veřejné správy jako nositelů zákonem stanovených pravomocí, ale též adresátů takového veřejnoprávního působení.

S účinností od 17. července 2010 byl zákonem Národní rady Slovenské republiky č. 250/2010 Z.z. novelizován zákon Národní rady Slovenské

republiky č. 40/1993 Z.z., o státním občanství Slovenské republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „ZSO SR“), jímž byl ve Slovenské republice zaveden zcela nový, v právním řádu SR dosud neznámý, způsob pozbytí státního občanství Slovenské republiky. Tímto způsobem pozbytí státního občanství Slovenské republiky, pro české právníky nikoli neznámým, jak dále ještě poznáme, je pozbytí státního občanství Slovenské republiky ze zákona (ex lege) v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle.

Do shora uvedené novely bylo možné dle § 9 ZSO SR pozbyt státního občanství Slovenské republiky toliko jediným způsobem¹, a to propuštěním ze státního svazku na vlastní žádost. Protože tento způsob pozbytí státního občanství SR po novele v ZSO SR zůstal (přibyl k tomu však, jak výše uvedeno, jeden nový), považuje autor za vhodné čtenáře alespoň zevrubně seznámit s některými jeho procedurálními aspekty.

Žádost o propuštění ze státního svazku Slovenské republiky je možné podat osobně na obvodním úřadě v sídle kraje příslušného dle pobytu osoby na území Slovenské republiky, jenž o ní rozhoduje. Nelze-li tímto postupem takový orgán veřejné správy určit, pak je rozhodným hlediskem poslední pobyt žadatele. Nemá-li však žadatel ani takový pobyt, pak o žádosti rozhoduje vždy Obvodní úřad v Bratislavě.

K pozbytí státního občanství Slovenské republiky dochází dnem převzetí listiny o propuštění ze státního svazku Slovenské republiky. Z důvodu zabránění vzniku dvojího státního občanství pak na základě vzájemné dohody mezi ČR a SR dochází k předání listiny o propuštění ze státního svazku Slovenské republiky a listiny o udělení státního občanství České republiky.

Žádost o propuštění ze státního svazku SR obsahuje jméno, příjmení, datum a místo narození žadatele, adresu pobytu žadatele a adresu posledního pobytu žadatele na území Slovenské republiky, vyličení důvodu/-ů žádosti o propuštění ze státního svazku SR, datum a podpis žadatele.

Za nezletilce podává žádost jeho zákonný zástupce, poručník nebo opatrovník. Za osobu, jež byla rozhodnutím soudu zbavena způsobilosti k právním úkonům nebo jejíž způsobilost k právním úkonům byla rozhodnutím soudu omezena, podává žádost soudem ustanovený opatrovník.

Zajímavou situací je, pokud v žádosti o propuštění ze státního svazku Slovenské republiky dle § 9 ZSO SR žadatel uvede své nezletilé dítě, avšak

¹ K tomu srov např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2004, č. j. A 11/2003-34.

druhý rodič nepodal žádost o propuštění ze státního svazku Slovenské republiky. V tomto případě je nutný souhlas druhého rodiče s úředně ověřeným podpisem, popř. pravomocné rozhodnutí soudu. Souhlas se nevyžaduje, pakliže druhý rodiče je zbaven rodičovských práv nebo jeho rodičovská práva jsou omezena, popř. dotyčný rodič je zbaven (či má omezenou) způsobilosti k právním úkonům.

Nový způsob pozbytí státního občanství, zakotvený taktéž v ust. § 9 ZSO SR, stanoví, že státní občan Slovenské republiky pozbyde státní občanství Slovenské republiky okamžikem (ZSO SR trochu problematicky hovoří o pozbytí státního občanství SR „v čase“), kdy na základě výslovného projevu vůle dobrovolně nabyde cizí státní občanství.

Pod pojmem "výslovný projev vůle" je v intencích státoobčanské problematiky třeba chápat zejména žádost, prohlášení nebo jiný úkon směřující k nabytí cizího státního občanství.

Stejně, jako je tomu v cizích právních úpravách (příkladmo v České republice v ust. § 17 zákona č. 40/1993 Sb., o nabývání a pozbývání státního občanství České republiky, ve znění pozdějších předpisů – dále též jen „ZSO ČR“, ve Spolkové republice Německo v ust. § 25 zákona o státní příslušnosti ze dne 22. 7. 1913, ve znění poslední změny provedené čl. 1, 5.2.2009²), zná i ZSO SR určité výjimky, za nichž nedojde k pozbytí státního občanství SR, přestože státní občan SR na základě výslovného projevu vůle nabytí cizí státní občanství.

První situací, za níž k pozbytí státního občanství Slovenské republiky nedojde, je, nabytí-li státní občan Slovenské republiky cizí státní občanství v souvislosti s uzavřením manželství s občanem cizího státu, a to za předpokladu, že cizí státní občanství manžela nabytí za trvání společného manželství.

Nastane-li druhá, zákonem předvídaná, situace, tzn. pokud bylo cizí státní občanství nabytí narozením, rovněž nedojde k pozbytí státního občanství Slovenské republiky.

Již z výše uvedeného je zřejmé, že jde o obdobnou úpravu pozbytí státního občanství tak, jak je zakotvena v ust. § 17 zákona ZSO ČR.

ZSO SR hovoří toliko o pozbytí státního občanství SR v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle, aniž by rozlišoval cizí státní občanství v návaznosti na různé státy, s nimiž má uzavřeny dvou- či vícestranné smlouvy. ZSO SR proto nestanovil ani výjimky ve vztahu k České republice.

² Hailbronner, K., Renner, G., Maaßen, H.-G. (2010): Staatsangehörigkeitsrecht. 5. vydání. C. H. BECK, München, s. 678 – 703.

Podrobíme-li uvedenou novelu bližšímu zkoumání, pak zjistíme, že zákon nemá retroaktivní účinky, což má poměrné dalekosáhlé důsledky. Nabyli-li státní občan Slovenské republiky cizí státní občanství na základě výslovného projevu vůle před 17. 7. 2010, tzn. přede dnem účinnosti uvedené novely, pak nepozbyl státní občanství Slovenské republiky ex lege dle § 9 odst. 16 ZSO SR. Tento právní předpis neobsahuje ani žádná přechodná ustanovení, což je opětovně podstatné za situace, kdy státní občan Slovenské republiky požádal (rozuměj podal žádost) o nabytí cizího státního občanství před 17. 7. 2010 a k jehož nabytí dojde po tomto datu, protože takový občan pozbude ex lege státního občanství Slovenské republiky ke dni nabytí cizího státního občanství.

Kdo shora uvedeným způsobem, tj. nabytím cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle, nabytím cizí státní občanství a pozbyl tím státní občanství Slovenské republiky, je povinen bezodkladně tuto skutečnost ve Slovenské republice oznámit obvodnímu úřadu v sídle kraje.

V poměrech České republiky je z procesního hlediska podstatné, že u státních občanů Slovenské republiky, kteří budou žádat o udělení státního občanství České republiky podle § 7 ZSO ČR nebo učiní prohlášení o nabytí státního občanství České republiky podle § 18a, § 18b a § 18c ZSO ČR, dochází k pozbytí jejich státního občanství Slovenské republiky ex lege tehdy, bude-li těmto státním občanům Slovenské republiky uděleno státní občanství České republiky nebo nabydou-li státní občanství České republiky prohlášením, a to s výjimkou případů, kdy žadatelé, popř. prohlašovatelé budou manžely/manželkami státního občana České republiky, čímž nabydou státní občanství České republiky za trvání manželství se státním občanem České republiky.

Spolu s podáním žádosti o udělení státního občanství České republiky (je-li žádosti vyhověno, pak nebude zapotřebí vydávat příslib udělení státního občanství České republiky, nýbrž postačí listina o udělení státního občanství České republiky; příslib udělení státního občanství České republiky se vydává jen tehdy, kdy žadatel nepozbyde státní občanství Slovenské republiky automaticky a bude si po vydání příslibu vyřizovat propuštění se státního svazku Slovenské republiky), popř. po jejím podání (v takovém případě může předložit toto potvrzení dodatečně Ministerstvu vnitra), státní občané Slovenské republiky předloží potvrzení příslušných úřadů o tom, že pozbydou slovenské státní občanství dnem nabytí státního občanství České republiky.

Zastupitelský úřad Slovenské republiky v současné době již představil vzor potvrzení, který bude vydáván státním občanům Slovenské republiky, jež žádají o udělení státního občanství České republiky. Zastupitelský úřad bude toto potvrzení vydávat na základě žádosti slovenského občana, který žádá o udělení státního občanství České republiky. Obsahem potvrzení je, že uvedený a osobními údaji identifikovaný občan Slovenské republiky nabytím státního občanství České republiky pozbývá ve smyslu ustanovení

§ 9 odst. 16 ZSO SR státní občanství Slovenské republiky, jestliže „v čase“ nabytí státního občanství České republiky bude svobodný, rozvedený nebo ovdovělý, nebo nebude v manželském svazku s občankou České republiky (tedy bude ženatý nebo vdaná za státního občana jiného státu než České republiky).

V právní teorii i praxi se ve Slovenské republice rozpoutala po přijetí předmětné novely ZSO SR poměrně intenzivní diskuse tom, zda uvedené ustanovení § 9 odst. 16 ZSO SR je ústavně konformní. Přestože uvedený příspěvek je zaměřen *prima facie* na správněprávní rovinu, považuje autor za nutné závěrem uvést několik poznámek k uvedené polemice. Čl. 5 odst. 2 Ústavy Slovenské republiky stanoví, že „Nikomú nemožno odňať štátne občianstvo Slovenskej republiky proti jeho vôli.“ Z uvedeného je zřejmé, že do 17. 7. 2010 jediný možný způsob pozbytí státního občanství Slovenské republiky, tj. propuštění ze státního svazku na vlastní žádost, nebyl s uvedeným ústavním ustanovením v rozporu, poněvadž k pozbytí státního občanství Slovenské republiky došlo tehdy, žádal-li tento občan výslovně o propuštění ze státního svazku.

Ve Slovenské republice nově zakotvený způsob pozbytí státního občanství SR v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle je v zahraničí poměrně letitým a v právních úpravách aprobovaným institutem, a proto bude vhodné nahlédnout na to, jak se Ústavní soudy vypořádaly s tímto problémem zde.

Jak jsem již uvedl, obdobnou úpravu pozbytí státního občanství v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle jako je v ust. § 9 odst. 16 ZSO SR má např. zákon o státní příslušnosti (*Staatsangehörigkeitsgesetz*) ve svém ustanovení § 25.

Čl. 16 odst. 1 Základního zákona (*Grundgesetz*) obsahuje mj. ujednání, že k pozbytí státního občanství smí dojít jen na základě zákona a proti vůli dotčené osoby jen tehdy, když se dotýčný jeho pozbytím nestane osobou bez státního občanství. Ústavní soud SRN výše citovanou otázku, jež je v současné době hojně nastolována ve Slovenské republice v souvislosti se zákonným zakotvením nového způsobu pozbytí státního občanství SR, opakovaně řešil a dovedl, že uvedený způsob pozbytí státního občanství v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle je v souladu s Úmluvou ze dne 6. 5. 1963 o omezení případů vícero občanství a vojenských povinností v případě vícero občanství (*European Treaty Series No. 43*) ve znění pozdějších dodatků, a není ani v rozporu s ústavním pořádkem, poněvadž k pozbytí státního občanství dochází vždy jen v důsledku projevu vůle, jímž dotýčný svobodně žádá o nabytí jiného (cizího) státního občanství než má. Tento žadatel tak jedná na základě vlastní svobodné úvahy, a proto je, resp. musí být srozuměn s následky, jež v důsledku jeho jednání nastanou; jinými slovy tento občan má jen ve svých rukou, zda si ponechá stávající státní občanství či jej pozbuje a nabyde státní občanství cizí. K tomu právní teorie i praxe připomíná, že z důvodu

svobodného rozhodování každého jedince a minimalizace situací, za nichž by byla tato svoboda rozhodování potlačena, byly přijaty výjimky, kvůli nimž nedojde k pozbytí státního občanství v důsledku nabytí cizího státního občanství na základě výslovného projevu vůle. Jde především o nabytí cizího státního občanství v souvislosti s uzavřením manželství s občanem cizího státu, a to za předpokladu, že cizí státní občanství manžela nabyt za trvání společného manželství, a narozením.

V současné době jsme nejen na půdě České republiky svědky prosazování názoru, že existence občanů se státním občanstvím dvou či více států (bipolité) není již v době existence Evropské unie, tzv. evropského občanství, neexistence povinné vojenské služby atd. a priori nežádoucím jevem tak, jak to bylo vnímáno dříve. Právní úprava Slovenské republiky je vedena právě ideou omezení případu dvojího státního občanství a státní občanství jako onen faktický nejužší poměr občana k jedinému státu není dle přesvědčení autora rozhodně ani v současné době anachronismem.

Literature:

- Hailbronner, K., Renner, G., Maaßen, H.-G. (2010):
Staatsangehörigkeitsrecht. 5. vydání. C. H. BECK, München, ISBN978 3
406 59548 6

Contact – email

JosefChyle@seznam.cz

CENTRÁLNÍ ÚLOŽIŠTĚ ELEKTRONICKÝCH RECEPTŮ A OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ

JAKUB KRÁL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Hlavním cílem tohoto článku je obecné představení Centrálního úložiště elektronických receptů včetně související právní úpravy, vymezení hlavních problémů, jež odráží stanoviska České lékařské komory, České lékárnické komory či Svazu pacientů ČR. Článek dále obsahuje přístup Státního ústavu pro kontrolu léčiv a Úřadu pro ochranu osobních údajů k této problematice.

Key words in original language

Centrální úložiště; elektronický recept; osobní údaj; Státní ústav pro kontrolu léčiv; Úřad pro ochranu osobních údajů; pseudoefedrin; pervitin; digitalizace.

Abstract

The main aim of this article is general presentation of Central repository of electronic prescriptions including related legal regulations, determination of basic problems, which reflect attitudes of the Czech Medical Chamber, Czech Pharmaceutical Chamber or Czech Association of Patients. The article also includes opinion of the State Institute for Drug Control and The Office for Personal Data Protection about these questions.

Key words

Central repository; electronic prescription; personal data; State Institute for Drug Control; The Office for Personal Data Protection; pseudoefedrin; pervitin; digitizing.

ÚVOD

Problematika Centrálního úložiště elektronických receptů je velice zajímavé a především stále aktuální téma jak v oblasti farmaceutického práva, tak z pohledu ochrany osobních údajů. Doposud však byla tomuto tématu věnována především mediální pozornost zaměřená na dílčí atraktivní aspekty, přičemž komplexní právní zhodnocení této otázky do značné míry absentuje. Z výše uvedeného důvodu jsem se rozhodl, vzhledem k mému zaměření na farmaceutické právo, představit aktuální právní úpravu, vymezit hlavní problémy včetně shrnutí přístupů Státního ústavu pro kontrolu léčiv, České lékařské komory, České lékárnické komory, Grémia majitelů lékáren a Svazu pacientů ČR, jakožto subjektů, kterých se tato problematika bytostně týká. Taktéž se pokusím o stručný rozbor souvisejících rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů.

PRÁVNÍ ÚPRAVA

Samotná existence Centrálního úložiště elektronických receptů, jakožto organizační součásti Státního ústavu pro kontrolu léčiv (dále jen "Ústav"), je zakotvena v ustanovení § 13 odst. 3 písm. n) zákona o léčivech¹, které stanoví, že "Ústav v oblasti humánních léčiv zřizuje a provozuje centrální datové úložiště pro sběr a zpracování elektronicky předepisovaných léčivých přípravků". Pro účely zákona o léčivech je zavedena legislativní zkratka Centrální úložiště elektronických receptů, jež se v odborné veřejnosti osvědčila jako obecně užívaný pojem, a to i ve zkrácené verzi pouze jako "centrální úložiště". V přechodném ustanovení § 113 zákona o léčivech je Ústavu uložena k jeho zřízení lhůta jednoho roku od nabytí účinnosti tohoto zákona.²

Ustanovení § 80 zákona o léčivech dále stanoví, že "Jedná-li se o lékařský předpis v elektronické podobě (dále jen "elektronický recept"), je předepisující lékař povinen zaslat jej podle § 81 centrálnímu úložišti elektronických receptů, které mu obratem sdělí identifikační znak, kterým je zasláný elektronický recept opatřen. Tento identifikační znak, na jehož základě bude předepsaný léčivý přípravek v lékárně vydán, musí předepisující lékař sdělit pacientovi. Prováděcí právní předpis stanoví způsob předepisování léčivých přípravků, údaje uváděné na lékařském předpisu a pravidla používání lékařských předpisů. Dále prováděcí právní předpis stanoví postup a podmínky pro komunikaci předepisujících lékařů a farmaceutů vydávajících předepsané léčivé přípravky s centrálním úložištěm

¹ Zákon č. 378/2007 Sb., o léčivech a o změnách některých souvisejících zákonů (zákon o léčivech), ve znění pozdějších předpisů.

² Účinnost zákona o léčivech je dána od 31. 12. 2007.

elektronických receptů, způsob vytváření identifikačních znaků, které centrální úložiště elektronických receptů poskytuje předepisujícím lékařům, způsob zasílání elektronických receptů předepisujícími lékaři a způsob evidence elektronických receptů, včetně evidence elektronických receptů, na které byly léčivé přípravky již vydány."

Jednotlivé cíle a úkoly Centrálního úložiště elektronických receptů jsou vyjmenovány v ustanovení § 81 zákona o léčivech. Jedná se o zabezpečení příslušných povinností Ústavu, jako je přijímání a shromažďování elektronických receptů, přidělování identifikačních znaků, bezúplatné zpřístupňování elektronických receptů vydávajícím farmaceutům, zabezpečování bezúplatného nepřetržitého přístupu do databáze elektronických receptů předepisujícím lékařům a vydávajícím farmaceutům, zajišťování ochrany a bezpečnosti v databázi uložených elektronických receptů před jejich poškozením, zneužitím nebo ztrátou, zajišťování ochrany a předání údajů v případě ukončení činnosti a neodkladné označování zpřístupněných elektronických receptů.

Navazujícími prováděcími právními předpisy jsou vyhláška o způsobu předepisování léčivých přípravků³ a vyhláška o správné lékařské praxi⁴, které mj. podrobně upravují vytváření a zasílání elektronických receptů a jejich zpracování Centrálním úložištěm elektronických receptů, změny údajů elektronického receptu, zrušení elektronického receptu, přístup předepisujících lékařů a vydávajících lékárníků k vystaveným elektronickým receptům a k těm elektronickým receptům, na jejichž základě byly již léčivé přípravky vydány, komunikaci lékařů a lékárníků s Centrálním úložištěm elektronických receptů a technickou dokumentaci k elektronickému předepisování, resp. výdeji uskutečňovanému na základě elektronického předepisování.

V neposlední řadě je třeba upozornit na Pokyn Ústavu LEK – 13 (nyní verze 2), jenž je vydán na základě ustanovení § 82 odst. 3 písm. d) zákona o léčivech. Tento závazný pokyn je primárně určen lékárnám a vymezuje a blíže specifikuje rozsah a způsob poskytování údajů o vydaných léčivých přípravcích.

³ Vyhláška č. 54/2008 Sb., o způsobu předepisování léčivých přípravků, údajích uváděných na lékařském předpisu a o pravidlech používání lékařských předpisů, ve znění pozdějších předpisů.

⁴ Vyhláška č. 84/2008 Sb., o správné lékařské praxi, bližších podmínkách zacházení s léčivými v lékárnách, zdravotnických zařízeních a u dalších provozovatelů a zařízení vydávajících léčivé přípravky, ve znění pozdějších předpisů.

DŮVODY VZNIKU CENTRÁLNÍHO ÚLOŽIŠTĚ ELEKTRONICKÝCH RECEPTŮ

Původně nepropojený systém evidence receptů byl dlouhodobě kritizován s ohledem na skutečnost, že pravidelně docházelo k nadužívání léků a taktéž k jejich přímému zneužívání pro výrobu drog. Jako příklad lze uvést léčivé přípravky s obsahem pseudoefedrinu, jejichž výdej byl jen velmi problematicky kontrolovatelný, přestože prokazatelně vedl v celé řadě případů k výrobě pervitinu.

V této fázi se většina zainteresovaných subjektů shodla na možnosti řešení cestou celorepublikové centrální databáze, která bude schopna případům podobného zneužívání léčiv zamezit nebo je alespoň do značné míry eliminovat. Základní zákonný rámec byl zakotven v zákoně o léčivech, jak již jsem popsal v předchozí části tohoto článku. Ještě ve fázi schvalování příslušné legislativy tedy panovala relativně všeobecná shoda na zvoleném způsobu řešení daného problému.

Jako další důvody vzniku Centrálního úložiště elektronických receptů lze uvést snahu o pokrok v oblasti elektronizace zdravotnictví (viz projekt eHealth), eliminaci zdraví ohrožujících kombinací léčiv způsobených léčbou několika chorob různými specialisty, kteří vzájemně nevědí o preskripci toho druhého, či lepší kontrola vykazování úhrad na konkrétního pacienta jak pojišťovnamí, tak samotným pacientem (existovaly případy duplicit, kdy pacientovi byla poskytnuta léčba pouze jednou, ale vykázána byla i několikrát).

Veškerá kritika na adresu Centrálního úložiště elektronických receptů započala teprve ve fázi příprav konkrétní realizace tohoto projektu Ústavem, kde však i nadále nebyl napadán samotný účel databáze, nýbrž rizika plynoucí z nízké úrovně ochrany a zabezpečení zpracovávaných dat a současně nadbytečný rozsah vyžadovaných citlivých osobních údajů, který evokoval obavy z jejich následného zneužití.

KRITIKA NA ADRESU CENTRÁLNÍHO ÚLOŽIŠTĚ ELEKTRONICKÝCH RECEPTŮ

Grémium majitelů lékáren

Tato organizace sdružující nikoli lékárníky, jakožto farmaceuty, nýbrž primárně podnikatele, jejichž předmětem činnosti je samotné provozování lékáren, vyjádřila jako první své pochybnosti, zda Ústavem zvolené řešení

realizace Centrálního úložiště elektronických receptů nevykazuje zásadní nedostatky v kontextu zákona o ochraně osobních údajů⁵.

Proto se Grémium majitelů lékáren dopisem obrátilo přímo na Úřad pro ochranu osobních údajů s žádostí o posouzení souladu zpracovávání citlivých osobních údajů se zákonem o ochraně osobních údajů. Hlavní pochybnosti byly dovozovány z údajné absence explicitního vyjádření pravomoci lékáren a sekundárně i Ústavu ke sběru, zpracování, hlášení a následnému uchování dat týkajících se jednotlivých pacientů.

Odpověď⁶ Úřadu pro ochranu osobních údajů byla velmi obecná, avšak v jejím závěru bylo konstatováno, že připravovaný postup Ústavu nebyl shledán v rozporu se zákonem o ochraně osobních údajů.

Od tohoto okamžiku zaujalo Grémium majitelů lékáren opět spíše pozitivní náhled na Centrální úložiště elektronických receptů, což lze dokumentovat např. na vyjádření Mgr. Hampla, předsedy předsednictva, který na konferenci Farmako 2010 uvedl "Pacient se přeci chce léčit, a jestliže chce mít přístup k informacím, musí tam nejdříve nějaké informace být. Pokud chceme poskytovat kvalitní lékařské služby, musíme mít kompletní informace o tom, jak je pacient medikován, a musíme k nim mít kompletní přístup. Do pojišťovny neodcházejí totiž všechna data, pojišťovna se nic nedozví o lécích, které nehradí a pacient si je zakoupí za svoje peníze."

Česká lékárnická komora

Výrazně ostřeji se k průběhu realizace Centrálního úložiště elektronických receptů vyjadřuje Česká lékárnická komora, jakožto stavovská organizace povinně sdružující všechny lékárníky v České republice. Opět kritika nesměřuje proti samotné podstatě existence Centrálního úložiště elektronických receptů, nýbrž především proti velkým rizikům zneužití citlivých osobních údajů. PharmDr. Havlíček, prezident České lékárnické komory, doslova uvádí: "Zákon vůbec nepředpokládá, že by Ústav měl vybudovat databázi, z níž by bylo možné čerpat údaje o medikaci každého jednotlivého pacienta, preskripci každého jednotlivého lékaře a výdejní činnosti každého lékárníka. Zákon definuje Centrální úložiště jako místo

⁵ Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Odpověď Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 15. 12. 2008, č. j.: VER-6580/08-3/POT.

sloužící výlučně k nakládání s elektronickými recepty. Ani slovem nedává možnost využít je k jiným účelům."⁷

Z dalších vyjádření České lékárnické komory jsou také jasně patrné úplně jiné problémy, které dle lékárníků spočívají ve skutečnosti, že Ústav bude veškerá poskytnutá data využívat pro svou kontrolní činnost a taktéž že povinné zapojení všech lékáren do tohoto velkého digitálního projektu bude znamenat jejich nemalé investice do potřebných technologií.

Česká lékařská komora

Zástupci České lékařské komory, jmenovitě především její prezident MUDr. Kubek, taktéž opakovaně vyjadřují své obavy z možnosti zneužití poskytovaných dat. Česká lékařská komora se obecně staví k celému projektu poměrně zdrženlivě, neboť se domnívá, že lze problém zneužívání léčiv s obsahem pseudoefedrinu k výrobě pervitinu řešit jednoduššími a zároveň méně nákladnými způsoby. Konkrétně navrhuje vydávat tuto rizikovou skupinu léčiv výhradně na lékařský předpis při zachování volného prodeje léčiv, jež mají obdobný efekt, přičemž pseudoefedrin neobsahují.⁸

Česká lékařská komora zastává názor, že sledování spotřeb a cen léčiv, popř. kontrola výskytu nežádoucích účinků je jednoznačně prospěšná, avšak musí být zajištěno, aby byl přístup do databáze omezen do té míry, že z ní nebudou moci čerpat citlivé osobní údaje např. zaměstnavatelé, banky či pojišťovny.⁹

Svaz pacientů ČR

Pacientských organizací je v České republice nepřehledné množství a skutečnost, že drtivá většina z nich přijala myšlenku projektu Centrálního úložiště elektronických receptů veskrze pozitivně, je snadno

⁷ Havlíček, S., Maršík, J.: Na která data má SÚKL ze zákona právo?. *Medical Tribune*. 2009, roč. 5, č. 1, s. 7, ISSN 1214-8911.

⁸ Konference Farmako 2010.

⁹ Kubek, M.: Jde o pervitin, nebo o zisky farmaceutických firem a o špiclování občanů?. *Tempus Medicorum*. 2009, roč. 18, č. 5, s. 24, ISSN 1211 – 0647.

dokumentovatelná z velkého množství jejich zveřejněných vyjádření na webových stránkách Ústavu.¹⁰

Naopak poté, co se zvedla mohutná vlna kritiky v souvislosti s obavami celé řady subjektů o zajištění ochrany citlivých osobních údajů, zareagovala největší pacientská organizace Svaz pacientů ČR velmi důrazným právním krokem v podobě podání trestního oznámení pro podezření ze spáchání trestných činů porušování povinností při správě cizího majetku, poškozování cizích práv, poškození a zneužití záznamu na nosiči informací a zneužití pravomoci veřejného činitele. Tento svůj postup zdůvodnila skutečností, že Ústav i přes závěry Kontrolního protokolu¹¹ Úřadu pro ochranu osobních údajů nadále shromažďuje citlivé osobní údaje bez vědomí a souhlasu pacientů, a to v rozporu s platnou legislativou.

Obrat v přístupu Svazu pacientů ČR byl odůvodněn jak pokračujícím procesem nezákonného sběru a uchovávání osobních dat, tak i jednostranným ukončením spolupráce a komunikace ze strany Ústavu v dané problematice.

ZÁSAH ÚŘADU PRO OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Jak již bylo uvedeno výše, velmi důležitou roli v této problematice hraje názor a následně i postup Úřadu pro ochranu osobních údajů. Ten na základě podnětů z kontrol prováděných u Ústavu v průběhu roku 2009 zahájil dne 9. 12. 2009 správní řízení pro podezření ze spáchání správního deliktu podle ustanovení § 45 odst. 1 písm. a), e) a h) zákona o ochraně osobních údajů. Konkrétně tedy vinil Ústav z toho, že

- nestanovil účel, prostředky nebo způsob zpracování, nebo stanoveným účelem zpracování porušil povinnost nebo překročil oprávnění vyplývající ze zvláštního zákona;
- zpracovával osobní údaje bez souhlasu subjektu údajů mimo případy uvedené v zákoně (§ 5 odst. 2 a § 9);
- nepřijal nebo neprovedl opatření pro zajištění bezpečnosti zpracování osobních údajů (§ 13).

¹⁰ Reakce pacientských organizací na centrální úložiště. Státní ústav pro kontrolu léčiv [online]. [cit. 2010-10-29]. Dostupné z: <<http://www.sukl.cz/reakce-pacientskych-organizaci-na-centralni-uloziste>>.

¹¹ Kontrolní protokol Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 30. 7. 2009, č. j.: INSP-0277/09-40.

Za porušení výše uvedených ustanovení nakonec rozhodnutím¹² uložil Ústavu pokutu ve výši 2,3 mil. Kč.

Své rozhodnutí odůvodnil Úřad pro ochranu osobních údajů tím, že zmocnění ke shromažďování osobních údajů obsažené v zákoně o léčivech, které jednoznačně dává Ústavu oprávnění k provozování Centrálního úložiště elektronických receptů, se však omezuje pouze na sběr a zpracování elektronických receptů. Tím, že Ústav rozšířil rozsah shromažďovaných údajů na identifikační údaje pacienta (číslo pojištěnce nebo jméno, příjmení, datum narození a adresa), kód zdravotní pojišťovny, identifikace lékárny a údaje o vydaném léčivém přípravku, překročil svá oprávnění vyplývající mu ze zákona o léčivech, což je také jasně v rozporu s čl. 10 odst. 3 Listiny základních práv a svobod¹³, který jasně vymezuje, že státní orgány mohou vykonávat svou činnost jen v rozsahu svěřeném jim zákonem.

Také bylo dle názoru Úřadu pro ochranu osobních údajů nepochybné, že Ústav neměl pro nakládání s citlivými osobními daty pacientů jejich souhlas tak, jak to vyžaduje ustanovení § 9 písm. a) zákona o ochraně osobních údajů.

Nadto Ústav porušil ustanovení zákona o ochraně osobních údajů také tím, že pro předávání dat do Centrálního úložiště elektronických receptů byla vždy autorizována lékárna jako celek, nikoli každý jednotlivý lékárník. Tím, že byly přístupové údaje a heslo společné vždy pro celou lékárnu, nebyla dostatečně zajištěna bezpečnost celého systému.

Ústav proti tomuto rozhodnutí uplatnil dne 22. 2. 2010 rozklad, přičemž se opíral především o následující argumenty:

"1. Ústav se při nastavení systému řídil stanoviskem Úřadu, které bylo vydáno dne 15. 12. 2008 a ve kterém bylo jednoznačně konstatováno, že zamýšlený postup Ústavu je v souladu se zákonem. Úřad tedy nyní ukládá pokutu za jednání, které předtím ještě než vůbec bylo započato, samotný Úřad svým stanoviskem odsouhlasil.

2. Napadené rozhodnutí nebylo vydáno v souladu s právními předpisy z důvodu nezákonnosti správního řízení, které předcházelo jeho vydání. Tato nezákonnost spočívá ve skutečnosti, že se správní orgán náležitě nevypořádal s podklady pro vydání rozhodnutí, zejména listinnými důkazy (včetně vyjádření účastníka řízení), jež jsou obsahem správního spisu. Tím došlo k porušení příslušných ustanovení správního řádu.

¹² Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 10. 2. 2010, č. j.: SPR-6781/09-74.

¹³ Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

3. Závěry napadeného rozhodnutí se zakládají na nesprávné právní kvalifikaci zjištěného skutkového stavu, neboť účastník řízení se nedopustil porušení hmotněprávních ustanovení zákona o ochraně osobních údajů, či jiných právních předpisů. Rozhodnutí trpí i takovou vadou, která spočívá v nesprávném uvedení doby, po kterou údajné protiprávní jednání trvalo, když přímo ve výroku je uvedeno, že ve vztahu ke všem třem vytykaným skutkům se jednalo o dobu od ledna 2009 do září 2009 a přitom se v textu napadeného rozhodnutí odkazuje na pokyn Ústavu, kterým byl stanoven účel zpracování osobních údajů a podle něhož bylo postupováno; tento pokyn Ústavu však nabyl účinnosti až dnem 1. 5. 2009.

4. I pokud by účastník řízení teoreticky připustil, že se uvedených správních deliktů dopustil, jeví se uložená pokuta zjevně nepřiměřená, přičemž výše uložené sankce není náležitě zdůvodněna v souladu se zákonem o ochraně osobních údajů, správním řádem i současnou judikaturou."¹⁴

Odvolací orgán, konkrétně tedy předseda Úřadu pro ochranu osobních údajů, svým rozhodnutím¹⁵ rozklad Ústavu zamítl. V odůvodnění klade hlavní důraz na skutečnost, že není pochyb o tom, že Ústav v rámci své činnosti zpracovával též údaje vypovídající o zdravotním stavu pacientů, což jsou citlivé osobní údaje ve smyslu ustanovení § 4 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů. Tyto údaje shromažďoval nad rámec zákonného zmocnění a současně bez souhlasu dotčených osob. Odvolací orgán dále konstatuje, že skutkový stav zjištěný v rámci provedené kontroly a popsáný v rozhodnutí první instance Ústav nezpochybnil, přičemž pouze polemizoval o otázkách právní kvalifikace řádného procesního postupu a přiměřenosti udělené pokuty. Odvolací orgán se dále odkazuje na ustanovení čl. 6 odst. 1 písm. b) směrnice o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů¹⁶, která uvádí, že "stanovené účely zpracování musí být výslovně vyjádřené a legitimní". Dalším argumentem je skutečnost, že ani zákon o léčivech, ani vyhláška o správné lékařské praxi nepředpokládají, že by v Centrálním úložišti elektronických receptů mělo docházet ke zpracování osobních údajů získaných z jiného zdroje, než právě z elektronického receptu. Naopak Ústav shromažďoval též citlivé osobní údaje, které získával z hlášení o výdeji léčiv na základě receptů v listinné podobě, resp. o výdeji léčiv bez receptu s omezením. Taktéž nebyla shledána existence oprávnění či uložení

¹⁴ Rozklad proti rozhodnutí ÚOOÚ o uložení pokuty. Státní ústav pro kontrolu léčiv [online]. [cit. 2010-10-29]. Dostupné z: <<http://www.sukl.cz/rozklad-proti-rozhodnuti-uouu-o-ulozeni-pokuty>>.

¹⁵ Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 30. 6. 2010, č. j.: SPR-6781/09-81.

¹⁶ Směrnice č. 95/46/ES, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů.

povinnosti Ústavu shromažďovat a zpracovávat citlivá osobní data pacientů na základě právní úpravy EU.

Závěrem k této problematice odvolací orgán konstatoval, že všechny ohlašovací povinnosti zakotvené v zákoně o léčivech lze naplnit prostým hlášením statistické povahy, a to bez jakéhokoli sběru osobních údajů. Odvolací orgán taktéž zpochybnil formu informačního prostředku (konkrétně pokyn), kterým Ústav ukládal jednotlivým subjektům povinnosti.

K nesouladu napadeného rozhodnutí s jemu předcházející odpovědí na dopis Grémia majitelů lékáren se vyjádřil odvolací orgán v tom smyslu, že tato odpověď vycházela z údajů poskytnutých tazatelem a zároveň nezakládá tento dokument žádná práva či povinnosti, v konečném důsledku není ani relevantní pro předmětné správní řízení, jež vycházelo z kontroly na místě. Stejně tak popřel jakoukoli procesní provázanost kontrolního řízení, řízení o pořádkové pokutě a řízení o správním deliktu.

ZÁVĚR

Pokud bych měl na závěr zaujmout k dané problematice vlastní stanovisko, musím říci, že samotnou myšlenku na zřízení centralizované evidence elektronických receptů považuji za velmi prospěšnou a dokonce neváhám tvrdit, že s postupem času zcela nezbytnou. Je ovšem k zamyšlení, že k rozsahu projektu má výhrady většina zainteresovaných. Většinu jejich obav nesdílím, nicméně se domnívám, že se v tomto případě opět potvrdil nedostatek, který doprovází digitalizaci veřejné správy jako celek, a sice nízká míra informovanosti, uspěchání realizace a technická i personální nepřipravenost zapojených subjektů.

Prvotní problém spatřuji na straně Ústavu v nedostatečné komunikaci. Je nepochybně pravdou, že Ústav průběžně informoval ve zcela obecné a nekonkrétní podobě. Se zamýšleným výrazným rozšířením množství zpracovávaných dat seznámil dotčené subjekty až těsně před spuštěním celého projektu, přičemž veškeré debaty o zákonnosti celého procesu fakticky probíhaly teprve v době, kdy již bylo Centrální úložiště elektronických receptů v provozu. Domnívám se, že se Ústav neměl nechat ukonejšit počáteční shodou dotčených subjektů se zřízením jednotné evidence a již po schválení zákona o léčivech měl s nimi důkladně konzultovat své další kroky v této oblasti, především při vymýšlení finální koncepce, ale i při následné realizaci. Je též otázkou, jestli hned na počátku nebylo zřejmé, že je připravovaný postup Ústavu za hranou zákonného zmocnění.

Na druhou stranu považuji za naprosto neadekvátní a lze říci i hysterické reakce některých "bojovníků za lidská práva a ochranu osobních údajů",

keré mi připadají spíše než konstruktivní kritikou jakýmsi mediálně vděčným "honem na čarodějnici" představovanou Ústavem. V souvislosti s tímto mě napadá celá řada otázek. Není náhodou rozsah realizace Centrálního úložiště elektronických receptů zvolený Ústavem legitimní co do účelu, který daný projekt měl sledovat? Nemělo by být spíše rozšířeno zákonné zmocnění (popř. jak moc)? Máme mít databázi pouze elektronických receptů (když dnes lékaři předepisují zásadně recepty v listinné podobě a digitalizaci se brání)?

Dle mého názoru se jedná o velmi ambiciózní projekt, který s sebou zcela logicky přináší celou řadu problémů, jež byly s určitým zpožděním identifikovány a do značné míry eliminovány. Svým článkem jsem se pokusil na tuto problematiku poukázat v trochu odlišném světle a hlavně upozornit na často opomíjené právní aspekty, o kterých by v tomto případě měla být vedena debata především.

Literature:

- Havlíček, S., Maršík, J.: Na která data má SÚKL ze zákona právo?. *Medical Tribune*. 2009, roč. 5, č. 1, s. 7, ISSN 1214-8911.
- Kontrolní protokol Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 30. 7. 2009, č. j.: INSP-0277/09-40.
- Kubek, M.: Jde o pervitin, nebo o zisky farmaceutických firem a o špiclování občanů?. *Tempus Medicorum*. 2009, roč. 18, č. 5, s. 24, ISSN 1211 – 0647.
- Odpověď Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 15. 12. 2008, č. j.: VER-6580/08-3/POT.
- Reakce patientských organizací na centrální úložiště. Státní ústav pro kontrolu léčiv [online]. [cit. 2010-10-29]. Dostupné z: <<http://www.sukl.cz/reakce-pacientskych-organizaci-na-centralni-uloziste>>.
- Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 30. 6. 2010, č. j.: SPR-6781/09-81.
- Rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 10. 2. 2010, č. j.: SPR-6781/09-74.

- Rozklad proti rozhodnutí ÚOOÚ o uložení pokuty. Státní ústav pro kontrolu léčiv [online]. [cit. 2010-10-29]. Dostupné z: <<http://www.sukl.cz/rozklad-proti-rozhodnuti-uouu-o-ulozeni-pokuty>>.

Contact – email

jakub.kral@mail.muni.cz

MATRIKA STUDENTŮ

VERONIKA KUDROVÁ

Právnická Fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá institutem matriky studentů. Popisuje jeho právní původ, význam a spojení se souvisejícími instituty a jevy. Dále popisuje relevantní problematické jevy. Téma nakonec doplňuje krátkým představením příbuzných institutů - školní matrikou a registrem docentů a profesorů

Key words in original language

Student; studium; zákon o vysokých školách; poplatky za studium; školní matrika; registr docentů a profesorů.

Abstract

The contribution deals with legal institute of registry of students. It describes its origin, importance and its connection to the related institutes. Therefore it describes relevant problems. By the end it also provides a brief introduction to the related legal institutes - registry of scholars and registry of assoc. professors and professors.

Key words

Student; study; higher education act; study-related fees; registry of scholars; registry of assoc. professors and professors.

1. ÚVOD

Pojem matrika je obecně používán pro státní evidenci narození, uzavření manželství, resp. vzniku registrovaného partnerství, a úmrtí fyzických osob na území České republiky, jakož i českých občanů v zahraničí, podle zákona č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen "zákon o matrikách"). Potřeba evidovat uvedené údaje má své dávné historické kořeny - knihy křestní jsou vedeny již od počátku křesťanství, knihy sňatků a úmrtí od dob justiniánských. Podrobněji právně upraveny byly v roce 1614¹.

Naproti tomu matrika (vysokoškolských) studentů je institutem poměrně novým - do českého právního řádu byl zaveden až zákonem č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách) (dále jen "zákon o vysokých školách" či též jen "zákon").

¹ Laštovka, K. in HÁCHA, E. a kol. Slovník veřejného práva československého. Svazek II. Reprint původního vydání z roku 1932. Praha : Eurolex Bohemia, 2000, s. 549.

Na rozdíl od výše uvedené matriky v užším slova smyslu se matrika studentů obecné známosti netěší. Cílem toho příspěvku je proto jednak rozšíření povědomí o matrice studentů, a dále upozornění na problematické jevy, které je třeba brát v úvahu a v rámci možností jejich nepříznivý dopad eliminovat.

Dosaženo toho má být popisem institutu matrika studentů, jeho spojením s dalšími aspekty vysokého školství, jakož i stručným doplněním informací o příbuzných institutech, jimiž jsou *školní matrika* a *registr docentů a profesorů*.

2. MATRIKA STUDENTŮ

Jak bylo již uvedeno, matrika studentů je poměrně novým institutem českého práva. Zaveden byl zákonem o vysokých školách, a to *jako prostředek pro přesnou evidenci studentů*² sloužící také k rozpočtovým a statistickým účelům.

Student je osobou zapsanou v akreditovaném studijním programu. Jeho *studium* začíná dnem zápisu do studia, došlo-li ke vzniku práva na zápis na základě rozhodnutí děkana (rektora) o přijetí uchazeče ke studiu, případně dnem opakovaného zápisu do studia v případě, že bylo studium přerušeno. Ukončuje se buď řádně – absolvováním studijního programu zakončeného vykonáním státní závěrečné zkoušky (nebo její poslední části), anebo jinak, než řádně, a to

- zanecháním studia – dnem, kdy bylo vysoké škole (fakultě) doručeno písemné prohlášení o zanechání studia
- rozhodnutím příslušného orgánu vysoké školy o ukončení studia (pro nesplnění studijních požadavků) či o vyloučení ze studia (v důsledku sankce za disciplinární přestupek či podvodné jednání při přijímacím řízení) - dnem, kdy takové rozhodnutí nabylo právní moci
- omezením (odnětím či zánikem) akreditace studijního programu - samotným vznikem předpokládané situace, nejpozději dnem, kdy uplynula lhůta stanovená v rozhodnutí ministerstva³.

² VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY (4. 7.1996 - 2. 1.1998). Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona ze dne ... 1997, o vysokých školách a o změně a doplnění zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (zákon o vysokých školách) [zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách)]. Poslanecká sněmovna : tisk č. 329, 1997.

³ Zákon paradoxně řeší jen některé situace, za nichž studium zaniká společně se zánikem akreditace, zcela však opomíjí např. situaci, kdy k zániku akreditace došlo uplynutím doby, na níž byla udělena.

2.1 OBSAH INSTITUTU

Do matriky studentů se zaznamenává jméno, příjmení, rodné číslo, stav a trvalý pobyt studenta, u cizinců též datum narození, pohlaví, bydliště v České republice a státní občanství.

O studentech studujících na českých vysokých školách jsou v nich povinně vedeny údaje o

- zápisu do studia,
- předchozím vzdělání,
- studijním programem, studijním oborem, formě studia,
- zápisu do vyššího ročníku nebo dalšího bloku,
- složených státních zkouškách a uděleném akademickém titulu,
- přerušení studia, a
- ukončení studia.

Zákon přitom připouští, aby vysoká škola zaznamenávala do matriky studentů i další údaje potřebné pro sledování průběhu studia jednotlivých studentů.

Zatímco pro slovenský ekvivalent - registr studentů⁴ - platí, že vysoké školy mohou poskytovat jen vybrané údaje v něm vedené, a to právnickým a fyzickým osobám, se kterými mají uzavřenou dohodu o poskytování služeb vyžadujících použití průkazu studenta⁵, český zákon o vysokých školách poněkud volněji stanoví, že vysoká škola sdělí příslušný údaj tomu, kdo osvědčil právní zájem⁶.

Aby bylo možno údaje vedené jednotlivými vysokými školami využívat pro statistické a rozpočtové účely, byla Ministerstvu školství, mládeže a tělovýchovy (dále též jen "Ministerstvo") přiznána pravomoc sdružovat a využívat informace z matrik studentů jednotlivých vysokých škol. Za

⁴ Register študentov.

⁵ § 73 odst. 5 zákona č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ § 88 odst. 5 zákona o vysokých školách.

účelem realizace této kompetence vznikla databáze sdružených informací matrik studentů (dále jen "SIMS")⁷.

Do této databáze jsou čtyřikrát ročně přenášena zákonem stanovená data z jednotlivých matrik studentů, relevantní data jsou pak zároveň ze SIMS transferována zpět do matrik. Tak dochází nejen k centrálnímu sběru informací Ministerstvem, ale též k doplnění relevantních informací do jednotlivých matrik. Tím se škola, která ve své matrice eviduje určitého studenta, dozví relevantní informace o jeho dalších studiích.

Toliko vysoká škola je oprávněna činit záznamy do matriky studentů, a to pouze ohledně studií jí uskutečňovaných.

2.2 VÝZNAM INSTITUTU

V obecné rovině poskytuje matrika studentů a zejména SIMS nezbytný podklad pro nejrůznější statistická data. Konkrétněji pak jde zejména o data potřebná pro **financování** základní činnosti veřejných vysokých škol a dále o data rozhodná pro **vyměřování poplatků spojených se studiem**. V poslední době vzrůstají data uvedená v matrice studentů na významu též pro **posouzení řádného průběhu studia**⁸.

Rozpočet státních vysokých škol je dán kapitolou příslušného ministerstva (Ministerstva obrany či Ministerstva vnitra), soukromé vysoké školy jsou zásadně povinny samy si zajistit prostředky na svou činnost. Veřejné vysoké školy získávají na svou vzdělávací a vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost nebo svůj rozvoj či na ubytování a stravování studentů finanční prostředky ze státního rozpočtu. Přidělovány jsou jim podle různých kritérií, z nichž celkem 8 (kritéria A, B1, B2, B3, C, D, S, U, J) je odvozeno od počtu studentů splňujících určitá kritéria.⁹

Poplatky za studium jsou sankcí, která má odradit studenty vysokých škol od nežádoucího studijního jednání blíže specifikovatelného jako neúměrné

⁷ Blíže k tomu ŠMÍD, V., KOHOUTKOVÁ, J. Matriky studentů vysokých škol v ČR a jejich informační hodnota. In Mezinárodní konference RUFIS 2000. Sborník příspěvků. Brno : ApS Brno, spol. s r.o., 2000. s. 111-115.

⁸ Na podzim roku 2009 se pro studia ukončená v době podstatně kratší než je jejich standardní doba vžil termín "*rychlostudium*", pro jejich absolventy pak pojem "*rychlostudent*." Právě informace získané z matrik studentů umožnily posouzení patřičných aspektů.

⁹ Srov. Pravidla pro poskytování dotací veřejným vysokým školám Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy podle zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, Č.j.: 598/2010-33 z nevedeného 2. 2010.

prodlužování studia či opakované studování obdobného stupně¹⁰. Jejich úprava je zakotvena v § 58 zákona o vysokých školách.

2.3 NĚKTERÉ PROBLEMATICKÉ ASPEKTY

Slabá místa matrik studentů vyplývají jak z praktických aspektů, tak i z nedokonalostí právních.

Zásadním praktickým problémem je **slepé místo v časovém období mezi jednotlivými daty sběrů informací** z matrik vedených vysokými školami do SIMS. Toto slepé místo pak nutně vede k tomu, že informace získaná ze SIMS neodpovídá vždy realitě.

Tento rozpor s realitou není tak podstatný, pokud jde o financování vysokých škol, neboť pro něj jsou pro jeho složitost a podstatu přidělování prostředků na budoucí období i tak rozhodné údaje minulé době, na níž se finanční prostředky přidělují.

K nenapravitelným rozporům může ale vést zpoždění skutečných informací ve věci poplatků spojených se studiem. Vysoká škola je totiž povinna vyměřit studentovi poplatek za další studium v případě, že studuje v bakalářském studijním programu či magisterském studijním programu nenavazujícím jako absolvent jiného bakalářského studijního programu či magisterského studijního programu či pokud absolvent magisterského studia studuje v jiném studiu magisterském. Obdobně pro stanovení doby rozhodné pro vyměření poplatku za studium je relevantní též doba předchozích neúspěšných studií.

Protože je vysoká škola nadána pravomocí samosprávně rozhodovat toliko o členech své samosprávy, tedy o členech své akademické obce, nemůže samosprávně vyměřovat poplatky za studium svým nečlenům - úspěšným či neúspěšným absolventům. Zpoždění dostupných informací za realitou je tedy způsobilé vyvolat situaci, kdy sice na faktický stav dopadá právní norma zakotvující povinnost vysoké školy vyměřit poplatek za studium, ovšem ve skutečnosti o tom vysoká škola (ještě) neví. Ve chvíli, kdy se informaci dozví, již nemusí být dána její působnost nad osobou, která svým jednáním naplnila skutkovou podstatu daného poplatku.

Otázkou je, v jakém stupni proporcionality by byla případná investice do systému, který by umožňoval častější sběr dat¹¹ či dokonce jeho aktualizaci

¹⁰ K tomu blíže KUDROVÁ, V. Poplatky za studium nejsou školným. *Revue Universitas*. 2010, roč. 43, č. 2, s. 16 - 22. ISSN 1211-3387.

¹¹ Jak vyplývá z informace uvedené na webových stránkách Univerzity Karlovy, sběr dat probíhá čtyřikrát ročně. Informační systém Univerzity Karlovy : Informační systém Studium : Metodika práce s IS Studium : SIMS [online]. [cit. 10-11-17]. Dostupné z <http://is.cuni.cz/IS-89.html>.

v reálném čase, vzhledem k počtu případů, na něž výše popsany nežádoucí jev dopadá.

Pokud jde o právní nedostatečnost, lze poukázat zejména na **rozsah informací** evidovaných v matrice studentů a dále na **okruh povinných subjektů**, jakož i na **procedurální požadavky** na zápisy těmito subjekty činěné.

Okruhem povinných subjektů jsou zde myšleny především **zahraniční vzdělávací instituce**, které z podstaty věci nejsou a ani nemohou být nuceny participovat na SIMS.

Přestože funkce poplatků za studium je vztažena k výdajům na vzdělávání na českých vysokých školách, neboť právě do nich směřují finance za účelem poskytování ústavně zaručeného práva na bezplatné vysokoškolské vzdělání¹², a tedy není účelné zjišťovat předchozí studium na školách zahraničních, je jistě účelné zjišťovat průběh a délku vzdělání předchozího v případě, že ve stávajícím studiu došlo k uznání částí studia. A to proto, že student, jemuž byly v souvislosti s předchozím zahraničním vzděláním uznány podstatné části studia, se pak na základě údajů dostupných v matrice studentů vypovídajících pouze o průbězích studií na českých vysokých školách, může jevit jako *rychlostudent*.

S ohledem na svrchovanost státní moci lze soudit, že požadavek na evidenci potřebných údajů zahraničními vzdělávacími institucemi terciárního vzdělávání, není splnitelný.

Mezi skutečnostmi evidovanými v matrice studentů bez jakýchkoli pochybností schází informace o **účastenství v programu celoživotním vzdělání**¹³. To bylo mezi okruhy činností vysokých škol implementováno jako prostředek umožňující jednak diferenciaci příjmů vysokých škol, ale také jako způsob, jak rozšířit možnost poskytovat / přijímat vysokoškolské vzdělání i nad rámec ústavních omezení daného možnostmi společnosti. Pro celoživotní vzdělávání obsahově se shodující se vzděláváním v akreditovaném studijním programu je typické, že na jeho základě může dojít k uznání absolvovaných předmětů až do rozsahu tří let studia v případě studia magisterského¹⁴. Protože ale účastenství v programu celoživotního vzdělávání není studiem, neeviduje se v matrice studentů. V ní se potom student, který dosáhl takto rozsáhlého uznání získaných předmětů, může

¹² Z tohoto pohledu není zřejmé, proč podléhají sankcím též studia na soukromých vysokých školách, tedy studia státem nefinancovaná.

¹³ § 60 zákona o vysokých školách.

¹⁴ Ze zákona lze uznat získané kredity až do výše 60% kreditů potřebných k úspěšnému ukončení studia.

jevit jako *rychlostudent*, zejména za předpokladu, že následně ukončí pětileté magisterské studium během dvou let.

Dále je třeba poukázat na skutečnost, že **kreditový systém** implementovaný řadou českých vysokých škol, nejen, že vyjadřuje studijní zátěž určitého předmětu a umožňuje volný pohyb splněných předmětů, ale často též připouští vlastní volbu strategie studia. Je-li totiž student postaven před možnost zapisovat si předměty v téměř libovolném množství a pořadí, je pravděpodobně nadán též možností zapisovat si předměty v množství vyšším oproti doporučenému studijnímu plánu. Tím je schopen - v případě jejich úspěšného plnění - dosáhnout legálního průběhu studia v době podstatně kratší oproti standardní době studia.

Tyto skutečnosti by měla matrika studentů reflektovat. Zákon by měl proto za další údaje evidované v matrice studentů prohlásit také údaje o účastenství v programu celoživotního vzdělávání a dále údaje o semestrálně splněných kreditech. Obě aktuálně chystané novely zákona o vysokých školách reflektují související problematiku (vypořádání se s *rychlostudenty* je ambicí novely první, koncepční změny v poplatcích za studium a vybraném financování vysokých škol je předmětem novely druhé), ovšem údaje evidovanými v matrice studentů se ani okrajově nezabývají.

Posledním problematickým jevem, jemuž je vhodné věnovat pozornost, je skutečnost, že o zápisu do matriky studentů se **nečiní rozhodnutí**. Záznam je prováděn neformálně, a to pověřenými zaměstnanci vysoké školy. Tito jsou sice povinni provádět většinu požadovaných zápisů bezprostředně po rozhodné události¹⁵, nicméně v případě, že tak neučiní, neexistuje o tom formální záznam, který by svou trvalostí a důkazní průkazností zároveň nepřímo nutil daného zaměstnance záznam skutečně učinit.

V praxi tak někdy dochází k případům, kdy student doručí vysoké škole písemně projevenou vůli o zanechání svého studia, dotyčný zaměstnanec však zápis o ukončení studia neprovede okamžitě, nýbrž až společně s dalšími zápisy, a studentovi se tak mimo jeho vůli prodlužuje evidovaná doba neúspěšně ukončeného studia. Vysoké škole tím zároveň v závislosti na období vzniká šance, že takto formálně vedený student bude rozhodný pro výpočet přidělených finančních prostředků, přesněji, že se o jeho probíhající studium vysoké škole přidělené prostředky navýší. Čili vzniká zde střet zájmů.

Proto je-li vedlejší funkcí přičítání neúspěšně ukončených studií studentská (absolventská) kontrola nad neoprávněným evidováním studia, bylo by na místě, aby tato kontrola měla pevnější formální pravidla. Tedy aby se o

¹⁵ § 88 odst. 4 zákona o vysokých školách.

zápise činilo rozhodnutí, které by bylo samostatně evidováno, a aby o něm byl zpravován ten, jehož se věc týká.

3. PŘÍBUZNÉ INSTITUTY

3.1 ŠKOLNÍ MATRIKA

Školní matrika je evidencí dětí, žáků a studentů podle zákona č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon) (dále jen "školských zákon"). Obdobně jako u matriky studentů i v případě školní matriky jsou v ní vedené údaje centrálně shromažďovány Ministerstvem zejména pro účely statistické a pro plnění dalších povinností podle školského zákona¹⁶.

Obě matriky jsou důležitým zdrojem informací o délce studia. Matrika studentů pro rozpočtové, poplatkové a jiné účely, u školní matriky je pak údaj o délce studia nezbytný zejména pro kontrolu délky povinné školní docházky.

3.2 REGISTR DOCENTŮ A PROFESORŮ

Zatímco matrika studentů byla vzhledem k funkcím, které plní, zavedena do současného vysokoškolského systému od jeho počátku, institutem zcela novým je registr docentů a profesorů zaměstnaných na veřejných a soukromých vysokých školách¹⁷. Jeho hlavním přínosem je zpřístupnění informací o pracovních úvazcích docentů a profesorů orgánům plnícím působnost při udělování akreditace.

Uvedená informace je důležitá s ohledem na skutečnost, že personální zabezpečení výuky v akreditovaném studijním programu je jedno ze stěžejních kritérií posuzovaných při rozhodování o žádosti o udělení akreditace. Je přitom zřejmé, že docent či profesor mající přílišné či dokonce nereálné množství pracovních úvazků, může jen stěží materiálně garantovat kvalitu dané výuky. Jeho garanci je proto třeba chápat toliko jako formální a podle toho o ní též při udělování akreditace uvažovat.

Stejně jako údaje uvedené v matrice studentů jsou též údaje evidované v registru docentů a profesorů rozhodné pro případnou sankci společensky nežádoucího chování. V případě docentů a profesorů je touto sankcí faktická nemožnost garantovat studijní program.

¹⁶ Podrobněji k tomu - KATZOVÁ, P. Školský zákon : komentář. Praha : ASPI, a. s., 2008, s. 137 - 153.

¹⁷ § 87 písm. j) zákona o vysokých školách.

4. SHRNU TÍ

Matrika studentů je institutem českého práva poprvé zakotveným v roce 1998 současným zákonem o vysokých školách, který slouží k přesné evidenci studentů vysokých škol.

Vedením matrik studentů jsou pověřeny jednotlivé vysoké školy, údaje povinně v nich evidované jsou centralizovány do databáze vedené Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy. Z ní jsou pak vybrané údaje zpětně transferovány do matrik jednotlivých škol. Tím je vytvořen systém, v němž je Ministerstvo informováno o všech studiích uskutečňovaných českými vysokými školami od roku 1998, a zároveň vysoké školy jsou informovány o všech studiích svých studentů, která probíhala či probíhají na ostatních českých vysokých školách.

Obecně jsou evidované údaje využívány ke statistickým účelům, konkrétněji pak slouží zejména jako rozhodná data pro financování veřejných vysokých škol a pro vyměňování poplatků spojených se studiem. V poslední době slouží evidované údaje též jako jeden z prostředků zjišťování řádného průběhu studia.

Příbuznými instituty matriky studentů jsou školní matrika a registr docentů a profesorů.

Se školní matrikou má matrika studentů společný zejména svůj význam pro statistická zjišťování důležitá pro rozpočtové, poplatkové a jiné účely, obě matriky jsou pak též spolehlivým zdrojem informací o délce probíhajícího, popř. ukončeného, studia.

Naproti tomu registr docentů a profesorů je matrice studentů podobný svým potenciálním sankčním zaměřením, resp. zaměřením na informace, které mohou být základem pro určitou sankci.

Pokud je autorce známo, institut matriky studentů nevyvolává v praxi mnoho problémů. Přesto je třeba upozornit na některé jeho nedostatky, které vyplývají jak z praktických aspektů, tak i z nedokonalostí právních.

Zásadním praktickým problémem je slepé místo v časovém období mezi jednotlivými daty výměn informací mezi matrikami vedenými vysokými školami a centrální databází, jehož následkem je nutně to, že informace získané z centrální databáze nemusí neodpovídat realitě.

Právní nedostatky lze pak spatřovat jak v rozsahu evidovaných informací, tak též v okruhu povinných subjektů, a konečně v procedurálních požadavcích na zápisy těmito subjekty činěné.

Zdroje

- Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů
- Pravidla pro poskytování dotací veřejným vysokým školám Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy podle zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, Č.j.: 598/2010-33 z neuvedeného 2. 2010
- HÁCHA, E. a kol. Slovník veřejného práva československého. Svazek II. Reprint původního vydání z roku 1932. Praha : Eurolex Bohemia, 2000. 1202 s.
- KATZOVÁ, P. Školský zákon : komentář. Praha : ASPI, a. s., 2008. 772 s.
- KUDROVÁ, V. Poplatky za studium nejsou školným. *Revue Universitas*. 2010, roč. 43, č. 2, s. 16 - 22. ISSN 1211-3387.
- ŠMÍD, V., KOHOUTKOVÁ, J. Matriky studentů vysokých škol v ČR a jejich informační hodnota. In Mezinárodní konference RUFIS 2000. Sborník příspěvků. Brno : ApS Brno, spol. s r.o., 2000. s. 111-115.
- VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY (4. 7.1996 - 2. 1.1998). Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona ze dne ... 1997, o vysokých školách a o změně a doplnění zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (zákon o vysokých školách) [zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách)]. Poslanecká sněmovna : tisk č. 329, 1997.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- Informační systém Univerzity Karlovy : Informační systém Studium :
Metodika práce s IS Studium : SIMS [online]. [cit. 10-11-17]. Dostupné z
<http://is.cuni.cz/IS-89.html>.

Contact – email

veronikakudrova@gmail.com

MOŽNOSTI A PODMÍNKY ODNĚTÍ AKADEMICKÉHO TITULU

JIŘÍ NANTL

Masarykova univerzita

Abstract in original language

Otázka možnosti odnětí akademického titulu, přesněji spíše anulování řádného ukončení studia ve vysokoškolském studijním programu, se v uplynulé době stala významným předmětem veřejné diskuse v České republice. Příspěvek se v tomto kontextu zabývá historií a současnou právní úpravou akademických titulů a ukončování vysokoškolského studia a úpravou právních podmínek udělování a možného odnímání akademických titulů.

Key words in original language

Vysoké školství; akademické tituly; obecné správní právo.

Abstract

The powers and procedures to deprive persons of academic degrees have recently become a matter of public concern in the Czech Republic, and subsequently also an object of initiative by lawmakers. The paper presents a review of both the history and current state of legal regulations in respect of academic degrees and qualifications and powers to award, or deprive of, those degrees.

Key words

Higher education; academic degrees; general administrative law. in English in here.

ÚVODEM: AKADEMICKÉ TITULY A JEJICH PRÁVNÍ RELEVANCE

Otázka možnosti „odnětí akademického titulu“ se stala v důsledku některých událostí v českém vysokém školství v roce 2009 stala předmětem značného zájmu veřejnosti, již se však dostalo jen nejasných, místy zmatených a zpravidla přinejmenším rozpačitých odpovědí. Případ týkající se plzeňské právnické fakulty (ale v různých situacích také některých jiných institucí) tak mimo jiné poukázal, že v současné době doktrína ani praxe správního práva nemá obecně akceptované a argumentačně podložené stanovisko k povaze a právnímu režimu některých základních právních institutů ve vysokém školství. Tento text je pokusem takové stanovisko navrhnout.

Čtenáři znalému věci je přirozeně zřejmé, že o akademické tituly jako takové zde primárně nejde. „Právně-technicky“ správně se zde jedná o otázku, zda studium v akreditovaném studijním programu na vysoké škole,

které bylo (alespoň zdánlivě) předepsanými úkony završeno, na důkaz čehož je absolventu vydán vysokoškolský diplom, může být (případně za jakých okolností a jakým postupem) prohlášeno za řádně neukončené (a jaké by to mělo právní následky). Název tohoto textu tak představuje jednak určité zjednodušení (a zatraktivnění) pojednané problematiky, ale také – a to je v tomto kontextu podstatné – poukazuje na symbolický rozměr, který absolvování vysokoškolského studia ve společnosti má. Pochopení této dimenze dané problematiky je důležité pro porozumění politické i právní relevanci tématu a povaze veřejného zájmu, který by právo ve vztahu k vysokoškolskému studiu a jeho ukončení mělo chránit.

Akademické tituly (hodnosti, grady) se formalizovaly v období po vzniku univerzit, tedy zhruba ve 12. – 15. století n.l., přičemž udělování těchto titulů bylo odvozeno od schválení územním suverénem nebo papežem (jus promovendi). Udělení akademického titulu mělo konstitutivní povahu. Prokázání akademické způsobilosti bylo převažujícím, avšak nikoli postačujícím podkladem pro udělení akademického titulu. Vykonání předepsaných zkoušek nezakládalo právní nárok na udělení akademického titulu a naopak profesorský sbor představující univerzitní korporaci mohl udělit akademický titul i bez splnění stanovených studijních povinností (honoris causa). Papež si také vyhrazoval právo přímo udělovat doktorské tituly osobám podle svého uvážení (doctores bullati).¹ Tyto právní tradice, udržující se v různých podobách a rozsahu v právní úpravě vysokého školství na území dnešní České republiky až do poloviny 20. století, významně ovlivňují představy akademické obce i širší veřejnosti a jejich náhled např. na význam aktu promoce, případně obecně rozšířenou praxi udělování čestných doktorátů, jež v českém právním řádu postrádají výslovnou oporu.

Pojetí udělení akademického titulu jako konstitutivního aktu je dodnes akceptováno v řadě právních řádů, např. právo v Anglii, Skotsku a Walesu z tohoto hlediska ponechává zcela na vnitřních předpisech a postupech vysokoškolských institucí vymezit podmínky, za kterých může instituce udělený titul odejmout.²

Akademické tituly měly vždy značný symbolický význam, který se v současnosti vztahuje především k pojetí vysokoškolské kvalifikace jako formálního ověření a potvrzení určitých znalostí a dovedností.³ Titul je

¹ De Ridder-Symoens H. (Ed.): *A history of the University in Europe. Vol. 1 Universities in the Middle Ages.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 36

² Farrington D. – Palfreyman D.: *The Law of Higher Education.* Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 27.

³ Nantl J., Černíkovský P. et al.: *Národní kvalifikační rámec terciárního vzdělávání České republiky. Díl 1 – Národní deskriptory.* Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2010, s. 36.

vnějším vyjádřením takto pojaté kvalifikace, který ve svém označení obsahuje i referenci k systému vysokoškolských studijních programů a kvalifikací, jak je upraven v zákoně č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), který je také sdílen v rámci tříступňové struktury vysokoškolského studia podle koncepce Boloňského procesu jako mechanismu integrace a spolupráce vysokoškolských systémů v evropských zemích.

PŘÁVNÍ POVAHA ÚKONŮ PŘI PRŮBĚHU A UKONČENÍ VYSOKOŠKOLSKÉHO STUDIA

Podle platné právní úpravy v České republice se vysokoškolské studium ukončuje „absolvováním studia v příslušném studijním programu“, a to dnem, „kdy byla vykonána státní zkouška předepsaná na závěr studia nebo její poslední část“ (§ 55 odst. 1 zákona o vysokých školách). „Dokladem o ukončení studia a získání příslušného akademického titulu je vysokoškolský diplom a dodatek k diplomu“ (§ 55 odst. 2 zákona o vysokých školách).

V rámci úpravy zákona o vysokých školách lze rozlišit dvě skupiny úkonů vztahujících se k průběhu a ukončování vysokoškolského studia v akreditovaném studijním programu:

- úkony formální, ať již realizované nebo iniciované studentem (např. zápis do studia, zápis předmětu) anebo prováděné vysokou školou (např. povolení opakovat zkoušku, udělení výjimky ze studijního a zkušebního řádu, ustavení zkušební komise pro státní zkoušku)

- úkony materiální, které se označují, pokud jsou plněny studentem, jako studijní povinnosti (§ 63 odst. 1 zákona o vysokých školách); plnění studijních povinností pak odpovídá hodnocení jejich splnění (zejména zkoušky včetně zkoušek státních).

Je zřejmé, že jen menší část úkonů týkajících se průběhu a ukončení vysokoškolského studia má povahu správního rozhodnutí, tedy rozhodnutí o právech a povinnostech; v žádném případě pak nelze na vysokoškolské studium v akreditovaném studijním programu jako na celek nahlížet jako na správní proces byť nějakého svébytného druhu. Předmětem a účelem studia v akreditovaném studijním programu na vysoké škole není rozhodnutí o právech a povinnostech, ale získání a ověření znalostí a dovedností v rozsahu předpokládaném akreditovaným studijním programem. Právním následkem řádně ukončeného studia je ovšem získání zákonem stanoveného akademického titulu a veřejného subjektivního práva na jeho užívání.

Úkony prováděné vysokou školou v souvislosti se studiem a jeho ukončováním, pokud nejde o správní rozhodnutí (srov. § 68 zákona o vysokých školách), budou představovat zejména úkony organizační (určení zkoušejících, sestavení komise pro státní zkoušky apod.) a úkony hodnotící (ověření znalostí a dovedností). Obě skupiny úkonů představují formu

realizace veřejné správy přenesené státem na vysokou školu na základě zákona a v rozsahu akreditace studijního programu, je však třeba brát v úvahu jejich zvláštní povahu.

U organizačních úkonů se jedná o to, že těmito úkony se zabezpečuje plnění úkolů vysoké školy (včetně realizace práv studentů), avšak neurčují se jimi práva a povinnosti studentů. Lze tedy u těchto organizačních úkonů zkoumat pouze to, zda byly naplněny zákonem a vnitřními předpisy předepsané požadavky na „řádný proces“ při ověřování splnění studijních povinností studenta.

Samotné odborné hodnocení, které se provádí při ověřování znalostí a dovedností studentů u zkoušek (a jiných druhů splnění studijních povinností), jakož i u státních zkoušek, rovněž nepředstavuje rozhodování o právech a povinnostech, byť právním následkem určitého výsledku hodnocení může vznik určitých práv nebo povinností být (např. povinnost opakovat zapsaný předmět při negativním hodnocení, řádné ukončení studia a získání akademického titulu při kladném hodnocení u státní zkoušky). Akt hodnocení je podle svého výsledku právně relevantní, z povahy věci se však substantivně nemůže řídit právními kritérii. Právní záruky se týkají pouze procedurálního aspektu (řádný proces ve smyslu zákazu svévole). Nemožnost a nepřípustnost aplikace právních kritérií na obsah akademického odborného hodnocení typu zkoušky na vysoké škole vyplývá jednak z povahy věci, zejména však ze záruk akademických svobod, především svobody výuky podle § 4 písm. b) zákona o vysokých školách. Provádění hodnocení jako plnění funkce vysokoškolského učitele je naplňováním této akademické svobody výuky, jež je zákonem chráněna. Svobodu hodnocení studentů lze považovat ze derivát svobody výuky.⁴ (Proto ani mechanismy interního řízení vysoké školy nemůže být vysokoškolský učitel nucen, aby změnil hodnocení, k němuž procedurálně bezvadným postupem dospěl.)

Takto lze hovořit o doktríně nepřezkoumatelnosti akademických odborných hodnocení (*academic judgement doctrine*), která je obecně uznávaným právním principem v kontinentálním právu i v *common law*.⁵ V české judikatuře se tento princip promítl do rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17.12.2009 (9 As 1/2009-141), jehož odůvodnění se však bohužel nezabývá hodnotovým kontextem z hlediska akademické svobody jako státem garantovaného principu a definičního znaku vysokého školství (srov. §§ 1 – 4 zákona o vysokých školách).

⁴ Kaplin L.: *The Law of Higher Education*. Fourth Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2007, s. 274 a násl.

⁵ Farrington D. – Palfreyman D.: *The Law of Higher Education*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 303.

Vysokoškolské studium v akreditovaném studijním programu se ukončuje vykonáním státní zkoušky (§ 55 odst. 1 zákona o vysokých školách), která je zřetelně úkonem odborného akademického hodnocení, přičemž právo zkoušet (být členem zkušební komise) při státní zkoušce mají pouze profesori, docenti a odborníci schválení vědeckou radou nebo jmenovaní ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy (§ 53 odst. 2 a 3 zákona o vysokých školách). Lze dovést, že účinky vykonání státní zkoušky nastávají vyhlášením jejího výsledku (§ 53 odst. 1 zákona o vysokých školách), osoba složivší státní zkoušku však přestává být studentem až uplynutím dne, kdy byla státní zkouška úspěšně vykonána (§ 55 odst. 1 věta druhá zákona o vysokých školách). Vysokoškolský diplom, který je dokladem o ukončení studia a získání akademického titulu (§ 55 odst. 2 zákona o vysokých školách), osvědčuje nabytou vysokoškolskou kvalifikaci (srov. § 57 odst. 4 zákona o vysokých školách), což je také hledisko Úmluvy o uznávání kvalifikací vztahujících se k vysokoškolskému vzdělání v evropském regionu, kterou je Česká republika vázána. Vysokoškolskou kvalifikací se podle této Úmluvy rozumí „každý titul, diplom nebo jiné osvědčení vydané příslušným orgánem, osvědčující úspěšné ukončení vysokoškolského studijního programu“ (čl. 1).⁶ Vysokoškolský diplom tedy je osvědčením. Nejedná se o správní rozhodnutí v rozsahu vymezení tohoto pojmu podle § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, a to ani ve zjednodušené formě dokladu podle § 151 správního řádu.

MOŽNOSTI A PODMÍNKY PŘEZKOUMÁNÍ ŘÁDNÉHO UKONČENÍ VYSOKOŠKOLSKÉHO STUDIA

Lze vysokoškolský diplom zrušit, vyjde-li najevo, že podmínky jím osvědčovaného řádného ukončení studia v akreditovaném studijním programu splněny nebyly? Nutno předeslat, že odpověď bude velmi strukturovaná.

Podle § 156 odst. 2 správního řádu lze osvědčení, které je v rozporu s právními předpisy a nelze je opravit, zrušit usnesením správního orgánu, který jej vydal, a to s účinky ode dne vydání osvědčení, přičemž usnesení o zrušení osvědčení lze vydat po dobu, kdy trvají účinky osvědčení.

Je ale patrné, že těžiště studia na vysoké škole a jeho ukončování spočívá v plnění studijních povinností završených státní zkouškou a v jejich hodnocení. Tyto úkony leží mimo sféru správního rozhodování (nejde u nich o to, jaké má student práva a povinnosti, ale zda má či nemá znalosti a dovednosti) a platí pro ně princip nepřezkoumatelnosti (viz výše). Provedené hodnocení splnění studijních povinností je nezměnitelné, a to

⁶ Nantl J., Černíkovský P. et al.: Národní kvalifikační rámec terciárního vzdělávání České republiky. Díl 1 – Národní deskriptory. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2010, s. 10-11.

musí zvláště platit také pro obhajobu bakalářské nebo diplomové práce jako součást příslušné státní zkoušky a pro obhajobu disertační práce, která je samostatným (od státní zkoušky odlišným) úkonem předepsaným k dovršení studia v doktorském studijním programu. Je účelem obhajoby takové kvalifikační práce, aby se zkušební komise zjistila, zda jde o dílo původní, jehož obsah naplňuje očekávaný akademický standard. Řešení např. anglického práva, kdy později prokázané plagiátorství může být důvodem pro zrušení diplomu, není použitelné ani jako inspirace, neboť anglické právo vychází z pojetí diplomu jako konstitutivního aktu v historické tradici *jus promovendi* (viz výše).⁷

Z hlediska možné aplikace § 156 odst. 2 správního řádu je tak možné zkoumat pouze naplnění formálních požadavků právních předpisů k řádnému ukončení vysokoškolského studia a vydání diplomu. Jedná se o podmínky, jejichž nesplnění může být relevantní pro postup uvedeného ustanovení správního řádu:

- platnost akreditace studijního programu; není-li studijní program akreditován, nelze jej uskutečňovat, zejména tedy konat výuku a zkoušky (§ 78 odst. 2 zákona o vysokých školách). Zákaz konat státní zkoušky může být stanoven i samostatně jako opatření v rámci dohledu nad plněním podmínek akreditace (§ 85 odst. 2 písm. c) zákona o vysokých školách).

- vykonání státní zkoušky (nebo obhajoby disertační práce) před řádně ustavenou zkušební komisí.

- naplnění podmínek přístupu ke státní zkoušce vyjma posouzení podmínek spočívajících výlučně v hodnocení splnění studijních povinností. Zde se může jednat především o uznání zkoušek správním rozhodnutím nebo udělení výjimek podle studijních a zkušebních řádů.

- splnění podmínek přijetí ke studiu v daném vysokoškolském studijním programu (§§ 48 – 50 zákona o vysokých školách). Ke zrušení diplomu by se nemělo přistupovat v případě, že vyjde najevo, že absolvent vysokoškolského studijního programu nesplňoval v době přijetí ke studiu pouze obecné podmínky spočívající v předepsaném předcházejícím stupni vzdělání; účelem ustanovení § 48 odst. 1 zákona o vysokých školách je zabezpečit, že přijatí studenti budou schopni v daném studijním programu studovat a bylo by extrémním právním řešením nadřadit splnění formálního vstupního požadavku nad splnění obsahových požadavků v průběhu studia a při jeho ukončení.

⁷ Farrington D. – Palfreyman D.: *The Law of Higher Education*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 27.

V případě, kdy nesplnění formálních podmínek pro řádné ukončení studia a vydání vysokoškolského diplomu má původ ve vydaném pravomocném správním rozhodnutí, je rovněž třeba mít za to, že k aplikaci § 156 odst. 2 správního řádu lze přistoupit až poté, kdy je takové pravomocné rozhodnutí (např. rozhodnutí o přijetí ke studiu nebo o uznání zkoušky) zrušeno v přezkumném řízení podle hlavy IX části druhé správního řádu. To ovšem v řadě případů nebude připadat v úvahu vzhledem k objektivní lhůtě pro zahájení přezkumného řízení podle § 97 odst. 2 správního řádu.

Dojde-li ke zrušení vydaného vysokoškolského diplomu podle § 156 odst. 2 správního řádu, obnoví se tím právní stav bezprostředně předcházející vydání zrušeného dokladu. Dotčená osoba by tedy vysokou školou měla být znovu zapsána do studia a další postup se bude řídit právní úpravou konkrétní situace (např. zanikla-li akreditace studijního programu, který dotčený studoval, je vysoká škola povinna zajistit mu podle § 86 zákona o vysokých školách možnost dokončit studium řádně na jiné vysoké škole).

Specifickým problémem je otázka příslušnosti k postupu podle § 156 odst. 2 správního řádu u vysokoškolských diplomů. Lze zřejmě přijmout názor, který si osvojila praxe, že v prvním stupni rozhoduje o vydání usnesení o zrušení vysokoškolského diplomu rektor vysoké školy (srov. § 130 odst. 2 správního řádu) a ve druhém stupni o odvolání ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy (srov. § 87 písm. k) zákona o vysokých školách).

SHRNUTÍ A POZNÁMKA DE LEGE FERENDA

Je patrné, že použití postupu podle § 156 odst. 2 správního řádu má z věcných i procesních důvodů omezený dosah, který však není nutno apriori považovat za neuspokojivý z hlediska právněpolitického. Podaná struktura právních možností k přezkoumání řádného ukončení studia na vysoké škole (a k případnému „odnětí akademického titulu“) zabezpečuje ochranu podstatných náležitostí vysokoškolského studia ve smyslu formálně-procesním a současně je citlivá k ochraně akademických svobod a k odlišení odborného hodnocení znalostí a dovedností od správního rozhodování.

Jakkoli nedokonalé a v některých bodech sporné může být řešení dané problematiky na podkladě obecného správně-procesní úpravy, je patrně lepší než pokus o zvláštní zákonnou úpravu, který přináší návrh zákona poslanců Ivana Ohlídala, Bohuslava Sobotky, Jeronýma Tejce, Vlasty Bohdalové, Jaroslava Krákory, Hany Orgoníkové a dalších na změnu zákona o vysokých školách (sněmovní tisk č. 80, VI. volební období Poslanecké sněmovny Parlamentu). Tento návrh zákona, projednávaný v době psaní tohoto textu Poslaneckou sněmovnou, se právě zakládá představě hodnocení státní zkoušky jako správního rozhodnutí a kolem této pomýlené teze konstruuje kompetenčně i procesně složitý zvláštní druh

přezkumného řízení, který by měl podle návrhu obsahovat zákon o vysokých školách (se subsidiární použitelností správního řádu). Tuto iniciativu de lege ferenda nelze považovat za přínosnou, a pokud se prosadí, jistě způsobí mnohé interpretační a aplikační potíže, a to nejen v samotné problematice přezkoumávání řádného ukončení studia, ale především v rovině obecných konceptů a institutů ve vysokoškolském právu.

Literature:

- De Ridder-Symoens H. (Ed.): A history of the University in Europe. Vol. 1 Universities in the Middle Ages. Cambridge: Cambridge University Press, 2003
- Farrington D. – Palfreyman D.: The Law of Higher Education. Oxford: Oxford University Press, 2006
- Kaplin L.: The Law of Higher Education. Fourth Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2007
- Nantl J., Černíkovský P. et al.: Národní kvalifikační rámec terciárního vzdělávání České republiky. Díl 1 – Národní deskriptory. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2010

Contact – email

nantl@muni.cz

PRÁVO SDRUŽOVACÍ A PRÁVO SHROMAŽĎOVACÍ - VYBRANÉ OTÁZKY

MONIKA HORÁKOVÁ, SOŇA POSPÍŠILOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého, Česká republika

Abstrakt

Článek se zabývá právní úpravou práva sdružovacího a shromažďovacího. Jeho cílem je upozornit na některé problematické aspekty právní úpravy a vybranou judikaturu Nejvyššího správního soudu ve věcech práva sdružovacího a shromažďovacího.

Klíčová slova

Sdružování, shromažďování, registrace sdružení, rozpuštění sdružení, zákaz shromáždění, Nejvyšší správní soud.

Abstract

This article deals with legal regulations of right of association and assembly. Its aim is to call attention to some problematic aspects of legal regulations and selected practice of the Supreme Administrative Court in things of right of association and assembly.

Key words

Association, assembly, registration of the association, dissolution of the association, prohibition of the assembly, the Supreme Administrative Court.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Právo pokojně se shromažďovat a právo svobodně se sdružovat jsou zaručena článkem 19 a článkem 20 Listiny základních práv a svobod¹ (dále jen „Listina“). Obě tato práva slouží k výměně a šíření názorů a informací, vyjadřování postojů a stanovisek a je třeba je chápat jako konkrétní využití svobody projevu, zakotvené v článku 17 Listiny. Mají charakter práv politických, jejichž prostřednictvím se jednotlivci nejčastěji aktivně účastní veřejné diskuse, zpravidla k otázkám širšího celospolečenského významu. Jak právo sdružovací, tak právo shromažďovací je třeba vnímat také v dalším kontextu, neboť kromě ústavního pořádku České republiky jsou předmětem úpravy článku 11 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.² Zákony upravující obě tato práva byly přijaty Federálním shromážděním Československé socialistické republiky již před

¹ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

² V České republice publikované pod č. 209/1992 Sb.

dvaceti lety. Jde o zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů³ a zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím⁴. Z hlediska časového přijetí zákonných úprav předcházelo samotnému zakotvení ústavních práv v ústavním zákoně.⁵ Zákonná právní úprava je stručná, v průběhu let byla novelizovaná jen dílčím způsobem, její aplikace stále přináší řadu problémů. Jedním z nich je skutečnost, že zákony obsahují množství neurčitých právních pojmů, což klade zvýšené nároky na správní praxi při aplikaci norem obsahujících neurčité právní pojmy na konkrétní případy. Ve sjednocování výkladu právních předpisů hraje významnou roli rozhodovací činnost soudů ve správním soudnictví. Cílem tohoto příspěvku je upozornit na některá rozhodnutí zejména Nejvyššího správního soudu ve věcech práva sdružovacího a shromažďovacího.

2. PRÁVO SDRUŽOVACÍ – PRÁVNÍ RÁMEC

Právo svobodně se sdružovat, vytvářet spolu s jinými spolky, svazy, kluby, společnosti a sdružení je ústavně garantováno všem. Jde o ústavní záruku vytvářet sdružení ať už v podobě institucionalizované, tj. jako právnickou osobu s vlastní subjektivitou či naopak jako neformální sdružení právním řádem neupravené a jako nový samostatný subjekt práva tedy nevznikající.⁶ Specifickými případy práva sdružovacího je právo sdružování v politických stranách a politických hnutích⁷, sdružování v církvích⁸ a sdružování v odborech⁹. Pro účely tohoto příspěvku se zaměříme pouze na první typ sdružovacího práva, ústavně zakotveného v čl. 20 odst. 1 Listiny, konkrétněji pak zákonem č. 83/1990 Sb. o sdružování občanů. V úvodních ustanoveních zákona¹⁰ je položen důraz na svobodný aspekt sdružovacího

³ Ve znění zákonů č. 300/1990 Sb., č. 513/1991 Sb., č. 68/1993 Sb., č. 151/2002 Sb., č. 230/2006 Sb., č. 342/2006 Sb., č. 33/2008 Sb. a č. 227/2009 Sb.

⁴ Ve znění zákonů č. 175/1990 Sb., č. 151/2002 Sb., č. 259/2002 Sb., č. 501/2004 Sb. a č. 274/2008 Sb.

⁵ K. Klíma uvádí, že uvedené zákony jsou ve vztahu časově dřívější zákonné konkretizace určitého ústavního práva normou vyšší právní síly pozdější, což si také případně vyžaduje zvláštní formu interpretace souladnosti tohoto zákona s Listinou. Srov. KLÍMA, K. *Ústavní právo*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, s. 260.

⁶ BARTOŇ, M. Právo sdružovací in KLÍMA, K. a kol. *Encyklopedie ústavního práva*. Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 485 – 486.

⁷ Právo sdružovat se v politických stranách a politických hnutích je článkem 20 odst. 2 Listiny ústavně zaručeno pouze občanům. Listina také stanoví zásadu oddělení politických stran a politických hnutí a jiných sdružení od státu (srov. čl. 20 odst. 4 Listiny).

⁸ Článek 16 Listiny.

⁹ Článek 27 Listiny.

¹⁰ Srov. § 3 odst. 1 a 2 zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, v platném znění.

práva, zákaz přinucování ke sdružování a právo každého ze sdružení svobodně vystoupit. Další obecnou zásadou je zákaz diskriminace z důvodu členství či naopak neúčasti ve sdružení. Sdružovací právo je právem omezitelným zákonem, jestliže to je v demokratické společnosti nezbytné pro bezpečnost státu, ochranu veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku, předcházení trestným činům nebo pro ochranu práv a svobod druhých (čl. 20 odst. 3 Listiny).

Právním základem vzniku sdružení v režimu zákona č. 83/1990 Sb. je **registrační princip**. Sdružení jako subjekty práva vznikají registrací u Ministerstva vnitra.¹¹ Návrh na registraci sdružení mohou podávat nejméně tři občané, z nichž alespoň jeden musí být starší 18 let. Tito členové přípravného výboru návrh podepíší a uvedou svoje jména a příjmení, data narození a bydliště. Dále uvedou, kdo z členů starších 18 let je zmocněncem oprávněným jednat jejich jménem. Práva a povinnosti členů sdružení upravují stanovy sdružení. Stanovy, jež se ve dvojím vyhotovení připojují k návrhu na registraci, musí obsahovat zákonem stanovené náležitosti, a to:

- název sdružení¹²,
- sídlo,
- cíl jeho činnosti,
- orgány sdružení, způsob jejich ustavování, určení orgánů a funkcionářů oprávněných jednat jménem sdružení,
- ustanovení o organizačních jednotkách, pokud budou zřízeny a pokud budou jednat svým jménem,
- zásady hospodaření.

Zákon uvádí, že řízení o registraci je zahájeno doručením bezvadného návrhu ministerstvu vnitra. Ačkoli se o registraci sdružení nevydává rozhodnutí ve správním řízení, ministerstvo vnitra je povinno v zákonem

¹¹ Výjimka se vztahuje na odborové organizace zaměstnanců a organizace zaměstnavatelů, jež podléhají pouze evidenci u Ministerstva vnitra. Odborová organizace zaměstnanců a organizace zaměstnavatelů se stává právnickou osobou dnem následujícím poté, kdy ministerstvu vnitra byl doručen návrh na její evidenci. Srov. § 9a zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, v platném znění.

¹² Název sdružení se musí výrazně lišit od názvu právnické osoby, která již vyvíjí činnost na území České republiky, od názvu orgánu veřejné moci České republiky, od názvu mezinárodní organizace, jejího orgánu nebo její instituce a od názvu Evropské unie a jejích orgánů.

stanovených lhůtách buď registraci odmítnout, jsou-li pro to dány zákonné důvody nebo sdružení registrovat a vyznačit datum registrace sdružení na jeho stanovách.¹³

Již bylo uvedeno, že pro výkon práva sdružovacího jsou stanoveny **záonné meze**. Důvodem jeho omezení je předcházení nebo zabránění kolizi s jinými právy a svobodami nebo s veřejným zájmem. Na tuto situaci pamatuje zákon vymezením nedovolených sdružení, jejichž registraci může ministerstvo vnitra odmítnout. Zákon stanoví obecně tři případy nedovolených sdružení. Prvním z nich jsou sdružení, jejichž cílem je popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení, rozněcovat nenávisť a nesnášenlivost z těchto důvodů, podporovat násilí, anebo jinak porušovat ústavu a zákony. Druhým případem jsou sdružení, která sledují dosahování svých cílů způsoby, které jsou v rozporu s ústavou a zákony a konečně třetím případem nedovolených sdružení jsou sdružení ozbrojená nebo s ozbrojenými složkami, přičemž výjimku tvoří sdružení, jejichž členové drží nebo užívají stříelné zbraně pro sportovní účely nebo k výkonu práva myslivosti. Vyskytnou-li se důvody pro odmítnutí registrace sdružení až během existence sdružení, ministerstvo vnitra na to sdružení neprodleně upozorní s výzvou k nápravě. Pokud sdružení nadále v nedovolené činnosti pokračuje, může ministerstvo vnitra rozhodnout o jeho rozpuštění. Sdružení má vždy právo na soudní přezkum takového rozhodnutí.

3. PRÁVO SDRUŽOVACÍ V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

Pro účely tohoto příspěvku jsme zvolily dva okruhy případů, jimiž se zabývaly soudy ve správním soudnictví. První okruh se týká věci registrace občanského sdružení ministerstvem vnitra, druhý okruh se zaměřuje na problematiku rozpuštění sdružení.

Nejvyšší správní soud se opakovaně zabýval případem, v němž se občanské sdružení u správního soudu domáhalo vydání osvědčení ministerstvem vnitra o registraci sdružení. Jednalo se o sdružení, k jehož vzniku došlo v důsledku zákonem č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů založené fikce registrace. Nejvyšší správní soud ve **svém rozsudku ze dne 29. 3. 2006, čj. 1 Ans 8/2005-165** konstatoval následující významnou skutečnost.

„Je-li Ministerstvo vnitra nečinné při vyznačení dne registrace podle § 8 odst. 5 zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, může se spolek domáhat soudní ochrany proti nečinnosti spočívající v nevydání osvědčení

¹³ Jedná se o úkon „osvědčovací“ povahy (ve smyslu §§ 154 – 158 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu), který nemá povahu správního rozhodnutí.

*podle § 79 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb. soudního řádu správního. V rámci tohoto řízení si soud jako předběžnou otázku posoudí, zda spolek vznikl fikcí registrace podle tohoto ustanovení či nikoliv."*¹⁴

V projednávané věci ministerstvo vnitra obdrželo návrh na registraci občanského sdružení Ústav práva a právní vědy, nevyzvalo sdružení k odstranění jejích nedostatků ani v zákonné lhůtě registraci neodmítlo. Uplynutím čtyřiceti dnů od zahájení řízení tedy nastala zákonem předvídaná fikce registrace.¹⁵ Sdružení se prostřednictvím zmocněnce přípravného výboru u ministerstva vnitra domáhalo zaslání jednoho vyhotovení stanov, na němž bude vyznačen den registrace. Protože s touto žádostí neuspělo, obrátilo se na Městský soud v Praze s žalobou na ochranu proti nečinnosti ministerstva vnitra ve věci vydání osvědčení, spočívající ve vyznačení dne registrace sdružení na jeho stanovách dle § 8 odst. 5 zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů. Městský soud žalobu zamítl, posuzoval však jinou věc, než navrhoval žalobce v petitu žaloby. V rozsudku uvedl, že ministerstvo vnitra o návrhu sdružení rozhodlo tím, že registraci odmítlo, což sice udělalo, ale až po uplynutí zákonné lhůty pro vydání takového rozhodnutí. Proti rozsudku Městského soudu v Praze podalo sdružení kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu. Ten kasační stížností napadený rozsudek označil za nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost z důvodu jeho vnitřní rozpornosti mezi výrokem a odůvodněním. Uvedl také, že Městský soud pokud tvrdil, že žalobce není subjektem práva, měl žalobu nikoli zamítnout, ale odmítnout.

V rámci řízení o nové kasační stížnosti téhož sdružení proti pozdějšímu usnesení Městského soudu v Praze¹⁶ se Nejvyšší správní soud opět zabýval správností postupu ministerstva vnitra v registračním řízení. Ve svém **rozsudku ze dne 1. 7. 2007, čj. 1 Ans 3/2007-235**¹⁷ kasační stížností napadené usnesení Městského soudu zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení. V uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud jednak zdůraznil okamžik zahájení registračního řízení, jednak rozlišil jeho dvě fáze. Registrační řízení je zahájeno dnem doručení bezvadného návrhu na registraci ministerstvu vnitra a dále doručením podání, jímž přípravný výbor k upozornění ministerstva vnitra, učiněnému v souladu s ustanovením § 7 odst. 2 zákona

¹⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2006, čj. 1 Ans 8/2005-165, www.nssoud.cz.

¹⁵ § 8 odst. 5 zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, v platném znění.

¹⁶ Městský soud v Praze v kasační stížností napadeném usnesení žalobu sdružení na ochranu proti nečinnosti odmítl z důvodu neodstranitelného nedostatku podmínek řízení, a to skutečnosti, že spolek neměl způsobilost být účastníkem řízení.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2007, čj. 1 Ans 3/2007-235, www.nssoud.cz.

(tj. bezodkladně, nejpozději do 5 dnů od doručení návrhu) odstranil vady návrhu. Registrační řízení je však zahájeno rovněž v případě, že ministerstva vnitra přestože doručený návrh shledá vadným, přípravný výbor na vady v zákonem stanovené lhůtě neupozorní. Nejvyšší správní soud dále rozlišil dvě fáze registračního řízení před ministerstvem vnitra. První fází je fáze „předprocesní“, v rámci níž se ministerstvo vnitra má zaměřit na kontrolu formální správnosti návrhu, tedy toho, zda návrh obsahuje náležitosti stanovené v § 6 odst. 2 a 4 zákona a zda tyto náležitosti netrpí neúplností či nepřesností. Na vady musí ministerstvo vnitra přípravný výbor stihnout upozornit nejpozději do 5 dnů od doručení návrhu. Teprve ve druhé fázi registračního řízení je povinností ministerstva vnitra posuzování obsahu stanov, přičemž hlediska stanoví § 8 odst. 1 zákona. Ministerstvo vnitra je oprávněno rozhodnout o odmítnutí návrhu z důvodů uvedených v zákoně, jeho rozhodnutí je přezkoumatelné ve správním soudnictví. Závěrem lze shrnout, že sdružení vznikne buď registrací provedenou ministerstvem vnitra do deseti dnů od zahájení řízení (§ 9 odst. 1 zákona) nebo fikcí registrace 41. dnem následujícím po dni zahájení řízení. V obou případech platí, že vyznačení registrace na vyhotovení stanov je osvědčením o registraci.

V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2009, čj. 7 As 29/2008-104¹⁸ ve věci občanského sdružení Komunistický svaz mládeže proti ministerstvu vnitra o rozpuštění sdružení se Nejvyšší správní soud zabýval kasační stížností sdružení proti rozsudku Městského soudu v Praze. V projednávané věci ministerstvo vnitra nejprve vyzvalo sdružení Komunistický svaz mládeže (dále jen „KSM“), aby upustilo od nedovolené činnosti podle § 4 písm. a) a b) zákona (spočívající v popírání nebo omezování práv občanů pro jejich ... politické smýšlení či sociální postavení a sledování svých cílů porušováním ústavy a zákonů) a informovalo je o přijatých opatřeních. Důvodem byl protiústavní charakter některých částí programu KSM. KSM reagoval tak, že změnil znění svého programu tak, že slovní spojení „KS usiluje o revoluční překonání kapitalismu“ nahradil spojením „KSM stojí na straně úsilí o revoluční překonání kapitalismu“. Ministerstvo vnitra poté rozhodlo o rozpuštění KSM. KSM se proti rozhodnutí ministerstva vnitra bránil žalobou u Městského soudu v Praze, který žalobu zamítl. V odůvodnění se ztotožnil s názorem ministerstva vnitra, že činnost žalobce je protizákonná a protiústavní, uvedl mj., že závěry ministerstva vnitra vychází ze znění programu KSM, že činnost sdružení je v rozporu s § 4 zákona, že se jedná o

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. 1969/2009 Sb. NSS, VIII. ročník, sešit č. 1/2010, tj. rozsudek ze dne 28. 8. 2009, čj. 7 As 29/2008-104, www.nssoud.cz.

trvající veřejnou prezentaci programu formulujícího protiústavní cíle a že svoboda projevu a právo šířit ideje a informace nejsou bezbřehé. Proti rozsudku Městského soudu v Praze podal KSM kasační stížnost, Nejvyšší správní soud napadený rozsudek Městského soudu v Praze zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.¹⁹ Význam jeho rozsudku spočívá v následující výstižné formulaci kritérií přípustnosti zásahů do sdružovacího práva.

„I. Při posuzování zásahu do práva svobodně se sdružovat je nutno zhodnotit, zda jsou splněna tři základní kritéria, a to, zda má oporu v zákoně, sleduje legitimní zájem a je v demokratické společnosti nezbytný (čl. 20 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a čl. 11 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).

II. Kritérium nezbytnosti je splněno pouze v případě, že zásah do práva svobodně se sdružovat odpovídá naléhavé společenské potřebě a je přiměřený sledovaným legitimním zájmům.

III. Právo svobodně se sdružovat garantuje ochranu názorů a svobodu je vyjadřovat. I pouhé hlásání určitých myšlenek a propagace idejí sice může být dostatečným důvodem pro zásah do práva svobodně se sdružovat, ale v takových případech je třeba důsledně trvat na náležitém odůvodnění nezbytnosti takového zásahu. Proti extrémním názorům a sdružením založeným k jejich šíření může správní orgán zasáhnout až tehdy, vznikne-li nikoli jen hypotetické nebezpečí, že uvedené extrémní názory či jejich důsledky mohou začít být skutečně prosazovány a realizovány.“²⁰

V odůvodnění rozsudku Nejvyšší správní soud zdůraznil, že důvody pro ospravedlnění zásahu do svobody sdružovací musí být relevantní a dostatečné. Ke třem výše uvedeným kritériím v posuzované věci konstatoval splnění pouze prvních dvou²¹, třetí kritérium, tj. nezbytnost zásahu v demokratické společnosti však nebylo splněno. Ministerstvo vnitra se musí při posuzování otázky, zda jsou naplněny předpoklady pro rozpuštění sdružení vždy zabývat i tím, zda je tento zásah proporcionální ve vztahu k porušenému či ohroženému právu. Ministerstvo vnitra dovodilo

¹⁹ V lednu 2010 Městský soud v Praze rozhodnutí ministerstva vnitra o rozpuštění Komunistického svazu mládeže po více než třech letech od jeho vydání zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

²⁰ Pro přehlednost citujeme právní věty rozsudku Nejvyššího správního soudu č. 1969/2009 Sb. NSS, VIII. ročník, sešit č. 1/2010.

²¹ První kritérium, tj. zákonná opora pro rozhodnutí byla v posuzovaném případě dána v § 4 písm. a) zákona ve spojení s § 12/3 písm. c). Druhé kritérium, tj. legitimní zájem bylo splněno, je jím ochrana vlastnického práva jako jednoho ze základních atributů demokratického právního státu a ochrana práva podnikat.

závěr o nutnosti rozpuštění sdružení výhradně z dokumentu zveřejněného na internetu, označeného jako Politický program KSM. Nezkoumalo přitom, zda k prezentaci předmětné části programu docházelo i jinou formou (např. na shromážděních, konferencích, publikační činnosti), nezabývalo se podrobněji činností sdružení, jeho postavením a vlivem ve společnosti, tím, jak jsou jeho aktivity vnímány veřejností a s jakým ohlasem se setkávají a nezohlednilo ani reálné možnosti sdružení dosáhnout proklamovaných cílů. Zůstanou-li názory v rovině pokojných diskusí, byť po obsahové stránce i velmi extrémních, není zásadně k jejich administrativnímu potlačování důvodu.

4. PRÁVO SHROMAŽĎOVACÍ – PRÁVNÍ RÁMEC

Právo shromažďovací slouží k projevení postoje či názoru, v tomto směru je třeba ho vnímat jako součást svobody projevu v širším smyslu. Často je spojeno právě s manifestací určitého politického či společenského názoru či postoje skupiny lidí, ať již je tato skupina nějak institucionalizovaná (politická strana, občanské sdružení) či nikoli.²² Stejně jako u práva sdružovacího, i u práva shromažďovacího se může jeho výkon dostat do střetu s jinými právy a veřejným zájmem.²³ Výkon práva shromažďovacího tak může narážet na vlastnické právo jiných subjektů (např. zabrání pozemku k pořádání demonstrace či umělecké produkce), veřejnou bezpečnost, klid a pořádek (rušení hlukem, výtržnosti, násilnosti), ochranu životního prostředí (ničení přírody) apod.²⁴ Zákon tyto situace předvídá a umožňuje správnímu orgánu shromažďovací právo omezit buď formou rozpuštění probíhajícího shromáždění či jeho předchozím zákazem. V tomto případě převáží zájem na ochraně jiných zákonem chráněných hodnot na úkor práva shromažďovacího. Zákonné omezení se může vztahovat na shromáždění na veřejných místech, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná na ochranu práv a svobod druhých, ochranu veřejného pořádku, zdraví, mravnosti, majetku nebo pro bezpečnost státu (čl. 19 odst. 2 Listiny).

K realizaci shromažďovacího práva není nutné předchozí povolení orgánu veřejné správy²⁵, zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím stanoví

²² BARTOŇ, M. Právo sdružovací in KLÍMA, K. a kol. *Encyklopedie ústavního práva*. Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 486 – 487.

²³ Jednotlivec však neztrácí právo na svobodu shromažďování z toho prostého důvodu, že během demonstrace dojde je sporadickým aktům násilí či jiným nepřístojnostem, pokud se jich sám neúčastní (viz rozsudek ve věci *Ezelin* z roku 1991, Série A-202). Cit. in ČAPEK, J. *Evropská úmluva o ochraně lidských práv I. část – Úmluva*. Praha: Linde Praha, a. s., 2010. s. 535.

²⁴ BARTOŇ, M. Právo sdružovací in KLÍMA, K. a kol. *Encyklopedie ústavního práva*. Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 486 – 487.

²⁵ Listina povolovací režim u shromáždění přímo vylučuje (srov. její čl. 19 odst. 2 in fine).

režim oznamovací.²⁶ Každé shromáždění je jeho svolavatel, jímž může být občan starší 18 let, česká právnická osoba anebo skupina osob, povinen příslušnému správnímu orgánu nejpozději 5 dnů předem písemně oznámit. V oznámení musí být uvedeny:

- účel shromáždění, den a místo jeho konání a doba zahájení; jde-li o shromáždění na veřejném prostranství, též předpokládaná doba jeho ukončení,
- předpokládaný počet účastníků shromáždění,
- opatření, která svolavatel provede, aby se shromáždění konalo v souladu se zákonem, zejména potřebný počet pořadatelů starších 18 let, které k organizaci shromáždění určí a způsob jejich označení
- má-li jít o pouliční průvod, výchozí místo, cesta a místo ukončení,
- jméno, příjmení a trvalý pobyt svolavatele, u právnické osoby její název a sídlo a jméno, příjmení a trvalý pobyt toho, kdo je zmocněn v této věci jednat jejím jménem,
- jméno, příjmení a trvalý pobyt toho, kdo je zmocněn jednat v zastoupení svolavatele.

Má-li se shromáždění konat pod širým nebem mimo veřejná prostranství, je svolavatel povinen k oznámení přiložit souhlas toho, kdo je vlastníkem, případně uživatelem pozemku.

Správní orgán shromáždění sice nepovoluje, avšak je oprávněn ze zákonem taxativně stanovených důvodů **shromáždění zakázat**.²⁷ Zákaz shromáždění je nejrazantnější a také nejvíce kontroverzní forma zásahu do práva shromažďovacího. Tím, že příslušný správní orgán shromáždění zakáže, však není znemožněno jeho konání jindy či jinde, přičemž navrhnout nové

²⁶ Výjimka se vztahuje na shromáždění tzv. uzavřeného charakteru, které není třeba oznamovat. § 4 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, jako uzavřená shromáždění nepodléhající oznamovací povinnosti uvádí shromáždění právnických osob pro jejich členy, pracovníky a hosty, shromáždění církví a náboženských společností v kostele nebo v jiné modlitebně, procesí, poutě a jiné průvody, shromáždění konaná v obydlích občanů a shromáždění jmenovitě pozvaných osob v uzavřených prostorách.

²⁷ Na řízení o zákazu shromáždění dle nebo o době jeho ukončení dle se nevztahují ustanovení správního řádu o správním řízení, s výjimkou ustanovení o náležitostech rozhodnutí, o písemném vyhotovení rozhodnutí a o opravě zřejmých nesprávností v písemném vyhotovení rozhodnutí a ustanovení o právní moci a vykonatelnosti. Řízení se považuje za zahájené dnem, kdy úřad obdržel oznámení. Účastníkem řízení je svolavatel. Srov. § 16 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím.

místo a dobu konání je povinností příslušného správního orgánu. Zákaz shromáždění je až krajním zákonem předvídaným řešením, k němuž může příslušný správní orgán přistoupit jen tehdy, je-li zřejmé, že nepostačí kontrola průběhu shromáždění a připravenost správního orgánu či útvaru Policie ČR rozpustit je, jsou-li pro to dány zákonné důvody, na místě.

5. PRÁVO SHROMAŽĎOVACÍ V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

Ve správním soudnictví ve věcech práva shromáždovacího se můžeme setkat s více zajímavými otázkami. Vybraly jsme celkem tři otázky, a to otázku ozvučení shromáždění jako součásti výkonu shromáždovacího práva, otázku lhůty pro vydání rozhodnutí o zákazu shromáždění a otázku zákazu shromáždění jednak s ohledem na skutečný účel shromáždění, jednak z důvodu omezení dopravy, které bude v závažném rozporu se zájmem obyvatelstva.

V prvním případě Nejvyšší správní soud rozhodoval ve věci žalobce Z. H. proti žalovanému Magistrátu hlavního města Prahy, odboru dopravy o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze. Ve svém **rozsudku ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 As 32/2008 - 146** kasační stížností napadené usnesení Městského soudu v Praze zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení. V projednávaném případě žalobce v průběhu řádně oznámeného shromáždění umístil dva zvukové reproduktory a stojan s mikrofonom na pozemní komunikaci v místě, kde shromáždění probíhalo. Toto jednání bylo správním orgánem vyhodnoceno jako přestupek proti veřejnému pořádku spočívající v neoprávněném záboru veřejného prostranství a žalobce byl vyzván, aby se dostavil k podání vysvětlení k prověření oznámení o přestupku. Žalobce se na tuto výzvu ke správnímu orgánu bez závažných důvodů nedostavil, proto mu byla uložena pokuta za pořádkový delikt dle § 60 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., přestupcích. Žalobce se proti uvedenému rozhodnutí Úřadu městské části Praha 1 odvolal k Magistrátu hlavního města Prahy, který jeho odvolání zamítl. Žalobce se proto obrátil na Městský soud v Praze, aby přezkoumal zákonnost rozhodnutí Magistrátu hlavního města Prahy o uložení pořádkové pokuty. Městský soud v Praze žalobu zamítl s tím, že přestupek byl spáchán a pořádkovou pokutu správní orgán uložil v souladu se zákonem. Kasační stížnost proti rozhodnutí Městského soudu v Praze byla Nejvyšším správním soudem zamítnuta. Žalobce podal proti tomuto rozsudku Nejvyššího správního soudu ústavní stížnost, na jejímž základě Ústavní soud **nálezem ze dne 18. 2. 2010, sp. zn. I. ÚS 1849/08**²⁸ uvedené rozhodnutí zrušil.²⁹

²⁸ Nález je dostupný na <http://nalus.usoud.cz>.

²⁹ Z důvodu porušení základních práv stěžovatele garantovaných Listinou v čl. 11 odst. 1 (vlastnické právo stěžovatele), čl. 2 odst. 3 (právo na svobodnou a autonomní vůli) a čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (právo na spravedlivý proces).

Ústavní soud zdůraznil, že správní orgán nemůže uložit jednotlivci povinnost a vynucovat ji pomocí sankcí tehdy, je-li zřejmé, že oznámené jednání (umístění reproduktorů na komunikaci) přestupkem být nemůže, neboť se jedná o součást výkonu ústavně zaručeného shromažďovacího práva. Nejvyšší správní soud ve svém novém rozsudku, kterým rozsudek Městského soudu zrušil, také uvedl, že pokud správní orgán předvolal žalobce k podání vysvětlení, jednal nad rámec svých pravomocí, tj. *ultra vires*. Následné uložení pořádkové pokuty z důvodu nedostavení se k podání vysvětlení nemohlo sledovat racionální a aprobovaný účel a znamenalo porušení příkazu obsaženého v čl. 4 odst. 4 Listiny, podle něhož omezení základních práv musí šetřit jejich podstatu a smysl a nelze je užívat k jiným účelům, než pro které byla stanovena.³⁰

Příslušný správní úřad, který působnost ve věcech práva shromažďovacího vykonává v přenesené působnosti³¹, je oprávněn ze zákonem taxativně stanovených důvodů oznámené shromáždění zakázat. Zákonná úprava lhůty pro vydání takového rozhodnutí je koncipována tak, že pokud úřad nejpozději ve lhůtě tří dnů od okamžiku, kdy obdržel platné oznámení, o zákazu shromáždění nerozhodne a toto negativní rozhodnutí řádně nevyvěsí, musí mít svolavatel za to, že již později zákaz vysloven být nemůže. Nejvyšší správní soud v **rozsudku ze dne 21. 2. 2008, čj. 2 As 17/2008-77** uvádí, že rozhodnutí o zákazu shromáždění vydané po uplynutí lhůty tří dnů podle § 11 odst. 1 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, je nezákonné.

Proti rozhodnutí o zákazu shromáždění je jeho svolavatel oprávněn podat opravný prostředek, resp. žalobu dle §§ 65 až 78 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního. Soud žalobou napadené rozhodnutí zruší, jestliže nebyly dány důvody k zákazu shromáždění.³² Zákon č. 84/1990 Sb. o právu shromažďovacím v § 11 odst. 3 ukládá soudu o žalobě rozhodnout do tří dnů. Nejvyšší správní soud ve svém **rozsudku ze dne 4. 9. 2007, čj. 5 As 20/2007-86**³³ uvedl, že v tomto případě je třeba uplatnit právní zásadu *lex*

³⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 As 32/2008 – 146, www.nssoud.cz.

³¹ Působnost ve věcech práva shromažďovacího v přenesené působnosti dle § 2a zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, v platném znění vykonává obecní úřad, v jehož územním obvodu se má shromáždění konat, pověřený obecní úřad, přesahuje-li místo konání shromáždění územní obvod obecního úřadu, krajský úřad, pokud místo konání shromáždění přesahuje správní obvod pověřeného obecního úřadu a ministerstvo vnitra, pokud místo konání shromáždění přesahuje hranice kraje.

³² Svolavatel je pak oprávněn shromáždění uspořádat podle původního oznámení nebo později tak, aby shromáždění bylo uskutečněno do 30 dnů od právní moci rozhodnutí soudu. Jestliže shromáždění uspořádá v pozdější době, vyrozumí o tom úřad nejpozději jeden den před konáním shromáždění.

³³ Rozhodnutí bylo publikováno pod č. 1385/2007 Sb. NSS.

specialis derogat generali. Stanovení třídní lhůty pro vydání rozhodnutí soudu v zákoně č. 84/1990 Sb. o právu shromažďovacím je právní normou speciální vůči právní normě obsažené v § 51 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, a proto je nutné ji přednostně uplatnit. „Třídní lhůta je velmi krátká, proto musí jednat soud neodkladně a využít všech možných prostředků, které povedou k dodržení zákona. Protože je ústavně zaručeno právo každého na veřejné rozhodnutí o jeho věci a v jeho přítomnosti tak, aby se mohl vyjádřit ke všem navrženým důkazům, nebude možné dodržet desetidenní lhůtu k předvolání, ale bude nutné jednání nařídít v nejbližší možné době, třeba i následující den. V těchto případech přichází v úvahu i předvolání pomocí faxu, telefonu či za pomoci kurýra.“³⁴

K zákazu shromáždění může správní úřad přistoupit ve výjimečných případech za podmínek stanovených § 10 zákona č. 84/1990 Sb. o právu shromažďovacím. Nejčastěji je jím konflikt s ústavním pořádkem chráněnými právy třetích osob, přičemž správní úřad je vždy povinen tento konflikt řešit za použití principu proporcionality a své rozhodnutí o zákazu shromáždění řádně odůvodnit. Nejvyšší správní soud se použitím principu proporcionality při rozhodování o zákazu shromáždění obsáhle věnoval ve svých dvou rozhodnutích, jež spolu úzce souvisela.

V prvním případě Nejvyšší správní soud rozhodoval ve věci žalobců Erika S. a spolku M. proti žalovanému Magistrátu hlavního města Prahy, za účasti Židovské obce v Praze o kasační stížnosti žalovaného proti usnesení Městského soudu v Praze. Ve svém **rozsudku ze dne 5. 11. 2007, čj. 8 As 51/2007-67**³⁵ kasační stížnost zamítl. V projednávaném případě Magistrát hlavního města Prahy zakázal shromáždění - pouliční průvod, který se měl konat dne 10. 11. 2007 od 14 do 22 hodin v Praze 1 po oznámené trase. Své rozhodnutí odůvodnil tím, že oznámený účel shromáždění směřuje k výzvě k rozněcování nenávisť a nesnášenlivosti občanů pro jejich národnost, původ a náboženské vyznání. Rozhodnutí o zákazu shromáždění bylo na základě žaloby svolavatelů shromáždění Městským soudem v Praze zrušeno a věc byla vrácena Magistrátu hlavního města Prahy k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud kasační stížnost Magistrátu hlavního města Prahy proti rozsudku Městského soudu v Praze zamítl. Problém, se kterým se Magistrát hlavního města Prahy v rozhodnutí o zákazu shromáždění řádně nevypořádal, byla skutečnost, že ačkoli obdržel dvě oznámení shromáždění, lišící se v osobě svolavatele³⁶, rozhodl pouze ve vztahu k jednomu

³⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 9. 2007, čj. 5 As 20/2007-86, www.nssoud.cz.

³⁵ Rozhodnutí bylo publikováno pod č. 1468/2008 Sb. NSS.

³⁶ První oznámení učinil Erik S. jako fyzická osoba, druhé oznámení učinil spolek M., zastoupený Erikem S., přičemž ale spolek M. jako občanské sdružení vznikl až cca dva měsíce po učiněném oznámení. Obě oznámená shromáždění měla stejnou trasu pochodu a účel shromáždění (protest „proti účasti České republiky na okupaci Iráku“).

svolavatelé. Nejvyšší správní soud v reakci na tento postup uvedl následující.

*„Výkon shromažďovacího práva, uplatněného oznámením konkrétního shromáždění správnímu orgánu, nemůže být přenesen na jinou osobu úkonem svolavatele nebo správního orgánu. Při oznámení shromáždění neexistujícím subjektem správní orgán věc bez dalšího odloží (§ 43 odst. 1 písm. a) správního řádu z roku 2004, za použití § 154 téhož zákona.“*³⁷

V uvedeném rozhodnutí se Nejvyšší správní soud vyjádřil rovněž k uplatnění principu proporcionality při rozhodování o zákazu shromáždění a možnosti odůvodnit tohoto rozhodnutí nedovoleným účelem shromáždění, lišícím se od oznámeného účelu.³⁸ Svou argumentaci ještě více rozvinul v dalším rozhodnutí, a to v **rozsudku ze dne 31. 8. 2009, čj. 8 As 7/2008-116**³⁹ ve věci občanského sdružení Mladí národní demokraté proti Magistrátu hlavního města Prahy o zákazu shromáždění, o kasační stížnosti žalobce. Mladí národní demokraté oznámili dvě shromáždění - pouliční průvody, které se měly konat dne 10. 11. 2007 od 12 do 20 hodin na dvou různých trasách. Magistrát hlavního města Prahy obě shromáždění zakázal z důvodu uvedeného v § 10 odst. 1 písm. a) zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, tedy proto, že skutečný účel shromáždění směřuje k výzvě k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti občanů pro jejich národnost, původ a náboženské vyznání. Sdružení Mladí národní demokraté se proti oběma rozhodnutím o zákazu shromáždění bránilo žalobami u Městského soudu v Praze, který žaloby proti oběma rozhodnutím zamítl. Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že kasační stížností napadený rozsudek Městského soudu v Praze zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Rozsudek Nejvyššího správního soudu v uvedené věci má zásadní význam, protože v něm byly formulovány následující požadavky na správní praxi ohledně možnosti zásahů do práva shromažďovacího.

„I. Zákaz shromáždění lze odůvodnit jeho skutečným účelem, odlišným od oznámeného, naplňuje-li podmínky zákazu ve smyslu § 10 odst. 1 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím.“

³⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2007, čj. 8 As 51/2007-67, www.nssoud.cz.

³⁸ Z odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2007, čj. 8 As 51/2007-67 lze dále uvést jistě zajímavou úvahu: „Moderní demokracie představuje vládu většiny při respektování práv menšin a musí být připravena i ke konfrontaci s menšinovými názory, které jsou jí v daném okamžiku nepohodlné. Jakékoliv omezení politických práva, jako např. práva shromažďovacího, je třeba posuzovat s krajní obezřetností a nesmí vést ve svých důsledcích k postupnému rozdrobení shromažďovacího institutu a vytěsnění většiny nepohodlné menšiny z veřejného diskurzu.“

³⁹ Rozhodnutí bylo publikováno pod č. 1953/2009 Sb. NSS.

II. Zákaz shromáždění, který dovozuje jeho účel pouze z charakteristiky svolavatele shromáždění a určitým způsobem významného místa a data/času shromáždění, se musí opírat o logickou, uzavřenou a ničím nenarušenou soustavu důkazů, které na sebe navazují a vzájemně se doplňují, nejsou vyvráceny jinými důkazy svědčícími o opaku a jsou v takovém vztahu k účelu shromáždění, že z nich je možno dovést právě jediný závěr.

III. Řešení přímého střetu shromažďovacího práva s jiným ze základních lidských práv nelze zobecnit a musí se vždy odvíjet od konkrétních skutkových okolností za současného zohlednění principu proporcionality.⁴⁰

IV. Vychází-li správní orgán z odvozeného důkazu, je nutné, aby ověřil věrohodnost původních zdrojů informací a v možném rozsahu i pravdivost těchto informací.

V. Mnohost shromáždění oznámených jedním svolavatelem ve stejnou dobu na různá místa vyvolává pochybnosti o vůli svolavatele realizovat všechna ohlášená shromáždění, ale není důvodem jejich zákazu podle zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím."⁴¹

V posuzovaném případě Nejvyšší správní soud kasační stížnost považoval za důvodnou, neboť Magistrát hlavního města Prahy neprokázal naplnění důvodu zákazu shromáždění ve smyslu § 10 odst. 1 shromažďovacího zákona. V odůvodnění svého rozhodnutí Nejvyšší správní soud poukázal na nutnost interpretace ustanovení shromažďovacího zákona také ve světle článku 11 Evropské úmluvy o ochraně základních práv a svobod. Své úvahy a argumenty doplňuje rovněž odkazy na relevantní rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva.

Zákazu shromáždění se týkal také **rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 4. 2009, čj. 1 As 30/2009-70** ve věci žalobce A. B. proti žalovanému Úřadu městského obvodu Ústí nad Labem - město, správní odbor, o kasační stížnosti žalovaného. V tomto případě Úřad městského obvodu Ústí nad Labem - město, správní odbor vydal rozhodnutí, jímž s odkazem na § 10 odst. 3 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím zakázal shromáždění oznámené žalobcem z důvodu omezení dopravy, které bude v závažném rozporu se zájmem obyvatelstva. Své rozhodnutí velmi

⁴⁰ Dostane-li se v konkrétním případě výkon práva shromažďovacího do konfliktu s právy třetích osob chráněnými ústavním pořádkem, je povinností správního orgánu vždy vážit konkurující si práva a právní statky s ohledem na konkrétně utvořený skutkový základ a případné omezení jednoho či více z nich je povinen zdůvodnit, zejména za použití principu proporcionality. Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2009, čj. 8 As 7/2008-116, www.nssoud.cz.

⁴¹ Pro přehlednost citujeme právní věty rozsudku Nejvyššího správního soudu č. 1953/2009 Sb. NSS, VII. ročník, sešit č. 12/2009.

stručně a neúplně odůvodnil, aniž by svolavatel shromáždění navrhl konání shromáždění na jiném místě nebo v jinou dobu. Účelem shromáždění, které se mělo konat formou pochodu dne 18. 4. 2009 od 8 do 22 hodin po trase ulic v centru města Ústí nad Labem měla být „vzpomínka na oběti bombardování města Ústí nad Labem“. Proti rozhodnutí správního úřadu podal svolavatel shromáždění žalobu ke Krajskému soudu v Ústí nad Labem, který napadené rozhodnutí o zákazu shromáždění zrušil pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku jeho důvodů. Nejvyšší správní soud kasační stížností Úřadu městského obvodu Ústí nad Labem - město, správní odbor zamítl. V odůvodnění svého rozsudku mj. uvedl, že nezbytnost zákazu každého shromáždění musí být posuzována i v souvislosti s jinými obdobnými akcemi a je-li důvod pro zákaz shledán, musí být vždy dostatečně jednoznačně odůvodněn a vyjádřen.⁴²

6. ZÁVĚREM

Príspevkem jsme chtěli upozornit na některé aspekty právní úpravy práva sdružovacího a práva shromažďovacího. Zákony č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů a č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím je třeba vykládat také ve světle čl. 11 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod s vědomím, že jak náš ústavní pořádek, tak tato Úmluva připouštějí i jejich omezení. Uvedením vybraných soudních rozhodnutí jsme demonstrovaly praktické problémy, s nimiž se může správní i soudní praxe potkat. Zákonná právní úprava z roku 1990 je časově nestarší ze všech odvětví vnitřní správy a jistě by si zasloužila právní úpravu zcela novou, která bude adekvátně reagovat na aktuální společenskou situaci.

Pozn.: Příspěvek vznikl v rámci projektu Aktuální otázky vývoje práva č. SGS_PF_2010_001.

Literatura:

- ČAPEK, J. Evropská úmluva o ochraně lidských práv I. část – Úmluva. Praha: Linde Praha, a. s., 2010, 887 s., ISBN 978-80-7201-789-4
- FILIP, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Brno: Masarykova univerzita, 1997, 367 s., ISBN 80-210-1569-1

⁴² Srov. obdobně rozsudek NSS ze dne 4. 9. 2007, čj. 5 AS 26/2007-86 ve věci žalobce J.M. proti žalovanému Magistrátu hlavního města Prahy, odbor občanskoprávních agend, o kasační stížnosti žalovaného. Zde šlo o zákaz shromáždění z důvodů uvedených v ustanovení § 10 odst. 2 a) a § 10 odst. 3 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím.

- KLÍMA, K. Ústavní právo, 2. rozšířené vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, s. r. o., 2004, 824 s., ISBN 80-86473-90-2
- KLÍMA, K. et al: Encyklopedie ústavního práva, Praha: ASPI, a. s., 2007, 776 s., ISBN 978-80-7357-295-2
- SKULOVÁ, S. et al: Správní právo (zvláštní část), Brno: Masarykova univerzita, 2001, 348 s., ISBN 80-210-2598-0

Kontakt na autorky – email

monika.horakova@upol.cz; sona.pospisilova@upol.cz

EVIDENCE OBYVATEL A MÍSTNÍ REFERENDUM

FILIP RIGEL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Evidence obyvatel je součástí tzv. vnitřní správy. Tato evidence je zdrojem dat o obyvatelích a je užívána správními orgány, mj. také v průběhu místního referenda.

Key words in original language

Evidence obyvatel; místní referendum.

Abstract

Register of the Inhabitants is part of the administration of interior matters. This register is the source of the data about inhabitants and is used by administrative bodies, inter alia during the local referendum.

Key words

Register of the Inhabitants; Local Referendum.

Evidence obyvatel je nepochybně vnímána jako jedna ze součástí tzv. vnitřní správy. Obsahuje údaje o obyvatelích uvedených v § 1 odst. 1 zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel). Evidence obyvatel je vedena v informačním systému evidence obyvatel, v němž je vedle mnoha jiných údajů o obyvatelích veden údaj o adrese trvalého pobytu. Uvedené údaje jsou užívány pro mnohé účely, v předkládaném příspěvku se zaměříme na jejich využití při místním referendu.

Místní referendum, upravené v zákoně č. 22/2004 Sb., o místním referendu a o změně některých zákonů, je vedle nově zavedeného krajského referenda prostředkem přímé demokracie. Jde o přímé hlasování oprávněných osob o předmětné zjišťovací otázce z oblasti samostatné působnosti obce (s několika stanovenými výjimkami). Trvalý pobyt na území obce, kde se referendum koná, má přitom v této souvislosti nejméně dvojí význam. Především se od něj odvíjí hlasovací právo v místním referendu (které je navázané na aktivní volební právo pro volby do zastupitelstva obce). Kromě toho má zvláštní význam také v situaci, kdy se místní referendum koná jen na území části obce o otázce, zda se má tato část oddělit od obce, jejíž byla doposud součástí. V takovém případě totiž podle § 21 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), platí, že část obce, která se chce oddělit, musí mít samostatné katastrální území sousedící nejméně se dvěma obcemi nebo jednou obcí a cizím státem a tvořící souvislý územní celek; po oddělení musí mít alespoň 1 000 občanů. Stejně podmínky musí splňovat i obec po oddělení její části. S oddělením části obce musí vyslovit souhlas v

místním referendu občané žijící na území té části obce, která se chce oddělit. Dále v ustanovení § 16 odst. 1 zákona o obcích se praví, že občanem obce je taková fyzická osoba, která je státním občanem České republiky a je v obci hlášena k trvalému pobytu.

Většinou podmínka spočívající v tom, že nově vzniklá obec musí mít alespoň tisíc občanů, nepřináší potíže, neboť část obce, která se chce oddělit, ji při vědomí zákonné úpravy buď pohodlně splňuje (Želechovice nad Dřevnicí oddělené od Zlína, Držovice oddělené od Prostějova, Petrov nad Desnou oddělený od Sobotína), nebo splňuje sice jen poměrně těsně, ale počet občanů zde žijících je nesporný (Kunčice, po neúspěšném referendu stále setrvávající jako součást Letohradu).

Emancipační snahy se však někdy dotýkají také takových částí obce, kde tolik obyvatel nežije. To byl případ dvou částí Hronova - Velký Dřevíč a Rokytník. Samostatně ani jedna část uvedenou podmínku nenaplnila, dohromady však disponovaly více než tisícovkou občanů. Spor o to, zda se jedna část obce může ve svém emancipačním úsilí spojit s jinou částí či dokonce jinými částmi a v případě úspěšného referenda utvořit jednu obec, vyřešil Krajský soud v Hradci Králové ve svém usnesení ze dne 26. 11. 2009, č. j. 30 Ca 115/2009-70, publikovaném pod č. 2006/2010 Sb. NSS. Soud vyšel z toho, že zastupitelstvo obce nemůže odmítnout vyhlásit místní referendum o oddělení části obce s odkazem na § 7 písm. d) zákona o místním referendu jenom z toho důvodu, že část obce, která se chce oddělit, sestává z více částí obce ve smyslu § 27 odst. 2 zákona o obcích. Podstatné je, zda část obce, která usiluje o oddělení, splňuje jako celek podmínky stanovené v § 21 odst. 1 zákona o obcích. Místní referendum v hronovských částech Velký Dřevíč a Rokytník, které krajský soud uvedeným usnesením vyhlásil, však nakonec rozhodlo o setrvání ve svazku s Hronovem. Obdobně skončilo o několik měsíců později konané referendum v brněnských částech Dolní Heršpice a Přízřenice. Doposud tak snaha o osamostatnění více než jedné části obce nikdy neskončila úspěchem, zatímco referenda o oddělení toliko jedné části obce se ukazují jako většinou úspěšná. Protože nemáme dosud dostatečně velký statistický vzorek, může být úvaha o tom, že nebývá pro občany příliš atraktivní spojení více než jedné části (se vznikajícími problémy v podobě volby názvu nové obce, identifikací občanů s nově vzniklou obcí apod.) za účelem společného postupu vedoucího k osamostatnění od dosavadní mateřské obce, prezentována jen jako závěr předčasný.

Spor ohledně počtu občanů s trvalým pobytem na území části obce, která se chce oddělit, však v jednom případě přece jen vzniknul. Šlo o Březhrad, část Hradce Králové. Přes úspěšnou podpisovou akci v části Březhrad zastupitelstvo Hradce Králové rozhodlo dle § 13 odst. 1 písm. b) zákona o místním referendu, že referendum nevyhlásí, neboť dle jeho názoru nelze o navržené otázce místní referendum konat z důvodů uvedených v § 7 písm. d) téhož zákona. Zastupitelstvo odůvodnilo svůj postup tím, že na území

části Hradce Králové vymezené katastrálním územím Březhrad bylo ke dni podání návrhu a rovněž ke dni zasedání zastupitelstva hlášeno k trvalému pobytu dle údajů z centrální evidence obyvatel Ministerstva vnitra méně než 1 000 občanů (konkrétně ke dni podání návrhu jich bylo jen 906). Rozhodnutí v místním referendu by tak dle zastupitelstva bylo v rozporu s ustanovením § 21 odst. 1 zákona o obcích vyžadujícím, aby část obce, která se chce oddělit, měla po oddělení alespoň uvedený počet občanů. Ostatní podmínky pro osamostatnění (resp. pro konání referenda o této otázce) Březhrad splnil, avšak nedostatečný počet občanů vyhlásit referendum neumožnil.

Přípravný výbor podal návrh na vyhlášení místního referenda s odůvodněním, že není stanoveno, aby podmínka tisíce občanů byla splněna ke dni podání návrhu (či ke dni konání referenda). Tuto podmínku je třeba naplnit až ke dni rozhodnutí krajského úřadu o osamostatnění. Navíc celou uvedenou podmínku navrhovatel zpochybnil z hlediska ústavnosti a dále dodal, že na území části obce žije přes 1 100 obyvatel, pokud budou započtení i cizinci s trvalým pobytem. Krajský soud v Hradci Králové návrh usnesením ze dne 30. 3. 2009, sp. zn. 30 Ca 23/2009, zamítl. Dle soudu případný kladný výsledek místního referenda o oddělení části obce představuje pouze první, i když nezbytný a zásadní, krok ke vzniku nové obce. Oddělení části obce se váže, vzdor tomu, že rozhodující vůle k němu se odvíjí od výsledku příslušného místního referenda, v konečném důsledku na rozhodnutí krajského úřadu. Dle § 22 odst. 1 zákona o obcích totiž o oddělení části obce rozhoduje krajský úřad v přenesené působnosti na návrh obce, který podá obec na základě kladného výsledku místního referenda konaného v té části obce, která se chce oddělit. Další odstavce § 22 pak podrobně řeší otázky spojené s řízením o oddělení části obce, včetně náležitostí návrhu na oddělení části obce a v návaznosti na to i rozhodnutí krajského úřadu o oddělení části obce.

Dle krajského soudu je třeba otázku, ke kterému okamžiku má mít část obce, která se chce oddělit, zákonem požadovaný počet 1 000 občanů (ačkoliv to krajský soud neuvedl výslovně, za "občany" ve smyslu § 21 odst. 1 zákona o obcích považoval "občany obce" ve smyslu § 16 zákona o obcích, tedy státní příslušníky České republiky hlášené v obci k trvalému pobytu) posuzovat v kontextu celého zákonem o obcích upraveného postupu nutného pro vznik nové obce. V důsledku toho dospěl soud k závěru, že místní referendum o oddělení části obce je přípustné pouze za situace, kdy již ke dni zasedání zastupitelstva obce, na němž rozhoduje o vyhlášení či nevyhlášení místního referenda, splňuje část obce, která se chce oddělit, všechny podmínky stanovené § 21 odst. 1 zákona o obcích, tj. včetně naplnění požadavku na určitý počet občanů. Dle správného postřehu krajského soudu je totiž smyslem a účelem tohoto zákonného limitu, aby v místním referendu o oddělení části obce rozhodoval o této otázce určitý kvalifikovaný počet obyvatel části obce, která se chce oddělit. V opačném případě by totiž mohly nastat situace, kdy by o výsledku místního referenda

mohla rozhodnout početně poměrně malá skupina občanů s tím, že teprve po vyhlášení kladných výsledků místního referenda o oddělení části obce by nastaly aktivity směřující k náboru nových obyvatel této části za tím účelem, aby splnila zákonem požadovaný počet obyvatel ke dni podání návrhu na oddělení, respektive ke dni rozhodnutí krajského úřadu o schválení návrhu na oddělení dle § 22 odst. 5 zákona o obcích. Nově vzniklá obec by tak sice podmínku počtu 1 000 občanů po oddělení splnila, ale o oddělení by rozhodoval pouze takový počet osob, který by fakticky mohl představovat menšinu z oné tisícovky obyvatel, jež by obec ke dni svého vzniku měla.

Krajský soud v Hradci Králové podpůrně argumentoval také ustanovením § 48 odst. 3 zákona o místním referendu. To představuje speciální úpravu závaznosti rozhodnutí přijatého v místním referendu o oddělení části obce, kdy zákon vyžaduje pro závaznost takového rozhodnutí vyšší počet hlasů, než u jiných typů místního referenda. Jde-li o místní referendum, v němž se rozhoduje o oddělení části obce, je rozhodnutí přijato, jestliže pro ně hlasovala nadpoloviční většina oprávněných osob zapsaných v seznamu oprávněných osob a to v případě oddělení v té části obce, která se má oddělit. Dle krajského soudu bylo smyslem tohoto ustanovení právě to, aby kladný výsledek místního referenda o oddělení části obce prezentoval názor skutečně kvalifikované většiny obyvatel této části obce. Jestliže by podmínka 1 000 občanů neměla platit také pro okamžik rozhodování zastupitelstva obce o vyhlášení místního referenda, pak by *ad absurdum* výsledek místního referenda o odtržení části obce mohl být záležitostí hlasů několika málo jednotlivců.

To by mohlo nepřípustně vést ke konání jakýchsi cvičných místních referend tam, kde ostatní podmínky pro osamostatnění jsou splněny, ačkoliv by bylo zřejmé, že k dosažení mety 1 000 občanů nemůže v části obce přirozenou cestou dojít. Takový postup by znamenal pro obce značnou a neodůvodnitelnou finanční zátěž. Nejde totiž jenom o náklady spojené s pořádáním místního referenda. V případě, že místní referendum o oddělení části obce skončí kladným výsledkem, musí obec ve lhůtě 30 dnů ode dne vyhlášení výsledků místního referenda podat krajskému úřadu návrh na oddělení části obce. Jeho součástí je dle § 22 odst. 3 zákona o obcích také písemná dohoda obce a přípravného výboru o rozdělení majetku obce mezi obec původní a nově vzniklou obec, bylo-li této dohody dosaženo. Pokud k dohodě nedojde, je majetek rozdělen dle pravidel obsažených v odst. 4. Rozdělení majetku, ať už dohodou či úředně, však musí předcházet celá řada dalších administrativních úkonů, včetně například jeho ocenění, což bezpochyby přináší další nemalé náklady, které v souvislosti s tím musí být vynaloženy a jimž se nelze vyhnout.

Krajský soud také předestřel své úvahy stran ústavnosti ustanovení zákona o obcích, které zavádí pro nově vznikající obec podmínku 1 000 občanů. V tomto ohledu ale pominul úvahu nad eventuálním zásahem do práva na

samosprávu (zda uvedená hranice není příliš vysoká) a opomenul také odůvodnit ústavně konformní výklad pojmu "občan", který je užitý v předmětném § 21 odst. 1 zákona o obcích. Je totiž skutečností, že v tomto ustanovení není výslovně použit termín "občan obce", nýbrž právě jen "občan". Stejně postavení jako občané obce mají dle § 17 zákona o obcích také cizinci s trvalým pobytem na území obce, stanoví-li tak mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána. Krajský soud se tak soustředil jen na skutečnost, že jím učiněný výklad, že řečená podmínka musí být naplněna již při hlasování zastupitelstva, je ústavně souladný, neboť nejvíce odpovídá účelu a smyslu právní úpravy. Ryze jazykový výklad uvedeného ustanovení (*po oddělení musí mít alespoň 1 000 občanů*) tak neobstojí, s čímž se lze zajisté ztotožnit. Nabízí se ovšem také otázka, co když ke dni hlasování zastupitelstva bude mít část obce tisíc občanů (pro zjednodušení nyní pominěme problém s cizinci dle § 17 zákona o obcích), zatímco při rozhodování krajského úřadu již nikoliv. Je třeba dojít k závěru, že takové referendum by se konat mohlo, avšak ani přes jeho pozitivní výsledek by krajský úřad nemohl návrh na oddělení obce schválit s ohledem na znění § 22 odst. 5 zákona o obcích, dle něhož platí, že krajský úřad svým rozhodnutím schválí návrh obce na oddělení její části, jsou-li splněny všechny podmínky stanovené zákonem. V myšleném případě by chyběla podmínka nejméně tisícovky občanů.

Proti citovanému usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 30. 3. 2009, sp. zn. 30 Ca 23/2009, byla podána ústavní stížnost. Ta byla Ústavním soudem shledána jako důvodná a nálezem ze dne 19. 4. 2010, sp. zn. IV. ÚS 1403/09, bylo uvedené usnesení zrušeno. Doprovodný návrh na zrušení § 21 odst. 1 zákona o obcích však byl odmítnut. Ústavní soud sice vyšel z teze, že právo na samosprávu nelze striktně pojit pouze s aktuálně existujícími samosprávnými subjekty, avšak dodal, že stanovení racionálních a nediskriminačních podmínek pro vznik nových obcí je výsostným právem zákonodárce. Je sice pravda, že podmínku tisícovky občanů v současnosti nespĺňuje přibližně 80 % obcí, avšak dle názoru Ústavního soudu má rozlišování mezi obcemi již existujícími a obcemi nově vznikajícími racionální základ; existence malých obcí je totiž podmíněna historicky. Následně bylo v dispozici zákonodárce historický stav zakonzervovat stanovením přísnějších podmínek pro vznik obcí nových. Dřívější právní úprava [zákon č. 367/1990 Sb., o obcích (obecní zřízení)] sice ještě umožňovala snazší cestu k vytvoření obce nové, ale šlo o úpravu vztahující se k období transformace po roce 1989. Rozhodnutí zákonodárce omezit vznik nových obcí počtem obyvatel bylo dozajista vedeno jistými praktickými zkušenostmi s fungováním menších obcí a rovněž zájmem státu na tom, aby samospráva i výkon přenesené působnosti obcemi splňovaly určité standardy. Pokud by stávající zákon o obcích tohoto cíle chtěl dosáhnout zrušením stávajících malých obcí, šlo by jistě o závažný a excesivní zásah do již nabytých práv; preskriptivní (*pro futuro*) omezení vzniku obcí však za protiústavní zásah do práva na samosprávu považovat nelze. Pro názor, že stávající podmínky vzniku obcí jsou racionální,

legitimní a není třeba pochybovat o jejich ústavnosti, svědčí i úprava vzniku obcí ve srovnatelných státech (na Slovensku je to mj. podmínka, aby obec měla nejméně 3 000 obyvatel) a skutečnost, že valná většina evropských zemí má méně obcí než Česká republika.

Ústavní soud tak přistoupil ke zrušení napadeného usnesení Krajského soudu v Hradci Králové jenom proto, že (a to dokonce bez bližšího odůvodnění) vyšlo z toho, že za občany podle § 21 odst. 1 zákona o obcích je třeba považovat občany obce, tj. jen státní občany ČR. Před krajským soudem se však podle názoru Ústavního soudu otevíraly dvě interpretační varianty pojmu "1 000 občanů". Krajský soud přitom nesprávně vybral variantu první, příliš zužující a opřenou čistě o gramatický výklad odkazující na § 16 zákona o obcích.

Dle Ústavního soudu je ovšem nutné vycházet z druhé, širší a eurokonformní, interpretace pojmu občan ve smyslu § 21 odst. 1 zákona o obcích, dle které musejí být pod interpretovaný pojem občan zahrnuti i osoby zmiňované v § 17 zákona o obcích, podle nějž oprávnění uvedená v § 16 má i fyzická osoba, která dosáhla věku 18 let, je cizím státním občanem a je v obci hlášena k trvalému pobytu, stanoví-li tak mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána a která byla vyhlášena. Takovou mezinárodní smlouvou je pak Smlouva o fungování Evropské unie (v konsolidovaném znění), konkrétně její ustanovení čl. 22 odst. 1 (dále viz i čl. 40 Listiny základních práv Evropské unie). Tato výkladová alternativa se tudíž opírá o skutečnost, že zákon o obcích ve vazbě na mezinárodní smlouvy přiznává právo podílet se na samosprávě i některým cizím státním příslušníkům. Tento výklad lze podpořit i účelem ustanovení § 21 odst. 1 zákona o obcích. Jestliže má toto ustanovení zajistit, aby do budoucna vznikaly pouze obce, které budou schopny plnit zákonem svěřené úkoly, pak není důvod, aby pro účely splnění podmínky 1 000 občanů nebylo přihlíženo k osobám, které se samy na výkonu samosprávy mohou aktivně podílet. Nejlépe neudržitelnost krajským soudem přijaté interpretace ilustruje skutečnost, že ačkoliv by podle ní osoby uvedené v § 17 zákona o obcích byly oprávněny hlasovat v místním referendu o oddělení obce (§ 2 zákona o místním referendu), pro účely zjišťování podmínek vyhlášení referenda by byly právně irelevantní.

S prezentovaným závěrem Ústavního soudu se lze ztotožnit, pokud jde o vymezení pojmu občan. Nasvědčuje tomu také skutečnost, že zákon o obcích v § 21 odst. 1 nepoužívá již výslovně pojem občan obce, který jinak různá jiná ustanovení znají a používají. Pokud by § 21 odst. 1 skutečně chtěl rozebranou podmínku vztáhnout jen na občany obce, pak by jistě mohl užít přímo sousloví občan obce. Užil-li výraz jiný (jakkoliv podobný), může to znamenat, že se chtěl odchýlit, přičemž Ústavní soud nesporně podal přesvědčivou argumentaci, že takové odchýlení se v daném případě je racionální. Je ale možno uvést drobnou výhradu k tomu, že Ústavní soud svůj výklad označil za takzvané eurokonformní. Místní referendum totiž

není komunitarizovaný institut a skutečnost, že občané EU mohou hlasovat v místním referendu v České republice, plyne až z národního práva. Výklad pojmu občan tak je třeba podat v kontextu národního práva, ačkoliv na výsledku takového výkladu (tj. že se předmětná podmínka vztahuje i na občany EU) tato skutečnost nic nemění.

Ústavní soud však již nepřítakal námitce stěžovatele, podle níž krajský soud pochybil při určování okamžiku, k němuž má být vztažena podmínka počtu občanů oddělené části obce. Odůvodnění rozhodnutí krajského soudu, podle něhož se splnění všech podmínek vyhlášení referenda musí posuzovat v době, kdy je o něm příslušným orgánem rozhodováno (tj. ke dni zasedání zastupitelstva, resp. krajského soudu, pokud je mu podán návrh na vyhlášení místního referenda), považuje Ústavní soud za přesvědčivé, ústavně konformní a důsledně vzato i jediné prakticky možné. Pro účely konání místního referenda o oddělení části obce je nepochybně nutné stanovit datum, ke kterému se budou zjišťovat podmínky jeho konání. Pokud by jím mělo být až samotné konání referenda, nemělo by ověřování podmínek a rozhodování o jeho vyhlášení žádného praktického smyslu, neboť každé referendum o oddělení obce (buť by např. nově vzniklá obec měla mít v době rozhodování zastupitelstva či soudu jen zlomek z požadovaného počtu obyvatel) by muselo být vyhlášeno s tím, že by se až po jeho konání ukázalo, zda skutečně zákonné podmínky po oddělení byly splněny. Ústavní soud pak dále odkázal i na další možné (a krajským soudem zmiňované) praktické problémy, které by taková interpretace byla způsobilá přivodit – tj. konání cvičných či nikoliv vážně míněných referend bez šance na úspěch či nábor občanů, který by probíhal mezi rozhodnutím o vyhlášení referenda a jeho konáním.

Věcí se tedy po zrušujícím nálezu opět zabýval Krajský soud v Hradci Králové a následně rozhodl usnesením ze dne 28. 5. 2010, sp. zn. 30 A 20/2010, publ. pod č. 2121/2010 Sb. NSS, jímž návrh opakovaně zamítl. Krajský soud předně zjišťoval u Magistrátu města Hradce Králové a u Ministerstva vnitra počet obyvatel v městské části Březhrad. Tyto orgány poskytly příslušné údaje z informačního systému evidence obyvatel, jehož správcem je Ministerstvo vnitra a Magistrát města Hradec Králové je jedním z jeho uživatelů. Oba orgány shodně uvedly, že v městské části Březhrad je evidováno 892 občanů ČR a 2 další občany EU (kteří nejsou občany ČR). Vedle toho je k různým typům pobytů evidováno v Březhradu 202 cizinců (z toho 176 občanů Ukrajiny).

Přípravný výbor přitom s poskytnutými údaji polemizoval a navrhoval, aby soud inicioval vlastní sčítání. Krajský soud se však neztotožnil s námitkou navrhovatele (přípravného výboru) zpochybňující důvěryhodnost podkladů poskytovaných Magistrátem města Hradec Králové, který mohl být ve věci zainteresován, neboť totožné údaje podalo také Ministerstvo vnitra. Důvěryhodnost poskytnutých údajů nemohlo ohrozit ani laické sčítání občanů části Březhrad, které provedli členové přípravného výboru a

sympatizanti odtržení. Je totiž zřejmé, že takový podklad nemůže být pro zjištění počtu občanů obce nebo její části relevantní. Z toho důvodu také krajský soud nemohl vyhovět návrhu přípravného výboru, aby proběhlo fyzické sčítání občanů části Březhrad prováděné krajským úřadem nebo Ministerstvem vnitra v rámci kontroly výkonu přenesené působnosti Magistrátu města Hradec Králové. Krajský soud nemá vůbec oprávnění takové sčítání občanů nařídit, navíc takový postup vzhledem ke lhůtám, v nichž musí soud o návrhu na vyhlášení místního referenda rozhodnout, těžko přichází v úvahu. Krajský soud se také zabýval otázkou, zda by podobně jako s občany EU mělo být nakládáno i s občany jiných zemí, přičemž dospěl k závěru, že nikoliv, neboť neexistuje žádná mezinárodní smlouva, která by takové právo občanům dalších zemí poskytla. S ohledem na skutečnost, že v Březhradu mělo trvalý pobyt jen 894 občanů EU, nebylo možné místní referendum vyhlásit, a Krajský soud v Hradci Králové tak návrh zamítnul.

Z podaného vyplývá, že údaje z informačního systému evidence obyvatel jsou nadány presumpcí správnosti. K jejímu vyvrácení tak nepostačí pouhá blíže nerozvedená pochybnost. Tento závěr platí jistě i pro situace nastalé při místním referendu, které byly v textu rozebrány.

Literature:

- Jurníková, J. et al: Správní právo - zvláštní část, Brno: Masarykova univerzita, 2004, 399 s., ISBN 80-210-3417-3
- Vedral, J.: K novému zákonu o místním referendu. Právní zpravodaj, 2004, č. 3

Contact – email

filip@rigel.cz

ELEKTRONIZACE VEŘEJNÉ SPRÁVY

ANDREA SCHELLEOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Článek se zabývá problematikou elektronizace veřejné správy s důrazem na elektronické zadávání veřejných zakázek. V rámci mého příspěvku se budu snažit nastínit problematiku tzv. eGovernmentu nebo-li elektronických nástrojů, které mají být ve veřejné správě využívány. Dále se budu věnovat zejména problematice elektronického zadávání veřejných zakázek jak z hlediska současné právní úpravy, tak i z hlediska požadavků *de lege ferenda* a to i zejména v souvislosti s přijatým Národním plánem zavedení elektronického zadávání veřejných zakázek.

Key words in original language

Veřejná zakázka; veřejná správa; eGovernment; elektronizace; nástroje; zadavatel.

Abstract

The article deals with current questions concerning the electronization of public administrating with the aspects requirements for conducting public procurement using electronic means. Part of my contribution will deal with the problematics of eGovernment which absorbs the electronics tools used in public administration. Futher I'll try to focus on the topic of electronic tools within public procurement awarding procedures. This topic will be described from the nowadays legal regulations as well as the requirement *de lege ferenda* which are mostly connected with the National plan for estabilishment of electronic awarding procedures for public procurement.

Key words

Public contract; public administration; eGovernment; electronization; tools; contratcting authority.

Úvod

Elektronizace veřejné správy (tzv. eGovernment) je v současné době z hlediska zavádění celosvětových nových trendů ve veřejné správě velice aktuálním tématem, neboť 21. století se již neobejde bez informačních a komunikačních technologií a zejména veřejná správa se snaží absorbovat tyto technologie pro usnadnění svých procesů. Tato oblast se dotýká celé veřejné správy, přičemž jednou z oblastí veřejné správy, která je v současné době velice diskutována je elektronizace zadávání veřejných zakázek. Právě toto téma bude předmětem mého příspěvku, přičemž mé závěry budou vycházet jednak z praktických poznatků a dále z absolvování několika konferencí, které se tímto tématem zabíraly. Pro veřejnost je bohužel ve

většině zemí spjat pojem eGovernment snad jen s elektronickým podpisem, možností podat daňové přiznání, případně vyřídit důležité záležitosti se státní správou e-mailem. Vzhledem k tomu, že elektronizace v sobě zahrnuje řadu dalších aspektů, je v současné době celosvětová snaha snažit o zakomponování stále více elektronických prostředků do činnosti veřejné správy, které by usnadnily procesy spojené s komunikací veřejné správy a ostatních občanů (v současné době probíhá nejen u nás řada školení a interaktivních výukových modulů). Pronikání nových informačních technologií (IT) do našeho každodenního života je stále více intenzivnější, přičemž stále častěji jsou brány v úvahu praktické dopady jejich aplikace v každodenním životě. V 90. letech minulého století si vlády začaly uvědomovat nejen vliv IT, ale i možnosti jejich využití ve veřejné správě. Vznikl tedy program nazvaný eGovernment (tzv. elektronická vláda), který má za cíl zpřístupnit moderní informační technologie, a zejména Internet, co nejširšímu okruhu občanů každé země. Současně eGovernment vytváří projekty, které řeší aplikaci IT ve veřejné správě s cílem usnadnit a zjednodušit styk občana s veřejnou správou, nahradit pobíhání od úřadu k úřadu vyřizováním požadavků a potřeb občanů elektronickou formou. Služby celosvětové počítačové sítě Internet umožňují levně a efektivně komunikovat a spolupracovat stále většímu množství jedinců a institucí na celém světě a to i mezi jednotlivými státy. Od devadesátých let 20. století se každý rok počet počítačů připojených k internetu téměř zdvojnásobuje, přičemž tento celosvětový trend se nevyhýbá ani oblasti státní správy. Šíření internetu jako komunikační infrastruktury i jako největšího dynamického zdroje informací je tak rychlé a masivní, že se vytváří celosvětové klima založené na principech elektronizace. V takovémto světě tedy není možné nebrat na vědomí prostor eGovernmentu, jakožto prostor nových možností a finančních úspor, který je ve spoustě zemí světa již běžnou součástí fungování veřejné správy a s ní spojených činností.

K problematice elektronizace v rámci zadávání veřejných zakázek

Současné znění zákona o veřejných zakázkách (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) v sobě absorbuje mnohem větší důraz na zadávání prostřednictvím elektronických prostředků, než jak tomu bylo v rámci předchozích právních úprav. Elektronické zadávání by mělo být v budoucnosti stejně běžné a aplikované jako v současnosti používaná listinná forma zadávání veřejných zakázek. K tomu, aby mohlo elektronické zadávání začít plně fungovat, přijala vláda usnesení č. 500 ze dne 10. května 2006 o Národním plánu zavedení elektronického zadávání veřejných zakázek pro období let 2006 – 2010. Právní rámec pro elektronické zadávání veřejných zakázek je součástí Směrnic Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby a č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. Tyto směrnice poskytují komplexní rámec pro elektronické zadávání zakázek otevřeným,

transparentním a nediskriminačním způsobem, stanovují pravidla pro elektronické nabídkové řízení a určují podmínky pro moderní nákupní metody založené na elektronických komunikačních prostředcích. Uvedené směrnice byly transponovány do zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), včetně komplexního rámce elektronického zadávání veřejných zakázek. Pro implementaci nového právního rámce elektronického zadávání veřejných zakázek vydala Evropská komise sdělení Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů č. SEK (2004) 1639 "Akční plán provádění právního rámce v oblasti elektronického zadávání veřejných zakázek", z něhož vyplývá požadavek na členské státy EU zpracovat národní plány zavedení elektronického zadávání veřejných zakázek.

V rámci naší legislativy jsou bližší požadavky týkající se elektronického zadávání veřejných zakázek jsou upraveny prováděcím právním předpisem k novému zákonu a to vyhláškou č. 329/2006 Sb., kterou se stanoví bližší požadavky na elektronické prostředky, elektronické nástroje a elektronické úkony při zadávání veřejných zakázek. Kromě uvedené vyhlášky je dalším legislativním pramenem pro elektronické zadávání veřejných zakázek vyhláška č. 326/2006 Sb., o podrobnostech atestačních řízení pro elektronické nástroje, náležitostech žádosti o atest a o výši poplatku za podání žádosti o atest a taktéž zákon č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Elektronizace veřejných zakázek na národní úrovni

V České republice se elektronizace veřejných zakázek začala rozvíjet na základě zákona č. 137/2006 Sb. a shora uvedeného Usnesení vlády č. 500, na jehož základě byl přijat tzv. Národní plán zavedení elektronického zadávání veřejných zakázek pro období let 2006-2010. Vláda ČR reagovala schválením Národního plánu na trvalý tlak Evropské komise směrem k členským státům na zavádění elektronických obchodních praktik do procesu veřejného investování. Ke zpracování národních plánů Evropská komise přímo vyzvala členské státy ve svém tzv. Akčním plánu. Národní plán je rovněž důležitým nástrojem k podpoře implementace strukturálních fondů EU. Elektronické zadávání se vztahuje i na veřejné zakázky financované či spolufinancované ze strukturálních fondů EU a i při zadávání těchto veřejných zakázek lze dosahovat finančních i nefinančních přínosů uvedených v Národním plánu. Realizace Národního plánu je uskutečňována řadou opatření a úkolů, na kterých se podílí Ministerstvo pro místní rozvoj, Ministerstvo financí, Ministerstvo vnitra,

Ministerstvo spravedlnosti, Ministerstvo zemědělství, Správa státních hmotných rezerv a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.¹

Tento národní plán vychází z potřeby České republiky systémově řešit oblast zavádění moderních informačních a komunikačních technologií do procesu zadávání veřejných zakázek a procesu veřejného investování. Je výrazem snahy vlády České republiky realizovat co možná největší podíl veřejných nákupů „online“ a povzbudit zadavatele a dodavatele k přijetí odpovídajících elektronických obchodních praktik. V rámci tohoto plánu se možnost elektronického zadávání nevztahuje pouze na veřejné zakázky, ale současně i na koncesní smlouvy. Tento národní plán je výrazem vůle veřejného sektoru zavádět elektronické nástroje do nákupních procesů a rozšiřovat možnosti využití elektronického obchodu prostřednictvím elektronického zadávání veřejných zakázek. Z postu vlády České republiky je tento plán výřem uvědomění si významu elektronického zadávání veřejných zakázek pro rozvoj elektronického obchodu v ČR, neboť veřejné nákupy představují vysoké procento transakcí v kontextu národního hospodářství. Zapojení moderních informačních a komunikačních technologií do procesu zadávání veřejných zakázek by na základě tohoto plánu mělo vést ke zvýšení transparentnosti zadávacího procesu, snížení transakčních nákladů a cen předmětů veřejných zakázek a řady dalších přínosů, které z toho plánu vycházejí. Současně je, ale nutné dodat, že elektronický zadávací proces s sebou na druhou stranu ponese nová rizika, která mohou ohrozit důvěryhodnost zadávacího řízení či bezpečnostní rizika související se skutečností, že elektronické nástroje pro zadávání veřejných zakázek jsou napojeny na veřejné sítě. Z toho důvodu jsou součástí schváleného plánu i opatření směřující k eliminaci či snížení rizik, která budou muset být implementována ještě před uvedením systémů elektronického zadávání do procesu.

Národní plán zavedení elektronického zadávání veřejných zakázek počítá i se skutečností, že některé kroky zadávacího řízení budou činěny jak ve formě elektronické, tak i v listinné, přičemž cílem do budoucna je postupná integrace elektronického zadávání do všech forem zadávání a propojení jednotlivých systémů. V Národním plánu jsou z toho důvodu vymezeny i další cíle, které na proces elektronizace veřejných zakázek navazují. Mezi tyto cíle patří např. širší využívání elektronických objednávkových systémů či elektronických zúčtovacích a platebních systémů.

Základním cílem Národní plánu je usnadnit a zrychlit zavádění elektronických nástrojů do procesu elektronického zadávání veřejných zakázek a podpořit informačními a komunikačními technologiemi všechny činnosti procesu zadávání veřejných zakázek.

¹ www.portal-vz.cz

Vybrané instituty elektronického zadávání obsažené v současné úpravě

Nový zákon o veřejných zakázkách (zákon č. 137/2006 Sb.) má jak veřejnoprávní rysy, tak i soukromoprávní rysy. Mezi veřejnoprávní rysy patří správní řízení v souvislosti se seznamem kvalifikovaných dodavatelů, a systémem certifikovaných dodavatelů, dohledová činnost nad zákonem a atestační řízení, přičemž mezi soukromoprávní rysy pak patří všechna ostatní ustanovení zákona. Při samotných elektronických úkonech mezi zadavatelem a dodavatelem se celý vztah řídí soukromoprávní úpravou. Dle současné úpravy může zadavatel používat elektronické nástroje pouze, pokud použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace, pokud jsou tyto nástroje s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi. Pro zajištění splnění těchto požadavků mohou být elektronické nástroje v zadávacím řízení použity pouze tehdy, jsou-li atestovány v atestačním řízení prováděném Ministerstvem informatiky. V rámci atestačního řízení jsou zkoumány požadavky shody elektronického nástroje s požadavky, které jsou staveny zákonem č. 137/2006 Sb. a prováděcími předpisy k tomuto zákonu. Po absolvování atestačního řízení je Ministerstvem informatiky vydán atest, který osvědčuje shodu elektronického nástroje s požadavky kladenými na tento nástroj. Podrobnosti atestačního řízení jsou upraveny ve vyhlášce č. 326/2006 Sb.

V rámci každého zadávacího řízení je povinností zadavatele určit osoby, které jsou za něj oprávněny činit v předmětném zadávacím řízení jednotlivé elektronické úkony. Mezi tyto úkony pak patří zejména poskytování zadávací dokumentace, výzvy k účasti a podávání nabídek, poskytování dodatečných informací nebo potvrzování doručení nabídek, jejich otevírání a pozvání k jednáním. Pokud pak zadavatel činí v zadávacím řízení jakýkoliv elektronický úkon vůči uchazeči (dodavateli), je nutné, aby byl tento úkon opatření platným zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu oprávněné osoby zadavatele nebo platnou elektronickou značkou založenou na kvalifikovaném systémovém certifikátu zadavatele.

V souvislosti s elektronickým zadávacím řízením vyvolává u zadavatelů obavy problematika znatelnosti elektronických podpisů požívaných zahraničními dodavateli. Vzhledem k soukromoprávní povaze zadávání veřejných zakázek je však elektronické podepisování při přeshraničním styku legislativně vyřešeno a obavy zadavatelů pramení zejména z nízkého povědomí o mezinárodních aspektech elektronického podpisu. Určité problémy v rámci přeshraničního styku lze spatřovat v tom, že není možné získat důvěryhodnou informaci o tom, zda jde skutečně o kvalifikovaný certifikát, tak jak je upraven zákonem. Dalším problémem, který v řadě případů nastává je jazyková rozdílnost, kdy jsou údaje v certifikátech, kterými se mají jednotlivé strany řídit, zpravidla v národních jazycích. Právní úprava elektronického podepisování v rámci přeshraničního styku je

obsažena zejména v zákonu č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu. Základem této úpravy je požadavek směrnice evropského parlamentu a rady 1999/93/ES, aby kvalifikované certifikáty vydané podle právní úpravy, která je v souladu s touto směrnicí, byla uznávány, jako kvalifikované ve všech členských státech EU. V praxi to pak znamená, že elektronický podpis, který je založený na kvalifikovaném certifikátu vydaném podle práva jiného členského státu, má z pohledu požadavku na elektronický podpis stejný účinek jako podpis založený na kvalifikovaném certifikátu vydaném podle českého zákona o elektronickém podpisu. Vzhledem k tomu, že navrhování nebo uzavírání obchodních smluv či konání jiných právních úkonů v zadávacím řízení je upraveno soukromoprávními normami a nejedná se o úkony v oblasti orgánů veřejné moci, český právní řád neklade další požadavky na elektronický podpis a je tedy možné, aby ke stejným úkonům byly bez dalšího používány i zahraniční kvalifikované certifikáty.

Pro podávání nabídek a jejich doplňování a také pro podávání předběžných nabídek zadavatel uveřejňuje ve vyhlášení, případně výzvě, elektronickou adresu pro podávání nabídek, žádostí o účast a prodávání aukčních hodnot. Dodavatel pak chrání obsah své podané nabídky před neoprávněným čtením formou šifrování jejich obsahu. U podávání nabídek, příp. žádostí o účast v zadávacím řízení je určitým problémem prokazování kvalifikace. K prokazování splnění kvalifikace doklady v elektronické podobě v rámci zadávacího řízení lze za stávající právní úpravy využít elektronický výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů nebo certifikát ze systému certifikovaných dodavatelů v elektronické podobě. Nový zákon o veřejných zakázkách dále umožňuje, aby dodavatel předložil zadavateli údaje nezbytné pro hodnocení nabídky ve formě elektronického katalogu. V současné je jejich využívání spíše vyjimečné, avšak v okamžiku, kdy začnou být plně využívány, mělo by dojít k přínosu značných procesních úspor spojených se zpracováním a hodnocením nabídek, jak na straně dodavatelů, tak i zadavatelů. Současný zákon nestanoví žádné obsahové požadavky a ani nejsou vytvořeny jednotné standardy pro obsah elektronických katalogů, což může tvořit určité překážky pro jejich širší využívání. Vývoj rámcových norem pro elektronické katalogy je jejich ze standardizačních projektů zastřešených Evropskou komisí.

V souvislosti s podáváním nabídek jsou zákonem upraveny další povinnosti zadavatele z hlediska elektronických úkonů. Stanoví-li zadavatel v souladu s ustanovením § 39 an. ZVZ lhůtu pro podávání nabídky, zajistí, aby nabídka podaná na elektronickou adresu pro podávání nabídek byla před uplynutím stanovené lhůty dále zpracována v souladu s vyhláškou č. 329/2006 Sb. a uložena v nezměněné podobě do doby jejího otevření. Zadavatel zároveň odešle dodavateli na jeho elektronickou adresu oznámení o doručení nabídky. Zadavatel označí nabídku doručenu po uplynutí stanovené lhůty pro podávání nabídky jako nepřijatelnou. V takovém případě odešle zadavatel dodavateli na jeho elektronickou adresu oznámení

o této skutečnosti (§ 6 odst. 5 vyhl.329). Po podání nabídky zadavatel ověří platnost zaručeného elektronického podpisu dodavatele a výsledek ověření zaznamená k doručené nabídce. Se záznamem o ověření platnosti zaručeného elektronického podpisu se dále zachází obdobně jako s identifikátorem elektronické podatelny podle již uvedené vyhlášky č. 496/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel nebo osoby oprávněné k otevírání nabídek zajistí odtajnění obsahu nabídek s využitím soukromého klíče. Soukromý klíč určený odtajnění nabídek musí zadavatel zajistit proti ztrátě a neoprávněnému přístupu po celou dobu platnosti odpovídajícího certifikátu veřejného klíče, a dále aby nebylo možné za vynaložení přiměřených prostředků soukromý klíč padělat. Zadavatel zajistí, aby odtajnění nabídek s využitím soukromého klíče prováděly oprávněné osoby tak, aby odtajnění nabídek mohly provést vždy dvě nebo více oprávněných osob z jejich celkového počtu a nebylo možné použít soukromý klíč k odtajnění nabídek jiným způsobem než součinností oprávněných osob a dále zadavatel zajistí, aby elektronický nástroj neumožnil odtajnění nabídky před lhůtou stanovenou k jejímu otevření. Elektronická nabídka po jejím otevření, přečtení, posouzení nebo hodnocení musí zůstat uložena u zadavatele jen v její zašifrované podobě.

Aplikační problémy spojené s elektronickým zadáváním

Zásadními problémy z hlediska aplikace elektronického zadávání je a i do budoucna zůstane otázka bezpečnosti. Bezpečné používání elektronických prostředků souvisí s dostatečným zabezpečením technické podpory a elektronických nástrojů, stejně jako kontrolních mechanismů pro ověřování shody funkčnosti elektronických nástrojů s legislativními požadavky. Všechny tyto problematiky jsou součástí Národního plánu, přičemž Vláda České republiky má právě z důvodu řešení těchto skutečností zájem na tom, aby se experti na zadávání veřejných zakázek z věcně příslušných resortů ČR aktivně účastnili činnosti Public Procurement Network, jejímž základním účelem je posílit aplikaci zadávacích postupů stanovených právním rámcem Evropského společenství a to sdílením a vzájemnou výměnou zkušeností a benchmarkingem. V současné době je Česká republika zapojena do řady aktivit zastřešených Evropskou komisí, přičemž účast na jednotlivých iniciativách je v současné době zajišťována jednotlivými věcně příslušnými resorty. Co se týká samotné problematiky bezpečnosti používání elektronických nástrojů, tak ta je v současné době řešena vyhláškou č. 326/2006 Sb. Tato vyhláška obsahuje řadu povinností vztahujících se k zajištění bezpečnosti při zadávání veřejných zakázek, avšak všechny tyto povinnosti jsou řešeny spíše na obecné úrovni. Určitou novou úpravu v oblasti bezpečnosti informačního systému zavedla novela zákona č. 365/2000 Sb., která klade větší důraz na zajištění důvěryhodnosti, integrity a dostupnosti informací zpracovávaných v Informačním systému veřejné správy (IS VS).

Závěr

Elektronizace veřejné správy je v současné době v období značného rozvoje a spolu s tím se rozvíjí i oblast elektronického zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že elektronizace je pojmem technickým, je v rámci legislativního ošetření nutné dbát na dostatečné bezpečnostní opatření a specifické určení všech jednotlivých nástrojů. V současné době je zájem státu na elektronizaci veřejných zakázek zřejmý z hlediska vytvoření Národního plánu, který by se měl v nejbližší době začít plnit. Zájem na prosazení elektronizace v oblasti veřejných zakázek je značný jak ze strany zadavatelů, kterým se tímto procesem sníží administrativní náročnost při hodnocení a průběhu zadávacího řízení, ale stejně tak je zájem i ze strany dodavatelů, kteří se díky tomuto procesu budou moci účastnit více zadávacích řízení a tím zvyšovat konkurenceschopnost v rámci všech zadávacích řízení.

Literature:

- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění
- Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách – Komentář, Praha: C.H.Beck, 2006, 80-7179479-1
- Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon – Komentář, Praha: Linde, 2008, 97-8807201711-9
- Šebesta, M., Olík, M., Machurek, T., Podešva, V.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem, Praha: ASPI, 2006, 80-7357-213-3

Contact – email

andrea.schelleova@seznam.cz

AKTUÁLNE OTÁZKY VÝVOJA VNÚTORNEJ SPRÁVY V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY

MARIÁN ŠEVČÍK

Tnávská univerzita v Tnave, Katedra správneho práva, práva životného
prostredia a finančného práva, (Slovenská republika)

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá základnou koncepciou výstavby a pôsobenia správnych orgánov v zmysle Programového vyhlásenia vlády (racionalizácie, odbyrokratizovania, elektronizácia). Rozoberá základné princípy Programového vyhlásenia vlády SR vzhľadom na ďalší vývoj správneho práva v podmienkach Slovenskej republiky.

Key words in original language

Správne právo; programové vyhlásenie vlády Slovenskej republiky; správny orgán; verejná správa.

Abstract

Contribution deals with basic conception of building and influence the administratives authorities from the keynote speech of the Slovak Republic Government (rationalization, debureaucratization, computer processing). Deals with the basic principal from the keynote speech of the Slovak Republic Government from later development of administrative law in Slovak Republic.

Key words

Administrative law; keynote speech of the Slovak Republic Government; administrative authority; public administration.

¹Súčasnosť, predovšetkým po prijatí Programového vyhlásenia vlády Slovenskej republiky v roku 2010, ponúka príležitosť pokúsiť sa o načrtnutie pohľadu na kontúry vývoja verejnej správy z pohľadu súčasnej exekutívy. Mám za to uvedený pokus je možné urobiť len s použitím komparácie programových vyhlásení vlád Slovenskej republiky pre roky 2002-2006 2006-2010 a súčasné programové vyhlásenie vlády pre roky 2010-2014. Pre roky 2002-2006 je charakteristické to, že sa zásadnými spôsobom vstúpilo do existujúceho modelu výstavby verejnej správy prijatím zákona 222/1996 Z. z., a to jeho novelou zákonom číslo 513/2003 Z. z.

¹ "Tento referát bol vyhotovený v rámci projektu VEGA (č. 1/0319/10) "Správne súdnictvo"

Podľa zák.č. 513/2003 Z. z. sa miestna štátna správa zmenila tým, že sa:

a.) opustil prvok ich kreovania v zhode s územnosprávnym členením Slovenskej republiky (zákon č 221/1996 Z.z.),

b.) zrušili sa okresné úrady,

c.) zúžila sa kompetencie krajských úradov

d.) kreovalo sa 50 obvodných úradov bez právnej subjektivity, ktoré nekopírovali územno-správne členenie Slovenskej republiky,

e.) kreovali sa takzvané spoločné úrady pre mikro regióny, taktiež bez právnej subjektivity, do ktorých sa delimitovali pracovníci zrušených okresných úradov,

f.) zaviedlo sa usmerňovanie a riadenie obvodných úradov na princípe rezortného riadenia prostredníctvom smerníc, ktoré vydávali ústredné orgány štátnej správy a iné ústredné orgány štátnej správy. Smernice boli publikované vo Vestníku vlády Slovenskej republiky,

g.) prenos kompetencií zo zrušených okresných úradov (nielen z týchto úradov) na obce a na vyššie územné celky. Obce a vyššie územné celky boli takto vybavené kompetenciami dvojakého právneho základu (napr. pre obce originálne kompetencie podľa zák. č. 369/1990 Zb zák. v platnom znení k 1.1.2003) a prenesených kompetencií podľa zák. č. 513/2003 Z.z.

Štatutárni zástupcovia obcí a miest t.j. starostovia obcí a primátori miest sa tak stali aj vedúcimi úradov miestnej štátnej správy (napr. stavebný úrad, dopravný úrad, školský úrad a pod.).

h.) zrušila sa do uvedenej doby riadne pôsobiaca všeobecná miestna štátna správa.

V období rokov 2006 – 2010 došlo k zrušeniu niektorých krajských úradov a k posilneniu postavenia starostov a primátorov obcí a miest. Uvedená právna úprava zároveň zvýraznila silnejšie postavenie starostov a primátorov ako vedúcich osobného úradu vo vzťahu k obecnému zastupiteľstvu. Stali sa tak výlučne zodpovednými osobami za personálne zloženie obecného(mestského úradu), zároveň sa posilnilo postavenie týchto štatutárnych osôb do vnútra obce i navonok vo vzťahu k občanom a tretím osobám. Ďalej tiež veľký zásah do činnosti ministerstiev, presunom kompetencií a posilnení kompetencie Úradu vlády Slovenskej republiky - (zák. č. 575/2001 Z.z.).

K tomuto obdobiu sa viaže ďalej tiež zrušenie krajských úradov a osobitne novelizácia tzv. veľkého kompetenčného zákona (zák. 575/2001 Z.z . o

organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov.)

Už v tomto období úsilie vtedajšej vlády smerovalo k znižovaniu výdavkov štátneho rozpočtu vo vzťahu k verejnej správe a zároveň, a tiež je pre uvedené obdobie markantné narastanie problémov s financovaním územnej samosprávy (problematika podielových daní pre túto skupinu orgánov územnej samosprávy). Dôsledkom bolo tiež to, že už v tomto období pristúpilo k znižovaniu počtu pracovníkov v štátnozamostaneckom pomere a zamestnancov zamestnaných vo verejnom vo verejnom záujme. Smerovalo k tomu aj dokončený legislatívny proces o zrušení dvoch ministerstiev (Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky a Ministerstvo výstavby a regionálneho rozvoja Slovenskej republiky.)

Prezident Slovenskej republiky využil svoje ústavné právo dané mu článkom č. 102 ods. 1 písm. o) Ústavy Slovenskej republiky a zákon z 11. augusta 2010, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov (t.j. v časti obnovenia Ministerstva životného prostredia Slovenskej republiky) a vrátil Národnej rade SR ňou schválený návrh zákona z 11.8.2010, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 575/2001 o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov, pričom Národnej rade SR navrhoval, aby zákon pri opätovnom prerokovaní neprijala ako celok, keďže jeho účelom je opätovne od 1.9.2010 zriadiť Ministerstvo životného prostredia SR s rovnakým rozsahom pôsobnosti, aký mal tento ústredný orgán štátnej správy do 1.júla 2010.²

Národná rada Slovenskej republiky prezidentské veto prelomila a akceptovala vládny návrh zákona s tým, že jeho účinnosť nastane dňom 1.11.2010.

Na tomto mieste a v súvislosti s vyššie uvedenými stanoviskami prezidenta Slovenskej republiky, vlády Slovenskej republiky, ako aj súčasnej opozície, je možné predpokladať ďalší vývoj prezentovania uvedených názorov prípadným príslušným podaním a s jeho ďalším možným pokračovaním na pôde Ústavného súdu Slovenskej republiky. S takouto možnosťou právneho pokračovania sme sa doposiaľ v Slovenskej republike nestretli.

² Vid' bližšie rozhodnutie prezidenta Slovenskej republiky zo dňa 25.8.2010 číslo: 2469-2010-BA. In www.nrsr.sk/Dynamic/Download.aspx?DocID=346248, 8.10.2010.

Východiskom pre formulovanie mojej pozornosti v tomto príspevku je základná zásada, ktorú v Programovom vyhlásení vlády Slovenskej republiky, vypracovanom v auguste roku 2010 s názvom Občianska zodpovednosť a spolupráca (ďalej v texte len Programové vyhlásenie vlády SR) vymedzila programovo ako „zabezpečenie revízie všetkých úradov s prezumpciou nepotrebnosti, audity a reštrukturalizáciu ministerstiev a ostatných ústredných orgánov verejnej správy³“. Zároveň pri tejto príležitosti vláda Slovenskej republiky vyhlasuje ako nástroj pre aplikáciu uvedenej zásady, že:

- a) bude sa uskutočňovať racionalizácia postupov činnosti verejnej správy,
- b) bude sa realizovať odbyrokratizovanie práce s informáciami v činnosti orgánov verejnej správy, nevyžadovanie informácií od účastníkov konania pred orgánmi verejnej správy v tých prípadoch, keď „ich úrad má k dispozícii alebo si ich môže získať iným spôsobom.⁴“

Obdobie, ktoré je ohraničené časovým obdobím rokov 2010-2014 t.j. pre pôsobenie súčasnej vlády Slovenskej republiky, ktorá vzišla z parlamentných volieb v júni 2010, je pre našu problematiku osobitným, nie tradičným spôsobom formulované v Programovom vyhlásení vlády Slovenskej republiky. Aj v tomto dokumente sa stretávame s problematikou svetovej hospodárskej krízy, a osobitne z pohľadu celoštátneho, prekonávaním živelných pohrôm, osobitne letných povodní roku 2010.

Povodne na hornej Nitre, osobitne Prievidza Handlová, v Turci, osobitne v Martine, poukázali na to, že rezort vnútra a rezort obrany pružne nereagovali. Model cez infolinku 112 bol nefunkčný. Letné živelné pohromy zároveň poukázali na to, že model, ktorý bol zavedený v roku 2003, má svoje úzke miesta, svoje významné nedostatky. Prejavilo sa to v strate operatívnosti riešenia krízových situácií. Myšlienka integrácie, a najmä súčinnosti požiarnych jednotiek, policajných síl a rýchlej zdravotníckej pomoci je nepochybne správna, ale vypukle sa prejavila absencia funkčnosti verejnej správy a osobitne absencia koordinačného prvku, ktorým podľa zák. č. 222/1996 Z.z. v pôvodnom znení boli prednostovia okresných a krajských úradov. Až v prípade širšej či rozsiahlejšej živelnej pohromy či udalosti nastupovali centrálné zložky z úrovne ústredných orgánov štátnej správy. Prednostovia okresných a krajských úradov boli vybavení kompetenciami, v rámci ktorých vykonávali

³ Vid' str. 47 Programového vyhlásenia vlády.

⁴ Programového vyhlásenia vlády.

koordináciu a súčinnosť pôsobnosť aj so zapojením orgánov územnej samosprávy. Aj z týchto poznatkov pramení aj obsahová stránka Programového vyhlásenia vlády Slovenskej republiky a v nej obsiahnuté riešenia, ktoré majú napomôcť riešeniu naznačených problémov. Je možné ich koncepčne zhrnúť do týchto oblastí:

1. pokračovanie v dekoncentracii z roku 2003, ale s prihliadnutím na odstránenie nefunkčných a neefektívnych prvkov z roku 2003.
2. prezumpcia nepotrebnosti orgánov verejnej správy, čo má vyústiť do ich auditov,
3. elektronizácia činnosti verejnej správy (už na tomto mieste poznámka, že projekty elektronizácie rezortov v ich vnútri neboli zosúladené, prejavuje sa ich softwerová roztrieštenosť),
4. inventarizácia činnosti orgánov verejnej správy, aby ich vzájomná súčinnosť netrpela na tom, že sa vyžadujú rozhodnutia, ktoré už účastníci správneho konania majú k dispozícii.

Osobitne zaujímavo vyznieva cieľové riešenie, ktorým je predstava, že v prípade, ak správny orgán nevydá rozhodnutie v zákonom stanovenej lehote, tak sa správny poplatok má účastníkovi správneho konania vrátiť v celosti. S týmto cieľovým riešením je spojených viacero otázok finančnoprávneho charakteru, nakoľko ide o rôzne situácie príjmu orgánov verejnej správy. U obcí a miest ide o správne poplatky, ktoré sú ich príjmom, a v prípade správnych poplatkov, ktoré vyrubujú ústredné orgány štátnej správy a iné orgány štátnej správy, ide o príjem štátneho rozpočtu Slovenskej republiky. S náčrtom riešenia sa u tejto problematiky nestretávame. Žiada sa poznamenať, že tento cieľ si vynúti zásadnú novelizáciu tzv. malých rozpočtov (obcí a miest), ktorá môže vyústiť do iného rámca kvantifikácie tzv. podielových daní, ktoré sú príjmovou položkou tejto územnej samosprávy.

Na tomto mieste sa priam núti položiť základnú otázku, či je možné o koncepčných riešeniach uvažovať, keď legislatívny proces t.č. prebieha v rámci skráteného legislatívneho procesu.

Uvedená otázka sa vnucuje aj preto, keď analýzou textu súčasného programového vyhlásenia vlády sa dostávame k poznatku, že nejde o ucelenú víziu reformy verejnej správy, keď uvedená problematika je uvádzaná v jej rôznych častiach. Zatiaľ je možné len konštatovať, že sa jednoznačne v texte programového vyhlásenia vlády pojednáva o ďalšom presune kompetencií na vyššie územné celky z rezortu dopravy, ale nepojednáva sa o tom, že ako budú tieto subjekty financované. Zároveň absentuje tu riešenie zodpovednosti za nesprávny postup, či dokonca za riešenie, ktoré sa v konečnom dôsledku stane prameňom škody, a to nie malého rozsahu. Právny režim riešenia tejto problematiky síce súčasný

slovenský právny poriadok má v podobe zák. č. 514 / 2004 Z.z., ale mám za to, že nie je vhodný pre jeho bezproblémovú právnu aplikáciu. Už súčasná prax poukazuje na to, že justičné orgány majú veľké problémy s jeho riadnou realizáciou. Napokon sa žiada tiež poznamenať, že náhrada škody za súčasného stavu nevykazuje bezproblémovú rozhodovaciu činnosť, nakoľko žiaden ústredný orgán štátnej správy nemá vytvorený priestor k tomu, aby náhradu škody mnoho realizovať bez prieťahov a v rámci zákonnosti.

Pozitívne je možné hodnotiť rozhodovaciu činnosť vo veciach pozemkových, zrejme aj so snahou o výnimku z doterajšej praxe, nakoľko navrhované zmeny predstavuje snahu o rozhodnutie len pre vlastné teritórium (náhradný pozemok len v príslušnom katastri, ak existuje takáto možnosť, alebo peňažné plnenie), pričom pôjde zrejme aj vzhľadom na štruktúru pozemkových úradov i jednostupňové konanie a opravným, ale konečným reparačným nástrojom bude len súdna žaloba. Nezodpovedaná je otázka, z akých peňažných prostriedkov bude vyplácané peňažné plnenie, nakoľko štát si dlhodobu neplní svoje finančné záväzky voči právnickým a fyzickým osobám a čo je najcitlivejšie najmä pri náhrade škody pri realizovaní zodpovednosti podľa osobitnej právnej úpravy podľa zákona č. 514/2003 Z.z., navyše keď proti štátu sa nedá viesť exekučné konanie.

Možné je tiež zdôrazniť a poznamenať, že činnosť orgánov verejnej správy sa dostáva do situácie, keď je tu silný akcent internacionalizácie dopadov z ich rozhodovacej činnosti do vnútroštátneho prostredia, a naopak, keď podmienky Európskej únie načrtávajú nový širokospektrálny rozmer, ktorý v tomto kontexte doposiaľ nebol taký dynamický a citlivý nielen na tuzemské subjekty práva, ale aj pre osoby mimo rámca Slovenskej republiky.

Nakoľko je z načrtnutých východísk nesporné, že z hľadiska vývoja verejnej správy stúpne na význame postavenie súdov v správnom práve (žaloba proti neprávoplatnému rozhodnutiu správneho orgánu ako jediný opravný prostriedok.) Je potrebné zakomponovať do spomínaných tendencií vývoja aj reformu správneho súdnictva – a to či už cestou jeho samostatnej kreácie, keď by popri modeli všeobecných súdov existovali správne sudy, alebo aspoň vytvorením Najvyššieho správneho súdu, či posilnením a dovozdelaním sudcov správnych senátov krajských súdov.

ZÁVER :

Je nesporné, že veda správneho práva ako celku a tiež jeho relatívne samostatných častí bude v tomto nesporné hektickom časovom priestore ovplyvňovaná vonkajšími impulzmi, z ktorých dominantne bude pôsobiť svetová hospodárska kríza. Zrejme sa budeme stretávať aj so snahou opačnou – na každý krízový moment zriaďovať špeciálny správny orgán. Budeme sa stretávať aj so značným nárastom počtu rozhodnutí správnych orgánov. Bude tu celkom prirodzene snaha ako objektívna požiadavka

vykonávať rozhodovaciu činnosť správnych orgánov v rámci jednotnej vnútroštátnej , ale aj unijnej (rozumej ES) unifikačnej právnej kultúre.

Contact – email

ria.sev@post.sk

NĚKOLIK POZNÁMEK KE ZRUŠENÍ TRVALÉHO POBYTU V ČESKÉ REPUBLICE

RADIM VIČAR

Fakulta ekonomiky a managementu, Univerzita obrany, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá vybranými otázkami zrušení trvalého pobytu v České republice. Příspěvek dává výklad k problematice zahájení řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu a otázce, zda je možné toto řízení zahájit pouze z moci úřední.

Key words in original language

Právo; trvalý pobyt; prameny práva; Nejvyšší správní soud.

Abstract

This paper deals with some issues related to the institute of permanent residence in the Czech Republic. Paper addresses the issue of proceedings to cancel the data on place of residence and whether this procedure can only be initiated ex officio.

Key words

Law; permanent residence; sources of law; the Supreme Administrative Court.

Úvod

Vnitřní správa představuje jedno z tradičních odvětví veřejné správy, přičemž bývá často vymezována negativně - jako problematika nespádající do jiných věcně specializovaných úseků, ve kterých je veřejná správa vykonávána. Na první pohled by se tak mohlo zdát, že jde o jakousi zbytkovou oblast, kam byly zařazeny otázky, které se nevešly do jiných úseků. Opak je však pravdou, vnitřní správa vytváří základ pro realizaci veřejné moci na dalších úsecích veřejné správy, v dalších odvětvích, ale i pro soukromoprávní sféru. Pro vnitřní správu je charakteristické množství právních předpisů, s relativně častými změnami.

S vybranými otázkami vnitřní správy se při studiu setkávají i studentky a studenti Univerzity obrany v Brně, která plní jedinečnou úlohu při vzdělávání a výchově vojenských profesionálů v oblasti práva. Univerzita obrany je ve smyslu zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách) státní vysokou

školou.¹ Byla zřízena v souladu s vysokoškolským zákonem normativním právním aktem síly zákona, konkrétně zákonem č. 214/2004 Sb., o zřízení Univerzity obrany, k 1. září 2004. Působí jako jediná státní vysoká vojenská škola v České republice, navíc univerzitního typu. Právními otázkami se zabývá katedra řízení lidských zdrojů, na které působím.

Ze strany studentek a studentů bývá projevován zájem o následující oblasti vnitřní správy: právní úprava práva shromažďovací a práva sdružovacího, výkon a omezení výkonu těchto práv u vojáků z povolání, výkon těchto práv s ohledem na fenomén extremismu. U problematiky občanských průkazů, cestovních dokladů, jména a příjmení, evidence obyvatel, trvalého pobytu a státního občanství ČR pak studentky a studenti vnímají potřebu praktických informací o právech a povinnostech občanů, případně sankcí. Další oblastí, která vyvolává pozornost je problematika státních symbolů a jejich používání. Tento příspěvek je zaměřen na právní institut trvalého pobytu, konkrétně na změnu a zrušení údaje o místě trvalého pobytu.

1. Povaha právního institutu trvalého pobytu

Jedním z tradičních institutů vnitřní správy, který občas zvedne hladinu zájmu i médií, je institut trvalého pobytu. Lze se s ním setkat prakticky na každém kroku, jeho změna či zrušení roztáčí kolotoč návštěv nejen na správních úřadech, ale už kvůli vydání nového občanského průkazu (prokazuje trvalý pobyt), výměně řidičského průkazu (obsahuje údaj o místě pobytu), oznámení změn v Katastru nemovitostí nebo ohledně splnění poplatkové povinnosti, tak např. v bance či pojišťovně.

Tento institut upravuje zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění pozdějších předpisů. V souladu s tímto zákonem se místem trvalého pobytu rozumí adresa pobytu občana v České republice, kterou si občan zvolí zpravidla v místě, kde má rodinu, rodiče, byt nebo zaměstnání. Přitom platí, že občan může mít pouze jedno místo trvalého pobytu, a to v objektu, který je označen číslem popisným nebo evidenčním, popřípadě orientačním číslem, a který je podle stavebního zákona určen pro bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci.

Dále je nutné poznamenat, že i když dřívější judikatura Nejvyššího správního soudu nespojovala evidenci pobytu s veřejným subjektivním právem,² tento právní názor byl pozdější judikaturou překonán a zvolení

¹ Do systému státních vysokých škol, které se podle vysokoškolského zákona dělí na vojenské a policejní, náleží kromě Univerzity obrany v Brně také Policejní akademie České republiky v Praze.

² Viz rozsudek NSS ze dne 23. 2. 2005, č. j. 6 As 33/2003 - 81, publikovaný pod č. 1016/2007 Sb. NSS, "...neboť z přihlášení občana k trvalému pobytu nevyplývají žádná práva k objektu, a tedy v případě zrušení údaje nemohou ani zaniknout."

místa trvalého pobytu je veřejným subjektivním právem a je vymahatelné ve správním soudnictví.³

2. Ke změně a zrušení údaje o místu trvalého pobytu

Změna a zejména zrušení údaje o místu trvalého pobytu může mít citelný dopad na ústavně zaručená základní práva a svobody, která jsou garantována Listinou základních práv a svobod, Všeobecnou deklarací lidských práv či Mezinárodním paktem o občanských a politických právech - zejména na svobodu a pohybu a pobytu, na právo na rodinný život, právo na samosprávu nebo na aktivní a pasivní volební právo (ztráta práva volit a být volen ve své obci, kraji, u zastupitelů pak zrušení údaje o místu trvalého pobytu nutně vede k zániku mandátu).

Problém, který byl v poslední době v těchto souvislostech diskutován, je účelovost změny trvalého pobytu a možný vliv na výsledek komunálních voleb v říjnu 2010 – např. Karlova Studánka. V této obci si Ludvík Zifčák, kandidát volební strany Sdružení Prosperita Karlovy Studánky, nechal jako nájemce zapsat tři týdny před volbami do hotelu Džbán čtyřiatřicet osob. V obci s 214 voliči by čtyřiatřicet nových obyvatel mohlo promluvit do výsledku voleb.

Krajský soud v Ostravě se zabýval návrhy na zneplatnění komunálních voleb ze strany tří volebních uskupení z Karlovy Studánky. Soud konstatoval, že nelze vyloučit účelovost přihlášení většího počtu osob, ale mimo formální trvalý pobyt nebyly specifikovány konkrétní způsoby neférového jednání. Soud sice uvedl, že Ludvík Zifčák voliče do volebních místností organizoval, soudu však toto tvrzení nestačilo, aby z něj vyplynulo jednoznačně zneužití zákona o evidenci obyvatel.⁴

Zrušení údaje o místu trvalého pobytu občanů pak upravuje ustanovení § 12 zákona o evidenci obyvatel. Ohlašovna tak rozhodne o zrušení údaje o místu trvalého pobytu, pokud byl zápis proveden na základě pozměněných, neplatných nebo padělaných dokladů nebo nepravdivé nebo nesprávně uvedené skutečnosti, dále pokud byl objekt odstraněn nebo zanikl nebo je nezpůsobilý k užívání za účelem bydlení, nebo zaniklo užívacího práva občana k objektu nebo vymezené části objektu a neužívá-li tuto část nebo objekt. Od zrušení údaje o místu trvalého pobytu občanů je přitom nutno

³ Viz usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 6. 2. 2007, č. j. 2 As 64/2005 - 108. "Právo na zvolení místa trvalého pobytu je veřejným subjektivním právem, proti jehož porušení rozhodnutím správního orgánu se může občan dovolat ochrany před správním soudem."

⁴ JANEČEK, Karel. V Karlově Studánce s protesty proti volbám neuspěli. Bruntálský a krnovský deník [online]. 2010, [cit. 2010-11-19]. Dostupný z WWW: <http://bruntalsky.denik.cz/zpravy_region/v-karlove-studance-s-protesty-proti-volbam-neuspel.html>.

odlišovat zrušení a zánik platnosti povolení k trvalému pobytu občana EU, cizince podle tzv. cizineckého zákona.

3. K řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu

Samotné řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu je bezpochyby řízením správním. Nabízí se otázka, zda je možné zahájit řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ust. § 12 odst. 1 písm. a) zákona o evidenci⁵ obyvatel pouze z moci úřední či na základě návrhu účastníka řízení. Touto otázkou se mimo jiné zabýval i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 22. 7. 2010, čj. 9 As 4/2010 - 63, ve věci zrušení údaje o místě trvalého pobytu.

Správní řád nevymezuje, která řízení je možné zahájit výlučně z moci úřední, a která je (výlučně) možné zahájit na základě žádosti žadatele. Nabízí se zájmové hledisko, tedy charakter chráněného zájmu, pokud je dán veřejnoprávní zájem, pak by řízení mělo být zahajováno z moci úřední, pokud naopak jde o převážně soukromoprávní zájem, pak by se řízení zahajovalo na základě žádosti. Právě stěžovatel byl tím, kdo namítal, že zrušení údaje k místu trvalého pobytu se výrazně dotýká soukromoprávních zájmů vlastníka nemovitosti (exekučním řízení, exekutor, přístup do domu či bytu, soupis movitého majetku).

Nejvyšší správní soud použil jazykový a systematický výklad, když se vyjádřil, že řízení vedené ohlašovou podle ust. § 12 odst. 1 písm. a) a b) zákona o evidenci obyvatel lze zahájit toliko z moci úřední (*ex officio*), a to na rozdíl od řízení podle ust. § 12 odst. 1 písm. c) téhož zákona, jež lze zahájit výhradně na základě návrhu zákonem stanoveného okruhu osob.

Zahájení tohoto řízení bylo ve výše uvedeném rozsudku oříškem pro prvostupňový správní orgán, který se s ním nevyrovnal precizně. Fakticky i právně příslušné správní řízení probíhalo, a to přesto, že nebylo zahájeno v souladu se zákonem. Správní orgán toto řízení zahájil na návrh a řízení poté zastavil v souladu s ust. § 66 odst. 1 písm. c) správního řádu, neboť stěžovatel neodstranil přes kvalifikovanou výzvu ve stanovené lhůtě vady podaného návrhu.

Správní orgán se v odvolacím řízení s tímto procesním postupem prvostupňového správního orgánu neztotožnil, a proto s odkazem na § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu svým rozhodnutím usnesení prvostupňového správního orgánu zrušil a řízení v uvedené věci zastavil. Dospěl totiž k závěru, že stěžovatel neměl být vůbec vyzván k odstranění vad svého návrhu, neboť jeho návrh měl být vyhodnocen ve smyslu ust. § 42 správního

⁵ případ zápisů o místě trvalého pobytu provedeného na základě pozměněných, neplatných nebo padělaných dokladů nebo nepravdivé nebo nesprávně uvedené skutečnosti

řádu jako podnět k zahájení řízení o zrušení údaje o místě trvalého pobytu podle ust. § 12 odst. 1 písm. a) zákona o evidenci obyvatel.

Závěr

Výkon veřejné správy České republiky na úseku vnitřní správy v oblasti trvalého pobytu byl v minulých dnech několikrát diskutován. Jednak v souvislosti s jeho účelovou změnou v době před komunálními volbami, což může mít vliv na volební výsledek, zvláště v menších obcích. Účelovost tohoto přístupu je zřejmá, ale bez porušení zákona a v souvislosti s široce pojímanou svobodou pohybu a pobytu občanů těžko řešitelná. Zrušení trvalého pobytu přináší nejen zásah do základních práv a svobod těch, kterým byl tento údaj zapsán, ale leckdy přináší i těžkosti správním orgánům, které o tomto zrušení rozhodují ve správním řízení.

Literature:

- Rozsudek NSS ze dne 23. 2. 2005, č. j. 6 As 33/2003 - 81, publikovaný pod č. 1016/2007 Sb. NSS, www.nssoud.cz.
- Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 6. 2. 2007, č. j. 2 As 64/2005 - 108, www.nssoud.cz.
- JANEČEK, Karel. V Karlově Studánce s protesty proti volbám neuspěli. Bruntálský a krnovský deník [online]. 2010, [cit. 2010-11-19]. Dostupný z WWW: http://bruntalsky.denik.cz/zpravy_region/v-karlove-studance-s-protesty-proti-volbam-neuspel.html.
- Zákon č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 214/2004 Sb., o zřízení Univerzity obrany, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email

radim.vicar@unob.cz

OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ V SOUČASNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ ARCHIVNICTVÍ

MARTA VRBOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, České republika

Abstract in original language

Archiválie, které jsou uloženy v českých archivech, jsou nejen prostředkem dokumentace různých oblastí lidské činnosti, ale také významným informačním zdrojem společnosti. V podmínkách demokratického právního státu, který respektuje právo na svobodný přístup k informacím, je pak kladen důraz na co nejširší zpřístupnění archiválií veřejnosti. To však zároveň vyžaduje pečlivou ochranu takových informací, které jsou ve zpřístupněných archiváliích obsaženy a které jsou v demokratických poměrech neveřejné. Cílem předkládaného příspěvku je proto poukázat na současnou právní úpravu ochrany osobních údajů v archivnictví danou zejména zákonem č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě.

Key words in original language

Archivnictví; archiválie; ochrana osobních údajů.

Abstract

The archival materials that are deposited in archives in the Czech Republic are very important sources of documentation and information for the society. Democratic countries respecting the freedom of information give public the access to the archival materials in the most possible extent. But this access also needs a special legal regulation to protect discreet pieces of information including personal data which are contained in the accessible archival materials. The aim of this present paper is to underline the current regulation of personal data protection in the administration of archiving in Czech Republic in accordance with the valid legal norms mainly Act No. 499/2004 Coll., on archiving and records services.

Key words

Archiving; archival materials; protection of personal data.

1. ÚVODEM

Ochrana osobních údajů je v současné archivní praxi problémem velmi aktuálním. Dokumenty, které jsou v péči archivů v České republice obsahují totiž značné množství chráněných informací. Často jde o obchodní tajemství, bankovní tajemství či informace chráněné autorským právem a ve velké značné míře také o osobní údaje chráněné zákonem č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon o ochraně osobních údajů“). Ty bývají typicky obsahem matričních knih, vyplněných archů ze sčítání lidu, přihlášek k pobytu a jiných dokladů vzniklých v souvislosti s evidencí obyvatel, osobních, kádrových a disciplinárních spisů, žalobní a soudní dokumentace, záznamů v rejstříku trestů, policejních spisů, školních katalogů, zdravotní dokumentace, členské evidence či osobních fondů apod.¹

Jádro právní úpravy ochrany osobních údajů v archivnictví představuje především zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „archivní zákon“). Jedná se o právní předpis dlouho připravovaný a praxí velmi očekávaný, neboť měl nahradit již značně překonanou a nevyhovující právní úpravu danou zákonem č. 97/1974., o archivnictví, a přizpůsobit současné archivnictví společenskopolitickým změnám po roce 1989 včetně změn, které přinesla reforma veřejné správy, a harmonizovat české archivní předpisy s komunitárním právem.²

V souvislosti se změnou společenských a hospodářských poměrů se v archivní praxi do popředí dostala také ochrana osobních údajů. Obecně totiž platí, že možnost nahlížení do archiválií bývá vždy ovlivněna celkovou atmosférou ve společnosti a mezinárodní situací. Zatímco totalitní režimy zpravidla vytvářejí předpoklady pro uzavírání přístupu veřejnosti k informacím a prvořadým účelem využívání archiválií v těchto společenských poměrech je jejich využití politické, demokratická zřízení v

¹ Babička, V.: Zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů ze dne 30. června 2004 a prováděcí vyhlášky. Komentované vydání. Ministerstvo vnitra : Archivní časopis 55, 2005. Zvláštní příloha č. 2, s.34.

² Nový archivní zákon nabyl účinnosti 1. ledna 2005. Jeho přípravu doprovázela bouřlivá diskuze a kritika zejména ze strany některých historiků a archivářů. I přesto se však podařilo vytvořit komplexní úpravu archivnictví, která dokázala reagovat na společenské a hospodářské změny a na reorganizaci archivnictví v rámci reformy veřejné správy. Nově byla do zákona zahrnuta také úprava spisové služby, která byla doposud kryta pouze směnicemi. V zájmu ochrany dokumentů byly zákonem stanoveny také stavebně-technické a bezpečnostní podmínky pro umístění a vybavení spisoven a archivů. Nově přijatý předpis se musel vypořádat rovněž s vědeckotechnickým pokrokem, nástupem nových informačních technologií a spolu s nimi i se změnou formy velké části úředních i neúředních dokumentů, ze kterých jsou archiválie vybírány. Významným problémem se stala zejména péče o moderní archiválie v digitálních podobách. Archivní zákon byl již několikrát novelizován. Poslední významná novela (zákon č. 190/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony) nabyla účinnosti 1. července 2009 a reagovala zejména na postupnou elektronizaci veřejné správy a justice, ale také na některé aplikační problémy, které se v praxi objevily po přijetí nového zákona. V současné době je připravována další novelizace archivního zákona zaměřená na problematiku nakládání s digitálními dokumenty a jejich uchování a v souvislosti s nimi také na zřízení a vymezení postavení Národního digitálního archivu.

zájmu zabezpečení práva společnosti na informace usilují spíše o rozšíření možností využívání archiválií pro širokou badatelskou veřejnost.

Rostoucí zájem o zpřístupnění archiválií však vyžaduje kvalitní legislativní úpravu, která na jednu stranu respektuje požadavky informační společnosti a v největší možné míře zajišťuje přístupnost k informacím v nich obsaženým, a na stranu druhou poskytuje patřičnou ochranu těm kategoriím informací, které jsou chráněny zvláštními právními předpisy.

Této skutečnosti pak odpovídají i základní principy, na nichž je současná právní úprava přístupu k archiváliím vystavena. V první řadě se jedná o princip informační, který se v ustanoveních archivního zákona projevuje nejen v povinnosti archivů umožnit nahlížení do archiválií, ale také v jejich povinnosti informovat veřejnost o pravidlech zpřístupňování archiválií. Neméně významný je pak princip rovného přístupu k archiváliím.³ S ním pak souvisejí další dva významné principy, které zároveň utvářejí jeho mantinely. Prvním je princip ochrany fyzického stavu archiválií projevující se zejména v ustanovení badatelských řádů, která stanovují badatelům povinnost, aby archiválie při nahlížení co nejvíce šetřili, zakazují používat je jako psací podložky, přímo z nich kopírovat průpisovým papírem, podtrhávat v nich, škrtnat nebo do nich vpisovat nebo je používat jiným způsobem či k jinému účelu, než je nahlížení. Druhým zmíněným principem (a pro účely tohoto příspěvku principem zásadním) je princip ochrany práv a chráněných zájmů fyzických a právnických osob, vycházející z potřeby zabránění možnému zneužití chráněných informací. Jeho projevem jsou především ustanovení zákona o ochranné lhůtě a ochraně osobních a jiných chráněných údajů.⁴

Na tomto místě je možné upozornit také na vzájemný vztah archivního zákona a zákona o ochraně osobních údajů. Ten je vyřešen v ustanovení §78 archivního zákona, které staví archivní zákon do role zákona speciálního. Starý zákon o archivnictví (zákon č. 97/1974 Sb.) se o vztahu obou předpisů

³ Minulý režim omezoval přístup k archiváliím především cizincům. Ustanovení § 12 původního znění starého archivního zákona stanovilo, že cizinci, osoby bez státní příslušnosti, cizí orgány a organizace mohou nahlížet do archiválií uložených v archivech jen se souhlasem ministerstva vnitra. Jedním z důvodů tohoto opatření byla také snaha orgánů státní moci získat údaje o všech zahraničních badatelích. Po roce 1989 byla diskriminace cizinců při přístupu k archiváliím odstraněna a pravidla pro nahlížení do archiválií začala být uplatňována pro všechny badatele shodným způsobem, i když se v době přípravy zákona objevily návrhy na širší otevření archivních fondů např. pro institucionální vědecký výzkum. Více viz KŘEŠŤAN, J.: *Přístupnost archiválií: právní principy a praktické zkušenosti*. Archivní časopis 50, 2002, č. 2, s. 69

⁴ J. Křesťan zmiňuje ještě další principy přístupu k archiváliím, jako např. princip služby veřejnosti, princip spolupráce s původci, držiteli archiválií a dalšími dotčenými osobami, princip spolupráce s restaurátory a konzervátory při posuzování fyzického stavu archiválií. Více viz KŘEŠŤAN, J.: *Přístupnost archiválií: právní principy a praktické zkušenosti*. Archivní časopis 50, 2002, č. 2, s. 70.

nezmiňoval, a tak v praxi vznikaly často nejasnosti, který z předpisů v dané situaci aplikovat. Původní ustanovení § 3 odst. 5 zákona o ochraně osobních údajů uvedlo, že zpracování osobních údajů pro účely statistické a archivnictví upraví zvláštní právní předpisy, o něž se pak opřely některé názory, podle kterých nebylo třeba zákon o ochraně osobních údajů respektovat, neboť se na archivnictví nevztahuje. Toto stanovisko zaujala tehdy i archivní správa Ministerstva vnitra a v metodice pro předkládání novodobých archiválií uvedla, že zákon o ochraně osobních údajů se vztahuje pouze na evidenci a registraci badatelských listů, ale na využívání archiválií je aplikovat nelze. Tyto závěry však vyvracela již důvodová zpráva k zákonu o ochraně osobních údajů, podle níž se tento zákon na oblast archivnictví a spisové služby vztahuje, je ale nutné, aby vzhledem k praktickým potřebám těchto oborů zvláštní zákony upravily specifické otázky týkající se zpracování osobních údajů pro jejich účely. Zákon o ochraně osobních údajů je tedy třeba považovat za předpis obecný, který ponechává prostor pro úpravu speciální, již je i archivní zákon. Nová právní úprava však tyto nejasnosti vyřešila, když v ustanovení § 78 odst. 2 zakotvila pravidlo, podle něž se zpracování osobních údajů pro účely archivnictví, včetně podmínek pro nahlížení do archiválií a pořizování jejich opisů výpisů a kopií, v případech neupravených zákonem o archivnictví řídí zákonem o ochraně osobních údajů.⁵

2. PRÁVNÍ NÁSTROJE OCHRANY OSOBNÍCH ÚDAJŮ V ARCHIVNICTVÍ

Konkrétní právní nástroje ochrany osobních údajů v archivnictví jsou obsaženy především v dílu 4. archivního zákona věnovaném nahlížení do archiválií a pořizování opisů výpisů a kopií z nich. Právě tato ustanovení archivního zákona v největší míře reagují na princip ochrany práv a chráněných zájmů třetích osob. Jejich příprava však zároveň vzbudila nejprudší reakce a vyvolala vlnu nesouhlasu zejména ze strany historiků soudobých dějin. Návrhu byla vytýkána přílišná komplikovanost povolovacích postupů a znemožnění přístupu k novodobým archiváliím, které obsahují osobní údaje žijících osob, a tím vlastně ohrožení archivního bádání. Na druhou stranu nebylo možné pomíjet přísné požadavky na uplatňování principu ochrany osobních údajů fyzických osob ze strany legislativy Evropské unie⁶ a zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně osobních údajů“), které bylo třeba splnit, aby nový

⁵ Zpracování osobních údajů pro účely archivnictví v archivním zákoně je jedním z předmětů úpravy podle § 1 písm. f).

⁶ Především jde o směrnici Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES o ochraně fyzických osob při zpracování osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů.

archivní zákon mohl uspět v testu kompatibility s komunitárním právem. Výsledné znění nahlížeckých ustanovení archivního zákona je kompromisem mezi oběma protichůdnými zájmy při zpřístupňování archiválií veřejnosti. Na jednu stranu jsou nastavena poměrně přísná pravidla pro nahlížení novodobých archiválií a archiválií obsahujících osobní údaje žijících fyzických osob, na stranu druhou však zákon tato pravidla v mnohých případech prolamuje a připouští z nich určité výjimky.

2.1 OCHRANNÁ LHŮTA

Prvním nástrojem zabezpečujícím ochranu osobních údajů v archivnictví je institut tzv. ochranné lhůty. Jejím projevem je pravidlo zakotvené v ustanovení § 37 odst. 1 archivního zákona, podle něž jsou v archivech k nahlížení přístupné pouze archiválie starší třiceti let, nestanoví-li zákon jinak a nejedná-li se o archiválie již zveřejněné. Účelem této ochranné lhůty je především zachování všeobecné diskrétnosti. V souvislosti s ochranou osobních údajů má pak ochranná lhůta zajistit, aby ve zpřístupněných archiváliích byly osobní údaje žijících osob obsaženy v co nejmenší míře. Starý zákon o archivnictví zakotvoval lhůtu padesátiletou, po roce 1989 ale došlo k jejímu zkrácení na třicet let. Stará právní úprava umožňovala také nahlížení do archiválií mladších třiceti let podmíněně souhlasem ředitele nebo vedoucího archivu. Toto pravidlo zamýšleli tvůrci archivního zákona v nové úpravě ponechat, avšak ve výsledné podobě zákona převážil požadavek, aby ustanovení o nahlížení do archiválií odpovídala předpisům pro nahlížení do archiválií v historických archivech orgánů Evropských společenství⁷ a praxi většiny evropských zemí s vyspělým archivnictvím.

Přísnějšímu režimu pro zpřístupnění mohou podléhat pouze archiválie, které byly archivu svěřeny na základě smlouvy o úschově. Ta může upravit speciální nahlížecká pravidla, která jdou nad rámec zákona. Typickým příkladem jsou smlouvy archivů s institucemi katolické církve, biskupstvími nebo církevními řády, v nichž je zpravidla ochranná lhůta prodloužována až na padesát let, nebo jsou přísněji nastaveny podmínky pro pořizování reprodukcí. Jiným případem mohou smlouvy týkající se osobních fondů, které například určují dobu, na kterou má být omezen přístup k soukromé korespondenci. Pokud však o nahlížení do svěřených archiválií smlouva mlčí, použijí se ustanovení archivního zákona.

V souvislosti s institutem ochranné lhůty lze upozornit rovněž na slovenskou právní úpravu představovanou zákonem č. 395/2002 Z. z. o archívoch a registratúrach a o doplnění niektorých zákonov, účinným od. 1.

⁷ Čl. 1 odst. 1 Nařízení Rady č. 354/83 ve znění nařízení Rady č. 1700/2003 stanoví povinnost orgánům Evropského společenství zřídit své historické archivy a otevřít je pro veřejnost po uplynutí lhůty třiceti let ode dne vytvoření dokumentu.

ledna 2003. Na rozdíl od českého zákonodárce tvůrci nového slovenského archivního zákona institut ochranné lhůty úplně zrušili, přičemž tento krok založili na předpokladu, že pokud byla archiválie ještě jako dokument veřejně přístupná v souladu se zákonem č. 211/2000 Z. z., o slobodnom prístupe k informáciám, ve znění pozdějších předpisů, musí být přístupná i po jejím vzetí do archivní péče.⁸ Zrušení třicetileté lhůty, kterou znala stará slovenská právní úprava, však neznamená neomezený přístup k archiváliím. I když se může zdát, že slovenské archivy zpřístupňují archiválie ve větší míře než archivy české, jsou podobně jako u nás limitovány omezovacími ustanoveními, do kterých se stejně jako v naší právní úpravě promítla především zásada ochrany osobních údajů a dalších chráněných zájmů fyzických osob.

2.2 NÁMITKY A SOUHLAS SUBJEKTU ÚDAJŮ

Zcela novým právním prostředkem k ochraně osobních údajů žijících fyzických osob je institut námitek upravený v ustanovení § 37 odst. 2 archivního zákona. Do právní úpravy archivnictví jej zavedla až novela č. 190/2009 Sb., která reagovala na potřebu existence zvláštních pravidel pro ochranu osobních údajů žijících osob, jak je vymezuje zákon o ochraně osobních údajů v ustanovení § 4 písm. a).⁹ Původní znění archivního zákona totiž věnovalo pozornost pouze speciální ochraně citlivých údajů žijících osob¹⁰ obsažených v archiváliích, jejichž zpřístupnění podmínilo souhlasem dotčeného subjektu údajů. Nahlížení do archiválií obsahujících osobní údaje a jejich zpřístupnění veřejnosti pak v souladu s výše zmíněným

⁸ DRAŠKABA, P.: *Čo nové prináša slovenská a česká archivná legislatíva (komparácia)*. In *XXVIII. Mikulovské symposium. Moderní archivnictví v českých zemích a na Slovensku*. Brno : Moravský zemský archiv, Státní okresní archiv Břeclav se sídlem v Mikulově a Muzejní a vlastivědná společnost, 2004, s. 25.

⁹ Ustanovení § 4 písm. a) zákona o ochraně osobních údajů:

"Osobním údajem je jakákoliv informace týkající se určeného nebo určitelného subjektu údajů. Subjekt údajů se považuje za určený nebo určitelný, jestliže lze subjekt údajů přímo či nepřímo identifikovat zejména na základě čísla, kódu nebo jednoho či více prvků, specifických pro jeho fyzickou, fyziologickou, psychickou, ekonomickou, kulturní nebo sociální identitu."

¹⁰ Ustanovení § 4 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů:

"Citlivým údajem je osobní údaj vypovídající o národnostním, rasovém nebo etnickém původu, politických postojích, členství v odborových organizacích, náboženství a filozofickém přesvědčení, odsouzení za trestný čin, zdravotním stavu a sexuálním životě subjektu údajů a genetický údaj subjektu údajů; citlivým údajem je také biometrický údaj, který umožňuje přímou identifikaci nebo autentizaci subjektu údajů."

ustanovením § 78 odst. 2 archivního zákona podléhalo obecnému režimu zákona o ochraně osobních údajů.

Současná právní úprava umožňuje žijícím fyzickým osobám, jejichž údaje mají být v souvislosti s nahlížením do archiválií zpřístupněny, bránit se podáním písemných námitek. Zákon pak výslovně stanoví, že nahlížení do archiválií obsahující osobní údaje žijící fyzické osoby bude umožněno, nevznesla-li tato osoba písemné námitky. Archivy jsou povinny tuto osobu písemně kontaktovat a vyrozumět jí o podané žádosti o nahlížení do archiválií. Ve vyrozumění je třeba uvést údaje o žadateli (jméno, příjmení, datum a místo narození) a důvodu, pro jaký je o zpřístupnění předmětných archiválií žádáno. Zejména jde o uvedení tématu studia či jeho účelu a případně také instituce, pro kterou dotyčný badatel dané téma zpracovává. Dále je archiv dotčené osobě povinen sdělit, které její osobní údaje mají být zpřístupněny, období, ve kterém bude do archiválií nahlíženo, a poučení o právních následcích podání či nepodání námitek ve stanovené třicetidenní lhůtě. Z hlediska formálních či obsahových náležitostí námitek zákon pouze požaduje, aby z nich bylo zřejmé, jakých osobních údajů se týkají. Pro případ, že dotčený subjekt údajů nevznesl námitky ve stanovené lhůtě, zákon vytváří fikci souhlasu. Výslovně pak stanoví, že nevznesla-li osoba písemné námitky v zákonné lhůtě, má se za to, že s nahlížením do archiválií souhlasí.

Podání písemných námitek je jedním z důvodů pro odepření nahlížení do archiválií podle ustanovení § 38 odst. 1 archivního zákona. Nesouhlasí-li žadatel s odepřením nahlížení do archiválií, může v souladu s ustanovením § 38 odst. 2 archivního zákona učinit podání k příslušnému správnímu úřadu na úseku archivnictví¹¹, který rozhodne ve správním řízení podle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

V případě, kdy zpřístupňované archiválie obsahují citlivé údaje ve smyslu ustanovení § 4 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů se institut námitek již neuplatní. Zákon v těchto případech totiž požaduje výslovný písemný souhlas fyzické osoby, jíž se citlivé údaje týkají. O souhlas opět žádá archiv, přičemž v žádosti uvede obdobné údaje jako ve výše zmíněném vyrozumění o žádosti týkající se zveřejnění osobních údajů.

V této souvislosti je možné rovněž poznamenat, že podle ustanovení § 78 odst. 3 zákona o archivnictví není archiv povinen ověřovat, zda jsou údaje obsažené v archiváliích přesné nebo pravdivé, není to ostatně ani v jeho silách. Obsah archiválií je vzhledem k jejich významu (a s ohledem na princip ochrany jejich fyzického stavu) nedotknutelný a archivy by neměly údaje opravovat, ani když je jejich nepřesnost nebo nepravdivost zjištěna a prokázána.

¹¹ Ustanovení § 43 písm. c) archivního zákona.

2.3 ZÁKONNÉ VÝJIMKY

Jak již bylo uvedeno, archivní zákon připouští určité výjimky z výše uvedených ochranných pravidel a v některých případech umožňuje nahlížení do archiválií mladších třiceti let či archiválií obsahujících osobní údaje žijících subjektů údajů i bez získání jejich souhlasu.

Prvním případem, na něž se zcela logicky nevztahují ochranné mechanismy archivního zákona, jsou archiválie, které byly již zveřejněny.¹² Z ochrany jsou pochopitelně vyloučeny také archiválie, které byly veřejně přístupné již jako dokumenty před jejich prohlášením za archiválie. Jedná se o takové dokumenty, jejichž zveřejnění ukládají zvláštní právní předpisy. Typicky jde o zápisy z jednání zastupitelstev a rad obcí, krajů a hlavního města Prahy¹³, nebo všechny povinně zveřejňované dokumenty podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodné přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

Další výjimkou, na níž se ochranná pravidla nevztahují, jsou archiválie vzniklé před 1. lednem 1990, a to z činnosti bezpečnostních složek podle zákona č. 273/2007 Sb., o Ústavu pro studium totalitních režimů a o Archivu bezpečnostních složek, ve znění pozdějších předpisů, jakož i z činnosti společenských organizací a politických stran sdružených v Národní frontě. Výjimka však platí pouze pro archiválie těchto taxativně vymezených subjektů a ochranná lhůta i povinný souhlas subjektu údajů tak zůstávají zachovány u všech ostatních archiválií vzniklých před daným datem jako např. u osobních fondů, archivních fondů církví a náboženských společností, podniků, škol, zdravotnických a sociálních, kulturních a osvětových zařízení, nadací a nadačních fondů a dalších soukromoprávních původců, pokud se nejednalo o členské organizace Národní fronty.¹⁴ Ustanovení o ochranné lhůtě se pak neuplatní ani v případě archiválií vzniklých před 1. lednem 1990 z činnosti státních orgánů. Tato výjimka se však uplatní pouze pro ochrannou lhůtu nikoli pro povinný souhlas osob, jejichž osobní údaje jsou v těchto archiváliích obsaženy. Ten je v těchto případech nutné vždy opatřit (fiktivní u osobních údajů či výslovný u údajů citlivých).

¹² Např. v hromadných sdělovacích prostředcích či na veřejně přístupných shromážděních.

¹³ Ustanovení § 95 odst. 2 a § 101 odst. 3 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, § 43 a § 58 odst. 3 zákona č. 129/2000 Sb. o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů, § 65, § 70 odst. 3, § 87 odst. 2 a § 94 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ BABIČKA, V.: *Zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů ze dne 30. června 2004 a prováděcí vyhlášky. Komentované vydání.* Archivní časopis 55, 2005. Zvláštní příloha č. 2, s. 32.

Prolomení ochranné třicetileté lhůty představuje také ustanovení § 82 odst. 4 archivního zákona, které stanoví, že archiválie mladší třiceti let, které byly zpřístupněny přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona podle zvláštních právních předpisů, podléhají režimu zpřístupnění podle právních předpisů platných přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Takovým zvláštním právním předpisem je zákon č. 140/1996 Sb., o zpřístupnění svazků vzniklých činností bývalé Státní bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů, který upravuje zpřístupnění a zveřejnění dokumentů, které vznikly z činností bezpečnostních složek v období od 25. února 1948 do 15. února 1990.¹⁵

Novela archivního zákona č. 190/2009 Sb. mezi výjimky z ochranných pravidel zavedla také případy, kdy o nahlížení do svých archiválií žádají jejich původci. Tyto subjekty, příp. jejich právní nástupci, mohou do svých archiválií nahlížet zcela pochopitelně bez omezení. Stejná pravidla platí také pro organizační složky státu, ozbrojené síly, bezpečnostní sbory, zpravodajské služby České republiky, územní samosprávné celky a osoby, které jsou do archiválií oprávněny nahlížet podle zvláštních právních předpisů¹⁶ v těch případech, kdy nahlížejí do archiválií, jejichž původcem je stát nebo územní samosprávný celek.

Poslední výjimkou z ochranných ustanovení archivního zákona a zároveň dalším speciálním ochranným mechanismem je anonymizace údajů. Archivní zákon v ustanovení § 37 odst. 12 stanoví, že výše uvedená ochranná pravidla se nevztahují na archiválie, jejichž obsahem jsou statistické soubory dat, získané při demografických a statistických šetřeních, jestliže osobní údaje obsažené v těchto archiváliích lze před nahlížením anonymizovat. Anonymizaci pak provádí archiv, a to na základě žádosti v a v přiměřené době, s ohledem na úkoly archivu a s přihlédnutím k významu archiválií. Po anonymizaci osobních údajů obsažených ve vyžadovaných archiváliích oznámí archiv tuto skutečnost neprodleně žadateli, pokud si to předem písemně vymínil. Jako jeden ze způsobů ochrany osobních údajů pak musí být anonymizace provedena takovým způsobem, který znemožní jakoukoliv zpětnou identifikaci subjektů údajů.

Anonymizace údajů je však pro archivy z časového i technického hlediska poměrně náročná. Problematická zůstává také otázka hodnoty archiválií po jejím provedení. V každém případě však platí, že nelze-li údaje v

¹⁵ Ustanovení § 2 zákona č. 140/1996 Sb., o zpřístupnění svazků vzniklých z činnosti bývalé Státní bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Například zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

archiváliích anonymizovat, je nutné uplatnit pravidla o ochranné lhůtě a povinném souhlasu fyzické osoby, jejíž osobní údaje jsou ve zpřístupňované archiválii obsaženy.

2.4 OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ BADATELŮ

V souvislosti s ochranou osobních údajů v archivnictví je třeba poznamenat, že vedle osobních údajů obsažených v archiváliích disponují archivy rovněž osobními údaji žadatelů o nahlížení do nich. Zpracovávat tyto osobní údaje výlučně pro účely archivnictví pak mohou archivy i bez souhlasu subjektu údajů.

Podle archivního zákona jsou veřejné archivy oprávněny zpracovávat osobní údaje žadatelů o nahlížení do archiválií, které jsou taxativně vymezeny v ustanovení §35. Badatelé je vyplňují v badatelském listu. Ustanovením § 18 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů jsou pak veřejné archivy vyňaty z oznamovací povinnosti vůči Úřadu pro ochranu osobních údajů podle ustanovení § 16 zákona o ochraně osobních údajů.¹⁷ Tato výjimka se však nevztahuje na archivy soukromé, neboť jim oprávnění ke zpracování osobních údajů žadatelů ze zákona přímo nevyplývá. Povinně však vydávají badatelský řád a ukládají badatelům vyplnění badatelského listu, který nutně jejich osobní údaje obsahuje. Jsou proto zároveň povinny v souladu s ustanovením §16 zákona o ochraně osobních údajů zpracování osobních údajů svých badatelů písemně oznámit Úřadu.

Účelem zpracování osobních údajů badatelů je především ochrana archiválií. Údaje slouží zvláště k uplatňování náhrad škody způsobené na archiváliích, při trestním stíhání pachatelů, kteří se dopustili např. krádeže, paděláním nebo pozměňování archiválie nebo při vyšetřování přestupků v souvislosti s nahlížením do archiválií.

3. ZÁVĚREM

Předkládaný příspěvek se snažil přiblížit současnou právní úpravu ochrany osobních údajů v archivnictví včetně jejího vývoje a okolností příprav její

¹⁷ Ustanovení § 16 odst. 1 zákona o ochraně osobních údajů:

„Ten, kdo hodlá jako správce zpracovávat osobní údaje nebo změnit registrované zpracování podle tohoto zákona, s výjimkou zpracování uvedených v § 18, je povinen tuto skutečnost písemně oznámit Úřadu před zpracováním osobních údajů.“

Více viz KUČEROVÁ, A. a kol.: *Zákon o ochraně osobních údajů: komentář*. Praha : C. H. Beck, 2003, s. 143-146.

dnešní podoby. I když se na preciznosti konečného znění nahlížecích ustanovení archivního zákona podepsaly zejména rozdílné zájmy jeho tvůrců, archivářů a badatelské veřejnosti, lze současnou legislativní úpravu ochrany osobních údajů v archivnictví považovat za poměrně zdařilou. Zcela sleduje mezinárodní trendy v archivnictví, plně respektuje ochranu osobních údajů danou zákonem o ochraně osobních údajů a předpisy komunitárního práva a zároveň v souladu s požadavky informační společnosti vytváří příznivé podmínky pro naplnění práva na informace.

Literature:

- Babička, V.: Aktuální problémy archivnictví. Ministerstvo vnitra ČR : Archivní časopis 51, 2001, č. 2, s. 106-110.
- Babička, V.: Legislativní úprava archivnictví – východiska a cíle. Ministerstvo vnitra ČR : Archivní časopis 54, 2004, č. 1, s. 1-21.
- Babička, V.: Archivnictví v systému státní správy, vědy, kultury a informatiky podle nového zákona. In XXVIII. Mikulovské symposium. Moderní archivnictví v českých zemích a na Slovensku. Brno : Moravský zemský archiv, Státní okresní archiv Břeclav se sídlem v Mikulově a Muzejní a vlastivědná společnost, 2004, s. 7-15, ISBN 80-7275-058-5.
- Babička, V.: Zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů ze dne 30. června 2004 a prováděcí vyhlášky. Komentované vydání. Ministerstvo vnitra : Archivní časopis 55, 2005. Zvláštní příloha č. 2, s. 3-86.
- Benešová, E.: Archivy a ochrana osobních údajů. Ministerstvo vnitra ČR : Archivní časopis 52, 2002, č. 4, s. 215-218.
- Draškaba, P.: Čo nové prináša slovenská a česká archívna legislatíva (komparácia). In XXVIII. Mikulovské symposium. Moderní archivnictví v českých zemích a na Slovensku. Brno : Moravský zemský archiv, Státní okresní archiv Břeclav se sídlem v Mikulově a Muzejní a vlastivědná společnost, 2004, s. 15-23, ISBN 80-7275-058-5.

- Kartous, P.: Nový zákon o archívoch a registratúrach v Slovenskej republike. Ministerstvo vnútra ČR : Archivní časopis 53, 2003, č. 2, s. 85-91.
- Kartous, P.: Slovenské archívy v stredoeurópskom priestore. In XXVIII. Mikulovské symposium. Moderní archivnictví v českých zemích a na Slovensku. Brno : Moravský zemský archiv, Státní okresní archiv Břeclav se sídlem v Mikulově a Muzejní a vlastivědná společnost, 2004, s. 15-23, ISBN 80-7275-058-5.
- Korbel, F. a kol.: Právo na informace. Komentář. Praha : Linde, 2005, 410 s. ISBN 80-7201-532-X.
- Křest'án, J.: Přístupnost archiválií: právní principy a praktické zkušenosti. Ministerstvo vnútra ČR : Archivní časopis 50, 2002, č. 2, s. 65-73.
- Kučerová, A. a kol.: Zákon o ochraně osobních údajů: komentář. Praha : C. H. Beck, 2003, 388 s. ISBN 80-7179-762-6.
- Kužílek, O., Žantovský M.: Svoboda informací : svobodný přístup k informacím v právním řádu České republiky. Praha : Linde, 2002, 182 s. ISBN 80-7201-318-1.
- Ledvinka, V.: Poznámky k novému českému zákonu o archivnictví a spisové službě. In XXVIII. Mikulovské symposium. Moderní archivnictví v českých zemích a na Slovensku. Brno : Moravský zemský archiv, Státní okresní archiv Břeclav se sídlem v Mikulově a Muzejní a vlastivědná společnost, 2004, s. 45-57, ISBN 80-7275-058-5.
- Mates, P.: Ochrana soukromí ve správním právu. Praha : Linde, 2006, 313 s. ISBN 80-7201-589-3.
- Úlovec, J.: Přehled předpisů upravujících oblast archivnictví. Ministerstvo vnútra ČR : Archivní časopis 53, 2003, č. 1, s. 12-18.

Contact – email

134581@mail.muni.cz

KLASIFIKÁCIA FORIEM ČINNOSTI NA ÚSEKU VNÚTORNEJ SPRÁVY

PAVOL ZLOCH

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Slovenská republika

Abstract in original language

V článku je poukázané na šírku foriem činnosti verejnej správy pri výkone vnútornej správy a na niektoré problémy s ich klasifikáciou v podmienkach právnej úpravy vnútornej správy v Slovenskej republike. Klasifikácia aktivít v jednotlivých veciach vnútornej správy má okrem iného značný význam pre posúdenie správno-procesných aspektov. Ako príklad sú uvádzané niektoré registračné akty a niektoré rozhodnutia na úseku vízovej agendy.

Key words in original language

Verejná správa; vnútorná správa; formy činnosti; správny akt; správne konanie; správne rozhodnutie; registrácia.

Abstract

In the article is referred to the extensiveness of the public administration activities forms by the performance (execution) of internal administration and also it refers to some problems common with its classification in conditions of internal administration law arrangement in Slovak republic. The activities classification in individual matters of internal administration has got, in other words, a major and appreciable meaning for the judgement of administrative-procedural aspects. As an example (exempli gratia) there are introduced some registration acts and some decisions made on the visa agenda sector.

Key words

Public administration; internal administration; activities forms; administrative act; administrative procedure; administrative decision; registration.

V odbornej literatúre venovanej problematike osobitnej časti správneho práva sa vnútorná správa všeobecne charakterizuje ako vecne pomerne rozsiahly úsek alebo oblasť verejnej správy a povahou jednotlivých vecných okruhov, ktoré sú do tohto úseku začleňované značne rôznorodý. Uvedené sa plne vzťahuje i na obsah vnútornej správy v Slovenskej republike (ďalej len SR). Asi by sme len veľmi ťažko našli vzájomné logické väzby napríklad medzi požiarnou ochranou a osobným stavom obyvateľstva alebo medzi územným a správnym usporiadaním a združovaním. Konštatujú sa tiež zmeny v obsahu vnútornej správy v kontexte historického vývoja verejnej správy a správneho práva. Rôznorodosť sa vzťahuje i k chápaniu vnútornej správy v statickom zmysle, t.j. k subjektom, ktorým je výkon vnútornej správy zverený do kompetencie. Ústredným orgánom štátnej

správy je tradične Ministerstvo vnútra SR. Časť pôsobnosti je však zverená i iným ústredným orgánom štátnej správy (napríklad Ministerstvu zahraničných vecí SR, Ministerstvu kultúry SR). Na miestnej úrovni pôsobnosť vykonávajú obvodné úrady, útvary Policajného zboru, okresné a krajské riaditeľstvá Hasičského a záchranného zboru, obce a niektoré ďalšie subjekty (napríklad orgány Ministerstva obrany SR pre vojenské obvody, diplomatické misie a konzulárne úrady).

V náuke o správnom práve sa poukazuje aj na rozdiely v legálnom vymedzení obsahu vnútornej správy¹ oproti vymedzeniam v teórii.² Pri vymedzení pôsobnosti Ministerstva vnútra SR ako ústredného orgánu štátnej správy je v ustanovení § 11 písm. b) zákona č. 575 /2001 Z. z. použitý svojim spôsobom neurčitý pojem " všeobecná vnútorná správa". Pod tento pojem sú tu okrem iného začlenené vecné okruhy osobitne vymenované od územného s správneho usporiadania až po koordináciu výkonu štátnej správy uskutočňovanej obcami, vyššími územnými celkami a orgánmi miestnej štátnej správy. Že ne ide o taxatívny legálny výpočet obsahu všeobecnej vnútornej správy možno dovodiť z použitia výrazu "vrátane". Naopak veci, ktoré sú všeobecne v teórii správneho práva začleňované do úseku - oblasti vnútornej správy sú uvedené v ustanovení písm. a) § 11 uvedeného zákona bez bližšieho pojmového označenia. Tak sú tu vedľa seba uvedené veci policajnej správy (ochrana ústavného zriadenia, verejného poriadku a bezpečnosti osôb a majetku) a ďalej správy štátnych hraníc, súkromných bezpečnostných služieb, zbraní a streliva, oprávnení na vedenie motorových vozidiel a evidencie motorových vozidiel, civilnej ochrany, ochrany pred požiarmi, integrovaného záchranného systému spolu s vecami vstupu a pobytu cudzincov, azylantov a odídencom, občianskych preukazov, cestovných dokladov, evidencie obyvateľov.

Šírka a rôznorodosť vecného okruhu vzťahov, ktoré sú do vnútornej správy začleňované podmieňuje i šírku a rozsah foriem činnosti subjektov, ktoré na tomto úseku verejnú správu vykonávajú. Prakticky typovo, druhovo, je tu pokrytá celá škála foriem činnosti verejnej správy. Od normotvorných až po

¹ Pozri ustanovenie § 11 písm. a) a b) zákona č. 575/ 2001 Z. z. v znení neskorších predpisov

² V teórii správneho práva sa stretávame tiež s rozdielnym vymedzením obsahu pojmu vnútorná správa. Hovorí sa o negatívnom vymedzení, o akomsi "zbytkovom koši", inak povedané, že tu patria všetky veci v pôsobnosti ministerstiev vnútra, ktoré nie sú začlenené do iných úsekov osobitnej časti správneho práva. Pritom mimo teoretického rozpracovania sú napríklad úseky organizovania volieb, povoľovania vo veciach zbraní a streliva, správy štátnych hraníc. K tomu pozri napríklad: Škultéty, P. a kol.: Správne právo hmotné: osobitná časť. 2. aktual. a rozš. vyd., Bratislava: VO PraF UK, 2008, s. 9-72; Jurníková, J. a kol.: Správni právo - zvláštni část. 5 doplněné vydání. Brno: MU, 2004, s. 5-64.

právo-realizačné tak, ako sú rozpracovávané v odborných publikáciách zameraných na všeobecnú časť správneho práva.³

Zo všeobecnejšieho pohľadu možno konštatovať, že na úseku vnútornej správy prevažujú aktivity vykonávateľov verejnej správy, ktoré sú začleňované do skupiny foriem označovaných pojmom materiálno-technické operácie⁴, alebo pojмами "iné úkony s povahou individuálnych správnych aktov" a neprávne, "organizačné formy realizácie verejnej správy"⁵ alebo pojmom "iné úkony"⁶. Zrejme na škodu veci je fakt, že v učebniciach správneho práva procesného vydávaných v Slovenskej republike, ale ak sa nemýlim i v Českej republike, nie sú do obsahu textov začlenené komplexnejšie pasáže - kapitoly o osobitostiach procesného postupu subjektov vykonávajúcich vnútornú správu. Na škodu veci v tom zmysle, že s problematikou viacerých úsekov vnútornej správy sa právnik stretáva takmer denne a nie vždy a všetky inštitúty sú v praxi realizované bez právnych problémov. Inak povedané, asi by bolo prehnané tvrdenie, že by si tento úsek nezasluhoval bližšiu pozornosť teoretickej fronty.

V tomto zmysle sa možno vysloviť pozitívne k tomu, že organizátori tohtoročných "Dní práva" zaradili problematiku vnútornej správy na rokovanie do samostatnej sekcie. K takto orientovanému vystúpeniu mňa podnietila i účasť na konferencii organizovanej v predminulom mesiaci Právnickou fakultou Trnavskej univerzity v Trnave, kde jednou z tém rokovania boli otázky transformácie dokumentu EÚ - kódexu "Dobrej správy" do správneho práva v Slovenskej republike. Z toho zorného uhlu som sa snažil sformulovať tu niektoré úvahy. V neposlednom rade bola podnetom i skutočnosť, že v Slovenskej republike doposiaľ nebol vypracovaný a prijatý nový správny poriadok. Stále je platný a účinný zákon č. 71/1967 Zb., správny poriadok, v znení neskorších predpisov. Tento všeobecný predpis správneho konania upravuje len procesný postup správnych orgánov, kde výstupnou formou je vydávanie individuálnych správnych aktov. Procesný postup pri iných aktivitách verejnej správy, formách činnosti (vydávanie osvedčení, posudkov, vyjadrení, odporúčaní a iných podobných opatrení) bližšie neupravuje. Rieši to len veľmi všeobecne

³ Pozri napríklad : Škultéty, P. a kol.: Správne právo hmotné - všeobecná časť. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s. 92-114;; Hendrych, D. a kol.: Správni právo. Obecná časť. 7 vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 183-362; Průcha, P.: Správni právo. Obecná část. 7 dopl. a akt. vydání. Brno: MU- Doplněk, 2007, 262-317.

⁴ Zloch, P. In: Škultéty, P. a kol.: Správne právo hmotné - všeobecná časť. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s. 108 a s. 113-114.

⁵ Průcha, P.: Správni právo- Obecná část, 7. dopl. a akt. vydání. Brno: MU - Doplněk, 2007, s. 295-299 a s.316-317.

⁶ Staša, J. In: Hendrych, D. a kol.: Správni právo. Obecná část. 7 vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 285-298.

tým, že v ustanovení § 3 ods. 6 odkazuje na primerané použitie jediného ustanovenia správneho poriadku a to ustanovenia o základných pravidlách konania (§ 3 ods.1 - 5). Zatiaľ som sa nestretol ani v prípravných štádiách na vypracovanie textu nového správneho poriadku s vážnejšou úvahou o zaradení procesnej úpravy iných foriem činnosti verejnej správy ako vydávania individuálnych správnych aktov do jeho textu.

V tomto príspevku si nemožno klásť za cieľ analyzovať komplexne formy činnosti verejnej správy vo veciach vnútornej správy a vykonať podrobnejšie klasifikácie.⁷ Širší názov príspevku bol zvolený viac menej z praktických dôvodov. V nasledujúcom texte sa chcem venovať skôr vo forme poznámok len niektorým vybratým problémom, s ktorými som sa v praxi stretol. Týkajú sa posudzovania úkonov, aktivít subjektov vykonávajúcich vnútornú správu vo vzťahu ku kategóriám "registračných aktov" a ku kategórii "akoby" správneho rozhodovania - správnych rozhodnutí" vo veciach vnútornej správy.

Z formálneho, slovného označenia úkonov, aktov, orgánov verejnej správy v prameňoch správneho práva SR sa často nedá jednoznačne presnejšie usúdiť na právnu povahu, právne dôsledky - účinky finálnej formy a tak i posúdiť otázku, aký správno-procesný režim sa na vykonanie takýchto úkonov bude vzťahovať. V niektorých zákonoch je subsidiárne použité správneho poriadku uvedené, v iných nie. Výsledky niektorých aktivít označovaných pojmom "registrácia" majú povahu individuálnych správnych aktov. Naproti tomu niektoré akty označené ako rozhodnutia správneho orgánu v pravom slova zmysle nie sú výsledkom rozhodovacieho procesu subjektu, ktorý rozhodnutie vydáva a v skutočnosti ne ide o jeho rozhodnutie. Pre ilustráciu uvedeného som zvolil dva čiastkové úseky vnútornej správy: **po prvé** registrácie vo veciach združovania a **po druhé** rozhodovanie vo veciach povoľovania pobytu cudzincom - vízového režimu.

Na úseku vnútornej správy podobne ako v rade ďalších úsekov alebo oblastí verejnej správy sa možno stretnúť s viacerými druhmi registračných alebo evidenčných úkonov.⁸ Či už ich posudzujeme z hľadiska používanej terminológie, právnej povahy alebo právnych účinkov. Je to dané už rôznorodosťou prvkov vnútornej štruktúry tohto úseku. Možno sa tu stretnúť s registráciami, ktoré majú typický evidenčný charakter. Napríklad matriky, evidencia obyvateľov, evidencie pobytu cudzincov. Majú síce svoj právny

⁷ Tu odkazujem na texty diel uvedených vyššie v odkaze 3 a na odkazy uvedené v týchto učebniciach správneho práva.

⁸ K týmto pojmom som sa snažil zhrnúť poznatky v článku "K povahe registračných aktov-úkonov ako k formám činnosti verejnej správy" In: Aktuální otázky vývoje právního řádu v České republice a ve Slovenské republice: Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno: Institut dalšího vzdělávání, 2001, s. 163-176.

význam, majú oficiálnu povahu, podľa princípu správnosti úkonov verejnej správy obsahujú vierohodné údaje (pokiaľ sa nepreukáže opak). Sú spravidla podkladom na vydávanie osvedčení, resp. iných právnych úkonov. Nemajú však priame právne účinky, dôsledky. Nemajú priamo vplyv na právnu situáciu osôb vedených v týchto evidenciách. Naopak niektorým registráciám sa "prepožičiava" charakter individuálnych správnych aktov. Napríklad sú podmieňujúcimi úkonmi pre vznik právnej subjektivity.

I v **prvom** zvolenom úseku vnútornej správy - registrácií vo veciach združovania ide v podmienkach SR z hľadiska de lege lata o právnu úpravu obsiahnutú vo viacerých prameňoch správneho práva. Diferenciácia právnej úpravy je zrejme podmieňovaná členením združení podľa ich účelu, zamerania činnosti. Jednotlivé osobitné zákony upravujúce združovanie občanov, združovanie v politických stranách, v nadáciách atď. upravujú registrácie odlišne. Z toho by sa mohol odvodzovať i odlišný charakter týchto jednotlivých registrácií.

Podľa zákona o združovaní občanov⁹ združenie vzniká registráciou. Registrácia tu zakladá právnu subjektivitu združenia. Môže byť ale sporné, či ide v pravom slova zmysle o konštitutívny alebo deklaratórny úkon správneho orgánu. Návrh na registráciu sa podáva na ministerstvo vnútra. Registrácia môže byť realizovaná viacerými spôsobmi. Ak nie je dôvod na odmietnutie registrácie, vykoná ministerstvo do 10 dní od začatia konania registráciu a v tejto lehote zašle účastníkovi jedno vyhotovenie stanov s vyznačením dňa registrácie.¹⁰ V tomto prípade sa o registrácii nevydáva rozhodnutie v správnom konaní. Táto formulácia samotná pripúšťa rôzny výklad. Môže to byť chápané, že v týchto prípadoch ne ide vôbec o správne konanie, alebo len užšie, že sa nevydáva formálne, samostatné písomné rozhodnutie. Ministerstvo do 7 dní oznámi registráciu štatistickému úradu, ktorý vedie evidenciu združení. V prípadoch odmietnutia registrácie ministerstvom môže registrácia nastať dňom právoplatnosti rozhodnutia súdu (ak súd na základe podaného opravného prostriedku rozhodnutie ministerstva zrušil). V treťom prípade nastáva registrácia zo zákona pre nečinnosť ministerstva (ak v lehote do 40 dní ministerstvo nedoručí rozhodnutie o odmietnutí registrácie). Ustanovenie o subsidiárnej

9

¹⁰ Podľa môjho názoru je tu nelogická legislatívna konštrukcia inštitútu začatia konania. Otázkou by mohlo byť o aký procesný inštitút sa jedná pri úkonoch v čase od doručenia návrhu po zistenie jeho nedostatkov. Uvádzaný osobitný zákon to nerieši a o subsidiárnej pôsobnosti správneho poriadku niet v zákone ustanovenia. Je to potom v súlade s ustanovením čl. 2 ods. 2 Ústavy SR? Je tu pri posudzovaní náležitostí podania správny orgán viazaný aspoň povinnosťou dodržiavať všeobecné zásady správneho konania? Ide z hľadiska lehôt a ďalších procesných inštitútov v tej istej právnej veci o jedno konanie, ak podanie nespĺňa zákonom ustanovené náležitosti a o iné, ak spĺňa, ale je tu dôvod pre odmietnutie registrácie?

pôsobnosti správneho poriadku v tomto zákone chýba. Zrejme tu treba vyvodit' subsidiárnu pôsobnosť z platného znenia ustanovenia § 1 zákona č. 71/1967 Zb. v zmysle ktorého tento zákon sa vzťahuje na správne konania, ak osobitný zákon neustanovuje inak.

Obdobný režim registrácie je ustanovený pre združovanie sa v politických stranách v zákone č. 85/2005 Z. z., o politických stranách a politických hnutiach v znení neskorších predpisov. Spôsoby registrácie zo zákona a z rozhodnutia súdu sa priamo neoznačujú registráciou, ale skutočnosťami registráciu nahradzujúcimi. Sú tu však už aj dosť podstatné rozdiely v úprave procesných inštitútov tohto správneho konania. Začatie konanie sa viaže na deň doručenia návrhu. Ak má návrh nedostatky, ministerstvo vnútra o nich písomne upozorní navrhovateľa a rozhodne o prerušení konania. Formálne, písomné rozhodnutie o tom nevydáva, iba to vyznačí v spise. Ak navrhovateľ v určenej lehote nedostatky podania neodstráni, ministerstvo konanie zastaví. Ak navrhovateľ s upozornením na nedostatky nesúhlasí, môže sa domáhať ochrany na súde. Pozitívne rozhodnutie o registrácii sa formálne nevydáva. Sú tu ďalej upravené inštitúty zastavenia konania a rozhodnutia o odmietnutí registrácie. V § 27 zákona je výslovne ustanovená subsidiárna pôsobnosť správneho poriadku na konania o registrácii politických strán a politických hnutí. Nepochybne tak ide o správne konanie a správne rozhodnutia, či už procedurálneho alebo finálneho charakteru.

Subsidiárna pôsobnosť správneho poriadku je ustanovená i v zákone č. 308/1991 Zb., o slobode náboženskej viery a o cirkvách a náboženských spoločnostiach (§ 21). Podstatnejším rozdielom v registračnom konaní je vyhotovovanie písomných pozitívnych rozhodnutí (rozhodnutí o registrácii) i negatívnych (rozhodnutí o odmietnutí registrácie).

Vznik právnej subjektivity je viazaný na registráciu i vo vzťahu k nadáciám. Nadácia podľa § 11 zákona č. 34/2002 Z. z., o nadáciách vzniká dňom zápisu do registra nadácií. Tu sa podobne ako u cirkví o registrácii vydáva rozhodnutie a vykonáva zápis do registra nadácií. Vznik nadácie oznamuje ministerstvo zriaďovateľovi a štatistickému úradu. Vo vzťahu k vzniku nadácií nie je v zákone upravená možnosť vzniku pre nečinnosť správneho orgánu ani rozhodnutím súdu. Na konanie o registrácii nadácií a rozhodovanie sa primerane vzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní.

Na záver k tomuto prvému okruhu mojich poznámok a uvedených príkladov si dovoľím k tomu vysloviť názor, že takéto rozdiely v právnej úprave procesnej stránky na úseku správy v druhovo, typovo zhodných veciach - práva združovať sa, nemajú opodstatnenie. Predmetom diskusie by mohla byť otázka, do akej miery súčasná právna úprava zodpovedá princípom

dobrej správy formulovaným v Kódexe dobrej správy.¹¹ Najmä princípom ustanoveným v čl. 2, 3 a v sekcii II.

Druhý úsek vnútornej správy (vízovú agendu) som vybral vzhľadom k praktickým poznatkom získaným v rozkladovej komisii. Boli tu napríklad riešené problémy,¹² ku ktorým sú teoretické stanoviská pertraktované v odbornej literatúre v pasážach o reťazení a subsumpcii úkonov v správnych konaniach.¹³ Subsumpcia sa vťahuje na prípady rozhodnutí, kde správny orgán príslušný na správne konanie a vydanie správneho rozhodnutia je povinný rešpektovať záväzné stanovisko dotknutého alebo stanoviská dotknutých správnych orgánov. Meritórne rozhodnutie príslušného orgánu je podmienené rozhodnutím dotknutého správneho orgánu. Nemal by napríklad rozhodnúť pozitívne, ak dotknutý správny orgán dá negatívne stanovisko. Fakticky tak rozhoduje dotknutý správny orgán. Zo strany príslušného správneho orgánu ne ide o prísne vzaté o prejav jeho vôle, jeho rozhodovanie a rozhodnutie. Možno to označiť za akúsi "fikciu" jeho rozhodovania. Problémy tu potom vznikajú aj odvolacím inštanciam. Možno sa stretnúť i s názormi, že zákonnosť i vecnú správnosť stanovisk dotknutých orgánov možno preskúmať a posúdiť v súdnych preskúmvaniach správnych rozhodnutí. Na viacerých úsekoch verejnej správy to môže mať reálny efekt. Domnievam sa, že na niektorých "citlivých" úsekoch, ku ktorým patrí i vízová agenda, to možno asi ťažko očakávať.

Poznatky získané z vlastnej praxe z pôsobenia v rozkladovej komisii, kde sa okrem iného konalo o opravných prostriedkoch proti rozhodnutiam o odmietnutí udeliť víza mňa viedli aj k ďalším úvahám napríklad o tom, či právna úprava a aplikačná prax vytvára reálny priestor pre faktické naplňovanie požiadaviek ustanovených napríklad v čl. 5 a čl. 17 od 2 už

¹¹ Odporúčanie CM/ Rec (2007) 7 Výboru ministrov členským krajinám (EÚ-poznámka autora) o dobrej verejnej správe.

¹² Ak pominiem riešenie napríklad takých otázok akou je posúdenie, či je vôbec na mieste konanie o rozklade., keď v prvom stupni rozhodoval konzulárny úrad v svojom mene a nie v mene ústredného orgánu štátnej správy. Procesnú samostatnosť mu priznáva zákon č. 48/2002 Z. z. v § 13 ods.2 a v odseku 4 a výslovne uvádza opravný prostriedok odvolanie. Výslovne je tiež v zákone v § 13 ods.6 ustanovené, že o odvolaní zastupiteľského úradu podľa odsekov 4 a 5 (neudelenie víza, zrušenie alebo odvolanie schengenského víza) rozhoduje ministerstvo zahraničných vecí.. Alebo otázky, ako interpretovať ustanovenie § 2 citovaného zákona písm. l), kde je uvedené, že Európskym hospodárskym priestorom sa rozumie členský štát EÚ okrem Slovenskej republiky, iný zmluvný štát Dohody o Európskom hospodárskom priestore a Švajčiarska konfederácia. Z toho napr. rakúske správe orgány odvodzovali, že schengenské víza vydané orgánmi SR neopravňujú vízových cudzincov na vstup na rakúske územie.

¹³ K tomu pozri napríklad Staša,J. In: Hendrych, D. a kol.: Správni právo. Obecná časť. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 246-248.

vpredú uvádzaného Kódexu dobrej správy. Do akej miery korešpondujú ustanovenia Kódexu dobrej správy s ustanoveniami nariadení Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 562/2006 z 15. 3. 2006, č. 810/2009 z 13. 7. 2009 (vízový kódex) a č. 767/2008 z 9. 7. 2008, ktoré upravujú vízový režim vo vzťahu k štátom schengenského dohovoru a vízový informačný systém. Jednou z požiadaviek Kódexu dobrej správy je napríklad viesť celé správne konania a rozhodnúť tak, aby boli v čo najväčšej miere rešpektované ľudské práva a slobody a aby bolo dostatočne presvedčivé. V správnych konaniach vo veciach vstupu tzv. vízových cudzincov na územie SR a ich pobytu na tomto území (s potenciálnou možnosťou získať oprávnenie na vstup na územie štátov Schengenského dohovoru v závislosti od toho, či ide o konanie o udelenie schengenského víza alebo národného víza) sa markantne prejavuje problém premietajúci sa vo verejnej správe, t. j. nájsť optimálnu koreláciu medzi ochranou dôležitých verejných záujmov (napríklad ochranou pred terorizmom, nelegálnym obchodom so zbraňami alebo narkotikami, zavlčením osoby, ochranou pred nežiaducou migráciou a pod.) na jednej strane a rešpektovaním ľudských práv a slobôd na strane druhej.

Právna úprava režimu pobytu cudzincov je v SR obsiahnutá v zákone č. 48/2002 Z. z. o pobyte cudzincov v znení neskorších predpisov¹⁴(ďalej len zákon). Táto právna úprava diferencuje medzi konaniami o udelenie schengenského víza od konaní o udelenie národného víza. Vo veciach podmienok na získanie schengenského víza odkazuje zákon (§ 8) na prednostnú úpravu v právnych predpisoch EÚ. K takej diferenciacii zjavne nemôžu byť vedené dôvodné diskusie, vzhľadom k záväzkom SR vyplývajúcim z medzinárodných zmlúv.

V konaniach o udelení schengenského víza i o udelenie národného víza uskutočňovaných zastupiteľskými úradmi SR sa pre pozitívne rozhodnutie vyžaduje "predchádzajúce stanovisko ministerstva vnútra"(§ 13, ods.2 a § 14 ods. 4 zákona č. 48/2000 Z. z.- ďalej len zákon). Ministerstvo vnútra SR a Ministerstvo zahraničných vecí SR sa môžu dohodnúť, v ktorých prípadoch môže zastupiteľský úrad udeliť schengenské vízum aj bez stanoviska ministerstva vnútra. Výslovne sa tu neuvádza, že sa jedná o "záväzné stanovisko". V praxi sa však pri interpretácii i aplikácii predmetných ustanovení zákona chápe ako záväzné stanovisko. Možno k takému chápaniu dospieť i systematickým výkladom zákona a najmä uvádzaných prameňov práva EÚ. .

Osobitosti konania o udelenie schengenského víza zastupiteľskými úradmi sú uvedené v § 13 zákona a v citovaných predpisoch EÚ. Priebeh konania ani obsahové náležitosti rozhodnutia tu nie sú výslovne osobitne podrobnejšie upravené. Mohlo by sa tak vychádzať zo znenia ustanovenia §

¹⁴ Úplné znenie pod č. 222/2010 Z. z.

78 ods.1 o subsidiárnej pôsobnosti správneho poriadku. V ods. 1 sa uvádza: " Ak nie je v tomto zákone alebo osobitnom predpise (odkaz na citované predpisy EÚ) ustanovené inak, vzťahuje sa na konanie podľa tohto zákona všeobecný predpis o správnom konaní (odkaz na zákon č. 71/1967 Zb.)". V ods. 2 sú modifikované náležitosti odôvodnenia rozhodnutia v prípadoch, kde sa chránia dôležité verejné záujmy tak, že v odôvodnení sa uvedie len skutočnosť, "že ide o bezpečnostný záujem SR". V tomto odseku sú však taxatívne uvedené rozhodnutia vydané podľa ustanovení od § 26 ods.2 písm. b) po § 57 ods.2. Ustanovenia § 13 a § 14 tu uvedené nie sú.

Podľa ustanovenia § 13 ods. 4 zákona sa proti pozitívnym rozhodnutiam - rozhodnutiam o udelení schengenského víza nemožno odvolať, čo má svoju logiku. Proti negatívnym rozhodnutiam (ak nebolo vízum udelené) sa však môže odvolať len rodinný príslušník občana Európskeho hospodárskeho priestoru alebo rodinný príslušník azylanta alebo cudzinca požívajúceho doplnkovú ochranu. Z toho možno odvodiť, že ostatní tzv. "vízoví cudzinci" sa odvolať nemôžu s výnimkou prípadov, že tak ustanovuje uvedený predpis EÚ (Nariadenie (ES) č. 810/2009). Tu by mohla byť položená otázka, či je správne legálne privilegovať určitú skupiny vízových cudzincov na základe osobného stavu - príbuzenského vzťahu (princíp rovnosti)¹⁵. Túto pochybnosť podporuje i vyššie uvedený vízový kódex EÚ. V čl. 47 ods. 1 Nariadenia (ES) č. 810/2009 je ústredným orgánom a konzulárnym úradom uložená povinnosť poskytovať verejnosti všetky potrebné informácie týkajúce sa žiadosti o víza, a to najmä informácie o "... h) tom, že rozhodnutia o zamietnutí žiadosti sa musia oznamovať žiadateľom, že sa v nich musia udávať dôvody zamietnutia a že žiadatelia majú právo sa voči nim odvolať...". Nie je tu vyjadrená žiadna diferenciacia žiadateľov. Obsah povinnosti udávania dôvodov zamietnutia môže byť však tiež sporný. Najmä, ak vezmeme do úvahy samotný obsah prílohy VI, ktorá je priamo súčasťou vízového kódexu - "Štandardný formulár pre oznámenie a odôvodnenie zamietnutia, zrušenia alebo odvolania víza". Tu sú v bodoch 1.- 9. schematicky, len neurčito, veľmi všeobecne uvedené dôvody zamietnutia. Napríklad v bode 5. " v Schengenskom informačnom systéme (SIS) bolo vydané upozornenie na účely odopretia vstupu zo strany _____ (označenie členského štátu)". Alebo v bode 6. "jeden alebo viacero členských štátov Vás považuje za hrozbu pre verejný poriadok, vnútornú bezpečnosť, verejné zdravie, ako je vymedzené v čl. 2 bode 19 nariadenia (ES) č. 562/2006 (Kódex schengenských hraníc), alebo medzinárodné vzťahy jedného alebo viacerých členských štátov.". V praxi to bolo riešené tak, že text vzorového formulára rozhodnutí bol doplnený o

¹⁵ V médiách bol v ostatnej dobe publikovaný aj prípad, kedy úradník konzulárneho úradu zrejme na základe posudzovania " prejudiciálnej otázky"- motivácie uzavretia manželstva medzi osobami so značným vekovým odstupom (trvajúcего ale už dlhšiu dobu a z ktorého vzišli spoločné deti) dospel k záveru, že ide o fiktívne uzavreté manželstvo a rozhodol, že neudeli vízum (opakovane zamietaná žiadosť).

hlavičku s označením konzulárneho úradu, o poučenie o opravnom prostriedku (žiadateľovi boli dané na výber možnosti - odvolanie/rozklad) a dátum a podpis. Vyplnený formulár so zaškrtnutím príslušného políčka, políčok odôvodnenia sa potom oznamoval žiadateľom.

V tejto súvislosti boli potom v odvolacom orgáne diskutované aj otázky - proti čomu sa tak asi môžu oprávnené osoby odvolať a ako by mali svoj opravný prostriedok odôvodniť a na základe čoho a ako má potom rozhodovať druhoinštančný správny orgán, prípadne súd. Rozhodnutia o neudelení víza sa väčšinou opierali o negatívne stanoviská ministerstva vnútra. Pre negatívne stanovisko ministerstva postačuje skutočnosť, že cudzinec je evidovaný na tzv. "čiernej listine" - vo vízovom informačnom systéme (VIS). Zaevidovať cudzinca môže ktorýkoľvek štát schengenského priestoru a tento štát dôvod evidencie nie je povinný uvádzať. Stanoviská ministerstva vnútra sú konzulárnym úradom predkladané tiež na formulári. V nich sa v podstate len uvádza, či osoba je alebo nie je evidovaná v evidenčnom systéme. Z vyššie uvedeného je zjavné, že pre posúdenie splnenia náležitostí odôvodnení zamietavých rozhodnutí vo veciach udeľovania víz je rozhodný len uhol pohľadu. Mohlo by sa konštatovať, že o odôvodnenie tu aj ide aj ne ide. Určite to však nezodpovedá požiadavkám na obsahovú stránku odôvodnení správnych rozhodnutí podľa všeobecných úprav správneho konania.

V konaniach o udelenie národných víz je z hľadiska žiadateľa v zákone ustanovený "tvrdší" procesný režim. Podľa ustanovenia ods. 8 § 14 zákona na udelenie národného víza nie je právny nárok, dôvod neudelenia sa neoznamuje a na konania o udelení alebo zrušení sa nevzťahuje osobitný predpis (EÚ) a ani všeobecný predpis o správnom konaní, správny poriadok.

Záverom k tomuto druhému okruhu chcem poznamenať, že sa necítim dostatočne povolaným pre sformulovanie jednoznačných riešení existujúcich problémov na zvolených úsekoch vnútornej správy. Chcem skôr načrtnúť k ďalšej odbornej diskusii úvahy, či viaceré postuláty zakotvené v právnych dokumentoch o ľudských právach a slobodách nemajú len deklaratívny charakter bez adekvátneho konkrétneho premietnutia sa v osobitných predpisoch správneho práva a či nie sú skôr prejavom snahy o rešpektovanie ľudských práv a slobôd ako výrazom reálnych možností premietnuť ich v textoch osobitných predpisov správneho práva.

Literature:

- HENDRYCH, D. et al.: Správní právo. Obecná část. 7. vydanie. Praha: C. H. Beck 2009, 837 s., ISBN 978-80-7400-049-2.
- HENDRYCH, D.: Správní věda – Teorie veřejné správy. Praha: ASPI a. s., 2007, 212 s. ISBN 978-80-7357-248-8.
- HORZINKOVÁ, E.-NOVOTNÝ, V.: Správní právo procesní. Praha: Linde Praha a.s., 2006, 288 s., ISBN 80-7201-636-9.
- JURNIKOVÁ, J. et. al.: Správní právo. Zvláštní část. 5 doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita 2004, 399 s, ISBN 80-210-3417-3.
- MACHAJOVÁ, J. et. al.: Všeobecné správne právo.4. vydanie. Bratislava: EUROKODEX s. r. o., 2009, 512 s., ISBN 978-80-89447-05-3
- PRŮCHA, P. : Správní právo. Obecná část. 7. dpl. A akt. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2007, 420 s., ISBN 978-80-210-4276-6.
- SKULOVÁ, S. et al.: Základy správní vědy. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 236, ISBN 80-210-1828-3.
- SKULOVÁ, S. Rozhodování ve veřejné správě. 2. přepracované vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1996, 174 s., ISBN 80-210-1458-X
- ŠKULTÉTY, P. et al.: Správne právo hmotné. Osobitná časť. Bratislava: VO Praf UK, 2010, 258 s., ISBN 978-80-7160-252-1.
- Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci. Principy dobré správy. Brno: Masarykova univerzita 2006, s. 266

Contact – email

pavol.zloch@truni.sk

EKONOMICKÉ ASPEKTY PRÁVA

ECONOMICS POINT OF VIEW OF LAW

THE ROLE OF HUNGARY FROM AN ECONOMIC POINT OF VIEW APROPOS OF AN ECOLOGICAL DISASTER

DOMINIKA BORSA

Department of Administrative Sciences, Faculty of Law, Széchenyi István
University, Hungary

Abstract in original language

State generally plays dominant role in economic life. On the one hand, state has imposed and imposes taxes in the course of years for redistributing the revenues in the framework of its budget act. On the basis of this act, each state provide the fundamental public services for their members, and make infrastructural investments and developments etc. On the other hand, state has to control and/or influence the behaviour of the participants of the economic life through its legislation and law enforcement. How can a state fulfil all of these roles when a force majeure (f.e. ecological disaster, like the red sludge catastrophe in Hungary) has happened? The study seeks to examine and make a diagnosis and some proposals concerning this situation through the analysis of the Hungarian regulation.

Key words in original language

State's duty; public funds; ecological disaster.

1. THE STARTING POINTS

The major purpose of this paper is to briefly examine the means of solving the red sludge disaster's problem in Hungary or to emphasize the importance of public funds and the importance of program budgeting in the life of Hungary in my paper.

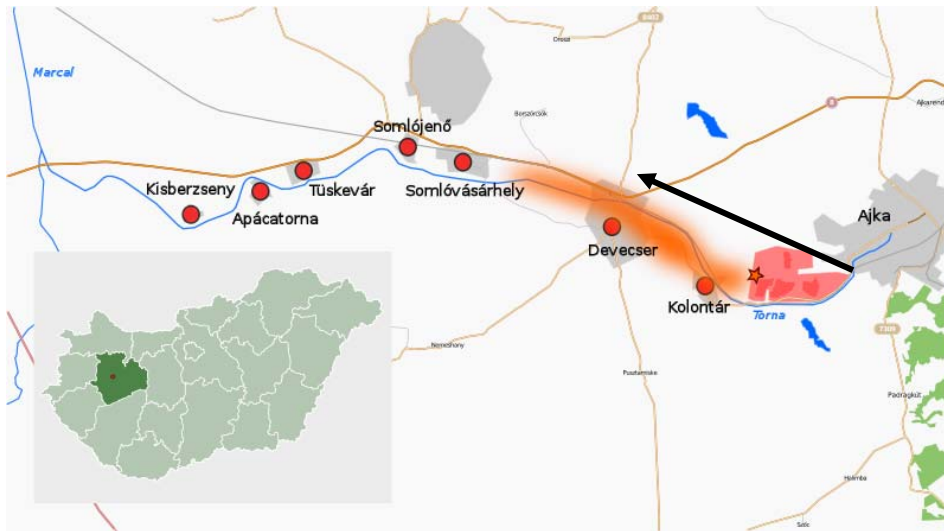
What are the starting points?

Data:

1. 3 villages
2. Approximately 7200 people were affected
3. 150 people were seriously wounded
4. 10 people died.

As you can imagine, damages were caused, beyond people's lives, in people's houses and in all of them goods and chattels, in buildings of the local government, streets, and in soils etc.¹

On the following map you can see the exact place and the direction of the pollution concerning the red sludge disaster.



Picture 1:

http://hu.wikipedia.org/w/index.php?title=F%C3%A1jl:Ajkai_v%C3%B6r%C3%B6siszap-katasztr%C3%B3fa_v%C3%A1zlat_2010-10-04.svg&filetimestamp=20101007200140 (08-11-2010)

What can a state do in such an ecological disaster that happened in Hungary on 4th October 2010? I think every states have to deal with a situation like this and in my opinion, every states should separate money for it in its public budget.

Furthermore I also think that a state has to force a company, that use the environment or can cause similar effects like in Hungary, to pay a yearly amount of money from the beginning of its activity concerning its production for solving problems if those happen.

¹ <http://vorosiszap.bm.hu/> (06-11-2011)

2. MY SUGGESTIONS

Although the government (as the head of the executive power) tries to do its best now, I think the Republic of Hungary could have done the next steps before the disaster.

First, the Parliament should have paid more attention to the public funds (though there is always a debate on whether it is good and useful that they are separated from the public budget or not²).

My suggestion would have been that the Parliament should have established a special public fund for tackling the red sludge disaster which could happen some day, or it should have assimilated two of the nowadays existing public funds and should have created a third one from them. I mean, there are 6 different public funds in Hungary these days, which are the followings:

5. National Cultural Fund,
6. National Employment Fund,
7. Research and Technology Innovation Fund,
8. Homeland Fund,
9. Central Nuclear Financial Fund,
10. Wesselényi Miklós Fund for Flood and Inland Water Compensation.

Accordingly that I have mentioned above is for example to have assimilated the last two ones and the task of tackling the problem of red sludge. So this new public fund would have been able to manage the tasks and problems of using nuclear energy and its impacts, the flood and inland water problems and the problems of red sludge's disaster. Plus, if we take a look at for example on the present functioning Central Nuclear Financial Fund, we can see that the responsible organisation, the Hungarian Atomic Energy Authority has to pay a yearly defined amount of money (the exact amount is defined in the yearly budget act of Hungary) for its future tasks, so it is a practise that has already paid off.

Why I support separated public funds? Public funds in Hungary were established in order to collect money from outside of public budget and to solve some special problems with a special organisation, and last but not least to relieve state of some special tasks. In my opinion it means, that the people and the companies who are or who could be affected by these tasks

² <http://www.jak.ppke.hu/tanszek/heller/letolt/elk.doc>

or problems should contribute to public funds. Nevertheless, these funds are controlled by the National Audit Office, so the spending of their money and their transparency are ensured.

Secondly, (if I would like to argue next to the standpoints of the Hungarian Audit Office, that said that Hungary could put an end to the system of public funds), I also could say that if the Parliament had used program planning concerning its budget procedure, the state would have had a ready action plan in advance for tackling the problems of environment' and ecological' sphere.

And last but not least, I also think that the Parliament of Hungary should have forced the MAL (the Hungarian Aluminium Production and Trade Company Limited by Shares) to separate some money for „bad days” in its budget, (mainly if my first suggestion had not been realised) or it should have forced the company to make a responsibility insurance that is fit for its real responsibility.

3. WHAT DID HUNGARY DO BEFORE AND AFTER THE DIASTER?

In this part of the contribution, I only deal with the means of the Hungarian Government from an economic point of view, not from a political or other view.

On the one hand, the government of Hungary has established the Hungarian Diaster Relief Fund that tries to collect as much money as it can. Everybody can give a donate for this fund and approximately 4.000.000³ euro were collected already until 09/11/2010. But if you divide it into the affected people (7200 person) it is unfortunately not to much.

On the other hand, there is a contingency fund in the public budget for force majeure from which local governments can retrieve some money if they claim. Notwithstanding this money is only for managing the compulsory tasks of local governments and rebuilding their infrastructure. The amount of this contingency fund is also approximately 4.000.000 euro from which the state has already spent 1.473.500 euro, so 2.526.500 euro lasts.

Finally, the lawyer of the MAL company said that the company would pay about 5.450.000 euro compensation over 5 years. (So not now and not the grand total in one amount.) Nevertheless he added that the compensation did

³ I use the official euro exchange rate of the National Bank of Hungary for changing the amounts (1 euro was 274,95 forint in 09-11-2010.)

not mean the recognition of the company's responsibility, it is only based on ethical deliberation.⁴

I think it is also important that the affected people don't have enough money for their livelihood (as they do not have work now, they can not pay their bank credit, etc.) and the government also have to deal with the health care costs too.

You can see on the following chart how toxic the red sludge is:

Concentrates of hydrogenions compared to distill water		Compounds
10000000	pH = 0	Accumulator acid
1000000	pH = 1	Hydrochloric acid
100000	pH = 2	Vinegar, Citric acid
10000	pH = 3	Grapefruit, Orange juice, Coke
1000	pH = 4	Tomato juice, Acid rain
100	pH = 5	Drinking water, Coffee, Rain
10	pH = 6	Urine, Saliva, Milk
1	pH = 7	Blood, clean water
1/10	pH = 8	Sea-water
1/100	pH = 9	Baking-soda
1/1000	pH = 10	Soap
1/10000	pH = 11	Ammonia solution
1/100000	pH = 12	Bleach
1/1000000	pH = 13	Ovencleaner, RED SLUDGE
1/10000000	pH = 14	Liquid draincleaner, RED SLUDGE

Figure 2: <http://ozonenetwork.hu/ozonenetwork/20101005-maroxidkoktel-55-millio-tonnavorosizap-van-a-magyar-tarozokban.html> (08-11-2010) translated by the author

4. CONCLUSION

First and last my opinion is that the states always have important role in economic life. It is enough if we think about that a state can influence the national trade with its regulation, or if we think about that it can control the competition on the market. I think the situation is the same if the state has to deal with a complex (economic, ecological and social) problem and its consequences because people can not solve it alone.

Accordingly, I think states have important role in a nation's life, especially when a disaster happens, to help people to take part again in the life of the

⁴ <http://www.nepszava.hu/articles/article.php?id=358653> (08-11-2010)

nation and in its economy. Finally I think this thought is stronger in Hungary now than it was before the red sludge disaster.

Literature:

- István, Simon (ed.): Pénzügyi jog 1., Budapest, Osiris, 2007. 493. p.
ISBN: 978 963 389 961 8.
- Public Finance Act in Hungary (No. 38. of 1992)
- <http://vorosiszap.bm.hu/>
- <http://www.mnb.hu/arfolyam-lekerdezes>
- <http://www.nepszava.hu/articles/article.php?id=358653>
- <http://www.jak.ppke.hu/tanszek/heller/letolt/elk.doc>

Contact – email

borsadominika@yahoo.com

MAKROEKONOMICKÉ PROSTREDIE V SR A JEHO VPLYV NA PODNIKATEĽSKÚ SFÉRU¹

KAROLÍNA ČERVENÁ

Faculty of Law, Pavol Jozef Šafárik Univerzity in Košice, Slovakia

Abstract in original language

Pre rozvoj národného hospodárstva dôležitým faktorom je výkonnosť a úspešnosť podnikateľskej činnosti v priemysle, obchode či službách, ktoré závisia nielen od jednotlivých subjektov a ich schopnosti efektívne využívať výrobné faktory či vnútorné zdroje, ale aj od dynamiky a štruktúry dopytu na domácom i zahraničnom trhu v príslušných segmentoch výrobkov či služieb. Cieľom príspevku je prostredníctvom makroekonomickej analýzy s využitím konkrétnych národohospodárskych ukazovateľov popísať vývoj makroekonomickeho prostredia na Slovensku ako aj načrtnúť ďalšie možné smerovanie.

Key words in original language

Makroekonomicke prostredie; podnikanie; výkonnosť ekonomiky.

Abstract

Important factor for the development of national economy is the performance and success of business in industry, commerce and services, which depend not only on individual players and their ability to effectively using production factors or internal resources, but also the dynamics and structure of demand on the domestic and foreign markets in the respective segments, products or services. Aim of this contribution is through macroeconomic analysis with using specific national economic indicators to describe the evolution of the macroeconomic environment in Slovakia as well as to outline other possible paths.

Key words

Macroeconomic environment; business; economic performance.

¹ Príspevok predstavuje čiastkový výstup v rámci riešenia grantového projektu VEGA 1/0325/08 "Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore" a taktiež grantového projektu VEGA 1/0169/08 "Európska dimenzia podnikovej sociálnej zodpovednosti a jej vplyv na reguláciu pracovnoprávných vzťahov".

Úvod

Dejiny moderného svetového systému sú poznačené expanziou (vojenskými výbojmi, ekonomickým vykorisťovaním) európskych štátov a národov, čo bolo podstatnou súčasťou budovania kapitalistickej svetovej ekonomiky (označovanej ako budovanie civilizácie, ekonomický rast a rozvoj, či pokrok). Sociálna realita nebola však často až tak skvelá, než ponúkané intelektuálne zdôvodnenia. Môžeme predpokladať, že vo svete, kde bolo „všetko dovolené“, neexistovali žiadne obmedzenia pre použitie násilia a podvádzania v bežných ľudských vzťahoch. Takisto občania neboli (a v mnohých prípadoch aj dnes napriek fungovaniu právneho poriadku) viazaní povinnosťou, aby dodržiavali svoje záväzky, akoby mala svoje opodstatnenie aplikácia hobbesovskej tézy – „vojna všetkých proti všetkým“, alebo „kto z koho“ vo všetkých oblastiach a sférach života reformovaných postsocialistických spoločností (týka sa to aj ekonomického a hospodárskeho vývoja spoločnosti). Dnešný vývoj národných hospodárstiev je viac či menej uvedeným poznačený aj keď dnes už väčšina vyspelých trhových ekonomík smeruje aj k etickým princípom.

Rozvoj národného hospodárstva Slovenska je determinovaný vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie (napríklad prevzatie spoločnej obchodnej politiky Európskych spoločenstiev, spolu so spoločnou poľnohospodárskou politikou) bolo nevyhnutným predpokladom pre prijatie do EÚ. V kodanských kritériách je uvedený záväzok vyplývajúci z členstva v Európskej únii (krajiny uchádzajúce sa o vstup musia byť schopné prevziať do svojej legislatívy záväzky spojené s fungovaním vnútorného trhu, so štrukturálnou politikou, s politikou hospodárskej a sociálnej súdržnosti, hospodárskou súťažou a podobne). Zapojenie do spoločnej obchodnej politiky EÚ znamenalo aj prijatie všetkých medzinárodných zmluvných záväzkov s obchodno-ekonomickým obsahom, ktoré Spoločenstvo uzavrelo s tretími krajinami. Uvedená skutočnosť umožňuje rozširovanie obchodno-politického priestoru pre slovenské subjekty (aj napriek určitej strate národnej suverenity v obchodnej politike SR voči tretím krajinám), čo v konečnom dôsledku by sa malo odraziť aj na rozvoji národného hospodárstva (EÚ sa aktívne podieľa na formovaní svetového obchodného poriadku v prospech jej členských krajín, Slovensko účasťou na spoločnej obchodnej politike EÚ môže profitovať a to aj v prípade krízových javov v ekonomike v spoločnom postupe pri ich odstránení).

Pre rozvoj národného hospodárstva je dôležitým faktorom výkonnosť a úspešnosť podnikateľskej činnosti v priemysle, obchode či službách, ktoré závisia nielen od jednotlivých subjektov a ich schopnosti efektívne využívať výrobné faktory či vnútorné zdroje, ale aj od dynamiky a štruktúry dopytu na domácom i zahraničnom trhu v príslušných segmentoch výrobkov či služieb. Ďalším faktorom, ktorý ovplyvňuje úspešnosť nielen podnikateľskej činnosti, ale aj vývoj národného hospodárstva, je konkurenčné postavenie podnikateľských subjektov ako na domácom tak aj na zahraničnom trhu

(v podnikateľských zámeroch by mal podnikateľský subjekt pri plánovaní vychádzať hlavne z objektívnych informácií o domácej a medzinárodnej konkurencieschopnosti relevantných výrobných skupín, výrobných oborov či druhu služieb).² Medzinárodnú konkurencieschopnosť môžeme charakterizovať ako „schopnosť krajiny vytvárať porovnateľne viac bohatstva než ostatné krajiny. Táto schopnosť nie je iba výsledkom produktivity a ekonomickej efektívnosti, ale širokého spektra politických, sociálnych, kultúrnych a vzdelanostných faktorov“.³

V tejto súvislosti vzniká aj otázka, do akej miery má v našich podmienkach ekonomickej konkurencieschopnosti trh práce ako jeden z determinantov rozvoja národného hospodárstva vplyv na jeho vývoj? Slovenský trh práce sa stále javí ako problematický. Môže štát zabezpečiť zamestnanosť občanov, alebo je to záležitosť iba súkromného sektora? Súkromné subjekty sa masívne zamestnávajú práceschopné obyvateľstvo zatiaľ veľmi nechystajú. Existuje názor, aby sme reštrukturalizovali ekonomiku a kládli väčší dôraz na sektor služieb (podľa vzoru Fínska). Štát by sa mal preorientovať z výrobnjej sféry na služby, výskum a vývoj (predovšetkým je potrebné zodpovedať na otázky: "Výskum a vývoj ale pre koho? Pre akých odberateľov? Pre súkromnú sféru? A bude prispievať na rozvoj výskumu?" Štát by zrejme nemal ľudí "nútiť" pracovať dlhodobo na jednom mieste (pracovnej pozícii), malo by existovať viac príležitostí získať pracovné miesto, ale kto má zabezpečiť tieto príležitosti? Štát, či súkromný sektor? A nakoniec väčšina ľudí skôr privíta to, že pracovník s určitou profesiou (špecializáciou) môže dlhobojšie byť zamestnaný na tom istom pracovisku bez stresu, obavy zo straty zamestnania, alebo naopak, je možné, že obavy zo straty zamestnania pôsobia pozitívne na efektívnosť práce? V každodennom živote na trhu práce sú ľudia determinovaní svojím vekom, skúsenosťami, vzdelaním, rodinným stavom a samozrejme, regiónom, v ktorom žijú. Sľuby o flexibilitosti neobstoja. Na pracovnom mikrotrhu nie je v požadovanom množstve zastúpený dopyt po práci a nakoniec veľmi často neexistuje ani možnosť odmietnuť pracovnú príležitosť za akúkoľvek mzdu, keďže nie je naporúdzí žiadna dobrá alebo lepšia (výhodnejšia). V Európe dnes prevláda tendencia udržiavať stabilnú zamestnanosť, čo znamená, že miera nezamestnanosti nebola až taká závratná, čo má pozitívny vplyv na obyvateľov (sociálny spekt - straca pracovného miesta je

² Ondřej, J., Plchová, J., Abrahám, J., Pulgret, M. : *Ekonomické a právní aspekty podnikání v Evropské unii*. 1. vydanie. Praha: C. H. Bech, 2007, s. 207.

³ Globální ročenka konkurencieschopnosti. In: Kovačová, E.: *Konkurencieschopnost národních ekonomik*. Praha: VŠE, 2002. M. Porter, významný predstaviteľ ekonomickej teórie, hovorí o štyroch fázach budovania národnej konkurencieschopnosti: 1. konkurencieschopnosť založená na maximálnom využívaní výrobných faktorov, 2. konkurencieschopnosť rozvíjaná investíciami k vyššiemu výkonu, 3. konkurencieschopnosť rozvíjaná inováciami, 4. konkurencieschopnosť rozvíjaná prostredníctvom zvyšovania kvality života (PORTER, M.: *The Comparative Advantage of Nations*. New York, 1998).

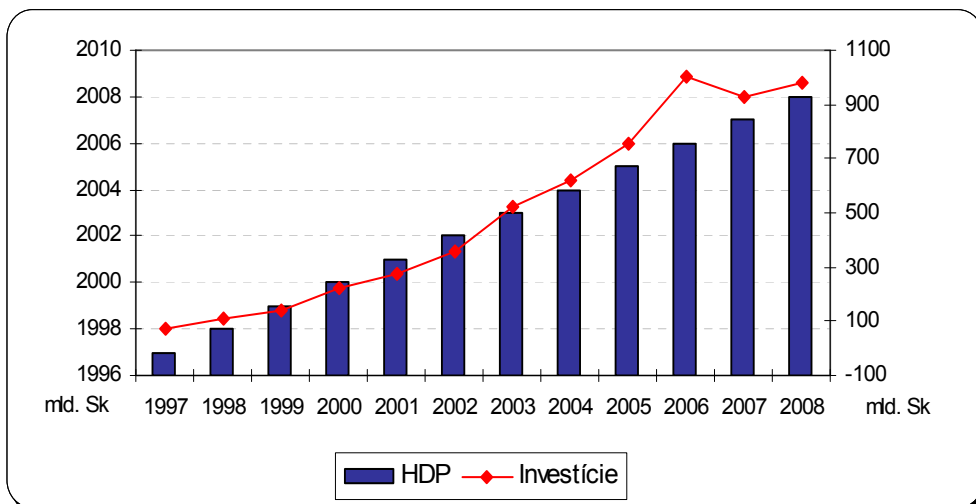
považovaná nielen za súkromný ekonomický prepád jednotlivca, ale často aj za osobnostný, resp. psychický). Ideou západoeurópskeho „štátu blahobytu“ bolo, aby pracovná sila mohla donútiť pracovný trh k lepším ponukám okrem iného aj tým, že bude mať možnosť urobiť dočasný „úkok bokom“, bez toho, aby stratila sebaúctu. Je jasné, že čosi také je nemožné v štáte, kde je sociálna sieť súborom "almužien" v podobe sociálnych dávok, a v ktorom sa bežne propaguje sociálny rasizmus - delíme sa na úspešných a lenivých.⁴ V súčasnosti prebiehajúca kríza (resp. jej dopady) postihla ekonomiku ako celok, ale aj jednotlivé trhy, zasiahla chudobných i bohatých.

V nasledujúcej časti sú prezentované (číselne a graficky) výsledky hodnotenia makroekonomického prostredia Slovenskej republiky v zmysle sumarizácie a spracovania získaných primárnych a sekundárnych údajov z oficiálnych štatistických zdrojových databáz, hodnotiacich správ a výsledkov analýz týkajúcich sa niektorých vybraných ukazovateľov vývoja slovenskej ekonomiky, s dôrazom na podmienky podnikania a konkurencieschopnosti priemyslu v Slovenskej republike. Pri spracovaní získaných údajov bola využitá PEST (resp. STEP) analýza.

Ekonomické prostredie

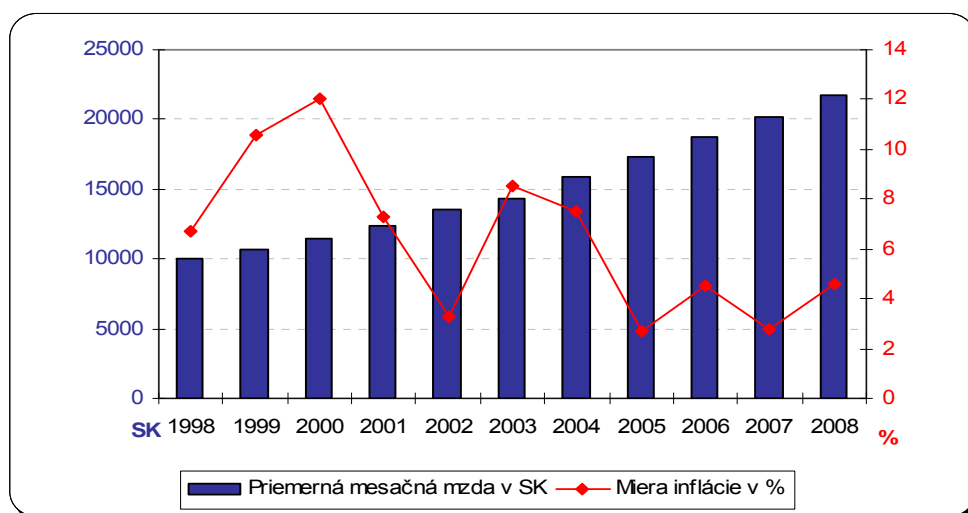
Podľa viacerých oficiálnych zdrojov v rámci hodnotenia ekonomického rastu členských štátov Európskej únie sa Slovenská republika zaradila v roku 2007 medzi jediné dva štáty celku EÚ-27, v ktorých tempo rastu hrubého domáceho produktu (10,4 %) dosiahlo úroveň nad 10 % (v súčasnosti sa podľa prognóz hospodárskeho vývoja uvedené tempo jednoznačne spomaľuje). V dokumente Európskej komisie Európska ekonomika 2008 sa konštatuje spomalenie hospodárskej expanzie v SR (rast HDP) z 10,5 % v roku 2007 na 7 % v roku 2008, v roku 2009 sa naplňajú prognózy - očakávaný pokles 5 %.

⁴ Pozri Javurek, P. : Flexibilný trh galejí – náš vzor. In: Pravda, 2. júla 2010, s. 42.



Obrázok 1: Vývoj HDP a investičnej činnosti v SR za desaťrocie, vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR (Eurostatu), MF SR.

Napriek tomu, že rozvoj investičnej činnosti, predovšetkým prílev priamych zahraničných investícií, ktorý bol zaznamenaný v posledných rokoch, prispel k posilneniu vonkajšej rovnováhy, sa zároveň PZI podieľajú na znižovaní hodnoty HND. V percentuálnom vyjadrení došlo k poklesu v rokoch 2002 o 0,4%, 2003 o 5 %, 2004 o 4 %, 2005 o 2,7 %, 2006 o 2,5 % a 2007 o 3,4 p. b. Vývoj priemernej ročnej miery inflácie (%) a nominálnej mzdy (v Sk) za obdobie 1998-2008 je uvedený na nasledujúcom obrázku.



Obrázok 2: Vývoj nominálnej mzdy v NH a miera inflácie za desaťrocie, vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR (Eurostatu), NBS.

Spotrebiteľské ceny sa v októbri 2007 zvýšili v úhrne o 5,1 % oproti tomu istému obdobiu roku 2006. Medziročná inflácia (meraná HICP) v roku 2009 (obdobie 01-07) sa oproti základnému roku (2005) zvýšila o 11,1 %, v porovnaní s tým istým obdobím v roku 2008 sa uvedená hodnota pohybovala na úrovni 1 %. Podľa zdrojových údajov NBS SR sa hodnota harmonizovaného indexu spotrebiteľských cien v rokoch 2005 až 2008 (v zmysle medziročnej zmeny), pohybovala v rozmedzí od 1,9 % až po 4,3 %. Vývoj vybraných ukazovateľov je uvedený v nasledujúcej tabuľke.

Roky	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Ukazovateľ								
Rast HDP (%)	3,2	4,1	4,2	5,4	6,5	8,5	10,4	6,4
Miera nezamest. (%)	19,2	18,5	17,4	18,1	16,2	13,3	11,0	9,6
Úr. miera z úverov (%)	9,3	9,1	7,6	7,9	6,0	7,4	7,5	6,7
Export (mld. Sk)	548,3	610,7	652	891	990	1233	1421	1493

Tabuľka 1: Prehľad vybraných ukazovateľov za ekonomiku SR, vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR, NBS SR, NÚP, MF SR, MH SR.

Vývoj rastu HDP v Slovenskej republike dosiahol zatiaľ dlhodobo najvyššiu úroveň v roku 2007 (priemysel sa podieľal na raste HDP 6,6 %), pričom podľa predbežných číselných údajov je dnes už zrejmé, že sa uvedený trend v roku 2008 a 2009 neudržal. Hrubý domáci produkt podľa rýchleho odhadu ŠÚ SR v 2.Q 2009 poklesol o 6,5 % (v b. c.) a o 5,3 % (vyjadrené v s. c.), oproti tomu istému obdobiu roku 2008. Miera nezamestnanosti⁵ vykazovaná metodikou podľa výberového zisťovania pracovných síl sa od roku 2006, s výnimkou v roku 2004, permanentne znižovala. Rok 2009 tento trend nepotvrdil, keďže za 1. Q 2009 bola predbežná hodnota uvádzaná nad hranicou 10 % (napríklad v mesiaci máj dosiahla hodnotu 11,4 %). Vo vzťahu k exportným výsledkom SR (ako je možné vidieť z uvedených

⁵ Definícia nezamestnanosti podľa Nariadenia komisie ES č. 1897/2000.

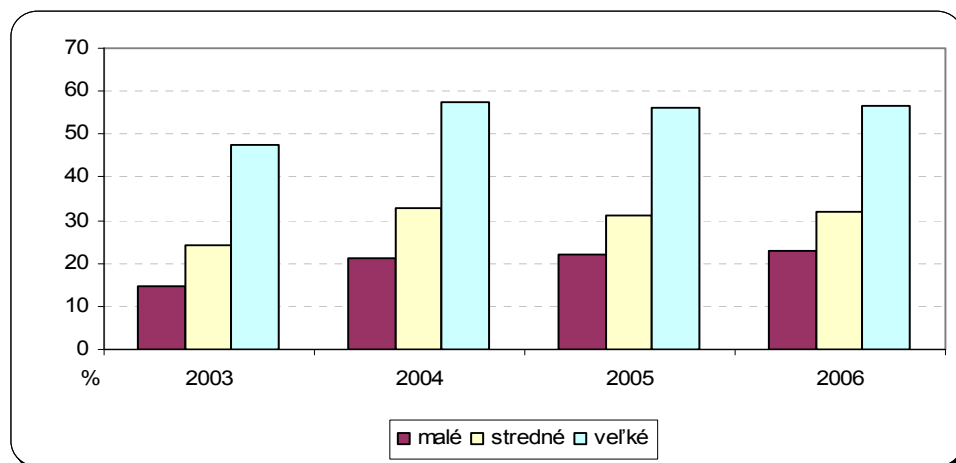
údajov v tabuľke) môžeme konštatovať, že celkový export tovarov mal rastúcu tendenciu, v prvom polroku 2009 došlo podľa predbežných výsledkov oproti predchádzajúcemu obdobiu k zníženiu o 28,4 % (v júni uvedená hodnota predstavovala 3,2 mld. Eur - v tejto súvislosti pozitívne významnú úlohu zohráva na celkovom exporte príspevok vývozných kapacít v automobilovom priemysle a taktiež v elektronickom priemysle). Index priemyselnej produkcie (IPP)⁶ poklesol v decembri 2008 o 16,8 % (najväčší pokles bol zaznamenaný vo výrobe dopravných prostriedkov o 35,7 percentálneho bodu).

Technicko – technologické prostredie

Trendy v oblasti technológií, inovácií sú v dnešnej dobe výrazne ovplyvňované percepciou globálnych hrozieb (globálne otepľovanie, úbytok energetických surovín a iné). Uvedené skutočnosti zásadným spôsobom ovplyvňujú životné prostredie určitého územia a tým spoluvytvárajú podmienky ďalšieho smerovania z hľadiska dlhodobu udržateľného rozvoja danej spoločnosti. Náklady na ochranu životného prostredia celkovo predstavovali v roku 2003 hodnotu 5.316 mil. Sk, v roku 2004 hodnotu 7.390 mil. Sk, v roku 2005 8.476 mil. Sk, v roku 2006 sa ich hodnota zvýšila na 10.015 mil. Sk a za rok 2007 8.801 mil. Sk. Podiel malého a stredného podnikania v SR na celkovej inovačnej angažovanosti je nízky (dosahuje max. hodnotu 13,4 %). Niektoré informačné zdroje ale poukazujú na permanentne pretrvávajúcu poddimenzovanosť financovania vedy a výskumu na vysokých školách. Priemyselné podniky sa na celkovej inovačnej aktivite podieľali v roku 2003 22,4 percentami, v rokoch 2004 - 2006⁷ inovačné aktivity prekročili úroveň 26 percent. Podiel výdavkov na inovácie z celkových tržieb inovujúcich podnikov v priemysle dosiahol v roku 2003 hodnotu 3 %, v rokoch 2004-2006 to bolo 2,8 %. Porovnanie podielu priemyselných podnikov podľa veľkostnej štruktúry na celkovej inovačnej aktivite v rámci SR zobrazuje nasledujúci obrázok.

⁶ Podľa európskej normy Council Regulation č. 1165/98 o krátkodobej štatistike.

⁷ Údaje za ďalšie obdobia neboli ŠÚ SR zatiaľ neboli oficiálne zverejnené.



Obrázok 3: Podiel podnikov na inovačnej aktivite podľa veľkostnej štruktúry na celkovej inovačnej aktivite v rámci SR., vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR, Štatistická ročenka Slovenskej republiky 2008.

V nasledujúcej tabuľke sú uvedené výdavky na výskum a vývoj v druhovom členení a podiel výdavkov z HDP za roky 2003 až 2007 v SR.

Obdobie (roky)	2003	2004	2005	2006	2007
Výdavky spolu (mil. Sk)	7.016	6.965	7.503	8.063	8.514
Podnikateľský sektor	3.873	3.426	3.740	3.472	3.368
Podpora priem. rozvoja	1.910	1.646	2.026	1.845	1.903
Rozvoj infraštruktúry	472	273	492	365	410
Podiel výdavkov z HDP (%)	0,58	0,51	0,51	0,49	0,46

Tabuľka 2: Výdavky na výskum a vývoj, vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Štatistická ročenka Slovenskej republiky 2008.

Pre porovnanie - úroveň hrubých domácich výdavkov na vedu a výskum dosahuje v EÚ - 27 (obdobie rokov 2002 - 2006) v priemere hodnoty vyššie ako 1,8 %. Slovenská republika, podľa súhrnného inovačného indexu

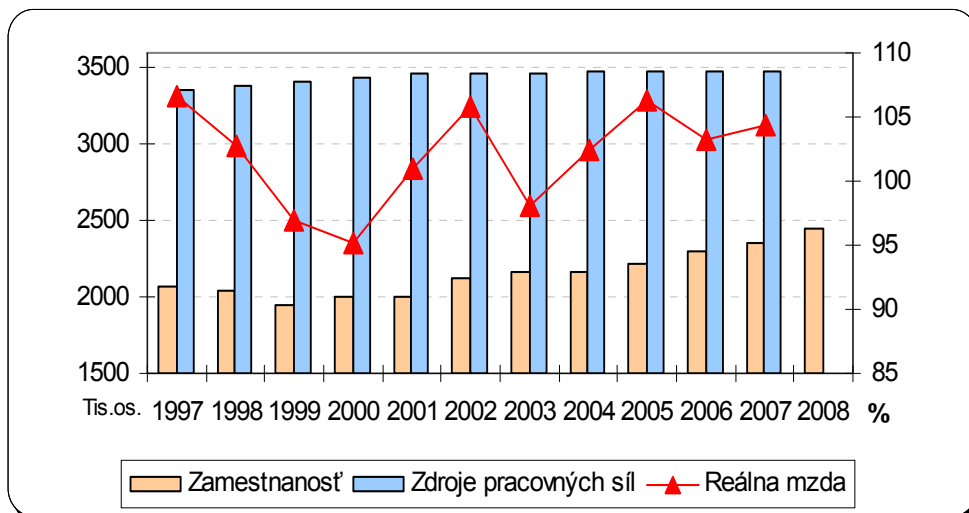
v rámci porovnania krajín EÚ - 27, obsadila 23. miesto a je označovaná z tohoto pohľadu za dobiehajúcu krajinu. V podnikateľských aktivitách ovplyvnených globálnymi procesmi vystupujú do popredia odlišné faktory ako pred 50-tymi, resp. 20-tymi rokmi (sú to predovšetkým know-how, znalosti, informácie, inovácie). Získavanie, vyhodnocovanie a využívanie uvedených činiteľov sa v budúcnosti môže stať významnou komparatívnou výhodou nielen ekonomiky ako celku ale aj jednotlivých podnikateľských subjektov.

Integrácia a globalizácia predstavuje v súčasnosti proces, ktorý sa spolupodieľa na vytváraní makroekonomických podmienok jednotlivých krajín. Stupeň integrácie danej krajiny sa výraznou mierou podieľa na formovaní jej hospodársko-politického rámca. Slovenská republika je členom viacerých medzinárodných organizácií a zoskupení ako sú napr. EÚ, OECD, NATO, WTO, OSN. Všeobecne môžeme skonštatovať, že proces globalizácie prináša so sebou nové skutočnosti a vytvára pre podnikateľské subjekty nové trhové podmienky - možnosť vstupov na nové trhy, harmonizácia legislatívnych podmienok, spájanie subjektov, nové technické a technologické poznatky.

Sociálno – kultúrne prostredie

Domáci dopyt (vyjadrený v bežných cenách) sa od roku 1997 (787,7 mld. Sk) sústavne zvyšoval, v roku 2007 predstavoval hodnotu 1.871,8 mld. Sk. Kúpna sila obyvateľstva sa pohybovala v súlade s vývojom zamestnanosti a reálnej mzdy, je však zrejmé, že dynamika rastu zamestnanosti sa v súčasnej dobe spomaľuje v súvislosti s poklesom rastu HDP.⁸ Vo všeobecnosti platí, že so zvyšovaním životnej úrovne sa zvyšuje aj dopyt po tovaroch dlhodobej spotreby (napríklad motorových vozidlách), ale platí aj opak. Miera ekonomickej aktivity obyvateľstva dosahovala v rokoch 2004 až 2007 hodnoty v priemere 60 %. Podľa predbežných údajov ŠÚ SR v 1.Q 2009 podiel pracujúcich z ekonomicky aktívneho obyvateľstva poklesol na 89,5 percent. Správanie sa spotrebiteľov na trhu je ovplyvnené okrem iného ich predpokladmi a očakávaniami do budúcnosti. V uvedenej súvislosti je vhodné spomenúť aj hodnoty indikátora ekonomického sentimentu (dlhodobý priemer), ktorý vykazoval nasledovné zmeny – rast v rokoch 2005 - 2007 (101,7 %, 110,4 %, 111,5 %) a pokles v roku 2008 na úroveň 90,9 percent.

⁸ Sociálne štatistiky sa zisťujú v súlade s nariadením č. 1177/2003a nariadením č. 1553/2005 o štatistike Spoločenstva o príjmoch a životných podmienkach.



Obrázok 3: Vývoj reálnej mzdy, počtu pracovných síl a zamestnanosti, vlastné spracovanie z údajov ŠÚ SR, NBS, MF SR, MH SR, NÚP SR.

Politicko - legislatívne prostredie

Základný rámec formovania podnikateľského prostredia a tým aj predpoklady ďalšieho ekonomického rastu v danej krajine vytvára práve politicko-ekonomické prostredie (predstavuje rozhodujúci determinant stability a ochrany podnikateľských aktivít). Súčasný vnútropolitický vývoj v Slovenskej republike sa formuje na základe výsledkov parlamentných volieb v roku 2010. Súčasná vládna politika je svojím smerovaním odlišná bola v predchádzajúcom období. Zo štatistického pohľadu v roku 2008 bolo celkovo schválených 142 zákonov a ich noviel, v ďalších rokoch bol štatistický vývoj obdobný. Za najvýznamnejšie môžeme považovať novelu Zákonníka práce, zákony o zrušení krajských úradov, novelu zákona o štátnej službe, novelu zákona o Najvyššom kontrolnom úrade, novelu zákona o advokácii, novelu zákona o registri trestov, zákon o štátnom rozpočte, novelu zákona o dani z pridanej hodnoty, novelu zákona o vysokých školách, zákon o zavedení eura.

Podnikateľské prostredie v Slovenskej republike

Prostredie podnikania v konkrétnom odvetví národného hospodárstva je často považované za rozhodujúci faktor budúcej úspešnosti realizácie podnikateľskej stratégie subjektu a tým aj budúceho ekonomického rastu. Podľa hodnotiacej správy Svetového ekonomického fóra a Svetovej banky sa podnikateľské prostredie v roku 2007 zhoršilo (v rebríčku Doing

Bussines pokles o jedno miesto - z 32. na 33.). V hodnotiacej správe, ktorú predkladá Ministerstvo hospodárstva SR sa za uvedené obdobie konštatuje zlepšenie podnikateľského prostredia (z 36. pozície v roku na 32. pozíciu). Podľa Podnikateľskej aliancie Slovenska tento rozpor vznikol zmenou metodiky vykazovania, a teda hodnota indexu podnikateľského prostredia od roku 2006 klesá, pričom podnikatelia a manažéri považujú za podstatné nedostatky: existujúce vysoké odvodové zaťaženie, nízku vymožitelnosť práva, komplikovanú legislatívu, vysoký stupeň byrokracie, korupciu, neefektívny sociálny systém a nepružný vzdelávací systém.

Podnikateľské prostredie ovplyvňuje v rámci globálneho prostredia aj úroveň a kvalita **legislatívnych procesov**. Aproximácia práva je proces, ktorý je v rámci integračných ambícií Slovenskej republiky nezvratný. Je dôležité, že prispôsobovanie legislatívy právnym štandardom EÚ prebieha v súčinnosti s reprezentantmi slovenského podnikateľského prostredia. V rámci prebiehajúcich integračných procesov SR do EÚ bolo prijatých niekoľko legislatívnych dokumentov, ktoré zabezpečujú aproximáciu slovenského práva k európskemu a riešia tak zákonné ustanovenia, ktoré nie sú kompatibilné so štandardami Európskej únie.⁹ Základné právne podmienky pre podnikanie právnických a fyzických osôb na území Slovenska, bez rozdielu, či ide o osoby slovenskej alebo inej národnosti, malý, stredný, alebo veľký podnik upravujú **Obchodný zákonník** (z. č. 513/1991 Zb. v z. n. p., ktorý prešiel od roku 1991 viac ako 15-tymi novelami), **Živnostenský zákon** (z. č. 455/1991 Zb. v z. n. p.), **Zákon o dani z príjmov** v z. n. p., **Zákon o DPH** v z. n. p, **Zákon o účtovníctve** v z. n. p. a ďalšie. Súčasný legislatívny stav pre oblasť podnikania považuje väčšina podnikateľov za komplikovaný, neprehľadný a nevyhovujúci z hľadiska ich potrieb. Medzi významné zmeny ovplyvňujúce podnikateľské prostredie SR sa podnikateľskou sférou najčastejšie vnímajú: zníženie daňového zaťaženia pri daniach z príjmov (rovná daň 19 %), postupná aplikácia Medzinárodných účtovných štandardov, snaha o odstraňovanie administratívnych prekážok podnikania, rozširovanie možností poskytovania verejných služieb podnikateľom, štandardizácia právneho prostredia pre pôsobenie obchodných spoločností, zlepšenie konkurzného práva, skvalitnenie vymožitelnosti práva, rozširovanie možností poskytovania verejných služieb podnikateľom prostredníctvom elektronickej komunikácie, reforma záložného práva. **Politicko-legislatívny** rámec vysiela dôležitý signál pre všetkých zahraničných ako aj domácich investorov.

Podnikateľské prostredie (jeho kvalita) je teda základným predpokladom dlhodobej konkurencieschopnosti a rastu každej trhovej ekonomiky. Je to prostredie, kde štát chráni a podporuje hospodársku súťaž, vytvára stabilné a

⁹ Napríklad priama podpora štátu pre automobilový priemysel – poskytované v podobe "šrotovného".

jasné pravidlá, efektívne zabezpečuje ich dodržiavanie všetkými účastníkmi trhu a zároveň minimalizuje administratívne prekážky a požiadavky smerom k podnikateľom. V posledných rokoch vláda Slovenskej republiky nepochybne zlepšila fungovanie podnikateľského prostredia v mnohých oblastiach ovplyvňujúcich podnikanie. Medzi skutočne progresívne kroky jednoznačne patria daňová reforma, ktorá priniesla zosúladenie sadzby dane z príjmu fyzických a právnických osôb, začatie zdaňovania rovnakých činností jednotnou sadzbou dane bez ohľadu na právnu formu podnikania ako aj jej zníženie (u fyzických osôb v rozpätí 10 % až 38% bola nahradená jednotnou sadzbou dane vo výške 19 %) ¹⁰, uľahčenie registrácie podnikateľov v zmysle prístupu do obchodného registra (skrátene lehoty zápisu do obchodného registra a zavedenie exaktnej lehoty zápisu v podobe 5-tich pracovných dní); či zavedenie flexibilnej pracovno-právnej legislatívy. Naďalej však samozrejme existujú problematické miesta ako sú vysoké odvodové zaťaženie, relatívne vysoký počet procedúr potrebných pre začatie podnikania, s tým spojený problém individuálnych štátnych registrov uchovávajúcich údaje o podnikateľoch, relatívne vysoký minimálny objem kapitálu potrebného pre začatie podnikania, dlhoročný problém komplikovanej a rýchlo sa meniacej legislatívy, absencia hodnotenia dopadov regulácií na podnikateľské prostredie, nefunkčnosť súdov, či korupcia. Všetky vymenované negatíva zbytočne zaťažujú výkon podnikania ako takého a deformujú slobodu podnikania. Na druhej strane je treba povedať, že bariéry podnikania nie sú len špecifikom Slovenska, a veľmi podobné problémy musia riešiť takmer všetky krajiny Európskej únie či Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj.

O kvalite podnikateľského prostredia v roku 2004, redukcii bariér vytváraných štátom pre reguláciu podnikania a význame uskutočňovaných reforiem hovorilo hodnotenie Svetovej Banky prezentované v publikácii *Doing Business in 2004 – Removing Obstacles to Growth*. ¹¹ Svetová banka v tomto roku radila Slovenskú republiku medzi dvadsať krajín s najlepším podnikateľským prostredím na svete. Slovensko sa nachádzalo na 18. priečke zo 145 hodnotených štátov. Svetová banka súčasne označila v roku 2004 Slovensko za lídra spomedzi 10 najreformnejších krajín vo vzťahu ku tvorbe vhodného podnikateľského prostredia - vzhľadom na zavedenie flexibilného pracovného času, uľahčenie prijímania zamestnancov do prvého zamestnania, skrátenie času potrebného na začatie podnikania atď.. Tento úspech sa podarilo dosiahnuť všeobecne vďaka redukcii, regulácií bariér a vďaka uľahčeniu podmienok pre podnikanie v oblastiach: začatie podnikania, zamestnávanie a rozviazanie pracovného pomeru,

¹⁰ Bližšie popisuje Štrkolec, M.: Zmeny v oblasti zdaňovania príjmov fyzických osôb v kontexte prebiehajúcej daňovej reformy. In: *Aktuálne otázky práva v Slovenskej republike a Poľskej republike*. Rzeszów: Mitel, 2005. s. 419-425

¹¹ Dostupné online: <http://www.doingbusiness.org/CustomQuery/ViewCustomReport.aspx>

vymáhateľnosť zmlúv a získanie úveru. V roku 2005 sa Slovenská republika ocitla až na 36. mieste spomedzi 155 porovnávaných krajín a v roku 2006 na 34. mieste. Táto situácia však bola zapríčinená zhoršením ukazovateľov, ktoré používa Svetová banka pre túto publikáciu ale aj spomalením či stagnáciou zlepšovania vybraných ukazovateľov a taktiež rýchlejším progresom v krajinách, ktoré nás v tomto hodnotení v roku 2005 a 2006 predbehli.

Ak optimálne podnikateľské prostredie definujeme ako také, v ktorom existuje minimum nevyhnutných bariér podnikania a úloha vlády sa sústreďuje na "strážcu a vymáhateľa" pravidiel, hodnotenie priblíženia sa k takémuto ideálu poskytuje Index ekonomickej slobody americkej Heritage Foundation a prestížneho denníka Wall Street Journal.^{12,13} Slovensko sa v tomto indexe v roku 2006 spomedzi hodnotených 161 krajín umiestnilo na 40. mieste a bolo zaradené medzi relatívne slobodnejšie krajiny s celkovým skóre 68,4 %, čo je o 0,8% menej ako v minulom roku. Právne prostredie pre oblasť podnikania v Slovenskej republike sa postupne vyvíjalo a tento vývoj ešte stále pokračuje. Súčasný legislatívny proces môžeme považovať za príliš komplikovaný. Okrem absencie hodnotenia dopadov legislatívnych noriem¹⁴ na podnikateľské prostredie, ich časté zmeny, nejednoznačnosť, rôzny výklad ich obsahu, či komplikovanosť ich formulácií predstavujú významnú prekážku v podnikaní, dlhodobo avizovanú zo strany podnikateľov. Takmer každé legislatívne opatrenie a regulácia vyvolávajú nezamýšľané dôsledky a náklady. V niektorých prípadoch sa tvorcovia právnych predpisov zameriavajú na priame dopady regulácií, ale neberú do úvahy ich sekundárne efekty s dodatočnými následkami, ktoré neskôr musia byť odstraňované inými legislatívnymi predpismi. Ako už bolo uvedené základné právne podmienky pre podnikanie právnických a fyzických osôb na území SR upravujú Obchodný zákonník č. 513/1991, ktorý bol už od roku 1991 viac ako pätnásť krát novelizovaný, Zákon o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) č. 455/1991 - tento zákon prešiel takisto väčšími, či menšími novelami.

V ekonomike Slovenska dnes dominuje malé a stredné podnikanie. Malé a stredné podnikateľské subjekty poskytujú významný priestor na dosiahnutie nových pracovných príležitostí, na zvýšenie sociálnej stability, sú kreatívnejšie, flexibilnejšie a adaptabilnejšie k meniacim sa podmienkam

¹² <http://www.heritage.org/research/features/index/downloads/2007FiscalBurdenData.xls>

¹³ <http://www.heritage.org/research/features/index/downloads/2007PastScores.xls>

¹⁴ Napríklad v oblasti colného práva popisuje Prievozníková, K. : Vývinové tendencie v oblasti colného práva. In: Humanum: Medzynarodowe Studia Socjeczno-Humanistyczne. č. 1, 2008. s. 23 - 226.

trhu. Vďaka tomu sú konkurencieschopné a ľahšie prenikajú aj na trhy iných krajín. Netreba však zabúdať, že malé a stredné podniky sú podstatne "slabšie" a "zraniteľnejšie" ako veľké podniky, a to najmä v prvých rokoch činnosti. Hlavným problémom je nedostatok finančných prostriedkov, ktorý je najmarkantnejší u začínajúcich podnikateľov. Nedostupný je štartovací kapitál, ale aj zdroje na financovanie bežných výdavkov, keďže na Slovensku pretrvávajú druhotná platobná neschopnosť. Na riešenie týchto nedostatkov existuje pomerne široká škála programov cez Seed Capital a záručné programy Slovenskej záručnej a rozvojovej banky. Taktiež veľké množstvo komerčných bánk má v svojom portfóliu mikropôžičky a úvery, ktoré sú zamerané na malých a stredných podnikateľov. Na prvý pohľad to vyzerá tak, že na Slovensku by nemal byť vážnejší problém pri získavaní financií, ale prax prináša opačné poznatky a skúsenosti. Aj napriek množstvu podporných programov, je veľká časť týchto programov (hlavne pre začínajúcich podnikateľov) nedostupná, pretože zvyčajne nespĺňajú náročné podmienky na ich získanie. Taktiež by bolo vhodné znížiť úrokové sadzby týchto programov, pretože komerčné banky poskytujú nižšie úrokové sadzby ako inštitúcie na to zriadené. Touto otázkou by sa snáď malo zaoberať Ministerstvo hospodárstva ako najväčší poskytovateľ pomoci prostredníctvom Národnej agentúry na rozvoj malého a stredného podnikania. Je možné predpokladať, že vhodným skombinovaním národných podporných programov s podpornými programami Európskej únie sa dá vytvoriť prijateľnejšie podnikateľské prostredie aj pre svojím rozsahom malých a stredných výrobcov. Ďalším veľkým problémom je aj nestála a príliš komplikovaná legislatíva, na ktorú malí a strední podnikatelia nestačia včas reagovať. Je potrebné minimalizovať zmeny (novely) zákonov. Tento problém by si mali riešiť jednotlivé ministerstvá zodpovedné za predkladanie návrhov zákonov, ktoré pred schválením a zavedením do praxe budú dôkladne posúdené, aby nemuselo dôjsť v krátkom čase k ich viacnásobným novelizáciám. S problematikou legislatívy veľmi úzko súvisí aj potreba zvýšenia vymožitelnosti práva a taktiež, skrátenie doby súdnych konaní. K súčasnej problematickej situácii prispievajú aj administratívne bariéry a byrokracia.¹⁵ Za ďalší nepriaznivý aspekt môžeme považovať nedostatočnú informovanosť podnikateľov o možnostiach podpory ako aj nedostatočnú propagáciu, pričom systém podpory je komplikovaný, mnohí podnikatelia sa nedokážu v tej spleti organizácií a inštitúcií na podporu malého a stredného podnikania vôbec orientovať. Danú situáciu by mala riešiť vláda prostredníctvom informačnej kampane, ktorá by jednoducho a stručne vysvetlila podnikateľovi na koho sa má obrátiť a kto mu môže poskytnúť pomoc. V novom európskom priestore

¹⁵ Predovšetkým pre začínajúcich podnikateľov - slovenský podnikateľ musí absolvovať niekoľkomesačnú tortúru vybavovačiek po úradoch. Veľkým prínosom by bolo vytvorenie jednotného kontaktného miesta na vybavovanie všetkých náležitostí.

síce existuje široká škála podporných programov, ale prináša so sebou trhové, a teda „tvrdé“ konkurenčné prostredie. Ak v ňom bude chcieť podnikateľ obstať musí sa naučiť využívať poskytovanú pomoc, vzdelávať sa, využívať možnosti poskytovaných školení (kurzov), ktoré môžu hlavne začínajúcim podnikateľom napomôcť v ich zorientovaní sa v zložitom podnikateľskom prostredí. Malé a stredné podniky, ale aj mikropodniky predstavujú hybnú silu každej ekonomiky a teda je im potrebné v rámci makroprostredia venovať náležitú pozornosť.

Konkurencieschopnosť slovenského priemyslu

Silné stránky odvetvia priemyslu Slovenskej republiky vychádzajú predovšetkým z dlhodobých tradícií strojárkej výroby, hutníckej výroby, zo skúseností získaných v rámci pôsobenia zahraničných spoločností (napr. World Class koncernu VW), z dlhodobého budovania dodávateľských sietí a spolupráce verejného a súkromného sektora. Slovensko si zatiaľ udržiava trend dostupnosti relatívne lacnej pracovnej sily (posudzované pomerom medzi vývojom pracovných nákladov a produktivity práce). Slabými stránkami slovenského priemyslu sú hlavne nedostatok kvalifikovaných pracovných síl, slabá inovačná schopnosť, nedostatočná podpora infraštruktúry výskumu, absentujúce regionálne inovačné a rozvojové stratégie s ohľadom na potenciály automobilového priemyslu, nedobudované priemyselné parky, rozostavané diaľnice, nedobudovaná infraštruktúra a jednoznačný záujem investorov o zelené lúky. Ako určité príležitosti môžeme vidieť najmä existenciu nových, východných trhov, potenciál existujúcich trhov okolitých krajín (Poľsko, Maďarsko, Bulharsko, Rumunsko, Ukrajina), možnosť širšieho zapojenia slovenskej vedy a výskumu do riešenia problémov svetového priemyslu. Existujúcimi hrozbami sú rastúca konkurencia na nových trhoch, reinvestície veľkých výrobcov a ich rozhodnutia o globálnych presunoch výroby, ázijskí a východoeurópski výrobcovia s nízkou cenou (v podobe nominálnej mzdy) pracovnej sily, nedostatočný rozvoj infraštruktúry, regionálnych kapacít, vzdelávacieho systému a školstva, systému podpory výskumu a vývoja, ktoré zaostávajú za potrebami priemyslu v Slovenskej republike.

Záver

Podnikateľské prostredie v rámci európskeho priestoru dnes v súlade s ekonomickou globalizáciou formuje spoločnosti tak, aby sa stali konkurencieschopné na medzinárodnej úrovni, pričom Japonsko, EÚ a USA je možné do určitej miery považovať za tri veľké korporatívne štáty, ktoré vzájomne spolupracujú, inokedy zase medzi sebou súperia, ale vždy

dôsledne presadzujú záujmy svojich súperiacich nadnárodných korporácií po celej zemeguli.¹⁶ V podnikateľských aktivitách súčasného trhového prostredia vystupujú do popredia odlišné faktory¹⁷ ako pred päťdesiatimi, resp. dvadsiatimi rokmi – predovšetkým je to stále rastúci význam takých činiteľov ako sú – **know-how, znalosti, informácie, inovácie**. Získavanie, vyhodnocovanie a predovšetkým použitie uvedených činiteľov sa v budúcnosti môže stať významnou komparatívnou výhodou.

George Soros konštatuje, že pod vplyvom globalizácie prechádza charakter našich ekonomických a sociálnych mechanizmov radikálnou premenou, pričom globalizácia finančných trhov poslala štát blahobytu, ktorý sa zrodil po druhej svetovej vojne, do starého železa, lebo ľudia, ktorí potrebujú sieť sociálneho zabezpečenia, nemôžu z krajiny odísť, ale kapitál, ktorému štát blahobytu kedysi vyruboval dane môže, ďalej uvádza, že globalizácia je z mnohých aspektov potrebným javom. Súkromné podnikanie je pri vytváraní bohatstva zdatnejšie ako štát, pretože štáty majú navyše sklon zneužívať svoju moc, globalizácia však ponúka takú mieru individuálnej slobody, akú by nemohol zaručiť nijaký jednotlivý štát. Slobodná súťaž v globálnom meradle oslobodila podnikateľské a vynálezcovské talenty a urýchlila technologické inovácie.¹⁸

Nezanedbateľným aspektom dopadov rozvoja podnikania sú aspekty etické a morálne (Slovensko bolo a je dlhodobo označované za krajinu, v ktorej sa darí korupcii, o čom svedčí napríklad aj zaradenie Slovenska na 49. miesto v rebríčku indexu verejných inštitúcií, treba však uznať, že vláda aktívne koná v boji proti korupcii. Opatrenia vlády majú podobu administratívneho charakteru (založenie odboru boja proti korupcii, založenie a sprevádzkovanie špeciálneho súdu), legislatívneho charakteru (novela katastrálneho zákona, príprava zákona o udeľovaní povolení na dovoz a vývoz tovaru, návrh zákona o lobingu, novela Trestného poriadku, zákon o obchodnom registri). Za ďalší problém spojený s kvalitou podnikateľského prostredia a stavom verejných inštitúcií je permanentne označovaná vymáhateľnosť zmlúv (práva) a funkčnosť súdnictva) a taktiž aspekty morálne a ekologické.¹⁹ Poprední predstavitelia paneurópskeho sveta, rétorika médií a intelektuálov establishmentu volá po akomsi univerzalizme

¹⁶ Podľa Balanyová, B. – Doherty, A. a kol. : *Odvrátená strana Európskej unie. Európa v režii nadnárodných korporácií*. Košice, 2003, 117 s.

¹⁷ Ako tradičné faktory sa najčastejšie uvádzajú: pôda, nerastné zdroje, vlastníctvo hmotných statkov.

¹⁸ Soros, G. : *O globalizácii. Ako funguje globálny kapitalizmus a ako ho zlepšiť*. Bratislava, 2002, s. 18-19.

¹⁹ Napríklad bližšie popisuje Čipkár, J. : *Etika, právo a environment*. Košice: UPJŠ, 2001, 182 s.

(univerzálnych hodnotách a pravdách) v spoločnom postupe, v spoločnej politike boja so zlom. Súčasťou tejto politiky okrem iného je aj argument, že „západná“ civilizácia je nadradená „iným“ civilizáciám, pretože ako jediná sa zakladá na univerzálnych hodnotách a pravdách,²⁰ jej cieľom je ochraňovať „ľudské práva“ a presadzovať „demokraciu“, avšak je nevyhnutné prijať zákony neoliberálnej ekonómie a konať v súlade s nimi? Uvedená argumentácia je súčasťou rétoriky „mocných počas celých dejín moderného svetového systému, aspoň od 16. storočia.“ Univerzalizmus mocných sa stal postupne „európskym univerzalizmom“ (čiastočne deformovaný, odlišujúci sa od skutočného/univerzálného univerzalizmu, pretože paneurópski vodcovia a intelektuáli s ním vystupovali so snahou presadzovať záujmy dominantných vrstiev moderného svetového systému, ktoré v konečnom dôsledku vedú k nerovnému, nedemokratickému systému).

Makroprostredie Slovenskej republiky sa označuje za vyhovujúce vďaka uskutočneným reformám. Dnes predstavuje jedno z najperspektívnejších podnikateľských prostredí v Európe. Máme jedno z najnižších daňových a odvodových zaťažení a dokážeme poskytovať kvalifikovanú pracovnú silu. V každom prípade je potrebné v regiónoch vytvoriť mikropodmienky, ktoré znamenajú konkrétny región, konkrétny priemyselný park, konkrétnu infraštruktúru, konkrétny kus pôdy. V rámci vlastného ekonomického hospodárskeho rozvoja je potrebné sa venovať dvom oblastiam: mikroprostrediu a perspektíve rozvoja jednotlivých regiónov. Podľa výsledkov Indexu regionálneho podnikateľského prostredia sú najlepšie podmienky na podnikanie už tradične v Bratislave a ostatných okresoch Bratislavského kraja. Pod úspech Bratislavy sa jednoznačne podpísala najvyššia ekonomická aktivita na Slovensku a kvalitná infraštruktúra na podnikanie. Po okresoch Bratislavského kraja sa umiestnili ekonomicky silné okresy, v ktorých sú zároveň sídla krajov (Trenčín, Trnava, Nitra a Žilina). Výhodou týchto regiónov sú rýchlostné komunikácie a kvalitné a dostupné ľudské zdroje. Všetky spomenuté okresy disponujú kvalifikovanou pracovnou silou, priaznivou vzdelanostnou štruktúrou a v porovnaní s Bratislavou, nižšou cenou práce. Spodné priečky rebríčka Indexu regionálneho podnikateľského prostredia obsadili Žiar nad Hronom, Medzilaborce, Sobrance, Zlaté Moravce, Poltár, Bánovce nad Bebravou, Detva, Dolný Kubín a Sabinov. "Hendikep" v podobe nízkej ekonomickej aktivity a nedostatočnej infraštruktúry sa snažia niektoré okresy riešiť vytváraním priaznivých podmienok na podnikanie zo strany verejnej správy. Zaujímavým zistením je, že vysoká dostupnosť pracovnej sily a nízka cena práce neprinesli týmto regiónom pozitívne hodnotenie ľudských zdrojov - problém spočíva ako sa zdá predovšetkým v nízkej kvalifikácii pracovnej

²⁰ Pozri Wallerstein, I. : *Evropský univerzalizmus. Rétorika moci*. Praha: SLON, 2008, s. 9.

sily, čo ale je možné v blízkej budúcnosti v súlade s konkrétnymi kvalifikačnými požiadavkami vylepšiť.²¹

Literatúra:

- Barinková, M., Červená, K. : Sociálny podnik ako etický rozmer podnikania. In: Acta facultatis Philosophicae Universitatis Šafarikanae. Košice, FF UPJŠ, 2010, s. 175 - 188, ISBN 9788070977354
- Červená, K. : Sociokultúrne determinanty podpory hospodárskeho rastu v Slovenskej republike. In: Právo a európsky integračný proces 2. Košice: UPJŠ, 2010, s. 124 - 136, ISBN 978-80-7097-835-1
- Červená, K., Hadbavný, M. : Kreovanie Európskej menovej únie. In: Hospodárska a menová únia ako nástroj európskej integrácie. Košice: UPJŠ, 2008, s. 16 - 27, ISBN 9788070977248
- Červená, K. : Business enviroment in the Slovak republic after the accession of the SR to EU - legal and economic aspects. In: Gospodarka i finanse w warunkach globalizacji. Toruń : Wyższa Szkoła Bankowa, 2008, s. 101 - 109, ISBN 9788392360742
- Čipkár, J. : Sociokultúrna determinácia tvorby práva. In: Pluralizmus moci a práva. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009, s. 143 - 161, ISBN 9788097014438
- Čipkár, J., Červená, K. : Aktuálna situácia v oblasti verejných financií na Slovensku v súvislosti so začlenením SR do EÚ. In: "Trendy hospodárskeho a sociálneho rozvoja v krajinách EÚ". Trenčín, Trenčianska univerzita A. Dubčeka, 2006, ISBN 80-8075-094-7

²¹ Okrem uvedeného zaostávajúce za vyspelejšími regiónmi potvrdili aj štatistické ukazovatele týkajúce sa vzdelávania, keď podiel študentov k obyvateľom týchto regiónov patrí vo všeobecnosti k najnižším. Až v poslednej štvrtine rebríčka sa nachádza Prešovský kraj, nasleduje Banskobystrický kraj s Revúcou, Banskou Štiavnicou, Košický atď.

- Epstein, A. R: Právo, ekonomie a politika. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s.; CEVRO Institut a Liberální institut 2010, ISBN 978-80-7357-529-8
- Javůrek, P.: Flexibilný trh galejí – náš vzor. In: Pravda, 2. júla 2010
- Ondřej, J., Plchová, J., Abrahám J., Pulgret, M. : Ekonomické a právní aspekty podnikání v Evropské unii. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 366, ISBN 978-80-7179-558-2
- Polák, M.: Rež a rúb! Až do krvi? In: Pravda, 2. júla 2010
- Štrkolec, M. : Subjekty daňového konania v Slovenskej republike. In: Humanum. Miedzynarodowe Studia Społeczno-Humanistyczne, Vol. 4, no. 1, 2010, s. 205 - 216, ISSN 1898-8431
- Wallerstein, I. : Evropský univerzalizmus. Rétorika moci. Praha: SLON, 2008, 93 s., ISBN 978-80-86429-81
- Evropské právo. Základní dokumenty ve znění Lisabonské smlouvy (podľa stavu k 18. 1. 2010). In: ÚZ (Úplné znění), číslo 764. Horní (Ostrava): Nakladatelství Sagit, a. s., 2010
- Štatistický úrad Slovenskej republiky [online]. Ukazovatele ekonomického vývoja SR. Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/showdoc.do?docid=19>>
- Národná banka Slovenska [online]. Vybrané makroekonomické ukazovatele. Dostupné na internete: <<http://www.nbs.sk/sk/statisticke-udaje/vybrane-makroekonomicke-ukazovatele>>

Contact – email

karolina.cervena@upjs.sk

ECONOMICKÉ ASPEKTY REGULACE BANKOVNICTVÍ

LENKA ČERVENKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, International and European Law
Department, Czech Republic

Abstract in original language

Práce usiluje o zachycení a zhodnocení vzájemného vlivu ekonomie a práva v oblasti bankovníctví. Bankovníctví je velmi silně determinováno jak socio-ekonomickými faktory, tak právní regulací, která se ex post snaží reagovat na vývoj tohoto dynamického odvětví. Práce předkládá rozdílné pohledy a názory na danou problematiku.

Key words in original language

Volný pohyb kapitálu a plateb; bankovníctví; liberalizace; harmonizace; bankovní směrnice; směrnice o kapitálové vybavenosti bank; Basel II; evropský systém finančního dohledu.

Abstract

This article summarizes and assesses the mutual influence of economics and law in the field of banking. The banking industry is determined by the socio-economic factors as well as by the legal regulation which ex post attempts to govern this dynamic field. The article introduces different views and opinions on the current issues.

Key words

Free movement of capital and payments; banking industry; coordinating banking directives; capital requirements directive; Basel II; European System of Financial Supervision.

1. ÚVOD

Bankovníctví je velmi důležitým podnikatelským odvětvím operujícím na finančních trzích. Jednotlivci, podnikatelské subjekty, nadnárodní korporace i státy využívají denně jeho zprostředkovatelské, transakční, pojišťovací a investiční služby. Tyto jsou stále častěji poskytovány přes hranice států, což v zemích evropského prostoru usnadňuje vnitřní trh s volným pohybem zboží, osob, služeb a kapitálu. Prohlubování těchto čtyř svobod napomáhá dosažení cílů hospodářské a měnové politiky Evropské unie, ekonomického růstu, vyšších životních standardů a lepší pozice Evropy na celosvětovém poli.

Bankovníctví představuje především ekonomické činnosti ovládané pravidly trhu, avšak se stále větší ingerencí zákonodárců. Pomineme-li svobodné bankovníctví (tzv. free banking)¹ ve Skotsku, bylo toto odvětví silně regulováno a podrobno přísnému státnímu dohledu již od svých počátků ve 12.-14. stol. Dnes se zraky zákonodárců obrací k bankovnímu průmyslu coby klíčovému odvětvím pro veškeré ostatní ekonomické aktivity ještě s daleko větší pozorností než dříve.

Evropská integrace v podobě sblížení a sjednocování práva neminula ani tuto oblast a již byla přijata celá řada sekundárních právních aktů k harmonizaci národního finančního práva členských států. Nicméně i tato „uměle“ vytvořená pravidla musejí respektovat tržní zákonitosti a vývoj socio-ekonomického prostředí, na který bankovní subjekty velmi pružně reagují. Na současnou situaci na světových finančních trzích chce se pozděním a se snahou o prevenci do budoucna reagovat i legislativa.

Článek předkládá ekonomické důvody pro a proti regulaci bankovníctví a dále se dotýká vybraných aspektů v současnosti velmi diskutovaných mezinárodních standardů Basilejského výboru Basel II,² potažmo připravovaných Basel III, a zejména pak nové úpravy evropského systému finančního dohledu.

¹ Blíže WHITE, L. H., *Free banking in Britain: theory, experience and debate, 1800–1845*, s. 23 an.

² V unijním právu obsažených ve směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2006/49/ES ze dne 14. června 2006, o kapitálové přiměřenosti investičních firem a úvěrových institucí, OJ 2006 L 177/201 (dále „směrnice o kapitálové přiměřenosti“ nebo též CRD, z angl. Capital Requirement Directive).

2. EKONOMICKÉ DŮVODY PRO REGULACI

Finanční trhy vykazují celou řadu pro ně specifických znaků. Fungují jako provázané sítě finančních institucí, trpících informační asymetrií a dalšími tržními nedokonalostmi, včetně charakteristik monopolu,³ jako na příklad ztížený vstup do odvětví nebo rozhodování o ceně. Tyto nedokonalosti představují potenciální tržní selhání, které si zaslouhuje a ospravedlňuje přísná regulační opatření.⁴ Nadto jsou sítě daleko náchylnější k selhání než izolované subjekty. Moderní finanční trhy mají tendenci pohybovat se naráz tímž směrem, vlivem tzv. efektu homogenizace.⁵ Selhání jednoho článku se tak může rozšířit jako nákaza a způsobit pád celého systému (tzv. domino efekt), což dokládá i současná situace na světových finančních trzích. Prvotním cílem bankovní regulace je proto snaha předcházet systémovému riziku. Jinými slovy je jejím hlavním úkolem ochrana stability bankovního sektoru a finančního systému jako celku.⁶

Dalším specifickým bankovníctví je časová struktura bankovních aktiv a pasiv, jejichž důsledné řízení je pro solventnost banky kritické. Proto musí právní úprava reagovat na nové (rizikovější) strategie bankovního podnikání. V této souvislosti Cranston připouští, že „v době finanční liberalizace byla poněkud paradoxně v posledních letech zpřísněna právní regulace bankovníctví a financí“.⁷ Navzdory tomu se zdá být zpříšňování legislativy „přiměřenou odpovědí na finanční liberalizaci, kterou banky využívají k podstupování větších rizik a daleko agresivnějším marketingu“.⁸

Banky se „těší“ přízni zákonodárců také proto, že přímo nakládají s penězi, které samy emitují. Podle Benstona můžeme rozlišit pět hlavních důvodů, proč banky přitahují pozornost státu víc než jiné obchodní společnosti. Především poskytují vládě výnosy a jiné příjmy, jedná se o vysoce ziskové odvětví. Druhý z důvodů souvisí s omezováním domnělých negativních externalit (např. podstupování nadměrných rizik), které jsou vedlejším produktem aktivit banky. Další důvody představují ochrana spotřebitelů,

³ COASE, R. H., *The Problem of Social Cost* in SWEENEY, S., *Basel II's Effect on the Australian Market*, s. 285.

⁴ BALDWIN, L., WYPLOSZ, CH., *Ekonomie evropské integrace*, s. 456.

⁵ AVGOULEAS, E., *The Global Financial Crisis, Behavioural Finance, and Financial Regulation In Search of a New Orthodoxy*. (2009) 9 *Journal of Corporate Law Studies*, s. 29.

⁶ MEJSTRÍK, M., *Bankovní regulace*, s. 4.

⁷ CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, s. 63 (vlastní překlad).

⁸ *Ibid.*

apel na zákonodárce a ochrana regulovaných subjektů před konkurencí.⁹ Proklamovanými důvody však bývají jen dva z nich – ochrana spotřebitelů a zdraví bankovního průmyslu.

3. EKONOMICKÉ DŮVODY PROTI REGULACI

Podrobná regulace, ať už v podobě národní legislativy nebo mezinárodních pravidel, není vždy s nadšením vítána. Zvláště navíc pokud není schopna řešit všechny vyvstálé otázky, stává se terčem kritiky: Proč se bankám dostává více pozornosti než ostatním obchodním společnostem? Jsou v něčem výjimečné? Je skutečně veškerá regulace nezbytná?

Zcela v opačném duchu argumentuje Rodríguez, když popírá potřebu regulace z důvodů údajné křehkosti a nestability bankovního systému. Uvádí, že „banky jako finanční zprostředkovatelé jsou dnes výjimečné kvůli právním restrikcím a předpisům, jimiž se musí řídit, nikoli pro funkce, které vykonávají“.¹⁰ Regulace deformuje přirozené tržní prostředí.¹¹

Ačkoli tržní prostředí může být a je nedokonalé, ani regulace není schopna řešit nedokonalosti vzniklé v důsledku homologizace na finančních trzích, přejímání stejných vzorců chování většinou subjektů, tedy nedostatečnou různorodost marketingových strategií či špatnou diverzifikace investičního portfolia, jež představují vnitřní hrozbu a vedou k disbalanci celého systému.¹²

Kritika přísné, spletité a nadbytečné regulace se trefuje zejména do následujících problémů. V první řadě bývá kritizován lidský faktor v pozici zákonodárce. Politici mívají tendenci sledovat spíše populární krátkodobé politické cíle, než ty dlouhodobé a ekonomicky efektivní. Kromě toho, i kdyby jednali dle nejlepšího (ekonomického) vědomí a svědomí, je téměř nemožné předložit právní předpis „dokonale padnoucí“ tak dynamickému odvětví, jakým bankovní průmysl beze sporu je. Žádný zákon není schopen imitovat dokonalý trh.¹³ Co se dnes jeví jako přiměřené a vhodné, může být

⁹ BENSTON, G. J., *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals* citováno in RODRÍGUEZ, L. J., *International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II?*, s. 3.

¹⁰ RODRÍGUEZ, L. J., *International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II?*, s. 4 (vlastní překlad).

¹¹ REVENDA, Z., *Centrální bankovníctví*, s. 467.

¹² AVGOULEAS, E., *op. cit.* 5.

¹³ SWEENEY, S., *op. cit.* 3, s. 286.

již zítra zastaralé.¹⁴ Nechtěným důsledkem takové regulace pak může být omezování rozvoje a inovací, což následně může nutit finanční instituce, aby přijímaly konzervativní a „netržní“ opatření, nebo případně, aby své obchody orientovaly na mimobilanční operace, které nejsou regulací a zejména pak bankovním dohledem tolik postižitelné.

Některá pravidla přímo podporují rizikové chování finančních institucí. Typicky povinné pojištění vkladů může vést až k morálnímu hazardu, neboť případné ztráty z nadměrně rizikových obchodů uhradí třetí subjekt.

Samotné navýšení kapitálových požadavků či zásoby likvidity nezaručují efektivní fungování a stabilizaci systému,¹⁵ pokud zároveň nedojde k institucionálnímu oddělení podnikatelské činnosti ve finančním sektoru, tedy oddělení vysoce rizikových investičních aktivit, kterým nebudou poskytovány veřejné záruky,¹⁶ od ostatních podnikatelských aktivit bankovních subjektů.

Je-li nadto právní úprava nepřehledná a její implementace a dohled nad jejím dodržováním jsou nákladné, nemotivuje pak finanční subjekty k jejímu dodržování, neboť je pro ně výhodnější právní úpravu obcházet. Dovedeno do krajností, může taková regulace dokonce omezovat konkurenceschopnost a/nebo mít diskriminační dopady na ty instituce, které se jí snaží řídit.¹⁷ Původní záměr zákonodárce zajistit stejnou startovní čáru a rovné podmínky pro všechny zúčastněné je tak silně narušen.

Na druhou stranu absolutní liberalizace (s odvoláním na dřívější svobodné bankovníctví ve Skotsku) není v dnešním propojeném a globalizovaném světě dlouhodobě udržitelná. Bankovní legislativa by se proto měla zaměřit především na posílení transparentnosti a tržní disciplíny v odvětví, jež by maximálně omezily výskyt morálního hazardu. Samoregulační síly trhu, třebaže nejsou všemocné, v průběhu historie prokázaly, že jsou často efektivnější než přemíra legislativy.

¹⁴ RODRÍGUEZ, L. J., op. cit. 10, s. 15.

¹⁵ BARTH, J. R., CAPRIO, G., LAVINE, R., *Bank Regulation and Supervision: What Works Best?* citováno in AVGOULEAS, E., op. cit. 5.

¹⁶ Ibid, s. 57, 59.

¹⁷ Shodně také *Zpráva o integraci trhů finančních služeb v EU* [Report on Integration of European Financial Services Markets], s. 56.

4. SOUČASNÝ VÝVOJ BANKOVNÍ REGULACE A DOHLEDU

Evropská unie vytváří hospodářskou a měnovou unii, které jsou dalšími stádii evropského vývoje směřujícího až k unii politické. Vznik otevřeného trhu s volným pohybem kapitálu a plateb byl nezbytným předpokladem pro další harmonizaci právní úpravy bankovníctví v rámci EU. Nabízí se zde ovšem otázka: Zatímco vytvoření oblasti s volným pohybem kapitálu představuje bezpochyby veřejný zájem, a tedy spadá do kompetence Unie, splňuje podmínku veřejného zájmu i následné sjednocování bankovního práva (tj. soukromého obchodního práva)? Má EU dostatek pravomocí v této oblasti? Odpověď na tuto otázku již podal Soudní dvůr, proto s odvoláním na jeho ustálenou judikaturu¹⁸ lze konstatovat, že Evropská unie má dostatek pravomocí k regulaci bankovního průmyslu.¹⁹

Od vytvoření vnitřního trhu EU v první polovině let 90. bylo přijato velké množství harmonizačních předpisů za účelem sjednocení národních právních řádů a dosažení společných ekonomických cílů Unie, které dnes členské státy poměrně často vnímají jako zásah do vlastní suverenity. Zákonodárci regulující bankovní sektor proto čelí nelehkému úkolu. Musejí najít rovnováhu mezi ochranou „křehkého“ bankovního systému a závazky plynoucími ze Smlouvy o fungování EU.

Právní úprava a trendy v bankovníctví tvoří spojené nádoby, jedno formuje druhé. Teorie někdy hovoří o regulační dialektice, tj. situaci, kdy bankovní inovace vyvolá vznik nového regulativu, a to podnítl jinou bankovní inovaci.²⁰

Evropská unie přináší svým členům v oblasti regulace a dohledu finančních institucí jednotný (harmonizovaný) legislativní rámec včetně mantinelů vymezujících spolupráci regulátorů a dohlížitelů.²¹ Objevuje se zde několik tendencí. Společná harmonizovaná úprava má za cíl nejen pravidla sjednotit, ale také zjednodušit. V tomto smyslu můžeme mluvit o určité míře deregulace, která souvisí také se zaměřením regulátora především na stanovení základních vstupních pravidel a podmínek bankovní činnosti a přenesení důrazu na tržní disciplínu bank. Naproti tomu se deregulace

¹⁸ Doktrína implicitních pravomocí (*implied powers*) byla Soudem popsána např. v rozsudcích Komise v. Rada, 22/70 [1971] ECR 263, a Cornelis Kramer a další, 3, 4 a 6/76, [1976] ECR 1279.

¹⁹ Polemika na uvedené téma, zda mají instituce EU pravomoc v daném případě vydávat závazné právní akty, by vystačila na samostatnou práci, proto se do ní záměrně nepouštím a vycházím z názoru SD.

²⁰ REVENDA, Z., op. cit. 11, s 464.

²¹ DAVIDOVÁ, P., HEŘMÁNEK, J., Hodnocení mezinárodních vazeb z různých pohledů. Bankovníctví, 2007, č. 7.

rozhodně netýká celého finančního sektoru, úprava některých oblastí je naopak zpříšňována. Jedná se na příklad o stanovení kapitálových požadavků, omezení úvěrové angažovanosti nebo postup v boji proti finanční kriminalitě. Vznikla také zcela nová úprava dohledu nad finančními institucemi na evropské úrovni. Větší restrikce bývají někdy vnímány jako reakce na „příliš liberální“ chování bank, jejich agresivní marketing a podstupování větších rizik, jež vyústily ve finanční krizi.

Následná opatření, přijímaná nebo aspoň koordinována na nadnárodní a mezinárodní úrovni, mají zabránit destabilizacím finančních trhů v celosvětovém měřítku v dobách budoucích.

4.1 BASILEJSKÉ STANDARDY

Basel II je soubor mezinárodně uznaných bankovních standardů vztahujících se ke kapitálové přiměřenosti, dohledu a transparentnosti.²² Standardy byly připravovány v dílně Basilejského výboru již v 90. letech, konsolidovaná podoba a jejich výsledné znění vznikalo až počátkem 21. století (2001-2005). Tento soubor však nemá podobu pro smluvní strany závazné mezinárodní smlouvy, nýbrž kodexu, na kterém se shodli guvernéri centrálních bank a další autority v oblasti bankovníctví ze zemí G-10, členové Basilejského výboru.²³

Jejich předchůdcem byla Basilejská dohoda (Basel I) z roku 1988, která byla přijata v reakci na finanční krizi v 70. letech minulého století. Ta pro mezinárodní banky stanovovala minimální kapitálové požadavky. Kapitálová přiměřenost vypovídá o finanční stabilitě banky a rozumí se jí poměr kapitálu a rizik, kterým je úvěrová instituce vystavena. Vybavenost kapitálem by měla být natolik dostatečná, aby absorbovala případné ztráty z bankovních aktivit, tedy aby ztráty nesli vlastníci kapitálu a nikoli věřitelé. Z důvodů již výše zmiňovaných je tento ukazatel u bank zvláště sledován. S postupující koncentrací v bankovním sektoru se stal Basel I poněkud zastaralým.²⁴ Bylo nutné a nevyhnutelné přijmout nový kodex, který by reflektoval inovace a komplexitu moderního bankovního průmyslu na konci 20. století.

²² Přesný název – Mezinárodní sblížení standardů kapitálové přiměřenosti [International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards (Basel II)].

²³ Proto bývají také označovány za *soft law par excellence*. Viz CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, s. 64.

²⁴ GARD, W. R., *George Bailey in the Twenty-First Century: Are We Moving to the Post-Modern Era in International Financial Regulation with BASEL II?*, s. 186.

Basel II, který je postupně od roku 2006 zaváděn jako standard regulace a dohledu ve většině vyspělých ekonomik, je vystavěn na tzv. pilířové struktuře. První pilíř vychází z pravidel kapitálové přiměřenosti stanovených v Basel I a tvoří jádro celé úpravy. Stanoví minimální objem kapitálu, který musí úvěrová instituce držet, v poměru ke svým rizikově váženým aktivům. Vedle úvěrového a tržního rizika zohledňuje nově také riziko operační a koncentrační. Ve vztahu k úvěrovému riziku definuje kapitál, vymezuje rizikově vážená aktiva a stanovuje poměr kapitálu k těmto aktivům ve výši 8% (stejně jako Basel I a nový Basel III).²⁵ Basel II dává navíc mezinárodním bankám na výběr mezi standardním (Standardised Approach) a speciálním přístupem založeným na vnitřním ratingu (Internal Ratings-Based Approach) při výpočtu kapitálového požadavku. Standardní metoda využívá základních postupů a koeficientů, zatímco metoda speciální je postavena na sofistikovaných modelovacích postupech, které musí být schváleny orgánem dohledu. Rovněž pro měření operačního rizika mají banky možnost volby mezi třemi možnými postupy – výpočtem pomocí základního (výnosového) ukazatele (Basic Indicator Approach), standardním (Standardised Approach) a pokročilým, tzv. přístupem AMA (Advanced Measurement Approach).

Druhý pilíř je věnován dohledu nad dodržováním pravidel stanovených v Pilíři I. Nabádá banky, aby vyvinuly lepší techniky monitorování a řízení rizik.²⁶ Vztahuje se tedy nejen k vlastním orgánům dohledu, ale i k bankám samotným, které by měly zajistit vlastní hodnotící a kontrolní mechanismy a udržovat kapitál v přiměřené výši a struktuře k potenciálním rizikům. Orgány dohledu potom kontrolují zvolené strategie řízení rizik v bance, dodržování minimálního kapitálového požadavku a v případě potřeby mají pravomoc nařídit jeho navýšení.

Poslední pilíř (nikoli co do významu) se týká tržní disciplíny neboli povinnosti periodicky zveřejňovat údaje o hospodaření banky. Jsou to zejména informace o naplňování Basel II, tedy metody výpočtů kapitálového požadavku, způsob řízení rizik a hodnotící a kontrolní mechanismy používané bankou. Tato pravidla by měla vést k větší transparentnosti a zvyšování důvěryhodnosti bank.²⁷

²⁵ Basel II, supra 22, s. 12. Z důvodu rozsahového omezení jsou uvedeny jen zcela obecné charakteristiky této úpravy. V podrobnostech proto odkazují na materiál Basilejského výboru a četné komentáře v odborné literatuře, např. DRAGOMIR, L., *European Prudential Banking Regulation and Supervision – The Legal Dimension*. Routledge, 2010, s. 124 an.

²⁶ Ibid Basel II, s. 174.

²⁷ SŮVOVÁ, H., LITOŠOVÁ, R., VIŠKOVÁ, R., SCHÜTZ, T., *Implementace Pilíře II a III*, s. 19.

Úprava v Basel II může být (a obecně je) nahlížena jako „hlavní globální iniciativa pro zlepšení celkové efektivity a odolnosti bankovního systému“.²⁸ Přesto má i své odpůrce. Například Sweeney uvádí, že „je Basel II prostředkem, pomocí něhož USA vyvážely regulační náklady své vlastní krize zadluženosti.“²⁹ Vysoké náklady spojené s implementací těchto standardů nejsou jediným předmětem kritiky. Často bývá předkládána také otázka nezbytnosti bankovní regulace jako takové (viz výše) či její potřeba neustálé novelizace.

Na summitu představitelů zemí G-20 v Soulu 11.-12. listopadu 2010³⁰ byl schválen návrh nových standardů Basel III, který vyžaduje zavedení ještě vyšších kapitálových rezerv pro bankovní subjekty – zvýšení kapitálového požadavku (tier 1)³¹ ze 4% na 6% a požadavku na regulační kapitál nejvyšší kvality (core tier 1) ze 2% na 4,5% postupně do roku 2015. Přichází také s novými pojmy jako kapitálový nárazník (capital conservation buffer), proticyklický kapitálový nárazník (countercyclical capital buffer) a nebo kapitál pro systémově významné banky.

Paralelně s Basel II byla přijímána nová směrnice o kapitálové přiměřenosti 2006/49/ES, která představuje novelizaci již dříve vydané směrnice 93/6/EHS a je postavená na úpravě mezinárodních standardů. Vedle pravidel kapitálové přiměřenosti jsou upraveny také požadavky dohledu na individuální bázi a tržní disciplíny; směrnice dopadá oproti Basel II nejen na mezinárodně působící banky, ale na všechny úvěrové a investiční instituce.

V důsledku finanční krize přehodnotila Evropská komise tato pravidla a v říjnu 2008 předložila Evropskému parlamentu a Radě jejich novelu.³² Nový koncept kapitálové přiměřenosti je citlivější k rizikovosti jednotlivých aktiv (zavádí individuální přístup k identifikaci rizik a nové metody jejich měření), a umožňuje tak bankám, zejména velkým, stanovení nižších kapitálových požadavků. Jedná se však spíše o technickou novelu.³³

²⁸ LAKER, J. F., *Basel II: Observation from Down Under*, s. 1.

²⁹ SWEENEY, S., op. cit. 3, s. 284 (vlastní překlad).

³⁰ Tedy ve stejnou dobu, kdy se konala konference *Dny práva 2010* (10.-11.11.2010).

³¹ Tier 1 představuje část kapitálu banky, kterou tvoří splacený základní kapitál, splacené emisní ažio, povinné rezervní fondy, ostatní rezervní fondy ze zisku a nerozdělený zisk.

³² Směrnice Komise č. 2009/83/ES ze dne 27. července 2009, kterou se mění některé přílohy směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES, pokud jde o technická ustanovení o řízení rizik (CRD I), OJ 2009 L 196/14.

³³ Blíže BAUEROVÁ, J., *Nejen banky čeká další vlna regulace*. Bankovníctví, 2009, č. 9.

Jen o pár měsíců později následovala další novela,³⁴ která přináší již zásadní změny. CRD II upravuje zvýšení kapitálových požadavků a nové postupy při dohledu nad úvěrovými institucemi v EU. Konkrétně zavádí nové požadavky na řízení rizika likvidity, zjednodušuje pravidla angažovanosti (vystavení velkým expozicím vůči jednomu subjektu či skupině) a stanoví nové podmínky a limity při tzv. sekuritizaci³⁵ (transformaci aktiv do podoby cenných papírů a jejich nabývání do portfolia banky). Rovněž přichází s podrobnou úpravou vztahů mezi orgány dohledu, a to jak mezi domovským a hostitelským orgánem, tak mezi regulátory, ministerstvy financí a centrálními bankami, zvláště pak ustanovení o zúžené spolupráci v krizových situacích.

Od poloviny minulého roku rovněž prochází legislativním procesem novela CRD III a objevují se úvahy o CRD IV a CRD V. Žádná verze směrnice o kapitálových požadavcích tedy zřejmě nebude konečnou a nové okolnosti na poli finančních trhů si vyžádají další a další novelizace.

Pro úplnost je nutno dodat, že ČNB již zapracovala platné směrnice do příslušných národních předpisů,³⁶ zejména zákona o bankách a zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Podle ročních zpráv ČNB³⁷ je vybavenost českého bankovního sektoru kapitálem dostačující, dokonce má se zaváděním nových pravidel od roku 2007 rostoucí tendenci. V roce 2009 činila kapitálová přiměřenost v českých bankách v průměru 14,11% (tedy 6 procentních bodů nad požadovaným minimem).

4.2 EVROPSKÝ SYSTÉM FINANČNÍHO DOHLEDU

Finanční krize rozpoutala diskuze nejen o přísnějších požadavcích na úvěrové instituce, ale také o efektivitě dohledu nad nimi, zejména o nedostacích v součinnosti evropských institucí s národními orgány dohledu. V říjnu 2008 proto Evropská komise předložila návrhy několika

³⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/111/ES ze dne 16. září 2009, kterou se mění směrnice 2006/48/ES a 2006/49/ES, pokud jde o banky přidružené k ústředním institucím, některé položky kapitálu, velkou angažovanost, režimy dohledu a krizové řízení (CRD II), OJ 2009 L 302/97.

³⁵ Zpráva o výkonu dohledu nad finančním trhem 2009. Kolektiv autorů, Praha: ČNB, 2010, s. 21.

³⁶ Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, zákon č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech, zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu a zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance.

³⁷ Zpráva o výkonu dohledu nad finančním trhem 2009, supra 35, s. 82-83.

nařízení (tzv. finančního balíčku), které mají vytvořit „efektivnější, integrovanější a udržitelnější rámec dohledu“.³⁸

Reforma evropského systému finančního dohledu (v širším slova smyslu) předpokládá zřízení dvou vrstev dohledu – tzv. makro- a mikro-obezřetnostní orgány dohledu, tedy přesun současných dozorových pravomocí z národní úrovně na úroveň evropskou.

Prvním z navrhovaných nařízení se zřizuje Evropská rada pro systémová rizika (ESRB), jejímiž úkoly budou sledování potenciálních hrozeb, zejména systémového rizika na evropském finančním trhu (předmět tzv. makroobezřetnostního dohledu), zvýšení efektivity mechanismů včasného varování před těmito riziky a podpora při přijímání opatření na straně příslušných orgánů.

ESRB bude mít postavení agentury bez právní subjektivity a bez pravomoci vydávat závazné právní akty. Přesto její složení z představitelů národních centrálních bank, ministerstev financí, EC a ECB by mělo zajistit dostatečnou autoritativní váhu jejích doporučení.³⁹

Druhou část reformy představuje evropský systém finančního dohledu (v užším smyslu, ESFS), který bude složen ze tří evropských orgánů dohledu pro každý jednotlivý úsek finančního trhu – bankovníctví, pojišťovnictví a kapitálové trhy. Tato síť orgánů, vycházející ze stávajících dozorčích komisí (viz schéma), by měla v rámci tzv. mikroobezřetnostního dohledu zajistit úzkou spolupráci mezi národními a evropskými orgány dohledu.

Obezřetnostní dohled na makroúrovni European Systemic Risk Board (ESRB)		
European Banking Authority (EBA) <i>(nyní CEBS)</i>	European Securities and Markets Authority (ESMA) <i>(nyní CESR)</i>	European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) <i>(nyní CEIOPS)</i>
Výkon dohledu na národní úrovni Národní orgány dohledu		
Obezřetnostní dohled na mikroúrovni European System of Financial Supervisors (ESFS)		

Zdroj: www.cnb.cz

Orgány ESFS budou mít krom koordináční a mediační funkce také kompetence k vydávání závazných aktů a rozhodovací pravomoc. Poněkud

³⁸ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o makroobezřetnostním dohledu nad finančním systémem na úrovni Společenství a o zřízení Evropského výboru pro systémová rizika, COM(2009) 499 final.

³⁹ FERRARINI, G., CHIODINI, F., *Regulating Multinational Banks in Europe: An Assessment of the New Supervisory Framework*. ECGI Working Paper Series in Law, 2010, s. 33.

problematické se jeví jejich oprávnění vydávat přímo závazná rozhodnutí v případě nečinnosti při implementaci evropských pravidel dohledu.⁴⁰

Pro oblast bankovníctví bude vytvořen Evropský orgán pro bankovníctví (EBA),⁴¹ který bude mít právní subjektivitu a podobně jako ostatní orgány ESFS také správní a finanční autonomii. Jeho úkolem bude připravovat technické normy, harmonizovat regulaci a dohled v rámci EU a zajistit jejich konzistentní aplikaci jednotlivými národními autoritami. V případě mimořádných situací má možnost vydávat opatření k užší spolupráci mezi orgány dohledu a zajistit dodržování doporučení vydaných ESRB, se kterou bude rovněž v úzkém kontaktu. Cílem celé reformy je zajistit lepší vzájemnou součinnost orgánů makro- i mikrobezpečnostního dohledu.

Všechny nově vytvořené instituce by měly stejně jako ECB sídlit ve Frankfurtu nad Mohanem. K zajištění financování celého systému by měly vzniknout dva „garanční fondy“ (Evropský fond pro záruky vkladů a Evropský fond stability), do nichž budou přispívat samy banky, což by mělo zajistit mimo jiné zvýšenou ochranu jejich klientů.

Postoj české odborné veřejnosti, zejména zástupců z řad bankovní rady ČNB, není nové regulaci bankovníctví a chystanému evropskému systému finančního dohledu příliš nakloněn. Kritika směřuje především na riziko oddělení výkonu pravomocí a z něj vyplývající odpovědnosti nových evropských orgánů. Mojmir Hampl v rozhovoru pro měsíčník Bankovníctví uvedl:

„Atmosféra krize má tu zvláštní vlastnost, že všichni hledají rychle jednoduchá řešení složitých problémů a ve snaze okamžitě ‚něco viditelného udělat‘ se u mnohých snižuje schopnost racionální a kritické diskuse. Tím se zvyšuje šance, že projde i to, co by normálně neprošlo. Občas mám pocit, že v atmosféře krize se mnohé závažné regulační ideje prosazují v EU až s kunderovskou nesnesitelnou lehkostí. A máte pravdu, že změny mnoha pravidel ve finančním vesmíru probíhají nyní ve spěchu, který nemusí být dobrým rádcem.“⁴²

⁴⁰ DRAGOMIR, L., op. cit. 25, s. 297.

⁴¹ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o zřízení Evropského orgánu pro bankovníctví, COM(2009) 501 final.

⁴² CHUCHVALCOVÁ, J., *Nesnesitelná lehkost vzniku evropské regulace* (rozhovor). Bankovníctví, 2009, č. 11.

5. ZÁVĚR

Oblast bankovního práva je velmi silně determinována ekonomickými veličinami a děním na finančních trzích. Právo, ať už národní nebo evropské, potom zpětně působí na vývojové trendy v bankovním sektoru, ovlivňuje nabídku bankovních produktů a služeb a především také jejich technické zabezpečení, ochranu klientů i bankovního systému jako celku, včetně dohledu nad ním. Právní regulace vytváří pomyslné mantinely a pravidla neboli podmínky a předpoklady bankovního podnikání, v dnešní době strategické ekonomické aktivity.

Dlouhodobý trend deregulace či liberalizace finančního sektoru je současnou ekonomickou situací narušen a dochází naopak ke zpřísnění pravidel některých oblastí, zejména s cílem zajistit stabilizaci bankovního systému a posílit důvěru klientů i vzájemnou důvěru bank. Týká se to především otázek kapitálové přiměřenosti, úvěrové angažovanosti či dohledu nad finančním trhem.

Legislativa však nemůže reagovat okamžitě. Tato nepružnost legislativních procesů se stává terčem kritiky s dopadem na celou bankovní regulaci, neboť tak dochází k vytváření netržního prostředí, které podněcuje rovněž netržní chování finančních institucí. Nová úprava ESFS si díky možnosti vydávat okamžitá opatření, doporučení a rozhodnutí a zejména díky celkovému posílení spolupráce mezi národními a evropskými orgány dohledu slibuje zefektivnění této stávající situace.

Literature:

- Avgouleas, E., The Global Financial Crisis, Behavioural Finance, and Financial Regulation In Search of a New Orthodoxy. (2009) 9 Journal of Corporate Law Studies, 23-59.
- Baldwin, L., Wyplosz, Ch., *Ekonomie evropské integrace*. Praha: Grada Publishing a.s., 2008. ISBN 978-80-247-1807-1
- Bauerová, J., Nejen banky čeká další vlna regulace. *Bankovníctví*, 2009, č. 9, ISSN 1212-4273
- Benston, G. J., *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals*. Hobart Paper No 135, Institute of Economic Affairs, London, 1998
- Cranston, R., *Principles of Banking Law*. 2. vydání. New York: Oxford University Press, 2002. ISBN 978-0-19-925331-9
- Davidová, P., Heřmánek, J., Hodnocení mezinárodních vazeb z různých pohledů. *Bankovníctví*, 2007, č. 7, ISSN 1212-4273
- Dragomir, L., *European Prudential Banking Regulation and Supervision – The Legal Dimension*. Routledge, 2010. ISBN 978-0-415-49656-8
- Ferrarini, G., Chiodini, F., *Regulating Multinational Banks in Europe: An Assessment of the New Supervisory Framework*. ECGI Working Paper Series in Law, 2010. Dostupné na <http://papers.ssrn.com> [Citováno dne 25.10.2010]
- Gard, W. R., *George Bailey in the Twenty-First Century: Are We Moving to the Post-Modern Era in International Financial Regulation with BASEL II?* (2006) 8 Transactions: The Tennessee Journal of Business Law 161
- Chuchvalcová, J., Nesnesitelná lehkost vzniku evropské regulace (rozhovor). *Bankovníctví*, 2009, č. 11, ISSN 1212-4273
- Laker, J. F., *Basel II: Observation from Down Under*. Second Annual Conference on the Future of Financial Regulation, London 2006. Dostupné na <http://www.apra.gov.au/Speeches/upload/Basel-II-Observations-from-down-under.pdf> [Citováno dne 23.10.2010]
- Mejstřík, M., *Bankovní regulace*. Praha: Universitas Carolina Pragensis, 2007. Dostupné na <http://ies.fsv.cuni.cz/cs/syllab/JEM032> [Citováno dne 25.10.2010]
- Revenda, Z., *Centrální bankovníctví*. 2. vydání. Praha: Management Press, 2001. ISBN 80-7261-051-1

- Rodríguez, L. J., International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II? Policy Analysis No. 455, 2002. Dostupné na <http://www.cato.org/pubs/pas/pa455.pdf> [Citováno dne 23.10.2010]
- Sweeney, S., Basel II's Effect on the Australian Market. (2006) 34 Australian Business Law Review 284
- Sůvová, H., Litošová, R., Višková, R., Schütz, T., Implementace Píliře II a III. Bankovníctví, 2009, č. 1, ISSN 1212-4273
- White, L. H., Free banking in Britain: theory, experience and debate, 1800–1845. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. ISBN 05-2125-8596
- Mezinárodní sblížení standardů kapitálové přiměřenosti [International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards (Basel II)]. Basel: Bank for International Settlements Press & Communications, 2005. ISBN 92-9131-669-5
- Zpráva o integraci trhů finančních služeb v EU [Report on Integration of European Financial Services Markets]. Brussels: European Banking Federation, 2007. Dostupné na <http://www.ebf-fbe.eu/uploads/documents/publications/Reports/Financial%20Services/EBF-Integration-report-2007-02232-01-E.pdf> [Citováno dne 25.10.2010]
- Zpráva o výkonu dohledu nad finančním trhem 2009. Kolektiv autorů, Praha: ČNB, 2010. ISBN 978-80-87225-27-1. Dostupné na http://www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/souhrnne_informace_fin_trhy/zpravy_o_vykonu_dohledu/index.html [Citováno dne 25.10.2010]

Evropská legislativa

- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/49/ES ze dne 14. června 2006 o kapitálové přiměřenosti investičních podniků a úvěrových institucí (CRD), OJ 2006 L 177/201
- Směrnice Komise č. 2009/83/ES ze dne 27. července 2009, kterou se mění některé přílohy směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES, pokud jde o technická ustanovení o řízení rizik (CRD I), OJ 2009 L 196/14
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/111/ES ze dne 16. září 2009, kterou se mění směrnice 2006/48/ES a 2006/49/ES, pokud jde o banky přidružené k ústředním institucím, některé položky kapitálu, velkou angažovanost, režim dohledu a krizové řízení (CRD II), OJ 2009 L 302/97
- Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady, kterou se mění směrnice 2006/48/ES a 2006/49/ES, pokud jde o kapitálové požadavky na obchodní

portfolio a resekuritizace a o dohled nad politikami odměňování (CRD III),
COM(2009) 362 final

- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o makrobezpečnostním
dohledu nad finančním systémem na úrovni Společenství a o zřízení
Evropského výboru pro systémová rizika, COM(2009) 499 final

- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o zřízení Evropského
orgánu pro bankovníctví, COM(2009) 501 final

Elektronické zdroje

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.bis.org>

<http://www.cnb.cz>

<http://www.ecb.int>

Contact – email

lenka.cervenkova@gmail.com

SÚŤAŽNÉ PRÁVO V OBDOBÍ ZLYHÁVANIA TRHOV

RASTISLAV FUNTA

Právnická Fakulta, Univerzity Karlovy v Praze

Abstract in original language

Tento článok popisuje prebiehajúcu finančnú krízu, ktorá podryla dôveru ľudí na fungovanie voľného trhu. Tiež dáva odpoveď na prínos ekonómie a antitrustového práva na riešenie krízy s cieľom získať prehľad o aktuálnej situácii. Kľúčom k výkladu antitrustového práva vo svetle krízy je jeho úloha ktorú zohráva v tejto oblasti.

Key words in original language

Súťaž; Ekonomická kríza; Chicagská škola.

Abstract

This paper describes the ongoing financial crisis which has undermined people's faith in the free market. It also gives answer on the contribution of Economics and Antitrust law to the solution of the crisis in order to win an overview about the situation. The key to construing antitrust law in light of the crisis is its role within this area

Key words

Antitrust; Economic Crisis; Chicago School.

1. ÚVOD: JE MOŽNÁ EXISTENCIA SÚŤAŽNÉHO PRÁVA BEZ EKONOMIKY?

Profesor Wish uvádza, že "súťažné právo je o ekonomii a o ekonomickom správaní."¹ Ekonomika prispieva k výkladu práva predovšetkým tým, že poskytuje základ pre analýzu hospodárskej súťaže a tiež zohráva významnú úlohu vo vývoji pravidiel na základe ktorých je možné hodnotiť vzniknutú situáciu. Právne myslenie bolo ovplyvnené ekonomickou analýzou na poli ktorej boli vždy úzke vzťahy medzi oboma brehmi Atlantiku. Okrem toho, od skorého vývoja súťažného práva, v EÚ môžeme hovoriť o prebiehajúcich diskusiách o základoch súťaže a súťažného práva² a o metódach medzi Európskymi a Americkými právnikmi a ekonómami.³ To viedlo k

¹ Wish, R. (2000): Competition Law, 4. edition, Butterworths, London, ISBN 978-04-0600-266-2, str. 1

² K otázke rozdielu medzi pojmi súťaž a súťažné právo, pozri Funt, R. (2010): Abuse of dominant position in EU and U.S. Law, Tribun EU Publishing, 1st edition, Brno, ISBN 978-80-7399-918-6, str. 22-23

³ Prvé európske súťažné právo bolo prijaté v Nemecku v roku 1923 ako reakcia na povojnovú inflačnú krízu. (pozri Jones, A., Sufirin, B. (2008): EC Competition Law, 3rd

pochopeniu kľúčových problémov a spoločnému všeobecnému prístupu.⁴ K nárastu vplyvu ekonomiky došlo najmä prostredníctvom rozvoja mikroekonómie, priamemu prepojeniu práce ekonómov a ich účasti na antitrustových prípadoch.

Je pravdou, že slobodná a spravodlivá hospodárska súťaž je považovaná za jeden z pilierov efektívneho trhového hospodárstva. Hospodárska súťaž stimuluje inováciu a produktivitu a vedie k optimálnej alokácii zdrojov. Tak ako bolo rozhodnuté v prípade Alcoa⁵, súdy interpretovali súťažné ciele veľmi široko, predovšetkým za účelom zdôraznenia decentralizácie ekonomickej moci. V trhovej ekonomike však môže dochádzať k tomu, že podniky narúšajú trh a uchylujú sa k protisúťažným praktikám, napr. vytváraním kartelov. Môže sa to zdať paradoxné, ale ekonómovia nevidia žiadny dôvod na kritiku monopolov jednoducho preto, že je tu viditeľný transfer zdrojov (bohatstva) od zákazníkov k monopolným výrobcov. Avšak v prípade, kedy subjekt v monopolnom postavení zvyšuje cenu nad konkurenčnú úroveň, má to za následok zníženie kúpyschopnosti ako aj produkcie a spoločnosť ako celok je na tom horšie. Stručne povedané, monopol znižuje príjmy spoločnosti.⁶

Vynára sa teda legitímna otázka o schopnosti trhovej ekonomiky prispievať k celosvetovému rastu a prosperite. Pri pretrvávajúcej recesii, oslabovanie presadzovania protimonopolného práva⁷ môže viesť k spomaleniu hospodárskeho oživenia a k zvýšeniu nákladov krízy. V tomto období by nemalo dôjsť k jeho podstatným zmenám, ale je potreba vo väčšej miere zohľadňovať tú skutočnosť, ako makroekonomické podmienky ovplyvňujú súťaž na trhu. Tak ako uvádza Krugman, “zdravá hospodárska politika nie je dostatočným faktom pre získanie dôvery trhu, pretože kríza sa môže opakovať.”⁸

Edition, Oxford University Press, ISBN 978-01-9929-904-1, str. 36). V rámci USA je základom súťažného práva tzv. Sherman Act, Clayton Act a Robinson-Patman Act. (pozri poznámku č. 2 str. 26-28)

⁴ Pera A. , Auricchio V. (2005): Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal, No. 1, str. 153-177

⁵ United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416, 428–29 (2d Cir. 1945)

⁶ Stigler, G. J. (1982): "Economy and the problem of Monopoly", American Economic Review, American Economic Association, No. 72 (2), str. 1-11

⁷ Tak ako v tejto súvislosti uvádza Hovenkam, protimonopolné právo sa má snažiť o optimálnu alokačnú efektívnosť. Hovenkamp, H. (1999) Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 2nd edition, West Group, St. Paul, Minnesota, ISBN 978-03-1423-180-2, str. 76

⁸ Krugman, P. (1998): Will Asia Bounce Back? (speech for Credit Suisse First Boston, Hong Kong, March 1998)

2. EKONOMIKA VOĽNÉHO TRHU

Globálna finančná kríza otriasla dôverou v model "voľného trhu". Napriek tomu presvedčenie, že ľudia robia racionálne rozhodnutia a trh na ne automaticky reaguje však stále prevláda. Friedman tvrdí, že "Voľné trhy sú nevyhnutné pre slobodu. Druh ekonomickej organizácie, ktorá poskytuje slobodu priamo, teda konkurenčný kapitalizmus, tiež podporuje politickú slobodu, pretože oddeľuje ekonomickú moc od politickej moci, a v tomto zmysle umožňuje jednej strane vyrovnať sa ostatným."⁹ Myšlienka kapitalizmu ako ekonomického systému bola objasnená pred viac ako 200 rokmi škótom Adamom Smithom. Vo svojej knihe *Bohatstvo národov* sa Smith vyjadril v tom zmysle, že voľný trh nabáda spoločnosť k efektívnosti tým, že spája kupujúceho a predávajúceho a stimuluje ekonomiku aby produkovala viac toho čo je potrebné a menej toho čoho je nadprodukciami. Až do vypuknutia veľkej hospodárskej krízy, väčšina ekonómov vychádzala z téz kapitalizmu ako dokonalého alebo takmer dokonalého systému. Táto vízia bola však neudržateľná pri pohľade na prehlbujúcu sa nezamestnanosť. Akonáhle však kríza pominula, ekonómovia sa vrátili k starým víziám, v ktorých jednotlivci pôsobia na dokonalých trhoch. Zatvorili oči pred obmedzovaním ľudskej racionálnosti, ktorá často krát viedla k vzniku kolapsov, problémami inštitúcií, ktoré smerovali k ich zániku, pred nedokonalosťami trhu¹⁰ - najmä finančných trhov a situáciám, kedy regulátor neverí v reguláciu ako takú, – čo môže mať za následok kolaps celého systému a nepredvídateľné následky.¹¹ Vládne a finančné inštitúcie pôsobia v krízovom režime, horúčkovo pripravujú núdzové programy, ktoré majú zabrániť ekonomickému kolapsu. Kroky realizované v tomto období podporili dlhodobé predpoklady o existenčnej schopnosti moderného kapitalizmu voľného trhu a úlohy vlády v ekonomike.¹²

⁹ Friedman, M. (1962): *Capitalism and Freedom*, Chicago University Press, ISBN 978-02-2626-421-9, str. 9

¹⁰ P. A. Samuelson definuje trh ako .mechanizmus, ktorého prostredníctvom sa kupujúci a predávajúci navzájom ovplyvňujú, aby určili ceny a množstvá tovarov a služieb. Pozri: Samuelson, P.A., Nordhaus. W.D. (2000): *Ekonomía, Elita*, Bratislava, ISBN 80- 8044-059-X, str. 27

¹¹ Krugman, P. (2009): *The Free-Market Cult That Destroyed Economics*, New York Times, Sep. 4

¹² Ak by sme nechali zlyhať príliš veľa inštitúcií z dôvodu platobnej neschopnosti, mohli by sme vytvoriť riziko celkového kolapsu finančných trhov. Tento názor, zdieľaný Benom Bernankom (šéf Amerického FED) ako aj Henry Paulsonom (minister financií USA za prezidenta G.W.Busha) je založený na téze Milтона Friedmana, že Fed zhoršoval krízu tým, že nevlieval dostatok peňazí do finančného systému v nadväznosti na krach trhov z roku 1929.

3. CHICAGSKÁ ŠKOLA, JEJ IDEOLÓGIA A SVETOVÁ HOSPODÁRSKA KRÍZA

Chicagská škola zohráva stále významnú úlohu v hospodárskej politike Spojených štátov a v mnohých častiach sveta počas posledného pol storočia. Ústrednou myšlienkou Chicagskej ekonomickej školy, ktorá vychádza zo sily trhu, je že ekonomiky fungujú najlepšie pri voľnosti trhov¹³ s obmedzenou vládnu účasťou. Pre Chicagských ekonómov bolo jasné, že čím menej bude vládnych zásahov, tým to bude lepšie pre trh ako taký. V oblasti regulácie, obchodu, protisúťažného práva, daní, úrokových sadzieb a sociálnej starostlivosti, Chicagské myslenie v značnej miere ovplyvnilo politiku v USA a mnohé iné časti sveta. Ku koncu roka 1950 sa začala zdôrazňovať úloha Chicagskej školy ktorá, v protiklade k novému keynesianizmu, podporovala laissez-faire (voľný trh), a argumentovala proti vládnej intervencii. "Chicagská škola" ekonomiky voľného trhu, vplyvná pri vytváraní laissez faire politiky, začala čeliť silnej kritike v dôsledku finančnej krízy. Už na začiatku ekonomickej krízy v roku 2007, niekoľko Keynesiánskych ekonómov ako Joseph Stiglitz obviňovali filozofiu voľného trhu ktorá bola reprezentovaná Friedmanom a Chicagskou školou pre ekonomický zmätok. Podľa Stiglitz nesie Chicagská škola vinu za poskytnutie zdanlivého intelektuálneho základu pre tézu, že trhy sú samopríspôsobivé a najlepšou úlohou pre vládu je nezasahovanie.¹⁴ Vynárajú sa kritici Chicagskej teórie hovoriaci o priamej zodpovednosti (princíp deregulácie), v súvislosti s ekonomicou krízou. Treba však podotknúť, že Chicagská škola nebola nikdy zástancom slepej deregulácie. Naproti tomu americký sudca Richard Posner argumentuje tým, že laxná menová politika a deregulácia boli jednou z príčin súčasnej hospodárskej krízy. Skutočným vinníkom sú podľa neho federálne vlády zodpovedné za situáciu na hypotekárnom trhu.¹⁵

4. PRÍČINY VZNIKU KRÍZY¹⁶ A JEJ FAKTORY

Pre pochopenie základných príčin súčasnej krízy, sa musíme obhliadnuť na celé obdobie od skončenia druhej svetovej vojny. Najdôležitejšou príčinou v kolísaní výkonnosti americkej ekonomiky v posledných desaťročiach je

¹³ Ekonomická sloboda predstavuje vládnu neintervenciu do ekonomickej aktivity.

¹⁴ Lippert, J. (2009): Friedman Would Be Roiled as Chicago Disciples Rue Repudiation, Bloomberg L.P., December 23

¹⁵ Posner, R. A. (2009): A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depress, Harvard University Press, ISBN 978-06-7403-514-0, str. 306

¹⁶ K súčasnej hospodárskej kríze a jej faktorom pozri tiež: Funta, R. (2010): Economic Law and Economic Crisis, Where do we go from here? Economic, Legal and Political Dimension, (článok v tlači), Medzinárodná konferencia „Právo ako zjednocovateľ Európy – Veda a Prax“, PF UK Bratislava, Október 21-23

veľmi výrazný pokles miery ziskovosti ako takej. Od roku 1950 do polovice 70tych rokov, miera ziskovosti v ekonomike USA poklesla o takmer 50%. Tento výrazný pokles je súčasťou celosvetového trendu v priebehu tohto obdobia, ktorý ovplyvnil všetky kapitalistické štáty. V 80tych rokoch bola kapitalizmom nadiktovaná téza, aby vlády prijali reštriktívne politiky, najmä prísnu menovú politiku (t.j. vyššie úrokové sadzby) čoho výsledkom bola nižšia inflácia a návrat k vyššej nezamestnanosti. Prvá veľká kríza roku 1990 bola spôsobená kolapsom európskeho mechanizmu výmenných kurzov (ERM)¹⁷ v roku 1992 čo malo za následok, že britská libra bola pod tlakom hedgeových fondov stiahnutá z ERM. Ďalšími krízami bol napr. čierny pondelok z roku 1987, ázijská kríza z roku 1997 (ako 4. medzinárodná finančná kríza), či Enron účtovný škandál z roku 2001.

Súčasná kríza, najhoršia od čias „Svetovej hospodárskej krízy“ sa začala prejavovať už v priebehu roku 2007. Bola spôsobená neefektívnosťou dohľadu a regulácie finančných trhov v USA a ďalších vyspelých krajinách sveta. Napriek tomu že sa Americká¹⁸ a Európska¹⁹ ekonomika do značnej miery stabilizovala, dlhodobé hospodárske vyhliadky zostávajú veľkým otáznikom. Príčiny globálnej finančnej krízy, ktorá postihla svetové ekonomiky a finančný systém by sa mohla rozčleniť na zlyhanie makroekonomických ukazovateľov, ktoré majú tri pod kategórie ako monetárna a fiškálna politika, celkové globálne rozdiely, a boom v bytovej výstavbe; zlyhanie dohľadu nad finančným sektorom a regulačnou politikou; chybné pochopenie finančného inžinierstva a inovácií; nerozvážnosť veľkých súkromných finančných inštitúcií, najmä tých s globálnym dosahom.

5. ZÁVEREČNÉ SLOVO: CESTA VPRED?

Finančná kríza doľahla na celý svet. V snahe zastaviť pád finančného systému, vlády po celom svete vynaložili miliardy dolárov. V rámci EÚ bola odsúhlasená tzv. "záchranná sieť" pozostávajúca z pôžičiek a záruk za úvery v hodnote 500 miliárd eur pre finančne slabé štáty. Ešte na začiatku roka 2009 schválil americký kongres záchranný balíček pre americkú ekonomiku vo výške 789 miliárd dolárov. Finančná globalizácia a liberalizácia zvýšila objem cezhraničných investícií a transakcií. Na druhej strane to boli práve finančné inovácie, ktoré uľahčili rozdelenie finančných rizík, čo viedlo k väčšiemu vzájomnému prepojeniu ekonomík, trhov a finančných

¹⁷ Svoboda, P. (2010): Úvod do evropského práva, 3. Vydání, C.H.Beck Praha, ISBN 80-7400-313-4, str. 233

¹⁸ Nezamestnanosť zostáva na rekordných 9,7% podľa štatistiky Amerického ministerstva práce (stav 10/2010).

¹⁹ Nezamestnanosť v EU27 pretrváva na rekordnej úrovni 9,5% podľa Eurostatu (stav 10/2010).

subjektov (regulovaných a neregulovaných). Na tomto mieste môžeme spomenúť Pavla Svobodu, ktorý tvrdí že „neregulovaný liberálny trh sám o sebe neudrží voľnú súťaž.“²⁰ Voľnosť antitrustového práva môže prehĺbiť hospodársku recesiu. Keď sú firmy oslobodené od konkurenčných tlakov a zvyšujú ceny, musia tiež znižovať produkciu. Prílišná voľnosť pri aplikácii antitrustového práva, ktoré je nevyhnutné pre trhovú ekonomiku,²¹ by bola nesprávnym krokom počas depresie, pretože by to obmedzovalo výrobcov pri rozšírení ich produkcie a zvýšení celkovej zamestnanosti. Kedy sa teda skončí finančná kríza? Budeme môcť badať náznak konca krízy pri splnení niektorých faktorov ako koniec poklesu cien bytov, banky nebudú potrebovať ďalšiu rekapitalizáciu a firmy začnú znova investovať a ich zisky porastú.

Literature:

- [1] Whish, R. (2000): *Competition Law*, 4. edition, Butterworths, London, ISBN 978-04-0600-266-2, str. 1
- [2] K otázke rozdielu medzi pojmami súťaž a súťažné právo, pozri Funta, R. (2010): *Abuse of dominant position in EU and U.S. Law*, Tribun EU Publishing, 1st edition, Brno, ISBN 978-80-7399-918-6, str. 22-23
- [3] Prvé európske súťažné právo bolo prijaté v Nemecku v roku 1923 ako reakcia na povojnovú inflačnú krízu. (pozri Jones, A., Sufrin, B. (2008): *EC Competition Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, ISBN 978-01-9929-904-1, str. 36). V rámci USA je základom súťažného práva tzv. Sherman Act, Clayton Act a Robinson-Patman Act. (pozri poznámku č. 2 str. 26-28)
- [4] Pera A. , Auricchio V. (2005): *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, *European Competition Journal*, No. 1, str. 153-177
- [5] *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416, 428–29 (2d Cir. 1945)

²⁰ Svoboda, P. (2010): *Úvod do evropského práva*, 3. Vydání, C.H.Beck Praha, ISBN 80-7400-313-4, str. 238

²¹ Patakyová, M. a kol. (2006): *Obchodný zákonník – Komentár*, 1. vydanie, C.H.Beck Bratislava, ISBN 80-7179-510-0, str. 98

- [6] Stigler, G. J. (1982): "Economy and the problem of Monopoly", American Economic Review, American Economic Association, No. 72 (2), str. 1-11
- [7] Tak ako v tejto súvislosti uvádza Hovenkam, protimonopolné právo sa má snažiť o optimálnu alokačnú efektívnosť. Hovenkamp, H. (1999) Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 2nd edition, West Group, St. Paul, Minnesota, ISBN 978-03-1423-180-2, str. 76
- [8] Krugman, P. (1998): Will Asia Bounce Back? (speech for Credit Suisse First Boston, Hong Kong, March 1998)
- [9] Friedman, M. (1962): Capitalism and Freedom, Chicago University Press, ISBN 978-02-2626-421-9, str. 9
- [10] P. A. Samuelson definuje trh ako .mechanizmus, ktorého prostredníctvom sa kupujúci a predávajúci navzájom ovplyvňujú, aby určili ceny a množstvá tovarov a služieb. Pozri: Samuelson, P.A., Nordhaus. W.D. (2000): Ekonomía, Elita, Bratislava, ISBN 80- 8044-059-X, str. 27
- [11] Krugman, P. (2009): The Free-Market Cult That Destroyed Economics, New York Times, Sep. 4
- [12] Ak by sme nechali zlyhať príliš veľa inštitúcií z dôvodu platobnej neschopnosti, mohli by sme vytvoriť riziko celkového kolapsu finančných trhov. Tento názor, zdieľaný Ben Bernankom (šéf Amerického FED) ako aj Henry Paulsonom (minister financií USA za prezidenta G.W.Busha) je založený na téze Milтона Friedmana, že Fed zhoršoval krízu tým, že nevlieval dostatok peňazí do finančného systému v nadväznosti na krach trhov z roku 1929.
- [13] Ekonomická sloboda predstavuje vládnu neintervenciu do ekonomickej aktivity.
- [14] Lippert, J. (2009): Friedman Would Be Roiled as Chicago Disciples Rue Repudiation, Bloomberg L.P., December 23

- [15] Posner, R. A. (2009): *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depress*, Harvard University Press, ISBN 978-06-7403-514-0, str. 306
- [16] K súčasnej hospodárskej kríze a jej faktorom pozri tiež: Funta, R. (2010): *Economic Law and Economic Crisis, Where do we go from here? Economic, Legal and Political Dimension*, (článok v tlači), Medzinárodná konferencia „Právo ako zjednocovateľ Európy – Veda a Prax“, PF UK Bratislava, Október 21-23
- [17] Svoboda, P. (2010): *Úvod do evropského práva*, 3. Vydání, C.H.Beck Praha, ISBN 80-7400-313-4, str. 233
- [18] Nezamestnanosť zostáva na rekordných 9,7% podľa štatistiky Amerického ministerstva práce (stav 10/2010)
- [19] Nezamestnanosť v EU27 pretrváva na rekordnej úrovni 9,5% podľa Eurostatu (stav 10/2010)
- [20] Svoboda, P. (2010): *Úvod do evropského práva*, 3. Vydání, C.H.Beck Praha, ISBN 80-7400-313-4, str. 238
- [21] Patakyová, M. a kol. (2006): *Obchodný zákonník – Komentár*, 1. vydanie, C.H.Beck Bratislava, ISBN 80-7179-510-0, str. 98

Contact – email

rastislav.funta@mail.com

LEGISLATIVE CHANGES IN REGULATION OF CONSUMER CREDIT PROVIDERS IN SLOVAKIA SINCE 2007

DANIEL GÉČ

Paneurópska vysoká škola, Právnická fakulta, Bratislava Slovensko

Abstract in original language

Vytvoriť vhodné legislatívne prostredie pre podnikanie na trhu nebankových poskytovateľov spotrebiteľských pôžičiek má svoje špecifiká v tom, že zákonodarca musí nájsť rovnováhu medzi prísnu reguláciou, ktorá je až kontraproduktívna a príliš benevolentnými podmienkami ktoré umožňujú podnikanie neférových subjektov. Na príkladoch troch legislatívnych noriem sa autor príspevku snaží znázorniť použité nástroje štátu pri ochrane najzraniteľnejšieho finančného spotrebiteľa, teda nízkopríjmovej skupiny, a kriticky poukázať na dosahované výsledky. V tomto duchu je rozobraná novela zákona o dražbách, zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a zákon o spotrebiteľských úveroch.

Key words in original language

Spotrebiteľské úvery; regulácia finančného trhu; nebankový poskytovatelia spotrebiteľských úverov.

Abstract

Creating suitable legislative environment for the business activities of the non-banking providers of consumer credits has its specifics in the fact that the legislator has to find balance between strict regulation, which could be contra-productive, and too lenient conditions which enable business conduct of unfair market participants. The author demonstrates on three examples of legislative norms the used methods of the state in the protection of the most vulnerable groups of financial consumer, i.e. the low income group, and critically assesses the achieved results. In this sense the Act on Auctions, Act on Financial Intermediation and Financial Advisory and Act on Consumer Credits are discussed.

Key words

Consumer credits; regulation of financial market; non-banking providers of consumer credits.

O spoločnostiach poskytujúcich spotrebiteľské úvery nebankovým spôsobom sa toho veľa hovorí v médiách ako aj medzi odbornou verejnosťou. Na podporu veľmi tvrdej regulácie zákonných podmienok pre tieto subjekty sa zvyčajne uvádzajú príklady ťažkých osobných a sociálnych tragédií jednotlivcov. Takéto poskytovanie úverov ale spĺňa definíciu úžery podľa trestného zákona a nie je predmetom tohto príspevku. V odvetví poskytovania nebankových úverov je potrebné odlišovať dva typy

poskytovateľov. Prvý typ finančnej inštitúcie poskytuje finančné služby spotrebiteľom, ktorí sa nekvalifikujú na bankové produkty a serióznym nebankovým poskytovateľom je pre nich poslednou legálnou inštitúciou, kde sa kvalifikujú na nízky úver. Na proti tomu druhý typ nebankového podnikania cielene obchádza ustanovenia zákona na ochranu spotrebiteľa, nedodržiava dobré mravy a hraničí až s porušením trestného práva. Štát sa snažil od roku 2007 zamedziť pôsobeniu najmä neférových poskytovateľov, avšak ovplyvnilo to podnikanie všetkých poskytovateľov spotrebiteľských úverov.

Na Slovensku sa začalo od roku 2007 systematicky venovať tejto problematike ministerstvo financií a SR ministerstvo spravodlivosti SR. Ministerstvo financií SR podľa zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy, tzv. kompetenčný zákon, zabezpečuje tvorbu a uskutočňovanie politiky finančného trhu, vrátane ochrany spotrebiteľa pri poskytovaní finančných služieb. Ministerstvo spravodlivosti SR si vyvodzovalo svoju právomoc na základe kompetencie pripravovať právnu úpravu v oblasti občianskeho práva¹. Obidve inštitúcie hľadali riešenia ako sprísniť podmienky na trhu poskytovateľov spotrebiteľských úverov, no zároveň nezastaviť túto činnosť úplne. Hľadanie takéhoto legislatívneho rámca je možné demonštrovať na troch príkladoch.

Zákon č. 568/2007 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách novelizoval mimo iného aj zákon č. 40/1964 Z.z. občiansky zákonník. Novela rozšírila v V. hlave v § 52 definíciu spotrebiteľskej zmluvy. Podľa novej definície “spotrebiteľskou zmluvou je každá zmluva bez ohľadu na právnu formu, ktorú uzatvára dodávateľ so spotrebiteľom.”² Nahradila tak znenie, ktoré vymenovávalo jednotlivé zmluvné typy a spotrebiteľ bol definovaný ako subjekt, ktorý nemohol individuálne ovplyvniť obsah dodávateľom pripraveného návrhu na uzavretie zmluvy. Čiže po novom spotrebiteľskou zmluvou je každá zmluva, kde získavanie tovarov alebo služieb je za účelom priamej spotreby alebo vlastníctva, namiesto určenia pre ďalší predaj alebo výrobu. Ide o spresnenie právnej definície a zvýšenie možnosti ochrany práv spotrebiteľov.

Ďaleko väčší dopad, ale spôsobilo ustanovenie o určení maximálnej ceny za spotrebiteľský úver, tzv. úrokový strop. Určenie maximálnej čiastky, ktorú môže poskytovateľ žiadať ako protiplnenie bola určená v § 53 ods. 6 nasledovne: „Ak je v spotrebiteľskej zmluve predmetom záväzku

¹ Zákon č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy, § 13 ods. 2 a § 14 ods. 2 písm. a).

² Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení do novelizácie 568/2007 Z.z., § 52 ods. 1.

poskytnutie peňažných prostriedkov za neprimeranú odplatu, súd môže odplatu znížiť; prihliadne pritom najmä na odplaty poskytované bankami pri spotrebných úveroch.“³

Z tejto krátkej vety je zrejmé, že v tejto novej právnej povinnosti určenej poskytovateľom spotrebiteľských úverov bolo viac neznámych ako známych pojmov. Nikde v občianskom práve nie je definovaný termín „odplata“. Podľa dôvodovej správy, odplatou sa myslel úrok a určitý poplatok spojený s poskytnutím úveru alebo pôžičky. Ministerstvo financií SR preto použilo index ročnej percentuálnej miery nákladov (RPMN) ako určujúci parameter. Miera primeranosti odplaty sa zase posudzovala len podľa trhu bank, čo komplikovalo situáciu pre iných, nelicencovaných poskytovateľov. Je potrebné pochopiť, že banky a nebankové inštitúcie nepodnikajú na jednom relevantnom trhu. Pre spotrebiteľa nie sú tieto produkty vzájomne zameniteľné. Spotrebiteľ, ktorý siaha po produktoch nebankovej inštitúcie si nemôže vziať úver v banke, pretože sa naň nekvalifikuje. Ďalší rozdiel spočíva v tom, že banka vykonáva správu cudzích peňazí, a na druhej strane nebanková inštitúcia spravuje peniaze len vo svojom mene a požičiava na vlastné riziko. Nebanková inštitúcia sama získava pre svoje podnikanie peniaze na finančných trhoch. Z toho vyplývajú aj rozdielne orgány dohľadu pre ich činnosť. U nebankovej inštitúcie je to Slovenská obchodná inšpekcia (SOI) a pre banky Národná banka Slovenska (NBS). Z uvedeného vyplýva, že nebanková inštitúcia si môže upraviť podmienky poskytovania úverov aj voľnejšie, čo používa ako konkurenčnú výhodu v boji o zákazníka. Na druhej strane, riziko pri obsluhovaní menej bonitnej klientely je vykompenzované vyššou cenou.

V súvislosti so zavedením úrokového stropu bolo potrebné prijať mechanizmy na jeho vykonanie. V zákone o spotrebiteľských úveroch ministerstvo financií navrhlo, aby odplata za poskytnutie spotrebiteľského úveru nesmela prevýšiť výšku ustanovenú nariadením vlády⁴. Zároveň, všetkým poskytovateľom (bankovým inštitúciám, leasingovým spoločnostiam, spoločnostiam splátkového financovania a spoločnostiam poskytujúcim spotrebiteľské úvery) vznikla nová povinnosť podávať štvrt'ročne hlásenie o novoposkytnutých spotrebiteľských úveroch. Tie sa zhromažďovali a vykazovali na typizovanom formulári. Formulár bol rozdelený podľa výšky úveru, spôsobu zabezpečenia a dĺžky splatnosti. Úrokový strop sa stanovil nariadením vlády na dvojnásobok priemernej hodnoty RPMN pre príslušný typ spotrebiteľského úveru a zároveň, odplata nesmela prevýšiť sumu, ktorá zodpovedala štvornásobku hodnoty váženého

³ Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení do novelizácie 568/2007 Z.z., § 53 ods. 6.

⁴ Zákon č. 258/2001 Z.z. o spotrebiteľských úveroch a o zmene a doplnení zákona SNR č. 71/1986 Zb. o Slovenskej obchodnej inšpekcii v znení neskorších predpisov, § 3 ods. 10.

priemeru RPMN za všetky typy spotrebiteľských úverov. To znamená, platili súčasne dva koeficienty na výpočet maximálnej odplaty.

Tento systém sa v praxi neosvedčil a nedosiahol hlavného cieľa – zlacnenie spotrebiteľských úverov. Z legislatívno-technickej stránky obsahoval jedno špecifikum. Údaje o priemerných hodnotách RPMN a hodnoty maximálnej výšky odplaty sa zverejňovali na internetovej stránke ministerstva financií SR mesiac po skončení sledovaného obdobia. Tieto údaje neboli žiadnym spôsobom vyhlasované v Zbierke zákonov. Internetová stránka ústredného orgánu štátnej správy sa teda stala zdrojom práva a určila povinnosť súkromnému sektoru.

Z pohľadu poskytovateľov znamenal veľký problém jeho meniaci sa, tzv. „plávajúci“ charakter. Napríklad pri regulácii cien energií sa ceny menia niekoľko mesiacov dopredu a platia v nezmenenej podobe dlhé obdobie, niekedy aj roky. Pri spotrebiteľských úveroch sa menila maximálna cena štyrikrát za rok. Po zverejnení stropu mali poskytovatelia vždy 15 dní na prispôbenie. Táto doba nebola dostatočná na aktualizáciu produktov, zaškolenie zamestnancov a siete distribútorov. Vzhľadom nato, že strop sa stanovoval podľa priemernej výšky RPMN na trhu vypočítavaný váženým priemerom (podľa objemu poskytnutých úverov), výška odplaty ktoréhokoľvek poskytovateľa závisela od obchodného rozhodnutia iných subjektov na trhu. Napríklad, ak jeden poskytovateľ s väčším trhovým podielom zmenil splatnosť produktu z 14 mesiacov na 12 mesiacov, prešiel v tabuľke z kategórie úverov od 1 do 5 rokov do kategórie od 6 do 12 mesiacov. Ako dôsledok sa znížila maximálna odplata pre všetky produkty v tej kategórii, ktorú opustil. Výška najbližšej maximálnej odplaty sa tak nedala odhadnúť a menila sa každé tri mesiace.

Zavedenie cenovej regulácie spôsobilo to, že viaceré subjekty namiesto toho, aby sa prispôbili novej situácii, začali vykazovať svoje úvery ako iné než spotrebiteľské. Odberateľ (predtým nazývaný spotrebiteľ) v zmluve deklaroval, že finančné prostriedky použije na výkon svojej pracovnej alebo podnikateľskej činnosti. Tým, že určitý drahší poskytovatelia prestali vykazovať pre Národnú banku Slovenska a ministerstvo financií SR poskytnuté prostriedky ako spotrebiteľský úver, priemerná hodnota RPMN a teda aj maximálnej odplaty začala klesať, nakoľko objemovo vždy prevažovali banky. Za obdobie od prvého k štvrtému štvrtroku 2008 klesol počet vykazujúcich spoločností zo 73 na 58. Paralelne s tým, bolo možné sledovať pokles maximálne dovolenej výšky odplaty. Súčasťou regulácie bolo aj uverejňovanie tzv. reportujúcich subjektov, čiže spoločností, ktoré podali hlásenie o poskytnutých spotrebiteľských úveroch. Ak sa tam z štvrtroka na štvrtrok určitá spoločnosť neobjavila, bolo zrejmé, kto systém opustil. Zákonodarca nemal v takomto prípade žiadny mechanizmus ako prinútiť danú spoločnosť podávať hlásenie ak finančný subjekt tvrdil, že neposkytuje spotrebiteľské úvery. Čiže tie spoločnosti, ktoré dodržiavali

zákon a nevykazovali fiktívne iné produkty, boli ukrátené na svojich právach a museli znižovať ceny svojich produktov.

Tie subjekty, ktoré zostali v systéme predstavili nové „doplnkové služby“, ktoré sa nezapočítavali do výpočtu RPMN. Situácia bola podobná ako pri nízkonákladových aerolíniách, kde spotrebiteľ platí za batožinu, použitie platobnej karty pri úhrade letenky a pod. Prirodzené súčasti finančných produktov sa stali „voliteľnými zložkami“. Tým sa nové ceny de facto vyrovnali pôvodným. Typickým prípadom bolo ponúkanie spotrebiteľského úveru za vyšší úrok alebo za zvýhodnenú sadzbu ak sa spotrebiteľ poisť proti strate schopnosti splácať úver. V určitých segmentoch si viac ako 90% spotrebiteľov prikupovalo tieto doplnkové služby. Z ekonomického hľadiska možno konštatovať, že to bola prirodzená reakcia trhu, nakoľko cena na nebankovom trhu je vždy vyššia ako na bankovom. Riziko nesplácania u menej bonitných spotrebiteľov sa administratívnym stanovením ceny neznížilo. Štát nenechal bonitu týchto spotrebiteľov. Už po približne troch konzekutívnych štvrtrokoch od začiatku uplatňovania tohto systému vykazované čísla neodzrkadľovali skutočnú cenu produktov na trhu. Po roku pôsobenia na trhu tie tzv. predátorské subjekty, proti ktorým legislatíva vznikla, aj naďalej zostávali na trhu, len sa prispôbili novej právnej situácii.

Pre spotrebiteľov, na koho ochranu bol úrokový strop v prvom rade zavedený, systém znamenal v prvom rade to, že produkty väčšiny poskytovateľov len kopírovali maximálne dovolenú hranicu. Vzhľadom na rozmach doplnkových služieb spotrebiteľ začal dostávať netransparentné cenníky a ťažšie porovnával rôzne ponuky. Časť produktov, ktoré sa nevošili do cenového limitu z trhu zmizli, teda spotrebiteľ dostal menší výber. Poskytovatelia úverov zvyšovali zmluvné pokuty a sankcie za omeškanie so splácaním. Niektoré spoločnosti, ktoré dovtedy nemali tento model podnikania ho zaviedli do svojich zmlúv. Celkovo možno zhodnotiť, že zavedenie tohto nástroja regulácie finančného trhu sa ukázalo ako úplne neefektívne. Úrokovým stropom sa neznížili ceny produktov. Ochrana spotrebiteľov sa naopak oslabil, štát po krátkej dobe prestal mať prehľad o cenách spotrebiteľských úverov na trhu a pre poskytovateľov predstavoval náklad, ktorý sa premietol do ceny produktov.

Ako druhý príklad regulácie poskytovania spotrebiteľských úverov nebankovými subjektmi uvádzam zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o FSaFP). Zákon vznikol na základe Koncepcie ochrany spotrebiteľa v oblasti finančných služieb, zabezpečenia finančného vzdelávania a regulácie sprostredkovateľskej činnosti a poradenskej činnosti na finančnom trhu (ďalej len „koncepcia ochrany spotrebiteľa vo finančných službách“) vypracovanej ministerstvom financií SR a schválenej vládou SR dňa 1. augusta 2007. Podľa tohto dokumentu, cieľom zákona bolo odstrániť

rozdielnosť právnej úpravy finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, ktorá existovala v právnych predpisoch pre jednotlivé sektory finančného trhu a zároveň pokryť tie oblasti trhu, ktoré neboli regulované vôbec⁵. Práve do takejto kategórie spadá oblasť poskytovania spotrebiteľských úverov. Finančnou službou sa podľa zákona o FSaFP myslí poistenie alebo zaistenie, kapitálový trh, doplnkové dôchodkové sporenia, prijímanie vkladov, poskytovania úverov a spotrebiteľských úverov. Tento široký záber sa nazýval pri príprave zákona tzv. princíp level playing field. Teda rovnaké podmienky pre finančných poradcov a finančných sprostredkovateľov všetkých typov finančných služieb.

Zákon o FSaFP po prvý raz v slovenskom práve finančného trhu odlišuje sprostredkovanie od poradenstva. Finančný sprostredkovateľ predkladá ponuky smerujúce k uzavretiu zmluvy o poskytovaní finančnej služby. Sprostredkovateľ je platený finančnou inštitúciou, od ktorej dostáva za svoju činnosť províziu. Na druhej strane finančný poradca poskytuje odbornú pomoc, informácie, stanoviská, odporúčania a osobné finančné plány spotrebiteľovi. Poradca je platený spotrebiteľom. Tieto dva termíny, poradca a sprostredkovateľ sa žiaľ na Slovensku zamieňali a spotrebiteľ často krát nevedel či mu poradca „radil“ produkt, ktorý je najvýhodnejší pre spotrebiteľa alebo produkt, ktorý má najvyššiu províziu pre poradcu. S nástupom zákona o FSaFP to už nie je možné. Zároveň zákon automaticky stanovil podmienku, že finančný agent nemôže vykonávať finančné poradenstvo a naopak⁶. Tento krok možno chápať ako veľmi pozitívny prvok ochrany spotrebiteľa.

V mojom príspevku sa chcem zamerať na rozdelenie finančných sprostredkovateľov pôsobiacich pri distribúcií spotrebiteľských úverov na viaceré typy finančných agentov, podľa miery ich samostatnosti. V praxi sa totiž vyskytujú jednotlivci, ktorí sami veľmi nezávisle ponúkajú spotrebiteľské úvery od viacerých bankových aj nebankových finančných inštitúcií a podľa toho akú požiadavku dostanú od spotrebiteľa a na základe uvedeného mu ponúknu najvýhodnejší produkt. Typický prípad – finančný sprostredkovateľ v obchodnom dome alebo autobazáre. Na druhej strane veľké finančné inštitúcie nebankového typu používajú na distribúciu svojich produktov sieť obchodných zástupcov, živnostníkov, ktorí môžu výhradne distribuovať len produkty jednej inštitúcie. Takto koncipovaný vzťah znamená, že sprostredkovateľ viac menej len mechanicky zadáva do systému profil klienta a z centrálneho mu potvrdia, či sa žiadateľ kvalifikuje na úver, resp. v akej výške.

⁵ Koncepcia ochrany spotrebiteľa v oblasti finančných služieb, zabezpečenia finančného vzdelávania a regulácie sprostredkovateľskej a poradenskej činnosti na finančnom trhu.

⁶ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 6 a § 10.

Zákon o FSaFP preto rozoznáva:

- samostatného finančného agenta, ktorý môže uzatvárať zmluvu s viacerými finančnými inštitúciami,
- podriadený finančný agent, ktorý môže uzavrieť zmluvu so samostatným finančným agentom
- viazaný finančný agent, ktorý môže uzavrieť zmluvu len s jednou finančnou inštitúciou⁷.

Finančný agenti musia byť registrovaný v NBS, čo je podmienkou výkonu ich činnosti. Pre každý typ finančného sprostredkovania sa vyžaduje určitý typ odbornej spôsobilosti.

Zákon o FSaFP rozoznáva základný, stredný, vyšší a najvyšší stupeň odbornej spôsobilosti⁸. Pre účely finančného sprostredkovania sú podstatné len prvé tri stupne. Pre základný stupeň odbornej spôsobilosti sa vyžaduje minimálne stredné odborné vzdelanie a absolvovanie osobitného finančného vzdelávania. Na tento stupeň nie je potrebná maturita a nevyžaduje sa ani vykonanie skúšky. Toto rozhodnutie je niekedy vnímané trochu kontroverzne, ale treba povedať na obranu zákonodarcu, že pridaním podmienky maturity pre tento stupeň by vznikli vážne problémy pri dostupnosti splátkového financovania. V malej maloobchodnej predajni predavač a distribútor splátkového financovania sú často tá istá osoba. Pre stredný stupeň odbornej spôsobilosti sa vyžaduje aj minimálne stredné odborné vzdelanie, dva roky praxe, odborná skúška a osobitné finančné vzdelávanie. Pre vyšší stupeň sa vyžaduje minimálne stredné odborné vzdelanie, päť rokov praxe, odborná skúška a absolvovanie osobitného finančného vzdelávania.

Pre jednotlivé typy finančných agentov zákon vyžaduje vždy určitý stupeň odbornej spôsobilosti. Viazanému agentovi postačuje základný stupeň. Na vykonávanie činnosti podriadeného finančného agenta, počas prvých dvoch rokov činnosti, postačuje základný stupeň odbornej spôsobilosti a ak chce osoba pokračovať ďalej musí nadobudnúť stredný stupeň. Samostatný finančný agent musí mať od začiatku činnosti vyšší stupeň odbornej spôsobilosti. Systém je teda vybudovaný tak, aby agent, ktorý sa chce venovať tejto činnosti dlhodobo mohol „vyrásť“ spolu so zákonnými požiadavkami. Do účinnosti tohto zákona nebolo potrebné splniť pre vykonávanie sprostredkovania finančných produktov iné podmienky okrem

⁷ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 6 až § 9.

⁸ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 21.

podmienok požadovaných živnostenským úradom pre ohlasovaciú živnosť – sprostredkovanie poskytovania úverov nebankovým spôsobom. Navyše, sprostredkovatelia musia mať uzatvorené poistenie pre prípad zodpovednosti za škodu. Viazaní finanční agenti a podriadení finanční agenti nemusia byť poistení ak zodpovednosť za škodu prevzala finančná inštitúcia resp. samostatný finančný agent⁹.

Vo vzťahu k spotrebiteľovi vznikla povinnosť sprostredkovateľa pred poskytnutím finančnej služby zistiť a zaznamenať požiadavky a potreby klienta, jeho skúsenosti a znalosti týkajúce sa príslušnej služby a jeho finančnej situácie. Na základe toho je povinný klientovi poskytnúť odbornú pomoc a informácie a odporúčania, ktoré sú pre neho vhodné¹⁰. Finančný agent je povinný informovať potenciálneho klienta či vykonáva sprostredkovanie s jednou alebo viacerými finančnými inštitúciami. Musí ho tiež informovať o označení príslušného zoznamu, v ktorom je zapísaný a spôsobe overenia zápisu agenta v registri. Klient má právo byť informovaný o existencii akéhokoľvek plnenia a jeho výške, ktoré prijíma agent za sprostredkovanie¹¹. V praxi má toto ustanovenie malú výpovednú hodnotu nakoľko kvalita produktu sa nemeria len podľa výšky provízie pre sprostredkovateľa a za druhé konkrétna výška provízie sa počíta komplikovane a tak namiesto jasného čísla môže byť spotrebiteľovi predložený len vzorec výpočtu provízie.

Celkovo možno o zákone o FSsFP povedať, že takto koncipovaná regulácia finančného trhu je až elegantnou, nakoľko zvýšila požiadavky na distribučné kanály spotrebiteľských úverov, ale zároveň sú tieto nároky primerané k dosahovanému cieľu a v neposlednom rade berú do úvahy reálny stav na trhu. Jedinou vecou, ktorú možno uprieť štátu pri uvádzaní zákona do praxe je malá propagácia všetkých nových spotrebiteľských práv. Finančný spotrebiteľ musí byť predovšetkým vzdelaný a informovaný, aby sa napr. pýtal či agent vykonáva sprostredkovanie produktov len jednej inštitúcie alebo viacerých. Na základe toho môže sám spotrebiteľ urobiť informované rozhodnutie, či chce ďalej prijímať služby od tohto agenta alebo skúsi porovnať ponuku aj od iných sprostredkovateľov. Žiaľ na Slovensku sa to neudialo. Zákon vstúpil do účinnosti 1.1.2010 a prechodné ustanovenia dávajú dodatočný priestor na prispôsobenie sa novým podmienkam. Podmienky pre základný stupeň treba splniť do 31. decembra

⁹ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 30.

¹⁰ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 36.

¹¹ Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 32.

2010, pre stredný stupeň do 30. septembra 2011, a pre vyšší stupeň až dva roky po začiatku účinnosti zákona, teda do 31. decembra 2011.

Tretím príkladom zásadnej právnej úpravy pre podnikanie spoločností poskytujúcich spotrebiteľské úvery je zákon č.129/2010 Z.z. o spotrebiteľských úveroch a iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o spotrebiteľských úveroch). Hlavným motívom prijatia tohto zákona bola implementácia smernice EP a Rady 2008/48/ES o zmluvách o spotrebiteľskom úvere. No na trh spotrebiteľských úverov mala veľký dopad aj výrazná zmena dovtedajšieho úrokového stropu.

Bolo by zavádzajúcim tvrdiť, že po novelizácii 129/2010 Z.z. v občianskom zákonníku na Slovensku neexistuje úrokový strop. Existuje, len sa modifikoval. § 53 odsek 6 po novom znie: „Ak predmetom spotrebiteľskej zmluvy je poskytnutie peňažných prostriedkov, nesmie odplata podstatne prevyšovať odplatu obvykle požadovanú na finančnom trhu za spotrebiteľské úvery v obdobných prípadoch. Pri posudzovaní obdobnosti prípadov sa prihliada najmä na finančnú situáciu spotrebiteľa, spôsob a mieru zabezpečenia jeho záväzku, objem poskytnutých peňažných prostriedkov a lehotu splatnosti.“ Hlavná zmena spočíva v tom, že referenčným, tzv. benchmarkovým trhom, je celý finančný trh a nie len bankový trh ako tomu bolo do novelizácie. Takáto textácia zákona lepšie zohľadňuje pôsobenie bankových aj nebankových inštitúcií na trhu. Neumožňuje mať neobmedzene vysoké úroky, ale vraví že v určitej nižšej miere, sa cena môže odchýliť od obvykle požadovanej odplaty. Druhá veta odseku, predstavuje navádzacie pravidlo pre poskytovateľov a v budúcnosti aj pre sudcov, na správne posúdenie pojmu „podstatné prevýšenie odplaty“. Menuje demonštratívny výpočetom najpravdepodobnejšie parametre, ktoré treba pri takomto posudzovaní zvážiť. Ide o výšku úveru, spôsob zabezpečenia, lehotu splatnosti a pridáva k tomu aj bonitu klienta. Všetky tieto parametre vychádzajú z hlásení o novoposkytnutých spotrebiteľských úveroch, vrátane posledného ktorý odzrkadľuje druh veriteľa. Vyhodnocovateľ týchto hlásení, ktorým bolo ministerstvo financií SR a NBS, vnímal tento rozdiel v sadzbách, ktoré mu boli odovzdávané od začiatku januára 2008 od všetkých poskytovateľov spotrebiteľských úverov. Dôvodová správa uvádza dovolenú hranicu prekročenia obvyklej odplaty vo výške 20%. Nad touto hranicou môžeme hovoriť o absolútnej neplatnosti právneho úkonu.

Smernica o zmluvách o spotrebiteľskom úvere priniesla predovšetkým zvýšenú informovanosť spotrebiteľa. Spotrebiteľ dostáva tzv. predzmluvný formulár, kde sú jednoduchým a zrozumiteľným jazykom pretlmočené podstatné ustanovenia zmluvy o spotrebiteľskom úvere. Spotrebiteľ by si mal preštudovať formulár ešte pred podpisom samotného záväzku. Do formuláru sa na Slovensku pridáva aj informácia o priemernej výške RPMN

pre daný typ spotrebiteľského úveru. Ak je vysoká miera odchýlky medzi cenou, ktorú má platiť spotrebiteľ a trhovým priemerom, spotrebiteľovi sa dáva príležitosť, aby si porovnal aj iné ponuky a prípadne sa rozhodol pre iného dodávateľa. Medzi ďalšie významné práva, ktoré priniesla smernica patrí možnosť spotrebiteľa odstúpiť od zmluvy bez uvedenia dôvodu do 14 kalendárnych dní odo dňa uzavretia zmluvy¹². Táto zmena nie je až taká veľká ako sa na prvý pohľad zdalo, nakoľko tí nelicencovaný poskytovatelia, ktorí podnikali podľa zákona č. 108/2000 Z.z o ochrane spotrebiteľa pri podomovom predaji a zásielkovom predaji, museli spotrebiteľovi umožniť vrátenie produktu do 7 pracovných dní odo dňa prevzatia tovaru, alebo uzavretia zmluvy o poskytnutí služby aj pred implementovaním smernice o zmluvách o spotrebiteľskom úvere.

Zákon o spotrebiteľských úveroch sa vzťahuje nie len na poskytovateľov spotrebiteľských úverov ale aj na tzv. iných veriteľov. Zákonodarca tým chcel predísť možnosti obchádzania práv spotrebiteľov, ale konečný efekt je diskutabilný. Podľa § 2 písm. c) iným veriteľom sa myslí fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá ponúka alebo poskytuje úvery alebo pôžičky, ktoré nie sú spotrebiteľským úverom, v rámci svojej podnikateľskej činnosti, s výnimkou banky. Čiže iným veriteľom môže byť len nebanková inštitúcia. A podľa § 24 zákona, na iných veriteľov a na zmluvy o úvere alebo pôžičke, ktoré nie sú spotrebiteľským úverom a ktoré sú poskytované inými veriteľmi spotrebiteľom sa vzťahujú taxatívne vymenované ustanovenia zákona. Čiže ďalšou charakteristikou iných úverov je, že ich prijímateľom je spotrebiteľ. Z vysvetlenia v dôvodovej práve takisto nemožno bližšie pochopiť zámer zákonodarcu. K uvedeným ustanoveniam sa uvádza, „zákon reguluje aj iné úvery, ako sú spotrebiteľské“¹³. Je to teda veľmi vágny právny stav, ktorý vyžaduje novelizáciu.

Medzi špecifické práva, ktoré priniesol zákon, okrem implementácie smernice, je tiež povinnosť veriteľa pred uzavretím zmluvy posúdiť s odbornou starostlivosťou schopnosť spotrebiteľa splácať spotrebiteľský úver. Na druhej strane tomu korešponduje povinnosť spotrebiteľa poskytnúť veriteľovi údaje potrebné na posúdenie schopnosti spotrebiteľa splácať spotrebiteľský úver. Teoreticky znie toto právo veľmi dobre, nakoľko jednou z najúčinnějších ochrán spotrebiteľov pred možnosťou predĺženia je schopnosť veriteľa spoľahlivo si overiť finančnú situáciu spotrebiteľa v databáze údajov o schopnosť splácania úverov, tzv. credit history database. Avšak na Slovensku neexistuje verejný register schopnosti splácať úver, do ktorého by mali právo nahliadnuť všetci poskytovatelia a prístupy do

¹² Zákon 129/2010 o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 13.

¹³ Dôvodová správa k zákonu č. 129/2010 o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 24.

súkromného registra určuje jeho prevádzkovateľ. Zákon určuje jedinú výnimku v prípade súkromných registrov, prevádzkovateľ registra musí umožniť prístup veriteľovi z iného členského štátu EÚ. Čiže je to diskriminácia akéhokoľvek „bežného veriteľa“, ktorý sídli v Slovenskej republike. Vzhľadom na uvedené je neisté, či je veriteľ schopný postupovať s odbornou starostlivosťou, ak štát zároveň nato nevytvoril dostatočné legislatívne alebo fyzické podmienky.

Zákon o spotrebiteľských úveroch ďalej zaviedol povinnú registráciu veriteľov. Register veriteľov vedie Národná banka Slovenska. Veriteľ je oprávnený začať vykonávať činnosť, ktorá spočíva v poskytovaní spotrebiteľských úverov odo dňa zápisu do registra veriteľov¹⁴. Zákon ustanovuje podmienky, kedy NBS môže zrušiť zápis v registri veriteľov aj bez návrhu. Registrácia veriteľov je určitý medzistupeň k licencovaniu, teda systému podľa ktorého vykonávajú činnosť banky. Odhliadnuť od terminológie, podstatné zostáva to, čo je obsahom podmienok pre umožnenie podnikania nebankových poskytovateľov na trhu spotrebiteľských úverov.

Žiaľ na Slovensku v tomto odvetví nefunguje efektívna samoregulácia, preto je potrebné zaoberať sa témou regulácie poskytovateľov spotrebiteľských úverov aj v budúcom období. S ohľadom na históriu použitých regulačných nástrojov (úrokový strop, regulácia sprostredkovateľov, implementácia smernice o spotrebiteľských úveroch a registrácia veriteľov) cieľom budúcej legislatívy by malo byť prijímanie takých podmienok, napríklad v podobe licencovania, ktoré zabránia vstupu nekalých podnikateľov na trh. Úrokový strop sa ukázalo ako neefektívne riešenie, regulácia sprostredkovateľov vyriešila len časť problémov ale stále existuje priestor na sprísnenie podmienok resp. výkonu dohľadu pre samotné finančné inštitúcie. Regulácia poskytovania spotrebiteľských úverov musí byť prísna už na začiatku celého cyklu, aby sa nemuseli riešiť dôsledky takéto podnikania v neskoršom období ďaleko zložitejším spôsobom. Je to pre štát lacnejšie a efektívnejšie riešenie. Zabráni sa tým hneď v úvode obchádzaniu zákonov, upieraniu práv spotrebiteľov a porušovaniu dobrých mravov.

Literature:

- Dôvodová správa k zákonu č. 129/2010 o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

¹⁴ Zákon 129/2010 Z.z. o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 20 ods. 8.

- Konceptia ochrany spotrebiteľa v oblasti finančných služieb, zabezpečenia finančného vzdelávania a regulácie sprostredkovateľskej a poradenskej činnosti na finančnom trhu.
- Zákon 129/2010 o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
- Zákon č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
- Zákon č. 258/2001 Z.z. o spotrebiteľských úveroch a o zmene a doplnení zákona SNR č. 71/1986 Zb. o Slovenskej obchodnej inšpekcii v znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení do novelizácie 568/2007 Z.z..
- Zákon č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy.

Contact – email
danielgec@yahoo.com

SANAČNÍ ŘEŠENÍ INSOLVENCE PODNIKATELŮ

KRISTYNA CHALUPECKA

Department of the financial law and national economics, Faculty of law,
Masaryk university, Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Rehabilitace úpadku dle zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů mohou být rozlišovány taktéž dle jejich konečného dopadu na dlužníka, přičemž nová právní úprava klade mnohem více důrazu na záchranu dlužníka před tradičním řešením insolvence, konkursem. Nový insolvenční zákon předpokládá odlišná sanační řešení úpadku pro podnikatele a pro nepodnikatele, kde je hlavní ideou úpadku podnikatelů zachování běhu jejich podniku, které povede k vyššímu budoucímu uspokojení dlužníkových věřitelů. Před prohlášením úpadků může dlužník požívat za určitých podmínek ochrany prostřednictvím moratoria a poté, co je prohlášena dlužníková insolvence, případně hrozící insolvence, chod dlužníkovu podniku může být zachován formou reorganizace. Hlavním cílem tohoto článku je rozbor a analýza těchto dvou sanačních způsobů insolvence, zejména s důrazem na jejich ekonomické aspekty a dopady na dlužníka a jeho věřitele.

Key words in original language

Insolvence; insolvenční řízení; dlužník; věřitel; insolvenční soud; insolvenční správce; řešení úpadku; reorganizace; moratorium.

Abstract

The resolutions presumed by the the Act No. 182/2006 Coll., on insolvency and its resolution, as amended (the Insolvency Act), could be also distinguished according to their final impact to the debtor where the new insolvency law put more emphasis on rehabilitating resolutions. The main idea of the insolvency rehabilitation for the entrepreneurs is to preserve run of the business to increase the future satisfaction of the creditors. In general before the declaration of the insolvency the debtor could use the protection shield of the moratorium against the creditors and after the insolvency or the threatening insolvency is declared the debtor's business run could be saved by the reorganization. The main goal of the article is to describe and to analyze the main ways how to rehabilitate the insolvent entrepreneur with highlighting the economic aspects and, possible impacts on the debtor and his creditors.

Key words

Insolvency; insolvency proceedings; debtor; creditor; insolvency court; insolvency administrator; insolvency resolution; reorganization; moratorium.

1. ÚVOD DO INSOLVENČNÍHO PRÁVA V ČESKÉ REPUBLICE

Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, tzv. insolvenční zákon (dále jen "IZ") přinesl do českého úpadkového práva poměrně rozsáhlé změny, a to nejen z hlediska formy úpadkového řízení a jeho vedení, ale také zejména z hlediska forem řešení úpadkové situace dlužníka. Zejména posílení vlivu sanačních řešení úpadku může mít pozitivní vliv na hospodářskou situaci v České republice, ačkoliv ze stávajících statistik jasně vyplývá, že převažuje zájem o sanační řešení nepodnikatelů ve formě oddlužení. A právě vzhledem k nižším počtům řešení úpadku podnikatelů rehabilitační formou jsem se rozhodla zaměřit ve svém příspěvku zejména na tuto problematiku.

2. MORATORIUM

Přestože IZ nejmenuje moratorium mezi obecnými způsoby řešení úpadku, primárním účelem moratoria je rehabilitace podnikatele, a to formou ochrany dlužníka po dobu navrhnoutou dlužníkem, odsouhlasenou insolvenčním soudem v intencích pravidel IZ.

Moratorium je forma pomocného řešení úpadku, případně hrozícího úpadku čistě rehabilitační, jeho účelem není uspokojování věřitelů, nýbrž ochrana dlužníka před ataky věřitelů, které by mohly znamenat definitivní pád dlužníka.

Zajímavý je postřeh Richtera, který má za to, že už zahájením samotného insolvenčního řízení se otvírá tzv. zákonné moratorium, tedy ochrana dlužníka pomocí účinků zahájení insolvenčního řízení.¹ Účinky zákonného a soudního moratoria z hlediska ochrany jsou vesměs totožné, podstatné je však to, že během soudního moratoria nelze vydat rozhodnutí o úpadku dlužníka.

Soudní moratorium lze vyhlásit jen na návrh dlužníka, který musí být podán ve lhůtě 7 dní od podání dlužnického insolvenčního návrhu, a ve lhůtě 15 dní od doručení věřitelského insolvenčního návrhu.

Největší překážkou vyhlášení moratoria je písemný souhlas většiny věřitelů dlužníka. Za věřitele jsou počítáni však pouze ti věřitelé, které uvede dlužník ve svém seznamu závazků, který je mj. povinen k návrhu na moratorium přiložit. Pokud by tedy chtěl dlužník mermomocí dosáhnout vyhlášení moratoria a obejít povinnost souhlasu většiny, může pod sankcí budoucího předčasného zániku moratoria seznamy upravit.

¹ Dále srovnej: RICHTER, T., Insolvenční právo, 1. Vydání, Praha: Wolter Kluwers 2008, s. 211

Ačkoliv nelze opomíjet argument, že i vyhlášením moratoria, a to zejména jeho vyhlášením před zahájením insolvenčního řízení, dlužník demonstruje svoje finanční problémy, může být tímto krokem získán poměrně cenný čas, a to buďto k odvrácení úpadku, nebo k přípravě na možné restrukturalizační řešení neodvratitelného úpadku.

I zřejmě z těchto důvodů IZ zavádí možnost vyhlášení moratoria ještě před zahájením insolvenčního řízení, které je regulováno obdobně jako moratorium po zahájení řízení.

3. REORGANIZACE

3.1 PODMÍNKY REORGANIZACE

Předtím, než se v této kapitole pokusím nastínit proces tohoto sanačního řešení úpadku, bylo by nadmíru vhodné rozebrat samotný účel a smysl reorganizace. V zásadě lze tvrdit, že reorganizací lze řešit nejen úpadek, ale taktéž hrozící úpadek podnikatele. Vzhledem k tomu, že se reorganizace primárně dotýká provozu dlužníkovy podniku, je užití reorganizace jako řešení úpadku u jiných subjektů nepřipustné. IZ však stanovuje výjimky z přípustnosti reorganizace taktéž pro některé podnikatelské subjekty.²

Reorganizací rozumíme zpravidla postupné uspokojování pohledávek věřitelů při zachování dlužníkovy podniku, zajištěné opatřeními k ozdravení hospodaření tohoto podniku podle insolvenčním soudem schváleného reorganizačního plánu s průběžnou kontrolou jeho plnění ze strany věřitelů.³

K této legální definici je však možné mít určité výhrady. Předně, jedním ze vztyčných bodů reorganizace je v okamžiku účinnosti reorganizačního plánu "zánik práv všech věřitelů vůči dlužníkovi, kdy se za věřitele dlužníka považují osoby uvedené v reorganizačním plánu za podmínek v něm stanovených, včetně rozsahu jejich práv." V tomto bodě lze tedy souhlasit s názorem Kozáka,⁴ který přirovnává reorganizační plán z hlediska charakteru za privativní novaci dle § 570 ObčZ. Toto nahrazení starých závazků novými závazkovými vztahy je řešením z hlediska IZ ojedinělým, neboť jak pro konkurs, tak pro sanaci nepodnikatelů ve formě oddlužení v zásadě platí, že závazky věřitelů nezanikají. U konkursu právnické osoby bez

² Dle ust. § 316 není reorganizace přípustná, je-li dlužníkem právnická osoba v likvidaci, obchodník s cennými papíry nebo osoba oprávněná k obchodování na komoditní burze podle zvláštního právního předpisu.

³ § 316 odst. 1 IZ

⁴ KOZÁK, J., BUDÍN, P., DAMAN, A., et al. Insolvenční zákon a předpisy související : nařízení Rady

(ES) o úpadečném řízení : komentář. Praha : ASPI, 2008. s 480

právního nástupce vede zrušení konkursu po splnění rozvrhového usnesení, nebo zrušení konkursu při zcela nedostačujícím majetku dlužníka, v zásadě k zániku dlužníka a neuspokojené pohledávky věřitelů, případně jejich části, zanikají až spolu s dlužníkem.⁵ Oddlužení je naopak spojeno s možným osvobozením dlužníka od placení zbývající části závazků v případě, že dojde k řádnému a včasnému splnění povinností podle schváleného způsobu oddlužení. Rozhodnutí o osvobození od placení zbývající části pohledávek vydává insolvenční soud a činí tak výhradně na návrh dlužníka. V případě následného dobrovolného splnění dlužníkem se ovšem nedá mluvit o bezdůvodném obohacení, neboť lze mít za to, že pohledávka přetrvává ve formě naturální obligace.

Vzhledem k tomu, že by výše nastíněná novace pohledávek všech věřitelů dlužníka mohla svádět k tomu, že reorganizace může určitým způsobem poškozovat zájmy dlužníkůvých věřitelů. Tato myšlenka samozřejmě odporuje jak základním zásadám insolvenčního řízení, kdy insolvenční řízení musí být vedeno tak, aby žádný z účastníků nebyl nespravedlivě poškozen nebo nedovoleně zvýhodněn a aby se dosáhlo rychlého, hospodárného a co nejvyššího uspokojení věřitelů a taktéž nelze práva věřitele nabytá v dobré víře před zahájením insolvenčního řízení omezit rozhodnutím insolvenčního soudu ani postupem insolvenčního správce, nestanoví - li IZ jinak⁶, tak celé koncepci vedení reorganizace.

3.2 POVOLENÍ REORGANIZACE

Dle stávající právní úpravy můžeme rozlišovat dvě základní formy reorganizace, a to reorganizaci standardní a reorganizaci vedenou ve zkrácené formě.

Základními kritérii pro standardní reorganizaci je splnění dvou kritérií, a to kritéria obrátového a kritéria počtu zaměstnanců, přičemž postačí jen naplnění jednoho z nich. Dlužník tedy může žádat o standardní reorganizaci, pokud celkový obrát dlužníka podle zvláštního právního předpisu za poslední účetní období předcházející insolvenčnímu návrhu dosáhl alespoň částku 100.000.000 Kč, nebo zaměstnává-li dlužník nejméně 100 zaměstnanců v pracovním poměru.⁷ Při této formě reorganizace je sestavován reorganizační plán až po povolení reorganizace insolvenčním soudem, a to v poměrně benevolentní lhůtě, která může být prodloužena až na 240 dní od rozhodnutí o povolení reorganizace.⁸

⁵ § 311 IZ

⁶ § 5 písm. a) a c) IZ

⁷ § 316 odst. 4 IZ

⁸ § 339 odst. 1) IZ

Vzhledem k tomu, že by bylo neúčelné zcela vyloučit možnost záchrany podnikatelů, kteří nesplňují výše uvedená kritéria standardní reorganizace, IZ nabízí možnost tzv. zkrácené formy reorganizace.⁹ Tento postup nastíněný v § 316 odst. 5 otvírá možnost reorganizace i pro drobnější podnikatele, ovšem za předpokladu, že dlužník společně s insolvenčním návrhem nebo nejpozději do 15 dnů po rozhodnutí o úpadku předložil insolvenčnímu soudu reorganizační plán přijatý alespoň polovinou všech zajištěných věřitelů počítanou podle výše jejich pohledávek a alespoň polovinou všech nezajištěných věřitelů počítanou podle výše pohledávek. Podle tohoto je dlužník povinen zajistit a předložit soudu

- a) vypracování reorganizačního plánu,
- b) souhlas alespoň poloviny zajištěných věřitelů,
- c) souhlas alespoň poloviny nezajištěných věřitelů,

a to ve lhůtě 15 dní po rozhodnutí o úpadku. Vzhledem k výše zmíněné standardní reorganizaci je jasné, že se zde otvírá propast mezi podmínkami jednotlivých podnikatelů snažících se o záchranu svého podnikání. Ač se může jednat o vcelku radikální názor, že toto ustanovení IZ nepřímou kontruje jedné ze zásad insolvenčního řízení, které podle IZ musí být vedeno tak, aby žádný z účastníků nebyl nespravedlivě poškozen nebo nedovoleně zvýhodněn a aby se dosáhlo rychlého, hospodárneho a co nejvyššího uspokojení věřitelů. Nadto statistika hovoří vcelku jasně, do poloviny roku 2010 došlo od účinnosti zákona ke schválení pouhých dvou desítek reorganizačních plánů, s tím, že pouze jediná dlužník nesplňoval podmínky pro standardní reorganizaci a byl schopen naplnit kritérium zkrácené reorganizace.

O povolení reorganizace na návrh dlužníka nebo přihlášeného věřitele následně rozhoduje insolvenční soud, a to zejména s ohledem na splnění obsahových náležitostí návrhu a na dobrou víru navrhovatele, že jsou nebo budou splněny všechny podmínky pro schválení reorganizačního plánu. O návrhu přihlášeného je nadto povinná hlasovat schůze věřitelů, která tak učiní po zprávě insolvenčního správce o hospodářské situaci dlužníka.

Pokud není insolvenční soud povinen návrh odmítnout, zamítnout, případně vzít na vědomí jeho zpětvzetí, rozhodne o povolení reorganizace.

3.3 REORGANIZAČNÍ PLÁN A JEHO PLNĚNÍ

⁹ S tímto pojmem operuje zejména publikace KOZÁK, J., BUDÍN, P., PACHL, L. Insolvenční právo aneb osobní bankroty začínají. Brno : Rašínova vysoká škola, 2008. s. 155

Přestože definice reorganizace hovoří o tom, že reorganizační plán schvaluje insolvenční soud, jsou to a priori věřitelé, kterým nechává IZ možnost hlasování o přijetí reorganizačního plánu. Pro účely hlasování jsou věřitelé děleni do jednotlivých skupin a to tak, aby v každé skupině byli věřitelé se zásadně shodným právním postavením a se zásadně shodnými hospodářskými zájmy, tedy podle principu *pari passu*.¹⁰ V souladu s tím tvoří skupiny věřitelů

- a) každý zajištěný věřitel zvlášť,
- b) nezajištění věřitelé,
- c) věřitelé, jejichž pohledávky nejsou reorganizačním plánem dotčeny, tedy nemění se jejich výše, splatnost ani další vlastnosti a práva s ní spojená,
- d) společníci a členové dlužníka, pokud není dlužník v úpadku pro předlužení.

Zcela bych se ztotožnila s výkladem Richtera,¹¹ který dovozuje, že věřitelé s pohledávkou za majetkovou podstatou a věřitelé s pohledávkou postavenou na roveň pohledávkám za majetkovou podstatou hlasovat nebudou, ač se reorganizačního plánu účastní. Jedním z pěti kumulativních podmínek schválení reorganizačního plánu soudem je totiž povinnost dlužníka uhradit pohledávky za majetkovou podstatou a pohledávky jim na roveň postavené ihned poté, co se reorganizační plán stane účinným, ledaže bylo mezi dlužníkem a příslušným věřitelem dohodnuto jinak.¹²

Je potřeba mít stále na paměti, že základním pravidlem všech sanačních řešení v rámci insolvenčního řízení je dosažení vyššího uspokojení věřitelů, než jakého by se jim dostalo při řešení úpadku konkursem. Toto pravidlo mohou věřitelé prolomit pouze svým souhlasem s tím, že budou uspokojeni v menším rozsahu.

Z hlediska IZ lze reorganizaci provést zejména prostřednictvím těchto opatření, a to:

- a) Restrukturalizací pohledávek věřitelů, spočívající v prominutí části dluhů dlužníka včetně jejich příslušenství nebo v odkladu jejich splatnosti,

¹⁰ Princip *pari passu* může být vykládán jako "bez preferencí." In: GARNER, B. a kol., *Black's Law Dictionary*, 9. Vydání, St. Paul: Thompson Reuters, 2009, s. 306

¹¹ RICHTER, T., *Insolvenční právo*, 1. Vydání, Praha: Wolter Kluwers 2008, s. 402

¹² § 348 odst. 1) písm. e)

- b) prodejem celé majetkové podstaty nebo její části anebo prodejem dlužníkovy podniku,
- c) vydáním části dlužnických aktiv věřitelům nebo převodem těchto aktiv na nově založenou právnickou osobu, ve které mají věřitelé majetkovou účast,
- d) fúzí dlužníka - právnické osoby s jinou osobou nebo převodem jeho jmění na společníka se zachováním nebo změnou práv třetích osob, připouštějí-li to právní předpisy o hospodářské soutěži,
- e) vydáním akcií nebo jiných cenných papírů dlužníkem nebo novou právnickou osobou podle písmene c) nebo d),
- f) zajištěním financování provozu dlužníkovy podniku nebo jeho části,
- g) změnou zakladatelského dokumentu nebo stanov anebo jiných dokumentů upravujících vnitřní poměry dlužníka.¹³

Kromě reorganizačního plánu je předkladatel povinen také zpracovat zprávu o reorganizačním plánu, kterou předkládá po schválení soudem minimálně 15 dní před konáním schůze o přijetí reorganizačního plánu. Podrobnosti poměrně rozsáhlé zprávy stanovuje příslušný prováděcí předpis.¹⁴

V případě schválení reorganizačního plánu je tento plán účinný od nabytí právní moci rozhodnutí o jeho schválení. Mimo výše nastíněnou změnou pohledávek věřitelů se s tímto okamžikem taktéž vážou další účinky stanovené IZ, a to zejména

- a) dispoziční oprávnění s majetkovou podstatou jsou přenesena v plné míře zpět na dlužníka, případě na osobu určenou reorganizačním plánem,
- b) obnovuje se výkon valné hromady nebo členské schůze,
- c) mění se podstatné dokumenty¹⁵ z hlediska činnosti dlužníka, pokud tak stanoví reorganizační plán,
- d) zanikají pohledávky, které se v insolvenčním řízení neuspokojují

¹³ § 341 IZ

¹⁴ Vyhláška 311/2007 Sb., o jednacím řádu pro insolvenční řízení a kterou se provádějí některá ustanovení insolvenčního zákona

¹⁵ Za takové dokumenty lze považovat zejména zakladatelské dokumenty, stanovy nebo jiné dokumenty upravující vnitřní poměry dlužníka.

e) lze provést výkon rozhodnutí nebo exekuci k vymožení pohledávky stanovené reorganizačním plánem.

Schválený reorganizační plán lze pochopitelně v průběhu reorganizace taktéž měnit, a to za předpokladu, že proponovaná změna povede k lepší splnitelnosti účelu reorganizace. Ke změně je vyžadován souhlas všech skupin věřitelů, nicméně vzhledem k možnému přijetí změny IZ konstruuje fikci, kdy se mlčící věřitel považuje za věřitele souhlasícího.

Optimálním vyústěním reorganizace je pochopitelně její splnění, které vezme soud na vědomí rozhodnutím, proti kterému není přípustné odvolání. Méně šťastnými řešeními je pak zrušení rozhodnutí o schválení reorganizačního plánu a rozhodnutí o přeměně reorganizace v konkurs, který spouští likvidační proces dlužníka.

4. ZÁVĚR

Tento příspěvek se snažil zejména o přiblížení procesů sanačních řešení dlužníka - podnikatele v souvislosti s přijetím nového insolvenční úpravy. Důraz byl kladen také na popis efektivity celého systému a reálných možností využití zákonné úpravy pro podnikatelské subjekty. Zejména faktická blokáce reorganizace pro drobnější podnikatele je pochopitelně nesmírná škoda, jak z hlediska ekonomických dopadů na jejich věřitele, kteří jsou nuceni se spokojit s mnohdy mizivým výtěžkem konkursu, tak z hlediska možného podnikatelského potenciálu dlužníka utopeného v konkursu. Podstatné je také zdůraznit, že reorganizace nese pro dlužníka taktéž značné daňové úlevy, které mohou být jedním ze spouštěcích mechanismů výdělečného podnikání. Proto bych byla určitě za možnost dvoukolejně regulace reorganizace stejně, jako je tomu u konkursu a jeho modifikaci v podobě nepatrného konkursu, a to zejména z hlediska naplnění zásady rychlosti řízení a co nejvyššího uspokojení věřitelů.

Literature:

- GARNER, B. a kol: Black's Law Dictionary, 9. vydání, St. Paul: Thompson Reuters, 2009, s. 1956, ISBN 978-0-314-19949-2
- KOZÁK, J., BUDÍN, P., DAMAN, A., et al. Insolvenční zákon a předpisy související: nařízení Rady (ES) o úpadkovém řízení : komentář. Praha : ASPI, 2008. 928 s. ISBN 978-80-7357-375-1.

- KOZÁK, J., BUDÍN, P., PACHL, L. Insolvenční právo aneb osobní bankroty začínají. Brno: Rašínova vysoká škola, 2008. 298 s. ISBN 978-80-87001-10-3.
- RICHTER, T. Insolvenční právo. Praha : ASPI, 2008. 472 s. ISBN 978-80-7357-329-4.

Contact – email

kristyna.chalupecka@law.muni.cz

VYBRANÉ EKONOMICKÉ ASPEKTY INSOLVENČNÍHO PRÁVA

JAKUB JUŘENA

Faculty of Law, Masaryk University (Civil Law), Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá vybranými ekonomickými aspekty insolvenčního práva se zaměřením na způsoby, kterými je dlužník schopen v rámci insolvenčního řízení podstatným způsobem ovlivňovat svou ekonomickou bilanci. Příspěvek se také zabývá zvláštní daňovou reglementací, která se dotýká subjektů zúčastněných na insolvenčním řízení.

Key words in original language

Insolvenční řízení; úpadek; konkurs; oddlužení; daň z přidané hodnoty; daň z příjmu.

Abstract

The article is focused on economical aspects of insolvency law from the perspective of an insolvency debtor. The debtor is able to significantly influent his financial balance by using provisions of insolvency law during the insolvency proceeding. The article is also concerned with selected tax aspects of insolvency law.

Key words

Insolvency proceeding; insolvency; bankruptcy; discharge of debts; income tax; value added tax.

Subjekty insolvenčního řízení v jeho průběhu disponují širokou škálou oprávnění i povinností. Krom toho musejí i v rámci tohoto zvláštního druhu civilního řízení pomýšlet na ekonomickou racionalitu svých aktivit. Snahou každého správného hospodáře je, aby jeho aktivity byly efektivní z pohledu vynaloženého úsilí, času a rovněž z pohledu ekonomického přínosu respektive v horším případě i ekonomického úbytku ve formě akceptované ztráty z té které činnosti. Normy insolvenčního řízení nabízí mnoho potencionálních způsobů, kterými subjekt znalý práva může ovlivňovat svou finanční bilanci. Na druhé straně samozřejmě existují v insolvenčním řízení i rizika, která mohou mít negativní dopad do hospodaření jednotlivých zúčastněných subjektů.

Tento příspěvek si klade za cíl analyzovat ustanovení insolvenčního zákona z pohledu potencionálních zdrojů příjmu dlužníka, vůči kterému je insolvenční řízení vedeno. Zároveň se hodlám zabývat i tím, kde dlužníkovi naopak v průběhu insolvenčního řízení hrozí nebezpečí ekonomické újmy.

Předně se tedy příspěvek věnuje mikroekonomickým dopadům insolvenčního zákona na dlužníka.¹ Skrze vybrané účetní a daňové souvislosti se příspěvek částečně zabývá i makroekonomickými aspekty insolvenčního práva.

Ekonomická stránka insolvenčního řízení z pohledu dlužníka

Subjekty insolvenčního řízení zákon č. 182/2009 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) (dále jen „IZ“ nebo „insolvenční zákon“) taxativně upravuje v § 9. Jsou jimi tedy insolvenční soud, dlužník, věřitelé, insolvenční správce, státní zastupitelství a likvidátor dlužníka. A contrario dovozujeme, že žádnému dalšímu subjektu v insolvenčním řízení postavení procesního subjektu nepřísluší.²

Dlužník je vedle insolvenčního soudu jediným subjektem insolvenčního řízení, jehož účast na insolvenčním řízení je nezbytná.³

V insolvenčním řízení se plně uplatňuje dispoziční zásada.⁴ Může být tedy zahájeno na návrh dlužníka nebo věřitele.⁵ Dlužník podnikatel má dle § 98 odst. 1 IZ povinnost podat na sebe insolvenční návrh poté, co se dozvěděl nebo při náležitě pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku a to bez zbytečného odkladu. To ovšem na rozdíl od dlužníka v likvidaci⁶ neplatí, pokud by u sebe dlužník zjistil úpadek ve formě předlužení.

Ustanovení, která při naplnění zákonných podmínek dlužníkovi přikazují, aby na sebe podal insolvenční návrh mají taktéž významný ekonomický rozměr a to nejen pro dlužníka, ale také pro věřitele. Dlužník v tomto

¹ Pokud z textu nevyplývá opak, používám pojmu dlužník ve smyslu insolvenčního zákona, nikoliv v jeho obecném smyslu.

² Kozák, J. et al: Insolvenční zákon a předpisy související: komentář, Praha: ASPI, 2008, s. 16.

³ Také věřitel se musí alespoň nepřímo insolvenčního řízení účastnit, aby mohly být naplněny zákonné znaky úpadku dle § 3 IZ. Jeho přímá aktivní účast jako subjektu insolvenčního řízení však nezbytná není. Není právní povinností věřitele si své pohledávky do insolvenčního řízení přihlašovat ani se jakkoliv jinak aktivně na řízení podílet. K osobě insolvenčního správce pro úplnost dodávám, že insolvenční řízení může být skončeno dříve, než je ustanoven do funkce, k tomu totiž obvykle dochází až momentem rozhodnutí o úpadku. Státní zastupitelství a likvidátora dlužníka je možné považovat z pohledu insolvenčního řízení za subjekty okrajové.

⁴ § 97 IZ

⁵ Mluvíme potom buď o dlužnickém nebo věřitelském návrhu na zahájení insolvenčního řízení.

⁶ § 98 IZ odst. 1 věta 2.

případě totiž odpovídá věřiteli za škodu opožděně podaným insolvenčním návrhem.⁷ Nejen ekonomicky je zde zajímavá otázka výše způsobené škody, kterou upravuje ustanovení § 99 odst. 2 IZ. Z právně pozitivistického hlediska je jednoznačné, že dlužník odpovídá za škodu kvantifikovanou rozdílem mezi uspokojením pohledávky věřitele v rámci insolvenčního řízení (které bylo opožděně zahájeno) a výší, ve které insolvenční správce pohledávku zjistí. Toto ustanovení je vzhledem k dlužníkovi dosti tvrdé. Reálná škoda je totiž vystižena rozdílem mezi skutečným uspokojením pohledávky a uspokojením, kterého by bylo docíleno v případě včasného podání insolvenčního návrhu. Není přitom možné automaticky vycházet z toho, že včasné podání insolvenčního návrhu znamená plné uspokojení pohledávek věřitelů. Zvolený způsob právní úpravy tak de facto sankcionuje dlužníka nad rámec skutečně způsobené škody. Důvodová zpráva úvahy o tom, proč byla výše škody zkonstruována tímto způsobem, mlčí. Přitom dostatečnou a spravedlivou motivaci pro dlužníka nebo i jiné k podání návrhu na zahájení insolvenčního řízení povinované osoby by bylo uložení škody ve výši reálně způsobené škody.

Dlužník (stejně tak i věřitel) jako insolvenční navrhovatel musí rovněž počítat s tím, že mu soud může uložit povinnost zaplatit zálohu na náklady insolvenčního řízení a to až do výše 50 000 Kč.⁸ Pokud insolvenční navrhovatel zálohu v soudem stanovené lhůtě nesloží, soud může začít částku vymáhat a v zahájeném řízení pokračovat nebo insolvenční řízení zastaví.⁹ Považuji za vhodné zde poukázat na fakt, že je-li řízení zahájené dlužnickým návrhem vinou navrhovatele zastaveno, není tím splněna jeho zákonná povinnost podat na sebe insolvenční návrh.¹⁰ Domnívám se, že je-li řízení zastaveno v důsledku nezaplacení soudem stanovené zálohy na náklady řízení, lze rozhodně konstatovat, že bylo řízení zastaveno právě vinou navrhovatele. Na případnou skutečnost, že dlužník již nedisponuje prostředky k pokrytí soudem stanovené zálohy, nelze brát ohled, neboť dlužník měl při náležitě pečlivosti při zvažování své solventnosti započítat do svého rozhodování i fakt, že soud po něm může v insolvenčním řízení zálohu na náklady řízení požadovat.

Rovněž účinky spojené se zahájením insolvenčního řízení může dlužník přímo využít k dosahování svých ekonomických cílů. Předně totiž

⁷ Krom dlužníka za takto vzniklou škodu rovněž odpovídají zákonní zástupci dlužníka, statutární orgán a likvidátor dlužníka (§ 98 odst. 2 IZ). Toto ustanovení představuje pozoruhodnou cestu, jak věřitelé mohou vydobýt své pohledávky, nejsou-li v rámci insolvenčního řízení z jejich pohledu dostatečně uspokojeny.

⁸ § 108 IZ. Záloha následně slouží k pokrytí prvotních výdajů insolvenčního správce.

⁹ § 108 odst. 2 IZ

¹⁰ § 98 odst. 3 IZ

zahájením insolvenčního řízení dochází k tomu, že na dlužníkův majetek nemůže být vykonána exekuce.¹¹ Dlužník tak může dočasně zachovat svou dispozici¹² k majetku a ten nadále obhospodařovat a dosahovat z něj ekonomického užítku dle svých záměrů.

Krátce je možné se zde zmínit o problematice šikanózních insolvenčních návrhů. Šikanózní insolvenční návrh má velmi negativní dopady do ekonomické sféry dlužníka. Dlužník je od zahájení insolvenčního řízení omezen v nakládání se svým majetkem.¹³ Podle dikce zákona lze dovozovat, že i kdyby chtěl dlužník po zahájení insolvenčního řízení uskutečnit transakce s pozitivními ekonomickými dopady (např. výhodně prodat svůj podnik) nemohl by tak učinit, neboť by podstatným způsobem měnil strukturu svého majetku.¹⁴

Ještě závažnější ekonomické důsledky má pro dlužníka stigmatizující nálepka „v insolvenčním řízení“, kterou je po zahájení insolvenčního řízení dlužník „obdařen“. Ta bude často dlužníkovi zhoršovat jeho pozici na trhu i průběh podstatných činností souvisejících s provozem dlužníkovy podniku, kterými mohou být vyjednávání o úvěrech a úvěrových podmínkách, získávání nových kontraktů, účast ve výběrových řízeních nebo např. vyjednávání o splatnosti faktur. Protistrana zmíněných operací si sice může z insolvenčního rejstříku sama udělat obraz o tom, na kolik je insolvenční návrh podložen a opodstatněn, nicméně to vyžaduje určitý čas a úsilí, relevantní informace mohou být prokázány nebo doloženy se značným opožděním po podání insolvenčního návrhu, navíc, jestliže dlužník není monopolem, bude často jednodušší i bezpečnější jednat s konkurencí, která v insolvenčním rejstříku jako dlužník nefiguruje.¹⁵

Je tedy patrné, že již samotné zahájení insolvenčního řízení má rozsáhlé ekonomické dopady do sféry dlužníka. Nejinak je tomu poté, kdy je rozhodnuto o způsobu řešení úpadku.

Konkurs odjímá dlužníkovi dispoziční oprávnění k majetkové podstatě a to přechází na insolvenčního správce.¹⁶ S majetkovou podstatou tedy nadále nakládá insolvenční správce a to ve smyslu § 244 IZ. Aktivita správce

¹¹ 109 odst. 1 písm. c

¹² Samozřejmě je v disponování omezen ustanovením § 111 IZ.

¹³ § 111 IZ

¹⁴ § 111 odst. 1 IZ

¹⁵ K problematice šikanózních insolvenčních návrhů blíže v příspěvku autora publikovaném ve sborníku konference Cofola 2010.

¹⁶ § 246 odst. 1 IZ

v souladu s tímto ustanovením IZ směřují k přeměně méně likvidních aktiv na aktiva nejlikvidnější, tedy peníze. Insolvenční správce zde nastupuje na pozici manažera majetkové podstaty.¹⁷ V případě složitějších majetkových celků (např. běžící podnik) může být pro správce dosti obtížné volit správnou strategii zpeněžování majetku. Z pohledu dlužníka zde nabývá významu § 37 IZ. Pokud by totiž dlužník zjistil, že správce při správě majetku v průběhu konkursu nepostupoval s odbornou péčí nebo porušil povinnosti stanovené IZ, a zároveň by počínáním správce vznikla dlužníkovi škoda, může se dlužník náhrady škody po správci domáhat.

Oddlužení

Ekonomicky zajímavou variantou způsobu řešení úpadku dlužníka je oddlužení. Oddlužení je právním institutem, který umožňuje, aby legální cestou došlo k přerozdělení majetku mezi dlužníka a jeho věřitele v neprospěch věřitele.¹⁸ Tak tomu samozřejmě nemusí být vždy, neboť se i v praxi vyskytují případy, kdy jsou při oddlužení věřitelé uspokojeni v plné míře.¹⁹ Nicméně obecně platí, že při oddlužení musí být uspokojeno 30% pohledávek přihlášených věřitelů. 30% pohledávek zde však nepředstavuje žádnou maximu. Jediné maximum, které při oddlužení existuje, je dáno 100% uspokojením přihlášených pohledávek.

Z pohledu bilance dlužníka to znamená, že je dlužník při oddlužení legální cestou schopen snížit svá pasiva i více než o 70%. V praxi se totiž často stává, že věřitelé, kteří se poskytováním úvěrů nevěnují profesionálně, nezaregistrují zahájení insolvenčního řízení a nestihnou své pohledávky do insolvenčního řízení přihlásit v zákonné lhůtě. Nicméně i od těchto nepřihlášených pohledávek je věřitel po splnění oddlužení osvobozen.²⁰ Je vhodné dodat, že pohledávky nezanikají, ale nadále přetrvávají jako naturální obligace.

¹⁷ Obdobně Richter, T: Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 159 an.

¹⁸ To odpovídá koncepci oddlužení jako sanačního způsobu řešení úpadku, přičemž účelem je zde poskytnout úpadci možnost k návratu do ekonomického i sociálního života a to i na úkor původních nároků jeho věřitelů. Stát zde do určité míry chrání i své ekonomické zájmy, neboť subjekt, jenž projde oddlužením a je osvobozen od svých dluhů je pro futuro motivován k budování svých příjmů (které se následně stávají předmětem zdanění) i k celkovému zapojení do ekonomického ale i jiného fungování společnosti.

¹⁹ A k tomu si na svou zákonnou odměnu samozřejmě po dobu trvání účinků schválení oddlužení přijde i insolvenční správce.

²⁰ § 414 odst. 2 IZ

Pro účely posouzení otázky, zdali je oddlužení dlužníka pro něj ekonomicky výhodné, je nutné si rovněž uvědomit, že existují různé způsoby řešení oddlužení. Pokud by na sebe dlužník v úpadku podal návrh na zahájení insolvenčního řízení, přičemž by zároveň disponoval majetkem, který svou hodnotou převyšuje výši jeho pohledávek, bystrý věřitel by při hlasování o způsobu oddlužení hlasoval pro oddlužení zpeněžením majetkové podstaty. Majetek věřitele by se téměř jistě následně prodal za nižší než tržní cenu, ze zbytku by se odečetly náklady insolvenčního správce na správu dlužníkovy majetku, jeho odměna, případně odměna dražitele a uspokojili by se věřitelé. Zůstatek by sice připadl dlužníkovi, nicméně s ohledem na výše uvedené by určitě byl nižší, než kdyby dlužník prodal svá aktiva za tržní ceny a věřitele sám vyplatil mimo insolvenční řízení.

Oddlužení tedy může mít pro věřitele značný ekonomický přínos, nicméně je nutné zvažovat, kdy se dlužníku opravdu vyplatí. Rovněž je nutné vyhodnotit riziko přeměny oddlužení v konkurs. To hrozí pokud insolvenční soud návrh na povolení oddlužení odmítne, vezme na vědomí jeho zpětvzetí nebo jej zamítne,²¹ neschválí oddlužení²² nebo schválené oddlužení zruší.²³ Dalším rizikem se závažnými nepříznivými ekonomickými dopady pro dlužníka je odejmutí nebo zánik osvobození od placení pohledávek.²⁴

Vybrané daňové aspekty insolvenčního práva

Ústředním²⁵ pojmem insolvenčního práva je úpadek, který se samozřejmě vztahuje právě na osobu dlužníka. Obsah pojmu úpadek má své významné ekonomické aspekty.

Předlužení je forma úpadku, která se týká jen právnických osob (bez ohledu na to, jestli jsou nebo nejsou podnikateli) a fyzických osob podnikatelů.²⁶ Z účetního hlediska se jedná o poměrování aktiv a pasiv dlužníka s tím, že musí být rovněž naplněn předpoklad mnohosti věřitelů. Aktiva zde zákonodárce označuje slovem majetek. Aktiva nemusejí být počítána v aktuální hodnotě. Pokud lze předpokládat další provoz podniku je možné

²¹ § 396 odst. 1 IZ

²² § 405 odst. 2 IZ

²³ § 418 odst. 1 IZ

²⁴ § 417 IZ

²⁵ O čemž rovněž vypovídá plný název IZ- o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)

²⁶ § 3 odst. 3 IZ

počítat s budoucí hodnotou. Možnost tímto způsobem pracovat i se závazky zde ovšem zákonem explicitně dána není.

Závazky dlužníka vystupují jednak jako náklady v účetnictví dlužníka a také jako výnosy v účetnictví věřitele. Uvedené má potom logicky své důsledky do stanovení výše daňové povinností dlužníka i věřitele. Nastává zde klasický problém, kdy je věřitel, který vede účetnictví, povinen platit daň z příjmů i z účetních příjmů, které nebyly dlužníkem skutečně zaplacený.

Obdobný problém nastává u daně z přidané hodnoty. Věřitel- plátce DPH, jenž má pohledávky vůči dlužníku v úpadku, odvádí daň z veškerého svého zdanitelného výstupu. I když dlužník svůj závazek nezplatí, věřitel se své povinnosti odvádět DPH na výstupu nezbaví.

Oba problémy zmíněné v předchozích odstavcích mohou způsobovat rozmáhání tzv. druhotné platební neschopnosti, kdy ekonomický subjekt pozbývá životaschopnost z toho důvodu, že mu nebyly řádně uhrazeny jeho pohledávky. Roztáčení této spirály má samozřejmě negativní vliv na podnikatelské prostředí potažmo celkovou makroekonomickou situaci daného státu. Důsledky se projevují negativním vývojem makroekonomických veličin- snižování kupní síly obyvatelstva, krachy podniků, zvýšená míra nezaměstnanosti, deflační tlaky, snižování životní úrovně atd.

Rozhodnutí o úpadku nasvědčuje o ekonomické situaci dlužníka, zejména o jeho platebních schopnostech a pravděpodobnosti plného uspokojení pohledávek jeho věřitelů. Jednotlivé způsoby řešení úpadku sledují do jisté míry rozdílné cíle. Tyto fakta respektují i daňové předpisy. V návaznosti na výše uvedené se zde hodlám zabývat tím, jak je probíhající řízení promítnuto do zákona o dani z příjmu, zákona o dani z přidané hodnoty a zákona o tvorbě rezerv.

Insolvenční řízení v zákoně o dani z příjmu

Co se týče úpravy zákona č. 596/1992 Sb., o daních z příjmů (dále jen „ZDP“) jsou optikou dlužníka fyzické osoby důležitá ustanovení § 4 odst. 1 písm. x) a zn). Podle prvního ustanovení jsou od daně z příjmů osvobozeny příjmy plynoucí z odpisu závazků při reorganizaci nebo při oddlužení. Stát tímto způsobem podporuje koncepci reorganizace a oddlužení jako sanačního způsobu řešení úpadku s důrazem na oživení ekonomického potenciálu dlužníka.

Norma obsažená pod písmenem zn) se již týká pouze reorganizace. Od daně z příjmů zákon osvobozuje ty příjmy, jejichž zdrojem je podnikání nebo jiná samostatná výdělečná činnost za podmínky, že dlužníkovi plynou ve zdaňovacím období, v němž bylo rozhodnuto o povolení reorganizace a také v následujícím zdaňovacím období, pokud v něm nedošlo ke skončení

reorganizace.²⁷ I zde se jedná de facto o investici státu, která by se mu měla v budoucnu navrátit v podobě později vybraných daní souvisejících se zachováním ekonomické aktivity dlužníka. Analogická regulace pro osvobození příjmů právnických osob je obsažena v § 19 odst. 1 písm. h) a m) ZDP. Rozdíl je pouze v tom, že u právnických osob jsou osvobozeny příjmy z odpisu závazků při oddlužení a reorganizaci jen pokud jsou zaúčtovány podle z. č. 563/1991 Sb., o účetnictví ve prospěch výnosů.

I otázka placení daně z výnosů, které plynou z neuspokojených pohledávek za dlužníkem v insolvenčním řízení, je v ZDP řešena. Dlužníkům věřitel může jednak vytvářet opravné položky podle § 24 odst. 2 písm. i), který odkazuje na zákon č. 593/1992 Sb., o rezervách pro zjištění základu daně z příjmů (dále jen „ZOR“). Další možností je rovněž v souladu s § 24 odst. 2 písm. y) ZDP uplatnit v účetnictví jako výdaj celou jmenovitou hodnotu pohledávky za dlužníkem:

1. ,u kterého byl zrušen konkurs pro nedostatek majetku.

Zákon stanoví, že pohledávka musí být řádně přihlášena v insolvenčním řízení. Mohlo by se zdát, že se jedná o legislativní duplicitu, neboť požadavek řádného přihlášení pohledávky je podle § 8 ZOR nezbytný pro možnost vytváření opravných položek k pohledávkám za dlužníky v insolvenčním řízení. To se ale týká jen dlužníků s povoleným oddlužením.²⁸ Pokud byla schválena reorganizace, není třeba, aby pohledávka byla přihlášena v rámci insolvenčního řízení. Postačuje, že dlužník pohledávku uvede v seznamu závazků, který předkládá v souladu s § 319 odst. 1 písm. b) IZ.

2. ,u kterého byl osvědčen úpadek nebo hrozící úpadek.

Zde již zákonodárci vypadl požadavek řádného přihlášení pohledávky do insolvenčního řízení.

Pokud však hodlá věřitel tímto způsobem převádět do nákladů své pohledávky za dlužníkem v insolvenčním řízení, musí jeho pohledávka být výnosového charakteru. Kumulativně musí být splněno i to, že k dané pohledávce je možné současně tvořit opravné položky podle ZOR.

²⁷ Srovnej § 362 a následující IZ

²⁸ § 8 odst. 1 věta 2. ZOR a contrario

ZOR reguluje tvorbu opravných položek za dlužníky v insolvenčním řízení v § 8. Dle dikce 1. odstavce je možné tvořit opravné položky jen u pohledávek za dlužníky, u kterých je povoleno oddlužení nebo schválena reorganizace. Podle mého názoru zcela nelogicky zákon vyžaduje, aby bylo rozhodnutí o povolení oddlužení spojeno již s rozhodnutím úpadku. Domnívám se, že zde zákonodárce nedopatřením opomněl variantu, že oddlužení může být povoleno i po rozhodnutí o úpadku.²⁹

Insolvenční řízení v zákoně o DPH

Analýzou zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (dále jen „ZDPH“) zjišťujeme, že de lege lata není problematika placení DPH z dlužníkem v insolvenčním řízení nehraných zdanitelných plnění řešena. Připravovaná novela ZDPH s předpokládanou účinností k 1. 1. 2011 již situaci řeší. V důvodové zprávě k novele se dočítáme, že se jedná o novelu protikrizovou. Vzhledem k tomu, že se v současné době již hovoří spíše o oživování domácí i celosvětové ekonomiky, jde zákonodárce tak říkajíc s křížkem po funusu. Nicméně i tak je nutné chystanou úpravu hodnotit kladně, neboť i do budoucna bude mít pozitivní efekt pro ekonomicky činné subjekty, potažmo ekonomice celkově prospívat.³⁰ Připravované znění § 44 konstruuje podmínky, za kterých si věřitel může upravovat (snižovat) daň na výstupu. Pozoruhodným předpokladem snižování daně na výstupu je, že musí být rozhodnuto o způsobu řešení úpadku dlužníka. Domnívám se, že relevantním momentem by spíše měl být ten, ve kterém je vydáno rozhodnutí o úpadku. Tomuto názoru nasvědčuje i fakt, ZDPH de lege lata ani chystaná novela dále nijak nerozlišují mezi jednotlivými způsoby řešení úpadku. Z pohledu DPH ani IZ nestanovuje pro jednotlivé způsoby řešení úpadku rozdílné režimy. Žádný ze způsobů řešení úpadku apriori dle mého ani nezaručuje lepší uspokojení věřitelů než způsoby ostatní. Logika požadavku rozhodnutí o způsobu řešení úpadku mi tedy zůstává skryta.

Je na místě zde ještě říci, že ZDPH v § 99 odst. 11 definuje jednotlivá zdaňovací období v průběhu insolvenčního řízení. Zákon rovněž stanovuje, že po rozhodnutí o úpadku je ex lege zdaňovacím obdobím plátce kalendářní měsíc. § 101 odst. 2 ZDPH stanovuje v souvislosti s insolvenčním řízením zvláštní lhůty k podání daňového přiznání.

Shrnutí

²⁹ § 149 odst. 2 IZ

³⁰ Pokud ovšem ekonomický přínos nebude převážen zneužíváním chystané novely.

Insolvenčního práva znalý dlužník je schopen v rámci insolvenčního řízení podstatným způsobem ovlivňovat svou ekonomickou bilanci tak, že aplikuje ustanovení, která mohou mít podstatné dopady na jeho příjmy (respektive snížení závazků), a také tím, že eliminuje ekonomická rizika, která v rámci insolvenčního řízení hrozí.

Úpadek subjektu značí o jeho ekonomické situaci, což je spolu s účely insolvenčního řízení respektive s účely sledovanými u jednotlivých způsobů řešení úpadku reflektováno do daňových předpisů. Příspěvek se stručně zabývá i zvláštní daňovou reglementací, která se dotýká subjektů zúčastněných na insolvenčním řízení.

Literature:

- Kozák, J. et al: Insolvenční zákon a předpisy související: komentář.
Praha: ASPI, 2008, 928 s. ISBN: 978-80-7357-375-1
- Richter, T: Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 472 s.
ISBN: 978-80-7357-329-4

Contact – email

165820@mail.muni.cz

DAŇOVÉ PRÁVO - PROSTRIEDOK BOJA PROTI DOPADOM EKONOMICKEJ KRÍZY

MICHAL KARABINOS

Faculty of Law, Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Department of
Financial Law and Tax Law, The Slovak Republic

Abstract in original language

Autor sa v príspevku zaoberá významom daňového práva, ako samostatného právneho odvetvia slovenského práva, v čase ekonomickej krízy. Príspevok je rozdelený do dvoch častí. V prvej časti autor venuje pozornosť daňovým inštitútom, ktoré boli prijaté v roku 2009 na zmiernenie dôsledkov finančnej krízy. V druhej časti autor opisuje súčasne makroekonomické ukazovatele Slovenskej republiky, ktoré sú výrazne poznamenané finančnou krízou. Autor sa zaoberá nevyhnutnými daňovými zásahmi, ktoré sú týchto dňoch prijímané na zlepšenie finančného hospodárenia Slovenskej republiky.

Key words in original language

Daňové právo; ekonomická kríza; finančné hospodárenie Slovenskej republiky.

Abstract

The author discusses the importance of tax law of the Slovak Republic as a separate legal law branch, in times of economic crisis. The article is divided into two parts. In the first part the author pays attention to tax institutes, which were adopted in 2009 to mitigate the impact of financial crisis. In the second part the author describes the current macroeconomic indicators of the Slovak Republic, which have been strongly affected by the financial crisis. The author deals with the necessary fiscal interventions, which are being adopted these days to improve the financial management of the Slovak Republic.

Key words

Tax law; economic crisis; financial management of the Slovak republic.

1. ÚVOD

Podobne ako iné štáty sveta, aj Slovenskú republiku posledné obdobie zužuje celosvetová ekonomická kríza. Štát, ako nositeľ verejnej moci, má však povinnosť upravovať spoločenské vzťahy tak, aby aj v čase krízy sa životná úroveň jeho občanov drasticky neznížila, ale zároveň je povinný nazeráť aj na svoje záujmy t.j. zodpovedne regulovať finančnú politiku. Najdôležitejším nástrojom, ktorý má štát k dispozícii na boj proti dopadom krízy, je právo. Keďže ekonomická kríza sa najviac prejavuje vo finančnej sfére spoločenského života, do popredia sa teda dostáva využívanie inštitútov finančného práva a daňového práva. Práve aplikáciou právnych

aktov týchto dvoch samostatných právnych odvetví slovenského práva, môže Slovenská republika na jednej strane znížiť daňové zaťaženie obyvateľstva v čase krízy (úloha daňového práva), avšak na druhej strane musí sledovať a predvídať makroekonomické ukazovatele hospodárenia štátu (úloha finančného práva).

V tomto príspevku chcem poukázať na právne prostriedky, ktoré Slovenská republika na boj proti dopadom krízy prijala, ich ciele a spôsob akým sa realizovali. Priestor však dostanú aj daňové zásahy, ktoré v súčasnom období sú bodom sváru, keďže zvyšujú daňové zaťaženie obyvateľstva z dôvodu nutnosti znižovania štátneho deficitu a verejného dlhu.

2. ZMENY V PROSPECH OBČANOV SR

Zvýšenie nezdaniteľnej časti základu dane z príjmov

Na jar 2009 vláda SR prijala balíček proti krízovým opatrením, ktorý následne schválila NR SR. Jednou z najvýznamnejších zmien v daňovej oblasti bola novela zákona o dani z príjmov, ktorou došlo k zvýšeniu nezdaniteľnej časti základu dane z príjmov. V prvom rade je potrebné vymedziť pojem nezdaniteľná časť základu dane, ktorú chápeme ako zákonom stanovené peňažné čiastky, ktoré sa od základu dane odpočítavajú¹, resp. ak osoba túto sumu nedosiahne, nevzniká jej vlastná daňová povinnosť. Tento inštitút sa uplatňuje len pri príjmoch fyzických osôb. Tieto čiastky stanovuje zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v § 11. Pri výpočte týchto súm sa vychádza zo sumy platného životného minima.

Novela doplnila zákon o dani z príjmov o prechodné ustanovenie § 52g, ktoré nám určuje nový výpočet na vypočítanie nezdaniteľnej časti základu dane pre zdaňovacie obdobia 2009 a 2010. Výška tejto peňažnej čiastky je závislá od veľkosti daňového základu daňovníka.

Podľa pôvodného ustanovenia §11 zákona o dani z príjmov sa nezdaniteľná časť základu dane vypočítala ako 19,5-násobok sumy platného životného minima, ak sa základ dane daňovníka rovná alebo je nižší ako 100-násobok sumy platného životného minima. Ak je jeho základ dane vyšší, potom nezdaniteľná časť základu dane ročne na daňovníka je suma zodpovedajúca rozdielu 44,2-násobku platného životného minima a jednej štvrtiny základu dane.

Po prijatí novely zákona, platnej od 1.3.2009, nezdaniteľnou časťou základu dane je suma zodpovedajúca 22,5-násobku sumy platného životného minima, ak základ dane daňovníka sa rovná alebo je nižší ako 86-

¹ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010 s. 281

násobok sumy platného životného minima (15 387, 12 eur), t. j. ak príjem daňovníka v zdaňovacom období nepresiahol sumu 15 387, 12 eur, môže si uplatniť nezdaniteľnú časť základu dane v plnej výške (4025, 7 eur). Ak jeho daňový základ je vyšší, potom nezdaniteľná časť základu dane ročne na daňovníka je suma zodpovedajúca rozdielu 44-násobku platného životného minima (7 872, 48 eur) a jednej štvrtiny základu dane. Ak daňovník dosiahne základ dane 31 489, 92 € a viac, tak nezdaniteľná časť na daňovníka je nula. Túto sumu niektorí nazývajú aj ako miliónárskou daňou, keďže po jej prekročení nemajú nárok na zníženie svojho základu dane týmto inštitútom.

Daňové zvýhodnenie sa týka aj výpočtu nezdaniteľnej časti základu dane pre manžela (manželku) daňovníka, ktorý žije s daňovníkom v jednej domácnosti. Ak daňovník dosiahne daňový základ, ktorý sa rovná alebo je menší ako 176-násobok sumy platného životného minima (31 489, 92 eur) a jeho manželka (manžel) nemá vlastný príjem, nezdaniteľná časť základu dane ročne na manželku (manžela) je suma zodpovedajúca 22,5-násobku platného životného minima. Ak však manželka (manžel) má vlastný príjem, ktorý je však menší ako 22,5-násobok sumy platného životného minima, nezdaniteľná časť základu dane ročne na manželku (manžela) je rozdiel medzi sumou zodpovedajúcou 22,5-násobku platného životného minima a vlastným príjmom manželky (manžela). Ak vlastný príjem manželky (manžela) je vyšší ako 22,5-násobok platného životného minima, potom hodnota nezdaniteľnej časti základu dane ročne na manželku (manžela) sa rovná nule. Takýto výpočet sa uplatňoval, ak daňový základ daňovníka bol rovný alebo menší ako 176-násobok platného životného minima. Ak však jeho daňový základ je vyšší ako táto suma a manželka (manžel) nemá vlastný príjem, nezdaniteľná časť základu dane ročne na manželku (manžela) sa vypočíta ako rozdiel 66,5-násobku platného životného minima a jednej štvrtiny základu dane tohto daňovníka (ak však manželka (manžel) daňovníka má vlastný príjem, táto suma sa znižuje ešte o tento príjem). Ak takto vypočítaná hodnota je menšia ako nula, nezdaniteľná časť základu dane ročne na daňovníka sa rovná nule.

Pre úplnosť treba spomenúť, že v súčasnosti suma platného životného minima je 185,38 eura na jednu plnoletú fyzickú osobu (platné od 1.7.2010), avšak pri výpočte nezdaniteľnej časti základu dane sa bude vychádzať zo životného minima platného ku dňu 1.1.2009 (178, 92 eura). Vláda tak „zmrazila“ navýšenie nezdaniteľnej časti základu dane na rok 2010 oproti roku 2009, keďže v októbri 2009 prijala ďalšiu novelu zákona o dani z príjmov, ktorou stanovila, že „Na výpočet nezdaniteľných častí základu dane podľa § 52g ods. 1 sa za zdaňovacie obdobie roka 2010 použije životné minimum platné k 1. januáru 2009 v sume 178, 92 eura“. Po prvýkrát od roku 2004 – od prijatia daňovej reformy – sa nezdaniteľná časť základu dane nezvyšovala, hoci sa pôvodne mala zvýšiť na 4166,78 €. Považujem za dôležité upozorniť, že aj napriek použitiu tejto sumy životného minima, nezdaniteľná časť základu dane na rok 2010 je vyššia,

ako keby platila všeobecná úprava ustanovená v § 11 zákona o dani z príjmov.

Po uplynutí účinnosti ustanovenia § 52g zákona o dani z príjmov sa opäť začne uplatňovať výpočet nezdaniteľnej časti základu dane podľa § 11.

Na záver je potrebné dodať, že podľa návrhu opatrenia Ministerstva práce, sociálnych vecí a rodiny o sume životného minima a s prihliadnutím na výpočet nezdaniteľnej časti základu dane v roku 2011 podľa §11 zákona o dani z príjmov dôjde k zníženiu tejto sumy z terajších 4025,7 eur na 3559,3 eura.

základ dane	nezdaniteľná časť základu dane
≤ 15 387, 12 eur	4025, 7 eur
> 15 387, 12 eur	7872, 48 eur – ¼ základu dane
> 31 489, 92 eur	0 eur

Tabuľka č. 1: Zvýšené hodnoty nezdaniteľnej časti základu dane pre zdaňovacie obdobia 2009 a 2010

Zavedenie zamestnaneckej prémie

Ďalším inštitútom, ktorý bol zavedený začiatkom roka 2009 ako súčasť proti krízových opatrení, je zamestnanecká prémie. Tento prostriedok boja proti ekonomickej kríze bol ustanovený novelou (č. 563/2008 Z. z.) zákona dani z príjmov, keď bol vsunutý nový § 32a. Prvýkrát sa mohol použiť na príjmy v zdaňovacom období 2009.

Už z gramatického výkladu tohto pojmu vyplýva, že tento inštitút sa týka ľudí, ktorí pracujú v zamestnaneckom pomere. Na začiatku legislatívneho konania sa pracovalo s názvom „zamestnanecký bonus“, ale na podnet odborov došlo k premenovaniu na dnešnú zamestnaneckú prémie. Avšak ani pojem „prémia“ nie je práve najšťastnejší, keďže môže vyvolať mylnú predstavu u zamestnancov, že budú odmenení za zlepšenú pracovnú výkonnosť. Zamestnaneckú prémie si zamestnanci s nízkym zárobkom môžu uplatniť nie mesačne, ale až v ďalšom roku pri ročnom zúčtovaní dane za predchádzajúci rok.

Zamestnanecký bonus, nazývaný aj zápornou daňou, teda predstavuje daňové zvýhodnenie pre zamestnancov, ktorých základ dane (príjem znížený o poistné odvody) je nižší ako nezdaniteľná časť základu dane (4 025,7 eur). Do roku 2008 mal takýto zamestnanec daň nulovú. Po zavedení zamestnaneckej prémie takýto zamestnanec od štátu dostane sumu „zápornej dane“. Pre ľahšiu predstavu – od základu dane zamestnanca (príjem zamestnanca znížený o jeho poistné odvody) sa odpočíta suma

nezdaniteľnej časti na daňovníka a výsledok môže byť záporné číslo. Z tejto zápornej sumy sa vypočíta 19% a výsledok je záporná daň = zamestnanecká prémie, ktorú štát vyplatí zamestnancovi. Výška tejto sumy je však ohraničená – suma zamestnaneckej prémie by nemala presiahnuť sumu 157,04 eur za rok 2010 (v roku 2009 to bolo 181,03 eur).²

Nárok na zamestnaneckú prémie má teda osoba, ktorej príjmy plynú len zo závislej činnosti a to zo zamestnania. Ak takáto osoba dosiahne príjmy aj z iných činností (napr. podnikateľská činnosť, príjmy z prenájmu), stráca nárok na zamestnaneckú prémie. Na priznanie nároku na prémie však títo zamestnanci musia splňať ešte viacero podmienok, ktoré sú taxatívne stanovené v zákone. Azda najdôležitejšou je ich povinnosť poberať tieto príjmy aspoň 6 kalendárnych mesiacov, tieto príjmy musia pochádzať zo závislej činnosti uskutočnenej na území Slovenskej republiky, a tieto príjmy v úhrnnej výške musia dosiahnuť aspoň 6-násobok minimálnej mzdy. (v roku 2009 aspoň 1773 eur a v roku 2010 1846,2 eur). Zákon ďalej taxatívne menuje, aké iné príjmy zamestnanec nemôže poberať – napr. podiel zo zisku, nebude poberať príjem z obslužného, príjem za prácu ústavného činiteľa, príjmy za prácu likvidátora, nebude poberať dôchodok atď. Aj napriek splneniu všetkých zákonných podmienok však nárok na prémie nevznikne, ak ide o zamestnanca, na ktorého podporu udržania v zamestnaní sa v príslušnom zdaňovacom období poskytol príspevok podľa § 50e zákona č. 5/2004 Z. z. o službách zamestnanosti.³ Z týchto riadkov jasne vyplýva, že uplatniť si nárok na zamestnaneckú prémie nie je vôbec jednoduché.

Ak má zamestnanec príjem vo výške od 6-násobku minimálnej mzdy do 12-násobku minimálnej mzdy, má nárok na zamestnaneckú prémie v plnej výške. Ak jeho príjem je vyšší ako 12-násobok minimálnej mzdy, zamestnaneckou prémieou je suma vypočítaná percentuálnou sadzbou dane z príjmu z rozdielu sumy nezdaniteľnej časti základu dane podľa a základom dane.

príjem v roku 2010	zamestnanecká prémie
od 1846,2 eur do 3692,4 eur	157,04 eur
od 3692,4 eur (nie vyšší ako 4025,7)	19 % z (4025,7 eur – základ dane)

Tabuľka č.2: Zamestnanecká prémie za zdaňovacie obdobie 2010

² Jozef Mihál, Zamestnanecká prémie, dostupné z <http://blog.etrend.sk/mihalblog/2010/02/28/zamestnanecka-premia/>

³ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010 s. 283

Suma zamestnaneckej prémie sa alikvotne kráti, ak zamestnanec dosiahol zdaniteľné príjmy počas menej ako 12 mesiacov. Tu sa berú do úvahy aj také kalendárne mesiace, v ktorých zamestnanec dosiahol príjmy len na základe dohôd o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru.⁴

Zamestnaneckú prémieu za zdaňovacie obdobie 2009 získalo 78 125 zamestnancov. Celkovo si tak zamestnanci s nízkymi príjmami prilepšili podľa údajov zverejnených Daňovým riaditeľstvom SR o 10,2 mil. eur.⁵ Maximálna výška zamestnaneckej prémie za zdaňovacie obdobie 2009 predstavovala 181,03 eura. V tomto roku si budú môcť zamestnanci uplatniť prémieu v maximálnej výške 157,04 eur, avšak až v marci 2011 pri podávaní daňového priznania.

Zmeny v odpisovaní hmotného a nehmotného majetku

V balíku proti krízovým opatrením z roku 2009 bola zahrnutá aj novela zákona o dani z príjmov týkajúca sa odpisovania hmotného a nehmotného majetku. Odpisovaním rozumieme postupné zahrňovanie odpisov z hmotného a nehmotného majetku do daňových výdavkov, ktorý je účtovaný alebo evidovaný a je používaný na zabezpečenie zdaniteľných príjmov. U daňovníka sa odpisovanie hmotného a nehmotného majetku chápe ako jeho právo o tento náklad znížiť zdaniteľný príjem.⁶

Samotná zmena spočíva v ocenení dlhodobého hmotného majetku a nehmotného majetku na nové vyššie hranice. Do 1. marca 2009 bol dlhodobý hmotný majetok charakterizovaný ako samostatné hnutelné veci, prípadne súbory hnutelných vecí, ktoré majú samostatné technicko-ekonomické určenie, ktorých vstupná cena je vyššia ako 996 eur a prevádzkovo-technické funkcie dlhšie ako jeden rok. Novela navýšila túto sumu na 1 700 eur. Podobná zmena sa týka aj dlhodobého nehmotného majetku, za ktorý sa považujú napr. práva priemyselného vlastníctva, autorské práva a práva súvisiace s autorskými právami, ak ich vstupná cena je vyššia ako 2 400 eur a majú prevádzkovo-technické funkcie alebo použiteľnosť dlhšiu ako jeden rok. Pred novelou ich vstupná cena bola na hranici sumy 1660 eur.

⁴ Jozef Mihál, Zamestnanecká prémie, dostupné z

<http://blog.etrend.sk/mihalblog/2010/02/28/zamestnanecka-premia/>

⁵ Zamestnanecká prémie bude tento rok nižšia, dostupné z

http://peniaze.pravda.sk/zamestnanecka-premia-bude-tento-rok-nizsia-f2h-/sk-pstat.asp?c=A100517_110656_sk-pstat_p45

⁶ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010 s. 299

Význam navýšenia týchto súm pre daňovníka spočíva v tom, že hmotný majetok do sumy 1700 eur a nehmotný majetok do sumy 2400 eur môže jednorázovo zaradiť do daňových výdavkov. Ak však hmotný alebo nehmotný majetok prekročí tieto sumy, daňovník pre zníženie svojho zdaniteľného príjmu použije postupné odpisovanie tohto majetku.

Ďalšia zmena v tejto oblasti sa týka aj preradenia určitých druhov hmotného majetku do nižších odpisových skupín za účelom podpory podnikania, t. j. sa zníži doba ich odpisovania a zvýšia sa každoročné odpisy z tohto majetku. Z 2. odpisovej skupiny do 1. odpisovej skupiny boli presunuté najmä výrobné technológie – napríklad stroje pre potravinársky, textilný, odevný priemysel, tlačiarenské stroje a z 3. odpisovej skupiny boli preradené do 2. odpisovej skupiny napríklad zdvíhacie a manipulačné zariadenia, elektrické rozvodné a ovládacie zariadenia.⁷

Pre úplnosť treba dodať, že rozlišujeme 4 odpisové skupiny a poznáme rovnomerné a zrýchlené odpisovanie majetku.

Spotrebované pohonné látky ako daňové výdavky

So znižovaním svojich zdaniteľných príjmov súvisí aj zmena v uplatňovaní daňových výdavkov na spotrebované pohonné látky v súvislosti s používaním motorových vozidiel. Podľa novely účinnej od 1.3.2009 si daňovník môže vybrať uplatňovanie paušálnych výdavkov na spotrebované pohonné látky do výšky 80 % z celkového preukázateľného nákupu pohonných látok za príslušné zdaňovacie obdobie primeraného počtu najazdených kilometrov podľa stavu tachometra na začiatku a na konci príslušného zdaňovacieho obdobia pre každé motorové vozidlo samostatne. Zo znenia zákona vyplýva, že daňovník v evidencii o daňových výdavkov, pre každé vozidlo samostatne, musí zaznamenať stav tachometra na začiatku a na konci zdaňovacieho obdobia. Nákup pohonných látok po prepočítaní spotreby musí byť primeraný počtu najazdených kilometrov podľa tachometra.⁸ Netreba však zabúdať, že jazdy daňovníka na jeho súkromné účely nemôžeme ani po tejto novele považovať za daňový výdavok, keďže neslúžia na dosiahnutie, udržanie alebo zabezpečenie jeho príjmu, teda paušálne výdavky možno využiť len z tých ciest, ktoré boli využívané na podnikateľské účely.

⁷ Príloha č. 1 zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov je vypracovaná na základe novej klasifikácie produktov vydanéj Nariadením Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 451/2008 z 23. apríla 2008

⁸ Vyššie odpisy možno použiť od marca, dostupné z <http://hnonline.sk/c1-36810520>

3. PLÁNOVANÉ ZÁSAHY DO DAŇOVÝCH INŠTITÚTOV

Všetky mnou spomínané daňové zásahy boli prijaté vládou koalíciou pod vedením Róberta Fica. Tieto prostriedky boli prijímané v prospech daňovníkov, t.j. na úkor štátneho rozpočtu a rozpočtu územných samospráv. V dôsledku samotnej krízy a zároveň v dôsledku opatrení, ktoré umožňujú znížiť daňové zaťaženie daňovníkov, sa však výrazne zhoršil stav verejných financií Slovenskej republiky. Mám na mysli hlavne ukazovatele verejného dlhu a deficitu verejných financií Slovenskej republiky (viď tabuľka č. 3). Slovensko v roku 2008 splnilo prísne konvergenčné kritéria na prijatie spoločnej európskej meny, avšak od tohto obdobia sa naplno prejavili dôsledky krízy.

Tabuľka 3: Verejný dlh a deficit Slovenska, 2006 – 2010

Hodnotený údaj / rok	2006	2007	2008	2009	2010
Verejný dlh / HDP	30,46%	29,33%	27,69%	35,66%	39,36%
Deficit / HDP	-3,46%	-1,86%	-2,30%	-6,77%	-7,80%

Zdroj: Štatistický úrad SR. Údaj za rok 2010 predstavuje odhad Ministerstva financií.

Podľa posledných informácií deficit verejných financií v roku 2010 dosiahne hranicu 7,8 % HDP, čo je o vyše 2 % viac ako sa predpokladalo. Práve na tento stav verejných financií poukazuje súčasná vládna koalícia, ktorá sa sformovala po tohtoročných júnových voľbách. Od začiatku sa deklaruje snaha o zvýšenie príjmov do štátneho rozpočtu a zároveň o škrty na strane výdavkov. Najvýznamnejšie príjmy štátneho rozpočtu sú daňové príjmy, takže hlavne zmeny v oblasti daní majú prispieť k navýšeniu príjmov do štátneho rozpočtu. Snahou je stlačiť deficit verejných financií pod úroveň troch percent HDP, k čomu by podľa predbežných odhadov mohlo dôjsť v roku 2013. Plány na budúci rok rátajú s deficitom na úrovni 4,9 % HDP. V roku 2011 sa očakáva navýšenie príjmov o 800 miliónov eur a zníženie výdavkov o 900 miliónov eur. Celá úspora sa dá vyjadriť ako 2,5 % HDP.

Vládna koalícia sa už na zmenách dohodla, návrhy týchto noviel sú v súčasnosti na rokovaníach v NR SR, ale všeobecne sa očakáva ich prijatie.

Chcem podotknúť, že spomeniem len tie najvýznamnejšie zmeny, u ktorých je predpoklad, že prinesú výrazné navýšenie príjmovej stránky rozpočtu.

Zmeny týkajúce sa dane z príjmov

1. Pri uplatňovaní daňových výdavkov môžeme postupovať dvoma spôsobmi. Buď uplatníme výdavky preukázateľne vynaložené na základe predložených dokladov o platení alebo uplatníme výdavky v stanovenej paušálnej sume. A práve dôležitá zmena nastáva pri uplatňovaní paušálnych výdavkov. V súčasnosti poznáme 3 úrovne paušálnych výdavkov – 25 % pri príjmoch z príležitostnej poľnohospodárskej výroby, lesného a vodného hospodárstva, 60 % ak daňovník dosahoval príjmy len z vykonávania remeselnej činnosti a 40 % pri ostatných príjmoch⁹. Po prijatí novely zákona o dani z príjmov sa zjednotia tieto úrovne do jednej a to na hranicu 40 %, ktorá sa bude uplatňovať pri všetkých skupinách živnostníkov. Znevýhodnení budú teda remeselníci, ktorí nemajú vysoké náklady na svoju činnosť a v minulosti využívali uplatnenie 60 % paušálnych výdavkov. Je potrebné spomenúť, že pôvodne sa uvažovalo aj o 30 % jednotnej hranici. Táto zmena má priniesť do štátneho rozpočtu 4,6 milióna eur.

2. V súčasnosti nezdaniteľnú časť základu dane tvoria aj príspevky na doplnkové dôchodkové sporenie, finančné prostriedky na účelové sporenie a poisťné na životné poistenie. Tieto prostriedky vynaložené daňovníkom je možné odpočítať od základu dane vo výške preukázateľne zaplatenej v zdaňovacom období, v úhrne najviac do výšky 398,33 eur. Nové znenie zákona ruší toto zvýhodnenie, takže tieto prostriedky už nebudeme môcť zahrnúť do nezdaniteľnej časti základu dane v roku 2011. Toto opatrenie prinesie vyššie daňové príjmy o cca 14 miliónov eur. Osoba, ktorá takéto zvýhodnenie využíva, zaplatí v budúcom roku na dani o 80 eur viac.

3. Obce a vyššie územne celky boli oslobodené od platenia daní z príjmov z prenájmu a predaja ich majetku. Toto oslobodenie bude zrušené a štátny rozpočet tak očakáva výnos vo výške 18,4 milióna eur.

4. Ďalších zhruba 23,5 milióna eur prinesie do rozpočtu skutočnosť, že nezdaniteľná časť základu dane na daňovníka sa bude uplatňovať len z tzv. aktívnych príjmov, teda z pracovných. Nie z pasívnych, ako sú napr. príjmy z prenájmu, kapitálového majetku a ostatných príjmov.¹⁰

5. Zrušuje sa oslobodenie od dane z príjmov pri predaji nehnuteľností z dôvodu trvalého pobytu v nej. Od budúceho roka nebude postačovať mať trvalé bydlisko po dobu 2 rokov na uplatnenie oslobodenia, ale musíte nehnuteľnosť vlastniť po dobu 5 rokov. Základom dane pri predaji nehnuteľností je rozdiel medzi obstarávacou cenou a predajnou cenou.

⁹ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010 s. 287

¹⁰ ŽITŇANSKÝ, Eduard - ŽUFFA, Radovan. Každá záplata je lepšia ako diera. In *Profit*, roč. 18, 2010, č. 19 s. 10 -14

Zmeny týkajúce sa dane z pridanej hodnoty

DPH je najvýnosnejšou daňou v našej daňovej sústave a podľa viacerých odborníkov aj najspravodlivejšou, pretože zdaňuje spotrebu. Dlhodobý trend prenášania daňového zaťaženia na nepriame dane sa prejavuje aj pri zmenách, ktoré nastanú po 1.1.2001 v Slovenskej republike. Dlhodobá politická diskusia o zvýšení daňovej sadzby pri dani z pridanej hodnoty sa skončila kompromisom, keď sa vládna koalícia dohodla na 1-percentom navýšení t.j. z 19 % stúpne 20 %. Táto sadzba dane má platiť len dovtedy, kým deficit verejných financií neklesne pod 3 % HDP, čo sa predpokladá, ako som už spomínal, v roku 2013. Na súčasnú 19 % úroveň by sa mohla DPH vrátiť od 1.1.2015. Vďaka navýšeniu sadzby dane sa očakáva zväčšenie výnosov z tejto dane o 185 miliónov eur. Ďalšou zmenou pri DPH, ktorá môže ovplyvniť výnosy z tejto dane, je zrušenie špeciálnej 6 % sadzby dane pri tzv. predaji z dvora. Táto sadzba sa vzťahuje na dodanie vybraného potravinárskeho tovaru (mlieko, vajcia a pod.) vyrobeného a uvedeného na trh malými producentmi, ktorí predávajú tento tovar priamo konečným spotrebiteľom. Už pri zavádzaní tejto 6 % sadzby v máji 2010 sa viedla diskusia o jej nesúlade s európskou legislatívou, keďže podľa jej smerníc nie je možné prijať jednostranné obmedzenie, ktoré zvýhodní len časť výrobkov, či už z hľadiska druhového, spôsobu výroby, alebo umiestňovania na trhu.

Pre úplnosť treba dodať, že znížená 10 % sadzba na knihy, lieky a zdravotnícke potreby zostáva naďalej v platnosti.

Zmeny týkajúce sa spotrebných daní

Spotrebné dane pre svoju výnosnosť, stabilitu a pravidelnosť, predstavujú jeden z najdôležitejších príjmov štátneho rozpočtu. Je to dané tým, že sa vzťahujú na okruhy výrobkov, ktorých spotreba je relatívne stála.¹¹

Na poli spotrebných daní sa najvýznamnejšie zmeny udejú pri sadzbách týchto daní. Vlna nevôle zarezovala pri návrhu zvýšiť sadzbu spotrebnej dane z piva. Spotrebná daň na 1 hl 10-stupňového piva v súčasnosti od 1. augusta 2003 predstavuje 16,5 eura. Od 1. marca 2011 sa spotrebná daň má za 1 hl piva zvýšiť na 24,5 eura (navýšenie takmer o 50 %). Minimum požadované Európskou úniou je 7,48 eura. Pri malých pivovaroch sa zvyšuje sadzba dane z 12,2 eura na 18,2 eura na hektoliter 10-stupňového piva. V roku 2002 štát na spotrebnej dani z piva vybral 44,5 milióna eur, v roku 2009 približne 59,2 milióna eur.¹² Pivovarníci sa cítia diskriminovaní,

¹¹ BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010 s. 160

¹² Zvýšenie dane z piva o 50 percent vážne ohrozí priemysel, dostupné z <http://dnes.atlas.sk/ekonomika/703521/zvysenie-dane-z-piva-o-50-percent-vazne-ohrozi-priemysel>

keďže sadzba dane z tichého vína ostáva nulová a zároveň okolité štáty majú nižšie dane z piva, čo znamená, že im nebudú schopní konkurovať. Spotrebiteľská cena 10-stupňového piva môže narásť až o 5 centov. Zvýšením daňovej sadzby z piva sa očakáva výnos do štátneho rozpočtu 14,9 milióna eur.

Rovnako od marca budúceho roka by mali stúpnuť aj sadzby spotrebných daní na tabak a tabakové výrobky. Tie sa však budú zvyšovať až v dvoch krokoch, a to tak aby spĺňali požiadavky príslušnej európskej legislatívy od 1. januára 2014. Od začiatku budúcoročného marca by mali sadzby vzrásť o 5 % a následne od 1. marca 2013 o ďalších 5 %.¹³ Vďaka týmto krokom pribudne do štátneho rozpočtu 15 miliónov eur.

Rezort financií pripravil s účinnosťou od začiatku budúceho roka aj zmeny v sadzbe dane z minerálneho oleja. Tie sa majú týkať zrušenia zníženej sadzby dane na červenú naftu z úrovne 225,71 eur na 1000 litrov na základnú sadzbu 368 eur, čo by predstavovalo nárast sadzby o 63 %.¹⁴ Do konečnej ceny tejto nafty sa zvýšenie sadzby dane premietne 17 centami. Rozpočet získa 44 miliónov eur.

Ďalšou novinkou pri spotrebných daniach je znovu zavedenie zdaňovania LPG. Sadzba dane bude na úrovni 182 eur za 1000 kg. Do štátneho rozpočtu to prinesie 5,1 milióna eur. Pre úplnosť treba dodať, že v roku 2008 sadzba pri dani z LPG bola 259 eur za 1000 kg.

Okrem toho vláda od januára plánuje zrušiť daňové zvýhodnenie pre biopalivá v zmesi s fosílnym palivom, čo by malo podporiť rozpočet 43,6 miliónmi eur. Zrušenie oslobodenia od platenia dane z nafty používanej pri preprave tovaru na Dunaji má prispieť sumou 3,1 milióna eur.¹⁵

Celkovo sa teda ráta s navýšením príjmov zo všetkých spotrebných daní o 134,3 miliónov eur.

¹³ Zdanenie piva a cigariet stúpne od marca 2011, dostupné z <http://www.webnoviny.sk/ekonomika/zdanenie-piva-a-cigariet-stupne-od-marc/214362-clanok.html>

¹⁴ tamtiež

¹⁵ Zmeny na daniach prinesú do rozpočtu 134 mil. eur, dostupné z <http://hnonline.sk/ekonomika/c1-46307740-zmeny-na-daniach-prinesu-do-rozpocetu-134-mil-eur>

4. ZÁVER

V čase ekonomickej krízy sa opäť ukazuje sila daňového práva ako samostatného právneho odvetvia. Finančná kríza spôsobila zvýšenie nezamestnanosti a celkové zníženie príjmov obyvateľstva. Z tohto dôvodu sú na novelizované daňové inštitúty tak, aby daňovníkom umožnili znížiť si svoje daňové povinnosti a zlepšiť tak kvalitu ich života. Zníženie príjmov obyvateľstva a súčasné zníženie ich daňových povinností má za následok aj výrazné straty na strane príjmov štátneho rozpočtu a rozpočtov územných samospráv. Logickým vyústením tejto situácie je prijímanie nevyhnutných daňových zásahov vo forme zvyšovania daní, čo sa samozrejme stretlo s vlnou nespokojnosti zo strany verejnosti. Slovenská republika v roku 2011 očakáva výrazné zvýšenie svojej príjmovej stránky. To, či sa tieto predpoklady naplnia, sa dozvieme až v priebehu budúceho roka z údajov štátneho výkazníctva. Na záver však musím dodať, že vláda nezvýšila dane v takej miere ako sa prezentovalo, čo súvisí samozrejme so snahou nestratiť dôležité hlasy pri nadchádzajúcich komunálnych voľbách.

Literature:

- BABČÁK, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Bratislava : EPOS, 2010, 640 s., ISBN 978-80-8057-851-0

- Jozef Mihál, Zamestnanecká prémie, dostupné z

<http://blog.etrend.sk/mihalblog/2010/02/28/zamestnanecka-premia/>
[25.10.2010]

- Zamestnanecká prémie bude tento rok nižšia, dostupné z

http://peniaze.pravda.sk/zamestnanecka-premia-bude-tento-rok-nizsia-f2h-sk-pstat.asp?c=A100517_110656_sk-pstat_p45 [23.10.2010]

- Vyššie odpisy možno použiť od marca, dostupné z

<http://hnonline.sk/c1-36810520> [15.10.2010]

- ŽITŇANSKÝ, Eduard - ŽUFFA, Radovan. Každá záplata je lepšia ako diera. In Profit, roč. 18, 2010, č. 19 s. 10 -14

- Zvýšenie dane z piva o 50 percent vážne ohrozí priemysel, dostupné z

<http://dnes.atlas.sk/ekonomika/703521/zvysenie-dane-z-piva-o-50-percent-vazne-ohrozi-priemysel> [29.10.2010]

- Zdanenie piva a cigariet stúpne od marca 2011, dostupné z

<http://www.webnoviny.sk/ekonomika/zdanenie-piva-a-cigariet-stupne-od-marc/214362-clanok.html> [03.11.2010]

- Zmeny na daniach prinesú do rozpočtu 134 mil. eur, dostupné z

<http://hnonline.sk/ekonomika/c1-46307740-zmeny-na-daniach-prinesu-do-rozpoctu-134-mil-eur> [05.11.2010]

Contact – email

michal.karabinos@gmail.com

ECONOMIC ASPECTS OF TAX ADMINISTRATION

ANNA KICOVÁ

Faculty of Law, Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Slovak republic

Abstract in original language

Autorka pojednáva o otázke správy daní v Slovenskej republike z pohľadu príjmov, ktoré štátu prináša, ale aj nákladov, ktoré so sebou nesie. Aj keď jej efektívnosť má rastúci trend, v porovnaní s inými štátmi stále dosahuje jedny z najhorších výsledkov. Článok sa teda zameriava na porovnanie vybraných ukazovateľov indikujúcich efektívnosť daňovej správy, ale aj jednotlivých daní daňovej sústavy Slovenskej republiky vôbec, a to s ohľadom na ich administratívnu náročnosť v porovnaní s príjmom, ktorý pre štátny rozpočet Slovenskej republiky predstavujú.

Key words in original language

Správa daní; efektívnosť; náklady; príjmy štátneho rozpočtu.

Abstract

The author deals with the issue of tax administration in Slovak republic in the light of being a source of state revenues and the costs it makes, as well. Despite its increasing efficiency, in correlation to other states Slovak tax administration still achieves some of the worst results. The paper focuses on the comparison of certain indicators of efficiency of both tax administration in general and particular taxes of tax system of Slovak republic, considering administrative burden in contrast to the amount of state revenue therefrom.

Key words

Tax administration; efficiency; costs; state budget revenue.

1. ÚVOD

Dane predstavujú pre štát majoritný príjem, tvoriaci základ štátneho rozpočtu SR a to je všeobecne známy fakt. Už menej známou je skutočnosť, koľko verejných prostriedkov štát, resp. verejné teleso, musí vydať na zabezpečenie vyššie spomínaných činností. Hovoríme o miere hospodárnosti, efektívnosti a celkových nákladoch na správu daní zo strany štátu ale aj samotných účastníkov daňového konania, kontrolovaných subjektov a ostatných daňových subjektov, ktorí istú časť týchto nákladov štátu priamo hradia, napríklad v podobe úhrady nákladov daňového konania či daňového exekučného konania. Zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov definuje správu daní výpočtom činností, ktoré pod ňu spadajú. Ide o evidenciu a registráciu daňových subjektov, vyhľadávanie daňových subjektov, overovanie podkladov potrebných na správne a úplné zistenie dane, daňové konanie, daňovú kontrolu, evidovanie daní a preddavkov vrátane vysporiadania daňových preplatiek a daňových nedoplatkov,

daňové exekučné konanie a ďalšie činnosti správcu dane a iných orgánov podľa zákona o správe daní a poplatkov alebo podľa osobitných daňových zákonov.

2. ŠTRUKTÚRA DAŇOVÝCH ORGÁNOV

Význam daňovej správy je nesporný, keď si vezmeme podiel daňových príjmov na celkových príjmoch štátneho rozpočtu¹ (ako aj rozpočtu územnej samosprávy). Aj táto činnosť však nesie so sebou isté náklady. Štruktúru orgánov daňovej správy môžeme rozdeliť do dvoch základných skupín, a to na správcov dane (daňové úrady, obce a colné úrady) a iné príslušné orgány (daňové riaditeľstvo, colné riaditeľstvo a ministerstvo financií). Prioritné postavenie majú práve správcovia dane a iné príslušné orgány uskutočňujú skôr doplnkové funkcie, ako napríklad rozhodovanie v druhom stupni, riešenie kompetenčných konfliktov, zjednocovanie postupov a dozeranie na výkon činností správcami dane. Najširšie postavenie majú daňové úrady, ktoré spravujú daň z príjmov, prevažnú časť daní z pridanej hodnoty a daň z motorových vozidiel. Obce sú správcami miestnych daní, ktoré na svojom území zaviedli a colné úrady spravujú spotrebné dane a daň z pridanej hodnoty pri dovoze. Túto činnosť zabezpečujú z prostriedkov svojich rozpočtov, pričom daňové úrady sú zapojené na rozpočet Daňového riaditeľstva, ktoré je rozpočtovou organizáciou, príjmami a výdavkami napojenou na štátny rozpočet prostredníctvom kapitoly Ministerstva financií, a ktoré je zároveň zamestnávateľom všetkých zamestnancov daňových úradov.

Ťažiskovými orgánmi sú teda daňové úrady. Ich organizačná štruktúra závisí od ich veľkosti, teda od počtu zamestnancov. Malé daňové úrady (do 25 zamestnancov) sa členia len na oddelenie správy daní a administratívy daňového informačného systému a oddelenie kontroly a exekúcie. Stredné (do 50 zamestnancov) zahŕňajú navyše oddelenie štátneho dozoru, ktorá však nespadá pod obsahovú náplň správy daní. U veľkých daňových úradov s počtom zamestnancov viac ako 50 je štruktúra zložitejšia a zahŕňa oddelenia registrácie a administratívy daňového informačného systému;

¹ Podiel rozpočtovaných/skutočných daňových príjmov na celkových rozpočtovaných príjmoch štátneho rozpočtu v mil. eur:

▪ 2010:	8 619/ ?	z 12 530
▪ 2009:	7 870/ 8 025	z 10 971
▪ 2008:	8 994/ 9 024	z 11 559
▪ 2007:	8 232/ 8 573	z 10 305
▪ 2006:	7 158/ 7 843	z 9 052
▪ 2005:	6 703/ 7 389	z 8 538
▪ 2004:	6 480/ 6 954	z 7 699

Prehľady plnenia štátneho rozpočtu vedené Daňovým riaditeľstvom SR zverejnené na portáli <http://www.drsr.sk/wps/portal>.

vymeriavacie; exekučné; osobitnej správy DPH (len DÚ Bratislava I) a kontroly veľkých daňových subjektov a medzinárodného zdaňovania (len DÚ Trnava, DÚ Banská Bystrica II a DÚ Košice I). Ako vyplýva z takejto štruktúry, uplatňuje sa u nás tzv. funkčný model² organizácie daňových orgánov, pri ktorom sú zamestnanci organizovaní hlavne na základe funkčného zoskupenia (registrácia, výber, kontrola, informačné systémy a pod.) a všeobecne pracujú na viacerých/všetkých daniach. Výhodou je väčšia štandardizácia práce, zjednodušenie počítačovej automatizácie a opatrení a tým aj zvýšenie efektivity. Vo všeobecnosti je takýto model hodnotený ako lepší a účinnejší v porovnaní s modelom podľa typu dane, teda takým, kde sa multifunkčné oddelenia venujú každému jednotlivému druhu dane osobitne a sú pomerne sebestačné a navzájom nezávislé. Nedávny vývojový trend však vedie k vytvoreniu nového modelu uplatňovanému viacerými vyspelými štátmi³, ktorý je založený na báze segmentov daňovníkov (veľké podniky, malé/stredné podniky, jednotlivci), z dôvodu odlišných charakteristík takýchto skupín daňovníkov a skutočnosti, že predstavujú rozdielnu mieru rizika pre verejné príjmy, na čo je potrebné aj rozdielne reagovať.⁴

3. VÝBER DANÍ A JEHO ÚSPEŠNOSŤ

Ak posudzujeme úspešnosť výberu daní, ktorá sa merá ako podiel predpísanej daňovej povinnosti v bežnom roku k zaplatenej daňovej povinnosti, za rok 2009 činila 97,74 %. Celkovo je plnenie daňových príjmov štátneho rozpočtu vyššie ako rozpočtované daňové príjmy schválené zákonom o štátnom rozpočte na príslušný rok⁵. Daňové

² Tento model popri SR uplatňujú aj Maďarsko, Kanada, Fínsko, Island, Taliansko, Holandsko a iné.

Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008), pg. 50

³ Napríklad Veľká Británia, USA, Francúzsko, ale niektoré štáty uplatňujú tento model v kombinácii s iným modelom, napr. Rakúsko, Nemecko, Mexiko, Belgicko, Španielsko, Japonsko a i.

Ibidem.

⁴ Ibidem, pg. 34

⁵ Za rok:

2009: 8 025 / 7 870 mil. € (101,97 %) 2006: 7 843 / 7 158 mil. € (109,57 %)

2008: 9 024 / 8 994 mil. € (100,33 %) 2005: 7 389 / 6 703 mil. € (110,22 %)

2007: 8 573 / 8 232 mil. € (104,15 %) 2004: 6 954 / 6 480 mil. € (107,30 %)

riadiťstvo pri vykazovaní efektívnosti správy a kontroly daní (vyberaných daňovou a colnou správou) používa hrubý výnos daní a ostatných príjmov, čo je výnos daní a ostatných príjmov vrátane daní platných do roku 1992, očistený o prevody do obcí a vyšších územných celkov, neznížený o vratky nadmerných odpočtov dane z pridanej hodnoty a spotrebných daní, bez výnosu vybratého štátnym dozorom. Táto hodnota je nepomerne vyššia než reálne daňové príjmy štátneho rozpočtu⁶, ale aj položky, ktoré v konečnom dôsledku nezvyšujú príjmy štátneho rozpočtu si vyžadujú činnosť zamestnancov správcu dane, na ktorú je potrebné vynakladať výdavky. Všetky tieto činnosti a ich následne premietnutie do štátnych príjmov je možné jednoducho zaznamenať v nasledovnej tabuľke.

<i>Za daňovú správu (v mil. €)</i>						
<i>Druh dane</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>
Daň z príjmov FO	1 147,0	1 342	1 373,7	1 559,3	1 842,1	1 656,8
- prevod výnosu z DPFO do obcí a VÚC	-280,9 (-355,4) ⁷	-1 238,9	-1 276,1	-1 436,7	-1 709,2	- 1 610,5
Daň z príjmov PO	1 057,8	1 416,9	1 594,3	1 770,1	2 156,2	2 167,1
- prevod podielu zaplatenej DPFO a DPPO na verejnoprospešný účel	X	-30,8	-37,3		-49,2	- 55,2
Daň vyberaná zrážkou	188,3	127,9	161,2	189,0	205,9	155,8
Daň z majetku	90,8	32,0	10,8	2,0	1,4	0,7
DPH spolu	907,0	2 674,2	2 435,3	2 343,7	2 268,4	2 235,6

Výročné správy Daňového riadiťstva SR zverejnené na portáli <http://www.drsr.sk/wps/portal>.

⁶ Za rok:

2009: 11 777 209 687 eur 2006: 10 363 749 200 eur

2008: 12 929 069 176 eur 2005: 9 287 568 780 eur

2007: 11 639 235 810 eur 2004: 6 930 479 720 eur

Ibidem.

⁷ V tomto zdaňovacom období sa prevody podielu zaplatenej dane odvádzali nie len z dane z príjmov fyzických osôb, ale aj právnických osôb, kde to navyše činilo -74,5 mil. eur.

Prehľady plnenia štátneho rozpočtu vedené Daňovým riadiťstvom SR zverejnené na portáli <http://www.drsr.sk/wps/portal>.

- výber dane	4 054,5	6 062,5	6 989,4	7 756,1	8 460,9	7 518,1
- vrátený nadmerný odpočet	-3 147,5	-3 388,5	-4 554	-5 412,4	-6 192,6	-5 282,5
Spotrebné dane spolu	117,8	0,3	1,4	1,3	0,1	0,5
- výber dane	152,4	16,0	1,9	1,4	0,1	0,5
- uplatnený nárok na vrátenie dane	-34,5	-15,7	-0,5	-0,0	-0,0	-0,0
Daň z motorových vozidiel a dobeh cestnej dane	81,8	93,6	97,1	118,1	88,4	123,6
- prevod dane z motorových vozidiel a dobeh cestnej dane do VÚC	-39,6	-95,8	-96,8	-117,7	-80,1	-125,8
Spolu výber dane	6 773,9	9 091,8	10 229,2	11 397,4	12 756,5	11 623,7
Príjem štátneho rozpočtu	3 168,9	4 321,9	4 263,8	4 388,1	4 717,3	4 551,9
Za colnú správu						
Druh dane	2004	2005	2006	2007	2008	2009
DPH	2 398,1	1 389,7	1 828,8	2 169,9	2 364,1	1 610,7
Spotrebné dane	1 322,9	1 659,2	1 979,9	1 979,9	1 905,8	1 834,8

Zdroj: Výročné správy Daňového riaditeľstva SR a Colného riaditeľstva SR.

Sumy vybraté za jednotlivé druhy daní sú teda jasné. Otázka však znie, koľko z týchto súm vlastne pohltí samotná daňová správa⁸. Jej výdavky sú totiž dôležitým ukazovateľom efektívnosti. Efektívnosť daňovej správy, t. j. podiel hrubého výnosu daní a ostatných príjmov na jedného zamestnanca daňovej správy, má v posledných rokoch, a to aj pri súčasnom znížení počtu zamestnancov⁹, stúpajúcu tendenciu¹⁰. Rovnako rastie aj podiel hrubého

⁸ Berieme do úvahy len segment daňovej správy, nakoľko colná správa jednak nevedie štatistiky o došlých podaniach, vydaných aktoch či iných podobných aktivitách a jednak významnú časť jej činnosti zaberá oblasť ciel, čo by mohlo viesť k skresleniu – pozn. autora.

⁹ Za rok 2009: 5 542, 2008: 5 544, 2007: 5 730, 2006: 5 835, 2005: 5 805, 2004: 5 636.

Údaje obsiahnuté vo Výročných správach o činnosti daňových orgánov zverejnených na portáli <http://www.drsr.sk/wps/portal>.

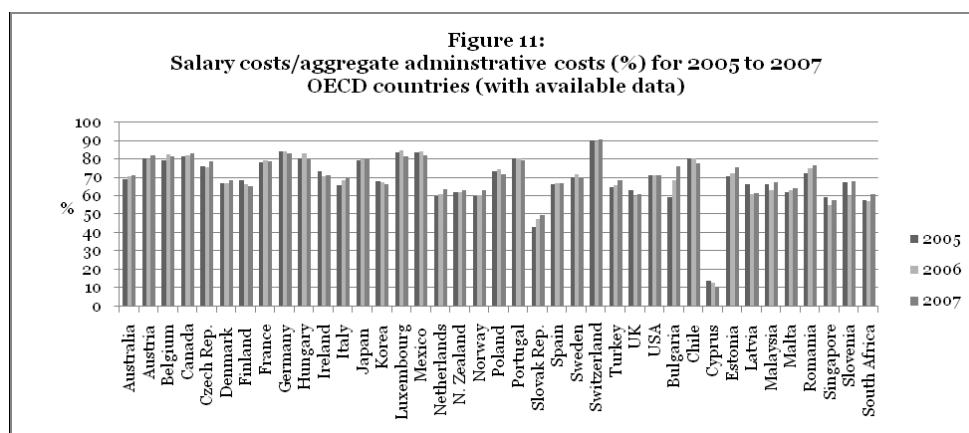
¹⁰ Za rok:

2009: 2 125 083 eur 2006: 1 776 140 eur

výnosu daňovej správy a výdavkov, aj keď rok 2009 znamenal pokles oproti predchádzajúcim obdobiam¹¹. Ak sa pozrieme na štruktúru výdavkov, zistíme, že výška ich objemu za jednotlivé rozpočtové roky má mierne stúpajúcu tendenciu (od cca 96,3 mil. eur v roku 2004 po 115,5 mil. eur v roku 2009, čo je nárast o necelých 20 %).

4. POROVNANIE NA MEDZINÁRODNEJ ÚROVNI

Aj keď pri pohľade na vnútroštátne výsledky stav správy daní v SR je výsledok relatívne pozitívny, pri porovnaní jednotlivých ukazovateľov v medzištátnom meradle je situácia diametrálne odlišná. Ani nie polovica výdavkov pripadá každoročne na mzdy, platy, služby a ostatné osobné vyrovnania, čo je hlboko pod priemer krajín OECD, ako ho zobrazuje graf č. 1.



Zdroj: Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008)

Aj keď porovnanie sleduje údaje roku 2007, práve v roku 2007 predstavoval podiel výdavkov vynakladaných na mzdy k celkovej sume výdavkov

2008: 2 332 083 eur 2005: 1 599 913 eur

2007: 2 031 280 eur 2004: 1 229 668 eur

Ibidem.

¹¹ Za rok:

2009: 105,50 2006: 97,80

2008: 115,80 2005: 88,60

2007: 110,10 2004: 74,80

Ibidem.

maximum, t. j. 49,71 %¹² Tento fakt vyjadruje dve skutočnosti, a síce, vysoký podiel ďalších, mimo mzdových výdavkov daňovej správy a vyššie mzdové ohodnotenie zamestnancov v ostatných štátoch. Pokiaľ ide o ďalšie výdavky, tie značne zvyšuje vysoké odvodové zaťaženie, čo je v podmienkach Slovenskej republiky známy a nepochybný fakt. Čo sa týka mzdového ohodnotenia, v podmienkach SR predstavujú priemerné mzdy zamestnancov daňovej správy nadpriemer oproti priemernej mesačnej nominálnej mzde zamestnanca hospodárstva SR, a to v každom rozpočtovom roku.¹³ Ďalší ukazovateľ, ktorý núti k zamysleniu je pomer celkových administratívnych nákladov na 100 príjmových jednotiek vybratých v rámci správy daní. V tomto smere je Slovensko v rámci hodnotenej vzorky podľa grafu č. 2 ku koncu roka 2007 na predposlednom mieste.

¹² Podiel mzdových výdavkov na celkových výdavkoch (zaokrúhlené v mil. eur) za rok:

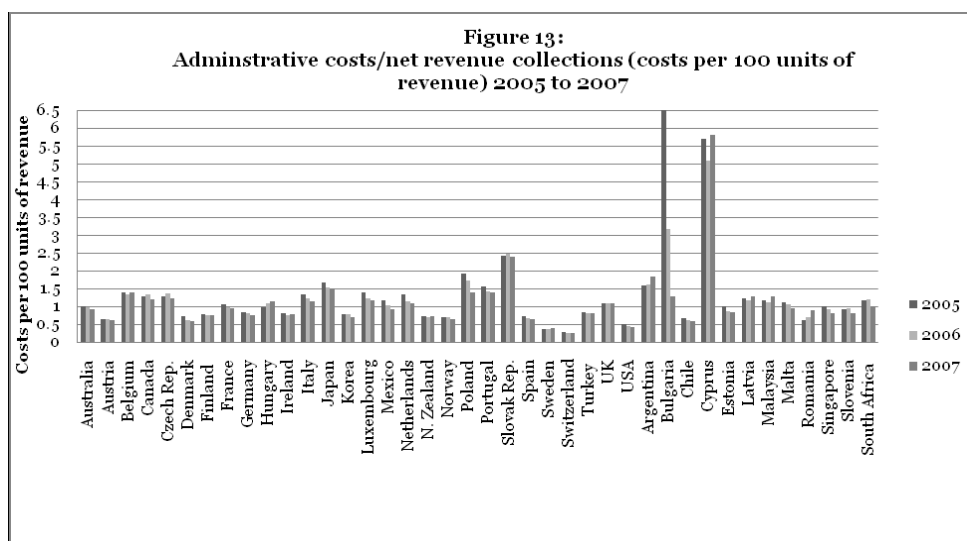
2009: 55,845 / 115,481 t. j. 48,35 %	2006: 52,006 / 109,347 t. j. 47,56 %
2008: 55,667 / 115,463 t. j. 48,21 %	2005: 47,559 / 108,185 t. j. 43,96 %
2007: 54,312 / 109,250 t. j. 49,71 %	2004: 42,425 / 96,335 t. j. 44,03 %

Ibidem.

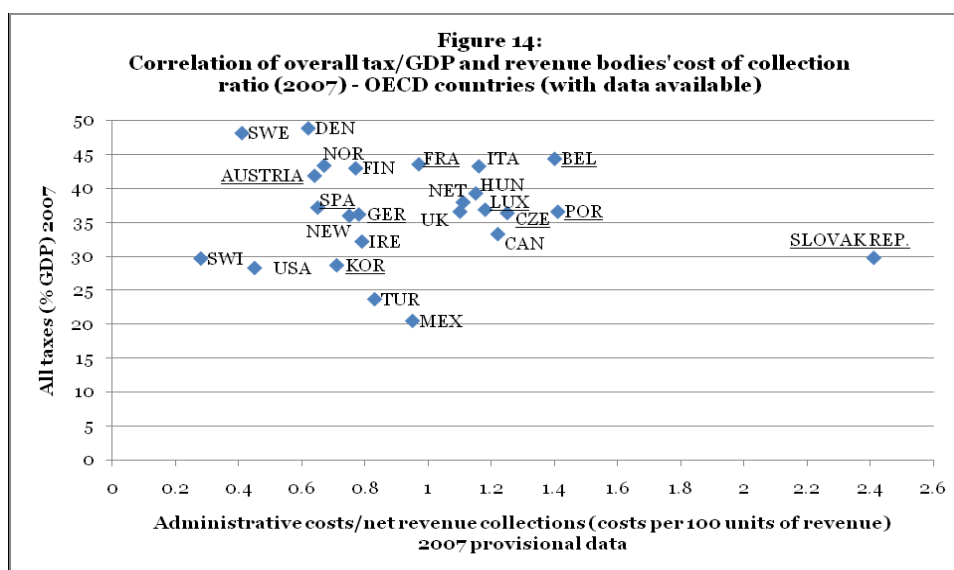
¹³ Priemerná mesačná nominálna mzda zamestnanca hospodárstva SR/zamestnanca daňovej správy (v €):

2009: 744,50 / 830	2006: 622,75 / 733
2008: 723,02 / 821	2005: 573,39 / 660
2007: 668,72 / 770	2004: 525,29 / 604

Ibidem.



Zdroj: Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008)



Zdroj: Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008) (podčiarknuté štáty nezodpovedajú za výber príspevkov sociálneho zabezpečenia)

Z grafu č. 3 je očividné zaostávanie efektivity našej daňovej správy v porovnaní štátov z hodnotenej vzorky. Tento výsledok môže byť mierne skreslený z dôvodu, že sú tu porovnávané spolu štáty, v ktorých existujú systavy orgánov zodpovedné tak za výber daňových príjmov ako aj odvodov sociálneho poistenia a aj tie, v ktorých pre obe skupiny príjmov existujú oddelené systavy orgánov. Čo je však zarážajúce je skutočnosť, že štáty oboch uplatňovaných systémov dosahujú porovnateľné úrovne, kým SR je výrazne mimo túto skupinu s výrazne nadpriemernými nákladmi. Pre porovnanie, rovnaký model, čiže systém sociálneho zabezpečenia stojí

mimo orgány zodpovedné za výber daní, uplatňujú aj Rakúsko, Česká republika, Francúzsko, Belgicko, Španielsko, Portugalsko a iné. Z nich rovnaký model daňovej správy ako SR (funkčný model) uplatňuje len Portugalsko a všetky ostatné spomínané štáty uplatňujú rôzne kombinácie modelov. Česko a Luxembursko kombinujú modely podľa druhu dane a funkčný, Rakúsko model druhu dane a daňových subjektov, Belgicko a Španielsko uplatňujú kombináciu všetkých troch modelov a Francúzsko výlučne model podľa daňových subjektov.

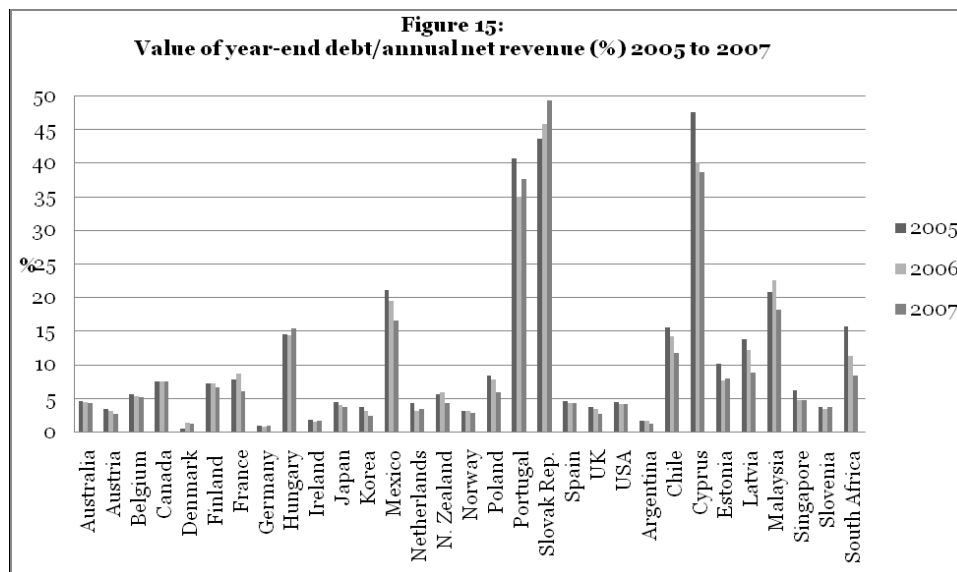
Ďalšie nelichotivé výsledky prináša aj pohľad na iné faktory hodnotenia daňovej správy, a síce, suma vymožených daňových nedoplatkov či podiel vrátených preplatkov na dani k hrubému výberu daní. V oboch prípadoch zaujalo Slovensko posledné miesto v sledovanom období rokov 2005-2007 s niekoľko-násobne vyššími hodnotami ako dosiahli ostatné porovnávané štáty. Prvý menovaný údaj dosahuje hodnotu v roku 2007 2,161 mld. eur, čo predstavuje 49,2 % podiel daňových príjmov štátneho rozpočtu za daňovú správu. Tento faktor nie len že neklesá, ale dokonca stúpa s tým, že za rok 2009 je to už 2,387 mld. eur, t. j. 52,4 %. Druhý činiteľ, suma vrátených daňových preplatkov, dosahuje podobné úrovne, menovite 47,4¹⁴ % za rok 2007 a 45,4 % za rok 2009 za daňovú správu, čo podľa hodnotenia OECD abnormálne prevyšuje priemer ostatných štátov a evokuje mimoriadnu potrebu reformy daňovej správy.¹⁵

¹⁴ Štatistiky OECD hovoria až o 61,5 % za rok 2007, avšak ako sumu vrátenú ako preplatok zahŕňajú aj prevody podielových daní do rozpočtov územnej samosprávy, čo nepovažujeme za správne.

Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008), s. 99.

¹⁵ Pri škále 11 štátov pod 10 %, 14 štátov medzi 10-20 % a 6 štátov medzi 20-30% len Bulharsko a Slovensko presiahli hranicu 30 %.

Ibidem.



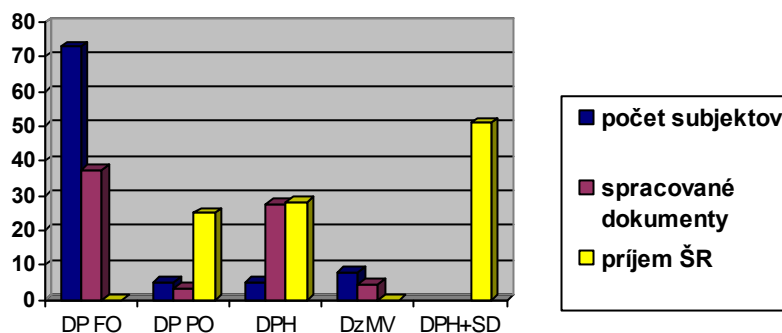
Zdroj: Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008)

5. NÁROČNOSŤ SPRÁVY DANÍ V KONTEXTE POROVNANIA JEDNOTLIVÝCH DRUHOV DANÍ

Efektivitu však nie je možné hodnotiť len z pohľadu vynaložených nákladov. Navyše, ak by sme chceli vyčíslit', aká suma výdavkov pripadá na správu jednotlivých daní, nebolo by to celkom možné. "Náklady daňovej správy podľa jednotlivých daní nie je reálne možné vyčíslit', nakoľko správu dane na daňových úradoch vykonávajú komplexní správcovia dane, čo znamená, že pri daňovom subjekte, spravujú všetky dane, ktorým daňový subjekt podlieha. Skutočne nie je možné vyčíslit', aká časť pracovného času sa venuje jednotlivým druhom daní."¹⁶ V sume miezd zamestnancov, cien nákupov tovarov a služieb či kapitálových výdavkov taktiež nemôžeme vidieť náročnosť operácii spojených s výkonom správy konkrétneho druhu dane. Priblížiť tieto pomery by teoreticky mohli prehľady daňových subjektov evidovaných pre jednotlivé druhy daní, avšak aj tu sa náročnosť správy nemusí kryť s počtom subjektov pre konkrétnu daň registrovaných. Z celkového počtu 3 922 318 daňových subjektov evidovaných k 31.12. 2009 pripadalo 193 755 na platiteľov dane z pridanej hodnoty, 387 na nadobúdateľov pri dani z pridanej hodnoty, 2 559 000 na daň z príjmov fyzických osôb, 204 115 na daň z príjmov právnických osôb, 283 796 na platiteľov dane zo závislej činnosti, 38 399 na platiteľov dane vyberanej zrážkou a 296 828 na daň z motorových vozidiel.¹⁷

¹⁶ Vyjadrenie Daňového riaditeľstva SR, Renáta Malagová, odbor služieb pre verejnosť, 22.10.2010.

¹⁷ Údaje obsiahnuté vo Výročnej správe o činnosti daňových orgánov za rok 2009.



Poznámka: Príjem ŠR v poslednom stĺpci zahŕňa príjmy DPH a SD vybraných colnou správou, avšak tá údaje o administratívnej náročnosti už neeviduje.

V percentuálnom vyjadrení je to približne 5 % ohľadne DPH, 73 % ohľadne dane z príjmov fyzických osôb (ďalej len DP FO), 5 % na daň z príjmov právnických osôb (ďalej len DP PO) a 8 % na daň z motorových vozidiel. Ak sa pozrieme na to, akým podielom sa tieto dane podieľajú na príjmoch štátu, pomer je diametrálne odlišný. 5 % subjektov pri DPH tvorí cca 28¹⁸ % daňových príjmov štátneho rozpočtu, 73 % subjektov pri DP FO má na štátny rozpočet zanedbateľný vplyv¹⁹, keďže takmer celá suma týchto príjmov je prevádzaná do rozpočtov územnej samosprávy²⁰, 5 % DP PO vytvára zhruba 25 % daňových príjmov a daň z motorových vozidiel štátny rozpočet neobohacuje vôbec, nakoľko sa prevádza do rozpočtov vyšších územných celkov. Azda lepším ukazovateľom náročnosti sa javí počet podaných a spracovaných daňových dokumentov, kde z celkového počtu 4 607 770 za rok 2009 pripadalo 37,5 % na DP FO, 3,3 % na DP PO, 27,2 % spolu k DP FO a PO, 4,4 % na daň z motorových vozidiel a 27,6 % na DPH²¹. Rovnako by sme mohli uviesť počet vybavených odvolaní, počet vykonaných daňových kontrol, miestnych zisťovaní a pod.

¹⁸ Spolu s DPH vybranou colnou správou je to až 50 %.

Prehľady plnenia štátneho rozpočtu zverejňované Daňovým riaditeľstvom SR.

¹⁹ V roku 2009 dosiahla daň z príjmov fyzických osôb 0,3 % podiel na daňových príjmoch štátneho rozpočtu.

Ibidem.

²⁰ Pozri tabuľku.

²¹ Údaje obsiahnuté vo Výročnej správe o činnosti daňových orgánov za rok 2009.

Takéto porovnanie „práce“, ktorú tá ktorá daň obnáša, s jej výnosom pre štátny rozpočet núti k ďalšiemu zamysleniu. A síce, pokiaľ ide o pomer medzi výnosom a administratívnou náročnosťou priamych a nepriamych daní. Z vyššie uvádzaných ukazovateľov sa javí ako najmenej výhodná daň z príjmu fyzických osôb, ktorá obnáša najvyššie administratívne zaťaženie neodrážajúce sa v príjme štátneho rozpočtu. Je však podstatným príjmovým zdrojom miestnej samosprávy, ktorá tak dostáva čistý „zisk“ bez potreby vynakladania výdavkov na jeho dosiahnutie. Rovnaký princíp sa uplatňuje v prípade dane z motorových vozidiel. Úplne opačná situácia je v prípade dane z príjmov právnických osôb, prameniaca zo skutočnosti, že pomerne malý počet subjektov dosahuje vysoký daňový základ, čo je výhodou pre správcu dane, ktorý tak nemusí vynakladať príliš veľký podiel svojho pracovného času na dosiahnutie relatívne vysokých daňových príjmov z tejto kategórie zdaňovania. Tieto pozitíva dane z príjmov právnických osôb spôsobujú, že práve táto daň je štátmi často využívaná ako nástroj hospodárskej politiky.²² Daň z pridanej hodnoty sa vo všeobecnosti pertraktuje ako daň mimoriadne náročná na správu a najmä kontrolu. Je na škodu, že colná správa, ktorá sa na jej výbere podieľa nevedie evidenciu aspoň v rozsahu ako tak činí Daňové riaditeľstvo SR, a teda nemôžeme zhodnotiť tieto ukazovatele komplexne. Aj z dostupných zdrojov však vyplýva jej náročnosť. Ak si napríklad uvedomíme rozdiel medzi celkovou vybranou sumou dane a jej následným znížením na základe vrátenia uplatnených nadmerných odpočtov, už aj laický pohľad napovedá, že obnáša mimoriadne náročný súhrn aktivít. Takéto úvahy nevyhnutne vedú k otázke, či je takýto systém dane nastavený správne vzhľadom na to, že celkový výber dane k sume v konečnom dôsledku putujúcej do štátneho rozpočtu je tak enormne rozdielny. Daň z pridanej hodnoty je v súčasnosti nosným zdrojom príjmov štátneho rozpočtu. Jej komplikované vyberanie však jej efektívnosť nijak neposilňuje, ale práve naopak. S otázkou vrátenia uplatnených nadmerných odpočtov je totiž najviac spojovaný súčasný trend rozmáhajúcich sa daňových trestných činov.²³ Práve podstata DPH ju predurčuje k vysokému výnosu pre štát, keďže verne odráža pozitívny (ale aj negatívny) vývoj hospodárstva daného štátu tým, že sa viaže na jednotlivé obchodné transakcie (nie len) pri nákupe a predaji tovarov a služieb. Táto daň má výnimočný potenciál, ktorý je však potrebné aj správne využiť. Cestou je správne nastavená legislatíva, ktorá zjednoduší prácu správcu dane a zníži možnosti daňových únikov.

²² Harumová, A.: *Vplyv daní na rozvoj podnikateľskej sféry*, Ekonomický časopis, No. 2, 2002, pg. 281.

²³ Výška odhaleného úniku na DPH z celkového objemu odhalených únikov v tis. €:

2009: 304 619/435 549

2008: 242 889/380 868

2007: 200 739/278 815

Výročná správa o činnosti daňových orgánov v roku 2009.

6. NOVELIZÁCIE A REFORMY

Ďalším faktorom ovplyvňujúcim náklady daňovej správy sú aj legislatívne zmeny, ktoré pri prechode na novoupravený model spôsobujú prechodný nárast počtu administratívnych úkonov, čo sa stáva neželaným problémom v prípade, že zmeny sú príliš časté a z pohľadu normotvorby nesystematické. Tieto atribúty sú však viac menej charakteristickým znakom daňového zákonodarstva, ktoré podlieha až príliš častým zmenám, o ktorých vhodnosti sa dá pomerne často polemizovať. Jeden príklad zavšetky. Od 1.1.2009 došlo k zmene zákona o dani z pridanej hodnoty v oblasti limitu obratu, na ktorý sa viazal vznik registračnej povinnosti z pôvodných 1 500 000 Sk na 35 000 eur, čo spôsobilo, že väčší počet subjektov spĺňal tento znížený limit a musel splniť zákonom danú registračnú povinnosť. Keďže tento krok sa následne prehodnotil a s účinnosťou od 1.7.2009 sa limit vrátil na pôvodných 49 790 eur, boli vlastne činnosti spojené s registráciou spomenutej skupiny subjektov zbytočné.

Vzhľadom na vyššie uvádzané skutočnosti teda vyvstáva otázka, ako sa podarí zreformovať tento nie veľmi efektívne fungujúci systém správy daní. V máji 2008 schválená „Koncepcia reformy daňovej a colnej správy s výhľadom na zjednotenie výberu daní, cla a poistných odvodov“ prináša ďalšiu reformu do oblasti daňového práva. Jej hlavnou myšlienkou je zlúčenie daňovej a colnej správy s následnou možnosťou ďalšieho zjednotenia s výberom poistných odvodov. Podľa nášho názoru je cesta zjednotenia výberu daní, ciel a odvodov správna, ale je otázne, ako rýchlo sa jej pozitívny vplyv prejaví. Totiž v roku 2004 bola taktiež uskutočnená daňová reforma. Od roku 2001 do roku 2004 predstavoval pomer celkových administratívnych nákladov správy daní a príjmu štátneho rozpočtu za daňovú správu 1,43 – 1,26 %. V roku 2005, teda v období, keď sa prejavili zvýšené náklady na zreformovaný daňový systém SR, predstavoval tento pomer 2,43 %. Takéto prechodné zvýšenie by bolo normálne, keďže s nákladmi súvisiacimi so zmenou sa rátalo, keby sa tento pomer postupne znižoval a ukazoval by tak zlepšenie efektivity. K tomu však nedošlo. Tento pomer sa od roku 2005 stále drží na rovnakej úrovni²⁴, pričom posledná hodnota – za rok 2009 je 2,45 %. Aj keď spomínaná reforma zaviedla naozaj mnohé pozitíva a celkovo sa aj pozitívne hodnotí, je na mieste poznamenať, že zvýšenie reálnej efektivity výberu daní rozhodne nepriinesla. Cestou reforiem sa však pravidelne vyberajú aj iné štáty. Jeden príklad za všetky predstavuje Bulharsko, ktoré sa takisto rozhodlo ísť cestou zjednotenia výberu daní a odvodov sociálneho zabezpečenia a zdravotného

²⁴ 2006: 2.49%, 2007: 2.41%, 2008: 2.37%

Výročná správa o činnosti daňových orgánov v roku 2009 a Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008).

poistenia a tento krok sa im úspešne podaril. V roku 2006 vytvorili nový jednotný orgán správy týchto príjmov založený na funkčnom princípe so špecializovaným úradom pre veľké daňové subjekty, znížili počet miestnych úradov a zamestnancov, presunuli výber miestnych daní do právomocí obcí. Ako dôsledok zmien sú zjednodušené podmienky registrácie podnikateľov, spoločný výber daní a odvodov, úroveň dobrovoľného dodržiavania predpisov ale aj zvýšenie efektivity. Posledne spomenutý atribút možno dokladovať porovnaním efektivity správy daní (podiel nákladov na 100 jednotiek daňových príjmov), ktorá od roku 2005 do roku 2007 klesla z 6.49 % na 1.29 %.²⁵

7. ZÁVER

Dominantnou charakteristikou aktuálneho spôsobu výberu daní v SR je stagnácia vo vývoji a snahe o zvyšovanie jej efektivity. Aj keď z vnútroštátnych faktorov takýto zlý stav až tak viditeľne nevyplýva, z medzinárodného kontextu v porovnaní s inými štátmi je postavenie nášho štátu vyslovene poľutovania hodné. V oblasti správy daní jednoznačne pociťujeme potrebu zlepšenia stavu, ktorý tu de lege lata je. Takouto zmenou má byť práve nová koncepcia daňovej (a colnej) správy, od ktorej sa veľa očakáva. Hlavnými pozitívnymi zmenami, ktoré by mala priniesť sú zjednodušenie tak činnosti zamestnancov správcov dane ako aj daňových subjektov a zvýšenie efektivity a hospodárnosti vynakladania prostriedkov, ktoré sama prostredníctvom výberu daní pre štát a jeho rozpočet získava. Na zefektívnení tejto činnosti by mal mať eminentný záujem práve štát, ako prijímateľ získaných prostriedkov. Preto ostáva len dúfať, že tento zásadný reformný krok zvládne a uskutoční ho tak, aby čo najlepšie využil potenciál jednotlivých daní a neplytval tak hodnotou majetku, príjmov a činností daňových subjektov, z ktorých tieto príjmy štátu pochádzajú.

Literature:

- Harumová, A.: Vplyv daní na rozvoj podnikateľskej sféry, Ekonomický časopis, No. 2, 2002,

- Prehľad plnenia príjmov štátneho rozpočtu SR zverejnené Daňovým riaditeľstvom SR:

http://drsr.sk/wps/portal!/ut/p/kcxml/04_Sj9SPykssy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKLN4g3Cgz0cAFJgjiO-pEIsSB9b31fj_zcVP0A_YLciHJHR0VFAHJD5aE!/delta/base64xml/L3dJdyEvd0ZNQUFzQUMvNEIVRS82XzBfMIFRSUE!

²⁵ Tax administration in OECD and selected non-OECD countries: Comparative Information series (2008).

- Tax administration in OECD and selected non-OECD countries:
Comparative Information Series (2008)
- Tax administration in OECD and selected non-OECD countries:
Comparative Information Series (2004)
- Výročné správy o činnosti daňovej správy:
http://drsr.sk/wps/portal!/ut/p/kcxml/04_Sj9SPykssy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKLN4g3Cgz0CAJJgiO-pEYYkCOJ0Lc0wIJ3CMQWb2vR35uqn6Qvrd-gH5BbmhoRLmjIgdDEQiJ/delta/base64xml/L3dJdyEvd0ZNQUFzQUMvNEIVRS82XzBfMIFRSTE!
- Výročné správy o činnosti colnej správy:
http://www.colnasprava.sk/wps/PA_1_0_9D/OpenFile/Vyrocnaspravaocinnosticolnejspravyzarok2009.pdf?docID=AZARZewoucaxqdR6iUFv2k1wF24

Contact – email

anna.romanova@student.upjs.sk

TRANSFEROVÉ OCEŇOVANIE VČERA A DNES

MICHAL KOČIŠ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,
Slovenská republika, Katedra finančného práva a daňového práva

Abstract in original language

Autor sa v príspevku venuje problematike transferového oceňovania ako dôležitej súčasťi daňovo-právnej regulácie. Pozornosť je venovaná začiatkom právnej úpravy tejto skupiny ekonomických vzťahov a súčasnému právnemu stavu v tejto oblasti tak na medzinárodnej úrovni, ako aj v podmienkach právneho poriadku Slovenskej republiky. V závere príspevku autor poukazuje na stúpajúci význam tohto daňovo-právneho inštitútu v právno-aplikačnej praxi v posledných rokoch.

Key words in original language

Transferové oceňovanie; OECD; metódy transferového oceňovania; princíp nezávislého vzťahu.

Abstract

The author's contribution deals with the problem of transfer pricing as an important component of the tax regulation. Attention is given to the early legislation of this group of economic relations and the current legal situation in this field at international level and in terms of law of the Slovak Republic. In the end of the article author notes the increasing importance of this tax-legal institute in the legal application in recent years.

Key words

Transfer pricing; OECD; methods of transfer pricing; arm's length principle.

Úvod

Spoločensko-ekonomický vývoj posledných rokov umožňuje konštatovať výrazný nárast ekonomických aktivít presahujúcich hranice jednotlivých štátov. Významným inhibítorom týchto činností je nepochybne aj existencia a činnosť medzinárodných organizácií realizujúcich politiky nevyhnutné pre ďalší ekonomický rozvoj. Obzvlášť významnou je činnosť Európskej únie, ktorá je spätá s realizáciou vnútorného trhu charakterizovaného voľným pohybom osôb, tovaru, služieb a kapitálu. V tomto kontexte spoločenského vývoja je možné identifikovať ekonomické aktivity fyzických a právnických osôb, ktoré sú späté s dosahovaním príjmov. Subsumujú túto realitu spoločenského života pod ustanovenia

daňovo-právnych noriem je možné konštatovať, že v daných prípadoch vystupuje do popredia problematika subjektov daňovej povinnosti, zdaniteľných príjmov, zdroja týchto príjmov, predmetu zdanenia a následne aj otázka určenia výšky daňovej povinnosti skrz určenie základu dane a uplatnenie daňovej sadzby na takto kvantifikovaný predmet zdanenia. Zásadnou otázkou vyvstávajúcou v tejto súvislosti je nepochybne aj určenie štátu príslušného na zdanenie a s tým spojená potreba eliminovať prípady dvojitého zdanenia. Z tohto rámca daňovo-právnych inštitútov, z ktorých každý je možné ďalej skúmať a analyzovať v podmienkach konkrétnej ekonomickej situácie, sa v našom príspevku zameriame na problematiku transferového oceňovania.

Transferové oceňovanie veľmi úzko súvisí s existenciou a činnosťou podnikateľských subjektov presahujúcou hranice jednotlivých štátov. Vo svojej podstate sa transferové oceňovanie vzťahuje na činnosť zahraničných závislých osôb pri určovaní cien za operácie v ich vzájomných obchodných vzťahoch. Systém transferových cien sa medzi týmito subjektami uplatňuje s cieľom umelo ovplyvniť tvorbu zisku v oblastiach s nižšou úrovňou zdanenia na úkor teritórií s vyšším zdanením¹. Na strane dotknutého štátu je následne možné v závislosti od miery právnej regulácie v tejto oblasti konštatovať legálny alebo nelegálny daňový únik. Ekonomické správanie sa podnikateľských subjektov svojim dopadom na verejné rozpočty motivuje štáty k prehĺbovaniu právnej úpravy a zohľadňovaniu ekonomických aspektov v procese tvorby pravidiel správania sa v tejto oblasti spoločenských vzťahov. V našom príspevku sa zameriame na poukázanie na stúpajúci význam daňovo-právnej regulácie transferových cien v medzinárodnom kontexte, s dôrazom na situáciu v Slovenskej republike.

Medzinárodná právna úprava

Základným a východiskovým princípom medzinárodného spoločenstva pri definovaní pravidiel transferového oceňovania je princíp nezávislého vzťahu (*Arm's lenght principle*), ktorého prvé formulácie je možné objaviť už v činnosti Ligy národov v 30. rokoch minulého storočia² a ktorý bol zakotvený aj v čl. 9 modelovej zmluvy OECD z roku 1977³, pojednávajúcej o dvojitém zdaňovaní. Princíp nezávislého vzťahu sa neskôr premietol aj do prvého formalizovaného vyjadrenia pravidiel transferového

¹ BABČÁK, V.: *Daňové právo Slovenskej republiky*. Epos : Bratislava 2010, ISBN 978-80-8057-851-0, s. 97.

² CARROLL, B.M.: *Allocation of Business Income: The Draft Convention of the League of Nations*. In: *Columbia Law Review*, Vol. 34, No. 3, Mar., 1934, p. 473-498, ISSN: 00101958.

³ OECD: *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*. OECD 1977, In: http://faculty.law.wayne.edu/tad/Documents/Tax_treaties/OECD_Model_Treaty_1977.pdf

oceňovania vydaných v roku 1979 v správe OECD s názvom *Transferové oceňovanie a nadnárodné spoločnosti*⁴, a stal sa trvalo prítomným v opatreniach medzinárodného spoločenstva štátov pri regulácii problematiky transferového oceňovania.

Podstata tohto princípu spočíva v požiadavke, aby sa podmienky obchodných a finančných vzťahov medzi závislými osobami nelíšili od podmienok, ktoré by boli dohodnuté medzi nezávislými subjektami. Na tento účel sú osoby považované za závislé, ak sa subjekt jedného členského štátu podieľa na riadení, kontrole a majetku spoločnosti z iného členského štátu. Za závislé sú tiež považované subjekty v prípade, ak rovnaké fyzické osoby priamo alebo nepriamo participujú na riadení, kontrole a majetku subjektov z dvoch členských štátov. V prípade ak sa podmienky obchodných a finančných vzťahov medzi závislými osobami líšia od podmienok, aké by medzi sebou dohodli nezávislé subjekty, je možné akékoľvek zisky, ktoré neboli dosiahnuté len v dôsledku existencie týchto odlišných podmienok, zahrnúť do ziskov tohto podniku a následne aj zdať. Takto načrtnutý princíp nezávislého vzťahu vyjadruje úsilie o úpravu zisku skupiny nadnárodných spoločností podľa podmienok, aké by sa uplatnili medzi dvoma nezávislými spoločnosťami. Keďže princíp nezávislého vzťahu nepovažuje členov skupiny nadnárodnej spoločnosti za nedeliteľné časti jednej ucelenej spoločnosti, ale za samostatne hospodáriace jednotky, je potrebné v týchto prípadoch upriamiť pozornosť na povahu obchodovania medzi nimi.

V kontexte problematiky transferového oceňovania vyjadruje tento princíp požiadavku, aby v transakciách medzi závislými osobami boli používané ceny obvyklé na trhu. Kým v mnohých prípadoch obchodných vzťahov medzi závislými osobami je možné uskutočniť ich porovnanie s porovnateľnými transakciami nezávislých subjektov, je možné identifikovať aj špecifické obchodné vzťahy vyznačujúce sa ťažkosťou ich porovnania s inými obdobnými vzťahmi na trhu. Popri tejto skutočnosti je potrebné pri hodnotení uplatňovania princípu nezávislého vzťahu zohľadniť aj prípady transakcií závislých osôb, ktoré by nezávislé subjekty vzhľadom na ich špecifickú povahu vôbec neuskutočnili, čo taktiež môže narúšať bezproblémovosť jeho uplatňovania. Napriek existencii niektorých výhrad k uplatňovaniu princípu nezávislého vzťahu však členské štáty OECD potvrdzujú aktuálnosť a potrebu ďalšieho zotrvania na jeho uplatňovaní aj v súčasnosti⁵, keď zdôrazňujú nevyhnutnosť odmietnutia akýchkoľvek teoretických alternatív v prístupe k tejto otázke.

⁴ OECD: *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. OECD 1979.

⁵ OECD: *Review of comparability and of profit methods: Revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines*. Center for tax policy and administration 2010, p.10.

Správa OECD z roku 1979 bola v dôsledku následného vývoja aktualizovaná a na základe schválenia Rady OECD⁶ nanovo publikovaná v roku 1995 ako *Smernica OECD o transferovom oceňovaní pre správcov dane a nadnárodné spoločnosti* a stala sa významným dokumentom v procese ďalšieho rozvoja v tejto oblasti. Z jej obsahového hľadiska je okrem zotrvania na princípe nezávislého vzťahu potrebné zdôrazniť najmä zakotvenie metód stanovenia cien za operácie medzi závislými subjektami a tiež ustanovenia pojednávajúce o spôsobe zostavenia a obsahu dokumentácie o transferovom oceňovaní. V nasledujúcich rokoch bol obsah smernice doplnený o úpravu ďalších aspektov transferového oceňovania, akými boli napríklad oceňovanie nehmotného majetku, služieb poskytovaných v rámci skupiny, zdieľanie nákladov spoločnosťami v skupine a pod. Základná požiadavka transferového oceňovania spočívajúca v nevyhnutnosti uplatnenia princípu nezávislého vzťahu bola jednotlivými členskými štátmi OECD prevzatá tak blanketnými ustanoveniami odkazujúcimi na reguláciu obsiahnutú v smernici, ako aj podrobným rozpracovaním vnútroštátnej právnej úpravy v tejto oblasti.

Stúpajúci význam právnej regulácie transferového oceňovania nachádza svoju reflexiu aj v činnosti Európskej únie. Potvrdzujú to aj výsledky činnosti Európskej komisie⁷, ktoré zdôrazňujú vysoký stupeň relevancie tejto problematiky s fungovaním vnútorného trhu. Aj keď členské štáty Európskej únie uplatňujú smernicu OECD o transferovom oceňovaní adresovanú nadnárodným spoločnostiam a správcom daní, rozdiely vo výklade a uplatňovaní týchto pravidiel sa negatívne odrážajú na fungovaní vnútorného trhu, čo spôsobuje dodatočné náklady tak pre podnikateľský sektor, ako aj pre správcov daní. V dôsledku týchto skutočností navrhla Európska komisia vytvorenie Fóra pre transferové oceňovanie⁸, aby tak prispela k redukcii nákladov na uplatňovanie noriem transferového oceňovania, ako aj k zamedzeniu a eliminácii prípadov dvojitého zdanenia vznikajúceho v prípadoch cezhraničných transakcií v rámci skupiny nadnárodných spoločností. Pôvodný dvojročný mandát Fóra, jeho následné predĺženie a trvanie súčasného mandátu do marca 2011, sú ďalšími skutočnosťami vyzdvihujúcimi význam ďalšieho rozvoja v tejto oblasti.

Fórum pre transferové oceňovanie je tvorené odborníkmi z prostredia podnikateľského sektora, poradenských spoločností a správcov

⁶ OECD: *Recommendation of the Council on the Determination of Transfer Pricing between Associated Enterprises*. C(95)126/Final.

⁷ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Company taxation in the Internal Market*. COM(2001)582Final.

⁸ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Communication from the Commission to the Council, The European parliament and The Economic and social committee: Towards an Internal Market without tax obstacles – A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*. COM(2001)582.

daní a predstavuje platformu pre prerokovanie a hlbšie skúmanie praktických problémov transferového oceňovania. V medziach činnosti Fóra je potrebné vyzdvihnúť najmä odporúčanie vzťahujúce sa k povinnej dokumentácii v rámci Európskej únie, ktoré aj napriek svojej právnej nezáväznosti prispieva k riešeniu otázky druhu dokumentácie potrebnej na preukázanie uplatnenia princípu nezávislého vzťahu v tvorbe cien posudzovaných spoločností, a ktoré vyústilo do uznesenia Rady Európskej únie a zástupcov vlád členských štátov o kódexe správania pre dokumentáciu o transferovom oceňovaní.⁹

V nadväznosti na mechanizmus úpravy základu dane zahraničnej závislej osoby a s tým spojené prípady vzniku dvojitého zdanenia, bola v rámci Európskej únie prijatá Arbitrážna konvencia¹⁰ zameraná na elimináciu dvojitého zdanenia pri úprave transferov kapitálu medzi zahraničnými závislými osobami. Jej účelom je stanovenie procesu na rozriešenie prípadov dvojitého zdanenia zahraničných závislých osôb, čím napomáha zlepšeniu podmienok cezhraničných aktivít v rámci vnútorného trhu.

Právny poriadok Slovenskej republiky

V podmienkach právneho poriadku Slovenskej republiky je možné už od jej vzniku pozorovať zohľadnenie princípu nezávislého vzťahu, čomu zodpovedali aj príslušné ustanovenia pôvodných zákonov o daniach z príjmov¹¹. V §23 druhého z uvedených zákonov sa zotrvanie na tejto požiadavke odrazilo v skutočnosti, že do základu dane závislých osôb sa zahrňal aj rozdiel cien dohodnutých medzi závislými osobami a tými cenami, ktoré by medzi sebou dohodli nezávislé osoby v porovnateľných obchodných vzťahoch. Vyššie uvedená smernica OECD našla svoje vyjadrenie v podmienkach Slovenskej republiky v roku 1997, keď na základe uznesenia vlády Slovenskej republiky vydal minister financií opatrenie, ktorým prikázal publikovať Smernicu ako metodickú pomôcku pre správu daní, daňovníkov a platiteľov dane v Slovenskej republike.¹²

⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: *Resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States, meeting within the Council, of 27 June 2006 on a code of conduct on transfer pricing for associated enterprises in the European Union*. 2006/C 176/01.

¹⁰ Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, Official Journal L 225 of 20/08/1990, p.10.

¹¹ Zákon č. 286/1992 Zb. o daniach z príjmov, §23; Zákon č. 366/1999 Z.z. o daniach z príjmov, §23.

¹² MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Finančný spravodajca*. roč. XXXI., č.14, 23.11.1997, ISSN 1335-0498.

Z obsahového hľadiska sa rozsah právnej regulácie aj z dôvodu vstupu Slovenskej republiky do OECD postupne rozširoval, čo sa prejavilo v spresnení pojmového aparátu, ako aj v zakotvení nových právnych inštitútov. Skutočnosťou preukazujúcou stúpajúci význam tohto daňovo-právneho inštitútu bola transformácia dovtedajších podzákonných právnych predpisov a metodických usmernení do zákonných ustanovení, čoho výsledkom je najnovšia právna úprava transferového oceňovania v §2 písm. r), §17 ods. 5 a 6 a v §18 zákona č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov. V tomto právnej úpravy je možné vo vzťahu k transferovému oceňovaniu rozlíšiť štyri základné oblasti regulácie, ktorými sú definovanie zahraničných závislých osôb, zakotvenie princípu nezávislého vzťahu, klasifikácia metód transferového oceňovania, ako aj právne zakotvenie povinnosti viesť dokumentáciu o transferovom oceňovaní a stanovenie jej rozsahu.

Zákonné vymedzenie pojmu zahraničná závislá osoba nachádzame v §2 zákona č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov, v zmysle ktorého je takouto osobou vzájomne prepojená tuzemská fyzická osoba alebo tuzemská právnická osoba so zahraničnou fyzickou osobou alebo zahraničnou právnickou osobou, pričom môže ísť o prepojenie ekonomické, personálne alebo o iné prepojenie, pri ktorom je obchodný vzťah vytvorený len na účel zníženia základu dane alebo zvýšenia daňovej straty. Za zahraničné závislé osoby je potrebné považovať aj blízke osoby a tiež vzťah medzi daňovníkom s neobmedzenou daňovou povinnosťou a jeho stálymi prevádzkarňami v zahraničí, ako aj vzťah medzi daňovníkom s obmedzenou daňovou povinnosťou a jeho stálou prevádzkarňou na území Slovenskej republiky.

Ako už bolo vyššie načrtnuté, právna úprava Slovenskej republiky v oblasti transferového oceňovania dôsledne zotrúva na uplatňovaní princípu nezávislého vzťahu, čo nachádza svoje vyjadrenie v nevyhnutnosti súladu metódy použitej na stanovenie ceny transferu medzi závislými osobami s týmto princípom. Charakteristika tohto princípu vychádza v slovenskej právnej úprave z porovnávania podmienok obchodných alebo finančných vzťahov zahraničných závislých osôb s podmienkami, ktoré by medzi sebou v porovnateľných vzťahoch dohodli nezávislé subjekty. Predmetom porovnávania sú v tejto súvislosti najmä činnosti vykonávané porovnávanými osobami, ako napr. výroba, montážne práce, výskum, nákup, predaj a pod. Relevantné je tiež vzájomné porovnanie podnikateľských rizík, vlastnosti majetku a služby, dohodnuté zmluvné podmienky, či obchodná stratégia. Vzájomnú porovnateľnosť je následne možné konštatovať len v prípade absencie akéhokoľvek rozdielu v porovnávaných podmienkach, ako aj v prípade možnosti odstránenia vplyvu zistených rozdielov.

Metódy transferového oceňovania sa stali súčasťou právnej úpravy v Slovenskej republike po prvý krát až v dôsledku novely predchádzajúceho zákona o daniach z príjmov¹³ s účinnosťou od 1.1.2001 a ich výpočet

¹³ Zákon č. 466/2000 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 366/1999 Z.z. o daniach z príjmov v znení neskorších predpisov.

a klasifikáciu zahŕňa aj súčasná právna úprava. Členenie týchto metód má svoj základ v ich rozdelení na metódy vychádzajúce z porovnávania ceny a na metódy vychádzajúce z porovnávania zisku. Prvá z týchto skupín v sebe zahŕňa metódu nezávislej trhovej ceny, metódu následného predaja a metódu zvýšených nákladov a súhrne sa tieto metódy označujú aj ako tradičné transakčné metódy. Do rámca druhej z týchto skupín zahrňame metódu delenia zisku a metódu čistého obchodného rozpätia.

V súvislosti s uplatňovaním týchto metód je dôležité upriamiť pozornosť na ich vzájomný vzťah, ktorý nachádza svoje vyjadrenie pri výbere konkrétnej metódy. Pri overovaní súladu konkrétnej transakcie s princípom nezávislého vzťahu je potrebné prioritne uplatniť niektorú z metód vychádzajúcich z porovnávania ceny a až následne, ak takýto postup nie je vzhľadom na konkrétne okolnosti možný, je prípustné použiť niektorú z metód vychádzajúcich z porovnávania zisku. Následne je tiež možné vychádzať z kombinácie uvedených metód a vylúčené nie je ani uplatnenie metód v zákone priamo neuvedených. Výber najvhodnejšej metódy predstavuje komplexný proces vyžadujúci zohľadnenie ekonomických aspektov posudzovanej transakcie a je potrebné ho náležite odôvodniť v dokumentácii transferového oceňovania. Ekonomické aspekty tu priamo a bezprostredne vplyvajú na proces realizácie tejto skupiny daňovo-právnych noriem. Ide tak o spojenie ekonomických a právnych aspektov v konkrétnej situácii spoločenských vzťahov a o nevyhnutnosť ich súčasného zohľadnenia a uplatnenia.

Významným faktorom ovplyvňujúcim proces výberu najvhodnejšej metódy sú aj výsledky funkčnej a rizikovej analýzy, ktorá je jedným z kľúčových atribútov analýzy porovnateľnosti. Jej vyhodnotenie umožňuje identifikáciu funkcií kontrolovaného subjektu, rizík, ktoré znáša a tiež aktív, ktoré pri realizácii transakcie využíva. Na základe skúmania týchto skutočností je následne možné vyvodiť záver, či daný subjekt je plnoprávnym alebo zmluvným výrobcom, prípadne či je distribútorom s obmedzenými alebo neobmedzenými právomocami. V prípade výrobcu bude totiž potrebné prioritizovať metódu zvýšených nákladov, kým v podmienkach distribútora bude vhodnejšia aplikácia metódy následného predaja. Ak bude predmetom analýzy poskytovateľ licencie, najvhodnejšie sa bude javiť hľadanie nezávislej porovnateľnej transakcie a zvolenie metódy nezávislej trhovej ceny. V procese výberu metódy bude ďalej nápomocná aj správna charakteristika predmetu činnosti kontrolovaného subjektu, čo umožní kreovanie záveru o možnosti existencie porovnateľného nekontrolovaného subjektu, resp. o potrebe výberu metódy delenia zisku.¹⁴ Výber konkrétnej metódy sa tak odvíja od vhodnosti jej uplatnenia v konkrétnom prípade a od existencie údajov spôsobilých vzájomnej komparácie.

¹⁴ LUKNÁROVÁ, K.D.: *Transferové oceňovanie v teórii a praxi-Metódy transferového oceňovania*. In: *Účtovníctvo, audítorstvo, daňovníctvo v teórii a praxi*. 5/2010, roč. XVIII, ISSN 1335-2024, s. 178.

Vo vzťahu k výberu metódy transferového oceňovania upravuje zákon o dani z príjmov v §18 ods. 4 možnosť daňovníka požiadať správcu dane o vydanie rozhodnutia o odsúhlasení použitia konkrétnej metódy, pričom toto rozhodnutie sa môže vzťahovať najviac na päť zdaňovacích období, s možnosťou jeho ďalšieho predĺženia ak nedošlo k zmene podmienok, za ktorých bolo vydané predchádzajúce rozhodnutie. Je potrebné na tomto mieste upozorniť, že zákon tu zakotvuje možnosť odsúhlasenia metódy, nie však možnosť odsúhlasenia konkrétnej ceny za transakciu medzi zahraničnými závislými osobami.

Aj keď právna úprava v nedávnej minulosti vyžadovala pri tvorbe cien v transakciách medzi zahraničnými závislými osobami zdokumentovať tento postup, nebol obsah takejto dokumentácie bližšie definovaný. Významnou zmenou je preto vo vzťahu k preukazovaniu a vysvetľovaniu spôsobu tvorby cien kontrolovaných transakcií v slovenskom právnom poriadku zakotvenie povinnosti daňovníka viesť dokumentáciu o transferovom oceňovaní, čo našlo svoje vyjadrenie v novele zákona o dani z príjmov¹⁵, ktorá nadobudla účinnosť 1.1.2009. Vo vzťahu k obsahu dokumentácie o transferovom oceňovaní odkazuje zákon na úpravu tejto otázky Ministerstvom financií.

Stalo sa tak Usmernením Ministerstva financií¹⁶, v zmysle ktorého sa mal obsah dokumentácie uvedený v jeho prílohe prvý krát použiť za zdaňovacie obdobie začínajúce po 31. decembri 2008. Samotné vymedzenie obsahu dokumentácie transferového oceňovania vychádza z princípov a zásad obsiahnutých vo vyššie spomínanej Smernici OECD o transferovom oceňovaní pre nadnárodné spoločnosti a správu daní a v Uznesení Rady a zástupcov vlád členských štátov o kódexe správania pre dokumentáciu o transferovom oceňovaní pre pridružené podniky. Ide tu o významný prejav relevancie činnosti týchto organizácií v oblasti transferového oceňovania, čo umocňuje stúpajúci medzinárodný význam tejto oblasti daňového práva.

Samotná dokumentácia má pozostávať zo súboru informácií, údajov a skutočností, ktoré dostatočne preukážu a vysvetlia spôsob tvorby cien kontrolovaných transakcií. Z jej znenia má byť zrejmé dodržanie princípu nezávislého vzťahu, pričom samotný obsah dokumentácie bude vždy závisieť od konkrétnych okolností a podmienok kontrolovaných transakcií, najmä od použitej metódy transferového oceňovania. Vypracovanie dokumentácie je možné tak vo vzťahu ku každej posudzovanej transakcii samostatne, ako aj spoločne za skupinu transakcií, pričom v druhom prípade

¹⁵ Zákon č. 621/2007 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov a o zmene zákona č. 431/2002 Z.z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov.

¹⁶ MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Usmernenie č. MF/8288/2009-72 o určení obsahu dokumentácie o metóde ocenenia používanej daňovníkom podľa §18 ods.1 zákona č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov*. In: Finančný spravodajca. roč. 43, 1/2009, ISSN 1335-0498, s.111.

musia byť tieto transakcie vzájomne prepojené, rovnakého druhu, uzatvorené za rovnakých podmienok alebo byť preukázateľne porovnateľné z hľadiska ich funkcií a rizík.

V závislosti od povahy subjektu, na ktorý sa povinnosť viesť dokumentáciu vzťahuje, rozlišujeme dokumentáciu základnú a zjednodušenú. Tvorba základnej dokumentácie je spätá s daňovníkmi vykazujúcimi výsledok hospodárenia v individuálnej účtovnej závierke podľa medzinárodných štandardov pre finančné výkazníctvo v zmysle ustanovení zákona o účtovníctve¹⁷. Obsah základnej dokumentácie pozostáva z údajov vzťahujúcich sa k celej skupine závislých osôb, čo tvorí tzv. všeobecnú dokumentáciu, a z údajov týkajúcich sa konkrétneho daňovníka označovaných ako dokumentácia špecifická. Tvorba zjednodušenej dokumentácie sa vzťahuje na daňovníkov nespĺňajúcich kritéria pre tvorbu základnej dokumentácie a zahŕňa informácie v rozsahu ustanovenom osobitným predpisom¹⁸. Aj v tomto prípade je potrebné preukázať dodržanie princípu nezávislého vzťahu pri kontrolovaných transakciách a obsahom zjednodušenej dokumentácie môžu byť aj nevýznamné informácie o posudzovaných transakciách.

Správnosť použitia metódy a vyčíslenia rozdielu, o ktorý sa ceny transakcií medzi zahraničnými závislými osobami líšia od cien používaných medzi nezávislými osobami, sú predmetom preverovania daňových orgánov pri daňovej kontrole. Daňový orgán je tiež oprávnený vyzvať daňovníka na predloženie dokumentácie o transferovom oceňovaní, čo je tento povinný vykonať do 60 dní odo dňa doručenia výzvy daňového orgánu. Pravidlom je predkladanie dokumentácie v štátnom jazyku, avšak daňový orgán môže na základe žiadosti povoliť jej predloženie aj v inom ako štátnom jazyku.

Dôležitou súčasťou legislatívnych zmien v oblasti transferového oceňovania bola aj aktualizácia vzoru daňového priznania na základe opatrenia Ministerstva financií¹⁹, ktorým sa s účinnosťou od 1.3.2009 doplnil formulár daňového priznania dane z príjmov pre právnické osoby o tabuľku zahŕňajúcu informácie, ktorých účelom je identifikácia objemu jednotlivých druhov kontrolovaných transakcií zahraničných závislých osôb. Jej obsahom majú byť údaje o výnosoch a nákladoch ovplyvňujúcich

¹⁷ Zákon č. 431/2002 Z.z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov.

¹⁸ MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: Opatrenie Ministerstva financií Slovenskej republiky č. 4455/2003-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o usporiadaní, značovaní a obsahovom vymedzení položiek individuálnej účtovnej závierky a rozsahu údajov určených z individuálnej účtovnej závierky na zverejnenie pre podnikateľov účtujúcich v systave podvojného účtovníctva v znení neskorších predpisov (č.123/2003Z. z.), príloha č.3, časť N.

¹⁹ MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: Opatrenie Ministerstva financií č. MF/008928/2009-72, ktorým sa dopĺňa opatrenie Ministerstva financií Slovenskej republiky z 18. decembra 2008 č. MF/025737/2008-72, ktorým sa stanovujú vzory daňových priznaní k dani z príjmov .

hospodársky výsledok pred zdanením. Posudzovanými druhmi transakcií sú na tomto mieste úvery a pôžičky, služby, licenčné poplatky, ako aj náklady a výnosy viažuce sa na hmotný, nehmotný a finančný majetok, a na zásoby materiálu, výrobkov a tovaru.

Aktuálny stav v rámci OECD

Najnovší vývoj v oblasti transferového oceňovania na medzinárodnej úrovni si vyžaduje upriamiť pozornosť na úpravu kapitol I až III Smernice pre nadnárodné spoločnosti a správu daní, schválenú 22.7.2010 Radou OECD²⁰. Jej výsledkom je úprava pravidiel transferového oceňovania, s výrazným dopadom na doterajší prístup k tejto otázke. Zmeny sa dotýkajú procesu výberu najvhodnejšej metódy pre konkrétny prípad, v ktorom je potrebné zohľadniť tak silné ako aj slabé stránky metód upravených normami OECD. Ide najmä o potrebu posúdenia vhodnosti metódy prostredníctvom funkčnej analýzy, dostupnosti relevantných informácií a stupňa porovnateľnosti medzi kontrolovanou a nekontrolovanou transakciou. OECD ďalej konštatuje, že žiadna z metód nie je vhodná na aplikáciu v každom posudzovanom prípade a rovnako tiež nie je nevyhnutné preukazovať nevhodnosť uplatnenia metódy na konkrétne okolnosti prípadu. Dôležitou zmenou oproti predchádzajúcej úprave je preto odstránenie nadradenosti medzi metódami vychádzajúcimi z porovnania ceny nad metódami vychádzajúcimi z porovnania zisku. Podstatou zmien je akcentácia hľadania najvhodnejšej metódy pre konkrétny prípad. Ak by však bolo možné súčasne uplatniť metódu nezávislej trhovej ceny a aj niektorú inú metódu, naďalej je potrebné uprednostniť prvú z týchto metód pre jej schopnosť najvernejšie preukázať súlad stanovenej ceny z princípom nezávislého vzťahu.

Súčasťou zmien v smernici o transferovom oceňovaní je popri aktualizácii doterajších ustanovení aj nové znenie kapitoly IX, pojednávajúcej najmä o oceňovaní vnútro podnikových reštrukturalizácií. Jej obsahom je úprava podstatných aspektov transferového oceňovania pri týchto transakciách, ako napríklad alokácia a prenos rizika medzi spriaznenými osobami, vzájomné kompenzácie pri vnútro skupinových reštrukturalizáciách, použitie pravidiel transferového oceňovania po uskutočnení reštrukturalizácie, ako aj možnosť správcu dane na účely aplikácie pravidiel transferového oceňovania abstrahovať od uskutočnenej reštrukturalizácie. Táto posledná možnosť je však spätá len s osobitnými a ojedinelými prípadmi, akými sú napríklad nesúlad podstaty a formy transakcie, alebo nemožnosť stanoviť transferovú cenu v dôsledku špecifického usporiadania vzťahov medzi závislými osobami, líšiaceho sa od vzťahov medzi osobami nezávislými .

²⁰ OECD: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD Publishing 2010. ISBN 978-92-64-09018.

Prihliadajúc na významný vplyv pravidiel transferového oceňovania vznikajúcich na pôde OECD, je možné v blízkej budúcnosti očakávať zohľadnenie najnovších revízií uvedenej smernice aj v oblasti vnútroštátnej právnej úpravy členských štátov, nevynímajúc ani právny poriadok Slovenskej republiky. Takýto vývoj bude plne v súlade s východiskami smernice o transferovom oceňovaní, v zmysle ktorých nárast počtu nadnárodných spoločností predstavuje ucelený súbor daňovo-právnych otázok dotýkajúcich sa ako týchto spoločností, tak aj správcov daní, v dôsledku čoho stanovenie pravidiel transferového oceňovania musí byť adresované v kontexte širších medzinárodných súvislostí.²¹

Daňové orgány a daňové subjekty

Línia doterajšieho výkladu poukazujúca na medzníky právnej úpravy transferového oceňovania vytvára priestor pre formulovanie záveru o stúpajúcej tendencii prehlbovania právnej úpravy tejto oblasti daňovo-právnych vzťahov na medzinárodnej aj vnútroštátnej úrovni. Potvrdenie dôležitosti tohto inštitútu daňového práva je však možné preukázať aj analýzou činnosti daňových orgánov v tejto oblasti, ako aj poznatkami o praktickom uplatňovaní týchto právnych noriem v praxi dotknutých daňových subjektov.

Pri pohľade na obsahové zameranie daňových kontrol v posledných rokoch je možné pozorovať stabilné zastúpenie kontrol dodržiavania transferového oceňovania. V priebehu rokov 2007, 2008, 2009 boli daňovými kontrolórmí vykonané zhodne 3 kontroly zamerané na transferové oceňovanie, pričom je možné v týchto prípadoch konštatovať výrazný nárast ich celkových nálezov. Kým v rokoch 2007 a 2008 dosiahli nálezy v týchto prípadoch hodnotu 429,33 eura a 359,32 eura, v roku 2009 zaznamenali kontrolóri nález z kontroly transferového oceňovania až 411000 eur.²² Takýto nárast nálezov v priebehu posledných troch rokov pri zachovaní rovnakého počtu daňových kontrol oprávňuje konštatovať, že pravidlá transferového oceňovania nadobúdajú na význame nie len z hľadiska ich legislatívneho zakotvenia, ale aj z pohľadu konkrétnej aplikácie týchto pravidiel daňovými orgánmi.

Významnú časť činností daňových orgánov tvorili v roku 2009 aj aktivity podporujúce rozvoj kontroly v oblasti transferového oceňovania. Okrem aktivít súvisiacich s obnovením a s používaním komerčnej databázy Amadeus bol vypracovaný aj manuál pre výber daňových subjektov na kontrolu transferového oceňovania, ako aj manuál pre praktické

²¹ OECD: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD Publishing 2010. ISBN 978-92-64-09018, p. 17.

²² DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2009, Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2008, Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2007*, Banská Bystrica, 2008-2010.

vykonávanie kontrol transferového oceňovania v oblasti finančnej, funkčnej, porovnávacej a ekonomickej. Pozornosť je potrebné upriamiť aj na realizáciu Národného projektu „Kvalifikovaný zamestnanec daňovej správy“, v rámci ktorého sa zamestnanci daňovej správy vzdelávajú aj v oblasti transferového oceňovania a v oblasti aplikácie medzinárodných daňových zmlúv.²³

Daňové riaditeľstvo SR vo svojej výročnej správe za rok 2009 ďalej konštatovalo, že výmena informácií v oblasti priamych daní bola realizovaná v najväčšom rozsahu s Českou republikou a Nemeckom a v roku 2009 bol odštartovaný aj pilotný projekt priamej cezhraničnej spolupráce medzi vybranými daňovými úradmi Slovenskej republiky a finančnými úradmi Českej republiky. Bilaterálna spolupráca medzi daňovými správami týchto dvoch štátov prebieha na základe zmluvy o vzájomnej spolupráci z roku 2003 a v roku 2009 bolo podpísané aj Memorandum o vzájomnej administratívnej spolupráci medzi Českou a Slovenskou daňovou správou, ktoré má pomôcť k ešte užšej spolupráci v oblasti priamej výmeny informácií.²⁴

Narastajúci význam problematiky transferového oceňovania je možné hodnotiť okrem vyhodnocovania činnosti daňovej správy aj skúmaním praktického uplatňovania týchto pravidiel zo strany dotknutých daňových subjektov. V tejto súvislosti je možné konštatovať, že napriek legislatívnym zmenám v oblasti transferového oceňovania sa v roku 2009 vyskytovali prípady fakturácií služieb od materskej spoločnosti v inom členskom štáte Európskej únie do Slovenskej republiky, ktoré boli z hľadiska kalkulácie nepodložené. Súčasne bolo možné v roku 2009 pozorovať aj nepripravenosť dotknutých subjektov dokladovať prostredníctvom dokumentácie transferového oceňovania výšku obvyklej ceny.²⁵

Z uvedených skutočností o stupňovaní významu kontrol daňových orgánov a skutočností o nedostatočnej pripravenosti daňových subjektov prispôbiť svoje konanie v oblasti transferového oceňovania platnej a účinnej právnej úprave, je možné v najbližšom období predpokladať narastajúci význam transferového oceňovania ako jednej z ústredných otázok daňového práva.

²³ DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2009*. Banská Bystrica 2010.

²⁴ DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2009*. Banská Bystrica 2010.

²⁵ KOLIBÁROVÁ, M. – ŠKULTÉTY, J.: *Riadne účtovné závierky podnikateľských subjektov 2009*. In: *Účtovníctvo, audítorstvo, daňovníctvo v teórii a praxi*. 5/2010, roč. XVIII, ISSN 1335-2024, s. 197.

Záver

V medziach inštitútu transferového oceňovania je podľa nášho názoru možné identifikovať dve roviny vzájomnej interakcie ekonomických aspektov a práva. Tou prvou je oblasť právnej regulácie činnosti nadnárodných podnikateľských subjektov na medzinárodnej a vnútroštátnej úrovni, kde ekonomické správanie sa týchto subjektov je primárnym determinantom prijímaných opatrení zo strany štátov. Za druhú rovinu interakcie týchto dvoch prvkov považujeme oblasť realizácie a aplikácie právnych noriem transferového oceňovania, kde správne a náležité posúdenie konkrétnej ekonomickej situácie je nevyhnutné pre zákonné správanie sa adresátov právnych noriem v oblasti stanovenia transferových cien a následnej dokumentácie tohto postupu. Zastrešujúcou ekonomickou skutočnosťou je v oboch uvedených prípadoch fakt, že oblasť právnej úpravy transferového oceňovania je bezprostredne spojená s fiskálnou funkciou daní a daňového práva, čoho vyjadrením je snaha štátu o maximalizáciu príjmov štátneho rozpočtu, za súčasnej snahy o pozitívne pôsobenie na rozvoj ekonomických vzťahov v oblasti medzinárodného obchodu.

Z pohľadu vedy daňového práva je na záver potrebné konštatovať, že právna úprava transferového oceňovania významne ovplyvňuje formovanie vzťahu širokej verejnosti k daňovému právu, keď nabáda ekonomicky činné subjekty k znalosti pravidiel transferového oceňovania, čím prispieva k všeobecnej akceptácii a k autorite daňového práva ako rovnocenného a samostatného právneho odvetvia. Túto samostatnosť postavenia daňového práva v systéme práva v poslednom čase konštatovali aj viacerí predstavitelia vedy daňového práva na Slovensku aj v zahraničí.²⁶ Popri predmete a metódach právnej regulácie, ako rozhodujúcich kritériách posudzovania samostatnosti právneho odvetvia, je totiž miera akceptácie osobitosti určitej skupiny právnych noriem zo strany spoločnosti ďalším takýmto rozlišovacím znakom.

Literature:

- BABČÁK, V.: *Daňové právo Slovenskej republiky*. Epos : Bratislava 2010, ISBN 978-80-8057-851-0.

²⁶ BABČÁK, V.: *Daňové právo Slovenskej republiky*. Epos : Bratislava 2010, ISBN 978-80-8057-851-0, s. 37-40.

- CARROLL, B.M.: *Allocation of Business Income: The Draft Convention of the League of Nations*. In: *Columbia Law Review*, Vol. 34, No. 3, Mar., 1934, ISSN: 00101958.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Company taxation in the Internal Market*. COM(2001)582Final.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: Communication from the Commission to the Council, The European parliament and The Economic and social committee: *Towards an Internal Market without tax obstacles – A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*. COM(2001)582.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: *Resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States, meeting within the Council, of 27 June 2006 on a code of conduct on transfer pricing for associated enterprises in the European Union*. 2006/C 176/01.
- DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2009*. Banská Bystrica, 2010.
- DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2008*. Banská Bystrica 2009.
- DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2007*. Banská Bystrica 2008.
- DAŇOVÉ RIADITEĽSTVO SR: *Výročná správa o činnosti daňových orgánov za rok 2006*. Banská Bystrica 2007.
- LUKNÁROVÁ, K.D.: *Transferové oceňovanie v teórii a praxi - Metódy transferového oceňovania*. In: *Účtovníctvo, audítorstvo, daňovníctvo v teórii a praxi*. 5/2010, roč. XVIII, ISSN 1335-2024.
- MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Finančný spravodajca*. roč. XXXI., č.14, 23.11.1997, ISSN 1335-0498.

- MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Usmernenie č. MF/8288/2009-72 o určení obsahu dokumentácie o metóde ocenenia používanej daňovníkom podľa §18 ods.1 zákona č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.* In: Finančný spravodajca. roč. 43, 1/2009, ISSN 1335-0498.
- MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Opatrenie Ministerstva financií Slovenskej republiky č. 4455/2003-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o usporiadaní, označovaní a obsahovom vymedzení položiek individuálnej účtovnej závierky a rozsahu údajov určených z individuálnej účtovnej závierky na zverejnenie pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva v znení neskorších predpisov (č.123/2003Z. z.), príloha č.3, časť N.*
- MINISTERSTVO FINANCIÍ SR: *Opatrenie Ministerstva financií č. MF/008928/2009- 72, ktorým sa dopĺňa opatrenie Ministerstva financií Slovenskej republiky z 18. decembra 2008 č. MF/025737/2008-72, ktorým sa stanovujú vzory daňových priznaní k dani z príjmov .*
- KOLIBÁROVÁ, M. – ŠKULTÉTY, J.: *Riadne účtovné závierky podnikateľských subjektov 2009.* In: Účtovníctvo, audítorstvo, daňovníctvo v teórii a praxi. 5/2010, roč. XVIII, ISSN 1335-2024.
- OECD: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.* OECD Publishing 2010. ISBN 978-92-64-09018.
- OECD: *Model Double Taxation Convention on Income and Capital.* OECD1977, In: http://faculty.law.wayne.edu/tad/Documents/Tax_treaties/OECD_Model_Treaty_1977.pdf
- OECD: *Transfer Pricing and Multinational Enterprises.* OECD 1979.
- OECD: *Review of comparability and of profit methods: Revision of chapters I-III of the transfer pricing guidelines.* Center for tax policy and administration 2010.

- OECD: Recommendation of the Council on the Determination of Transfer Pricing between Associated Enterprises. C(95)126/Final.

Contact – email
michal_kocis@yahoo.com

HOSPODÁRSKA KRIMINALITA Z POHĽADU MOŽNOSTÍ EMPIRICKÉHO VÝSKUMU

MIROSLAV KOPRLA

Filozofická fakulta, Katedra politológie, UCM v Trnave, Slovensko

Abstract in original language

Príspevok prináša analytický pohľad na empirické skúmanie súčasnej hospodárskej kriminality. Prvá časť príspevku sa zaoberá definovaním dostupných merateľných indikátorov, s pomocou ktorých je možné analyzovať páchatel'ov hospodárskej kriminality alebo subjekty postihnuté hospodárskou trestnou činnosťou. Druhá časť príspevku sa venuje dvom uhlom pohľadu na problematiku skúmania hospodárskej kriminality. Prvý uhol pohľadu predstavuje skúmanie páchatel'ov hospodárskych trestných činov, druhý uhol pohľadu sa spája so skúmaním subjektov postihnutých hospodárskou kriminalitou, či už na úrovni národnej alebo medzinárodnej. Cieľom príspevku je prezentovať možné spôsoby skúmania hospodárskej kriminality a poukázať na možné nedostatky alebo rezervy realizovaných výskumov.

Key words in original language

Hospodárska kriminalita; výskum; indikátory; analýza.

Abstract

The article presents an analytic view of empirical research on today's economic criminality. The first part of the article focuses on definition of available measuring indicators those are suitable for analyzing the offenders of economic criminality or subjects affected by economic crimes. The second part of the article presents two points of view of questions connected with economic crime research. The first point of view means research taken at offenders of economic crimes, the second point of view is connected with research aimed at subjects affected by economic crimes, either on national or international levels. The aim of the article is to present alternative approaches to the research on economic criminality and to detect all possible limitations or restraints of realized researches.

Key words

Economic Criminality; Research; Indicators; Analysis.

1. ÚVOD

Nepriaznivá situácia krajín v čase hospodárskej a finančnej krízy núti tieto krajiny aktívne bojovať s fenoménom zvaným hospodárska kriminalita. Hospodárskou kriminalitou je vo väčšej či menšej miere postihnutá každá krajina. Jednou z možností jej eliminácie je poznanie jej zákonitostí, páchatel'ov a obetí. K tomu nám môže efektívne pomôcť práve empirický

výskum. V nasledujúcich riadkoch príspevku budeme prezentovať vybrané indikátory, ktoré nám môžu vo významnej miere napomôcť v porozumení fenoménu hospodárskej kriminality, a tiež tvorbe opatrení voči nej.

2. HOSPODÁRSKA KRIMINALITA

Skúmanie hospodárskej kriminality predstavuje z empirického hľadiska náročnú úlohu. Prvým problematickým bodom, s ktorým sa stretávame pri výskume, je samotné definovanie hospodárskej kriminality, pretože nebola doposiaľ jednoznačne definovaná. „Pojem hospodárska kriminalita nebol zatiaľ ani napriek všetkým snahám jednoznačne vymedzený. Z hľadiska slovenského trestného práva sa spája s hospodárskymi trestnými činmi, ktoré sú zaradené v piatej hlave osobitnej časti Trestného zákona č. 300/2005 Z.z. v platnom znení. Žiada sa zdôrazniť, že tieto explicitne vymenované hospodárske trestné činy tvoria iba základ; ich množina z hľadiska rôznorodosti skutkových podstát nie je konečná.“¹ Výskum hospodárskej kriminality nie je len aktuálnou témou výskumov uplynulých desiatich rokov. Počiatky výskumu spojeného s hospodárskou kriminalitou môžeme spájať s menom kriminálneho sociológa Edwina Hardina Sutherlanda, ktorý ju pred vyše osemdesiatimi rokmi popísal a nazval kriminalitou bielych golierov. „Sutherland už vtedy poukázal na skutočnosť, ktorú v sedemdesiatych rokoch dvadsiateho storočia, teda o štyridsať rokov neskôr dokázateľne, na základe rozsiahlych štúdií a empirických výskumov, potvrdili vedecké kruhy v západnej Európe, a síce, že hospodárska kriminalita dokáže spôsobiť v celkovom hodnotovom vyjadrení vyššie škody než všetky zostávajúce formy kriminality spoločne.“² V histórii Slovenskej republiky môžeme prvé prejavy hospodárskej kriminality spájať s rokom 1989, ktorý môžeme z tohto uhla pohľadu považovať za historický medzník. „Páchatelia ekonomickej kriminality využívali v počiatočnom období po roku 1989 hlavne slabé skúsenosti rôznych finančných inštitúcií a medzery v slovenskej legislatíve.“³ Postupom času a vznikom samostatnej Slovenskej republiky v roku 1993 došlo v deväťdesiatych rokoch dvadsiateho storočia k rozmachu hospodárskej kriminality, ktorá sa tak stala aktuálnym problémom a to aj vo svete. „Jej fenomén práve v uvedenom

¹ Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita v ekonomických súvislostiach, Bratislava: Daniel NETRI, 2010, s. 11, ISBN 978-80-89416-05-9

² Koprlová, J.: Ekonomické súvislosti hospodárskej kriminality (príklad Slovenska a Nemecka), In Páchateľ hospodárskej kriminality v Slovenskej republike, [CD-ROM], Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009, s. 38, ISBN 978-80-8082-287-3

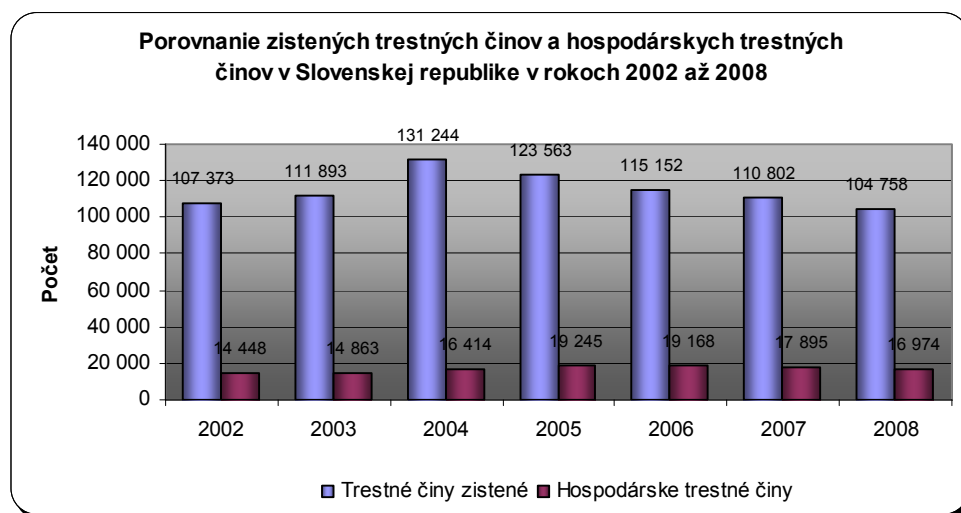
³ Koprlová, J.: Stručný prehľad najvýznamnejších prejavov novodobej ekonomickej kriminality v prostredí Slovenskej republiky (pohľad ekonóma), In Nové jevy v hospodárskej a finančnej kriminalite: vnútroštátni a evropské aspekty, Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4714-3, s. 41

období procesov nebyvalej liberalizácie národných ekonomík dokázal prerásť do takých rozmerov a podôb, že novodobú hospodársku kriminalitu možno už dnes označiť za najpálčivejší problém svetovej ekonomiky a jeden z kľúčových problémov budúcnosti ľudstva.⁴

Z hľadiska získavania údajov o hospodárskej kriminalite môžeme siahnuť po nasledujúcich prameňoch:

1. štatistické prehľady (štatistické ročenky a pod.);
2. obsahová analýza dokumentov (súdne spisy, prieskum páchatateľov hospodárskych trestných činov);
3. dotazníkový prieskum (on-line, prieskum obetí hospodárskych trestných činov).

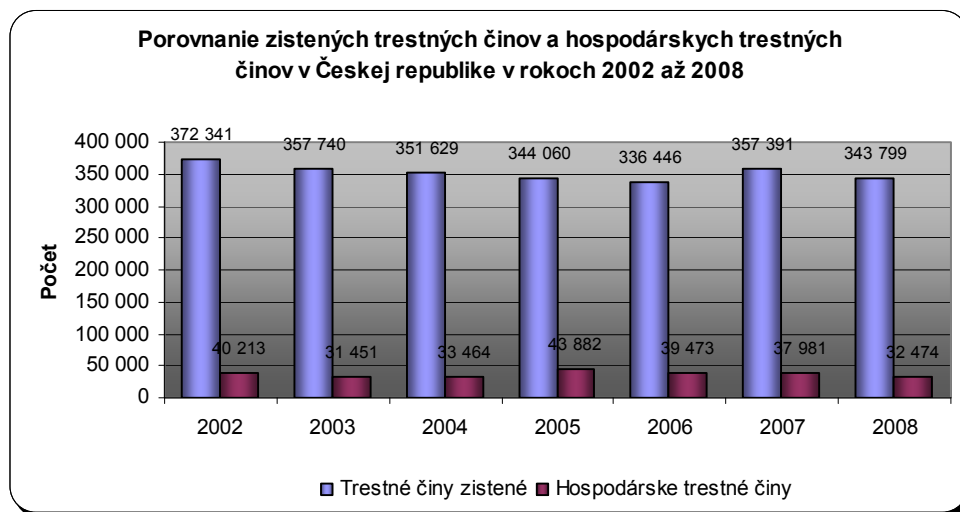
Prvým spôsobom ako získať prehľad o stave hospodárskej kriminality je práve prostredníctvom štatistických prehľadov. Pre zaujímavosť uvádzame na Obrázkoch 1 a 2 porovnanie zistených trestných činov a hospodárskych trestných činov v Slovenskej a Českej republike v rokoch 2002 až 2008.



Obrázok 1 Porovnanie zistených trestných činov a hospodárskych trestných činov v Slovenskej republike v rokoch 2002 až 2008

(Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

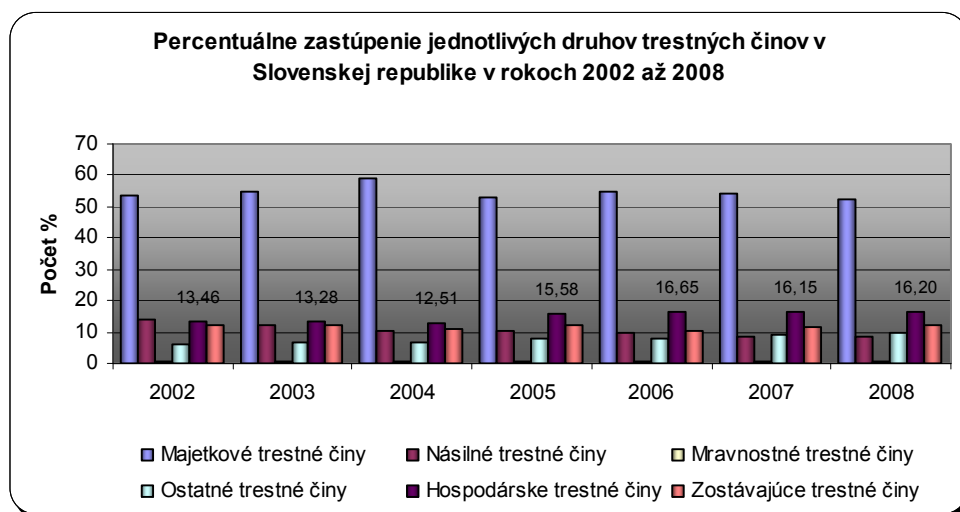
⁴ Koprlová, J.: Stručný náčrt hospodárskej kriminality, In Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica, V/2008, Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2009, ISBN 978-80-8082-268-2, s. 126



Obrázok 2 Porovnanie zistených trestných činov a hospodárskych trestných činov v Českej republike v rokoch 2002 až 2008

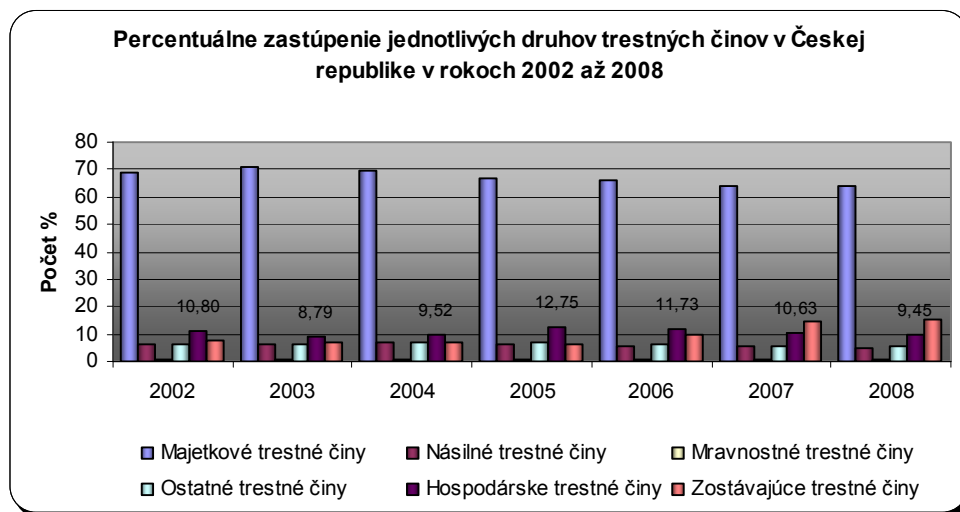
(Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

Obrázky 3 a 4 zasa prezentujú porovnanie percentuálneho zastúpenia jednotlivých trestných činov v oboch krajinách v rokoch 2002 až 2008.



Obrázok 3 Percentuálne zastúpenie jednotlivých druhov trestných činov v Slovenskej republike v rokoch 2002 až 2008

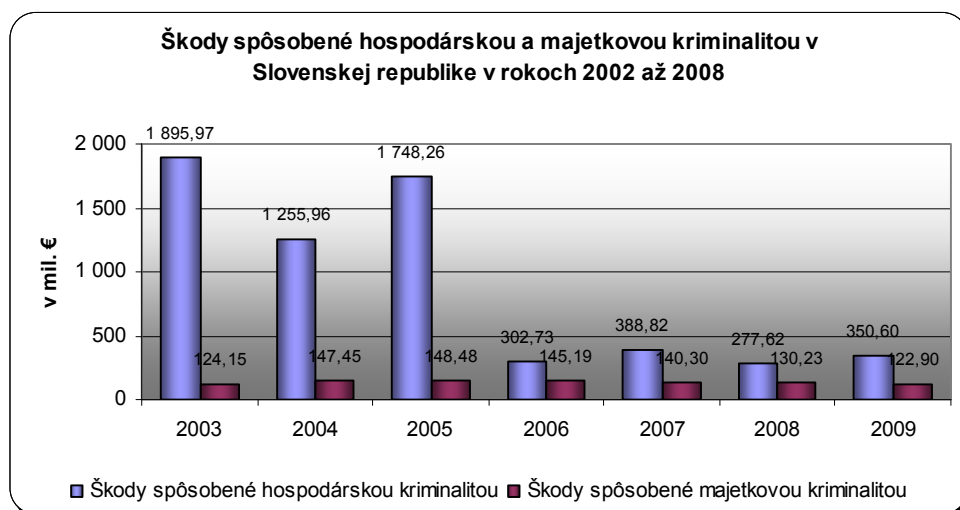
(Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)



Obrázok 4 Percentuálne zastúpenie jednotlivých druhov trestných činov v Českej republike v rokoch 2002 až 2008

(Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

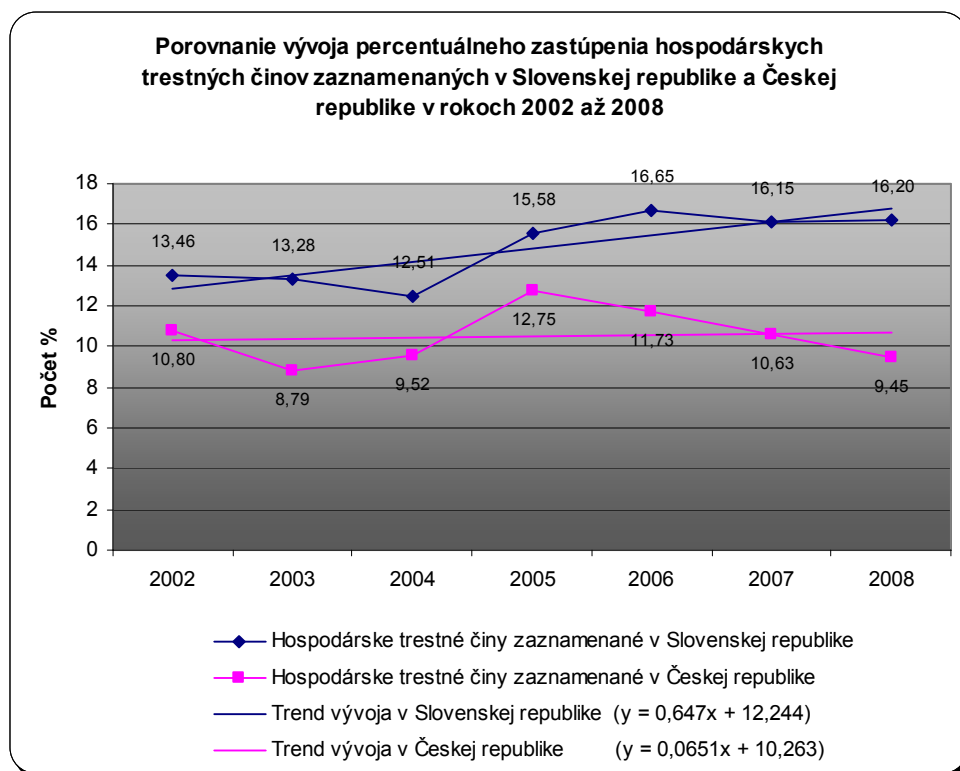
Obrázok 5 porovnáva škody spôsobené hospodárskou a majetkovou kriminalitou v Slovenskej republike v rokoch 2002 až 2008.



Obrázok 5 Škody spôsobené hospodárskou a majetkovou kriminalitou v Slovenskej republike v rokoch 2002 až 2008

(Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

Na základe prezentovaných porovnaní môžeme uviesť, že počet hospodárskych trestných činov kulminoval v Slovenskej republike v roku 2005 s počtom 19 245 trestných činov. V Českej republike dosiahol počet hospodárskych trestných činov vrchol taktiež v roku 2005 s počtom 43 882 trestných činov. Z hľadiska percentuálneho zastúpenia jednotlivých druhov trestných činov sme znamenali v Slovenskej republike najväčší percentuálny podiel v roku 2006 (16,65 %). Česká republika dosiahla najvyšší percentuálny podiel hospodárskych trestných činov o rok skôr, teda v roku 2005 (12,75 %). Taktiež sme poukázali na paradox, že aj napriek tomu, že hospodárske trestné činy sa podieľajú na celkovom počte trestných činov len malým podielom, dokážu vo finančnom vyjadrení spôsobiť najvyššie škody, dokonca niekoľkokrát prevyšujú škody spôsobené majetkovou trestnou činnosťou.



Obrázok 6 Porovnanie vývoja percentuálneho zastúpenia hospodárskych trestných činov zaznamenaných v Slovenskej republike a Českej republike v rokoch 2002 až 2008 (Prameň: Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>> a Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úrad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

Napokon Obrázok 6 približuje trend vývoja hospodárskych trestných činov zaznamenaných v Slovenskej a Českej republike v rokoch 2002 až 2008. Môžeme konštatovať, že v SR došlo k priemernému ročnému nárastu o 0,65 percentuálneho bodu a v ČR k ročnému nárastu o 0,07 percentuálneho bodu.

3. PÁCHATELIA HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Páchateľov trestnej činnosti spojenej s hospodárskou kriminalitou možno empiricky skúmať najmä prostredníctvom zaevidovaných súdnych spisov. Azda najrozsiahlejšiu výskumnú akciu v tejto oblasti vykonal kolektív autorov z Inštitútu pre kriminológiu a sociálnu prevenciu pod vedením Miroslava Scheinosta. Výskum s názvom Výskum ekonomickej kriminality, ktorý sa uskutočnil v rokoch 2000 až 2003, bol súčasťou výskumného zámeru *Závažné formy trestnej činnosti predstavujúce významné sociálne a bezpečnostné riziká pre štát, možnosti ich kontroly a prevencie*. Keďže išlo o rozsiahlu výskumnú akciu s veľmi dobre prepracovanou metodológiou výskumu, priblížime v nasledujúcich riadkoch výskumné metódy, sledované údaje a napokon vytvorenú typológiu páchatel'ov, ktoré boli uplatnené vo vyššie uvedenom výskume.

3.1 VÝSKUMNÉ METÓDY A TECHNIKY POUŽITÉ VO VÝSKUME PÁCHATEĽOV HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Kolektív autorov z Inštitútu pre kriminológiu a sociálnu prevenciu počas štyroch rokov výskumu využil širokú škálu dostupných výskumných metód a techník, pričom ich využitie záviselo od časovej fázy výskumu, a taktiež od charakteru výskumnej problematiky. Vo výskume boli aplikované prevažne nasledujúce výskumné metódy a techniky:⁵

- analýza štatistických materiálov (štatistiky Polície Českej republiky a justičné štatistiky);
- sekundárna analýza dostupných relevantných štúdií, materiálov a prameňov (materiály rôznych úradov, orgánov, bánk a pod.);
- sledovanie vývoja a rozbor relevantných právnych noriem (zákony, dokumenty odporúčania medzinárodných organizácií a pod.);
- prípadové štúdie (dostupné prípadové štúdie na základe spisov súdov a štátnych zastupiteľstiev);
- analýza súdnych spisov (analýza spisov k uzatvoreným prípadom hospodárskej a finančnej kriminality);
- dotazníkový prieskum u pracovníkov orgánov činných v trestnom konaní (dotazníky boli distribuované na okresné sudy a pod.);

⁵ Bližšie pozri Scheinost, M. et al.: *Výskum ekonomickej kriminality*, [online], Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 10, [cit. 2010-11-10], ISBN 80-7338-031-5, Dostupné na internete: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/308.pdf>>

- konzultácie s vybranými expertmi (finanční a daňoví riaditelia vybraných orgánov a pod.);
- analýza tlače a prameňov na internete (ako pomocný prameň aktuálnych informácií).

3.2 SLEDOVANÉ ÚDAJE VO VÝSKUME PÁCHATEĽOV HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Pri podrobnejšej analýze páchatel'ov hospodárskej kriminality sa kolektív výskumníkov zameral na analýzu súdnych spisov, aby získal dostupné informácie o páchatel'och. Spolu sa podarilo pracovníkom zozbierať a analyzovať 115 trestných spisov. V uvedených trestných spisoch boli sledované nasledujúce údaje:⁶

- právna kvalifikácia trestnej činnosti (prípadné zmeny právnej kvalifikácie v priebehu konania);
- doba konania (od podania obžaloby po vynesenie právoplatného rozsudku);
- problémy dokazovania (charakter dôkazov, listiny, svedkovia, priznanie obvineného a pod.);
- charakter a spôsob páchania trestnej činnosti (modus operandi);
- výška spôsobenej škody;
- väzba na netrestnú oblasť (súvisiace problémy, normy a ich prípadné porušovanie);
- poškodené objekty (štát, peňažné ústavy, obchodné spoločnosti, podnikatelia a pod.);
- subjekty, ktoré boli poškodené sprostredkovane (členovia družstiev, zamestnanci a pod.);
- rozsudky (výška a charakter trestu, uplatnenie ďalších sankcií okrem trestu odňatia slobody, podávanie odvolaní a pod.);

⁶ Bližšie pozri Scheinost, M. et al.: Výzkum ekonomické kriminality, [online], Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 11, [cit. 2010-11-10], ISBN 80-7338-031-5, Dostupné na internete: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/308.pdf>>

- počet páchatel'ov (individuálni, spolupráca, skupina, dostupné sociálne alebo osobné charakteristiky);
- okruh subjektov umožňujúcich páchanie trestnej činnosti (aj keď neboli obvinení, vyšetrovaní a pod.).

3.3 KATEGORIZÁCIA PÁCHATEĽOV HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Výskum spomínaného kolektívu výskumníkov z Inštitútu pre kriminológiu a sociálnu prevenciu priniesol mnohé podnetné závery a odporúčania. Jedným zo zaujímavých záverov bol tiež pokus o akúsi typológiu páchatel'ov hospodárskych trestných činov podľa ich správania. Autori, na základe dostupných informácií o páchatel'och, vytvorili približnú typológiu páchatel'ov a rozdelili ju do piatich nasledujúcich typov páchatel'ov:⁷

1. Typ naivného a ľahkomyselného páchatel'a;
2. Typ páchatel'a – športovca;
3. Typ bezohľadného dobrodruha;
4. Typ páchatel'a manipulátora;
5. Typ páchatel'a velikáša.

Prvý typ naivného a ľahkomyselného páchatel'a predstavovali páchatelia v mladšom veku približne do 30 rokov, ktorí podnikali prevažne v menšom rozsahu. Pri svojej činnosti sa dostali vďaka dôverčivosti, neskúsenosti, nereálnym odhadom situácie a svojich možností do problémov, pričom sa spoliehali na priaznivý obrat situácie, alebo si nepripúšťali právne dôsledky svojho konania. Svoje konanie si však priznali, taktiež sa vyhovárali na smolu a nevydarené podnikateľské zámery. Uvedená skupina páchatel'ov sa ľahko mohla stať obeťou skúsenejších „poskytovateľov služieb“, ktorí sa opierali o neskúsenosť a naivitu spomínaných obetí, ktoré mohli ľahko využiť ako „biele kone“. Druhý typ páchatel'a – športovca zastupovali páchatelia, ktorí páchali opakovane trestnú činnosť, pričom si uvedomovali svoje konanie a trestnej činnosti sa dopúšťali zámerne, pokiaľ nebola odhalená. Po odhalení páchania trestného činu spolupracovali pri vyšetrovaní s cieľom minimalizovať svoj vlastný trestný postih. Odhalenie trestnej činnosti a prípadný trest za ňu chápali páchatelia ako primerané riziko a kalkulovali s ním. Tretí typ bezohľadného dobrodruha

⁷ Bližšie pozri Scheinost, M. et al.: Výskum ekonomické kriminality, [online], Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 82-83, [cit. 2010-11-10], ISBN 80-7338-031-5, Dostupné na internete: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/308.pdf>>

charakterizovali páchatelia, ktorí pôvodne začali ako normálni podnikatelia, pričom sa rozhodli páchať trestnú činnosť vedome, pretože v tom videli relatívne rýchlejšiu možnosť sa obohatiť, alebo boli pod tlakom, kedy sa ich podnikanie dostalo do problémov, ktoré riešili trestnou činnosťou. Páchatelia páchali trestné činy tak jednorazovo ako aj opakovane, ich správanie voči obetiam bolo bezohľadné až cynické a väčšinou mali už trestnú minulosť a trestnú činnosť páchali s účasťou spolupáchateľov. Po odhalení svojej činnosti popierali a využívali všetky dostupné prostriedky, aby sa vyhli vyšetrovaniu, pritom svoju vinu prenášali na spoločníkov. Štvrtý typ páchatelia manipulátora reprezentovali páchatelia, ktorí získali svoje postavenie legálne, pričom ich postavenie im dávalo primeranú moc a príležitosť využívať nástroje na manipuláciu zverených finančných prostriedkov. Pri páchaní trestnej činnosti sa spoliehali na znalosť finančného sveta, pričom predpokladali určitú mieru tolerancie voči ich postupom pri finančných operáciách. Páchatelia ďalej využívali svoju schopnosť zakryť adekvátne operácie, a taktiež zväčša nemali trestnú minulosť ani väzbu na kriminálne prostredie. Do posledného piateho typu páchatelia veľikáša sa zaradili páchatelia, ktorí nadobudli vplyvom počiatočného úspechu (rýchla kariéra, dosiahnutie vysokej pozície v relatívne nízkom veku) presvedčenie o svojich mimoriadnych schopnostiach. Z uvedeného presvedčenia odvodzovali ich oprávnenie suverénne rozhodovať bez ohľadu na stanovené pravidlá, pričom ich suverénne a ambiciózne konanie určitú dobu pôsobilo v ich prospech.⁸

4. OBETE HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Obete páchatel'ov hospodárskych trestných činov predstavujú rôznorodé subjekty, ako napríklad štát, peňažné ústavy, spoločnosti, firmy, podnikatelia a podobne. „Hospodárska kriminalita dokáže v praktickej rovine postihnúť každý jeden trhový i netrhový subjekt, bez ohľadu na primárne zameranie jeho aktivít.“⁹ Tieto subjekty nemusia vždy pôsobiť len na domácom trhu, ale môže ísť aj o nadnárodné spoločnosti pôsobiace v zahraničí. Preto predstavuje páchanie hospodárskej kriminality tak závažnú trestnú činnosť. Nakoľko nie je možné zachytiť obeť všetkých trestných činov spojených s hospodárskou kriminalitou, v praxi sa osvedčil spôsob anonymného zisťovania údajov pomocou dotazníkovej metódy. V nasledujúcej časti príspevku budeme prezentovať výskum jednej celosvetovo pôsobiacej výskumnej spoločnosti s názvom PricewaterhouseCoopers (PwC).

⁸ Bližšie pozri Scheinost, M. et al.: Výzkum ekonomické kriminality, [online], Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 82-83, [cit. 2010-11-10], ISBN 80-7338-031-5, Dostupné na internete: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/308.pdf>>

⁹ Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita: prevencia, odhaľovanie a prešetrovanie dolôznych konaní, In Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica, VI/2009, Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2009, ISBN 978-80-8082-328-3, s. 190

4.1 VÝSKUMNÉ METÓDY A TECHNIKY POUŽITÉ VO VÝSKUME OBETÍ HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Spoločnosť PricewaterhouseCoopers sa už viac ako desať rokov zaoberá globálnym prieskumom hospodárskej kriminality. Uvedené prieskumy realizuje po celom svete s dvojročnou periodicitou, čo umožňuje nielen sledovanie vývoja ukazovateľov v čase za danú krajinu, ale aj medzinárodné porovnávanie ukazovateľov medzi vybranými krajinami. Na získavanie údajov od subjektov využíva spoločnosť štandardizovaný on-line dotazník, ktorým oslovuje jednotlivé subjekty. Ako príklad by sme mohli uviesť najnovší prieskum, ktorý sa konal v období jún až november roku 2009 a zaznamenal údaje od 3 037 respondentov z 55 krajín, pričom 69 subjektov (respondentov) pochádzalo zo Slovenskej republiky.¹⁰

4.2 SLEDOVANÉ ÚDAJE VO VÝSKUME OBETÍ HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

Vo svojom prieskume sa spoločnosť PricewaterhouseCoopers zameriava v súvislosti s obeťami hospodárskej kriminality na viaceré faktory týkajúce sa spoločností. V prieskume z roku 2009 sa v Slovenskej republike sústredili na identifikovanie nasledujúcich údajov:¹¹

- či sa stala spoločnosť v poslednom roku obeťou hospodárskej kriminality;
- najčastejšie typy hospodárskej kriminality;
- vývoj výskytu najbežnejších typov hospodárskej kriminality;
- motívy páchania hospodárskej kriminality;
- spôsoby odhalenia hospodárskej kriminality;
- realizované preventívne opatrenia;

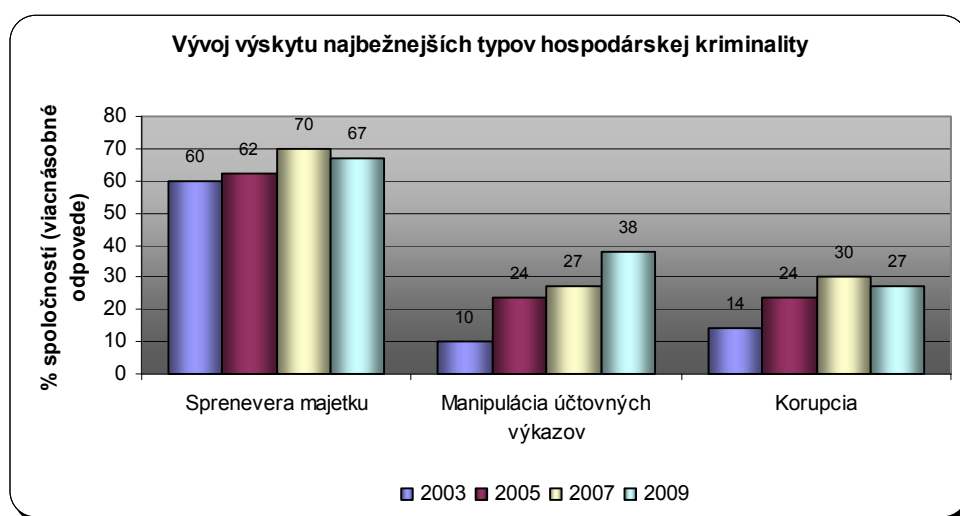
¹⁰ Bližšie pozri dokument Hospodárska kriminalita v časoch ekonomickej krízy – 5. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika 2009, [online], Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009, s. 6, [cit. 2010-11-10], ISBN neuvedené, Dostupné na internete: <www.pwc.com/sk/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_SK.pdf>

¹¹ Bližšie pozri dokument Hospodárska kriminalita v časoch ekonomickej krízy – 5. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika 2009, [online], Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009, s. 1-6, [cit. 2010-11-10], ISBN neuvedené, Dostupné na internete: <www.pwc.com/sk/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_SK.pdf>

- vnímaná efektívnosť regulačných a vyšetrovacích orgánov;
- percento respondentov očakávajúcich, že sa spoločnosť stane obeťou hospodárskej kriminality v nasledujúcom roku.

4.3 PRÍKLADY VÝSLEDKOV VÝSKUMU OBETÍ HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

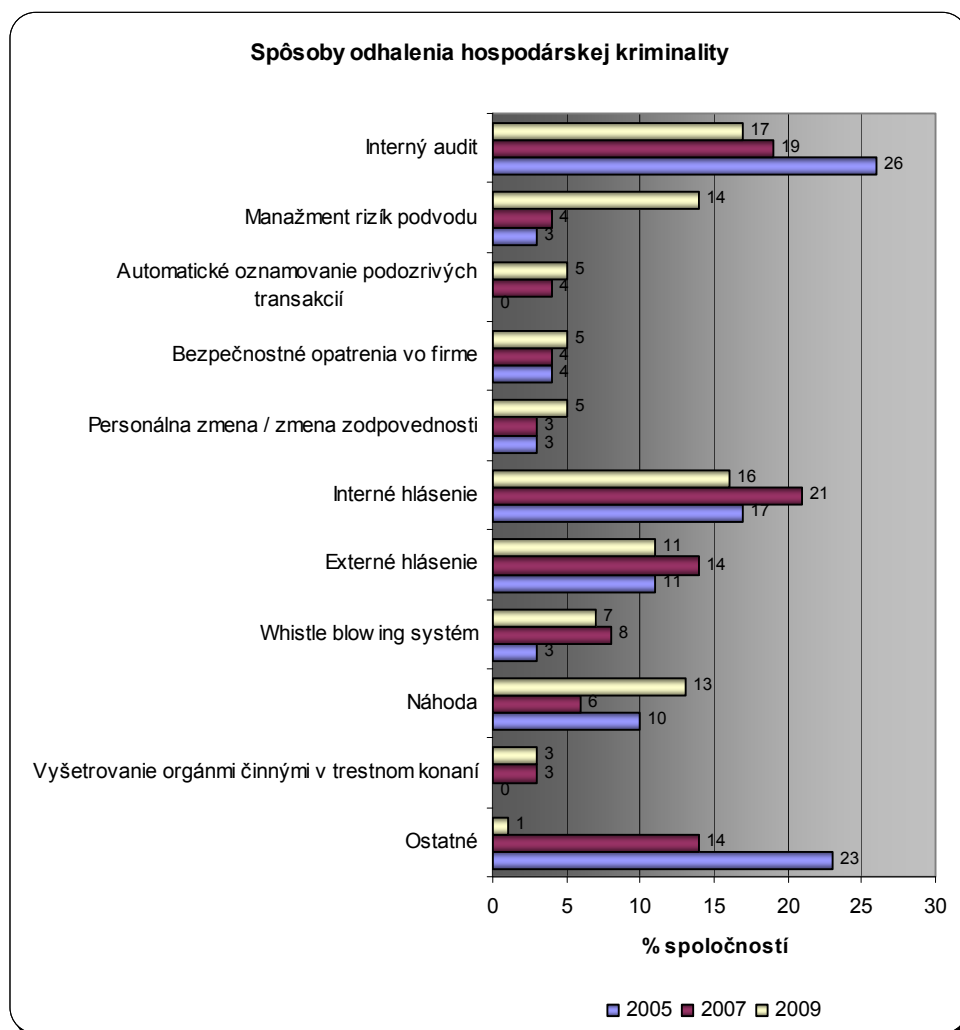
Pri prezentácii výsledkov výskumu obetí siahneme po najnovšom výskume spomínanej spoločnosti PricewaterhouseCoopers. Na nasledujúcich dvoch obrázkoch naznačíme možné výsledky empirického výskumu obetí hospodárskej kriminality.



Obrázok 7 Vývoj výskytu najbežnejších typov hospodárskej kriminality
(Prameň: Dokument Hospodárska kriminalita v časoch ekonomickej krízy – 5. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika 2009, [online], Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009, s. 2, [cit. 2010-11-10], ISBN neuvedené, Dostupné na internete: <www.pwc.com/sk/sk/forenzne-služby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_SK.pdf>)

Na Obrázku 7 môžeme vidieť vývoj výskytu najbežnejších typov hospodárskej kriminality v SR. Ako vidno na prvý pohľad, historicky zaznamenala sprenevera majetku najvyšší percentuálny podiel odpovedí. V súvislosti s hospodárskou krízou je nutné vyzdvihnúť i nárast manipulácie účtovných výkazov. „Možno zhrnúť, že medzi najfrekvencovanejšie trestné činy páchané v oblasti ekonomickej kriminality v polovici deväťdesiatych rokov patrili podvody, sprenevery, trestné činy súvisiace s ochranou meny, falšovanie a pozmeňovanie verejnej listiny a krádeže.“¹²

¹² Koprlová, J.: Ekonomické prostredie v Slovenskej republike po roku 1989 a prejavy ekonomickej kriminality, In Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica, IV/2007, Bratislava: Iura Edition, 2008, ISBN 978-80-8078-207-8, s. 259



Obrázok 8 Spôsoby odhalenia hospodárskej kriminality
 (Prameň: Dokument Hospodárska kriminalita v časoch ekonomickej krízy – 5. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika 2009, [online], Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009, s. 4, [cit. 2010-11-10], ISBN neuvedené, Dostupné na internete: <www.pwc.com/sk/sk/forenzne-služby/assets/2009-Prieskum-hospodárskej-kriminality_SK.pdf>)

Obrázok 8 znázorňuje spôsoby odhalenia hospodárskej kriminality v SR. Je nevyhnutné dodať, že úspešný boj s hospodárskou kriminalitou môže zvýšiť dobrú povest' firmy. „V snahe o budovanie, zaisťovanie či posilňovanie trvalejšie udržateľnej konkurenčnej výhody siahajú obzvlášť trhové subjekty čoraz častejšie po takých kľúčových faktoroch stratégie marketingovej komunikácie, ktoré prekračujú rámec rýdzo ekonomickej dimenzie, pričom majú potenciál zabezpečiť netradičné synergické efekty.“¹³

¹³ Koprlová, J.: Netradičný faktor posilnenia účinnosti stratégie marketingovej komunikácie v čase hospodárskej krízy, In Nové trendy v marketingovej komunikácii, Trnava: Fakulta masmediálnej komunikácie UCM v Trnave, 2010, ISBN 978-80-8105-167-8, s. 248-249

5. ZÁVER

Predložený príspevok s názvom „Hospodárska kriminalita z pohľadu možností empirického výskumu“ si kládol za cieľ prezentovať možné spôsoby empirického skúmania hospodárskej kriminality. Dôraz sme kládli na získavanie a analýzu údajov získaných zo štatistických ročeniek, ďalej sme prezentovali dva empirické pohľady na výskum hospodárskej kriminality a to z pohľadu páchatel'a a obeť hospodárskej kriminality. Oba empirické pohľady v sebe skrývajú možné nedostatky. Obsahová analýza dokumentov použitá pri analýze páchatel'ov v sebe skrýva menší nedostatok v malom počte prípadov (súdnych spisov), avšak predložená typológia je prínosom v tejto oblasti. K lepšej analýze a pochopeniu páchatel'ov hospodárskych trestných činov by prispelo zisťovania podrobnejších údajov o sociálno-ekonomickom statuse respondentov (páchatel'ov), a to najmä ich najvyššie dosiahnuté vzdelanie. V prípade obetí hospodárskych trestných činov možno badať menší nedostatok vo vypovedacej schopnosti získaných údajov, nakoľko výskum je anonymný a účasť na ňom je z pohľadu oslovených spoločností (respondentov) dobrovoľná. V tejto oblasti by mohla pomôcť distribúcia printovej podoby dotazníka, ktorá by mohla osloviť i menšie spoločnosti, samozrejme so zreteľom na zachovanie ich anonymity. Inak, prínosom uvedených prieskumov je už spomínaná porovnateľnosť získaných údajov medzi krajinami, a taktiež sledovanie možného vývoja sledovaných údajov v čase. Veríme, že aj empirický výskum dokáže napomôcť k zníženiu hospodárskej kriminality ako takej.

Literature:

- Dokument Hospodárska kriminalita v časoch ekonomickej krízy – 5. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika 2009, [online], Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009, 6 s., [cit. 2010-11-10], ISBN neuvedené, Dostupné na internete: <www.pwc.com/sk/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_SK.pdf>
- Koprlová, J.: Ekonomické prostredie v Slovenskej republike po roku 1989 a prejavy ekonomickej kriminality, In Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica, IV/2007, Bratislava: Iura Edition, 2008, ISBN 978-80-8078-207-8, s. 246-261
- Koprlová, J.: Ekonomické súvislosti hospodárskej kriminality (príklad Slovenska a Nemecka), In Páchatel' hospodárskej kriminality v Slovenskej republike, [CD-ROM], Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009, s. 38-66, ISBN 978-80-8082-287-3

- Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita v ekonomických súvislostiach, Bratislava: Daniel NETRI, 2010, 122 s., ISBN 978-80-89416-05-9
- Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita: prevencia, odhaľovanie a prešetrovanie dolóznych konaní, In Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica, VI/2009, Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2009, ISBN 978-80-8082-328-3, s. 175-192
- Koprlová, J.: Netradičný faktor posilnenia účinnosti stratégie marketingovej komunikácie v čase hospodárskej krízy, In Nové trendy v marketingovej komunikácii, Trnava: Fakulta masmediálnej komunikácie UCM v Trnave, 2010, ISBN 978-80-8105-167-8, s. 248-255
- Koprlová, J.: Stručný náčrt hospodárskej kriminality, In Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica, V/2008, Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2009, ISBN 978-80-8082-268-2, s. 125-158
- Koprlová, J.: Stručný prehľad najvýznamnejších prejavov novodobej ekonomickej kriminality v prostredí Slovenskej republiky (pohľad ekonóma), In Nové jevy v hospodársk a finanční kriminalitě: vnitrostátní a evropské aspekty, Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4714-3, s. 30-42
- Scheinost, M. et al.: Výzkum ekonomické kriminality, [online], Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, 152 s., [cit. 2010-11-10], ISBN 80-7338-031-5, Dostupné na internete: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/308.pdf>>
- Štatistické ročenky Českej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Praha: Český statistický úřad, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>
- Štatistické ročenky Slovenskej republiky, Ročníky 2003 až 2009, [online], Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2003-2009, [cit. 2010-11-10], Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>>

Contact – email

miroslav.koprla@gmail.com

HOSPODÁRSKA KRIMINALITA V KONTEXTE POROVNANIA ČESKEJ REPUBLIKY A SLOVENSKEJ REPUBLIKY

JANA KOPRLOVÁ

Filozofická fakulta, Katedra politológie, UCM v Trnave, Slovensko

Abstract in original language

Predložený príspevok prezentuje aktuálny pohľad na fenomén novodobej hospodárskej kriminality v kontexte jeho právnych a ekonomických aspektov, pričom porovnáva situáciu v Českej republike a Slovenskej republike. V prvej časti sa príspevok zameriava na vymedzenie a porovnanie inštitútu hospodárskej kriminality z pohľadu platného českého a slovenského právneho poriadku; v druhej časti príspevok opisuje a analyzuje vývoj hlavných ukazovateľov merajúcich prítomnosť fenoménu hospodárskej kriminality, ako aj jeho prejavov a dopadov v hospodárskom živote Českej republiky a Slovenskej republiky, pričom sa porovnávajú dve z pohľadu vývoja ekonomického cyklu rozhodujúce časové obdobia - obdobie, ktoré predchádzalo prepuknutiu globálnej finančnej a hospodárskej krízy, a obdobie, ktoré nasledovalo po prepuknutí globálnej finančnej a hospodárskej krízy. Cieľom príspevku je porovnať skutočný stav základných právnych a ekonomických aspektov, súvisiacich s aktuálnymi otázkami hospodárskej kriminality v oboch susediacich krajinách.

Key words in original language

Hospodárska kriminalita; Česká republika; Slovenská republika; hospodársky trestný čin; právny poriadok; národná ekonomika; globálna finančná a hospodárska kríza; porovnanie.

Abstract

The following article presents an actual view of phenomenon of the current economic criminality in context of its legal and economic aspects while comparing the situation both in the Czech Republic and the Slovak Republic. In the first part the article focuses on definition and comparison of the legal institution of economic criminality from the view of the positive Czech and Slovak legal order; in the second part the article describes and analyses the development of main indicators measuring the presence of phenomenon of economic criminality, its impacts and consequences in economic life of both the Czech Republic and the Slovak Republic while comparing two from the view of development of economic cycle key periods - the pre-global financial and economic crisis period and the period that followed after the breakout of global financial and economic crisis. The aim of the article is to compare the current positions of the essential legal and economic aspects connected with actual questions of economic criminality in both neighboring countries.

Key words

Economic Criminality; the Czech Republic; the Slovak Republic; Economic Crime; Legal Order; National Economy; Global Financial and Economic Crisis; Comparison.

1. ÚVOD

Hoci sa o fenoméne hospodárskej kriminality ako jednej z rozhodujúcich hrozieb pre nasledujúci vývoj svetovej ekonomiky popísalo od jej prvého vedeckého podchytenia v tridsiatych rokoch minulého storočia nespočetne mnoho vedeckých aj odborných štúdií a statí, ako naznačujú skutočnosti z nedávnej minulosti, zásadnú zmenu postoja a prehodnotenie doterajšieho prístupu k problematike si vyžadajú dopady a následky práve odznievajúcej globálnej finančnej a hospodárskej krízy. Hoci by sa na prvý pohľad zdalo, že globálna ekonomická kríza a hospodárska kriminalita nemajú až tak veľa spoločného, napriek tomu sa už celé tímy odborníkov pôsobiacich v oblasti forenzných služieb začínajú venovať skúmaniu otázok vzájomného vzťahu krízy a hospodárskej kriminality. Ako podstatná brzda tu pôsobí skutočnosť, že hospodárska kriminalita je fenoménom, ktorý má nielen nadčasový, ale aj interdimenzionálny a interkulturálny charakter, obzvlášť sofistickovanú sieť skutkových podstát obsiahnutých hospodárskych trestných činov, a taktiež vysokú mieru utajenia spáchaných hospodárskych trestných činov, pričom jej samotné skúmanie naráža na hranice možností známych, aplikovateľných metodík empirického výskumu. A napokon, charakterizuje ju aj mimoriadne komplexný interdisciplinárny charakter. V našom príspevku sa pokúsime o jej vymedzenie z pohľadu základných právnych a ekonomických aspektov, ktoré ju charakterizujú, a to práve na príklade komparácie vývoja v Českej republike a Slovenskej republike a z pohľadu dvoch kľúčových časových období - obdobia, ktoré predchádzalo prepuknutiu globálnej ekonomickej krízy na území oboch krajín, a obdobia, ktoré po jej prepuknutí nasledovalo. Cieľom nášho príspevku bude porovnať faktický stav základných právnych a ekonomických aspektov, súvisiacich s aktuálnymi otázkami hospodárskej kriminality v oboch susediacich krajinách.

2. POROVNANIE PLATNEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY VO VZŤAHU K VYMEDZENIU HOSPODÁRSKÝCH TRESTNÝCH ČINOV

Základnou hmotno-právnou normou, ktorá usmerňovala odvetvie trestného práva hmotného na území oboch krajín až do prijatia aktuálne platných a účinných právnych noriem, bol v oboch republikách zákon č.140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov, pri zohľadnení samostatného vývoja ich právnych poriadkov od 1. januára 1993. Uvedenú právnu normu nahradil v Českej republike v plnom znení až zákon č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník, ktorý nadobudol účinnosť od 1. januára 2010; naopak v Slovenskej republike ju nahradil zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon, s účinnosťou od 1. januára 2006. Obe tieto nové hmotno-právne normy vymedzujú vo svojej osobitnej časti samostatnú kategóriu hospodárskych trestných činov - česká právna norma v šiestej hlave a slovenská právna norma zase v piatej hlave.

Hospodársku kriminalitu zaradenú v šiestej hlave osobitnej časti Trestného zákoníka v platnom znení podrobnejšie charakterizujú hospodárske trestné činy, ktoré český zákonodarca rozdelil do štyroch samostatných dielov:

- Diel 1: Trestné činy proti mene a platobným prostriedkom (bližšie pozri §§ 233 až 239);
- Diel 2: Trestné činy daňové, poplatkové a devízové (bližšie pozri §§ 240 až 247);
- Diel 3: Trestné činy proti záväzným pravidlám trhovej ekonomiky a obehu tovaru v styku s cudzinou (bližšie pozri §§ 248 až 267);
- Diel 4: Trestné činy proti priemyselným právam a proti autorskému právu (bližšie pozri §§ 268 až 271).

Zákon č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník v platnom znení ako hospodárske trestné činy explicitne vymedzuje nasledujúce protiprávne konania:

- falšovanie a pozmeňovanie peňazí;
- neoprávnené opatrenia, falšovanie a pozmenenie platobného prostriedku;
- vydávanie falšovaných a pozmenených peňazí;
- výrobu a držbu falšovateľského náčinia;
- neoprávnenú výrobu peňazí;
- ohrozovanie obehu tuzemských peňazí;
- skrátenie dane, poplatku a podobnej povinnej platby;
- neodvedenie dane, poistného na sociálne zabezpečenie a podobnej povinnej platby;
- nesplnenie oznamovacej povinnosti v daňovom konaní;
- porušenie predpisov o nálepkách a iných predmetoch na označenie tovaru;
- falšovanie a pozmeňovanie predmetov na označenie tovaru pre daňové účely a predmetov preukazujúcich splnenie poplatkovej povinnosti;
- falšovanie a pozmeňovanie známok;

- porušenie zákazu v dobe núdzového stavu v devízovom hospodárstve;
- porušenie predpisov o pravidlách hospodárskej súťaže;
- neoprávnené vydanie cenného papiera;
- manipuláciu s kurzom investičných nástrojov;
- neoprávnené podnikanie;
- neoprávnené prevádzkovanie lotérie a podobnej stávkovej hry;
- poškodzovanie spotrebiteľa;
- skresľovanie údajov o stave hospodárenia a imania;
- zneužitie informácie a postavenia v obchodnom styku;
- dojednanie výhody pri zadaní verejnej zákazky, pri verejnej súťaži a verejnej dražbe;
- machinácie pri zadaní verejnej zákazky a pri verejnej súťaži;
- machinácie pri verejnej dražbe;
- vystavenie nepravdivého potvrdenia a správy;
- poškodenie finančných záujmov Európskych spoločenstiev;
- porušenie predpisov o obehu tovaru v styku s cudzinou;
- porušenie predpisov o kontrole vývozu tovaru a technológií dvojakého použitia;
- porušenie povinností pri vývoze tovaru a technológií dvojakého použitia;
- skreslenie údajov a nevedenie podkladov ohľadom vývozu tovaru a technológií dvojakého použitia;
- uskutočnenie zahraničného obchodu s vojenským materiálom bez povolenia alebo licencie;
- porušenie povinností v súvislosti s vydaním povolenia a licencie pre zahraničný obchod s vojenským materiálom;

- skreslenie údajov a nevedenie podkladov ohľadom zahraničného obchodu s vojenským materiálom;
- porušenie práv k ochrannej známke a iným označeniam;
- porušenie chránených priemyselných práv;
- porušenie autorského práva, práv súvisiacich s autorským právom a práv k databáze;
- falšovanie a napodobenie diela výtvarného umenia.

Všetky skutkové podstaty hospodárskych trestných činov vymedzujúcich právne inštitút hospodárskej kriminality podľa platného českého právneho poriadku zostávajú doposiaľ bezo zmeny. Do § 242 začlenil zákonodarca v druhom diele osobitné ustanovenia o účinnej ľútosti.

Hospodársku kriminalitu zaradenú v piatej hlave osobitnej časti slovenského Trestného zákona v platnom znení podrobnejšie charakterizujú hospodárske trestné činy, ktoré zákonodarca rozdelil do štyroch samostatných dielov:

- Prvý diel: Trestné činy ohrozujúce trhovú ekonomiku (bližšie pozri §§ 250 až 258);
- Druhý diel: Trestné činy proti hospodárskej disciplíne (bližšie pozri §§ 259 až 269a);
- Tretí diel: Trestné činy proti mene a trestné činy daňové (bližšie pozri §§ 270 až 280);
- Štvrtý diel: Trestné činy proti priemyselným právam a proti autorskému právu (bližšie pozri §§ 281 až 283).

Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v platnom znení ako hospodárske trestné činy explicitne vymedzuje nasledujúce protiprávne konania:

- zneužitie účasti na hospodárskej súťaži;
- neoprávnené podnikanie;
- neoprávnené obchodovanie s devízovými hodnotami a poskytovanie devízových služieb;
- nepovolenú výrobu liehu;

- porušovanie predpisov o obehu tovaru v styku s cudzinou;
- porušovanie predpisov o nakladaní s kontrolovaným tovarom a technológiami;
- ohrozenie devízového hospodárstva;
- skresľovanie údajov hospodárskej a obchodnej evidencie;
- poškodzovanie finančných záujmov Európskych spoločenstiev;
- ohrozenie obchodného, bankového, poštového, telekomunikačného a daňového tajomstva;
- zneužívanie informácií v obchodnom styku;
- machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe;
- poškodzovanie spotrebiteľa;
- nekalé obchodné praktiky voči spotrebiteľovi;
- falšovanie, pozmeňovanie a neoprávnenú výrobu peňazí a cenných papierov;
- uvádzanie falšovaných, pozmenených a neoprávnene vyrobených peňazí a cenných papierov;
- výrobu a držbu falšovateľského náčinia;
- ohrozovanie obehu peňazí;
- falšovanie, pozmeňovanie a nedovolenú výrobu kolkových známok, poštových cenín, nálepiek a poštových pečiatok;
- falšovanie a pozmeňovanie kontrolných technických opatrení na označenie tovaru;
- skrátenie dane a poistného;
- neodvedenie dane a poistného;
- nezaplatenie dane;

- porušenie predpisov o štátnych technických opatreniach na označenie tovaru;
- porušovanie práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu;
- porušovanie priemyselných práv;
- porušovanie autorského práva.

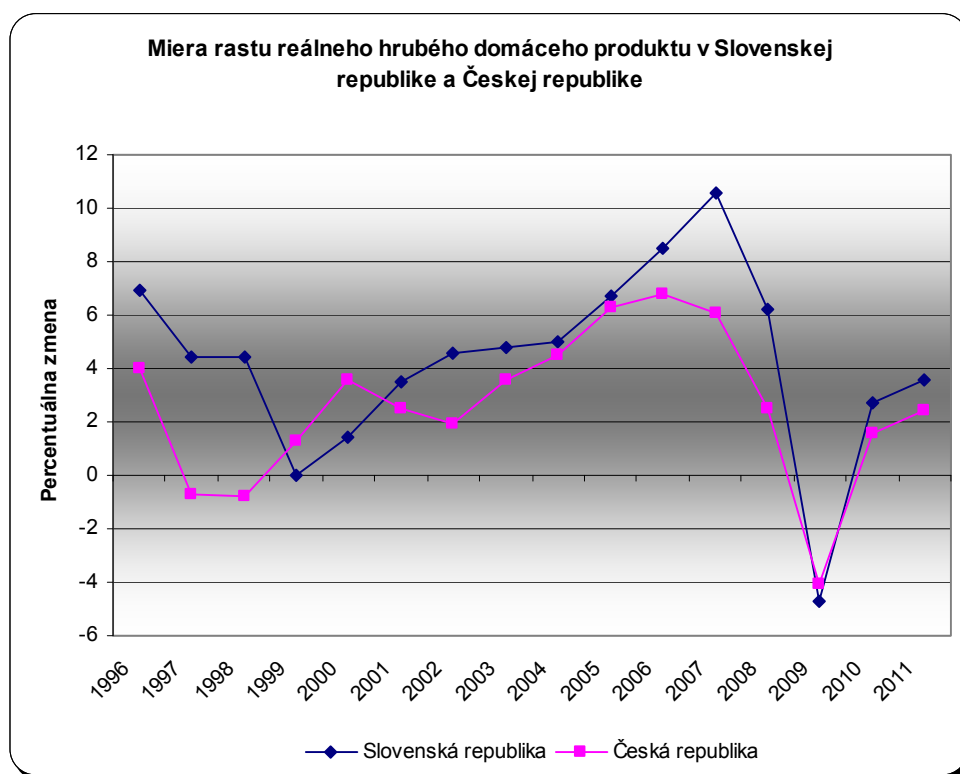
Pôvodná množina obsiahnutých skutkových podstát týchto trestných činov sa novelizáciou uvedenej hmotno-právnej normy rozšírila v súvislosti s nevyhnutnosťou prispôbovať sa potrebám hospodárskej praxe zatiaľ iba jedenkrát, a to o trestný čin Nekalé obchodné praktiky voči spotrebiteľovi (§ 269a). Ostatné skutkové podstaty hospodárskych trestných činov, ktoré vymedzujú inštitút hospodárskej kriminality podľa platného slovenského právneho poriadku, zostávajú naďalej bezo zmeny.

Na základe porovnania vymedzenia množiny hospodárskych trestných činov v oboch hmotno-právnych normách možno charakterizovať, že:

- obidve hmotno-právne normy venujú inštitútu hospodárskej kriminality mimoriadnu pozornosť, predovšetkým tým, že hospodárskym trestným činom vymedzujú v osobitnej (zvláštnej) časti zákona samostatnú hlavu;
- obe hmotno-právne normy klasifikujú trestné činy hospodárske v štyroch samostatných dieloch, pričom posledný, štvrtý diel je z hľadiska názvu rovnaký v českej aj slovenskej právnej úprave, pričom už množina v ňom obsiahnutých skutkových podstát trestných činov totožná v plnej miere nie je;
- vzhľadom na závažnosť významu, a taktiež celospoločenských dopadov predmetných právnych noriem je pochopiteľné, že sa ich legislatívne znenia pripravovali dlhé obdobie, a to s ohľadom na podmienky národnej ekonomiky, ako aj podmienky ekonomiky a hospodárskej politiky Únie. Pri príprave oboch uvedených právnych noriem sa zohľadňovali právny stav aj reálne ekonomické podmienky, ktoré boli všeobecne platné; bude teda zaujímavé sledovať, ako sa do ďalších prípadných novelizácií týchto hmotno-právnych noriem premietnu nové faktické, hospodárskou krízou generované skutkové podstaty protiprávneho konania, ktoré zákon zatiaľ nepozná (ktoré zatiaľ často nevedia klasifikovať ani ekonomické teórie, pretože tieto konania predstavujú zásadné novum prekračujúce hranice stavu doterajšieho poznania, pričom svetové vedecké ekonomické kruhy ich už začínajú identifikovať, klasifikovať a analyzovať; ide tu najmä o nové skutkové podstaty protiprávneho konania vo vzťahu k mene).

3. POROVNANIE VÝVOJA HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY VO VZŤAHU K VÝVOJU OBOCH EKONOMÍK

Je zaujímavé zamyslieť sa nad skutočnosťou, či nemožno aspoň hypoteticky vymedziť určitú vzájomnú koreláciu medzi vývojom ekonomiky z pohľadu vývoja ekonomického cyklu a medzi vývojom hospodárskej kriminality. Na akékoľvek úvahy v tomto smere nejestvoval dostatočný priestor v podstate až do prepuknutia nedávnej globálnej finančnej a hospodárskej krízy, hoci v predchádzajúcich obdobiach sa rozsiahle prieskumy ohľadom hospodárskej trestnej činnosti uskutočňovali práve v obdobiach kulminácie ekonomických kríz a v krajinách, ktoré patrili k najsilnejším vo svetovom hospodárstve.¹



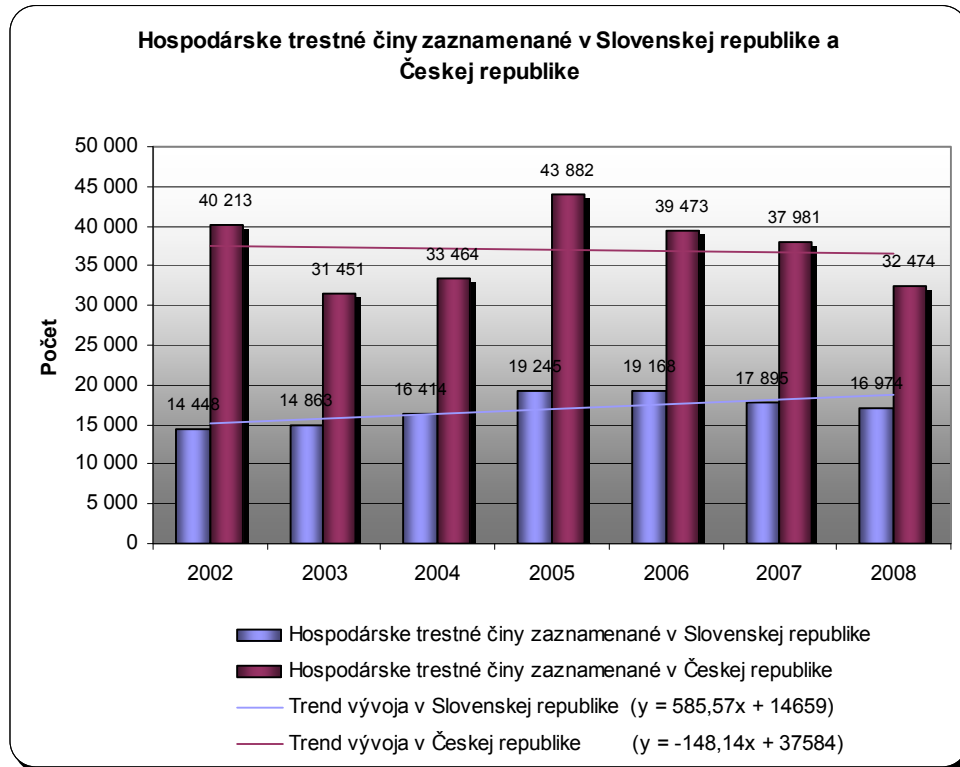
Obrázok 1 Miera rastu reálneho hrubého domáceho produktu v Slovenskej republike a Českej republike

(Prameň: Dokument Real GDP Growth Rate. [online]. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tsieb020>>. Vlastný graf)

Rozhodujúce údaje pre porovnania takéhoto charakteru poskytujú národné štatistické authority; v prípade vzájomného porovnávania Českej republiky a Slovenskej republiky ide konkrétne o Český štatistický úrad a Štatistický úrad Slovenskej republiky. Na vzájomné porovnanie vývoja hospodárstiev

¹ Bližšie pozri Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita v ekonomických súvislostiach, Bratislava: Daniel NETRI, 2010, s. 102

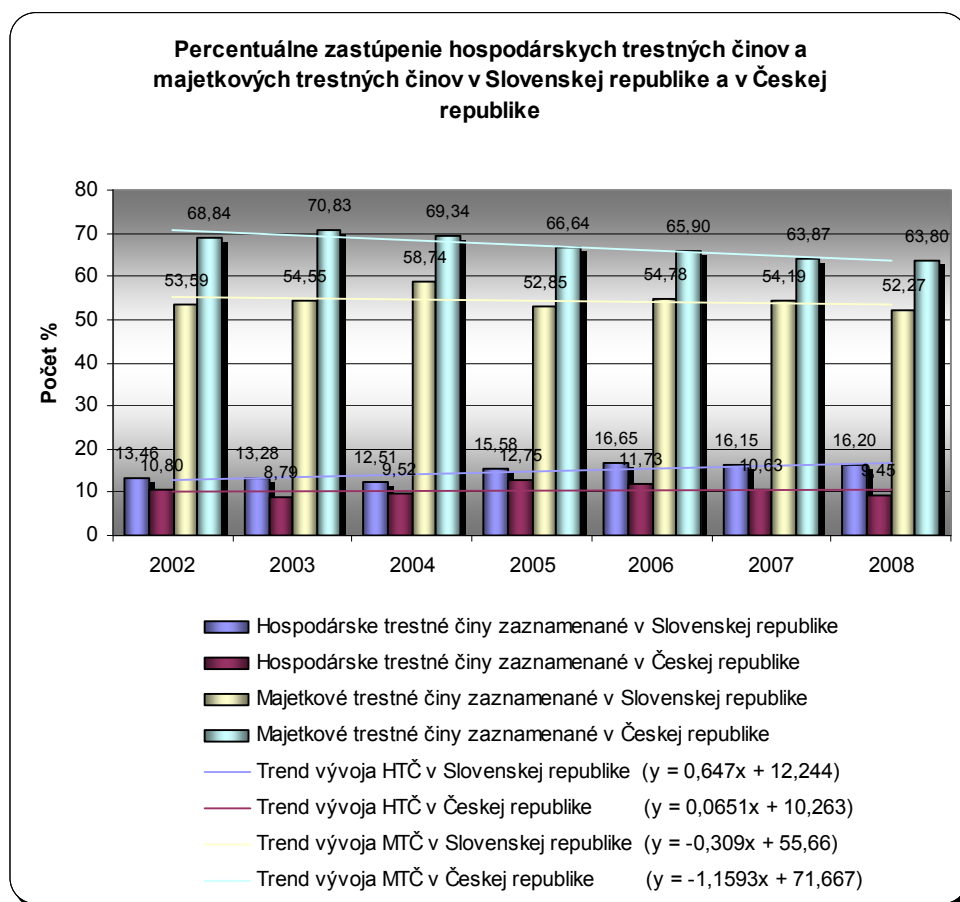
oboch krajín je najvhodnejším štatisticky sledovaným ukazovateľom práve tzv. miera rastu reálneho hrubého domáceho produktu. Priebeh vývoja tohto ukazovateľa bližšie znázorňuje obrázok 1. Možno si všimnúť, že fázou dna a opätovného odrazenia sa odo dna predchádzali ekonomiky oboch krajín v rovnakom časovom období.



Obrázok 2 Hospodárske trestné činy zaznamenané v Slovenskej republike a Českej republike podľa údajov národných štatistických autorít
(Prameň: Štatistická ročenka Slovenskej republiky. Ročník 2009. [online]. Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2009. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>>, Štatistické ročenky Českej republiky. Ročníky 2002 až 2008. [online]. Praha: Český statistický úřad, 2003-2009. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)

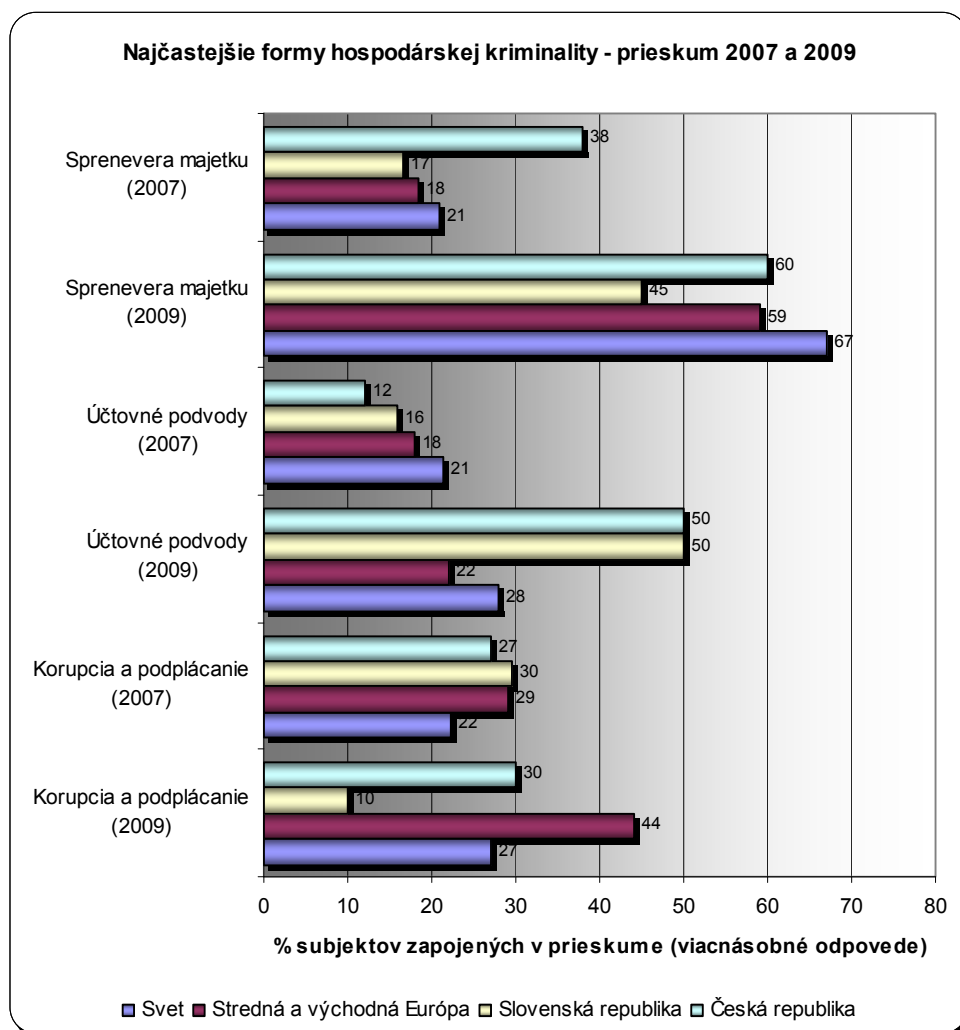
Podobne i vývoj hospodárskej kriminality na územiach oboch krajín možno analyzovať na základe podkladov národných štatistických autorít. Tu však už narážame na hranice vypovedacej schopnosti sledovaných ukazovateľov, pretože národné štatistické autority zverejňujú v uvedenom prípade iba také údaje, ktoré pochádzajú z kriminálnych štatistík, to znamená, že zohľadňujú iba údaje, ktoré sa vzťahujú na hospodárske trestné činy ohlásené orgánom činným v trestnom konaní. Neohlásené spáchané trestné činy tak zostávajú mimo rámec uvádzaných absolútnych početností. Určitou alternatívou, ktorá kompenzuje tento nedostatok, môže byť globálny prieskum hospodárskych trestných konaní, ktorý dokážu v rámci svojej špecializácie na poskytovanie forenzných služieb zabezpečiť súkromné nadnárodné spoločnosti. Celková početnosť sledovaných ukazovateľov týmto dokáže obsiahnuť nielen trestné

činy, ktoré boli riadne ohlásené orgánom činným v trestnom konaní, ale tiež také trestné činy, ktorých spáchanie postihnuté subjekty síce odhalili, ale z rôznych pohnútok ich spáchanie, ako aj spôsobené škody utajujú. Treba tu dodať, že takýto prieskum sa realizuje vždy iba na princípe prieskumu tzv. reprezentatívnej vzorky, čo opäť znižuje vypovedaciu schopnosť výsledkov. Nakoľko sa však takéto spoločnosti v posledných týždňoch zameriavajú na hľadanie možnej štatisticky významnej korelácie aspoň medzi vybranými druhmi hospodárskych trestných činov a jednotlivými fázami ekonomického cyklu, možno sa pokúsiť, hoci výhradne hypoteticky, vymedziť oprávnenosť takejto domnienky, a to s platnosťou pre ohraničujúcu fázu tzv. dna.



Obrázok 3 Percentuálne zastúpenie hospodárskych trestných činov a majetkových trestných činov v Slovenskej republike a v Českej republike podľa údajov národných štatistických autorít

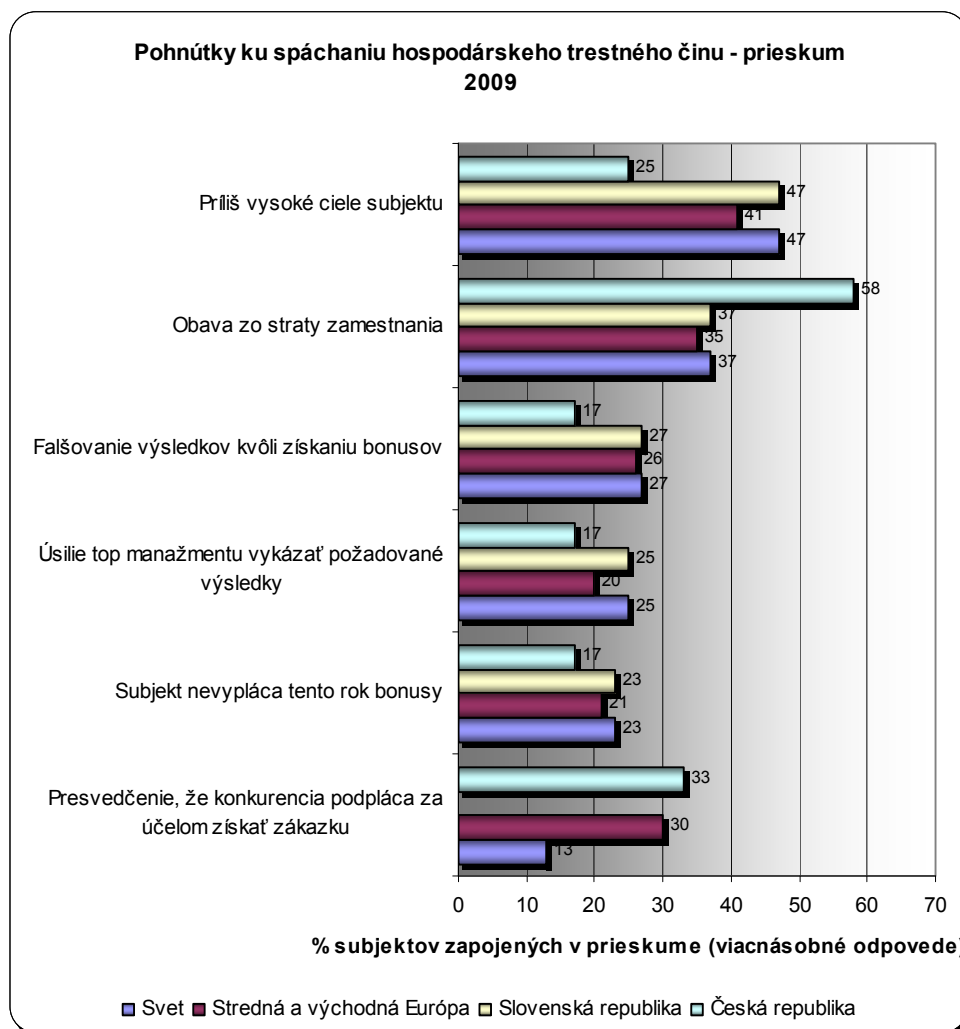
(Prameň: Štatistická ročenka Slovenskej republiky. Ročník 2009. [online]. Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 2009. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>>, Štatistické ročenky Českej republiky. Ročníky 2002 až 2008. [online]. Praha: Český štatistický úrad, 2003-2009. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>)



Obrázok 4 Najčastejšie formy hospodárskej kriminality - globálne prieskumy 2007 a 2009 (Prameň: Dokument Economic Crime: People, Culture and Controls: The 4th biennial Global Economic Crime Survey. [online]. Halle-Wittenberg – Bielefeld – London: PricewaterhouseCoopers, 2007. 43 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/pwc_2007gecs.pdf>, dokument The Global Economic Crime Survey – November 2009. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2009. 24 s. [cit. 2010-07-23]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf>, dokument Vyšetrovacie a forenzné služby – Hospodárska kriminalita: ľudia, prostredie a kontrola – 4. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2007. 16 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <[http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/\\$file/GECS_SK.pdf](http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/$file/GECS_SK.pdf)>, dokument Economic Crime in a Downturn – The Global Economic Crime Survey, November 2009, Slovakia. [online]. Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009. 8 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_SK/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_EN.pdf>, dokument Hospodárska kriminalita v období hospodárskej krize – Celosvetový průzkum hospodárskej kriminality 2009, Česká republika. [online]. Praha: PricewaterhouseCoopers, 2009. 14 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/cs_CZ/cz/>

hospodarska-kriminalita/celosvetovy-pruzkum-hosodarske-kriminality-2009-cz.pdf>.
 Vlastný graf)

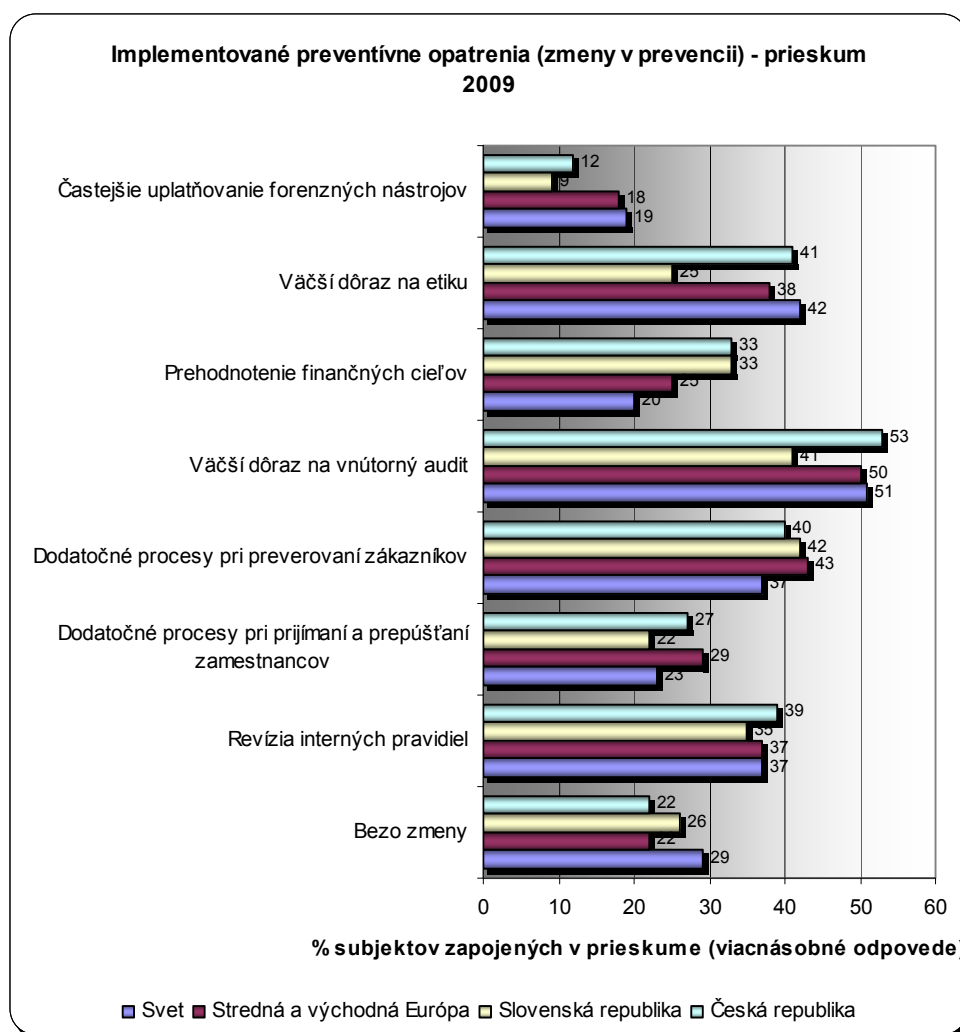
Na základe vyššie priložených grafických prehľadov možno skonštatovať, že zatiaľ čo údaje, ktoré pochádzajú z informačných prameňov národných štatistických autorít, naznačujú, i keď bez podrobnej štatistickej verifikácie, istú priamu závislosť medzi fázami vývoja ekonomického cyklu a vývojom absolútneho počtu spáchaných a ohlásených hospodárskych trestných činov, v prípade globálnych súkromných výskumov na reprezentatívnych vzorkách sa hypoteticky naznačuje presne opačná tendencia, čo môže sčasti súvisieť so skutočnosťou, že v uvedených číslach sú obsiahnuté okrem ohlásených už aj neohlásené spáchané hospodárske trestné činy. Výsledky jednotlivých vzájomných porovnaní bližšie prezentujú priložené grafické prehľady (pozri obrázky 2 až 4).



Obrázok 5 Pohnútky ku spáchaniu hospodárskeho trestného činu - globálny prieskum 2009 (Prameň: Dokument The Global Economic Crime Survey – November 2009. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2009. 24 s. [cit. 2010-07-23]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf>, dokument Economic Crime in

a Downturn – The Global Economic Crime Survey, November 2009, Slovakia. [online]. Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009. 8 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_SK/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_EN.pdf>, dokument Hospodárska kriminalita v období hospodárskej krízy – Celosvetový průzkum hospodárskej kriminality 2009, Česká republika. [online]. Praha: PricewaterhouseCoopers, 2009. 14 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/cs_CZ/cz/hospodarska-kriminalita/celosvetovy-pruzkum-hosodarske-kriminality-2009-cz.pdf>. Vlastný graf

Iba pre informáciu je možné na základe výsledkov globálneho prieskumu, uskutočneného v čase kulminácie globálnej finančnej a hospodárskej krízy, porovnať české a slovenské subjekty vo vzťahu k pohnútkam ku spáchaniu hospodárskeho trestného činu, a taktiež k implementovaným preventívnym opatreniam (pozri obrázky 5 a 6).



Obrázok 6 Implementované preventívne opatrenia - globálny prieskum 2009 (Prameň: Dokument The Global Economic Crime Survey – November 2009. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2009. 24 s. [cit. 2010-07-23]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf>, dokument Economic Crime in a Downturn – The Global Economic Crime Survey, November 2009, Slovakia. [online].

Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009. 8 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_SK/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_EN.pdf> a dokument Hospodárska kriminalita v období hospodárskej krízy – Celosvetový průzkum hospodárskej kriminality 2009, Česká republika. [online]. Praha: PricewaterhouseCoopers, 2009. 14 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/cs_CZ/cz/hospodarska-kriminalita/celosvetovy-pruzkum-hospodarske-kriminality-2009-cz.pdf>. Vlastný graf)

4. ZÁVER

Hospodárska kriminalita predstavuje fenomén kľúčového charakteru pre budúci vývoj jednotlivých národných ekonomík i svetovej ekonomiky, čo si osvojili a zodpovedajúco do svojho korpusu integrovali aj súčasné základné hmotno-právne normy odvetvia trestného práva v slovenskom, ako i českom právnom poriadku. Vzhľadom na oddelený vývoj oboch ekonomík od roku 1993, a súčasne taktiež ich právnych poriadkov, množina hospodárskych trestných činov obsiahnutých v národných právnych normách nie je totožná. Správne rozhodnutie zákonodarca pri jej vymedzení fakticky overí až prax, ktorú postupne pokrízové oživovanie oboch ekonomík prinesie.

Pri porovnávaní vývoja oboch ekonomík z pohľadu fáz ekonomického cyklu a vývoja hospodárskej kriminality na územiach obidvoch krajín možno pri aplikácii údajov prezentovaných národnou štatistickou autoritou pre obidve krajiny rovnako, bez podrobnejšej verifikácie hypotézy, predpokladať, že tendencia vývoja spáchaných a ohlásených hospodárskych trestných činov priamo úmerne kopíruje trend vývoja miery reálneho hrubého domáceho produktu. Na druhej strane, podstatne odlišné závery už prezentuje obdobná komparácia v prípade, ak sa porovnávajú výsledky prieskumov uskutočnených špecializovanými, globálne pôsobiacimi nadnárodnými spoločnosťami - tu už bez hlbšej analýzy skutkových podstat uvedených trestných činov žiadne konkrétnejšie závery predpokladať nemožno - vývoj v obidvoch krajinách, najmä vzhľadom na zlyhávanie vopred zvolenej metodiky, a to vo viacerých oblastiach skúmania, fakticky ani formálne porovnať, alebo dokonca hľadať štatisticky významné korelácie nie je možné.²

Literature:

- Dokument Economic Crime in a Downturn – The Global Economic Crime Survey, November 2009, Slovakia. [online]. Bratislava: PricewaterhouseCoopers, 2009. 8 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_SK/sk/forenzne-sluzby/assets/2009-Prieskum-hospodarskej-kriminality_EN.pdf>

² Bližšie pozri Koprlová, J.: Hospodárska kriminalita v ekonomických súvislostiach, Bratislava: Daniel NETRI, 2010, s. 76, 90 a 96

- Dokument Economic Crime: People, Culture and Controls: The 4th biennial Global Economic Crime Survey. [online]. Halle-Wittenberg – Bielefeld – London: PricewaterhouseCoopers, 2007. 43 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/pwc_2007gecs.pdf>
- Dokument Hospodářská kriminalita v období hospodářské krize – Celosvětový průzkum hospodářské kriminality 2009, Česká republika. [online]. Praha: PricewaterhouseCoopers, 2009. 14 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/cs_CZ/cz/hospodarska-kriminalita/celosvetovy-pruzkum-hosodarske-kriminality-2009-cz.pdf>
- Dokument Real GDP Growth Rate. [online]. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tsieb020>>
- Dokument The Global Economic Crime Survey – November 2009. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2009. 24 s. [cit. 2010-07-23]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf>
- Dokument Vyšetřovací a forenzní služby – Hospodářská kriminalita: Ľudia, prostredie a kontrola – 4. ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality – Slovenská republika. [online]. London – Mumbai – New York: PricewaterhouseCoopers, 2007. 16 s. [cit. 2010-04-09]. ISBN neuvedené. Dostupné na internete: <[http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/\\$file/GECS_SK.pdf](http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/$file/GECS_SK.pdf)>
- Koprlová, J.: Hospodářská kriminalita v ekonomických súvislostiach, Bratislava: Daniel NETRI, 2010, 122 s., ISBN 978-80-89416-05-9
- Štatistické ročenky Českej republiky. Ročníky 2003 až 2009. [online]. Praha: Český statistický úřad, 2004-2010. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na

internete: <http://www.czso.cz/eng/redakce.nsf/i/statistical_yearbooks_of_the_czech_republic>

- Štatistické ročenky Slovenskej republiky. Ročníky 1996 až 2010. [online]. Bratislava: Štatistický úrad Slovenskej republiky, 1996-2010. [cit. 2010-08-28]. Dostupné na internete: <<http://portal.statistics.sk/>>
- Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v platnom znení
- Zákon č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník v platnom znení
- Zákon č.140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov platných pre Českú republiku a Slovenskú republiku

Contact – email

janakoprlova@yahoo.com

ZDANĚNÍ VÝROBY ELEKTŘINY ZE SOLÁRNÍCH ELEKTRÁREN

STANISLAV KOUBA

Faculty of Law, Masaryk university, Czech republic

Abstract in original language

Nevyvážená podpora výroby elektřiny ze slunečního záření má za následek současný boom solárních elektráren v České republice. S ohledem na konstrukci podpory, hrozí v roce 2011 nárůst cen elektřiny. Vláda uskutečnila řadu opatření, který má výraznému zvýšení zabránit. Jedním z těchto opatření je zavedení speciálního odvodu, který budou hradit provozovatelé solárních elektráren.

Key words in original language

Odvod za výrobu elektřiny ze slunečního záření; přímé zdanění; daň; obnovitelné zdroje.

Abstract

Unbalanced subsidy of production of solar electricity has led to present boom of solar plants in Czech Republic. In view of the construction of subsidy, there is real danger of increasing electricity prize in the 2011. Government realizes a few steps to prevent the rise. One of the steps is the special contribution which will be paid by the solar electricity producers.

Key words

Tax; Direct Taxation; Solar electricity production contribution.

1. ÚVOD

V důsledku politických vlivů a i celospolečenského zájmu o enviromentální politiku¹ byla v roce 2005² prosazena výrazná podpora obnovitelných zdrojů energie, která spočívala i ve významném nárůstu výkupních cen elektřiny z obnovitelných zdrojů.

¹ Programové prohlášení vlády [online]. Praha: Vláda České republiky, 17. 1. 2007 [citováno 2010-11-24]. Dostupné z URL <<http://www.vlada.cz/>>. Programové prohlášení vlády ČR 2006-2010. Oblast energetika a klima

² Cenové rozhodnutí ERÚ č. 10/2005 ze dne 18. listopadu 2005, kterým se stanovuje podpora pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, kombinované výroby elektřiny a tepla a druhotných zdrojů

Konstrukce způsobu podpory obnovitelných zdrojů vychází ze zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů³ schváleného rovněž v roce 2005. Podpora spočívá v zásadě v garantovaných výkupních cenách, za které je povinen distributor elektřiny vykoupit elektrickou energii vyrobenou z některého z obnovitelných zdrojů.

2. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA

Dle běžné ekonomické teorie dojde zdaněním určitého stupně výroby zvýšené ceny konečného produktu. Tento efekt se využívá u spotřebních daní. Nejtypičtějším příkladem je uvalování spotřebních daní na tabákové výrobky či alkoholické nápoje (daň z lihu, daň z piva, daň z vína).

Efekt zdanění je v těchto případech dvojitý. Zaprvé, vzroste cena, neboť o daň vzrostou náklady výrobců. Zadruhé, dojde v důsledku růstu ceny k omezení spotřeby, neboť při vyšší ceně je hodnota poptávaného množství menší (za standardních podmínek).

Na standardním zobrazení konkurenčního trhu se daná situace projeví posunem nabídkové křivky směrem vzhůru, a to právě o velikost daně. V důsledku toho se tržní rovnováha přesune směrem doleva nahoru (tedy vzrůst tržní ceny při současném poklesu realizovaných prodejů zboží či služeb).

U spotřebních daní je výsledek zdanění dvojitý, a to snížení spotřeby daného výrobku, na které je uvalena daň, a vznik výtěžku pro veřejné rozpočty, který může být dále použit na odstraňování škodlivých následků, které zdaňovaný objekt vytváří, či posloužit jinému veřejnému účelu.

Následky regulace formou daně jsou přenášeny na poptávající a nabízející v poměru, který je dán flexibilitou poptávkové křivky. Platí, že čím méně pružná je křivka poptávky, tím více je zatěžován přebytek užitku poptávajících. Vliv na pružnost křivky má například existence substitutů k danému zboží (službě), které je předmětem zdanění či nezbytnost takového statku z pohledu poptávajících.

Například při uvalení daně na potraviny bude pružnost poptávky velmi malá, neboť tento produkt lze obtížně substituovat a nelze se bez něj obejít. V grafickém zobrazení trhu se snížená pružnost poptávkové křivky promítne tím, že má blíže vertikále.

Při nepružné poptávkové křivce se efekt zdanění přesouvá více vůči poptávajícím. Poměr mezi snížením realizovaného množství a změnou

³ Zákon č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve znění pozdějších předpisů

kupní ceny se se stoupající nepružností poptávky snižuje. Zrealizovaného množství s rostoucí nepružností poptávkové křivky ubývá. Při hypoteticky absolutně nepružné poptávce by se efekt dalšího zdanění plně zatížil poptávající. Nabízející by pouze zvýšili cenu o daň a přenesli ji tak na poptávající, kteří jsou ochotni nakoupit stejné množství zboží za vyšší cenu.

Tento vztah ovšem platí také opačně. V případě velmi pružné poptávkové křivky budou velké dopady při změně cen na zrealizované množství, tj. toto množství klesne. Z hlediska ztrát tak budou převažovat ztráty nabízejících. (poptávající mohou v tomto případě např. využít substitutů nebo vyloučit spotřebu).

3. CENOVÁ ELASTICITA POPTÁVKY PO ELEKTRINĚ

Z výše uvedeného je zřejmé, že zásadní informací je cenová elasticita poptávky po elektrické energii. Pro elektřinu je cenová elasticita poptávky pro domácnosti v krátkém období $-0,14^4$ a v dlouhém období $-1,89^{5,6}$.

Je zřejmé, že v krátkém období je cenová elasticita poptávky po elektřině značně nepružná. Je to dáno zejména omezenými možnostmi zareagovat na rostoucí ceny elektrické energie, což je možné především prostřednictvím investic do energeticky méně náročných zařízení. Pokud se bude o firmách uvažovat stejně jako o domácnostech, tak lze vyvodit, že poptávka firem je v krátkém období rovněž nepružná.

V dlouhém období je možno investicemi do zařízení s nižší energetickou náročností zrealizovat, a tak snížit spotřebu elektrické energie. Z toho důvodu je poptávka po elektrické energii v dlouhém období pružná a dochází k menším dopadům na poptávající.

4. SOUČASNÝ SYSTÉM PODPORY SOLÁRNÍ ELEKTRICKÉ ENERGIE

V současné době je systém podpory solárních zdrojů elektrické energie založen na dvou typech podpory, a to garantovaných výkupních cen a zeleném bonusu.

Datum uvedení do	Výkon	Výkupní ceny elektřiny dodané	Zelené bonusy v
------------------	-------	-------------------------------	-----------------

⁴ Hyman, David. Economics. 1. vyd. Homewood USA: Irwin, 1989. 946 s. ISBN 0-256-07504-2. s. 132

⁵ tamtéž

⁶ Uvedená čísla udávají sklon poptávkové křivky.

provozu		do sítě v Kč/MWh	Kč/MWh
od 1. ledna 2011 do 31. prosince 2011	Do 30kW včetně	7500	6500
	30-100 kW	5900	4900
	Nad 100kW	5500	4500
od 1. ledna 2010 do 31. prosince 2010	do 30 kW včetně	12500	11500
	nad 30 kW	12400	11400
od 1. ledna 2009 do 31. prosince 2009	do 30 kW včetně	13420	12420
	nad 30 kW	13320	12320
od 1. ledna 2008 do 31. prosince 2008		14300	13300
od 1. ledna 2006 do 31. prosince 2007		14660	13660
před 1. lednem 2006		6990	5990

Tabulka 1 Přehled podpor pro výrobu elektřiny ze slunečního záření⁷

Garantované výkupní ceny i zelený bonus jsou stanovovány dle data uvedení zařízení do provozu.

Celý systém podpory funguje na základě povinnosti distributora odebrat elektrickou energii ze solárních zdrojů za stanovenou cenu. V případě, že subjekt zelenou elektřinu vyrábí a ji zároveň spotřebovává, je oprávněn k podpoře formou zeleného bonusu. Rozdíl mezi výší zeleného bonusu a garantovanou výkupní cenou je vyjádřením tržní ceny běžné elektrické energie. Zelený bonus tak kompenzuje jen tu část, která odpovídá podpoře.

Elektřina je ovladatelnou přírodní silou, je uniformní a nelze rozpoznat, která pochází obnovitelných zdrojů elektrické energie a která nikoliv. Rovněž ji nelze za současných podmínek ani oddělovat a nabízet zvlášť.

⁷ Cenové rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 2/2010 ze dne 8. listopadu 2010, kterým se stanovuje podpora pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, kombinované výroby elektřiny a tepla a druhotných energetických zdrojů

Distributor je nucen podporu, kterou vyplácí výrobcům elektřiny ze solárních elektráren (tedy vícenáklad) pokrýt z tržeb za dodanou elektřinu, proto zvyšuje cenu elektřiny pro odběratele tak, aby byl tento vícenáklad pokryt.

Současná podpora je tedy také poskytována z peněz konečných odběratelů. V tomto kontextu je část úhrad poskytnutých konečnými spotřebiteli elektřiny, která připadá na "zelenou" elektřinu vlastně cenou za lepší životní prostředí a snížení závislosti na fosilních palivech.

5. SOLÁRNÍ BOOM

Programové prohlášení vlády vzešlých z voleb do Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR v roce 2006 obsahovalo podporu využití obnovitelných zdrojů energie na výrobu tepla. Záměrem bylo zrealizovat investice do tohoto odvětví vytvořením dostatečně atraktivního klimatu pro příliv kapitálu. Toho mělo být dosaženo především nastavením podpor tak, aby odpovídaly skutečným vícenákladům spojeným s tímto podnikáním.⁸

Tohoto cíle bylo dosaženo tlakem na vysoké výkupní ceny (a zelený bonus) elektřiny, která pochází z obnovitelných zdrojů. Výkupní ceny byly nastaveny na takovou hladinu, aby nejen kryly vícenáklady spojené s výrobou elektřiny z obnovitelných zdrojů, ale také vlivem technického pokroku mohly přinášet přiměřený zisk. Největší podpory se dostávalo elektřině vyrobené ze slunečního záření.

Postupně se tak v případě zařízení na výrobu elektřiny ze slunečního záření skutečný stav vzdaloval původní záměr zajistit návratnost vložených investic v horizontu 15 let⁹.

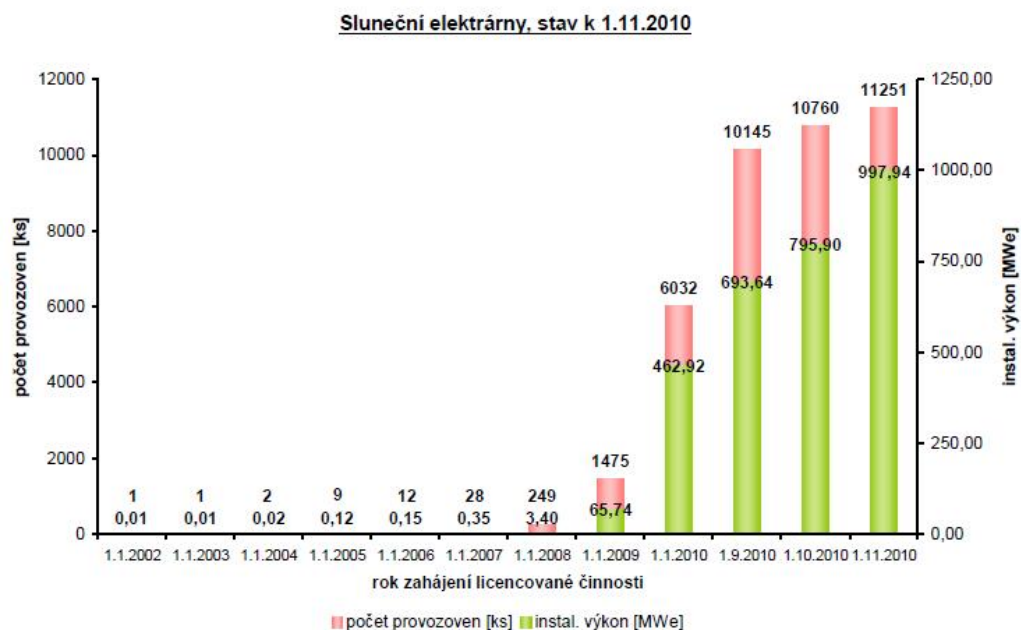
Od roku 2006 došlo především k poklesu cen solárních panelů, což bylo způsobeno jak vývojem technologií, tak úsporami z rozsahu, neboť Česká republika není první zemí, kterou solární boom zasáhl. Podobnou situaci řešilo v roce 2008 i např. Španělsko.¹⁰

⁸ Programové prohlášení vlády [online]. Praha: Vláda České republiky, 17. 1. 2007 [citováno 2010-11-16]. Dostupné z URL <<http://www.vlada.cz/>>. Programové prohlášení vlády ČR 2006-2010. Oblast energetika a klima

⁹ Obecná část důvodové zprávy k zákonu č. 180/2005 Sb. o podpoře výroby elektřiny a tepelné energie z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů). Odůvodnění základních principů navrhované právní úpravy

¹⁰ Zlochová, Ľubica. Solární boom a následné vystřízlivění už zažilo také Španělsko [online]. Publikováno 2010-11-9, [cit. 2010-11-17]. <http://www.rozhlas.cz/zpravy/ekonomikavevrose/_zprava/solarni-boom-a-nasledne-vystrizliveni-uz-zazilo-take-spanelsko--808233>

Investice se díky poklesům nákladů souvisejícím s výrobou elektřiny (zejména díky snížení pořizovacích cen solárních panelů) stala rychleji návratnou a tím i více atraktivní. Možnosti snížit garantované výkupní ceny byly oproti tomu velmi omezené. Odhlédneme-li od vždy opožděné reakce státních autorit pověřených regulací cen, které nemohou mít nikdy zcela aktuální informace, tak hlavním problémem je omezená možnost snižování výkupních cen daná zákonem, a to max. 5% z předešlé hodnoty.¹¹



Přehled o počtu slunečních elektráren a jejich instalovaného výkonu¹²

Prospěch investorů je na úkor distributorů resp. konečných spotřebitelů, kteří cenu ani odebírané množství nemohou ovlivnit, tj. na tomto trhu nefunguje cenová konkurence.¹³

V případě distributora se rozdíl mezi garantovanou výkupní cenou, kterou platí výrobci elektřiny z obnovitelných zdrojů, a tržní cenou, za kterou odebírá elektřinu od ostatních výrobců, projeví stejně jako zdanění, tj. další výdaj. Podle logiky uvedené v úvodu se tento další výdaj se projeví zvýšením cen (tedy posunem nabídkové křivky vzhůru) na trhu

¹¹ § 6 odst. 4 zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů

¹² www.ery.cz [online]. Praha: Energetický regulační úřad, 2009, poslední editace 2010-11-15[citováno 2010-11-17]. Dostupné z URL <<http://www.ery.cz/>>. Sluneční elektrárny stav k 1. 11. 2010

¹³ O možnosti omezení kvantity připojených subjektů se mluvilo pouze v souvislosti s možností odmítnutí takových připojení, které by mohli narušit chod distribuční sítě.

distribuované elektřiny (na trhu, kde proti sobě stojí distributoři a koneční spotřebitelé elektřiny).

Dle výpočtů by při nečinnosti vlády mohlo dojít ke zvýšení cen elektřiny až více než 20%.¹⁴

6. ODVOD ZA VÝROBU ELEKTŘINY ZE SLUNEČNÍHO ZÁŘENÍ

Z důvodů snahy veřejné moci zmenšit tržní deformaci způsobenou zvýhodněním solárních zdrojů elektrické energie, které zapříčiňuje v konečném důsledku zvýšení ceny elektřiny, byla přijata řada opatření. Především byly nastaveny nové garantované výkupní ceny pro solární zdroje elektřiny, které budou uvedeny do provozu od 1. ledna 2011. Tyto ceny budou tak více odpovídat původnímu záměru zajišťovat návratnost do 15 let.

Druhým významným opatřením je vrácení provozovatelů, kteří zdroj pro výrobu elektřiny začali provozovat před rokem 2011, do tržní reality, a to formou daňového nástroje, kterým je odvod za výrobu elektřiny ze slunečního záření.

Další daňové opatření mířené na nárůst daňové zátěže provozovatelů zařízení na výrobu elektřiny ze slunečního záření je zvýšení poplatku za vyjmutí půdy ze zemědělského půdního fondu. Toto opatření má pouze jednorázovou povahu a jde o převážně parametrickou změnu. V dalším textu se proto příspěvek zabývá odvodem z výroby elektřiny ze slunečního záření (dále jen "odvod").

6.1 KONSTRUKCE ODVODU

6.1.1 OBECNĚ

Při otázce umístění právní úpravy do právního řádu připadalo v úvahu několik variant. Legislativně nejideálnější bylo vytvoření samostatného zákona, který by upravoval výlučně odvod. Tato varianta však vzhledem k omezeným časovým možnostem nebyla realizována, neboť hrozilo, že by příslušný zákon nestihl do začátku roku 2011 projít legislativním procesem.

Druhou variantou bylo zapracovat odvod do zákona o daních z příjmů, kde by byl zdaňován příjem z prodeje vyrobené elektřiny zvláštní sazbou daně (tedy konečnou srážkou u zdroje příjmů) a měl by taktéž samostatnou sazbu. Nicméně kromě nekoncepčního zásahu do zákona o daních z příjmů by poté

¹⁴ Kramule, R. Bártek, P. Urbánek, V. ČEZ očekává zvýšení cen elektřiny v letech 2011 a 2012 [online]. Publikováno 2010-8-30, [cit. 2010-11-17]. <<http://zpravy.kurzy.cz/241056-cez-ocekava-zvyseni-cen-elektřiny-v-letech-2011-a-2012/>>

nemohlo dojít k běžnému zdanění daní z příjmů, což bylo v rozporu se základními představami o odvodu, a proto tato varianta nebyla realizována

Z těchto důvodů bylo zvoleno zpracování odvodu do zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů, kam z hlediska věcné souvislosti patří. Úsměvný v tomto kontextu, kdy se zatěžuje produkce z obnovitelných zdrojů, zůstává název zákona.

Mnohem zásadnější je povaha tohoto peněžitého plnění, které je nazváno odvodem. Z důvodu provázanosti na procesní úpravu daní je v budoucím ustanovení § 7h budoucího znění zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů odkázáno na použití daňového řádu při správě odvodu. Toto ustanovení má svou provázanost s ustanovením § 2 odst. 3 daňového řádu¹⁵, dle kterého se "daní pro účely daňového řádu rozumí peněžité plnění, pokud zákon stanoví, že se při jeho správě postupuje podle daňového řádu". Tímto způsobem je zajištěna aplikace procesních i hmotněprávních ustanovení daňového řádu.

6.1.2 PŘEDMĚT A SUBJEKTY ODVODU

Předmětem odvodového zatížení bude obecně výroba elektřiny ze slunečního záření. Předmět daně je zacílen na subjekty, které mají z nastavení výkupních cen největší prospěch, tedy, kteří uvedli do užívání svá zařízení mezi 1. lednem 2009 a 31. prosincem 2010.

Otázkou je, zda je toto vymezení zcela správné, a to zejména vzhledem k existenci pouze jedné 26% (resp. 28%) sazby. Mezi zařízeními uvedenými do provozu koncem roku 2008 a začátkem roku 2009 totiž bude vznikat značná disproporce, které se mohlo předejít zavedením určité odvodové progrese, která by byla závislá na termínu uvedení zařízení do provozu.

Další specialitou odvodu je jeho dočasnost, která zapříčiňuje, že tento odvod bude oproti původním předpokladům na pouhé tři roky. Důvodem tohoto opatření může být alespoň částečné uklidnění investorů, vliv lobby nebo snaha o limitování následků, které mohou vzejít z žalob proti České republice. Každopádně nelze na půdě daňové teorie najít pro tento prvek racionální vysvětlení.

Nutno však dodat, že dočasnost v daňových zákonech není zcela výjimečným jevem. S časově limitovanou právní úpravou se lze setkat například u daně z příjmů, konkrétně u novely zákona o daních z příjmů zákonem č. 326/2009 Sb. o podpoře hospodářského růstu a sociální stability (zavedení mimořádných odpisů v § 30a současného zákona o daních z příjmů).

¹⁵ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád

Poplatníkem odvodu je výrobce elektřiny ze slunečního záření a plátcem je osoba, která má povinnost od něho elektřinu vykoupovat. Není vždy bezpodmínečně nutné, aby byla elektřina vykoupena, neboť v případě vlastní spotřeby "zelené" elektřiny vzniká osobě, která by jinak měla povinnost elektřinu vykoupit, povinnost vyplatit výrobcí zelený bonus.

6.1.3 ZÁKLAD ODVODU A SAZBA ODVODU

Základ odvodu může vypadat dvojím způsobem, a to v závislosti na typu podpory, kterou výrobce elektřiny zvolí. Zaprvé to může být úhrn garantovaných výkupních cen, které dostává od distributora, a to v případě, že elektřinu prodává. Zadruhé to může být zelený bonus, který za vyrobenou elektřinu obdrží, a to v případě, že vyrobenou elektřinu sám spotřebovává.

Pro konstrukci odvodu je významné, že odvod se platí z částek (tj. úhrnu garantovaných výkupních cen nebo zeleného bonusu) za elektřinu vyrobenou v odvodovém období¹⁶. Odpadají tak otázky spojené s tím, kdy bude výroba elektřiny podléhat odvodu a jak postupovat v případě, když nebude zaplácena výkupní cena.

Vzhledem k faktu, že podpory ve formě garantované výkupní ceny a zeleného bonusu jsou různé nominální výše (liší se o tržní cenu elektrické elektřiny) je nutné k dosažení stejného daňového zatížení zvolit rozdílné sazby.

Tyto sazby byly vykalkulovány na 26% v případě základu odvodu ve formě úhrnu garantovaných výkupních cen a 28% procent v případě zeleného bonusu.

6.2 DOPADY ODVODU

Odvodem jsou zatíženi provozovatelé zařízení na výrobu elektrické energie ze slunečního záření, kteří zařízení uvedli do provozu mezi 1. lednem 2009 a 31. prosincem 2010. Tato zařízení byla zvolena, neboť mají vysokou rentabilitu, a to zejména díky vysoké podpoře v porovnání k pořizovací ceně zařízení.

Toto dodatečné zdanění nebude mít důsledky pro cenu elektřiny pro jejího konečného spotřebitele, neboť výrobce nemůže zvýšit distributorovi prodejní cenu, která stále zůstane vyšší než tržní. Konečné spotřebitele tedy odvod nezasáhne.

¹⁶ § 7c budoucího znění zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů

Rozpočtovým určením odvodu je státní rozpočet. Prostředky takto získané by se měly použít na snížení ceny elektrické energie, neboť budou formou tzv. finanční podpory přerozděleny mezi distributory¹⁷.

Nicméně přerozdělení je prováděno formou ad hoc každoročních dotací, jejichž výši stanoví vláda. Úhrn těchto podpor, tak nemusí být totožný s objemem prostředků vybraných za pomoci odvodu.

7. ZÁVĚR

V současné době rozpočtového deficitu, vládních škrťů a zvýšené sociální citlivosti se lze jen těžko smířit s faktem, že vinou špatného administrativního opatření profituje určitá skupina na úkor ostatních.

Skokové zdražení elektřiny proklamované na rok 2011 přerozdělí prostředky od konečných spotřebitelů elektřiny (tj. i domácností) provozovatelům solárních zdrojů elektřiny.

Zvýšení ceny elektřiny se tak dá připodobnit ke zvyšování sazeb DPH s tím rozdílem, že výnos bude profitem provozovatelů solárních elektráren.

V kontextu dnešní doby je pak tento stav jen těžko akceptovatelný, a to jak politicky, tak ekonomicky. Nutno říci, že ekonomické zdůvodnění ziskové marže postrádá sektor fotovoltaických elektráren zcela.

Odvod a další vládní opatření, byť jsou systémově špatná (uvalují daň na oblast, která je podporována) působí z hlediska ekonomiky ve výsledku pozitivně.

Při zmapování hospodářské politiky této oblasti v posledních 5 letech je na místě se ptát, zda státní zásahy do ekonomiky mají své odůvodnění, ale to již sahá mimo rámce tohoto příspěvku.

Je proto jen možné doufat v rozvážnější politickou, ale i byrokratickou reprezentaci.

Literature:

- Hyman, David. Economics. 1. vyd. Homewood USA: Irwin, 1989. 946 s. ISBN 0-256-07504-2. s. 132

¹⁷ § 6a a § 6b, budoucího znění zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů

- www.eru.cz [online]. Praha: Energetický regulační úřad, 2009, poslední editace 2010-11-15[citováno 2010-11-17]. Dostupné z URL <<http://www.eru.cz/>>. Sluneční elektrárny stav k 1. 11. 2010
- Zlochová, Ľubica. Solární boom a následné vystřízlivění už zažilo také Španělsko [online]. Publikováno 2010-11-9, [cit. 2010-11-17]. <http://www.rozhlas.cz/zpravy/ekonomikavevrobe/_zprava/solarni-boom-a-nasledne-vystrizliveni-uz-zazilo-take-spanelsko--808233>
- Kramule, R. Bártek, P, Urbánek, V. ČEZ očekává zvýšení cen elektřiny v letech 2011 a 2012 [online]. Publikováno 2010-8-30, [cit. 2010-11-17]. <<http://zpravy.kurzy.cz/241056-cez-ocekava-zvyseni-cen-elektriny-v-letech-2011-a-2012/>>
- Obecná část důvodové zprávy k zákonu č. 180/2005 Sb. o podpoře výroby elektřiny a tepelné energie z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů). Odůvodnění základních principů navrhované právní úpravy
- Programové prohlášení vlády [online]. Praha: Vláda České republiky, 17. 1. 2007 [citováno 2010-11-16]. Dostupné z URL <<http://www.vlada.cz/>>. Programové prohlášení vlády ČR 2006-2010. Oblast energetika a klima
- Zákon č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád
- Cenové rozhodnutí ERÚ č. 10/2005 ze dne 18. listopadu 2005, kterým se stanovuje podpora pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, kombinované výroby elektřiny a tepla a druhotných zdrojů
- Cenové rozhodnutí Energetického regulačního úřadu č. 2/2010 ze dne 8. listopadu 2010, kterým se stanovuje podpora pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, kombinované výroby elektřiny a tepla a druhotných energetických zdrojů

Contact – email

Koubastanislav @seznam.cz

TRANSFER PRICING V PODMÍNKÁCH ČESKÉ REPUBLIKY

JANA KRANECOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Transfer pricing je ekonomický nástroj, který sdružené podniky využívají čím dál víc pro snížení daňové zátěže. Zefektivnění daňových kontrol a detailnější právní úprava v oblasti převodních cen představují možnost zvýšení příjmů státního rozpočtu. Těžiště právních nástrojů vychází z mezinárodního práva, které se promítá i do práva komunitárního a vnitrostátního, častokrát však jen ve formě nezávazných doporučení.

Key words in original language

Daňové úniky; daň z příjmu; ekonomický nástroj; nadnárodní společnost; princip tržního odstupu; transfer pricing; zisk.

Abstract

Transfer pricing is an economic instrument, which is used by multinational organizations to reduce the tax burden. More effective tax audits and more detailed legal regulation present a possibility how to increase the state budget income. The legal instruments base from the international law and reflect in EU and national law, often only in the form of non-obligatory recommendations.

Key words

Arm's-length principle; economic instrument; income tax; multinational organizations; profit; tax evasion; transfer pricing.

I. ÚVOD

Předmětem tohoto článku jsou transferové neboli převodní ceny využívané k daňové optimalizaci nadnárodních společností, kdy mateřská organizace se nachází v jiném státě než dceřinné společnosti. Vnitropodnikové transferové ceny uvnitř jednoho podniku¹ v rámci divizí a jednak v rámci koncernu, jehož všechny součásti se nachází na území jednoho státu, ponechám stranou.

¹ V celém článku je pojem podnik používán v ekonomickém smyslu, tj. jako subjekt ekonomických vztahů, ne ve smyslu § 5 obchodního zákoníku.

V důsledku hospodářské globalizace roste význam nadnárodních společností nejen v rámci světového obchodu, ale i v rámci národní ekonomiky, protože transferové ceny de facto představují daňové úniky na dani z příjmu právnických osob.

Cílem článku je nastínit základní problematiku, představit mezinárodněprávní prameny úpravy převodních cen mezi nadnárodními společnostmi a vymezit některé problémy, které se v této oblasti vyskytují a znemožňují spravedlivé zdanění zisků těchto společností.

II. NADNÁRODNÍ SPOLEČNOST

Modelová smlouva o zamezení dvojího zdanění příjmu a majetku (dále jen „modelová smlouva OECD“) pro nadnárodní společnosti, u kterých může docházet k daňové optimalizaci pomocí transferových cen, používá pojmu sdružené podniky a v čl. 9 této modelové smlouvy je vymezuje jako případy, kdy podnik jednoho smluvního státu se podílí přímo, nebo nepřímo na vedení, kontrole nebo kapitálu podniku druhého smluvního státu tytéž osoby se podílejí přímo, nebo nepřímo na vedení, kontrole nebo kapitálu podniku jednoho smluvního státu i podniku druhého smluvního státu.²

„U všech uvedených transakcích (hmotných i nehmotných) je nadmíru důležité si uvědomit, že jde o transakce řízené (kontrolované, controlled transactions) ze strany mateřské společnosti (centrály). Ta totiž rozhoduje o rozmístění zahraničních přímých investic, o organizačních a řídicích strukturách, včetně dělby práce, o transferových cenách, o tom, ve kterém státě (státech) bude prováděn výzkum a vývoj atd. Jde tak o určitý uzavřený stát, s centralizovaným rozhodováním ve strategických otázkách, který působí v řadě jiných, skutečných státech a tyto v té či oné míře ovlivňuje (výrobu, vývoz, zaměstnanost, platební bilanci, příjmy státního rozpočtu apod.)“³ Totéž platí pro podniky s tzv. společným řízením, které je vymezeno v čl. 9 odst. 1 písm. b) modelové smlouvy OECD.

V průběhu posledních let i v České republice roste nejen význam takto sdružených podniků, ale i jejich počet, většina podnikatelských aktivit dnes neexistuje v kompetenci jediné obchodní společnosti. I to je jeden z důvodů, proč se o ně začíná česká daňová správa zajímat ve větší míře.⁴ Jelikož jde o

² Modelová smlouva o zamezení dvojího zdanění příjmů a majetku : stručná verze : 17. července 2008. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2009, s. 21.

³ Machoň, L. *Nadnárodní společnosti a jejich transferové ceny*. Praha : Vysoká škola ekonomická v Praze, 1999, s. 14.

⁴ Francírek, F. *Převody nezdaněných zisků bez rizik?* [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.locke-hobbes.cz/clanek.php?id_clankysk=2&id_clankysk2=13&lang=1

„největší hráče“, zisk, který může být prostřednictvím převodních cen přesouván do zemí s výhodnější daňovou sazbou, dosahuje enormních čísel a je tedy nutné tyto převody v rámci koncernů sledovat, kontrolovat a zaměnit daňovým únikům, ale na druhé straně je potřeba dbát na to, aby nedocházelo ke dvojitmu zdanění.

Existence dvojího zdanění je pro státy nežádoucí, protože zabraňuje mezinárodnímu obchodu. Cílem všech právních nástrojů, které zabraňují dvojitmu zdanění, je objektivně rozdělit výnos z daní mezi jednotlivé státy.⁵

To je i důvod, proč základ mezinárodněprávní úpravy problematiky transferových cen nacházíme právě v modelové úmluvě OECD. Článek 9 tak nedefinuje jen sdružené podniky a pravomoc orgánů daňové správy upravit zisk před zdaněním, pokud byl vykázán zisk snížen pomocí transakce, která neodpovídá běžné situaci mezi nezávislými podniky, ale stanoví i podmínky, jak postupovat v případě dvojího zdanění zisku a to jak ze strany státu, kde se nachází vedení i ze strany státu, kde se nachází podřízená společnost.

Český právní řád má vlastní definici sdružených podniků. Je obsažena v § 23 odst. 7, vychází z definice článku 9 modelové smlouvy, kterou dále upřesňuje a konkretizuje na podmínky českého právního řádu.

III. TRANSFER PRICING

Transferové ceny jsou ekonomickým nástrojem, který slouží k daňové optimalizaci. Lze ho využít v prostředí sdružených podniků, pokud se jejich jednotlivé složky nacházejí v různých státech, s různým způsobem stanovení daňové povinnosti, která dopadá na zdanění příjmů právnických osob, tedy zdanění zisku. Tento jev tedy vzniká jako důsledek daňové soutěže v mezinárodním měřítku, je spojen nejen s odlišnou sazbou daně ale i s různými způsoby stanovení základu daně.⁶ Největších rozměrů může rozdíl mezi transferovými cenami a cenami mezi nezávislými podniky dosáhnout, pokud se část koncernu nachází v daňovém ráji.

Podstatou transfer pricing je převod části zisku před zdaněním na účet jednoho ze sdružených podniků a tím snížení daňové zátěže. Zjednodušeně

⁵ Šrámková, D., Radvan, M. Mezinárodní aspekty berního práva. In *Finanční právo a finanční správa – berní právo*. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 496.

⁶ Romancov, M. Transferové ceny - co nového? In *Bankovníctví*. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.deloitte.com/view/cs_CZ/cz/tiskovecentrum/clanky/2820ed2abe462210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm

lze princip převodních cen ukázat na příkladu: Společnost A, která se nachází v ČR, prodá část své produkce své dceřinné společnosti B na Maltě. Cena za dodávku je ale nižší, než by byla na trhu za běžných podmínek, jedná se tedy o transferovou cenu. Společnost B prodá, to co získala za zvýhodněných podmínek od A, společnosti C. Ta převede peněžní prostředky za dodávku na účet společnosti B, která se nachází v daňovém ráji. Společnost B tento zisk převede na účet mateřské společnosti A ve formě dividend. Závěr: Společnost A tak na daních v ČR zaplatila méně, protože zdanila jen příjem od společnosti B, který byl nižší než příjem, který za dodávku utržila společnost B. Společnost B zaplatila na daních v daňovém ráji minimum a navíc dividendy jsou zatíženy méně než příjem zdaňovaný daní z příjmu právnických osob.⁷

Způsoby, kterými lze převést část zisku, jsou různorodé, nejde tedy jen o převod peněžních prostředků, ale i o převod hmotného i nehmotného majetku společnosti. Podle toho, co je vlastně převáděno rozlišujeme i metody stanovení transferových cen:

a) Hmotné dodávky

Hmotné dodávky mohou zahrnovat jak veškeré vybavení potřebné pro činnost podniku, tak materiál, polotovary, konečné produkty, atd. Transfer hmotných dodávek představuje největší část transferů mezi sdruženými podniky.⁸

b) Výrobní nehmotný majetek

Tato kategorie zahrnuje majetek, vytvořený v rámci výroby nebo výzkumu a vývoje. Patří sem patenty, know-how a technologie.⁹

c) Marketingový nehmotný majetek

Je vytvářen na úrovni marketingu, distribuce a poprodejního servisu. Jde zejména o obchodní značky, obchodní názvy, obchodní jméno a obchodní pověst.¹⁰

⁷ Gluchowski, J. *Transfer pricing*. (přednáška, Letní škola daňového, Právnická fakulta MU, Brno, září 6 - 10 2010).

⁸ *International transfer pricing : 1999-2000*. Oxfordshire : CCH Editions Limited, 1999. s. 201-225.

Machoň, L. *Nadnárodní společnosti a jejich transferové ceny*. Praha : Vysoká škola ekonomická v Praze, 1999. s. 68-72.

⁹ Tamtéž.

¹⁰ Tamtéž.

d) Poskytování služeb

Jde o služby, které si sdružené podniky navzájem poskytují. Běžně se vyskytují služby v oblasti účetnictví, právního a daňového poradenství, výpočetní služby. Někdy však jde o služby, které jsou převáděny spolu s výrobním nehmotným majetkem, například kontrola kvality. V tomto případě je nutné zamezit jejich dvojímu zdanění, a to jednak v rámci převodů nehmotného majetku a jednak v rámci převodu služeb. Lze zde najít i služby, které jsou výhradně k prospěchu mateřské společnosti, jako akcionáře. Obecně platí, že náklady s nimi spojené, by neměly být přenášeny na dceřinné společnosti.¹¹ Jelikož předmětem poskytované služby v rámci koncernu může být prakticky cokoli, je zde dán prostor pro invenci daňových poradců v rámci daňové optimalizace, ale na druhé straně je zde dán i prostor pro vytváření zbytečných průtahů v rámci konkrétního daňového řízení, a to tím, že orgán daňové správy nebude chtít uznat převod služby, respektive cenu za kterou byla převedena. Problém bude v nalezení srovnatelného převodu u srovnatelného koncernu, protože oblast vnitropodnikových služeb, se liší podnik od podniku a závisí především na manažerské strategii.

f) Finanční služby

Jde o poskytování půjček. Orgány daňové správy zde zkoumají zejména poskytnuté množství peněžních prostředků, měnu, úrokovou sazbu a úvěruschopnost společnosti, které byla půjčka poskytnuta, tedy zda by stejná půjčka mohla být poskytnuta i třetí straně.¹²

IV. ZAKOTVENÍ PRINCIPU TRŽNÍHO ODSTUPU

Aplikace principu tržního odstupu, který je primárně zakotven v modelové smlouvě OECD je základním nástrojem zamezení daňovým únikům způsobeným využitím transferových cen. Článek 9 modelové smlouvy OECD stanoví, že pokud sdruženým podnikům, jejichž součástí se nachází na území dvou a více států, z jejich vzájemných závazků vyplývají podmínky, které se liší od podmínek, které by byly sjednány mezi nezávislými podniky, mohou orgány daňové správy rozdíl mezi ziskem, který byl dosažen v rámci sdružených podniků a ziskem, který by byl dosažen mezi nezávislými podniky, zdanit. Právě proto, že se jedná o ustanovení mezinárodní smlouvy, navíc o ustanovení smlouvy, která má počítat s různými rozdíly v právních úpravách sjednávajících států, jelikož jde o modelovou smlouvu, jejíž znění přebírají státy z celého světa do

¹¹ Tamtéž.

¹² Tamtéž.

dvoustranných smluv o zamezení dvojího zdanění, je znění článků 9 značně vágní, zejména část „by byly sjednány“. Proto OECD vydalo a pravidelně aktualizuje (naposledy v červenci 2010)¹³ Směrnici pro nadnárodní společnosti a daňové správy (Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations), dále jen směrnice OECD, která slouží jako výkladová pomůcka pro použití článku 9 i pro jednotlivá ustanovení vnitrostátních právních úprav, která se problematikou zdanění nadnárodních společností zabývají.

Směrnice OECD je dokument, který není právně závazný, zato všestranně využitelný. Není určen jen pro státy orgány na úrovni daňové správy, ale i pro konkrétní nadnárodní společnosti, protože jim dává návod jak se chovat v souladu s právem a zároveň využívat ekonomické nástroje, kterým transferové ceny nepochybně jsou, při své podnikatelské činnosti. Předmluva¹⁴ k této směrnici vyzdvihuje právě její právní nezávaznost, která umožňuje rychlé přijetí, efektivní aktualizaci a zohlednění současných vývojových trendů v oblasti nadnárodních společností, což z této směrnice dělá účinný právní nástroj. Navíc na rozdíl od mezinárodních smluv, může být konkrétnější, dávat na výběr několik možností řešení a zabývat se detailně konkrétními metodami a postupy stanovení transferových cen.

V českém právním řádu je pravidlo tržního odstupu zakotveno v § 23 odst. 7 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů. Jedná se prakticky o implementovaný čl. 9 modelové smlouvy OECD, s určitou konkretizací, že pokud nelze určit cenu, která by byla sjednána mezi nezávislými podniky, použije se tzv. cena obvyklá podle zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů (zákon o oceňování majetku), ve znění pozdějších předpisů. Ustanovení § 2 zákona o oceňování majetku definuje cenu obvyklou jako cenu, „která by byla dosažena při prodeji stejného, popřípadě obdobného majetku nebo při poskytování stejné nebo obdobné služby v obvyklém obchodním styku v tuzemsku ke dni ocenění. Přitom se zvažují všechny okolnosti, které mají na cenu vliv, avšak do její výše se nepromítají vlivy mimořádných okolností trhu, osobních poměrů prodávajícího nebo kupujícího ani vliv zvláštní obliby.“¹⁵

¹³ *OECD approves the 2010 Transfer Pricing Guidelines.* [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.oecd.org/document/4/0,3343,en_2649_33753_45690500_1_1_1_1,00.html

¹⁴ *Směrnice OECD pro nadnárodní společnosti.* [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/mez_ekon_organizace_12363.html#Sm%C4%99Brnice+OECD+pro+nadn%C3%A1rodn%C3%AD+spole%C4%8Dnosti

¹⁵ Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů (zákon o oceňování majetku), ve znění pozdějších předpisů.

Je zde určitá paralela s úpravou na úrovni OECD, kde zde existuje smlouva (modelová nebo i dvoustranná mezi konkrétními subjekty), která obecně stanoví princip tržního odstupu a pak právně nezávazná směrnice, která tento princip dále rozvíjí. Obdobné schéma funguje i v České republice, kde je definice principu tržního odstupu obsažena v zákoně o daních z příjmů a postup orgánů české daňové správy dále upřesněn v tzv. D – pokynech vydávaných Ministerstvem financí. Tyto pokyny jsou svou povahou interními normativními akty, proto jsou právně závazné jen v rámci hierarchie orgánů daňové správy, na jejímž čele ministerstvo stojí¹⁶, ale stejně jako směrnice OECD, mohou být důležitým zdrojem informací pro sdružené podniky.

V. UPLATNĚNÍ PRINCIPU TRŽNÍHO ODSTUPU

Uplatnění principu tržního odstupu na konkrétní případ posuzování transferových cen je ve své podstatě srovnávací analýzou, kde na jedné straně jsou transakce řízené (tj. mezi sdruženými podniky) a straně druhé transakce neřízené (tj. mezi nezávislými podniky). Při jejím provádění posuzující orgány české daňové správy zohledňují následující faktory:

- a) vlastnosti převáděného hmotného nebo nehmotného majetku, zde je namísto posoudit fyzické vlastnosti, typ ochrany (zejména u nehmotných statků), objem nabídky na trhu, rozsah nabízených služeb, apod.¹⁷
- b) funkční analýza, která zohledňuje funkci konkrétního podniku, kterou v rámci koncernu plní (vývoj, distribuce, řízení, apod.),¹⁸
- c) smluvní podmínky, které vyjadřují míru odpovědnosti, rizika a možných přínosů,¹⁹
- d) ekonomické okolnosti, tedy podmínky konkrétního trhu (geografické faktory, velikost, konkurence, poměr nabídky a poptávky, regulaci, apod.),²⁰

¹⁶ Mrkývka, P., Radvan, M. *Berní právo – obecná ustanovení*. In *Finanční právo a finanční správa – berní právo*. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 50.

¹⁷ Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004.

¹⁸ Tamtéž.

¹⁹ Tamtéž.

²⁰ Tamtéž.

e) podnikatelská strategie, která za určitých podmínek může odůvodňovat vyšší ceny transakcí v rámci sdružených podniků, příkladem je etablování se na novém trhu,²¹

f) další faktory, co je zbytková kategorie a lze do ní zahrnout prakticky cokoliv, co se finančnímu orgánu bude zdát důležité pro posouzení transferových cen. Půjde zejména o zjišťování, zda transakce skutečně proběhla, zda nesouvisí s jinou transakcí, atd. Mimo jiné je zde prostor pro srovnání hospodářských výsledků v průběhu několika posledních let i v rámci celého koncernu.²²

Právě v důsledku výše uvedených faktorů, které zde působí a které do značné míry ovlivňují výši ceny za obchodní závazky mezi subjekty, které jsou součástí koncernu, protože daňová optimalizace není jediným důvodem používání transferových cen, je stanovení tzv. ceny obvyklé značně složité, a to jak ze strany státních orgánů, tak ze strany subjektů, vůči nimž bude daňová kontrola směřovat a které budou dokazovat oprávněnost použití transferové ceny. „Na rozdíl od daňového dopadu špatně ošetřeného nákladu, jehož materialita se dá dopředu předpokládat, se totiž v případě doměření rozdílu cen sjednaných mezi spřízněnými a nespřízněnými osobami materialita daňového doměrku může pohybovat v různých a pro poplatníka dopředu těžko očekávaných relacích.“²³ Proto v oblasti stanovení transferových cen a následného upravování základu daně ze strany správce daně vidím značné pole působnosti zásady legitimního očekávání podle § 8 odst. 2 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ale mám určitou obavu, že k její aplikaci dojde až v průběhu soudních řízení. V této oblasti by, podle mého názoru, rozhodně pomohlo sjednocení agendy posuzování transferových cen pod jediný státní orgán.

Počet kontrol zaměřených na problematiku převodních cen se zvyšuje, průměrně se ročně způsobem podle § 23 odst. 7 doměří cca. 75 mil. Kč. „Tato čísla odrážejí pouze výsledky daňové kontroly v případech zjištěných pochybení, avšak praktický dopad toho, že kontrola převodních cen je dnes součástí každé daňové kontroly u velkých daňových subjektů, nelze vyčíslit.“²⁴

²¹ Tamtéž.

²² Tamtéž.

²³ Výklad k příjmu z prodeje cenných papírů nezahrnutých do obchodního majetku. In Účetnictví. ASPI [databáze]. Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010 [cit. 10-09-12].

²⁴ *Výroční zpráva české daňové správy 2009*. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/cds/vz_cds_2009.pdf

VI. METODY STANOVENÍ TRANSFEROVÝCH CEN

Konkrétní výčet metod, pomocí kterých je stanoveno rozmezí, ve kterém se transferové ceny intra legem mohou pohybovat, stanoví směrnice OECD, konkretizaci na české podmínky stanoví i pokyn č. D-258²⁵. Metody jsou rozděleny do dvou skupin

tradiční transakční metody, při nichž dochází ke stanovení cenového rozpětí. Do této skupiny patří: metoda srovnatelné nezávislé ceny, metoda ceny při opětovném prodeji, metoda nákladů a přírážky

ziskové transakční metody, kde dochází ke stanovení rozpětí zisku, marže. Sem řadíme metodu rozdělení zisku a metodu čistého rozpětí.

Metoda srovnatelné nezávislé ceny v největší míře odráží princip tržního odstupu, proto se má použít přednostně před jinými metodami. Spočívá ve srovnání ceny za zboží nebo službu v rámci řízené transakce s cenou u transakce neřízené. Vzhledem k působení výše uvedených faktorů je však její použití značně omezeno.²⁶

Zejména v oblasti distribuce lze využít metodu ceny při opětovném prodeji. Jedná se o případ, kdy je zboží nejdříve prodáno mezi sdruženými podniky a pak znova prodáno bez dalšího zásahu a tedy vynaložení dalších nákladů nezávislému kupujícímu. Cena je pak výsledkem rozdílu mezi cenou za zboží mezi nezávislými podniky a přírážkou závislého prodejce. Problém u této metody nastává pokud mezi prvním a druhým prodejem proběhne delší doba, protože následná vyšší cena může být kromě marže, která je odčítána, deformovaná i podmínkami trhu, které se v průběhu času mohou značně měnit.²⁷

Cena u metody nákladů a přírážky se stanoví jako součet nákladů na pořízení, které měl dodavatel a přírážky, marže závislého dodavatele. Metoda se používá u prodeji polotovarů a subdodávkách.²⁸

Primárně se pro stanovení ceny mají použít metody tradiční, jen v případě, že nejsou pro konkrétní případ použitelné, lze využít metod ziskových. Metoda rozdělení zisku nalézá své uplatnění u transakcí, které nelze

²⁵ Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004.

²⁶ *International transfer pricing : 1999-2000*. Oxfordshire : CCH Editions Limited, 1999. s. 301-311. Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004.

²⁷ Tamtéž.

²⁸ Tamtéž.

posuzovat samostatně. Zisk konkrétního posuzovaného podniku se stanoví jako podíl zisku, který byl dosažen v rámci koncernu a míry, kterou k jeho dosažení posuzovaný podnik přispěl. Problémem je právě stanovení míry zásluh, ve většině případů chybí reální údaje o rozdělování zisku mezi nezávislými osobami, takže tato metoda závisí zejména od úsudku správce daně.²⁹

Metoda čistého rozpětí zkoumá vztah rozpětí čistého zisku a příslušného základu (náklady, prodej, atd.). Funguje podobně jako metoda ceny při opětovném prodeji nebo metoda nákladů a přírážky.³⁰

Nelze s konečnou platností říct, na které transakce se použijí jednotlivé metody, vše závisí na výsledcích srovnávací analýzy, která by měla zohlednit všechny faktory, které do hry vstupují a které ovlivňují ceny v rámci sdružených podniků i v rámci nezávislých podmínek na daném trhu.

VII. DOKUMENTACE K TRANSFEROVÝM CENÁM

V případě, že správce daně vyzve podnik, který je součástí nadnárodní společnosti, k doložení zákonnosti použití transferových cen v konkrétním případě, je neskoro začít hledat důvody, vypracovávat ekonomické analýzy a podnikatelské strategie. Pokud sdružené podniky v případě řízených transakcí využívají transferové ceny je nezbytné aby dokumentaci potřebnou k prokázání oprávněnosti jejich použití vypracovávali průběžně. Návodem jim je nejen směrnice OECD, ale pokyn d-258³¹, který rámcově stanoví obsah podkladů předkládaných orgánům české daňové správy. Na rozdíl od slovenské legislativy, český zákon o daních z příjmů nestanoví povinnost tuto dokumentaci vypracovat, nicméně jde o nezbytnost v případě daňové kontroly zaměřené právě na převodní ceny poplatníka.

Zákon č. 545/2005 Sb., který nabyl účinnosti 1. 1. 2006 zavedl v oblasti práva transferových cen institut závazného posouzení (§ 38nc zákona o daních z příjmů). Poplatník může správce daně požádat o posouzení, zda způsob kterým byla vytvořena transferová cena odpovídá požadavkům § 23 odst. 7, tedy zda byla stanovena v mezích zákona. Za rok 2009 bylo podáno 25 žádostí o závazné posouzení. Jejich počet se z roka na rok zvyšuje.

²⁹ Tamtéž.

³⁰ Tamtéž.

³¹ Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004.

Průměrná doba vyřízení je 8 měsíců.³² Je otázkou, zda doba 8 měsíců nedělá ze závazného posouzení neefektivní nástroj pro řízení v oblasti transferových cen. Delší doba posouzení, zda transferové ceny splňují zákonné podmínky vyplývá nejspíše i z přetíženosti pražských finančních úřadů, jelikož většina sdružených podniků má své české sídlo právě v Praze.³³ I to je důvodem, proč se od 1. 1. 2012 plánuje zřízení daňového úřadu, který se bude specializovat na velké nadnárodní společnosti.

VII. EU A TRANSFEROVÉ CENY

Problematika transferových cen je tradičně spojena s daňovými ráji, ale v důsledku uvolnění trhu mezi státy v rámci Evropské unie, roste potřeba zabývat se jejich úpravou i na komunitární úrovni, protože i přes harmonizační snahy existují v unii stále značné rozdíly mezi sazbou daně z příjmů právnických osob, které mohou mít negativní vliv na rozvoj společného trhu i jednotlivých národních ekonomik.

Pohled na statistické přehledy OECD, které znázorňují sazby daní z příjmů právnických osob, nás lehce přesvědčí o tom, že daňové ráje se nenacházejí jen v teplých tropických nebo subtropických oblastech, ale i v rámci Evropské unie, která navíc zakládání společností napříč spektrem členských států podporuje a naopak sankcionuje všechny snahy o znemožnění volného pohybu osob. Je jasné, že mateřská společnost se sídlem ve Francii, kde je zatížena sazbou 34,43 %³⁴ může zvažovat umístění dceřinné společnosti na území Irska, kde sazba pro daň z příjmu právnických osob jen pouhých 12,5 %³⁵.

Jedním ze základních právních nástrojů úpravy zdanění nadnárodních společností na úrovni Evropské unie je tzv. Arbitrážní konvence (Úmluva č. 90/436/EHS o zamezení dvojího zdanění v souvislosti s úpravou zisků sdružených podniků). Má za úkol poskytnout určitou ochranu podnikům,

³² *Výroční zpráva české daňové správy 2009*. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/cds/vz_cds_2009.pdf

³³ Finanční superúřad si posvíti na velké firmy.[cit. 2010-10-23]. Dostupné z:

<http://www.ct24.cz/ekonomika/89592-financni-superurad-si-posviti-na-velke-firmy>

³⁴ Taxation of corporate and capital income [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34533_1942460_1_1_1_37427,00.html#cci

³⁵ Taxation of corporate and capital income [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34533_1942460_1_1_1_37427,00.html#cci

kteře mají sídlo („home base“) na území Evropské unie bez ohledu na jejich právní formu. Nevztahuje se tedy na pobočky společností, které mají své hlavní sídlo mimo EU, např. na pobočky amerických společností.³⁶ Stanoví, že případ dvojího zdanění, který vznikne v důsledku úpravy zisků u sdružených společností musí být vyřešen do 3 let.³⁷ Česká republika Arbitrážní konvenci ratifikovala v roce 2006, nicméně první tři případy, na které se vztahuje, jsou řešeny od roku 2009.³⁸

Z výše uvedeného vyplývá, že i navzdory proklamacím, Evropská unie nemůže zůstat lhostejná k přímým daním, právě naopak. Harmonizační a koordinační tendence budou podle mého názoru spíše narůstat, protože tyto značné rozdíly v přímém zdanění představují překážku rozvoje společného hospodářského trhu.

Literature:

- Finanční superúřad si posvítí na velké firmy.[cit. 2010-10-23]. Dostupné z: <http://www.ct24.cz/ekonomika/89592-financni-superurad-si-posviti-na-velke-firmy>
- Francírek, F. Převody nezdaněných zisků bez rizik? [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.locke-hobbes.cz/clanek.php?id_clankysk=2&id_clankysk2=13&lang=1
- Głuchowski, J. Transfer pricing. (přednáška, Letní škola daňového, Právnická fakulta MU, Brno, září 6 - 10 2010).
- International transfer pricing : 1999-2000. Oxfordshire : CCH Editions Limited, 1999.
- Machoň, L. Nadnárodní společnosti a jejich transferové ceny. Praha : Vysoká škola ekonomická v Praze, 1999.

³⁶ *International transfer pricing : 1999-2000*. Oxfordshire : CCH Editions Limited, 1999. s. 174-180.

³⁷ Moučka, L., Fialková, L. *Arbitrážní úmluva EU*. [cit. 2010-11-03]. Dostupné z: http://www.kpmg.cz/czech/images/but/CZ_FA-6.html#dane3

³⁸ *Výroční zpráva české daňové správy 2009*. [cit. 2010-11-03]. Dostupné z: http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/cds/vz_cds_2009.pdf

- Modelová smlouva o zamezení dvojího zdanění příjmů a majetku : stručná verze : 17. července 2008. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2009.
- Moučka, L., Fialková, L. Arbitrážní úmluva EU. [cit. 2010-11-03]. Dostupné z: http://www.kpmg.cz/czech/images/but/CZ_FA-6.html#dane3
- Mrkývka, P., Radvan, M. Berní právo – obecná ustanovení. In Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno : Masarykova univerzita, 2008.
- OECD approves the 2010 Transfer Pricing Guidelines. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.oecd.org/document/4/0,3343,en_2649_33753_45690500_1_1_1_1,00.html
- Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004.
- Romancov, M. Transferové ceny - co nového? In Bankovníctví. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.deloitte.com/view/cs_CZ/cz/tiskovecentrum/clanky/2820ed2abe462210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm
- Směrnice OECD pro nadnárodní společnosti. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/mez_ekon_organizace_12363.html#Sm%C4%9Brnice+OECD+pro+nadn%C3%A1rodn%C3%AD+spole%C4%8Dnosti
- Šrámková, D., Radvan, M. Mezinárodní aspekty berního práva. In Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno : Masarykova univerzita, 2008.
- Taxation of corporate and capital income [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34533_1942460_1_1_1_1_37427,00.html#cci

- Výklad k příjmu z prodeje cenných papírů nezahrnutých do obchodního majetku. In Účetnictví. ASPI [databáze]. Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010 [cit. 10-09-12].
- Výroční zpráva české daňové správy 2009. [cit. 2010-10-23]. Dostupné z: http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/cds/vz_cds_2009.pdf
- Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů (zákon o oceňování majetku), ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email

kranecova@mail.muni.cz

TECHNICKO-EKONOMICKÉ SOUVISLOSTI ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

EVA KUBIŠOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá analýzou zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Právní úprava veřejných zakázek, a s tím související účelné rozdělování veřejných zdrojů, má zajisté velký vliv na ekonomiku České republiky. Z uvedených důvodů autorka považuje za přínosné se zabývat technicko-ekonomickými souvislostmi zadávání veřejných zakázek, a dále se bude zabývat zejména technickými podmínkami a hodnocením nabídek podle základního kritéria ekonomické výhodnosti nabídky.

Key words in original language

veřejné zakázky, technicko-ekonomické souvislosti zadávání veřejných zakázek, hodnocení nabídek

Abstract

This article deals with analysis of the Public Procurement Act No. 137/2006 Coll. Enactment of public procurement and efficient distribution of public resources have quite a big influence on the Czech Republic economy. For this reason the author considers the technical economic part of public procurement very important. The author in this article deals with technical qualifications and evaluation of bids according to economic expediency of the bid.

Key words

Public procurement; technical economic part of public procurement; evaluation of bids.

1. ÚVOD

V současné době je oblast zadávání veřejných zakázek upravena zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, který byl dne 14. března 2006 přijat Parlamentem České republiky, a který nabyl účinnosti dne 1. července 2006. Zákon byl již celkem 11 krát novelizován, ale nejdůležitější byla změna provedená zákonem 417/2009 Sb. účinná od 1. 1. 2010 a zákonem 179/2010 účinná od 15. 9. 2010. Veřejné zadávání je regulováno i zákonem č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), který samostatně upravil problematiku koncesí na stavební práce a na služby. Cílem zákona nebylo jen převzít a zakotvit základní principy vycházející z evropské právní úpravy veřejných zakázek, ale i zajistit efektivní, hospodárné a účelné vynakládání veřejných prostředků.

Ekonomickou důležitost zadávání veřejných zakázek lze spatřovat i v nemalých legislativních zásazích Evropské unie. Tyto zásahy můžeme považovat za oprávněné, když vezmeme v potaz skutečnost, že dle odhadů Evropské komise představují veřejné zakázky ročně 1,5 bilionu EUR, tj. 16 % unijního HDP. A proto osoby, které se na zadávání veřejných zakázek podílejí, musí rozhodovat podle zvláštních procesních pravidel normativně zakotvených, neboť rozhodují o velkých finančních hodnotách z veřejných zdrojů.¹ Význam veřejných zakázek lze proto spatřovat nejen z právního hlediska, ale i z hlediska ekonomického. Oba tyto aspekty jsou z hlediska fungování tržního hospodářství neoddělitelné a na sobě nezávislé.

Zadávání veřejných zakázek by mělo vést k efektivnímu a účelnému zabezpečení veřejných potřeb. Veřejné prostředky, které mají k dispozici potenciální zadavatelé veřejných zakázek, jsou co do jejich objemu výrazně omezeny, proto každý z těchto zadavatelů by měl kvalifikovaně rozhodovat o jejich využití a zejména si ujasnit priority při realizaci investičních akcí, projektů i běžných nákupů. Právní vztahy zadávání veřejných zakázek jsou na našem území regulovány již 15 let, ale na efektivnost realizace veřejných investic působí v omezené míře. Sebedokonalejší aplikace zásad transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace však nemůže odstranit plýtvání veřejnými finančními prostředky způsobené rozhodnutími zadavatelů o málo účelném nákupu zboží (např. nábytku, počítačů, automobilů atd.), málo účelném poskytování služeb (např. kácení stromů), nebo zbytečně rozsáhlých stavebních akcích (např. rekonstrukcích a výstavbě radnic, nemocnic atd.).

2. TECHNICKO-EKONOMICKÉ POJETÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY SPOČÍVÁ PŘEDEVŠÍM:

v důkladné analýze potřeby pořízení zboží, provedení stavebních prací, nebo poskytnutí služeb;

ve výběru druhu zadávacího řízení, tzn. otevřeného nebo užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním, resp. bez uveřejnění, soutěžního dialogu nebo zjednodušeného podlimitního řízení. Druh zadávacího řízení by měl být zvolen po komplexní úvaze o efektivních možnostech realizace předmětu veřejné zakázky, nikoliv např. pouze podle kapacitní náročnosti zadávacího procesu pro zadavatele;

ve formulaci veškerých požadavků zadavatele, obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky, tzn. zadávacích podmínek uvedených v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení (požadavky na prokázání kvalifikace, zadávací dokumentace, lhůty pro podání nabídek, požadavky na varianty a hodnotící kritéria). Zákon o veřejných zakázkách však vždy umožňoval a umožňuje zadavateli volit racionální strategii realizace rozsáhlých projektů

¹ JURČÍK, R. *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 9.

prostřednictvím několika samostatných veřejných zakázek nebo jedné, na části rozdělené veřejné zakázky, aby nedocházelo k plýtvání finančními prostředky přidělením rozsáhlé veřejné zakázky například jednomu dodavateli.²

Technické podmínky jakožto jeden z obligatorních prvků zadávací dokumentace, v případě je-li odůvodněna předmětem veřejné zakázky (§ 44 odst. 3) písm. b)), jsou upraveny v § 45 zákona. V případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby jde o vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Technickými podmínkami na stavební práce se rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky na stavební práce popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Technické podmínky mají charakter vlastností, předpokladů, které musí být obsahově všechny splněny. K jejich sledování lze použít metodu grafického sledování splnění technických podmínek. Pro každou charakteristiku stanovíme jí odpovídající ukazatel, můžeme při sledování každé nabídky rozčlenit nabídky na množinu nabídek splňujících danou technickou podmínku a na množinu nabídek nesplňujících danou technickou podmínku. Ty nabídky, které nedosahují stanovenou hodnotu, jsou vyřazeny.³

Stanovit technické podmínky může zadavatel:

- *Odkazem na normativní dokumenty*, dle § 46 zákona především české technické normy přejímající evropské normy, evropská technická schválení, obecné technické specifikace stanovené v souladu s postupem uznaným členskými státy Evropské unie a uveřejněné v Úředním věstníku Evropské unie, mezinárodní normy, nebo jiné typy technických dokumentů než normy, vydané evropskými normalizačními orgány. Není-li možné technické podmínky formulovat podle předchozích dokumentů, zadavatel je formuluje s využitím odkazu na české technické normy, stavební technická osvědčení nebo národní technické podmínky vztahující se k navrhování, posuzování a provádění staveb a stavebních prací a použití výrobků.

- *formou požadavků na výkon nebo funkci* (vymezení základních „výstupních“ parametrů předmětu veřejné zakázky), mohou zahrnovat charakteristiky z hlediska vlivu na životní prostředí. Zadavatel je zde povinen specifikovat v zadávacích podmínkách požadované parametry předmětu plnění z hlediska jeho nároků na výkon či funkci poptávaného

² Zdroj: Ing. Václav Vaindl, emeritní vrchní ředitel odboru veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj, (konzultace).

³ FRANTIŠEK OCHRANA, *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek ekonomická analýza*. 1. vydání. Praha: Ekopress, s.r.o. 2008, s.24.

plnění. Tyto musí být dostatečně přesné, aby uchazečům umožnily jednoznačně určit předmět zakázky a zpracovat porovnatelné nabídky. Z daného lze usoudit, že takový způsob formulace a stanovení technických podmínek, vymezení požadavků a charakteristik je pro zadavatele mnohem náročnější.

- kombinací obou těchto způsobů.

Technické podmínky nesmějí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel je tedy při formulaci technických podmínek povinen dodržovat zásady nediskriminace.

Na základě novely č. 179/2010 Sb. byly do zákona přidány tzv. zvláštní technické podmínky, které jsou upravené v § 46a. Způsob stanovení zvláštních technických podmínek stanoví zvláštní prováděcí předpis, který prozatím nebyl přijat. Tyto se týkají veřejných zakázek na dodávky, jejichž předmětem jsou vozidla kategorie N1, N2, N3, M1, M2, M3 a musí zohlednit energetické a ekologické provozní dopady. Těmito dopady se rozumí spotřeba energie, emise CO₂ a emise Nox, NMHC a částic.

3. HODNOCENÍ NABÍDEK PODLE ZÁKLADNÍHO KRITÉRIA EKONOMICKÉ VÝHODNOSTI NABÍDKY

Současný zákon *nabídku* výslovně nedefinuje, ačkoliv zákon předchozí definici nabídky obsahoval. Za nabídku ve smyslu zákona lze považovat úkon dodavatele, jímž projevuje svou vůli poskytnout zadavateli konkrétní plnění při dodržení podmínek stanovených zadavatelem. Nabídka ve smyslu zákona představuje nabídku uzavření smlouvy o realizaci veřejné zakázky za konkrétních smluvních podmínek. Zadávací řízení je pak soutěží o to, který uchazeč nabídne zadavateli nejvýhodnější smluvní podmínky.⁴ Dodavatel, který se rozhodl zúčastnit soutěže o veřejnou zakázku, podá nabídku, čímž se stává uchazečem o veřejnou zakázku. Zákon v § 68 uvádí, že předpokladem zadání veřejné zakázky dodavateli je podání nabídky v zadávacím řízení. Následující ustanovení pak stanoví, co je obsahem nabídky a také důležité upozornění, že uchazeč může podat v rámci téhož zadávacího řízení pouze jednu nabídku a také to, že varianty nabídky jsou přípustné pouze v případech, kdy je veřejná zakázka zadávána na podkladě ekonomické výhodnosti, za podmínek stanovených zákonem (§70) a pokud zadavatel v zadávacích podmínkách varianty předem výslovně připustil. Je-li dodavatelem podáno více nabídek v tomtéž zadávacím řízení (může jít o případy kdy, dodavatel podá v jednom zadávacím řízení více nabídek sám za sebe nebo společně s dalšími dodavateli, nebo je-li subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci), jsou tyto nabídky zadavatelem vyřazeny a tento dodavatel,

⁴ RAUS, D., NERUDA, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha: Linde, 2007, s. 505-506.

který poruší daný zákaz, je bezodkladně vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

Nabídkou z ekonomického hlediska rozumíme nabízené plnění dodávky zboží, služeb či provedení stavebních prací s definovanými užitnými a nákladovými parametry. Tyto užitné a nákladové parametry vycházejí z očekávání zadavatele, vyjádřeného v předmětu veřejné zakázky, jeho cílů, podmínek řešení, tak jak je vymezuje zadávací dokumentace. Očekávání zadavatele je ekonomická kontrola prováděná předem. Následná ekonomická kontrola je pak umožněna v rámci realizované nabídky.⁵

Hodnocení nabídek je jednou z nejdůležitějších částí celého procesu zadávání veřejných zakázek. Hodnocení nabídek je v zákoně upraveno v ustanoveních § 74 a násl., zejména jde o § 76 zákona.

Hodnotící komise má za povinnost jednotlivé nabídky pečlivě zhodnotit a na základě hodnotících kritérií (viz níže) vybrat nejvhodnější nabídku. Hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. Nabídky, které dané požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Při posouzení nabídek jednotlivých uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné (§77). Neodůvodnil-li uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena (§77 odst. 6). Z rozhodnutí úřadu ÚOHS (VZ S 177/05 – 9. 12. 2005) vyplývá, že dle zákona hodnotící komise sice nemusí zdůvodnit, proč považuje konkrétní cenovou nabídku za mimořádně nízkou, ale má povinnost rozhodnout tak, aby její rozhodnutí bylo přezkoumatelné, musí být dostatečně transparentní, aby vylučovalo možnou diskriminaci uchazeče o veřejnou zakázku. Z rozhodnutí musí být patrné, proč byla tato nabídková cena zadavatelem posouzena jako mimořádně nízká.

Pro hodnocení nabídek stanovuje zadavatel v zadávacích podmínkách tzv. hodnotící kritéria (§78). Při zadávání veřejných zakázek je zadavatel oprávněn zvolit mezi dvěma **základními hodnotícími kritérii**, kterými jsou *ekonomická výhodnost* nabídky nebo *nejnižší nabídková cena*. Při výběru mezi těmito dvěma druhy je omezen jen v případě soutěžního dialogu, kde je oprávněn zadat veřejnou zakázku pouze na základě kritéria ekonomické výhodnosti nabídky.

⁵ FRANTIŠEK OCHRANA, *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek ekonomická analýza*. 1. vydání. Praha: Ekopress, s.r.o. 2008, s.12.

Pokud si zadavatel zvolí hodnocení dle jediného kritéria *nejnižší nabídkové ceny*, vyhrává nabídka s nejnižší nabídkovou cenou. O výši předložených cen pak není sporu a postavení hodnotící komise je v mnohém zjednodušeno. Jedná se o objektivně hodnotitelné kritérium a v tomto případě pak připadají v úvahu pouze námitky neúspěšných uchazečů ve věci mimořádně nízké ceny. Zadavatel na základě ekonomických principů hospodárnosti (minimalizace nákladů při splnění požadovaných parametrů pořizovaného veřejného statku či veřejné služby), principu efektivnosti (nákladů na jednotku výstupu pořizovaného veřejného statku či veřejné služby) vybírá nabídku, která s ohledem na vynaložené zdroje přináší nejvyšší společenský užitek a to na základě principu Value for Money čili hodnoty za peníze.⁶ Půjde zejména o případy, kdy nebude nezbytné uvádět určité parametry nabízeného plnění či smluvních podmínek, jako vhodné příklady lze uvést např. kancelářské potřeby, pohonné hmoty, čisticí prostředky atd. Zadavatel u těchto komodit nemusí přezkoumávat lepší kvalitu, jelikož většina dodavatelů splňuje požadavky na předmět zakázky téměř identicky a zboží se liší právě pouze cenou.

Hodnocení nabídek podle základního kritéria *nejnižší nabídkové ceny* by nemělo v praxi činit problémy. Dané kritérium hospodárnosti je v praxi často používané, neklade totiž přílišné nároky na hodnocení a výběr nabídek. Zároveň je potřeba zvažovat, zda potenciálně nedojde k porušení kritéria efektivnosti a účelnosti vynaložených zdrojů, a to zejména v případě, kdy např. v průběhu realizace veřejného projektu posléze dochází k dodatečnému navyšování ceny nebo dokonce k neúčelnému vynaložení zdrojů tím, že se ukáže, že daný projekt nesplňuje očekávání.⁷

V případě, kdy si zadavatel zvolí kritérium *ekonomické výhodnosti nabídky*, musí si vždy zvolit dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, a která se musí vztahovat k nabízenému plnění. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení (§78 odst. 4). O posouzení a hodnocení nabídek pořizuje hodnotící komise písemnou zprávu, kterou podepisují všichni její členové.

Tato dílčí hodnotící kritéria mohou být kvantitativní nebo kvalitativní povahy a musí být stanovena ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Hodnotícími kritérii naopak nemohou být údaje vztahující se k osobě uchazeče, neboť tyto parametry jsou zadavatelem přezkoumávány v rámci posuzování splnění kvalifikačních předpokladů. Zákon poskytuje pouze demonstrativní výčet možných hodnotících kritérií (§ 78 odst. 4 zákona) a

⁶ FRANTIŠEK OCHRANA, *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek ekonomická analýza*. 1. vydání. Praha: Ekopress, s.r.o. 2008, s.13.

⁷ FRANTIŠEK OCHRANA, *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek ekonomická analýza*. 1. vydání. Praha: Ekopress, s.r.o. 2008, s.35.

lze je rozdělit na kritéria číselně vyjádřitelná a kritéria, která nelze číselně vyjádřit.⁸ Pokud hodlá zadavatel korigovat výši nabídkové ceny dalším dílčím kritériem, měl by tedy prokázat alespoň rámcovou úvahou jejich vzájemného vztahu. Mělo by být například zřejmé, proč zadavatel považuje za nutné hodnotit jednotlivé nabídky i na základě jiných dílčích kritérií než pouze dle nabídkové ceny, nebo proč se rozhodl pro hodnocení nabídek dle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky. Zadavatel má možnost v rámci zpracování zadávacích podmínek dostatečný prostor pro to, aby detailně zadal veřejnou zakázku (včetně zadávací dokumentace) tak, aby nemusel již složitě hodnotit na základě dílčích kritérií hodnocení. Dílčí hodnotící kritéria odvozuje s ohledem na předmět a cíle veřejné zakázky. V nich je obsaženo očekávání zadavatele, co má být veřejnou zakázkou naplněno. Správný výběr hodnotících kritérií je tedy klíčový pro hodnocení a výběr veřejných zakázek.

Zákon příkladmo nabízí řadu dílčích hodnotících kritérií, které je možné v rámci zadávacích podmínek využít, avšak existuje varianta, aby si zadavatel formulovat svá vlastní kritéria. V tomto případě je nutné, aby takto stanovená hodnotící kritéria byla stanovena co nejpodrobněji a nejjednoznačněji. Musí respektovat základní zásady transparentnosti a nediskriminace, musí odpovídat charakteru a složitosti veřejné zakázky a současně musí umožnit zadavateli dané nabídky vyhodnotit. Jinými slovy řečeno, z každého hodnotícího kritéria musí být zřejmé, co se jím myslí, resp. jak má nabídka vypadat, aby mohla být v rámci tohoto kritéria co nejlépe hodnocena. Nedodržení tohoto požadavku pak může vést k rozdílnému pochopení obsahu kritéria, což je nepřípustné. Touto problematikou se zabíral např. Vrchní soud v Olomouci, který ve svém rozsudku sp. zn. 2 A 4/2000 řešil problematiku nedostatečně vymezeného obsahu hodnotícího kritéria, které mělo za následek podání nesrovnatelných nabídek, neboť někteří dodavatelé předložili doklad o bankovní záruce, jiní přislíbili bankovní záruku zajistit, někteří pak nabídli ručení svým majetkem a zbývající uchazeči na takový požadavek zadavatele vůbec nereagovali.

Hodnocení dle nejnižší nabídkové ceny lze považovat za objektivní a transparentní. Je zde eliminován subjektivní prvek hodnocení jednotlivých členů hodnotící komise. Z praxe jsou ale známé případy, kdy byla za nejvýhodnější cenu např. nakoupena počítačová technika, která se v praxi ukázala jako naprosto nevhodná pro zapojení do integrovaného informačního systému, proto lze souhlasit s názorem Šebesty, Podešvy, Olíka a Machůrka, že „u jiných, ne tak běžných druhů plnění (...) je pro zadavatele vhodnější zvolit jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky.“⁹

⁸ ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M., MACHUREK, T. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Praha: ASPI, 2006, s. 310-311.

⁹ ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M., MACHUREK, T. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Praha: ASPI, 2006, s. 310.

Rozhodujícím předpokladem pro správné použití základního kritéria ekonomické výhodnosti nabídky a „dosažení co nejvyšší hodnoty za peníze daňových poplatníků“ je **správná volba dílčích hodnotících kritérií a jejich vah**, stanovených v procentech nebo v jiném matematickém vztahu mezi dílčími kritérii **nebo uspořádání dílčích kritérií podle významu bez udání vah**. Uvedení dílčích hodnotících kritérií v sestupném pořadí bez přiřazení procentuální váhy, zákon připouští pouze ve výjimečných případech, a to tehdy, když není objektivně schopen stanovit váhu (§ 78 odst. 7 zákona). Pokud zadavatel nestanoví váhy v procentech, vystavuje se riziku, že nebude schopen prokázat, že objektivně nebylo možno přiřadit dílčím kritériím procentuální váhy a také riziku, že nedodrží základní zásady zákona při samotném hodnocení. Zadavatel je povinen dílčí hodnotící kritéria a jejich váhu uvést v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení nebo v zadávací dokumentaci. V této souvislosti vycházím i z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který v mnoha případech tuto problematiku řešil, viz rozhodnutí **VZ S 199/05 – 19. 1. 2006**, ve kterém je proveden výklad způsobu dílčích kritérií. *Obsah dílčího kritéria – výhodnost návrhu smlouvy o dílo nebyl zadavatelem blíže specifikován. Dílčí kritéria nesmí být formulována příliš obecně a nejednoznačně. Jednotliví zájemci si tak nemohli utvořit dostatečnou a jednoznačnou představu o tom, jaké konkrétní skutečnosti bude zadavatel v rámci předmětného kritéria hodnotit.*¹⁰

Při hodnocení nabídek je možné postupovat při zachování postupů stanovených v § 74 a násl. zákona, dvojím způsobem:

Členové hodnotící komise provádějí *hodnocení společně*, diskutují o jednotlivých nabídkách a společně provádějí jejich oceňování podle dílčích kritérií.

Členové hodnotící komise provádějí *hodnocení samostatně*, každý do svých formulářů. Mohou diskutovat o některých problémech, ale do formulářů zaznamenávají svůj názor.

První způsob je zejména při větším počtu dílčích kritérií kvalitativního charakteru nesporně časově značně náročný (dlouhé diskuse) a je spojen i s určitým nebezpečím, že někteří členové komise pod vlivem ostatních neuplatní své argumenty, jsou „přehlasováni“ nebo podlehnou autoritativnímu vystupování jiných členů komise. Vhodnější je proto spíše druhý z uvedených postupů. V tomto případě je provedeno vyhodnocení všech nabídek u každého z členů komise zvlášť a tvoří podklady pro závěrečné jednání komise. Nejjednodušší je zjistit celkový součet výsledných ocenění pro každou nabídku a podle získaných hodnot stanovit výsledné pořadí nabídek. Jsou-li stanoviska členů komise ve výraznějších

¹⁰ ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M., MACHUREK, T. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Praha: ASPI, 2006, s. 312.

rozporech, je samozřejmě nutné umožnit konfrontaci názorů a vyžadovat argumenty.

4. ZÁVĚR

Zadávání veřejných zakázek v České republice, ale i v rámci Evropské unie je často diskutovanou oblastí, a to nejen mezi odborníky na danou problematiku. Záležitosti spojené se zadáváním veřejných zakázek jsou sledovány také ze strany státních orgánů, či laické veřejnosti. Je tomu tak proto, že prostřednictvím veřejných zakázek jsou rozdělovány nemalé finanční částky, které jsou vynakládány jak z veřejných prostředků, tak i prostředků Evropské unie. Zavedením pravidel zadávání veřejných zakázek dochází k úsporám veřejných výdajů. Zavedením konkurenčního prostředí do zakázek zadávaných veřejným sektorem tak dochází ke snižování výdajů na investice. Tyto úspory se projevují ve veřejných rozpočtech, a následně také ve státním rozpočtu. Proto by toto téma mělo být v popředí zájmu všech osob majících zájem na co nejefektivnějším vynakládání veřejných prostředků.

Veřejná zakázka by tedy měla být pojata v zájmu hospodárného vynakládání veřejných finančních prostředků především v technicko-ekonomickém a nikoliv jen v právním aspektu. V praxi to znamená, že po právní stránce formálně správná aplikace zákona o veřejných zakázkách ne vždy přispívá ke zvýšení hospodárnosti veřejných výdajů. Všeobecně proklamovaný cíl zákonné regulace zadávání veřejných zakázek – dosáhnout co nejvyšší hodnoty za peníze daňových poplatníků, je bohužel stále velmi vzdálený.

Literature:

- FRANTIŠEK OCHRANA, *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek ekonomická analýza*. 1. vydání. Praha: Ekopress, s.r.o. 2008, 151 s., ISBN 978-80-86929-46-0.
- JURČÍK, R. *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, 760 s., ISBN 80-7179-479-1.
- RAUS, D., NERUDA, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha: Linde, 2007, 895 s., ISBN 978-80-7201-677-8.
- ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M., MACHUREK, T. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Praha: ASPI, 2006, 524 s., ISBN 80-7357-213-3.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

Contact – email

ekubisova@eurojust.europa.eu

REGULACE EKONOMIKY DVOJÍM ZDANĚNÍM

PETR MAULE

Czech Nature Energy a.s., Česká republika

Abstract in original language

Dvojím zdaněním definujeme právní a ekonomickou situaci, kdy dochází ke dvojímu nebo vícenásobnému zdanění v zásadě stejnou či obdobnou daní pro tentýž předmět daně. Daňové povinnosti jsou v České republice stanoveny daňovými zákony a vyhláškami, ve vztahu k zahraničí mohou být upraveny mezinárodními smlouvami o zamezení a odstranění dvojího zdanění. Vnitrostátní zdaňování probíhá na základě aktuálně platné daňové soustavy ČR, kde daň je příjmem státního rozpočtu a povinností poplatníka ji zaplatit ze zákona definované transakce, se zohledněním základních konstrukčních principů všeobecnosti, spravedlnosti, přiměřenosti, prospěšnosti a harmonizace. Zavedením “srážkové daně u příjmů z fotovoltaických zařízení” dochází ke dvojímu zdanění těchto příjmů, což obhájí zásadu přiměřenosti zisku, která je ale v rozporu se zbývajícími principy.

Key words in original language

Dvojí zdanění; Vnitrostátní zdaňování; Principy konstrukce daňové soustavy; Srážková daň z příjmů fotovoltaických zařízení; Zásada přiměřenosti zisku; Energetický regulační úřad.

Abstract

As a double taxation we define legal and economic situation when there is double or multiple taxation basically by the same or similar tax for the same object of the tax. Tax liability is in the Czech Republic assessed by tax legislation and public notices, in connection with foreign countries it can be determined by international double taxation treaties. National taxation takes place under authority of currently valid tax system of the Czech Republic, where the tax is revenue to the state budget and taxpayer's liability to pay it defined by the law with regard to the basic constructive principals of generality, justice, adequacy, usefulness and harmonization. By introduction of a “solar power tax“ it comes to double taxation on this income, which includes the principal of the profit adequacy, but collides with the remaining principals.

Key words

Double taxation; National taxation; Principals of tax system construction; Solar power tax; Principal of profit adequacy; Energy Regulatory Office.

Definice dvojího zdanění

Dvojím zdaněním definujeme právní a ekonomickou situaci, kdy dochází ke dvojímu nebo vícenásobnému zdanění v zásadě stejnou či obdobnou daní pro tentýž předmět daně. Za dvojí zdanění nelze označit naopak případ, kdy je stejná transakce zatížena dvěma různými daněmi z důvodu vzniku dvou odlišných předmětů daně.

Základní typy dvojího zdanění

Rozeznáváme dva typy dvojího zdanění

- vnitrostátní (národní)
- mezinárodní

Vnitrostátní zdaňování probíhá na základě aktuálně platné daňové soustavy ČR, která je stanovena daňovými zákony, právními akty nejvyšší právní síly. Na základě výslovného zmocnění zákonem mohou být daně blíže vykládány nebo upřesňovány i podzákonnými předpisy, např. ve formě vyhlášek nebo nařízení. Každá daň je příjmem státního rozpočtu, a je proto povinností každého poplatníka ji zaplatit, a to z každé zákonem definované transakce, pokud není od daně za určitých podmínek osvobozena nebo transakce zdanění nepodléhá.

Typickým příkladem dvojího zdanění je zdanění korporací. Ke dvojímu zdanění dochází v případě, kdy jsou zdaněny zisky korporace nejdříve jako zisky konkrétní právnické osoby (daní z příjmu právnických osob). V dalším kroku je tentýž zisk (příjem) zdaněn podruhé, v případě společníka nebo akcionáře, při výplatě podílu na zisku z již zdaněného zisku (v režimu srážkové daně). Výběr daně v případě druhého zdanění přenechává stát na korporaci, která je povinna srazit¹ poplatníkovi příslušnou procentuální sazbu, zadržet a poukázat ji do státního rozpočtu. Přístup k řešení této otázky je v různých státech velmi rozdílný a v České republice je zavedení dvojího zdanění korporací veřejností tolerováno.

Mezinárodní dvojí zdanění vzniká za předpokladu, jestliže příjem je prakticky možno zdanit ve dvou či více státech. Tyto vztahy jsou proto v České republice většinou řešeny bilaterálními mezinárodními smlouvami, s cílem zamezit nebo omezit dvojí zdanění. Řešení mezinárodního zdanění může být někdy řešena i pomocí vnitrostátního opatření, tedy jednostranným aktem.

¹ odtud pojem „srážková daň“

Základní principy konstrukce daní

Hlavní princip daní je **princip zákonnosti**. Princip zákonnosti je zakotven v Listině základních práv a svobod, která je součástí ústavního pořádku České republiky. V čl. 11 odst. 5 se stanoví, že daně a poplatky mohou být ukládány pouze na základě zákona.

Jedním ze základních principů daní je **princip spravedlnosti**, který stanovuje stejnou výši daně pro všechny (korporace i občany). Ze současné praxe lze vysledovat zavádění jednotných sazeb nebo sblížení několika sazeb pro daně z příjmu i daně z přidané hodnoty, vznikající zejména v mladých kapitalistických ekonomikách. Požadavek absolutní daňové spravedlnosti však může vyžadovat podle Bakeše složitou administrativu a narušovat tak neutralitu daní. Spravedlnost je nutno proto hodnotit ve smyslu rozdělení výsledného daňového břemene mezi osoby.

V současnosti je u nás preferován daňový systém, u kterého více převažují nepřímé daně oproti přímým. Nepřímé daně podporují vždy spotřebu, nové nákupy, převody a přesuny majetků a mohou být u rozvíjející ekonomiky prospěšné. V okamžiku poklesu či trvalé stagnace není přesun těžiště do nepřímých daní správným řešením.

Na druhé straně je počtem poplatníků nejvíce zastoupena oblast daně z příjmu fyzických osob, jako zástupce přímých daní, které jsou někdy považovány za osobní daně (zdanění domácností), a mohou se alternativně jevit jako spravedlivější² než daně ukládané korporacím.

K základním principům určitě patří i **princip všeobecnosti**, jež zavádí zdanění pro všechny ekonomicky aktivní subjekty.

Mezi další principy lze zařadit i **princip přiměřenosti**, který svým vyjádřením formou procentuelní sazby daně určuje zdanění konkrétní transakce služeb nebo majetku, ale podstatou představuje názor demokratické společnosti o prospěšnosti, účelnosti a potřebě těchto transakcí pro rozvoj státu a společnosti. V literatuře někdy bývá označován jako zásada dostatečnosti, která ve fiskální ekonomice zajišťuje pravidelný a dostatečný příjem daní pro fungování státu. **Obecně nelze tedy daně stanovit nepřiměřeně, protože jde o kolizi základního práva svobody s veřejným zájmem, který by svými negativními důsledky zdanění mohl přesahovat pozitiva, představující veřejný zájem (státní zájem) na prosazovaném opatření.**

I **princip harmonizace**, který je dalším z principů, nabyt před vstupem do Evropského prostoru na důležitosti, daňová soustava musí být v souladu

² Bakeš M.: Finanční právo, str. 191

s předpisy a nařízeními Evropské unie. V principu harmonizace nalezneme i názor Evropské unie jak a jakou formou podporovat formou daní schválené či prospěšné aktivity, mnohdy celosvětového nebo evropského významu.

Dalším principem je **princip neutrality**, na kterém by měla být postavena každá národní daňová soustava. Systém zdanění jako celku, musí být ve srovnání s jinými státy, zejména států Evropské unie, porovnatelný – neutrální, aby rozhodování o umístování investic nebylo podmíněno pouze daňovým systémem konkrétního státu.

Daně svou konstrukcí musejí pružně reagovat na vývoj státní ekonomiky, zejména hrubého domácího produktu a dodržení mechanismu přizpůsobení a pružnosti bývá označováno jako **principem elasticity**.

Neméně důležité jsou administrativní náklady na evidenci a výběr daní, jež bývá označován jako **princip efektivnosti** nebo **princip únosné administrativy**. Úzce s předchozím principem je spojen i **psychologický princip**, jak je daňová soustava vnímána poplatníky, srozumitelnost, jednoduchost, dostupnost a národními tradicemi zdanění.

Princip prospěšnosti, bývá někdy spojován s principem přiměřenosti a nebývá uváděn samostatně, je jeho složkou. Princip prospěšnosti bývá někdy chybně uváděn v souvislosti se **zásadou prospěchu**, která míru a velikost zdanění řídí velikostí jeho prospěchu.

K principům daní se někdy zařazuje i zásada **schopnosti platit**, kterou bychom spíše mohli nazývat v sociálním státě zásadou ochoty platit. Je přijímána myšlenka kdo má větší příjem, musí platit více i když z toho nemá žádný prospěch (solidarita). Vzhledem k současným problémům evropských států je odklon od tradičních základů sociálního státu, což se projevuje změnou regresivního zdanění nejbohatších. Zásada schopnosti platit bývá politiky zneužívána a spojována často s principem „sociální“ spravedlnosti.

Srážková daň

S termínem srážkové daně se setkáváme ve spojení s daní z příjmu, podle zák. č. 586/1992 Sb., srážkou se vybírá daň z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků³ a daň z příjmů vybíraná zvláštní sazbou daně⁴. Srážková daň je daň vybíraná srážkou přímo u zdroje příjmů a to z důvodu efektivní správy daní. Uplatnění srážkové daně bývá někdy ekonomy považováno za výhodu, ale nemusí tomu tak nutně být. Příjmy zdaňované srážkovou daní se do základu daně z příjmů až na výjimky

³ § 6, Příjmy ze závislé činnosti, zák. č. 586/1992 Sb.

⁴ § 36, Zvláštní sazba daně, zák. č. 586/1992 Sb.

nezahrnují, to znamená, že **zdanění srážkovou daní je konečné** a neumožňuje zohlednit např. nezdanitelné části základu daně⁵. Sražená daň je plátcem daně odváděna finančnímu úřadu, který je místně příslušný plátcí daně.

Ve skutečnosti nelze uplatnit nezdanitelné položky, a proto, i když srážková daň u vyjmenovaných okruhů činí 15% a sazba daně z příjmů je také ve výši 15%, nemohou se při ročním zúčtování tyto nezdanitelné položky promítnout do základu daně. Zdanění srážkovou daní tak může pro fyzické osoby znamenat vyšší daňovou zátěž.

Pro daň z příjmu právnických osob, kde sazba daně podle §21 odst. 1 je vyšší než zvláštní sazba daně, ještě automaticky neznamená vyšší daňovou zátěž pro poplatníka. Uplatněním např. daňové ztráty nebo nákladů vynaložených na dosažení, zajištění a udržení příjmů tak můžeme ve finále dosáhnout nižší efektivní sazbu daně.

Závěrem lze shrnout, že sice zavedením srážkové daně dochází k spolehlivějšímu výběru daní z příjmu, avšak z principu jejího výpočtu se v některých případech může značně rozcházet s ekonomickou realitou poplatníků, měřeno v delším časovém horizontu, a zpětně tak negativně ovlivňovat ekonomické a pracovní prostředí.

Fotovoltaická srážková daň

Vládou připravovaná změna legislativy, která byla projednána 20. října letošního roku, plánuje použít instrumentu srážkové daně, a to retroaktivně, v navrhované výši 26% na příjmy plynoucí z výroby elektřiny z fotovoltaických elektráren z důvodu nutnosti regulace ceny elektřiny pro všechny skupiny odběratelů elektrické energie. Navrhované řešení je ekonomickým mixem souboru opatření, jehož cílem je minimalizovat cenový skokový nárůst cen elektřiny a jeho dopadu v národním hospodářství. V důvodové zprávě je vznik nové daně navrhován z důvodu radikálního snížení celkové doby návratnosti fotovoltaických projektů.

Zavedení nového pojmu “srážkové daně u příjmů z fotovoltaických zařízení” by totiž došlo ke **dvojímu zdanění** a to pro tentýž druh příjmů. Pokud bychom průběh daní vyjádřili z hlediska času, **první daň** z příjmu by byla vyměřena ze základu, který je označován v přípravě zákona jako „příspěvek na podporu obnovitelných zdrojů“, který reprezentuje celkové příjmy z výroby elektřiny, a z tohoto příspěvku je odváděna **srážková daň** ve výši 26%. Příjmy plynoucí z výroby elektřiny by byly také zahrnuty do základu pro výpočet daně, s uplatněním nákladových položek a

⁵ v § 15, Nezdanitelná část základu daně, odst. 1 (odečet darů), § 15 odst. 3 (odečet úroků ze stavebního spoření, úvěrů), § 15 odst. 5 (odečet příspěvků na penzijní připojištění), § 15 odst. 6 (odečet pojistného za životní pojištění), ...

z provedeného rozdílu (zisku) by poplatník odvedl **druhou daň** z příjmu. Evidentně je předmět zdanění tentýž, a proto jeho konstrukce odporuje zásadám právního státu a **dochází** tedy ke **dvojímu zdaňování**, i když každá z daní má svůj jiný časový průběh a jistá specifika, to na závěru nic nemění.

Požadavek na vznik “srážkové daně u příjmů z fotovoltaických zařízení” si lze částečně obhájit za použití **principu přiměřenosti**. Měřeno délkou návratnosti vložené investice, se u fotovoltaických elektráren snížila doba návratnosti na přibližně polovinu, původně předpokládané doby návratnosti investice.

Vznik nové srážkové daně však vláda i poslanci podporují proklamacemi o nemravných ziscích z provozování fotovoltaických zařízení. Byla to však právě zákonodárná moc a regulační orgány, které situaci připustily. Situace nastala ve státěm regulovaném prostoru energetice, a to v souladu se zákonem o obnovitelných zdrojích, energetickým zákonem a vyhláškami Energetického regulačního úřadu. Proto **nelze připustit porušení zásady dobrých mravů**, protože investoři konali v souladu s platnou legislativou.

Naopak, kdybychom připustili dvojí zdanění, způsobili bychom navrženou změnou zásah do stávajícího systému zdanění dodatečné náklady investice, které nebylo možno s péčí řádného hospodáře rozumně předvídat, což je **porušením zásady oprávněných očekávání**.

Z pohledu bank, investorů a zástupců akcionářů by došlo k výraznému omezení výkonnosti plánované investice. Z reakcí tuzemských bank⁶, které financovaly odhadem 40% fotovoltaického boomu, ovlivní připravovaná opatření toky peněz u většiny projektů, které byly bankami profinancovány dlouhodobými investičními úvěry. Klienti nebudou moci plnit podmínky úvěrových smluv. Nelze proto vyloučit, že se někteří klienti dostanou do problémů se splácením sjednaného úvěru, což může do budoucna znamenat navýšení podílu nesplácených úvěrů u segmentu fotovoltaiky, v rozsahu až 28,8 mld. Kč. Lze proto ze strany klientů očekávat řadu právních sporů a předpokládá se, že finanční sektor bude požadovat neměnnost u stávajících smluv, což může vést k navyšování podílu vlastních zdrojů nebo k dalším incidenčním sporům. Reakce zahraničních bank a jejich uskupení nejsou dosud veřejně publikovány, ale na základě uzavřených mezinárodních smluv a dohod o podpoře **ochraně investic** by zavedení srážkové daně znamenalo zcela jistě jejich **porušení**, a Česká republika by byla viněna ze **zmaření (poškození) investic**.

Zavedení “srážkové daně u příjmů z fotovoltaických zařízení” pro zařízení uvedená do chodu v roce 2009 a 2010, by bylo **nepravým retroaktivním**

⁶ Internetový zdroj dostupný z: <http://e15.cz>

zásahem, který nemá místo v moderním právním státě. Tím, že by se nová daň uplatňovala pouze na některá zařízení, dochází k porušení rovného přístupu a tím i k porušení principu spravedlnosti – **diskriminační přístup**.

Další zamyšlení bychom měli provést nad principem přiměřenosti, kterým stát posuzuje sazbu nápravné daně. Při návrhu sazby se použila pouze matematika, u které vstupují do rovnice snížení nákladů, včetně vývoje kursu, a původní délka návratnosti investice. Přípuštění tohoto **způsobu modelu výpočtu** pro nově vzniklou sazbu daně bychom zakládali do budoucna špatný příklad (precedens) pro všechny podobné případy. Regulační legislativní zásah v takové podobě jako je navržen, jde až na samou hranici zásad tržního hospodářství. Při použití absolutistického pohledu bychom vždy a všude operativně dodatečně zdanili předměty činností a majetku, které by z celospolečenského posouzení překročily „rozumnou“ míru zisku, není to absurdní?

Podporu pro regulaci ekonomiky cestou vnitrostátního dvojího zdanění v oblasti fotovoltaiky budou politici hledat proto jen velice obtížně.

Literature:

- Česká fotovoltaická asociace: Postoj k návrhu vlády České republiky jak snížit dopady extrémního rozvoje fotovoltaiky zavedením srážkové daně z příjmu, Tisková zpráva, 2010
- Bakeš, M. a kolektiv: Finanční právo, 4. vydání, Praha, C. H. Beck, 2006, ISBN 80-7179-431-7

Contact – email

petr.maule@cne.cz

SLUŽBY OBECNÉHO HOSPODÁŘSKÉHO ZÁJMU V RÁMCI ROZHODOVACÍ PRAXE SOUDŮ EU

JANA MIKUŠOVÁ

Provozně ekonomická fakulta, Mendelova univerzita v Brně, Ústav práva a
humanitních věd, Česká republika

Abstract in original language

Zajištění veřejných služeb patří mezi základní priority a úkoly místních zastupitelstev i státu. Mezi tyto služby je možné zařadit zajištění volnočasových aktivit, sběr komunálního odpadu, zajištění veřejnoprávní televize a rozhlasu a samozřejmě také veřejnoprávní dopravy. Vzhledem k tomu, že některé tyto aktivity by nebylo možné bez veřejné podpory realizovat, neboť nepřinášejí dostatečný zisk na to, aby byly pro soukromý sektor přitažlivé, je nutné veřejnou podporu v tomto sektoru povolit.

Key words in original language

Služby; státní podpora; regulace; Evropská unie.

Abstract

Providing public services are major priorities and challenges for local councils and the state. These services can include ensuring leisure activities, waste collection, providing of public television and radio and of course public transport. Given that some of these activities would not be implemented without public support, as they would not bring enough profit to attract private companies, public support is needed in this sector.

Key words

Services; state aid; regulation; European Union.

1. ÚVOD

Pravidla udělování státních podpor se týkají širokého spektra aktivit místních zastupitelstev, jako například udělování grantů obchodním společnostem, které renovují brownfieldy¹, podpora zaměstnanosti a rekvalifikací, pomoc obchodním společnostem nacházejících se ve finančních potížích, podpora malých a středních podnikatelů, financování vědy, výzkumu a inovací, podpora ochrany životního prostředí a dotace společnostem zajišťujícími veřejné služby.

¹ Bývalé obchodní či průmyslové území, které je nevyužívané, často kvůli ztrátě atraktivity lokality či kvůli případnému znečištění okolí.

Pro místní zastupitelstva jsou nejdůležitější čtyři sektory, které jsou v rámci pravidel upraveny. Těmito sektory jsou regionální investice, podpora vědy a výzkumu a podpora společností zajišťujících služby veřejného zájmu.

Nejvýznamnějším rozsudkem, který blíže stanovuje podmínky přípustnosti veřejné podpory v oblasti služeb veřejného zájmu je rozsudek Altmark².

2. CÍL A METODIKA

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout čtenáři vhled do problematiky služeb obecného hospodářského zájmu. Vzhledem k rozsahu dané problematiky není možné na této úrovni plně analyzovat celou oblast těchto podpor. Na tomto místě je nutné zmínit, že služby obecného hospodářského zájmu jsou podskupinou služeb obecného zájmu.

Při zpracovávání tohoto článku bylo využito několika postupů, z nichž nejčastějším byl induktivní postup a to vyvozování závěrů na základě jednotlivých případů řešených jak soudy EU, tak i Komisí EU. V rámci článku bylo dále pracováno s analýzami vnitřního trhu a na něj navázanou ochranou hospodářské soutěže. Dalšími postupy dále byla analýza jednotlivých textů a syntéza z nich získaných poznatků.

3. VEŘEJNÁ PODPORA

Kontrola poskytování státních podpor ze strany EU je základním prvkem politiky hospodářské soutěže a nezbytnou zárukou účinné hospodářské soutěže a volného obchodu. Vytvořením společného rámce pravidla státní podpory brání tomu, aby se jednotlivé členské státy podílely na ne hospodárných závodech v dotování neudržitelných podniků, a zajišťují především rovné podmínky pro evropské společnosti. Komise členské státy a regiony vybízí, aby spíše dávaly přednost opatřením k posílení konkurenceschopnosti svého hospodářství a zvýšení sociální a regionální soudržnosti.

Veřejná podpora je jedním z nástrojů, jimiž stát realizuje svou hospodářskou politiku. Stát takto intervnuje v případě, že má důležitý a dlouhodobý zájem na zachování určitého stupně prosperity daného podniku či odvětví. Veřejná podpora má oproti možnostem, které poskytuje samotný trh, výhodu v tom, že stát očekává trvalé pozitivní účinky až v dlouhodobé perspektivě, nikoliv ihned, jak je to u soukromých investorů.³

² Rozhodnutí ze dne 24. července 2003 Altmark C-208/00

³ Týč, V. základy práva Evropské unie pro ekonomy. 5. aktualizované vydání. Praha. Linde, 2006, s. 195

Zákaz veřejné podpory je sice upraven v primárním právu Evropských společenství, přesto je však nutné blíže rozebrat, co kvalifikuje veřejný zásah do hospodářské soutěže jako veřejnou podporu⁴. Protože je takto vymezený pojem veřejné podpory založen pouze na vyjmenování definičních znaků, je nutné při posuzování problematiky veřejné podpory vycházet z rozhodovací praxe Komise a judikátů Evropského soudního dvora (dále jen ESD), konkrétně pak z klíčového judikátu pro vymezení a výklad veřejné podpory, kterým je tzv. případ Tubemeuse⁵.

Na základě tohoto judikátu lze odvodit čtyři materiální znaky, které musí být splněny kumulativně, aby dané opatření členského státu bylo možné kvalifikovat jako veřejnou podporu ve smyslu čl. 87 a násl. SES (nyní 107 SFEU).

Aby se tedy jednotlivý případ kvalifikoval, jako veřejná podpora dle článku 87 SES musí naplňovat následující kritéria:

1. Musí poskytnout příjemci podpory komparativní výhodu v rámci relevantního trhu, které by příjemce nedosáhl v rámci standardních tržních podmínek, popř. odebere možnost uplatnění ostatním, jež by byly mohly působit na trhu efektivněji, nebýt tohoto zkrvení soutěže.
2. Podpora musí být poskytnuta členským státem EU, případně prostřednictvím státních (veřejných) zdrojů.
3. Kritérium selektivity.
4. Narušit obchod mezi členskými státy.

4. SLUŽBY OBECNÉHO HOSPODÁŘSKÉHO ZÁJMU

„Do služeb obecného zájmu spadá široká oblast činností od rozsáhlých síťových odvětví, jako energetika, telekomunikace, doprava, služby audiovizuálního vysílání a poštovní služby, až po vzdělávání, dodávky vody, nakládání s odpady a zdravotní a sociální služby. Tyto služby mají pro každodenní život občanů i podniků zásadní význam a odrážejí evropský model společnosti. Hrají důležitou roli v zajišťování sociální, hospodářské a územní soudržnosti po celé Unii a jsou nezbytné pro udržitelný rozvoj EU z

⁴ Běhan, P., 2008: Komunitární právní úprava zneužití dominance, kartelových dohod a veřejných podpor a její vývoj ve světle rozhodovací praxe. Ostrava: KEY Publishing, str. 211

⁵ Rozsudek ESD 142/87 ze dne 21. března 1990

*hlediska vyšší zaměstnanosti, sociálního začleňování, ekonomického růstu a kvality životního prostředí.*⁶

Pro pojem veřejné podpory však nejsou rozhodující důvody a cíle, byť jakkoliv šlechtné, ale především její účinky⁷. Veřejná podpora není vyloučena ani v případě, že opatření směřuje k ochraně životního prostředí, k obnově vozového parku provozovatele dopravy nebo k vyšší bezpečnosti na silnicích⁸. Proto i v případě služeb obecného hospodářského zájmu je možné mluvit o veřejné podpoře, která naplňuje znaky veřejné podpory dle článku 107 SFEU. Z rozhodovací praxe Evropské komise lze vysledovat, že prakticky každá výhoda je způsobilá narušit soutěž. Lze ji např. spatřovat ve skutečnosti, že v důsledku výhody může být uzavřen národní trh a jiné podniky sem nebudou mít přístup. Viz např. XXVI. Zpráva o soutěžní politice - *Tourisme social en Belgique* - dotace asociacím organizujícím odpočinkové a relaxační aktivity pro nemajetné byly shledány jako způsobilé narušit soutěž, neboť provozovaly i hotely, které soutěžily s hotely jinými⁹.

Se společným trhem však mohou být slučitelné veřejné podpory, které mají napomáhat hospodářskému rozvoji oblastí s mimořádně nízkou životní úrovní nebo s vysokou nezaměstnaností [článek 107(3)(a)], podpory, které mají napomoci uskutečnění některého významného projektu společného evropského zájmu anebo napravit vážnou poruchu v hospodářství některého členského státu [článek 107(3)(b)] a podpory, které mají usnadnit rozvoj určitých hospodářských činností nebo hospodářských oblastí pokud nemění podmínky obchodu v takové míře, jež by byla v rozporu se společným zájmem [(107(3)(c)].

Politika Komise v oblasti uplatňování pravidel státní podpory na služby obecného hospodářského zájmu má zajistit bezproblémové fungování vnitřního trhu, a to zaručením rovných podmínek mezi poskytovateli služeb a současně zajištěním obecného zájmu, zejména uspokojování základních potřeb občanů. Služby obecného hospodářského zájmu jsou především službami, které je nutné zajistit tak, aby ostatní navázané oblasti ekonomiky fungovaly, případně aby bylo docíleno žádoucí občanské obslužnosti a vybavenosti. Těmito službami může být například zajištění veřejné

⁶ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, KOM(2007) 725 v konečném znění, online http://ec.europa.eu/services_general_interest/interest_en.htm, citováno dne 25.8.2010, str.3

⁷ Rozsudek ESD C 5/01, Belgie/Komise

⁸ Rozsudek T 55/99 Confederación Española de Transporte de Mercancías/Komise

⁹ European Community competition policy, 1994, str. 59

hromadné dopravy, svoz komunálního odpadu, případně zajištění televizního a rádiového vysílání. Poskytování těchto služeb však s sebou nenese dostatečný ekonomický zisk, aby bylo atraktivní pro soukromý sektor, zároveň by však bylo pro stát neekonomické, aby tyto služby zajišťoval stát sám. Proto podle pravidel týkajících se služeb obecného hospodářského zájmu mohou poskytovatelé veřejných služeb obdržet vyrovnávací platbu na uhrazení veškerých čistých nákladů na poskytování těchto služeb, případně včetně přiměřeného zisku.¹⁰

Proto platba za poskytnuté služby nebo kompenzace nákladů skutečně vzniklých podnikem v souvislosti s realizací určitého veřejného zájmu nejsou zvýhodněním a tudíž ani státní podporou ve smyslu článku 107 Smlouvy¹¹

Vzhledem k relativně malému riziku narušení hospodářské soutěže v rámci jednotného evropského trhu u poskytování veřejných služeb malého rozsahu se Evropská komise rozhodla subjekty poskytující veřejné služby v malém rozsahu oznamovací povinnosti zprostit. Podrobnější pravidla byla shrnuta do „Balíčku týkající se služeb obecného hospodářského zájmu“, někdy zvaného také jako tzv. altmarského balíčku (reakce na rozsudek ve věci Altmark), jež zahrnuje 3 základní dokumenty:

- **Rozhodnutí Komise ze dne 28. listopadu 2005 o použití článku 86 odst. 2 Smlouvy o ES na státní podporu ve formě vyrovnávací platby za závazek veřejné služby poskytované určitým podnikům**

¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/index_cs.html, citováno dne 25.8.2010

¹¹ Rozsudek ESD 240/83 ze dne 7.2.1985 ADBHU, str. 538

Rozsudek ESD v případě C - 280/00 „Altmark“ - Kompenzace v případě služeb obecného hospodářského významu nejsou veřejnou podporou za předpokladu, že:

1. Závazek veřejné služby musí být přesně definován
2. Kalkulace, podle níž je určována výše příspěvku musí být transparentním způsobem vymezena
3. Kompenzace nesmí překročit nezbytnou výši nákladů spojených s poskytováním služby obecného hospodářského významu a přiměřenou výši zisku za provádění těchto služeb.
4. V případě, že subjekt provádějící službu obecného hospodářského významu není vybrán na základě otevřeného výběrového řízení (procedury při zadávání veřejných zakázek), které by dokázalo zvolit nejnižší nutné platby za provádění těchto služeb, musí být výše kompenzací stanovena na základě porovnání s náklady podobné dobře řízené společnosti podnikající v odvětví, která by byla schopna naplnit podmínky služby obecného hospodářského významu při zohlednění doložených nákladů a přiměřeného zisku.

pověřeným poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu¹². Toto rozhodnutí upřesňuje a upravuje podmínky, za jejichž dodržení je vyrovnávací platba podnikům pověřeným výkonem závazku služby obecného hospodářského významu považována za veřejnou podporu slučitelnou s pravidly státních podpor a je vyňata z notifikační povinnosti vůči Evropské komisi. Rozhodnutí lze použít v případě vyrovnávací platby ve výši, která nepřesahuje 30 milionů EUR ročně za podmínky, má-li příjemce této podpory roční obrát v průběhu dvou finančních let předcházejících roku, kdy byl příjemce pověřen poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu, nižší než 100 milionů EUR. Vyrovnávací platby za závazek veřejné služby nemocnicím a do oblasti sociálního bydlení tyto hodnoty splňovat nemusí.

- **Rámec společenství pro státní podporu ve formě vyrovnávací platby za závazek veřejné služby (2005/C 297/04)**. Rámec upravuje podmínky, podle kterých vyrovnávací platba za závazek veřejné služby (jež není upraven v Rozhodnutí) může být považována za veřejnou podporu, ale slučitelnou se společným trhem ve smyslu čl. 87 odst. 1 Smlouvy ES. Vyrovnávací platba poskytnutá v souladu s Rámcem však musí být notifikována Evropské komisi, která následně může tuto podporu prohlásit za slučitelnou. Vyrovnávací platba, jež by byla poskytnuta nad rámec kompenzace za závazek veřejné služby (zahrnující přiměřený zisk) nebo jež je užívána v oblastech, které jsou zcela otevřeny soutěžnímu prostředí, je obecně považována za neodůvodněnou veřejnou podporu neslučitelnou se společným trhem.
- **Směrnice Komise 2005/81/ES ze dne 28. listopadu 2005, kterou se mění Směrnice 80/723/EEC o zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky a o finanční průhlednosti uvnitř určitých podniků. Konsolidovanou verzí je směrnice Komise 2006/111/ES ze dne 16. listopadu 2006 o zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky a o finanční průhlednosti uvnitř jednotlivých podniků.** Tato směrnice ukládá vedení oddělených účtů u podniků, které dostávají vyrovnávací platbu za závazek veřejné služby, bez ohledu na to, zda se jedná o státní podporu. Tímto způsobem je zaručena možnost kontroly.

Komise všeobecně uznává, že obecně prospěšné společnosti, církve nebo ministerstva nevykonávají podnikatelskou činnost a nejsou tedy soutěžitelem na trhu, který by mohl narušovat obchod mezi členskými státy. Přesto je však nutné sledovat účel, na který jsou prostředky těmto subjektům

¹² Rozhodnutí Komise ES č. 2005/842/ES - Rámec společenství pro státní podporu ve formě vyrovnávací platby za závazek veřejné služby, Úřední věstník C 297 , 29/11/2005 S. 0004 – 0007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:297:0004:01:CS:HTML>

poskytnuty. Pokud by tedy nějaké obecně prospěšné společnosti byla poskytnuta podpora na aktivitu, ze které bude tato společnost v budoucnu generovat zisk, bylo by na tuto podporu pohlíženo jako na veřejnou podporu.

5. ZÁVĚR

V současné době je otázka služeb veřejného hospodářského zájmu na výsluní pozornosti jak laické tak i odborné veřejnosti. Otázkou především zůstává tvorba přiměřeného zisku a to zejména stanovení jeho výše v případě společností poskytujících tyto služby. I když Soud EU v rozsudku Altmark poskytl jistá vodítka pro posuzování slučitelnosti veřejné podpory s pravidly jednotného trhu EU a později vydané směrnice tuto oblast dále upřesnily a daly jí jisté mantinely pro provádění, je patrné, že existující úprava je stále nedostatečná. Tato nedostatečnost spočívá především v absenci kvalitních kontrolních mechanismů na úrovni jednotlivých států (zde je potřeba si uvědomit, že neexistence politické vůle nastavit tuto kontrolu zde hraje velmi významnou roli), dále pak závisí pouze na jednotlivém členském státu, které služby bude považovat za služby obecného hospodářského významu (viz např. písmeno G Usnesení Evropského parlamentu o Bílé knize Komise o službách obecného zájmu (2006/2101(INI))).

Předložený článek neaspiruje na to přinést zásadní a průlomové informace do této problematiky, nýbrž seznámit čtenáře s počátkem výzkumu týkajícího se poměrně výrazně se vyvíjející podsektory veřejných podpor, která významným způsobem může narušovat volnou soutěž na vnitřním trhu EU.

Literatura:

- Běhan, P., 2008: Komunitární právní úprava zneužití dominance, kartelových dohod a veřejných podpor a její vývoj ve světle rozhodovací praxe. Ostrava: KEY Publishing. ISBN 978-80-87071-67-0
- Týč, V.: Základy práva Evropské unie pro ekonomy, 5. aktualizované vydání, Praha: Linde, 2006, 287 s., ISBN 8072016318
- Rozhodnutí Komise ES č. 2005/842/ES - Rámec společenství pro státní podporu ve formě vyrovnávací platby za závazek veřejné služby, Úřední věstník C 297, 29/11/2005 S. 0004 – 0007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:297:0004:01:CS:HTML>

- European Community competition policy, XXVIth Report on competition policy. Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities, 1994
- Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, KOM(2007) 725 v konečném znění, online http://ec.europa.eu/services_general_interest/interest_en.htm, citováno dne 25.8.2010

Contact – email

xmikusov@mendelu.cz

FINANCOVÁNÍ CESTOVNÍHO RUCHU V ČESKÉ REPUBLICCE

MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá financováním odvětví cestovního ruchu a koncepčním rozvojem cestovního ruchu v turistických regionech České republiky. Zaměřen je zejména na návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu, který zavádí tzv. oblastní organizace cestovního ruchu, které mají tvořit síť organizačních jednotek na nejnižší organizační úrovni. Cílem příspěvku je identifikovat možné legislativní a další bariéry, které s sebou návrh věcného záměru přináší.

Key words in original language

Cestovní ruch; financování; oblastní organizace; turistická oblast.

Abstract

The paper deals with the financing of the tourism sector and conceptual development of tourism in the tourist regions of the Czech Republic. The paper is focused in particular on the draft law on the promotion and management of tourism, which introduces the so-called regional tourism organization, which should form a network of organizational units at the lowest organizational level. The aim of the paper is to outline possible legislative and other barriers that the draft law brings.

Key words

Tourism; financing; regional organizations; tourist area.

1. ÚVOD

Cestovní ruch nebo-li turismus je rozsáhlým odvětvím, které v sobě zahrnuje nejrůznější aktivity a činnosti přímo či nepřímo související s cestováním, tedy s přechodnými pobyty osob v cílových destinacích. Tyto osoby (turisté)¹ při cestách a pobytech mimo své obvyklé prostředí zpravidla využívají rozmanité typy služeb, které jim pomáhají tyto aktivity

¹ Dle definice Světové organizace cestovního ruchu je turistou osoba, která cestuje a zdržuje se v místech mimo své obvyklé prostředí po dobu delší než 24 hodin a kratší než jeden rok, aby zde trávila volný čas, věnovala se obchodu nebo jiným aktivitám (a není v navštíveném místě zaměstnávána. Více viz World Tourism Organization: *UNWTO technical manual: Collection of Tourism Expenditure Statistics* [online]. World Tourism Organization, 1995 [cit.10.11.2010]. Dostupné z: <<http://pub.unwto.org/WebRoot/Store/Shops/Infoshop/Products/1034/1034-1.pdf>>.

podporovat, plánovat a organizovat (např. v oblastech dopravy, ubytování, pohostinství, kultury, zábavy, sportovního vyžití, rekreace, atd.). Vlček k ekonomické povaze cestovního ruchu uvádí, že spotřeba cestovního ruchu (a jeho služeb) je v současné společnosti vnímána jako standardní součást spotřeby, nicméně podíl cestovního ruchu na existenční funkci spotřeby je velmi malý.² Je zřejmé, že v souladu s výše uvedenou charakteristikou cestovního ruchu jako ekonomického statku, bude v dobách ekonomických krizí docházet k poklesu poptávky po cestovním ruchu.³ Výše uvedené potvrzuje i Hellerová a Lejsek, když ve svém výzkumu zaměřeném na analýzu výsledů statistických podkladů o cestovním ruchu v ČR konstatují, že v letech 2008 a 2009 se ekonomická krize projevila v oblasti cestovního ruchu zejména v úbytku zahraničních turistů, v přesunu zájmu domácích turistů, kteří začali k rekreaci preferovat tuzemsko (především ubytovací zařízení nižších kategorií a vlastní rekreační zařízení) a celkovým trendem bylo zkracování délky turistického pobytu.⁴

Cestovní ruch se vzhledem ke svému širokému záběru nepopíratelně podílí významnou částí na výkonu soukromého i veřejného sektoru českého hospodářství. Dle mého názoru je proto téměř paradoxní, že v současnosti v České republice neexistuje právní úprava, která by se cestovního ruchu bezprostředně dotýkala.⁵ Absence právní regulace, která je základním prvkem při budování právní jistoty jako předpokladu trvání právního státu, se vždy negativně odráží zejména tam, kde je nutný vysoký stupeň koordinace a kooperace v prostoru a na různých úrovních řízení. Z výše uvedeného lze dovodit, že cestovní ruch takovou oblastí je a absence právní úpravy cestovního ruchu má negativní dopad na jeho rozvoj a způsobuje nemalé komplikace zejména koordinačního charakteru.

² VLČEK, J. Současná ekonomická krize a její vliv na zahraniční poptávku po cestovním ruchu. In Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha: Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. 24.

³ Poptávka po cestovním ruchu je rozhodnutí jednotlivce uspokojit své potřeby návštěvou konkrétní destinace.

⁴ HELLEROVÁ, A., LEJSEK, Z. Cestovní ruch v České republice v době krize - analýza výsledů statistických podkladů o cestovním ruchu v ČR a regionech (2008 - 2009). In Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha: Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. s. 59.

⁵ Legislativní aktivity se dosud soustředily pouze na institut ochrany spotřebitele v rámci služeb poskytovaných cestovními kancelářemi a agenturami. Viz zákon č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání a o výkonu některých činností v oblasti cestovního ruchu, ve znění pozdějších předpisů.

Potřebu zavést fungující systém řízení cestovního ruchu (tzv. destinační management) si uvědomuje i ústřední orgán státní správy ve věcech cestovního ruchu - Ministerstvo pro místní rozvoj ČR (dále pouze "MMR").⁶ MMR zpracovalo návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu (dále pouze "návrh").⁷ Cílem tohoto příspěvku je identifikovat možné legislativní a další bariéry zavedení právní úpravy cestovního ruchu za užití metody deskripce, analýzy, syntézy a dedukce, proto je v následujících kapitolách. Rozebrán obsah návrhu a jeho vybrané aspekty.

2. VĚCNÝ ZÁMĚR ZÁKONA O PODPOŘE A ŘÍZENÍ CESTOVNÍHO RUCHU - MOŽNÉ BARIÉRY?

MMR se při zpracovávání návrhu inspirovalo Rakouskem, tedy evropskou zemí s vyspělým a rozvinutým cestovním ruchem, která je rozlohou a charakterem České republiky podobná a kde jsou právní předpisy v oblasti cestovního ruchu účinné již od 90. let 20. století.⁸ Konkrétně se předlohou návrhu věcného záměru staly rakouské zákony o turistickém ruchu, které se soustředí na organizaci a financování cestovního ruchu.⁹ Dalším vzorem byla Slovenská republika, jejíž poznatky je dle mého názoru obvykle vhodné brát pro analogické právní prostředí při českém legislativním procesu v úvahu. Vzhledem k tomu, že Slovenská republika v současné době legislativu na podporu cestovního ruchu teprve zavádí,¹⁰ neexistuje prozatím žádných zkušeností z aplikační praxe, kterých by bylo možné využít.

⁶ K pojmu destinační management a k procesu řízení destinace více viz HOLEŠINSKÁ, A. *Destinační management, aneb, Jak řídit turistickou destinaci*. Brno: Masarykova univerzita, 2007. 90 s. ISBN 978-80-210-4500.

⁷ Návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu (verze k 04.10.2010). [online]. Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, 2010 [cit.10.11.2010]. Dostupné z: <www.kolegiumcr.cz/files/priloha2_navrh_zameru_zakona_o_cr.doc>.

⁸ Srov. HOLEŠINSKÁ, A. Analýza vybraných zahraničních právních předpisů upravujících organizaci cestovního ruchu. In *XIII. Mezinárodní kolokvium o regionálních vědách*. [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2010 [cit.10.11.2010]. s. 331-339. Dostupné z: <<http://is.muni.cz/do/1456/soubory/katedry/kres/4884317/Sbornik2010.pdf>>. ISBN 978-80-210-5210-9.

⁹ Pro Dolní Rakousko se jedná o zákon NÖ Tourismusgesetz 1991, LGBL Nr. 7400, LGBL Nr. 141/09. [2010-09-17]. Dostupný na www: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/LrNo/LRNI_2009141/LRNI_2009141.html, pro Horní Rakousko pak zákon ÖÖ Tourismus-Gesetz 1990, LGBL Nr. 12/2003 [2010-09-17]. Dostupný na www: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LROO&Gesetzesnummer=10000275&ShowPrintPreview=True>

¹⁰ Zákon č. 91/2010 Z.z., o podpoře cestovního ruchu, ve znění pozdějších předpisů, bude účinný od 01.01.2011.

Účelem návrhu je dle MMR definovat doposud chybějící systém řízení cestovního ruchu, zavést závazné organizační struktury a vymezit jejich úroveň včetně kompetencí, odpovědností a forem vzájemné spolupráce a komunikace. Cílem chystané právní regulace je dosáhnout za pomoci účinného managementu a jednotného marketingu turistických destinací efektivního rozvoje cestovního ruchu, zvýšení atraktivity destinací a s tím souvisejícího nárůstu příjmů generovaných cestovním ruchem.¹¹ Mohu konstatovat, že dosažení výše uvedeného cíle je více než žádoucí.

MMR reaguje především na zřetelnou potřebu usměrnit současnou situaci, kdy na dvou nejnižších úrovních řízení cestovního ruchu (turistický region, turistická oblast) existuje velké množství horizontálně i vertikálně kompetenčně neprovázaných destinačních subjektů (společností), které nejsou po finanční stránce soběstačné. Vystoupil a Šauer ve své studii uvádí, že Česká republika plánuje v programovém období 2007 - 2013 podpořit pomocí Regionálních operačních programů rozvoj regionů celkovou částkou kolem 5.491 mil. EUR, z toho je cca. 977 mil EUR (tedy cca 18 %) určeno na rozvoj cestovního ruchu.¹² Výše veřejné podpory cestovního ruchu je obrovská. Dle mého názoru si organizace cestovního ruchu na enormní podporu veřejného sektoru zvykly, považují ji za automatickou a mnohdy se na ní stávají existenčně závislé. S ohledem na skutečnost, že po roce 2013 dojde k výraznému snížení možnosti čerpat prostředky z fondů EU, bude většina organizací cestovního ruchu a dotčených subjektů bez podpory z Evropských strukturálních fondů a státního rozpočtu nucena svoji činnost ukončit. Domnívám se, že pokud by do té doby nebyly učiněny patřičné legislativní kroky, mohlo by dojít ke kolapsu destinačního managementu.

Koncepce návrhu předpokládá zavedení třístupňového destinačního managementu na úrovních: stát (CzechTourism) - kraj (krajská organizace cestovního ruchu) - turistická oblast (oblastní organizace cestovního ruchu). V turistické oblasti jako základní geografické jednotce bude mít možnost existovat na základě registračního principu pouze jedna základní jednotka destinačního managementu, tzv. oblastní organizace cestovního ruchu (dále pouze "OOCR"), jež bude mít právní formu obecně prospěšné společnosti nebo zájmového sdružení právnických osob.¹³ Z výše uvedeného plyne

¹¹ Návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu (verze k 04.10.2010). [online]. Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, 2010 [cit.10.11.2010]. Dostupné z: <www.kolegiumcr.cz/files/priloha2_navrh_zameru_zakona_o_cr.doc>.

¹² VYSTOUPIL, J., ŠAUER, M. Analýza a zhodnocení veřejné podpory cestovního ruchu z Regionálních operačních programů v České republice v období 2007 - 2009. In Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha: Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. s. 62-64.

¹³ Vždy se tedy bude jednat o právnickou osobu vzniklou buď dle zákona č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění

jasná tendence zeštíhlit strukturu destinačního managementu. Stávající destinační společnosti (subjekty) se mohou po splnění podmínek registrovat jako OOCR. Domnívám se, že vzniklým destinačním společnostem není možné upírat možnost existovat mimo nové (oficiální) struktury, nicméně je zřejmé, že by v takovém případě tyto subjekty nemohly čerpat z finanční podpory určené jednotkám destinačního managementu (jelikož by nebyly považovány za OOCR).

Dle mého názoru na první pohled logicky stavěný a přehledný organizační systém cestovního ruchu vyvolává řadu otázek a pochybností (jako ostatně většina nově zaváděného). Dosud totiž není zřejmé jaké místo v rámci organizace cestovního ruchu bude přisouzeno územním samosprávným celkům, zejména zda bude řízení cestovního ruchu patřit do jejich přenesené nebo samostatné působnosti (což z aktuální verze návrhu není zřejmé). Územní samosprávné celky budou sehrávat zásadní roli zvláště proto, že světově uznávaný model PPP (public-private partnership), tedy aktivní spolupráce veřejného a soukromého sektoru, v českém prostředí zatím nefunguje a to především z důvodu nedostatku ochoty ze strany soukromých subjektů. Dalším problémem je otázka zda budou dotčené subjekty cestovního ruchu (obce, podnikatelé, nestátní neziskové organizace, atd.) z počátků schopny navázat spolupráci k vytvoření OOCR. Osobně se domnívám, že všechny subjekty budou akcentovat zachování sama sebe, což vytvoří bariéry k případné negociaci a kooperaci. Usuzuji, že právě vzhledem problematičnosti použitelnosti koncepce partnerství veřejného a soukromého sektoru v České republice, budou tyto problémy přeneseny i do rozhodování o podílu soukromého a veřejného sektoru na financování destinačního managementu.

3. MOŽNOSTI FINANCOVÁNÍ

Vzhledem k tomu, že destinační management je jako proces založen na tzv. principu 3K, tedy spočívá v *kooperaci* mezi jednotlivými zainteresovanými subjekty cestovního ruchu (obecně poskytovatelé služeb), na jejich *koordinaci* v oblasti plánování, organizování a rozhodování v destinaci a to na bázi vzájemné *komunikace* veřejného a soukromého sektoru,¹⁴ je zřejmé, že otázka financování OOCR nebude jednoduchá.

Lze konstatovat, že základní zdroje financování OOCR mohou být prakticky pouze dva - finance plynou buď ze sektoru veřejného nebo soukromého. Na místě je tedy vždy pečlivě balancovat poměr zdrojů z obou

pozdějších předpisů, nebo dle §20f-§20j zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ HOLEŠINSKÁ, A. *Destinační management, aneb, Jak řídit turistickou destinaci*. Brno: Masarykova univerzita, 2007. s. 21.

sektorů, přičemž důraz musí být bezpodmínečně kladen na stabilitu příjmů rozpočtů OOCR.¹⁵

Návrh předpokládá následující způsob financování. Ze státního rozpočtu by plynula částka složená z fixní a variabilní složky závisující na intenzitě cestovního ruchu v turistické oblasti. Obce by hradily 25% výtěžku z místních poplatků za lázeňský nebo rekreační pobyt. Dále se předpokládají dobrovolné příspěvky podnikatelů a vlastní výdělečná činnost. Domnívám se, že vzhledem k tomu, že zavedení nebo nezavedení místního poplatku je plně v samostatné působnosti obce, mohlo by se snadno stát, že příjem z místního poplatku bude nulový. Dobrovolné příspěvky podnikatelů lze také zpochybnit, alespoň za předpokladu, že takový příspěvek nebude spojen s daňovými úlevami. Z tohoto pohledu se pak paradoxně vlastní výdělečná činnost jeví jako jeden ze stabilnějších příjmů.

I přesto, že návrh je v ohledu financování obecný, je z výše uvedeného patrné, že těžiště uvažovaného způsobu financování leží z naprosté většiny na veřejném sektoru, resp. na státním rozpočtu, a ze strany sektoru soukromého je spoléháno na dobrovolnost, což vzbuzuje určité obavy. Jako zásadní se jeví uchopení pozice obcí, kdy by mělo být zřejmé, zda vystupují v rámci přenesené nebo samostatné působnosti. Jako problematické se jeví stanovení kritéria pro přispívání obcí do rozpočtu OOCR % z místních poplatků. Je zřejmé, že nosnou myšlenkou pro tuto konstrukci byla idea, že prostředky získané z cestovního ruchu by měly být částečně reinvestovány do rozvoje cestovního ruchu, nicméně zavedení a stanovení místních poplatků je pro obce čistě fakultativní, proto je tento zdroj financování nepřiměřeně závislý na ochotě obce místní poplatek zavést.

Vzhledem k celkovému konceptu OOCR by bylo možné v souvislosti s jejich financováním uvažovat například o zavedení členského příspěvku zainteresovaných soukromých subjektů. Příspěvek by se mohl skládat ze dvou částí. Jednak z fixní části, která by byla pro všechny subjekty stejná. Tato část by mohla být stanovena plošně právním předpisem, tedy shodně pro všechny OOCR. Druhou složkou by pak byla variabilní část, která by byla závislá na vybraných kritériích dle charakteru daného subjektu - např. dle obratu, dle lůžkové kapacity, dle míst k sezení, dle počtu zákazníků (návštěvníků). Nastavení variabilní složky by mohlo být přímo v kompetencích dané OOCR, která u které se jakožto u oblastní organizace předpokládá dobrá znalost místního prostředí a podmínek, a která je proto schopna nejlépe reagovat na případné změny trhu.

Snahy MMR o zavedení fungující struktury destinačního managementu je nutné považovat jedině za žádoucí a s ohledem na snížení možnosti čerpat

¹⁵ K vyváženosti zdrojů rozpočtů více viz HOLEŠINSKÁ, A. *Destinační management, aneb, Jak řídit turistickou destinaci*. Brno: Masarykova univerzita, 2007. s. 41.

prostředky z fondů EU pro oblast cestovního ruchu po roce 2013 za naprosto nezbytné. Lze proto konstatovat, že návrh, přestože prozatím není v některých ohledech konkrétní a místy působí zmateně a nepřehledně, je v oblasti rozvoje cestovního ruchu zcela jistě důležitým krokem kupředu.

Návrh v podobě, v jaké je v současné době zveřejněn vzbuzuje velké množství zajímavých a diskutabilních otázek, z nichž za nejdůležitější je třeba považovat ty, které směřují k možným způsobům financování struktur destinačního managementu, zejména těch na úrovni turistické oblasti, tedy OOCR. Návrh spoléhá převážně na využití veřejných zdrojů prostřednictvím obvyklého přerozdělení prostředků ze státního rozpočtu, dále na fakultativní místní poplatky a dobrovolné příspěvky soukromého sektoru.

Domnívám se, že k tomu, aby v praxi mohl opravdu fungovat princip PPP, je třeba, aby se na tvorbě rozpočtu OOCR podílel jak veřejný tak soukromý sektor a to závazně, stabilně v určitém poměru. Tento poměr je nutné balancovat, nicméně jsem přesvědčena, že minimální podíl soukromého sektoru by měl být vždy vyšší jak 30%.

4. ZÁVĚR

Zjištěné poznatky lze shrnout následovně. Návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu je veskrze nutným krokem kupředu, bez něhož by nebylo možné rozvoj cestovního ruchu a jeho organizaci zkvalitnit. V návrhu se již nyní rýsuje několik bariér a problémů, se kterými se navrhovatelé zákona budou muset dříve nebo později vypořádat.

V současné době jsou destinační společnosti zvyklé na velmi vysokou úroveň veřejné podpory a to především z regionálních operačních programů, nebude tak snadné přesvědčit destinační společnosti, že veřejná podpora není automatická a že zavést fungujícího destinačního management nebude bez podpory ze soukromých zdrojů možné. Vzhledem k roztříštěnosti a množství existujících destinačních společností, které nadále nebudou podporovány z veřejných zdrojů, nelze předpokládat jejich ochotu k aktivní participaci na tvorbě oblastních organizací cestovního ruchu, které z veřejných zdrojů podporovány budou. Stávající organizace si mohou výše uvedené vykládat diskriminačně, což může ztížit zavádění modelu PPP, zejména pak v oblasti financování. Za bariéry financování považuji dosavadní nerozhodnost navrhovatelů při svěřeni kompetencí v oblasti cestovního ruchu územním samosprávným celkům - je naprosto klíčové, zda budou územně samosprávné celky tyto kompetence vykonávat v samostatné nebo přenesené působnosti.

Literature:

- World Tourism Organization: *UNWTO technical manual: Collection of Tourism Expenditure Statistics*. World Tourism Organization, 1995.

- Ministerstvo pro místní rozvoj ČR: Návrh věcného záměru zákona o podpoře a řízení cestovního ruchu (verze k 04.10.2010). Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, 2010.
- NÖ Tourismusgesetz 1991, LGBL Nr. 7400, LGBL Nr. 141/09. [2010-09-17] . Dostupný na [www: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/LrNo/LRNI_2009141/LRNI_2009141.html](http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/LrNo/LRNI_2009141/LRNI_2009141.html).
- ÖÖ Tourismus-Gesetz 1990, LGBL Nr. 12/2003 [2010-09-17]. Dostupný na [www: http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LROO&Gesetzesnummer=10000275&ShowPrintPreview=True](http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LROO&Gesetzesnummer=10000275&ShowPrintPreview=True)
- HELLEROVÁ, A., LEJSEK, Z. Cestovní ruch v České republice v době krize - analýza výsledů statistických podkladů o cestovním ruchu v ČR a regionech (2008 - 2009). In Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha: Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. od s. 49-61, 12 s. ISSN 1801-1535.
- HOLEŠINSKÁ, A. Analýza vybraných zahraničních právních předpisů upravujících organizaci cestovního ruchu. In *XIII. Mezinárodní kolokvium o regionálních vědách*. Brno: Masarykova univerzita, 2010 [cit.10.11.2010]. s. 331-339. ISBN 978-80-210-5210-9.
- HOLEŠINSKÁ, A. *Destinační management, aneb, Jak řídit turistickou destinaci*. Brno: Masarykova univerzita, 2007. 90 s. ISBN 978-80-210-4500-2.
- VLČEK, J. Současná ekonomická krize a její vliv na zahraniční poptávku po cestovním ruchu. Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha : Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. od s. 9-24, 15 s. ISSN 1801-1535.

- VYSTOUPIL, J., ŠAUER, M. Analýza a zhodnocení veřejné podpory cestovního ruchu z Regionálních operačních programů v České republice v období 2007 - 2009. In Sborník vědeckých příspěvků. Zmírňování regionálních disparit rozvojem cestovního ruchu a vlivy současné hospodářské krize. Praha: Vysoká škola hotelová v Praze 8, spol. s r.o., 2010. od s. 62-81, 20 s. ISSN 1801-1535.

Contact – email

michaela.mozdiakova@law.muni.cz

PŘÍMÉ ZAHRANIČNÍ INVESTICE A OMEZENÍ JEJICH TOKŮ

DAVID MÜLLER

Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Abstract in original language

Příspěvek "Přímé zahraniční investice a omezení jejich toků " je zaměřen na jeden z nejzajímavějších trendů v mezinárodním ekonomickém právu a zvláště v oblasti práva zahraničních investic. Přehledově budou představeny hlavní současné nástroje omezování a kontroly volných toků investic a jejich zdroje. Jsou zvažovány hlavní důvody zavádění kontroly a omezení zahraničních investic. Následně je na příkladech nastíněna jejich povaha.

Key words in original language

Přímé zahraniční investice; omezení; diskriminace; právní nástroje.

Abstract

Report on the project "Foreign Direct Investment Restrictions" targets some of the most striking contemporary trends in the international economic law and particularly in the law of foreign investments. The aim of the report is to introduce main instruments for the restriction and control of the investment flows and their sources. Discussion considers main reasons for implementing the measures limiting investment flows. Afterwards, some examples provides outline of their nature.

Key words

Foreign direct investment; restrictions; discrimination, legal measures.

Cílem tohoto referátu¹ je představit základní otázky a problémy spojené s právními aspekty regulace přímých zahraničních investic, které směřují k omezení jejich toků.

Jde o téma, jež přitahuje v posledních letech čím dál více zájmu. Role přímých zahraničních investic (Foreign Direct Investment – FDI) pro globální ekonomiku i jednotlivé národní ekonomiky je velmi důležitá. FDI představují jeden z nejvýznamnějších způsobů, jakým dochází k alokaci soukromého kapitálu v mezinárodním hospodářství. FDI jsou díky tomu považovány za jeden z hlavních motorů růstu a globalizace světové

¹ Tento příspěvek byl zpracován jako součást projektu podpořeného Grantovou agenturou Univerzity Karlovy, číslo 1129010.

ekonomiky. Pro státy také představují jeden z nejdůležitějších způsobů, jak přitáhnout do země finanční zdroje.

Jejich role má nicméně i svou druhou stránku. Objem investovaného kapitálu a vliv investorů prakticky trvale od konce 2. světové války velmi dynamicky roste², což vede k úvahám o omezení suverenity států, do kterých investice míří. Proč? Možnost států kontrolovat toky kapitálu a společnosti, které finanční prostředky ovládají, je velmi omezená. Střetává se tak zájem států přitáhnout co největší objem kapitálu, spojený s liberálními zájmy na uvolňování toků kapitálu a posilování liberalizace světové ekonomiky, se zájmem států udržet si kontrolu nad pohybem financí. Ze střetu těchto úvah vycházejí snahy o větší regulaci kapitálových prostředků v podobě přímých zahraničních investic. Ty jsou pro účel tohoto referátu chápány jako investice prostředků subjektu z jedné ekonomiky do majetku či věci v jiné ekonomice za účelem vytváření a následného čerpání zisku, spojené se získáním kontroly nad tímto majetkem³.

Faktory, které vedou k tomu, že se problematika kontroly a možnosti omezení toku investic objevuje jako stále významnější politická agenda i otázka výzkumu jsou v podstatě dva úzce provázané důvody. Zaprvé můžeme sledovat rostoucí snahu států o ochranu vlastních strategických odvětví před tím, aby byly převzaty zahraničním investorem. V tomto hrají roli bezpečnostní rizika, které státy vnímají, zvláště u odvětví, které jsou dlouhodobě vnímána jako hospodářsky či politicky citlivá. Zadruhé hraje bezesporu roli obrovský vzestup kapitálu, kterým disponují tzv. suverénní investiční fondy (Sovereign Wealth Funds – SWF), a především obavy vyspělých států z toho, že by jednání suverénních fondů mohlo být motivováno jinak než ziskem.

Hlavní zdroje motivace k zavádění omezení volných toků investic jsou tedy prakticky dva – interní a externí. Na domácí úrovni jsou státy motivovány politickou poptávkou, která je určena především tlakem veřejnosti a může odrážet dvě roviny zájmu. Rovinu politickou, kdy investice nemá větší hospodářský dopad, ale je vnímána např. jako bezpečnostní riziko (investice do výrobců vojenských technologií, komunikací), a rovinu hospodářskou, kdy se pod kontrolu zahraničního investora může dostat velký hospodářský subjekt, jenž může mít potenciálně relativně vyšší vliv na hospodářství země (např. investice v oblasti energetiky). Externím zdrojem motivací může být chování investorů samotných, tedy subjektů ze třetích zemí, které v recipientských státech vyvolávají takové obavy, že tyto reagují zpřísněnou

2 UNCTAD: FDI Statistics
(<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4979&lang=1>).

3 Srovnej OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment
(<http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>).

regulací podmínek. Typický rys poslední dekády představuje vzestup SWF, které jsou vlastněny či řízeny jinou zemí, třetím státem. Zdroje SWF se typicky vytváří z přebytků obchodu a jsou typické pro silné zbožově exportní země (Čína, Singapur) nebo země vyvážející ropu (Spojené arabské emiráty, Katar, Saudská Arábie, Norsko). Není možné přesně určit, jakou částkou tyto fondy aktuálně disponují, ale odhaduje se suma kolem 4 biliónů dolarů⁵.

Regulaci přímých zahraničních investic se věnují různá mezinárodní fóra, včetně UNCTAD, IMF, WB, nicméně nejhluběji se touto otázkou zabývá OECD a její Investiční výbor. V rámci Investičního výboru existuje od roku 2006 speciální dialog Svoboda investic: kulatý stůl⁶, který zkoumá hlavní důvody nové regulace, její limity a nedostatky a připravuje politická a praktická doporučení, jenž mají zajistit, že přijímaná restriktivní opatření budou v souladu s pravidly OECD⁷.

A to v souladu a akceptovatelná z pohledu mezinárodní regulace prostřednictvím soft law OECD, které představuje, i přes své limity vyplývající z jeho povahy, nejefektivnější mezinárodní nástroj liberalizace investičních toků. Jeho základem je soubor pravidel, označovaný jako investiční *acquis* OECD, které je založeno na dvou dokumentech – Kodexu liberalizace kapitálových pohybů z roku 1961 a Deklarace OECD o mezinárodních investicích a nadnárodních podnicích z roku 1976. Tyto dokumenty zavádějí základní principy jako transparentnost, nediskriminace, progresivní a jednostranná liberalizace⁸.

Pravidla OECD umožňují za určitých podmínek přijmout opatření kvůli zajištění národní bezpečnosti. Vymezením těchto podmínek se blíže zabývá i kulatý stůl Svoboda investic, který zdůrazňuje několik klíčových principů. Zaprvé je to transparentnost a předpověditelnost opatření, zadruhé jeho proporcionalita, která musí odpovídat povaze chráněného veřejného zájmu a zatřetí princip odpovědnosti a dohledu, který bude zajišťovat, že tato opatření nebudou snadno zneužitelná. Dotčení investoři by zároveň měli být

4 Johnson, S.: The Rise of Sovereign Wealth Funds. In: Finance and Development, International Monetary Fund. Vol. 44, No. 3, 2007 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2007/09/straight.htm>).

5 SWF Institute: Rankings (<http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>).

6 Freedom of Investment Roundtable – FOI.

7 OECD – Freedom of Investment Roundtable (http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_34887_37363207_1_1_1_34529562,00.html).

8 OECD investment instruments (www.oecd.org/daf/investment/instruments).

o změnách informování a měli by mít možnost se státní sférou veškeré problémy konzultovat.

Je zřejmé, že každý stát má právo si určit, co je nutné a efektivní k ochraně vlastní bezpečnosti v oblasti investic. Veškerá opatření by však měla být na základě zdůvodněných rozhodnutí a úzce zaměřena, a zároveň by měla být posledním možným nástrojem. Státy musí brát v potaz také to, že omezováním toků investic mohou odrazovat další investory, zhoršovat příliv kapitálu do země a omezovat svou konkurenceschopnost.

Na závěr se podívejme na několik příkladů zemí, které opatření za účelem regulace FDI přijaly. Za zmínku stojí např. ruský Federální zákon č. 57 z roku 2008 „O zahraničních investicích ve společnostech majících strategický význam pro zabezpečení obrany země a bezpečnosti státu“. Zákon stanoví několik desítek strategických činností, v nichž zahraniční subjekty nemohou bez souhlasu ruských orgánů získat většinu ve společnosti (jaderná energetika, zbraně, kosmická činnost, telekomunikace)⁹. Jeden z hlavních proponentů liberalizace, Spojené státy americké, zřídily už v roce 1975 zvláštní Výbor pro zahraniční investice ve Spojených státech, který má za úkol přezkoumávat vliv zahraničních investic na bezpečnost USA¹⁰. Zvláštní zákon v době nedávné přijala i Spolková republika Německo. Na základě tohoto zákona má německá vláda možnost zablokovat za určitých okolností získání významného podílu v německé společnosti zahraničním investorem mimo země EU. Podobné aktivity můžeme pozorovat i u dalších zemí, například Číny, která v rámci ochrany národní ekonomické bezpečnosti předepisuje přezkumnou proceduru tam, kde to může potenciálně národní bezpečnost ohrozit.

Při celkovém pohledu lze vidět, že aktivity usilující o znovuposílení kontroly státu nad investičními toky směřují především do určitých odvětví. V rozvinutých zemích jde o obecně citlivá odvětví (zbraně, telekomunikace, energetika) a infrastrukturu, zatímco v rozvojových zemích jde o citlivá odvětví a zdroje surovin. Regulace nabývá nejrůznějších podob od sledování investic a screeningu k notifikaci a schvalování investic předem. Je zřejmé, že zájem států o zvýšenou regulaci roste adekvátně jejich pocitu ohrožení a rostoucímu objemu volných kapitálových prostředků v mezinárodním finančním systému. Klíčové pro další úpravu zajištění liberalizace toků investic bude najít efektivně fungující průsečík mezi volným pohybem kapitálu a udržení práva státu jej omezit za účelem oprávněné a zdůvodněné ochrany vlastní bezpečnosti.

9 WIPO resources: Foreign Investment Law
(http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=188843&tab=2).

10 Unites States Department of Treasury: Office of Investment Security
(<http://www.treas.gov/offices/international-affairs/cfius/>).

Literature:

Johnson, S.: The Rise of Sovereign Wealth Funds. In: Finance and Development, International Monetary Fund. Vol. 44, No. 3, 2007 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2007/09/straight.htm>).

OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment (<http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>).

OECD – Freedom of Investment Roundtable (http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_34887_37363207_1_1_1_34529562,00.html).

OECD investment instruments (www.oecd.org/daf/investment/instruments).

SWF Institute: Rankings (<http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>).

UNCTAD: FDI Statistics (<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4979&lang=1>).

United States Department of Treasury: Office of Investment Security (<http://www.treas.gov/offices/international-affairs/cfius/>).

WIPO resources: Foreign Investment Law (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=188843&tab=2).

Contact – email

davidmuller@davidmuller.cz

ANALYSIS OF THE SECURITIZATION OF ASSETS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAW

LENKA NĚMCOVÁ

Faculty of law, Masaryk university, Czech Republic

Abstract in original language

Tento článek vysvětluje pojem sekuritizace aktiv jako alternativní způsob financování podnikatelských subjektů. Základním principem této metody je postoupení konkrétního, předem definovaného, souboru aktiv finančního charakteru na, pro tento účel, vytvořený subjekt, který následně na úhradu za toto postoupení vydává dlužné cenné papíry, které kupují nezávislí investoři. Realizací sekuritizace aktiv mohou podnikatelské subjekty získat možnost oprostit od své závislosti na bankách a finančních institucích a sami si nastavit takový postup, který bude maximálně vyhovovat jejich potřebám a požadavkům.

Key words in original language

Sekuritizace aktiv; financování; aktiva; cenné papíry.

Abstract

This article explains the concept of asset securitization as an alternative way of financing business. The basic principle of this method is the assignment of specific, predefined, set of assets of a financial nature, for this purpose, the combined entity, which in turn to pay for this assignment issued debt securities that are purchased by independent investors. The implementation of asset securitization businesses can get the opportunity to emancipate themselves from their dependence on banks and financial institutions and have set themselves such a procedure that will satisfy their needs and requirements.

Key words

Securitization of assets; financing; assets; debt securities.

1. PODSTATA SEKURITIZACE AKTIV

V odborné literatuře je sekuritizace aktiv popisována jako transformace finančních aktiv na cenné papíry (akciové nebo dluhové), které jsou zajišťovány právě transformovanými aktivy.

Federální úřad Spojených Států Amerických - Securities and Exchange commission (zkráceně SEC), který byl zřízen zákonem v roce 1934 a primárně dbá o ochranu investorů, a který zároveň reguluje vydávání cenných papírů na primárním trhu a obchodování s cennými papíry na

sekundárním trhu USA, definoval aktivity kryté cenné papíry jako „cenné papíry primárně založené na cash-flow odděleného souboru pohledávek nebo jiných finančních aktiv“¹. Může se jednat buď o pevně určená, nebo opakovaná aktiva, která jsou na základě stanovených podmínek transformována do hotovosti v časově omezeném úseku, a to včetně dalších práv nebo aktiv vytvořených pro zajištění včasné distribuce výnosů držitelům cenných papírů.

Sekuritizace aktiv, (dále také SA), je zjednodušeně procesem, v němž dochází k postoupení konkrétního souboru aktiv finančního charakteru na, pro tento účel, vytvořený subjekt, který na úhradu za toto postoupení vydává dlužné cenné papíry, které kupují nezávislí investoři. Cenné papíry, které takto vznikají, se nazývají asset backed securities (ABS).

1.1 ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTICKÉ ZNAKY SEKURITIZACE AKTIV:

- Jako základní a velmi důležitý znak procesu SA je možné označit právně dokonalé postoupení aktiv za úplatu (prodej), tzv. subjektu se zvláštním určením (v anglické terminologii Special purpose vehicle – dále jen „SPV“), jenž má předem přesně smluvně definovaná pravidla činnosti a je obvykle řízen nezávislými osobami.
- Podstatnou součástí procesu SA je podrobná analýza a selekce, která je věnována výběru aktiv, která jsou na SPV postupována. Aktiva většinou bývají stejného druhu či charakteru, mívají stejnou právní podstatu a mají většinou i obdobný časový horizont. Důvodem pro toto jednotné třídění aktiv je jejich oceňování. Může se jednat např. o hypotéční smlouvy, úvěrové smlouvy, leasingové smlouvy.
- Co se týče aktiv samotných, je sledována především jejich kvalita a kreditibilita. Tato má v tomto právním vztahu větší význam než kreditibilita subjektu, který tato aktiva vytvořil.
- Forma cenného papíru, která v tomto právním vztahu vznikne, může zásadně ovlivnit proces SA. Proto je velmi podstatné zvolit takovou formu cenného papíru, který zní ve prospěch investora, jenž půjčuje SPV hotové prostředky na nákup aktiv. Je vhodné nastavit pro investory takovou pozici, aby jejich investice do tohoto obchodu nebyly vystaveny přílišnému riziku, ale na druhou stranu také není možné zajistit, aby s sebou nenesly rizika vůbec. Vzhledem k tomu, že se jedná o postup

¹ Zdroj: Federální úřad Spojených Států Amerických - Securities and Exchange commission

specifický, musí být pro obchodníky nákup zvolené formy CP lákavým a výnosným krokem spojeným s přiměřenou mírou rizika.

- Aktiva jsou spravována smluvním subjektem a to ve prospěch SPV. Tento subjekt je určen již při samotném procesu plánování a optimální nastavení je takové, kdy tento smluvní subjekt nemá na aktivech žádný majetkový zájem tak. Většinou je předem stanoveno, co vše spadá do kompetencí tohoto subjektu.

Tyto charakteristické znaky SA, které jsem zde uvedla, patří mezi její základní mezníky. Vždy samozřejmě záleží na samotných subjektech, kterých se SA týká a to především v možnostech, který jim tento složitý proces nabízí. Je možné volit jednotlivé právní úkony a smluvní ustanovení tak, aby to bylo především pro původního vlastníka aktiv, který tímto procesem zajišťuje své financování, optimální. Na druhou stranu vstupuje do tohoto typu obchodu mnohem více osob a subjektů a tím pádem je nezbytné stanovit podmínky a rizika přijatelná a únosná i pro ostatní zúčastněné strany.

Vzhledem k tomu, že neexistuje žádný právní předpis, který by SA upravoval a přesně stanovil její postup, je možné celou realizaci nastavit tak, aby pro subjekt, který používá tuto formu financování, byl co nejvíce vyhovující. Je tak např. možné vzít v úvahu požadavky a možnosti této společnosti a stanovit tak např. dodatečnou podporu dluhu jak u jistiny, tak u úroků, různé další doplňkové finanční nástroje, zejména na podporu likvidity, úrokového a měnového rizika. Dle potřeby je také možné předem upravit systém náhrady špatných a rizikových aktiv aktivy novými, tak aby byla zachována únosná míra rizika pro investory. Pro realizující společnost je také vhodné udělení ratingu od jedné nebo více specializovaných agentur. Není to nezbytné, avšak velmi to může přispět k úspěšnému prodeji CP, které budou výsledkem tohoto procesu. Struktura sekuritizace aktiv je také závislá na způsobu výplaty úroku investorům z postoupených pohledávek.

Pro lepší přehled o tom, jak SA funguje, zde uvádím ilustraci postupu viz. Schéma č. 1 Proces realizace sekuritizace aktiv.

Jak již bylo uvedeno v úvodu této práce, je jádrem celého procesu SA postoupení předem stanovených a dle jistých pravidel vybraných aktiv, které probíhá na zvláštní subjekt (SPV), který je založen jen za účelem této transakce, jehož vlastníci a správci jsou nezávislí na celém procesu. Může se

jednat např. o právní kancelář, která je pověřena pouze správou subjektu SPV, ale jinak není v celém procesu finančně zainteresována. Po postoupení aktiv vydá tento subjekt dlužné cenné papíry, které jsou aranžérem emise rozprodány investorům. Z takto získaného výnosu jsou hrazeny jeho závazky za nákup aktiv původnímu vlastníku. Původní vlastník může vykonávat správu aktiv na základě mandátní, resp. komisionářské smlouvy na účet tohoto zvláštního subjektu. Původnímu vlastníku náleží kromě dohodnutého poplatku za správu aktiv i všechny výnosy, které nejsou použity na úhradu jistiny a úroků investorům. Kreditní podpora slouží pro případ jakýchkoliv výpadků v hotovostním toku směrem od dlužníků k investorům, avšak pro uskutečnění SA není podmínkou. Vždy záleží jen na tom, jak vhodně je proces nastaven.

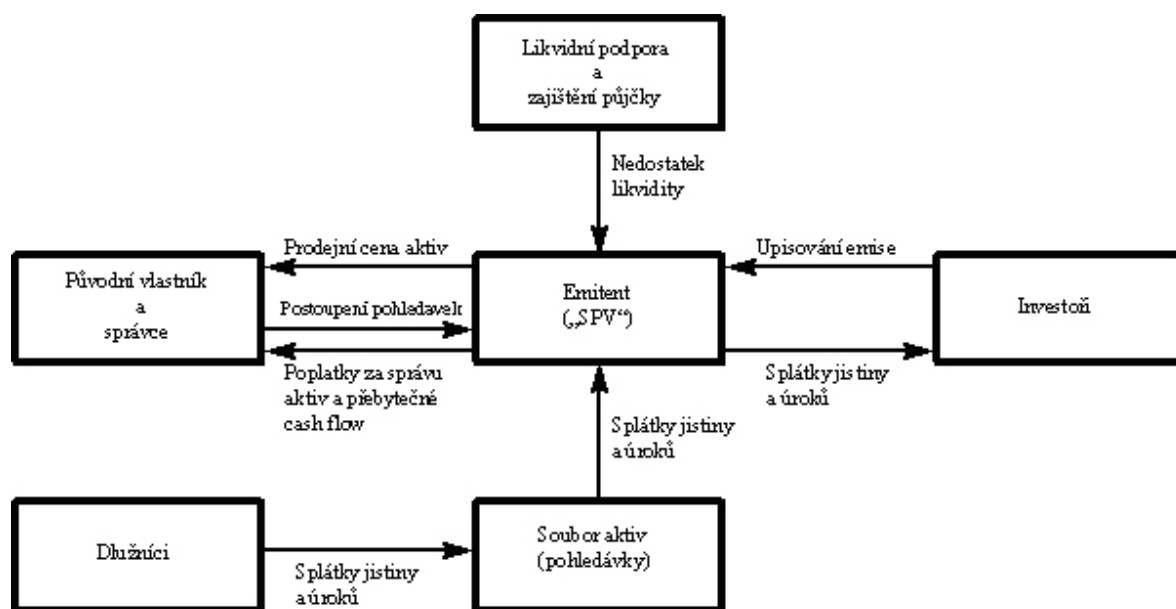


Schéma 1 Proces realizace sekuritizace aktiv

2. POZITIVA VYPLÝVAJÍCÍ Z PROCESU SEKURITIZACE AKTIV

Samotný proces SA se může zdát příliš složitý a komplikovaný. Nejen jeho realizace, ale také příprava a s tím spojená předrealizační činnost. Avšak vzhledem k tomu, že jak ve světě, ale také i v České republice existují subjekty, jimž tento proces zajišťuje financování, je možné zde uvést hned několik pozitiv spojených se sekuritizací aktiv:

2.1 SEKUNDÁRNÍ ZPŮSOB FINANCOVÁNÍ

Investice do cenných papírů vzniklých během procesu SA jsou pro investory lákavé, neboť vzhledem k tomu, že pohledávky z těchto cenných papírů většinou nebývají zahrnovány do angažovanosti investorů vůči jednomu subjektu, jsou tak chráněny vůči jednomu typu tržního rizika.

Na trhu půjček existuje většinou nabídka na půjčky pouze do jistého horizontu splatnosti. Kromě výjimek banky nenabízejí půjčky v delších horizontech, a to bez ohledu na kvalitu vypůjčovatele. To je důsledek splatnosti pasiv bank samotných, která je omezena podobným způsobem. Dodržování pravidel likvidity se tak stává limitem pro dosažitelnost zdrojů nad určitou dobu splatnosti, což platí jak pro tuzemský, tak mezinárodní trh.

Investoři, kteří disponují zdroji s dlouhou dobou splatnosti, často preferují velmi konzervativní investice, jako jsou vládní papíry a nemovitosti. Část zdrojů, které umísťují do podnikatelských závazků s dlouhou dobou splatnosti je pak většinou uspokojena nákupem závazků s nejnižší mírou rizika. ABS se proto mohou stát použitelnými komponenty aktiv takových institucí.

Druhy aktiv, které mohou vytvářet papíry s vysokým ratingem a současně se zajímavým výnosem, mohou kompenzovat náklady na analýzu emitenta a na obchodování s aktivy. Emitenti ABS tak mohou docílit nižších nákladů financování díky přístupu k nové investorské skupině preferující vyšší kvalitu kreditu a delší splatnost.

2.2 ZVÝŠENÍ VÝNOSNOSTI VLASTNÍHO KAPITÁLU

Jak již vyplývá z charakteru SA, nemá SPV ve své bilanci žádná neproduktivní, riziková či problémová aktiva, což je jeden z rozdílů, oproti běžným subjektům na trhu a např. i bankovním institucím. S tím také odpadají komplikace v podobě fixních aktiv, zahrnující např. nesolventní subjekty, a proto je možné využívat kapitál nezbytný pro fungování SPV pouze na podporu skutečně produktivních aktiv.

Pokud by byl proces SA předem nastaven tak, že by původní vlastník aktiv byl zároveň tím subjektem, který by poskytoval finanční prostředky pro SPV, bylo by třeba pouze takového objemu kapitálu, který by byl schopen stabilně zajistit a udržet standardní výkonnost aktiv na takové úrovni, která byla dohodnuta s půjčovateli nebo investory. Dosažitelný poměr dluhů ke kapitálu, potřebný pro strukturu zahrnující původního vlastníka i SPV by potom byl vyšší než v případě zachování stejného podílu aktiv v bilanci původního subjektu.

2.3 MOŽNOST EXPANZE A ZVÝŠENÍ PŘÍJMŮ

Zlepšení výše uvedeného poměru po prodeji části aktiv umožňují původnímu vlastníkovvi přijmout do bilance nová aktiva a zvýšit tak výkon na jednotku kapitálu. Kromě zisku z oddělených aktiv zůstávají původnímu vlastníkovvi aktiv většinou přiznány i další příjmy, které inkasuje jako poskytovatel kreditní podpory, obslužná společnost aj. V závislosti na účetním a daňovém režimu té které struktury je možné, aby zisky z postoupených aktiv a zmíněné poplatky byly převedeny původnímu vlastníkovvi na začátku, na konci transakce, či v jakékoliv kombinaci obou variant.

2.4 ZLEPŠENÍ ŘÍZENÍ AKTIV A PASIV

Velmi důležitým aspektem a pozitivem sekuritizace aktiv je možnost získání zdroje financování s odpovídající lhůtou splatnosti, především pak zajištění financování střednědobých a dlouhodobých pohledávek. Pokud jsou v portfoliu krátkodobá opakující se aktiva, především revolvingová, je to pak možnost zajištění střednědobého financování. Vhodným nastavením sekuritizace aktiv a zároveň využitím financování je možné oproti ostatním

běžně využívaným způsobům získávání peněžních zdrojů, zvýšit celkovou sumu transakcí, které jsou předmětem financování, a to především zohledněním parametrů splatnosti, úrokové míry a zvolené měny.

2.5 OMEZENÍ KREDITNÍHO RIZIKA PŮVODNÍHO VLASTNÍKA

Některé odborné studie dokládají, že při SA nedochází k úplnému přesunu kreditního rizika z původního vlastníka na investory a to především z toho důvodu, že původní vlastník zůstává účasten transakce pro případné ztráty a to v první instanci. Během SA jsou však oddělena tzv. katastrofická rizika, která překračují rizika běžná. Původní vlastník aktiv je také schopen předpovídat přesněji svůj počáteční a potenciální vliv vůči riziku. Tím je umožněna kvantifikace zbývajících rizika, což má význam pro plánování a je výhodné i pro půjčovatele, kteří financují aktiva původního vlastníka. Opět je tím umožněno původnímu vlastníku vstoupit do většího množství transakcí oproti stavu před sekuritizací.

2.6 ZVÝŠENÍ KVALITY VEDENÍ SPOLEČNOSTÍ

Z dosavadních výsledků, které realizace SA v praxi vykazuje, je nezbytné zmínit i to, že kromě přímých efektů má sekuritizace zároveň i efekty nepřímé. Jedním z nich je zvýšení kvality řízení společnosti. Důvodem pro tuto skutečnost je především nezbytná úroveň informací o společnosti a to především v předrealizační a přípravné fázi. Během této fáze jsou do procesu přizváni odborníci z různých oblastí, jako např. právní, ekonomické, daňové, atd. a vzhledem k tomu, že vedení společnosti a řídicí management musí doložit velmi podrobné interní údaje a výkazy společnosti, dochází tak často k mnohem lepšímu uvědomění si rizik, úskalí a eventuelních chyb a tím dochází ke zlepšení některých kroků a zároveň do budoucna i zvýšení kvality řízení. Zároveň je také nezbytné doložit i historická data, jelikož tak je možné zlepšit informační systém společnosti a uvědomit si tak vliv některých kroků a rozhodnutí na vývoj výsledků a stability společnosti.

2.7 ZLEPŠENÍ FUNKČNÍ SPECIALIZACE

V průběhu realizace SA jsou veškeré procesy řízení prováděné jednotlivými specialisty, uskutečňovány odděleně a to především procesy vzniku aktiv, jejich správy, financování a zajišťování sekuritizace. Je tak možné docílit maximalizace efektivity jak uvnitř společnosti, tak v rámci celého finančního systému.

2.8 VOLNOST PŘI VÝBĚRU LEGISLATIVNÍ ZÁKLADNY PRO REALIZACI SA

Jak je již uvedeno výše, a jak zároveň vyplývá z komplexního popisu celého procesu, velkou výhodou je, že je možné veškeré detaily nastavit tak, aby byly pro společnost, která SA realizuje, maximálně vyhovující a odpovídající. S tím samozřejmě souvisí nejen možnost volby práva rozhodného pro tento obchod, ale také možnost výběru legislativního prostředí, daňových výhod atd. Variantou je také využití některé země s výhodnějšími daňovými podmínky, např. některého daňového ráje pro snížení úrovně daňového zatížení.

2.9 ZHODNOCENÍ

Společnost, která uvažuje o provedení sekuritizace aktiv jako prostředku pro získání finančních prostředků pro svoji podnikatelskou činnost je vystavena mnoha otázkám, rozhodnutím a úskalím, které je nezbytné řešit. A to nejen ve fázi rozhodovací, přípravné, ale také během celého procesu od počátku až po jeho ukončení. Je to proces složitý a velmi specifický, který klade požadavky nejen na odbornou úroveň znalostí, tak také na jednotlivé kroky, které na sebe navzájem navazují a které jsou vzájemně provázány. Uvedla jsem zde některá pozitiva, která jsou s tímto spojena. Navzdory náročnosti se však může jednat o velmi důležitý zdroj financování, často mnohem výhodnější než ostatní nabízené varianty. Může se také jednat o situaci, kdy tato metoda bude jedinou variantou a společnost tak nebude mít možnost volby mezi jinými způsoby. Vždy je však nezbytné zvážit to, zda je tento postup pro konkrétní společnost vhodný a vyhovující a zda pro společnost neznamená přílišné riziko. Důvodem mohou být také negativa a jistá míra rizika, která je se sekuritizací aktiv spojena. Tyto jsou popsána v následující kapitole.

3. NEGATIVA VYPLÝVAJÍCÍ Z PROCESU SEKURITIZACE AKTIV:

3.1 ZTRÁTA PŮVODNÍCH ZDROJŮ FINANCOVÁNÍ

Velmi nevýhodná a pro vlastníka aktiv riziková je situace, kdy společnost, jako vlastník aktiv, má vybudovány vztahy s bankami a finančními institucemi, které doposud zajišťovali jeho dosavadní financování. Společnost tak nutně musí zvážit riziko, které plyne z přechodu na SA, resp. ztrátu původního zdroje. Stejně tak je v této situaci nutné prověřit, jaké zástavy bankovních institucí vážnou na postupovaných aktivech a jaké právní kroky je nezbytné učinit pro to, aby bylo možné tyto zástavy bez problémů uvolnit ve prospěch nových investorů.

3.2 OPTIMÁLNÍ NASTAVENÍ VELIKOSTI TRANSAKCE

S celkovou složitostí procesu a počtem jednotlivých, na sebe navazujících, kroků souvisí také určitá míra nákladů. Ty zahrnují nejen počáteční výdaje, které je nezbytné vynaložit ještě před samotným uskutečněním procesu, ale také náklady na realizaci celé struktury a také např. prostředky vynaložené na kreditní podporu. V celkovém součtu transakce se nejedná o žádná malá položky, ale jde o značnou sumu. Je tedy nezbytné, aby taková míra nákladového zatížení byla promítnuta do celého objemu transakce, která musí být této skutečnosti přizpůsobena. Z toho vyplývá skutečnost, že pokud není společnost schopna realizovat SA v dostatečně velkém objemu, může být suma nákladů s tím spojených natolik zatěžující, že může znehodnotit celou transakci a význam proč je SA realizována. Proto je třeba vést tyto údaje v patrnosti a v konečné bilanci s nimi počítat.

3.3 JEDNOTNÁ STRUKTURA AKTIV

Pro zjednodušení některých procesů během SA, ale i pro přehlednější strukturu transakce je vhodnější, pokud se předmětná aktiva omezí pouze na aktiva jednoho druhu. Tento typ sekuritizace je nejfrekventovanější, i když v praxi se běžně realizují i obchody, kdy v portfoliu je více typů aktiv.

Podstatné však je, aby nákup aktiv probíhal na základě standardních a opakujících se postupů.

3.4 POŽADOVANÁ ÚROVEŇ INFORMAČNÍ ZÁKLADY SYSTÉMU A MONITORINGU POHLEDÁVEK

Specializované firmy, které se účastní procesu SA, vyžadují pro vyhotovení odpovídající analýzy značné množství interních informací. Důležitou roli zde hrají informace historického charakteru, jelikož je tak možné posoudit vývoj nejen aktiv samotných, ale také vývoj a stabilitu celé společnosti. Aby měly odborná stanoviska, a analýzy alespoň minimální vypovídací hodnotu je nezbytné poskytnout k posouzení data za 5 účetních období zpětně. Tato data jsou nejen informační základnou pro specialisty, ale také mohou poskytnout informace investorům.

Pohledávky, které budou předmětem SA a budou tak odděleny z celkového objemu pohledávek původního vlastníka musí být i nadále sledovány. Odděleně jsou zároveň sledovány i ty pohledávky, které zůstávají v portfoliu původního vlastníka.

3.5 ZHODNOCENÍ

Míra negativ a rizik vyplývajících ze SA jsou dle mého názoru velmi individuální a je tak na zvážení a zhodnocení každého subjektu, aby tyto skutečnosti vzal v potaz. Pro některé subjekty se mohou některé požadavky jevit jako problém, pro jiný nemusí znamenat žádnou překážku. Jako největší riziko hodnotím možnost, že odmítnutím dosavadního zdroje financování a místo toho dosazením alternativy SA může subjekt nenávratně přijít o tuto možnost financování i za situace, kdy by tyto prostředky potřeboval. Záleží však vždy na konkrétním subjektu i na situaci ve které se nachází.

4. ROZBOR SEKURITIZACE AKTIV Z POHLEDU PRÁVA

Vzhledem ke složitosti celého procesu se dá předpokládat, že veškeré právní vztahy a právní úkony spojené s celou strukturou je nezbytné především správně kvalifikovat, ale také smluvně upravit. Již k modelování tohoto

procesu jsou přizváni odborníci a poradci z různých oborů tak, aby byla zajištěna co nejširší informační základna, a aby požadovaného výsledku bylo dosaženo co nejméně komplikovaným způsobem. Skutečností je, že se tohoto postupu účastní značné množství osob, ať již právnických či fyzických, jejichž práva a povinnosti je nutno podrobně zanést do smlouvy.

4.1 VOLBA PRÁVNÍHO PROSTŘEDÍ

Společnost, která se rozhodne pro financování prostřednictvím sekuritizace aktiv má relativně velkou variabilitu v modelaci celého systému. Jde především o to, aby SA splnila svůj účel, a aby vlastník aktiv byl s výsledkem spokojen. Mezi možnostmi, které se nabízí ke zvážení, patří i volba právního prostředí, neboli místo realizace celé transakce. Jde o to, že jednotlivé státy mají odlišnou legislativu. V praxi pak může jít např. o rozdílné mantinely, kam až může subjekt zajít při výkonu svých práv tak, aby nebyl porušen žádný předpis. Některé země nabízí větší míru volnosti v jednotlivých úkonech, což se v tomto případě může jevit pozitivum. Jde také o to, zda právní řád konkrétní země upravuje SA ve své legislativě, nebo zda ji nemá upravenou vůbec. To je zrovna i případ České republiky, která se o sekuritizaci aktiv nezmiňuje ve své úpravě vůbec. Nemá ji uvedenu ani jako typový obchod Obchodního zákoníku, ani se o ní nezmiňuje v ostatních předpisech. To může být také způsobeno malým zájmem subjektů o realizaci SA v prostředí České republiky. Je však také dost možné, že důvodem pro malý zájem o SA v prostředí České republiky není zapříčiněn ani tak tím, že by nebyla dostatečná právní úprava, ale je možné, že legislativa některých států je tomuto procesu více nakloněna a nabízí více výhod. Mezi nejčastěji využívané lokality patří USA, kde je tato metoda využívána velmi často. Dále je k SA využíváno právní a daňové prostředí Lucemburska, které má s touto realizací velké zkušenosti. Této lokalitě využila i společnost Home Credit, která využívala procesu SA ke svému financování a ve výsledku byl tento proces pro ni mnohem výhodnější než financování ve skupině.² Vzhledem k silné pozici společnosti Home Credit je možné poznamenat, že zrovna tato společnost by neměla problém se získáním finančních prostředků z jiných zdrojů. Vzhledem k využití veškerých možností, které SA nabízí, se stala tato metoda výhodnější a méně nákladnou než např. financování ve skupině. Konkrétně v Lucembursku je pro SA nastaven velmi příznivý daňový režim, což je velkým lákadlem pro mnoho subjektů. Na subjekty SA zde není uplatňována daň z příjmů a ani daň ze zisku. SA je také např. možné realizovat i v Německu, kde tuto službu např. poskytuje i bankovní instituce

² Čerpáno z interních dokumentů společnosti Home Credit

Commerzbank, která tuto službu nabízí i prostřednictvím svých poboček v ČR.

Na rozdíl od některých jiných států jsou v ČR právní předpisy takové, že neupravují nejen pojem sekuritizace aktiv jako takový, ale neupravují ani komplexně tento typ obchodu. Obchodní zákoník upravuje nejvíce používané typy obchodů jako např. kupní smlouvu, smlouvu o dílo, smlouvu o úvěru, atd. Samozřejmě není možné konstatovat, že by byla SA jako obchod využívána často. Při její realizaci na území ČR by tedy bylo nezbytné vymezit jednotlivé vztahy a právní úkony jinými právními instituty. Základem mezi jednotlivými stranami obchodu by byla platně uzavřená písemná smlouva.

Podrobný obsah každého smluvního vztahu, který během SA vznikne, záleží vždy na konkrétním ujednání mezi stranami. Zároveň se také odvíjí od toho, jak konkrétně je modelace SA nastavena. Je možné na začátku domluvit jednodušší formu SA, kdy se obchodu účastní méně subjektů, nebo také formu více složitou, kdy je do obchodu vtaženo osob více. Může se např. jednat o více osob přizvaných do předrealizační fáze, přidat např. kreditní podporu, ratingovou agenturu, atd.

Základem SA však jsou aktiva, která jsou jejím předmětem, proto je možné uvést jako primární smluvní vztah ujednání mezi společností, která je vlastníkem aktiv a druhou stranou tohoto obchodu. Může se např. jednat o jednotlivé dlužníky u smlouvy o úvěru, o nájemce u leasingových smluv, o osoby, jež využívají smlouvy o poskytnutí hypotéky, atd. Předmět aktiv může být rozdílný, avšak vždy je smlouva mezi těmito dvěma stranami písemná, vypracovaná tak, aby splňovala veškeré náležitosti, jež jí zákon ukládá. Pro to, aby smlouva byla platná, není možné některou náležitost vynechat, proto je nezbytné na tuto skutečnost dbát při tvorbě konkrétních smluv. Např. Smlouvu o úvěru upravuje Obchodní zákoník jako typový obchod a konkrétně je upravena § 497 a násl.

Již při úvahách o realizaci SA by měli být přizváni odborníci pro posouzení vhodnosti tohoto obchodu. Tyto jednotlivé subjekty by byly zavázány k vykonání předem stanoveného rozsahu práce a to písemnou smlouvou uzavřenou mezi nimi a vlastníkem aktiv. Na tento typ obchodu je možné využít inominátní smlouvu dle § 269/2 Obchodního zákoníku.

Další vztahy vznikají již v samotné struktuře SA a to mezi původním vlastníkem aktiv a novou společností, na kterou jsou předem vymezená aktiva převáděna. Jedná se o subjekt se zvláštním určením, zřízený jen za tímto účelem, proto je třeba tento účel ve smlouvě konkrétně uvést. Bylo by možné opět využít institutu nepojmenované smlouvy, kdy by se jednalo o smlouvu o postoupení pohledávek. Je však opět nezbytné dodržet obsahové náležitosti smlouvy a podrobnosti tohoto smluvního vztahu zde konkrétně

uvést, jedná se především o dostatečně jasné a konkrétní určení postupovaných pohledávek, ceny, termínů, atd.

Zákon č. 190/2004 Sb. upravuje podrobnosti vzájemného smluvního vztahu mezi společností, která emitovala cenné papíry a následně je prodává a mezi investory, kteří si tyto cenné papíry kupují.

Během procesu musí být upraveny veškerá práva a povinnosti smluvních stran tak, aby nedošlo k nejasnostem. Jedná se např. o roli administrátora, jehož úkolem je inkasování plateb od dlužníků. Nebo se může také jednat o stanovení podmínek kreditní podpory, kdy je ve smlouvě podrobně staveno kdy a za jakých podmínek vstupuje tento subjekt do procesu SA. Opět inominační smlouvou. Na funkci administrátora je možné uplatnit také smlouvu mandátní, jelikož administrátor vykonává tuto funkci jeho jménem.

Český právní řád SA neupravuje, avšak ani toto není překážkou pro jeho úspěšnou realizaci v tomto právním prostředí. Pokud není konkrétní vztah řešen přímo zákonem, navrhovala bych co nejvíce využít možnosti inominační smlouvy dle § 269 ods. 2 Obchodního zákoníku a ve smlouvě vždy uvést co nejvíce možných informací, pravidel a údajů. Domnívám se, že neexistence konkrétní úpravy SA v právních předpisech ČR nejsou handicapem pro úspěšnou realizaci. Uvedla jsem zde některé ze základních smluvních vztahů, které v různých fázích SA vznikají. Jejich výčet však samozřejmě není kompletní a jejich množství záleží na volně realizátora. Na veškeré smluvní vztahy by byly aplikovány předpisy soukromého práva.

5. ZÁVĚR

Ve své práci jsem se snažila vystihnout proces získávání peněžních prostředků prostřednictvím sekuritizace aktiv. Cílem bylo poukázat zde nejen na výhody, které plynou z této metody financování, ale upozornit i na některá negativa a rizika s tímto spojená. Každý subjekt, který by o tomto zdroji financování uvažoval, by měl nejen posoudit, zda tento způsob je vůbec pro něj vhodný, ale také si uvědomit, co mu proces SA může přinést a jak jej nastavit tak, aby výsledek splnil jeho očekávání.

Dle mých informací doposud nebyla tato metoda financování na území České republiky zrealizována, což může být zapříčiněno i tím, že tento typ

obchodu není v českých právních předpisech upraven. To však samozřejmě není překážkou pro jeho uskutečnění. Avšak vzhledem k tomu, že ve světě je SA běžně realizovaná, bylo by možné uvažovat o úpravě tohoto typu obchodní transakce do právního řádu ČR. Domnívám se, že legislativní úprava jednotlivých právních vztahů by nebyla obtížná.

Navzdory své náročnosti by se tak SA mohla stát alternativním způsobem financování. Především pak jako reakce na situaci, kdy se mnoho subjektů dostalo díky celkové ekonomické krizi do finanční nestability, která byla doprovázena výpadky v cash-flow. Většinou banky na tuto situaci reagovaly tím způsobem, že zpřísnily podmínky pro poskytování peněžních prostředků a navíc stáhly z oběhu značný objem peněz.

Domnívám se, že pro každý subjekt může být SA variantou jak na obdobnou situaci reagovat, zajistit si vhodný způsob financování a zároveň neohrozit svou činnost.

Literature:

- JÍLEK, J. Finanční a komoditní deriváty v praxi. Praha: GRADA Publishing, a. s., 2005. 632 s. ISBN: : 80-247-1099-4
- KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. a kol. Kurs obchodního práva. Právo cenných papírů. 4. vyd. Nakladatelství C. H. Beck, 2005. 728 s. ISBN: 80-7179-855-X.
- ROSE, P.S., Peněžní a kapitálové trhy. 1. vyd. Praha: VICTORIA PUBLISHING. 1014 s. ISBN: 80-85605-52-X.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění
- Zákon č. 190/2004 Sb., o dluhopisech v platném znění

Contact – email

Nemcova.l@email.cz

K MOŽNOSTEM DALŠÍHO POSTUPU V PŘÍPADĚ NEUSPOKOJENÍ POHLEDÁVKY OBCE NEBO KRAJE V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

PETR POSPÍŠIL

Krajský úřad Moravskoslezského kraje a Právnická fakulta Masarykovy
univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Přetrvávající hospodářská krize přispívá k tomu, že někteří příjemci dotací nejsou schopni dostát svým závazkům zakotveným ve smlouvě o poskytnutí dotace a z důvodu porušení rozpočtové kázně jsou povinni poskytnutou dotaci (její část) včetně případného penále vrátit poskytovateli. V předkládaném příspěvku se autor věnuje možnostem postupu obcí nebo krajů v případech kdy jejich pohledávky vůči třetím subjektům nejsou uspokojeny v rámci insolvenčního řízení. Přímou v insolvenčním zákoně lze nalézt právní nástroj, který v takovém případě věřitelům umožní činit nezbytné právní kroky vůči fyzickým osobám – statutárním orgánům právnických osob. Insolvenční zákon zakotvuje povinnost podnikatele (dlužníka) podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku. Tuto povinnost přitom kromě samotného dlužníka – právnické osoby – mají také zákonní zástupci dlužníka a jeho statutární orgán, tzn. konkrétní fyzické osoby. V případě, že statutární orgán podnikatele (jednatel, představenstvo) tuto svou povinnost nesplnil, odpovídá věřiteli za škodu nebo jinou újmu, kterou způsobí porušením této povinnosti.

Key words in original language

Obec; kraj; pohledávky; insolvenční řízení; fyzické osoby; právnické osoby; ekonomická krize.

Abstract

The article called „To possibilities of next progress in the event of unsatisfied outstandings of municipality or region in the insolvency proceedings.” deals with the specific legal rules arising from the application of the Czech insolvency law. The present - day economic crisis limps negatively on economy of corporations. Recipients of grants from region or municipality have to return grant (or a part of it) in the event of failure of budget discipline. Regions and municipalities generally don't achieve the satisfaction of their outstandings in the insolvency proceedings. There is a responsibility of individuals (statutory authorities of the legal entities) in the case when they don't give a proposal for the insolvency proceedings.

Key words

Municipality; region; outstandings; insolvency proceedings; individuals; legal entities; economic crisis.

1. ÚVODEM

Územní samosprávné celky (tzn. obce a kraje) jsou v souladu s Ústavou České republiky veřejnoprávní korporace, které mohou mít vlastní majetek a hospodaří podle vlastního rozpočtu.¹ Postavení obcí a krajů jako veřejnoprávních korporací je potvrzeno také v zákoně č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“)² a v zákoně č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o krajích“).³ Obcím i krajům je tedy v platné právní úpravě výslovně přiznáno postavení veřejnoprávní korporace – tj. právnické osoby veřejného práva.⁴ Subjektivita obcí a krajů ve sféře soukromého práva je pak výslovně zakotvena přímo v nejdůležitějším soukromoprávním kodexu, kterým je zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.⁵

Se zmíněnou subjektivitou obcí a krajů ve sféře veřejného i soukromého práva úzce souvisí rozlišení jejich působnosti na přenesenou a samostatnou, které je vlastní smíšenému modelu územní veřejné správy, který je v České republice nastaven.⁶ Při výkonu přenesené působnosti neboli státní správy

¹ Srov. čl. 101 odst. 3 Ústavy České republiky: *Územní samosprávné celky jsou veřejnoprávními korporacemi, které mohou mít vlastní majetek a hospodaří podle vlastního rozpočtu.*

² Srov. ust. § 2 odst. 1 zákona o obcích: *Obec je veřejnoprávní korporací, má vlastní majetek. Obec vystupuje v právních vztazích svým jménem a nese odpovědnost z těchto vztahů vyplývající.*

³ Srov. ust. § 1 odst. 2 zákona o krajích: *Kraj je veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek a vlastní příjmy vymezené zákonem a hospodaří za podmínek stanovených zákonem podle vlastního rozpočtu. Kraj vystupuje v právních vztazích svým jménem a nese odpovědnost z těchto vztahů vyplývající.*

⁴ Srov. Průcha, P., Pomahač, R. Lexikon – správní právo, Ostrava : Sagit, 2002, str. 581 – heslo „Veřejnoprávní korporace“: *Veřejnoprávní korporace je zpravidla samosprávnou institucí představovanou společenstvím osob, spojených společnými cíli při realizaci veřejných zájmů, jež je státem aprobováno a jemuž je přiznána příslušná právní subjektivita. Subjektivita veřejnoprávních korporací zahrnuje jak subjektivitu ve sféře veřejného práva, tak subjektivitu ve sféře soukromého práva.*

⁵ Srov. ust. § 18 odst. 1 a 2 písm. c) občanského zákoníku: *Způsobilost mít práva a povinnosti mají i právnické osoby. Právnickými osobami jsou jednotky územní samosprávy.*

⁶ K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu 32 Odo 1104/2005 z 9. listopadu 2006: *Mezi právními předpisy veřejného a soukromého práva, tedy i mezi veřejným a soukromým právem nelze vést ostrou hranici též proto, protože mnohé právní předpisy soukromého práva obsahují též normy veřejnoprávní povahy a naopak veřejnoprávní úprava se často*

plní územní samosprávné celky roli orgánu státní správy, je pro ně důležitá jejich subjektivita ve sféře veřejného práva a v právních vztazích vystupují v nadřazeném (vrchnostenském) postavení. Naproti tomu při výkonu samostatné působnosti neboli samosprávy využívají územní samosprávné celky především své subjektivity ve sféře soukromého práva a mají zpravidla rovnocenné postavení s ostatními účastníky právních vztahů.

Obce a kraje jsou tedy veřejnoprávními korporacemi, jejichž subjektivita se projevuje v právních vztazích v oblasti veřejného i soukromého práva. V soukromoprávních vztazích je přitom postavení územních samosprávných celků oproti jiným subjektům významně modifikováno jejich povinností respektovat pro ně platné veřejnoprávní předpisy.⁷

Samospráva obcí a krajů⁸ dominantně spočívá v uspokojování potřeb jejich občanů, což vyplývá např. z vymezení samostatné působnosti v zákoně o obcích⁹ a v zákoně o krajích.¹⁰ Nejvýznamnější samosprávná role územních samosprávných celků (ale také obcí a státu) má spočívat v poskytování služeb veřejného zájmu¹¹, resp. tzv. obecně prospěšných činností (např. sociální služby, školství, zdravotnictví, kultura nebo doprava). Je jistě nereálné očekávat, že obec nebo kraj budou sami svým jménem poskytovat

neobejde bez uplatnění institutů práva soukromého (např. zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, který je normou veřejnoprávního charakteru, v ustanovení § 170 přímo aplikaci soukromého práva předpokládá, když uvádí, že nestanoví-li tento zákon jinak, použijí se v otázce veřejnoprávních smluv přiměřeně ustanovení občanského zákoníku). Tak je tomu i v případě ustanovení § 74 zákona č. 218/2000 Sb., z něhož vyplývá zákonné ručení státu za závazky příspěvkových organizací (tj. včetně závazků soukromoprávních).

⁷ Srov. shodně Pospíšil P. Ručení územních samosprávných celků za závazky fyzických a právnických osob, Právní rádce, 2010, č. 7, str. 35 - 37

⁸ K charakteru místní samosprávy srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 1/01 z 11. července 2001: *Ústavní soud respektuje místní samosprávu jako výraz práva a způsobilosti místních orgánů spravovat veřejné záležitosti v mezích daných zákonem, v rámci své odpovědnosti a v zájmu místního obyvatelstva.*

⁹ Srov. ust. § 35 odst. 1 zákona o obcích: *Do samostatné působnosti obce patří záležitosti, které jsou v zájmu obce a občanů obce, pokud nejsou zákonem svěřeny krajům nebo pokud nejde o přenesenou působnost orgánů obce nebo o působnost, která je zvláštním zákonem svěřena správním úřadům jako výkon státní správy, a dále záležitosti, které do samostatné působnosti obce svěří zákon.*

¹⁰ Srov. ust. § 14 odst. 1 zákona o krajích: *Do samostatné působnosti kraje patří záležitosti, které jsou v zájmu kraje a občanů kraje, pokud nejde o přenesenou působnost kraje.*

¹¹ Srov. Roubínková D. Management obcí: organizační struktura a nositelé řídicích rozhodnutí, Karlovarská právní revue 2007, č. 1, str. 72: *Veřejná správa je pak pozitivně definována jako výkon činností ve veřejném zájmu, kterými jsou uskutečňovány a vykonávány veřejné záležitosti, a to těmi, kteří tyto činnosti uskutečňují jako právem stanovenou povinností, a to v mezích stanovených zákonem.*

veškeré výše uvedené (i jiné) služby veřejného zájmu. Kromě toho, že územní samosprávné celky mohou pro plnění svých samosprávných úkolů zakládat a zřizovat právnické osoby¹² a organizační složky kraje, mohou svou samostatnou působnost realizovat také jinými způsoby. Takovým jiným způsobem je např. hospodaření s majetkem kraje nebo poskytování dotací nebo jiných podpor fyzickým a právnickým osobám.¹³

2. POHLEDÁVKY ZA PŘÍJEMCI DOTACÍ

Právě v souvislosti s naposledy zmíněným poskytováním dotací fyzickým nebo právnickým osobám se lze v praxi obcí a krajů setkat s řadou problémů. Přetrvávající hospodářská krize přispívá k tomu, že někteří příjemci veřejné finanční podpory¹⁴ nejsou schopni dostát svým závazkům zakotveným ve smlouvě o poskytnutí dotace (např. projekt nezrealizují nebo neudrží výstupy projektu po požadovanou dobu). V případě porušení smluvních závazků se jedná o porušení rozpočtové kázně příjemcem dotace ve smyslu ust. § 22 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, které poskytovatel řeší uložením odvodu a při jeho nesplnění je příjemce povinen uhradit obci či kraji penále ve výši 1 promile z částky odvodu za každý den prodlení, nejvýše však do výše tohoto odvodu. Na základě pravomocného rozhodnutí o uložení odvodu a penále je příjemce dotace povinen uhradit nařízený odvod včetně příslušného penále. V případě, že příjemce dotace svou

¹² Srov. Hurdík J. *Právnické osoby a jejich typologie*, Praha: C. H. Beck, 2003, str. VIII: *Tímto fascinujícím fenoménem je právnická osoba - přes mnoho pokusů nedefinovatelný právní institut, současně však nezbytný průvodní jev a nástroj posledních dvou staletí globalizujícího se světa kapitalismu.*

¹³ Vzhledem k obsahové příbuznosti autor použil úvodní část shodnou jako ve svém příspěvku K některým specifickým otázkám ručení územních samosprávných celků za závazky fyzických a právnických osob předneseném na konferenci COFOLA 2010 (viz COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010, ISBN 978-80-210-5151-5

¹⁴ Srov. ust. § 2 písm. j) zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů: *Pro účely tohoto zákona se rozumí veřejnou finanční podporou dotace, příspěvky, návratné finanční výpomoci a další prostředky poskytnuté ze státního rozpočtu, z rozpočtu územního samosprávného celku nebo z rozpočtu jiných právnických osob uvedených v písmenu a), z výnosu prodeje majetku podle zákona o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby a ze zisku z účasti státu v obchodních společnostech, státního fondu, státních finančních aktiv, dále státní záruky, finanční podpora poskytnutá formou slevy na daních i formou osvobození od cla, prostředky poskytnuté z Národního fondu a jiné prostředky ze zahraničí poskytnuté na základě mezinárodních smluv, aktů práva Evropských společenství, aktů práva jiného členského státu Evropské unie nebo k plnění úkolů veřejné správy.*

povinnost nesplní a dlužné částky neuhradí, je územní samosprávný celek povinen činit veškeré kroky k vymožení pohledávky.¹⁵

Stále častější jsou případy, kdy ekonomické problémy příjemců dotace vyvrcholí zahájením insolvenčního řízení dle zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „insolvenční zákon“). Pokud je insolvenční řízení vůči dlužníkovi zahájeno (a to z jakéhokoliv podnětu), pak je nezbytné, aby obec či kraj svou pohledávku za příjemcem dotace do insolvenčního řízení přihlásili.¹⁶ V naprosté většině případů týkajících se územních samosprávných celků byl dosud výsledek takový, že příslušný územní samosprávný celek jako věřitel v rámci insolvenčního řízení nedosáhl uspokojení přihlášených pohledávek. Insolvenční návrh tak mohl být např. zamítnut pro nedostatek majetku dlužníka,¹⁷ anebo věřitelé v rámci rozvrhu (vypořádání) obdrželi jen část uplatňované (zjištěné) pohledávky. Po skončení insolvenčního řízení již přitom neexistují relevantní právní nástroje, jimiž by se mohl věřitel na dlužníkově – právnické osobě - domoci uhrazení pohledávky.

3. POSTUP V PŘÍPADĚ NEUHRAZENÍ POHLEDÁVKY V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

Je otázkou, jak dále postupovat, pokud se územní samosprávný celek jako věřitel nedomůže uhrazení své pohledávky v insolvenčním řízení. Dle mého názoru je zcela legitimní, aby věřitel obrátil svou pozornost vůči statutárním orgánům „zkrachovalých“ právnických osob. Vůli právnické osoby vytváří a úkony jejím jménem vždy činí konkrétní fyzické osoby – statutární orgány, které by také měly nést odpovědnost za škody, které třetím osobám vznikly v důsledku jejich manažerských rozhodnutí, jež právnickou osobu přivedla do insolvence. V této souvislosti je na místě připomenout i povinnost statutárních orgánů obchodních společností vykonávat svou

¹⁵ Srov. ust. § 38 odst. 7 zákona o obcích a ust. § 17 odst. 4 zákona o krajích: *Obec (kraj) je povinna (povinen) trvale sledovat, zda dlužníci včas a řádně plní své závazky, a zabezpečit, aby nedošlo k promlčení nebo zániku z nich vyplývajících práv.*

¹⁶ Srov. především ust. § 173 odst. 1 a 2 insolvenčního zákona: *Věřitelé podávají přihlášky pohledávek u insolvenčního soudu od zahájení insolvenčního řízení až do uplynutí lhůty stanovené rozhodnutím o úpadku. K přihláškám, které jsou podány později, insolvenční soud nepřihlíží a takto uplatněné pohledávky se v insolvenčním řízení neuspokojují. Přihlašují se i pohledávky, které již byly uplatněny u soudu, jakož i pohledávky vykonatelné včetně těch, které jsou vymáhány výkonem rozhodnutí nebo exekucí.*

¹⁷ Srov. ust. § 144 odst. 4 insolvenčního zákona: *Usnesení o zamítnutí insolvenčního návrhu pro nedostatek majetku je podkladem pro výmaz dlužníka z obchodního rejstříku, nejde-li o právnickou osobu zřízenou zákonem.*

činnost s péčí řádného hospodáře.¹⁸ Tato povinnost je pro představenstvo akciové společnosti stanovena v ust. § 194 odst. 5 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), a pro jednatele společnosti s ručením omezeným pak v ust. § 135 odst. 2 obchodního zákoníku (odkazem na obdobné použití ust. § 194 odst. 5). Co se rozumí péčí řádného hospodáře přitom platná právní úprava explicitně nestanoví.¹⁹

Právní nástroj, který věřitelům umožní činit nezbytné právní kroky vůči fyzickým osobám - statutárním orgánům právnických osob – lze však nalézt přímo v insolvenčním zákoně. V ustanoveních § 97 – § 100 insolvenčního zákona je zakotvena povinnost podnikatele (dlužníka) podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležitě pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku. Tuto povinnost přitom kromě samotného dlužníka – právnické osoby – mají také zákonní zástupci dlužníka a jeho statutární orgán, tzn. konkrétní fyzické osoby. V případě, že statutární orgán podnikatele (jednatel, představenstvo) tuto svou povinnost nesplnil, odpovídá věřitelům za škodu nebo jinou újmu, kterou způsobí porušením této povinnosti.²⁰ Výše škody se přitom stanoví jako

¹⁸ Srov. Rada I.: Jednatelé s.r.o. Představenstvo a.s. - práva, povinnosti, odpovědnost, Praha : Linde nakladatelství s.r.o., 2003, str. 147: *Současná právní úprava již ukládá statutárním orgánům všech obchodních společností stejnou povinnost, a to jednat s péčí řádného hospodáře. S ohledem na to, jaký význam má porušení této povinnosti pro odpovědnost členů statutárních orgánů, by však podle mého názoru bylo vhodné legislativně zakotvit obsah tohoto pojmu. Dalším důvodem pro tento krok je skutečnost, že s ohledem na historický výklad tohoto pojmu, bude jeho význam v obchodněprávních vztazích jiný než např. v zákoně o rodině, kde je rovněž užíván.*

¹⁹ K vymezení pojmu „s péčí řádného hospodáře“ srov. např. Důvodovou zprávu k návrhu zákona č. 370/2000 Sb., kterým se mění obchodní zákoník a některé další zákony, citováno dle ASPI ID LIT13617CZ: *Požadavek péče řádného hospodáře předpokládá, „že společník řádně pečující o záležitosti společnosti dovede rozpoznat, že je nutná odborná pomoc speciálně kvalifikovaného subjektu a dovede tuto pomoc pro společnost zajistit.“*

²⁰ Srov. Kotoučová J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 292 - 293: *Naprostou novou úpravu doznalo sankční ustanovení postihující osobu, která je povinna podat insolvenční návrh dlužníka podle insolvenčního zákona (§ 98 InsZ). Dosud hrozila sankce z oblasti trestního práva (§ 126 odst. 2 TrZ), která na základě skutkové podstaty trestného činu porušování povinností při řízení o konkursu stanovila možnost uložení trestu odnětí svobody od šesti měsíců do tří let nebo zákaz činnosti nebo peněžitý trest za to, že ten, kdo ze zákona má povinnost podat návrh na prohlášení konkursu, toto neučiní. Tato právní úprava byla vypuštěna z trestního zákona novelou účinnou od 1. 1. 2008, a to proto, že od svého zavedení do této právní normy od 1. 5. 2000 svůj účel nesplnila, byla využívána naprosto ojedinele a chování podnikatelských subjektů, kteří se ocitli v úpadku, dostatečně neovlivnila. Naproti tomu nová úprava postihuje dlužníka a zejména statutární orgán dlužníka, resp. jeho likvidátora na nejcitlivějším místě, tedy určitým majetkovým postihem. Věřitelé dávají možnost se na výše uvedených osobách uspokojit se svou pohledávkou, což se jeví jako účinnější.*

rozdíl mezi výší pohledávky přihlášenou a zjištěnou v insolvenčním řízení a částkou, kterou věřitel k uspokojení své pohledávky skutečně obdržel. Odpovědnosti za škodu se fyzická osoba zproští pouze v případě prokázání některého z liberačních důvodů uvedených v insolvenčním zákoně.²¹ Insolvenční zákon dokonce umožňuje věřiteli, aby podal insolvenčnímu soudu návrh na vydání předběžného opatření, kterým bude povinné osobě uloženo, aby na náhradu škody nebo jiné újmy složila do úschovy přiměřenou peněžitou částku.

Jsem toho názoru, že za součást obchodním zákoníkem zmiňované „péče řádného hospodáře“ je třeba považovat i „náležitou pečlivost“ zmíněnou v ust. § 98 odst. 1 insolvenčního zákona v souvislosti se zjištěním úpadku podnikatele. V literatuře je dovozováno, že „o stavu úpadku by se měl podnikající subjekt dozvědět nejpozději při sestavení účetní závěrky nebo uzávěrky.“²²

Pokud je mi známo, v případech řešených obcemi či kraji se jedná zpravidla o situace, kdy insolvenční řízení je zahájeno z podnětu věřitele a nikoli dlužníka či statutárního orgánu dlužníka. Z přehledů pohledávek přihlášených do konkrétních insolvenčních řízení pak většinou vyplývá, že pohledávky často vznikly i několik let před zahájením insolvenčního řízení. Lze se tedy oprávněně domnívat, že při dodržení principu péče řádného hospodáře (resp. náležité pečlivosti) měl především statutární orgán právnické osoby včas vědět o skutečném ekonomickém stavu podnikatele (právnické osoby), splnit svou zákonnou povinnost a z důvodu úpadku (resp. hrozícího úpadku) podnikatele podat dlužnický insolvenční návrh. Pokud tak statutární orgán neučinil a podnikatel pokračoval v činnosti, docházelo k dalšímu zhoršování jeho ekonomické situace a zejména ke zhoršování pozice věřitelů z hlediska vymožitelnosti jejich pohledávek. Postup (resp. nečinnost) statutárních orgánů podnikatele v daném případě může představovat porušení povinnosti uložené jim v ust. § 98 odst. 2 insolvenčního zákona, s níž je spojena odpovědnost těchto fyzických osob za škodu ve smyslu ust. § 99 insolvenčního zákona.

²¹ Insolvenční zákon definuje jen 2 liberační důvody, přičemž jejich prokázání je na povinné osobě:

- porušení povinnosti podat insolvenční návrh nemělo vliv na rozsah částky určené k uspokojení pohledávky přihlášené věřitelem v insolvenčním řízení
- povinnost nespĺnila vzhledem ke skutečnostem, které nastaly nezávisle na její vůli a které nemohla odvrátit ani při vynaložení veškerého úsilí, které lze po ní spravedlivě požadovat.

²² Srov. např. Kozák J., Budín P., Dadam A., Páchl L. Insolvenční zákon a předpisy související. Nařízení Rady (ES) o úpadkovém řízení. Komentář. Praha: ASPI, a.s., 2008, str. 123

4. ZÁVĚREM

Na základě výše uvedených skutečností lze doporučit, aby obce a kraje, v případech, kdy v rámci insolvenčního řízení nebude jimi uplatněná pohledávka za dlužníkem – právnickou osobou - uhrazena v plném (uznaném) rozsahu, uplatňovaly nárok na náhradu škody ve smyslu ust. § 99 insolvenčního zákona vůči konkrétním fyzickým osobám – statutárním orgánům podnikatele. Tento nárok je možné uplatnit po skončení insolvenčního řízení příp. formou návrhu na vydání předběžného opatření již v průběhu insolvenčního řízení.²³ Každé uplatnění popsaného postupu v jednotlivém případě musí být samozřejmě podloženo analýzou jeho konkrétních podmínek (např. z hlediska přesného určení osob vůči nimž bude žaloba na náhradu škody směřovat).²⁴

Literature:

- Hurdík J. Právnické osoby a jejich typologie, Praha: C. H. Beck, 2003
- Kotoučová J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008
- Kozák J., Budín P., Dadam A., Pachel L. Insolvenční zákon a předpisy související. Nařízení Rady (ES) o úpadkovém řízení. Komentář. Praha: ASPI, a.s., 2008
- Pospíšil P. Jak na pohledávky obce nebo kraje. Moderní obec, 2010, č. 11
- Pospíšil P. K některým specifickým otázkám ručení územních samosprávných celků za závazky fyzických a právnických osob (in COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010)
- Pospíšil P. Ručení územních samosprávných celků za závazky fyzických a právnických osob, Právní rádce, 2010, č. 7

²³ V případě podání návrhu na vydání předběžného opatření je třeba, v souladu s ust. § 75b odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, počítat s nutností složit jistotu ve výši 50 tis. Kč.

²⁴ Text tohoto příspěvku v modifikované podobě byl autorem publikován v časopise Moderní obec – srov. Pospíšil P. Jak na pohledávky obce nebo kraje. Moderní obec, 2010, č. 11, str. 44 - 45

- Průcha P., Pomahač R. Lexikon – Správní právo, Nakladatelství Jiří Motloch – Sagit, Ostrava, 2003
- Rada I.: Jednatelé s.r.o. Představenstvo a.s. - práva, povinnosti, odpovědnost, Praha : Linde nakladatelství s.r.o., 2003
- Roubínková D. Management obcí: organizační struktura a nositelé řídicích rozhodnutí, Karlovarská právní revue 2007, č. 1

Contact – email

petr.pospisil@kr-t.cz

ROZHODČÍ DOLOŽKA VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

DUŠAN RUŽIČ

Moravskoslezský kraj - Krajský úřad, Ostrava, Česká republika

Abstract in original language

Článek "Rozhodčí doložka ve spotřebitelských smlouvách" se zabývá problematikou vrůstající tendence používat rozhodčí doložky v tomto typu smluv a zodpovědět otázku, zda je takové jejich užití účelné a zda toto umístění nestěžuje pozici spotřebitele a neomezuje jej tak na jeho právech. Po stručném obecném úvodu se článek zaměřuje na jednotlivé aspekty problému, hlavně na danou problematiku v českém právním řádu, kterou se pokouší objasnit a vysvětlit.

Key words in original language

Rozhodčí doložka; spotřebitelská smlouva; ochrana spotřebitele.

Abstract

The article titled "Arbitration Clause in Consumer Contracts" centers around the issue of the rising tendency to use arbitration clauses in this type of contract and tries to answer the question whether such use of these clauses is purposeful and whether it does not worsen the position of the consumer and trespass on his rights. After a brief general introduction the article focuses on the individual aspects of the problem, mainly on the dilemma in Czech law; it tries to clarify and explain.

Key words

Arbitration clause; consumer contract; consumer protection.

1. ÚVODEM

Řešení sporů prostřednictvím nezaujatého rozhodce je nadneseně řečeno asi tak staré jako lidstvo samo. Ve starověkém Římě, z jehož odkazu čerpá kontinentální právní systém až do dneška, bylo řešení sporů před rozhodcem jednou z nejpoblárnějších forem urovnávání sporů. Ve středověku pak bylo rozhodování obchodněprávní sporů před rozhodcem preferovanou metodou jejich řešení.¹

Co se tuzemska týče, od založení Rozhodčího soudu v České (resp. Československé) republice v roce 1949, tehdy ještě při Československé obchodní komoře, se toho hodně změnilo. Ze zpočátku spíše bezvýznamné

¹ Robert V. Massey Jr. – History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States

instituce se postupem času stal úřad, který v soudobém soukromém právu sehrává významnou roli, zejména v právu obchodním a právu mezinárodním soukromém. Dneska je už obtížné si vůbec představit soudní soustavu, ve které instituce rozhodčího soudu chybí.

2. ROZHODČÍ DOLOŽKA A ROZHODČÍ ŘÍZENÍ OBECNĚ

Příslušnost a pravomoc rozhodčího soudu při vyjednávání sporů je založena písemnou rozhodčí smlouvou, tzn. smlouvou (nebo její dodatkem) obsahující rozhodčí doložku, v níž je pravomoc rozhodčího soudu výslovně zakotvena.² Rozhodčí doložka představuje ujednání smluvních stran ve smlouvě, že všechny spory, které by mohly mezi stranami v budoucnu vzniknout z konkrétního právního vztahu, budou rozhodnuty v rozhodčím řízení ad hoc nebo před stálým rozhodčím soudem³. Uzavřením rozhodčí smlouvy dochází k derogaci jurisdikce obecných soudů. V případě, že by jedna ze smluvních stran podala návrh na zahájení řízení u obecného soudu, druhá strana má právo vznést námitku nedostatku pravomoci obecného soudu.

Výhoda rozhodčího řízení spočívá v jeho neformálnosti, jednoduchosti, rychlosti a takřka okamžité vykonatelnosti rozhodnutí obsažených v rozhodčích nálezích – dokonce i v zahraničí (na základě Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřené 10. června 1958 v New Yorku). Nezanedbatelnou výhodou je také finanční přístupnost a nízkonákladovost rozhodčího řízení, zejména v porovnání se státním soudnictvím. Jen pro srovnání před rozhodčím soudem při vnitrostátním sporu činí poplatek za rozhodčí řízení 3 % z hodnoty sporu a strany mají zajištěno vydání exekučního titulu ihned v prvoinstančním řízení, zatímco v řízení před obecným českým soudem činí soudní poplatek 4% z hodnoty sporu, přičemž s ohledem na možnost odvolání nemají strany zajištěno v první instanci vydání exekučního titulu⁴. Nutno ovšem zároveň podotknout, že "každá mince má dvě strany", neboť rozhodčí soudy vydávají zásadně vlastní pravidla týkající se poplatků v rozhodčím řízení a tyto můžou být vyšší než při podání návrhu u obecního soudu.

Při vyjednávání smlouvy s rozhodčí doložkou mají smluvní strany dále možnost si stanovit, jakým způsobem bude ustanoven rozhodce projednávající případné spory nebo může domluva stran také obsahovat, že

² §2 zákona č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů

³ Růžička, K. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře české republiky. Aleš Čeněk. Pelhřimov. 2003, s. 38

⁴ Růžička, K. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře české republiky. Aleš Čeněk. Pelhřimov. 2003, s. 26

spory bude projednávat nikoliv jediný rozhodce, ale senát složený ze třech rozhodců a rovněž způsob, jakým budou jmenováni.

Ve zkratce se dá říci, že řešení sporů cestou rozhodčího řízení je velice elegantní a přístupný způsob rezoluce neshod vyplývajících z nedodržení, resp. porušení smluvní povinnosti jedné ze stran daného závazku. Je ale na místě u všech druhů právně definovaných vztahů? V následujících řádcích se podíváme zejména na vztahy vznikající na základě spotřebitelských smluv a jaký vliv má existence rozhodčí doložky obsažené ve spotřebitelské smlouvě na práva a povinnosti zainteresovaných stran, tj. spotřebitele a dodavatele⁵. Spotřebitelem se rozumí fyzická osoba, která při uzavírání a plnění smlouvy nejedná v rámci své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání⁶.

3. ROZHODČÍ DOLOŽKA VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

V první řadě je na místě položit si otázku, zda rozhodčí doložka vůbec má ve spotřebitelských smlouvách co pohledávat. Samotný systém rozhodčích soudů byl v první řadě vytvořen za účelem projednávání obchodněprávních majetkových sporů, resp. obchodněprávních sporů s mezinárodním elementem, tj. primárně mezi dvěma podnikateli či právníckými osobami. Odpověď na tuto otázku tak není jednoznačná, v této problematice se prolíná praxe se stávající právní úpravou.

Spotřebitelskými smlouvami se dle ustanovení § 52 odst. 1 občanského zákoníku rozumí smlouvy kupní, smlouvy o dílo, případně jiné smlouvy, pokud smluvními stranami jsou na jedné straně spotřebitel a na druhé straně dodavatel, tj. podnikatel. Při používání rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách ale začínají vyvstávat problémy – spotřebitelské smlouvy mají často podobu formuláře, do něhož spotřebitel, jakožto „slabší“ smluvní strana, má velice omezenou, dalo by se říci až neexistující, možnost zasahovat. Řada obav z rozhodčích doložek a jimi implikovaného rozhodčího řízení má své kořeny v podezření, že rozhodce a podnikatel mohou být propojeni a tím pádem spotřebitel nebude mít nárok na spravedlivé a nestranné posouzení sporu. Ve spojení s nemožností ovlivnit způsob jmenování rozhodce nebo usmlouvat řízení před senátem rozhodců se dá proto bez potíží pochopit, proč běžný spotřebitel pociťuje vůči rozhodčímu řízení nedůvěru. Rozhodčí řízení je navíc jednoinstanční,

⁵ § 51a a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku

⁶ § 52 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku

bez možnosti odvolat se k vyšší autoritě v případě, že se spotřebitel cítí být zkrácen na svých právech.

Dalším důvodem, proč se spotřebitelská veřejnost tak často ocitá v pasti pro její kauzu nevhodného, rozhodčího řízení, je nedostatek informací. Jistěže, neznalost zákona neomlouvá, ale spotřebitelům, podnikatelům a také nám rozhodcům by ušetřilo mnoho práce a starostí, pokud by se rozhodčí řízení, jeho výhody, nevýhody, jakož i jeho samotný průběh, dostaly víc do veřejného povědomí.

Právní úprava spotřebitelských smluv v občanském zákoníku zpracovává příslušné předpisy Evropských společenství. Implementovaná směrnice č. 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách ovšem nebyla provedena do českého právního řádu bez problému, hlavně pokud jde o bod 1 písm. q) její přílohy. Tento bod obsahuje podmínky, které mohou být pokládány ve spotřebitelských smlouvách za nepřiměřené, jedná se o podmínku zbavení spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek, zejména požadovat na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů, nebo bránění uplatnění tohoto práva, nepřiměřené omezování důkazů, které má spotřebitel k dispozici, nebo ukládání důkazního břemene, které by podle použitelných právních předpisů mělo příslušet druhé smluvní straně, spotřebiteli. Nepřiměřenost rozhodčí doložky je v českém překladu směrnice podmíněna tím, že na rozhodčí soud se nevztahují ustanovení právních předpisů. Takovouto podmínku neobsahuje slovenský překlad směrnice, který obsahuje stejnou pasáž v tomto znění: „...najmä vyžadovať od spotrebiteľa, aby riešil spory neupravené právnymi ustanoveniami výhradne arbitrážou...“ V rámci slovenské verze překladu by se tak zdálo, že rozhodčí doložka ve spotřebitelské smlouvě je vždy považována za nepřiměřenou podmínku.⁷

Předpisy Evropského společenství nezakazují rozhodčí doložky ve spotřebitelských smlouvách, právě naopak, například směrnice 2002/65/ES ve svém čl. 14 ukládá povinnost členským státům povzbuzovat orgány příslušné pro mimosoudní řešení sporů, aby spolupracovaly při řešení přeshraničních sporů ohledně finančních služeb poskytovaných na dálku.

Většina spotřebitelských smluv bývá uzavírána spotřebitelem jako adhezní smlouva, tzn. že spotřebitel nemá možnost zasahovat do znění smlouvy, jeho jedinou možností je buď smlouvu přijmout nebo odmítnout. Proto je důležité u rozhodčí doložky ve všeobecných obchodních podmínkách posoudit, jestli je doložka dostatečně srozumitelná a jasná. Na druhou stranu lze ovšem argumentovat tím, že spotřebitel plně způsobilý k právním

⁷ <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodci-dolozky-ve-spotrebitejskych-smlouvach-ano-ci-ne-55269.html>

úkonům je odpovědný za smlouvy, kterou podepsal. Tato argumentace by však byla především v rozporu se základním cílem spotřebitelského práva a to ochrana spotřebitele. Dále je nutné se zamyslet nad tím, do jaké míry by měl stát zasahovat do smluvní volnosti za účelem ochrany spotřebitele jako slabší smluvní strany. Dále se rozhodčí doložka posuzuje po obsahové stránce, zda nedošlo k porušení procesní rovnosti stran. Nepřiměřené zvýhodnění k újmě spotřebitele se může projevit zejména při ustanovení rozhodce, např. rozhodce je určen ve smlouvě sjednávané adhezním způsobem, rozhodce jmenuje dodavatel, rozhodce jmenuje subjekt smluvně spojený s dodavatelem⁸.

Další důležitou otázkou je posouzení rozhodčí doložky jako ujednání s nerovnováhou v právech a povinnostech. Z pohledu právní úpravy rozhodčí řízení znamená rovnoprávnost v právním postavení jednotlivých účastníků, spotřebitel se ovšem obává toho, že rozhodčí řízení nebude probíhat stejně jako řízení soudní, což je vzhledem na jednoinstančnost rozhodčího řízení a nemožnosti podat opravný prostředek proti rozsudku rozhodčího soudu odůvodněná obava.

Ochraně práv spotřebitele se ve velké míře věnuje i legislativa i judikatura Evropských společenství. Při posuzování této problematiky se nedá nezmínit o relativně nedávném judikátu Evropského soudního dvora ESD C-168/05, *Mostaza Claro*, kteří kolegové rozhodci jistě dobře znají. V tomto rozsudku Evropský soudní dvůr vyslovil názor, že „objeví-li soud ve spotřebitelské smlouvě rozhodčí doložku, měl by ji z úřední moci prohlásit za neplatnou a z toho vyvodit i další důsledky, např. prohlásit rozhodčí nález za neplatný či nicotný.“ Problematika rozhodčích doložek a spotřebitelských smluv se pak v judikatuře Evropského soudního dvora objevila znovu pár let po předchozím rozsudku, ve věci ESD C-40/08, v němž ESD dále vyhlásil, že „vnitrostátní soud, který rozhoduje o návrhu na nucený výkon pravomocného rozhodčího nálezu, vydaného bez účasti spotřebitele, musí, pokud má za tímto účelem k dispozici nezbytné informace o právním a skutkovém stavu, i bez návrhu posoudit nepřiměřenost rozhodčí doložky obsažené ve smlouvě uzavřené prodávajícím nebo poskytovatelem se spotřebitelem.“ Tento judikát se dále zabývá možností spotřebitele se z nepřiměřeně použité rozhodčí doložky vyvázat.

Co se tuzemských soudů týče, Vrchní soud v Praze vydal 28.5.2009 rozhodnutí⁹, v němž dospěl k následujícímu závěru: „pokud rozhodčí smlouva neobsahuje přímé určení rozhodce ad hoc, anebo konkrétní způsob

⁸ ŠVESTKA, J., SPÁČIL, J. et al. *Občanský zákoník: komentář*. 2. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009 s. 548

⁹č.j. 12 Cmo 496/2008 - 28

jeho určení, ale jen odkazuje ohledně výběru rozhodce a stanovení pravidel rozhodčího řízení na právnickou osobu, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona a odkazuje na touto právnickou osobou stanovené statuty a řády ke jmenování a výběru rozhodců, jakož i způsobu vedení rozhodčího řízení a stanovení pravidel o nákladech řízení, pak je taková rozhodčí smlouva neplatná dle § 39 občanského zákoníku pro obcházení zákona.“ S tímto odůvodněním Vrchní soud v Praze spornou rozhodčí doložku uznal za neplatnou. Pokud pak projdeme i další aktuální judikaturu českých soudů vyšších stupňů, je nutné považovat užití rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách za porušení požadavků na ochranu spotřebitele¹⁰, kdy tuto skutečnost jsou soudy povinny zjišťovat i bez návrhu, a v souladu s judikaturou ESD, ve všech fázích řízení, míněno i v řízení exekucním.

Otázka rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách není v českém právním řádu jednoznačně vyřešena. Nabízí se více možností, jak tuto spornou situaci vyřešit; jednou z možností je zákaz rozhodčí doložky, další možností je sjednávat rozhodčí doložku individuálně. K cestě k individuálnímu sjednávání rozhodčí doložky se přiklání i výše zmíněná směrnice č. 93/13/EHS v čl. 3 odst. 1, kde se stanoví, že "smluvní podmínka, která nebyla individuálně sjednána, je považována za nepřiměřenou". Zákonodárce zde předpokládá, že pokud bude možnost rozhodovat případný spor rozhodčím soudem sjednána individuálně, bude to pro spotřebitele příznivější.

Závěrem bych se rád zmínil ještě o připravované právní úpravě v novém občanském zákoníku. V ustanovení § 1746 písm. k) se zakazují ujednání, které zbavují spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný procesní prostředek či mu v uplatnění takového práva brání, nebo ukládají spotřebiteli povinnost uplatnit právo výlučně u rozhodčího soudu nebo rozhodce, který není vázán právními předpisy stanovenými na ochranu spotřebitele. Zákonodárce se zde, dle mého názoru, vypořádal lépe s transpozicí výše zmiňované směrnice než dosavadní právní úprava, když jednoznačně stanovuje, čím mají být rozhodčí soudy vázány, a to právními předpisy určených k ochraně spotřebitele.

4. RESUMÉ

Problém rozhodčích doložek nespočívá v nepřiměřenosti nebo způsobu, jakým ovlivňují postavení smluvních stran. Problém je v tom, že ve spotřebitelských smlouvách jsou tyto doložky absolutně nevhodné a takřka mimo svůj element. Rozhodčí doložka je nástrojem obchodněprávním,

¹⁰ Viz. zejména § 56 odst. 1 občanského zákoníku, podle něhož „spotřebitelské smlouvy nesmějí obsahovat ujednání, která v rozporu s požadavkem dobré víry znamenají k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran“

v první řadě je nástrojem sloužícím k urychlení a vymáhání práv plynoucích z obchodních závazků. Samotný mechanismus rozhodčích doložek závadný není, chybné je pouze jeho umístění, míněno ve spotřebitelských smlouvách. V českém právním řádu není problematika rozhodčích doložek v spotřebitelských smlouvách doposud jednoznačně vyřešena.

Literature:

- Massey, Robert V. Jr.: History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States
- Mgr. David Slováček: „Ochrana spotřebitele a rozhodčí doložky“, Bulletin advokacie 7-8/2009
- Mgr. et Ing. Jana Horská, Mgr. Jakub Burian: „Rozhodčí doložka ve spotřebitelských smlouvách - judikatorní výklad“ - <http://www.elaw.cz/cs/obcanske-pravo/212-rozhodci-dolozka-ve-spotrebitelskych-smlouvach-judikatura.html>
- <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodci-dolozky-ve-spotrebitelskych-smlouvach-ano-ci-ne-55269.html>
- http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Navrh%20obcanskeho%20zakoniku_ver_2010.pdf
- ŠVESTKA, J., SPÁČIL, J. et al. Občanský zákoník: komentář. 2. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009
- Růžička, K. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře české republiky. Aleš Čeněk. Pelhřimov. 2003
- Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
- Směrnice č. 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách
- Judikatura: Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze č.j. 12 Cmo 496/2008 - 28

- Rozhodnutí Evropského soudního dvora ESD C-168/05
- Rozhodnutí Evropského soudního dvora ESD C-40/08

Contact – email
advokati@madur.cz

TECHNICAL APPROACH OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

MOJMÍR SABOLOVIČ

Faculty of Law, Masaryk University, Department of Financial Law and
Economics, Czech Republic

Abstract in original language

Cílem příspěvku je teoretická analýza vybrané techniky ekonomické analýzy práva s padající do oblasti moderních dynamických přístupů. Je ilustrován fuzzy přístup k identifikaci dílčích změn v ekonomické aktivitě zachycené změnami v makroekonomických agregátech jako následek řízených změn v pravidlech chování.

Key words in original language

Ekonomická analýza práva; fuzzy; dynamický přístup; fuzzy integrál.

Abstract

The paper deals with theoretical analysis of modern dynamics technique of economic analysis of law. The fundamental tool for concerning the changes of economic environment belongs to fuzzy sets. The state of economy is captured by macroeconomic aggregates. The aim of economic approach is the observation of infinitesimal shift caused by the behavioral rules.

Key words

Economic analysis of law; fuzzy; dynamics approach; fuzzy integral.

1. ÚVOD

Ekonomická analýza práva, tak jak je pojímána a akceptována Chicagskou školou, zahrnuje velmi široké spektrum dílčích přístupů a pohledů. Za základní diskrepanci považujeme, pro účely této práce, příliš volnou formu analytických metod. Pokud se touto disciplínou zaobírají odborníci z oblasti právní "větvě", trpí jejich výstupy obvykle přílišnou vágností, až empirickou neuchopitelností. Tento nedostatek lze přičíst metodice právní vědy, která je ve většině zastoupena narativní explanací. Výsledkem potom bývá fakt, že se vlastně jedná o opis příslušného právního předpisu (pravidla chování) vlastními slovy a jediným skutečným přínosem je, že v textu nejsou uvedeny "znaky paragrafů". Je však toto účelné a postačující pro tvůrce hospodářské politiky? Mají podobné výstupy jiný než teoretický dopad? Domníváme se, že nikoliv. Do rozboru dopadů změn v chování, které jsou na makroekonomické úrovni zachyceny odborníci z "ekonomické větve" zahrnují běžně používané metody analýz časových řad, kteréž to se dynamicky vyvíjí s růstem poznání v oblasti IT a možnostmi využívání těchto poznatků. Cílem tohoto příspěvku je teoretický rozbor dynamické metody schopné zachytit změny dílčích hodnot ukazatelů a jejich

vzájemných vlivů, jejímž autorem je matematický ekonom prof. Casta (Casta a kol., 1998, 2001, 2003, 2005). Přínosem této práce je implementace metodiky (Casta a kol., 1998, 2001, 2003, 2005) založené na využití fuzzy integrálu pro zachycení dílčích změn v mikroekonomickém prostředí na oblast sledování změn ve výkonu ekonomiky jako celku, tedy oblasti makroekonomické, způsobených změnami v pravidlech chování.

2. MĚŘENÍ ZMĚN MAKROEKONOMICKÝCH VELIČIN

Stanovení hodnoty základních makroekonomických agregátů (inflace, HDP, nezaměstnanost, čistý export) je založeno na aplikaci elementárních aritmetických operací vycházejících z principu aditivity. Ze své podstaty tyto standardní metody nemohou vyjádřit vztahy posilování, stimulace, růstu a zejména vzájemného působení, které existují mezi prvky organizovanému ekonomického systému. Východisko pro zachycení změn vzájemného působení makroekonomických agregátů nabízí princip fuzzy množin s využitím spojitých časových řad - fuzzy integrace. Koncept fuzzy integrálu představili Choquet (1953) a Sugeno (1977). Aplikaci fuzzy integrálů v procesu stanovení hodnoty se zahrnutím efektů vzájemného působení poprvé představil Casta – Bry (1998), Casta – Lesage (2001), Casta – Bry (2003), Casta a kol. (2005). Standardní metody pro stanovení hodnoty jsou založeny na předpokladu, že hodnota dílčího systému, reprezentovaného vybraných makroekonomických agregátem, H se rovná součtu hodnot jednotlivých prvků systému, viz [1]. (Casta, Bry; 2003)

$$H(\{x_i\}_{i=1}^l) = \sum_{i=1}^l h(x_i)$$

[1]

H hodnota systému jako celku (makroekonomického agregátu)

h hodnota jednoho prvku systému (např. export)

x_i prvky systému (např. poptávka po dílčích službách)

Aditivní způsob ekonomického zobrazení je nerelevantní v případě zobrazení subjektů s výrazným podílem znalostní ekonomiky. Z těchto důvodů Casta a kol. (2003) přikládají význam pozici a pořadí, které zaujímají navzájem jednotlivé prvky systému a takto chápané uspořádání považují za zdroj hodnoty. Jestliže bereme v úvahu strukturu a vzájemné vztahy vyjadřují Casta, Bry (2003) hodnotu vztahem [2].

$$H(\{x_i\}_{i=1}^l) > \sum_{i=1}^l h(x_i)$$

[2]

Koncept fuzzy integrálů je v přímé návaznosti na fuzzy systém měření. Rozšiřuje integrální počet o možnost pracovat s hodnotami, které nemusí být bezpodmínečně aditivní. (Casta, Bry; 2003) Jedná se o integraci reálné funkce ve vztahu k dané fuzzy míře (Grabisch a kol., 1995; Dennberg, 1994).

Pro konečnou, neprázdnou množinu X s n prvky, existuje fuzzy proměnná (Sugeno, 1977) μ , která je prvkem $P(X)$, ta je podmnožinou X . Fuzzy proměnná může nabývat hodnot v intervalu $(0;1)$ (Casta, Bry; 2003):

$$(1) \mu\{\} = 0$$

[3]

$$(2) \mu(\Phi) = 1$$

[4]

$$(3) \forall A \subseteq B, \mu(A) \leq \mu(B)$$

[5]

Koncept obsahuje pro potřeby stanovení hodnoty makroekonomického agregátu velmi důležitou charakteristiku – není založen na axiomu aditivity.

S ohledem na požadavky modelu, dvě nespojitě množiny E a F mohou chovat následujícím způsobem:

$$(1) \mu(E \cup F) = \mu(E) + \mu(F)$$

[6]

$$(2) \mu(E \cup F) \geq \mu(E) + \mu(F)$$

[7]

$$(3) \mu(E \cup F) \leq \mu(E) + \mu(F)$$

[8]

Vztah [6] vyjadřuje aditivní (Additive) chování, vztah [7] vyjadřuje pozitivní přebytek (Over-additive, Synergy), vztah [8] vyjadřuje deficit (Redundancy). Definice fuzzy systému vyžaduje určení všech podmnožin X , což, znamená, že musí být počítáno s 2^n koeficienty. (Casta, Bry; 2003)

Předefinování systému fuzzy systému měření hodnot implikuje otázku definice integrálu ve vztahu k měřítku (Sugeno, 1977; Choquet, 1953). Sugeno integrál měřitelné funkce [9] ve vztahu k fuzzy proměnné μ , je definován pomocí podmíněné pravděpodobnosti, viz [101].

$$f : X \rightarrow [0;1]$$

[9]

$$S_{(f)} = \max_{\alpha \in [0;1]} (\min(\alpha; \mu(\{x | f(x) > \alpha\})))$$

[101]

Jelikož Sugeno integrál je definován pomocí operátorů min a max, není vhodný pro modelování synergie (Casta, Bry; 2003). Casta, Bry (2003) proto volí Choquet integrál; Choquet integrál měřitelné funkce [9] ve vztahu k fuzzy proměnné μ , je definován vztahem [21].

$$C_{(f)} = \int \mu(\{x | f(x) > y\}) dy$$

[21]

Je-li definována konečná množina prvků $X = \{x_1, x_2, \dots, x_n\}$, které mohou nabývat funkčních hodnot $0 \leq f(x_1) \leq \dots \leq f(x_n) \leq 1$, kde $A_i = \{x_i, \dots, x_n\}$, lze psát Choquet integrál ve tvaru [12] (Casta, Bry; 2003).

$$C_{(f)} = \sum_{i=1}^n [f(x_i) - f(x_{i-1})] \mu(A_i)$$

[12]

Je-li $1(A=B)$ chápána ve smyslu indikační funkce (Indicator Function), která nabývá hodnot 1 jestliže $A=B$, jinak 0, lze psát [13], [14].

$$C_{(f)} = \int \left(\sum_{A \in P(X)} \mu(A) \cdot 1(A = \{x | f(x) > y\}) \right) dy$$

[13]

$$C_{(f)} = \sum_{A \in P(X)} \mu(A) \cdot \int \left(\sum_{A \in P(X)} 1(A = \{x | f(x) > y\}) \right) dy$$

[14]

Je provedena substituce hodnoty integrálu ze vztahu [14] funkcí $g_A(f)$. Choquet integrál je následně vyjádřen vztahem [15].

$$C_{(f)} = \sum_{A \in P(X)}^n \mu(A) \cdot g_A(f)$$

[15]

Choquet integrál zahrnuje jako operátory součet (sumu) a běžný součin. Dále lze Choquet integrál redukovat na Lebesgue integrál, kde je μ označena jako Lebesgue proměnná a tím rozšiřuje možnosti neaditivního stanovování celkových hodnot. Následkem monotónnosti je rostoucí vzhledem k proměnné a integrandu. Z toho důvodu lze Choquet integrál aplikovat jako agregační operátor (Casta, Bry; 2003).

Přístup k sestavování modelů prostřednictvím fuzzy integrálů umožňuje (zcela nebo alespoň částečně) kompenzovat nedostatky klasických operátorů (Grabish a kol., 1995). Fuzzy integrály umožňují tvorbu detailních modelů, které zahrnují jinak obtížně vyjádřitelné efekty vzájemného vlivu (Casta, Bry; 2003), zejména:

- Lze vyjádřit redundanci dílčího ukazatele popisujícího výkon ekonomiky;
- Hodnota μ je „podhodnocená“ (under-additive) jestliže jednotlivé prvky (položky) jsou redundantní nebo se vzájemně tlumí;
- μ je aditivní (součtem) pro nezávislé prvky (položky);
- μ je vyjadřuje pozitivní přebytek (over-additive), když vyjadřuje synergii a reinforcement;
- Kompenzační efekt – všechny stupně kompenzace (náhrady) mohou být vyjádřeny kontinuální změnou id minima do maxima;
- Sémantický základ agregačních operátorů.

Modelování Choquet integrálem předpokládá konstrukci takového systému měření, který reflektuje význam dané problematiky. Vzhledem k tomu, že systém měření není a priori dekomponovatelný (Decomposable), je nutné definovat hodnotu 2^n koeficientů $\mu(A)$, kde $A \in P(X)$. Casta, Bry (1998, 2003) navrhli nepřímou ekonometrickou metodu pro stanovení koeficientů. V případech, kdy struktura vzájemného působení (interakce) může být stanovena přibližně odhadem, je možné redukovat kombinatorickou část problému omezením analýzy synergie na vnitřní podmnožiny. (Casta, Bry; 1998, 2003)

Stanovení fuzzy proměnných, dle metodiky Casta, Bry (1998, 2003) 2n koeficientů, vyvolává otázky, pro které již byla řada metod vytvořena (Grabish, Nicolas, 1994; Grabish a kol., 1995). Metoda Casta, Bry (1998, 2003) je založena na nepřímém stanovení koeficientů na učitím se vzorku korporací pro které je známa celková hodnota.

3. ZÁVĚR

Vzrůstající podíl znalostní ekonomiky v hospodářství rozvinutých zemí vyžaduje nové techniky, které tyto změny dokážou reflektovat. Změny v technologickém faktoru, stejně jako jakékoliv jiné změny jsou ovlivňovány limity a pravidly chování, které jsou součástí jakéhokoliv právního státu. Základní techniky, které jsou používány při dekompozicích časových řad y, makroekonomických agregátů nezahrnují možnost tvorby hodnoty na základě vzájemného působení dílčích prvků národního hospodářství. Metodika založená na využití fuzzy integrálů tyto možnosti obsahuje. V ČR jsou tyto kvantitativní metody analýzy dopadů ve změnách pravidel chování využívány spíše omezeně. Implikace pro další výzkum v této oblasti jsou v oblasti empirického testování změn v daňovém zatížení z pohledu jejich dopadů na příjmovou stránku státního rozpočtu (standardní metodika) a jejich dopadů na změnu výkonů národního hospodářství v oblasti znalostní ekonomiky, které nejsou běžně předmětem zájmu. S ohledem na možnosti konkurenceschopnosti, které může ČR akcelarovat se, však takový nástroj jeví jako nezbytný pro dosahování efektivnosti implementace právních předpisů na makroekonomické úrovni.

Literatura:

- Casta, J. F., Bry, X. "Synergy, financial assessment and fuzzy integrals", in Proceedings of IVth Meeting of the International Society for Fuzzy Management and Economy (SIGEF), Santiago de Cuba, 1998, vol. II, 17-42.
- Casta, J. F., Lesage, C.: Accounting and Controlling in Uncertainty : concepts, techniques and methodology, in Handbook of Management under Uncertainty, J. Gil-Aluja (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001.
- Casta, J. F., Bry, X. Synergy Modelling and Financial Valuation: The Contribution of Fuzzy Integrals. 2003, online cit. [5.5.2010]. Dostupné z: <http://econpapers.repec.org/scripts/redir.plex?u=http%3A%2F%2Fbasepu>

b.dauphine.fr%2Fxmlui%2Fbitstream%2F123456789%2F1036%2F2%2F
Casta_cereg200304.PDF;h=repec:ner:dauphi:urn:hdl:123456789/1036

- Casta, J. F., Bry, X., Ramond, O. Intangibles Mismeasurement, Synergy, and Accounting Numbers: A Note, 2005, online cit. [7.3.2010]. Dostupné z:
<http://basepub.dauphine.fr/xmlui/bitstream/handle/123456789/2196/SSRN-id860824.pdf;jsessionid=A6570599C064990C344A1ADFE50AC6E0?sequence=2>
- Denberg, D. Non-additive measures and integral, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994.
- Grrabish, M., Nguyen H.T., Wakker E.A. Fundamentals of uncertainty calculi with applications to fuzzy inference, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.
- Choquet, G. "Théorie des capacités", Annales de l'Institut Fourier, 1953, n°5, 131-295.
- Sugeno, M.: "Fuzzy measures and fuzzy integrals: a survey", in Fuzzy Automata and Decision Processes, Gupta, Saridis, Gaines (eds.), 1977, 89-102.
- Grrabish, M., Nguyen H.T., Wakker E.A. Fundamentals of uncertainty calculi with applications to fuzzy inference, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.

Contact – email

mojmir.sabolovic@law.muni.cz

NĚKTERÉ NEGATIVNÍ ASPEKTY ZÁSAHŮ DO PRACOVNĚ PRÁVNÍCH VZTAHŮ

JOHAN SCHWEIGL

Právnická fakulta, Masarykova Univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Autor ve svém příspěvku načrtává negativní aspekty zásahů do pracovně právních vztahů, přičemž poukazuje na střet dvou rovin, z nichž lze nahlížet na regulaci pracovněprávních vztahů. Především přístup utilitaristický a etický. V části "utilitaristické" se věnuje především negativním následkům regulace tzv. minimální mzdy.

Key words in original language

Pracovněprávní vztahy; pracovní právo; institut minimální mzdy; Milton Friedman; Murray Rothbard.

Abstract

The author has outlined the negative aspects of interfering with employment relationships by presenting two approaches to regulation of employment relationships – (1) especially the utilitarian approach and (2) marginally even the ethical approach. In the “utilitarian” chapter, the author deals especially with economic aspects of such regulations. Especially he explains the negative effects of minimum wage laws.

Key words

Employment relationships; labor law; minimum wage laws; legitimacy of law; Milton Friedman; Murray Rothbard.

„Je skutečností, že [vládní] programy, které jsou označovány jako ve prospěch chudých a těch, co potřebují pomoc, mají skoro vždy naprosto opačný efekt, než jaký byl zamýšlen těmi, kteří je v dobré víře předkládali.“

Milton Friedman¹

Na regulaci společenských vztahů, která je vždy nějakou formou zásahu do autonomie vůle subjektů těchto vztahů, lze nahlížet z různých pozic. Tento krátký příspěvek načrtává především přístup utilitaristický, přičemž nejsou

¹ You tube web: Friedman on Minimum Wage, Milton Friedman, Dostupné zde: http://www.youtube.com/watch?v=ca8Z__o52sk&feature=related.

opomenuty ani některé aspekty etické. Toto je předvedeno na některých obecných institutech pracovního práva.

Pracovní právo je relativně mladým právním odvětvím soukromého práva s mnoha aspekty veřejnoprávními, které přes svoji samostatnost úzce souvisí i s jinými právními odvětvími, obzvláště občanským právem, resp. law of contract (což se odráží v tzv. „at-will principle“,² který je uplatňován v USA). Principiálně vzato, vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem je smluvním vztahem, jehož přímým předmětem jsou práva a povinnosti smluvních stran a nepřímým předmětem samotná práce poskytnutá zaměstnancem a samotná odměna placená zaměstnavatelem. „Pracovněprávním vztahem je společenský vztah, v němž jeho subjekty (účastníci), vystupují jako nositelé subjektivních práv a subjektivních povinností.“³

Prostřednictvím legislativních opatření je ovšem stále více a více narušován původní princip autonomie vůle, na základě kterého pracovněprávní vztahy, resp. společenské vztahy, jejichž předmětem byla vzájemná práva a povinnosti stran pracovní smlouvy, vznikaly a prohlubuje se regulativní funkce práva, která stanovuje maximální možnou míru autonomie vůle subjektů.⁴ K podobným regulacím, podobně, jako tomu je u spotřebitelského práva, dochází často ve jménu „ochrany zaměstnance“, jakožto „slabší“ strany právního vztahu. V tomto krátkém příspěvku budou analyzovány některé z právních institutů pracovního práva, které opírají svůj účel o „ochranu“ zaměstnance, přičemž bude poukázáno na to, že takové regulace mnohdy škodí těm, které, jak sami deklarují, mají chránit – tedy zaměstnancům.

Minimální mzda

² Princip *at-will* lze definovat následovně: jakékoliv zaměstnávání je chápáno jako *dle libosti, libovolné*; to znamená, že zaměstnavatel je svoboden propustit jednotlivce „z dobrého důvodu, špatného důvodu, či bez důvodu a zaměstnanec je stejně svobodný dát výpověď, stávkovat či jakkoliv jinak zanechat práce. In Mark A. Rothstein, Andria S. Knapp & Lance Liebman, *Cases and Materials on Employment Law* (New York: Foundation Press, 1987), 738 in Wikipedia web: At-will Employment. Dostupné zde: http://en.wikipedia.org/wiki/At-will_employment

³ GALVAS Pracovní právo, Brno: Doplněk, s. 128, ISBN: 80-7239-173-9.

⁴ Ibid. 129.

„Zatímco označovaným cílem zákonů stanovujících výši minimální mzdy je zlepšit příjmy mezních zaměstnanců, skutečný efekt je přesně opačný – učiní je to nezaměstnatelnými za zákonem stanovenou výši mzdy.“

Murray N. Rothbard⁵

Zákony stanovující hranici minimální mzdy jsou předkládány ze dvou základních pohnutek – ze záměrů „dobře“ míněných, a těch ostatních (viz dále). Nicméně, ať již je záměr takové „ochrany“ jakýkoli, tak důsledky jsou v podstatě totožné.

Kritika:

Institut minimální mzdy způsobuje nezaměstnanost, prohlubuje sociální rozdíly ve společnosti – prohlubuje chudobu a zdražuje produkty pro ostatní spotřebitele.

„Pokud by byl stát nezasáhl a nevyhlásil civilizovanou hranici, která stanovuje limit, pod nějž žádný slušný člověk nemůže jít, když platí jiné lidské bytosti za její práci, tak rozmarní zaměstnavatelé by se předbíhali při snižování platů“⁶ – mohl by být definován názor první skupiny zastánců stanovení minimální mzdy. Jak upozorňuje Robert Murphy, tak tento předpoklad je chybný hned z mnoha pohledů. V první řadě je třeba se ptát, proč všichni zaměstnanci nepracují za minimální mzdu – proč například soukromé nemocnice neplatí minimální mzdu špičkovým chirurgům? „Očividnou odpovědí je, že existence konkurence zabraňuje takovémuto absurdním závěrům.“⁷ Pokud by ale opravdu v nějakém sektoru byli zaměstnanci placeni mnohem méně, což by zaměstnavatelům přinášelo značný zisk, tak by taková situace byla především impulzem pro nové soutěžící vstoupit na trh a operovat ve stejném sektoru. K tomu, aby své získali zaměstnance, by jim museli nabídnout vyšší protiplnění za jejich služby – práci. Jak uzavírá Murphy, tak „tento proces by pokračoval tak dlouho, dokud by zaměstnancům nebylo skutečně placeno to, jakou mají pro své zaměstnavatele jejich službu hodnotu.“⁸

⁵ ROTHBARD, M. *Man, Economy, and State and Power and Market*, Auburn : Ludwig von Mises Institute, s. 1114, ISBN: 0-945466-30-7.

⁶ MURPHY, R.P. *The Politically Incorrect Guide to Capitalism*, Washington DC: Regnery Publishing, s. 23-24, ISBN: 978-1-59698-504-9.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

Krom toho je vhodné zmínit i další aspekt podobné situace, která se může čas od času objevit v určitém sektoru ekonomiky. V okamžiku, kdy má zaměstnavatel - v porovnání s jinými sektory - velmi vysoké zisky z toho důvodu, že platí „málo“ svým zaměstnancům, tak mezi těmi, kteří mohou vstoupit na trh jako nový zaměstnavatelé a podobné situace využít, se mohou vyskytnout i bývalí zaměstnanci, kteří mají potřebné know-how o určité činnosti. A v této souvislosti je vhodné připomenout i slova Richarda Cobdena, že „když na jednoho zaměstnavatele jsou dva dělníci, tak mzdy klesají, ale když jsou dva zaměstnavatelé na jednoho dělníka, mzdy rostou.“⁹ Jinými slovy narůstající počet zaměstnavatelů a s tím i rostoucí poptávka po dělnících, budou sami vytvářet tlak na růst mezd. Důležité je tedy umožnit především volný, resp. co nejméně omezený vstup na trh pro nové soutěžící, raději než stanovovat minimální výši mzdy.

Friedman připomíná, že to byla právě nejhůře placená zaměstnání, tak která nevyžadují příliš praxe a dovedností, která sloužila jako odrazový můstek či „tréninkový prostor“ pro pracovníky bez speciálních znalostí a dovedností. Zákony stanovující minimální mzdu však toto znemožnily. V okamžiku, kdy zaměstnavatel nemohl ocenit řádně služby nabízené zaměstnanci (práci), nezbývalo mu nic jiného, než takovou práci nevyužívat. Podobné zákony tudíž uměle způsobují nezaměstnanost a diskriminují pracovníky s nejmenšími dovednostmi. Slovy profesora Friedmana, to, co institut minimální mzdy zajistil, je maximálně to, že lidé, jejichž pracovní dovednosti nejsou dostatečné k výši zákonem stanovené výše minimální mzdy, budou nezaměstnaní,¹⁰ resp. zákon zaměstnavatelům říká, musíte diskriminovat ty, kteří nemají dostatečné dovednosti.

Zavedení minimální výše mzdy je tedy nerozlučně spjata s nárůstem nezaměstnanosti. „Co se stane, když se vláda rozhodne nastavit výši minimální mzdy na pět dolarů na hodinu a potrestat tak všechny ty, co se snaží zaměstnávat za tři dolary na hodinu? Rozhodne se takové společnosti vyrovnat rozdíl a ztratit dva dolary za hodinu na každém zaměstnanci, kterého se to týká? Taková společnost propustí část svých zaměstnanců a bude tlačit na zbývající, aby byli produktivnější.“¹¹ Možná se navýší produktivita, ale na čí úkor? Jsou zaměstnanci opravdu takovými regulacemi chráněni? Nebudou se zaměstnavatelé (výrobci či prodávající) snažit navýšit ceny svých produktů? A pokud ano, což je při vyšších nákladech na pracovní sílu pravděpodobné, koho se vyšší ceny nejvíce dotknou?

⁹ TUCKER, B. *Individual Liberty*, New York : Vanguard Presss, 1927,s.11 .

¹⁰ FRIEDMAN, M. *ibid.*

¹¹ MURPHY, R.P., *Ibid.* S. 24-25.

Pro větší ilustraci se podívejme na následující příklad. Jsme vlastníky restaurace a potřebujeme obsadit místo kuchaře. Dále sháníme osobu, které by se nám starala o účetnictví. Představme si, že jsme limitováni částkou 100 dolarů denně – více platit nemůžeme, protože jinak by nám podnikání nepřinášelo takový zisk, abychom se rozhodli i na dále naši restauraci provozovat. Na konkurz přijdou tři osoby. Osoba A – kuchař. Ten prohlásil, že nebude pracovat za méně, než 40 dolarů na den. Dále osoba B – účetní, který si žádá také 40 dolarů na den. Poslední osoba C – kuchař, který má zkušenosti i s účetnictvím a je ochoten přes den pracovat jako kuchař a po večerech nám dělat účetnictví si je vědom své hodnoty a požaduje 90 dolarů na den. Odhlédneme-li od výhod či nevýhod, které jsou spojeny se zaměstnáváním jedné či dvou osob a předpokládáme-li, že výkon méně kvalifikovaného kuchaře A je pro naše účely dostačující, tak se pravděpodobně rozhodneme zaměstnat osoby A a B, jelikož naše výdaje na jejich služby budou činit 80 dolarů. Osoba C by pro nás byla o 10 dolarů dražší. Jinými slovy, dali jsme práci osobám méně kvalifikovaným (ovšem levnějším) a vytvořili jsme dvě pracovní místa. Nyní se podívejme na situaci, kdy existuje hranice stanovující minimální mzdu na 50 dolarů denně. Koho zaměstnáme nyní? Osoby A a B, jimž bychom museli platit 2 x 50 dolarů, tedy 100 denně nebo osobu C, které zaplatíme jen 90 dolarů? Pravděpodobně se rozhodneme pro osobu C, čímž vytvoříme o jedno pracovní místo méně a zaměstnáme jednoho více kvalifikovaného na místo dvou méně kvalifikovaných. Koho tedy podobné právní předpisy skutečně chrání?

Uvažujme dále, a co když bude minimální mzda stanovena na hranici 55 dolarů denně. Můžeme si zaměstnat osoby A a B? Nemůžeme, a kdyby se neobjevila osoba C, tak bychom svoji restauraci museli zavřít. Popřípadě navýšit ceny pokrmů, které prodáváme. Koho by se to nejvíce dotklo? A co, kdyby se osoba C opravdu objevila a navrhla, že za 90 dolarů bude vykonávat funkci kuchaře i účetního, avšak další normy pracovního práva údajně „chrání“ zaměstnance – omezení maximální výše odpracovaných hodin, resp. omezení počtu přesčasových hodin – by nás nutily osobu C odmítnout. Chránily by ji v tomto případě pracovněprávní předpisy? Nechránily, poškodily by osobu C, zaměstnavatele i spotřebitele (v tomto případě hosty).

Jak připomíná Milton Friedman, tak existuje ještě druhá skupina zastánců právních předpisů stanovujících minimální výši mzdy. Na rozdíl od těch prvních, tito nemají čisté úmysly a představitelé první skupiny často zneužívají ke svému prospěchu. Jedná se o představitelé odborových svazů, resp. odborů, kteří usilují o to, aby prostřednictvím zákonů stanovujících minimální mzdu byla omezena jejich konkurence, kterou tvoří méně kvalifikovaní a tudíž levnější pracovníky.¹² Ve Spojených státech patřili

¹² FRIEDMAN, M. Ibid.

mezi největší zastávce zákonné regulace minimální mzdy představitelé hlavního (dnes již neexistujícího) odborového svazu Americké Federace Práce,¹³ přičemž „sotva existuje nějaký jejich člen, jehož příjem by se přibližoval minimální hranici mzdy. A navzdory veškerým slovům o tom, jak pomáhají chudým, tak podporovali zákonnou minimální mzdu ze zcela odlišných důvodů: protože ta chrání členy jejich odborů od konkurence, kterou představují méně kvalifikovaní lidé.“¹⁴

Z pohledu principů laissez-faire, je regulace minimální výše mzdy nepřijatelná: jedná se o neodmítkovatelný zásah do autonomie vůle jednotlivců a jejich vlastnictví. Mezi hlavní její důsledky patří:

- 1) omezení autonomie vůle obou stran smluvního vztahu – zde se nejedná ani tak o důsledek, jako o bezprostřední zásah (tedy možnosti učinit sám své odpovědné rozhodnutí – etický aspekt – je legitimní funkcí státu zasahovat do pracovních vztahů?¹⁵);
- 2) diskriminace zaměstnanců s nízkými dovednostmi – pokud jejich dovednosti, resp. služby, které mohou nabídnout, nedosahují hodnoty zákonem stanovené hranice, pak se nevyplatí je zaměstnávat;
- 3) růst nezaměstnanosti – viz předchozí bod;
- 4) vyšší náklady pro spotřebitele – vyšší náklady zaměstnavatele se odrážejí ve vyšší konečné ceně, kterou platí spotřebitel;
- 5) prohlubování chudoby – úzce souvisí s bodem č. 3;
- 6) vytváření základu pro podobné omezující regulace – jedna z mnoha dalších regulací, jejíž existencí může být argumentováno, při tvorbě nových podobných regulací, de facto se jedná o cenovou regulaci, která může být rozšiřována i na další služby, resp. produkty.

Literature:

- TUCKER, B. Individual Liberty, New York : Vanguard Press, 1927, s. 11
- MURPHY, R.P. The Politically Incorrect Guide to Capitalism, Washington DC: Regnery Publishing, s. 23-24, ISBN: 978-1-59698-504-9

¹³ The American Federation of Labor.

¹⁴ <http://www.youtube.com/watch?v=x6e8Pa6-IZU>. Tučný text – autor.

¹⁵ Více v: ROTHBARD M. Etika svobody.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- ROTHBARD, M. Man, Economy, and State and Power and Market,
Auburn : Ludwig von Mises Institute, s. 1114, ISBN: 0-945466-30-7

- GALVAS Pracovní právo, Brno: Doplněk, s. 128, ISBN: 80-7239-173-9

Contact – email

eurotrading@email.cz

HODINOVÁ SAZBA A PRÁVNÍ SLUŽBY

JAROMÍR ŠAVELKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita (Ústav práva a technologií),
Česká republika

Abstract in original language

Vzhledem k tomu, že velké množství advokátních kanceláří účtuje svým klientům platby na základě hodinové sazby, zaměřuje se příspěvek na základní aspekty zmiňované koncepce odměňování. Pozornost je věnována specifickým právních služeb, jež umožňují tyto služby poskytovat za podmínek hodinové sazby. Závěrem příspěvku je krátce diskutován dopad převažujícího modelu odměňování právních služeb na využívání moderních informačních a komunikačních technologií v rámci výkonu právní profese.

Key words in original language

Hodinová sazba; advokátní kancelář; efektivita.

Abstract

The paper is focused on the key aspects of the hourly billing remuneration system since the large number of law firms regularly bill their clients on the hourly basis. The attention is paid to specific features of legal services that have allowed their provision under the conditions of hourly billing. The concluding part is focused on the impact of the prevalent billing model on the use of information and communication technologies in the provision of legal services.

Key words

Hourly billing; law firm; effectiveness.

Advokát vdává dceru za mladého advokáta. Po obřadu přinese zeti velký šanon a povídá: "Tady je synu můj svatební dar, je to 10 let rozdělaný případ." Zeť asi za dva měsíce přijde za tchánem a povídá: "Tatínku, tak ten případ od vás, jak jste s ním nemohl deset let hnout, jsem již úspěšně vyřešil." Tchán se chytne za hlavu se slovy: "Cos to provedl, chlapče? Vždyť z toho případu se dalo žít dalších deset let."

Oblast odměňování právních služeb není v České republice široce a otevřeně diskutována, a to přestože společnost tuto otázku evidentně vnímá jako problematickou. Nejsem si sice vědom žádného sociologického výzkumu provedeného na území České republiky, z něhož by bylo možno získat přesná empirická data týkající se této problematiky, avšak mám za to, že ve společnosti existuje hluboce zakořeněné klišé, že advokáti za své služby dostávají často zapláceno nepřiměřeně mnoho. Tato skutečnost může být do značné míry zapříčiněna tím, že způsob, jakým bývá výše odměny

stanovena, není dostatečně transparentní a neodráží kvalitu poskytnutých služeb.

I. Různé modely odměňování právních služeb

Profesní organizace advokátů zpravidla poskytují svým členům poměrně detailní návod, jakým způsobem by měla být stanovována výše odměny za služby, jež poskytují. Tak například American Bar Association tuto problematiku adresuje ve svých Model Rules of Professional Conduct.¹ V nich sice nelze nalézt konkrétní sazby za poskytování různých právních služeb, avšak jsou cenným zdrojem obecných principů a zásad, na nichž by mělo určování výše odměny spočívat. S ohledem na obecnost úpravy a její hodnotovou orientaci představuje výše zmíněný dokument cenný pramen informací i mimo angloamerické právní prostředí.

Jako základní princip a korektiv vůči dalším zásadám obsahují pravidla „generální klauzuli“, která určuje, že advokát si za své služby nesmí nechat zaplatit nesmyslně vysokou (ang. orig. „unreasonable“) odměnu, ani naučtovat klientovi k úhradě nesmyslně vynaložené náklady. Za zmínku pak stojí vymezení dalších, tentokrát již o poznání konkrétnějších, požadavků na akt stanovení výše odměny. Především je žádoucí, aby odměna byla vypočítána na základě množství času a práce, jenž je třeba pro poskytnutí konkrétních služeb vynaložit, dále odpovídala originalitě a obtížnosti řešených otázek a rovněž brala v potaz schopnosti a znalosti, jimiž musí právník při adresování určitého problému disponovat. Vedle toho je samozřejmě třeba brát v potaz faktory jako obvyklou výši odměny účtovanou za obdobné služby ve stejném místě a čase, specifické požadavky na čas, ve kterém musí být služba poskytnuta, ať už vyvstanou ze strany klienta nebo zvláštních okolností situace (například v důsledku blížícího se konce procesní lhůty), množství práce, kterým klient advokáta pravidelně zásobuje, a zajisté také model, na jehož základě dochází ke stanovení výše odměny.²

V České republice problematiku odměňování služeb poskytovaných advokáty v obecné rovině upravuje tzv. etický kodex schválený usnesením předsednictva České advokátní komory,³ a to ve svém čl. 10 nadepsaném jako „Odměna advokáta“. V konkrétní rovině, a to dokonce na úrovni stanovení výše sazeb za různé služby, diskutované otázky reguluje vyhláška Ministerstva spravedlnosti o odměnách advokátů a náhradách advokátů za

¹ Vizte sekci 1.5 Fees obsaženou v American Bar Association: Model Rules of Professional Conduct [online]. Citováno 19. 11. 2010. Dostupný z: http://www.abanet.org/cpr/mrpe/mrpe_toc.html.

² Ibid., sekce 1.5, bod (a). Z anglického originálu přeložil autor příspěvku.

³ Usnesení představenstva České advokátní komory č. 1/1997 Věstníku ze dne 31. října 1996, kterým se stanoví pravidla profesionální etiky a pravidla soutěže advokátů České republiky (etický kodex), ve znění pozdějších usnesení.

poskytování právních služeb.⁴ Vyhláška má samozřejmě pouze subsidiární funkci, což vyplývá hned z úvodních ustanovení, dle kterých „*se odměna advokáta za poskytování právních služeb řídí jeho smlouvou s klientem.*“ Sazby určené vyhláškou se pak použijí v situacích, kdy klient s advokátem výši odměny neupraví smluvně, a při stanovení nákladů soudního nebo jiného řízení.⁵

V předchozím odstavci zmíněný etický kodex neposkytuje tak precizní výčet kritérií, na kterých má být určení výše odměny založeno, jako jeho americká obdoba, avšak v každém případě slouží jako vhodný korektiv vyhlášky o advokátním tarifu, která připouští sjednání odměny v libovolné výši. Za východisko celé úpravy slouží požadavek „*přiměřenosti*“ výše sjednané odměny, který je doplněn vysvětlením, že odměna nesmí být ve zjevném nepoměru k hodnotě a složitosti věci. Důraz je kladen na to, aby advokát klientovi poskytl úplné informace týkající se předpokládané výše odměny a kritérií, na jejichž základě byla nebo bude tato odměna stanovena. Velmi podrobně pak kodex adresuje otázku faktorů, ke kterým je třeba přihlížet, posuzujeme-li přiměřenost sjednané odměny. Určí, že „*se přihlédně zejména k poměru vyjednávacích schopností a možností advokáta a klienta, k rozsahu informací klienta o poměrech na trhu právních služeb, ke speciálním znalostem, zkušenostem, pověsti a schopnostem advokáta, k povaze a době trvání vztahů mezi advokátem a klientem při poskytování právních služeb, k časovým požadavkům klienta na vyřízení věci, k obtížnosti a novosti skutkových i právních problémů spojených s věcí a k pravděpodobnosti, že v důsledku převzetí věci klienta bude advokát muset odmítnout převzetí jiných věcí.*“ V následujícím textu se podrobněji podíváme na klasické modely, podle nichž lze stanovení výše odměny provádět.

1.1 Odměna za výkon

Nejméně komplikovaným způsobem stanovení výše odměny za poskytnutou službu, je sjednání tzv. fixní odměny. To v praxi znamená, že „*cena*“ služby je stanovena předem, aniž by bylo jisté, jak náročné provedení služby bude. Vyhláška o advokátním tarifu tento typ stanovení výše odměny zná jen ve výjimečných situacích, jakou je například vyhotovení prohlášení o pravosti podpisu.⁶ Důvodem pro upořádání této výpočtové metody je s největší pravděpodobností fakt, že u právních služeb se dopředu jen velmi obtížně odhaduje, kolik času jejich poskytnutí zabere, a jak náročné bude. Klient, který zpravidla nemá právní vzdělání, nemusí vždy správně vyhodnotit, které okolnosti případu jsou z právního hlediska skutečně relevantní.

⁴ Vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Ibid., § 1.

⁶ Ibid., § 6 odst. 3.

K prohlášení o pravosti podpisu vizte § 25a zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.

Reálnou představu o rozsahu a obtížnosti poskytovaných služeb tak advokát zpravidla získá až poté, co záležitost sám podrobně prostuduje. Úsilí, které bude třeba pro adekvátní poskytnutí služeb vynaložit, však nezáleží jen na objektivních okolnostech případu, ale také na subjektivních prvcích, jež mohou spočívat například v odhodlání protistrany napadnout odvoláním výsledek soudního řízení v prvním stupni, tvrdě vyjednávat o nejjemnějších nuancích textu smluvního dokumentu nebo například v požadavcích správního orgánu na podávání nejrůznějších vysvětlení či stanovisek. Přistoupením na model fixní odměny pak na sebe advokát přebírá veškerá rizika související se zkomplikováním věci. To je ve většině případů z pohledu advokáta nepřijatelné. Zároveň však lze konstatovat, že tento model poskytuje zajímavou možnost získat vyšší odměnu za řešení případu, se kterým má advokát z minulosti již značné zkušenosti, a klient požaduje jistotu týkající se maximální výše odměny, jíž za služby ve finále zaplatí. Zajímavou informací je v tomto ohledu také skutečnost, že tento model je velmi využívaným při stanovování výše soudních poplatků.⁷

II.2 Paušální odměna

Sjednání paušální odměny představuje specifickou modifikaci způsobu určení výše odměny fixní částkou. Rozdíl spočívá v tom, že cena služeb se nevztahuje toliko k jedinému případu, ale k jejich, ať už předem určenému či neurčenému, objemu. V praxi se tak většinou klient s advokátem dohodnou na tom, že mu bude advokát poskytovat kompletní právní servis ve vymezených oblastech, a klient mu na oplátku bude pravidelně hradit sjednanou odměnu. Etický kodex ani vyhláška o advokátním tarifu tento model stanovení výše odměny nijak nereflektují. Důvodem je fakt, že se může uplatnit jen ve výjimečných případech, kdy na jedné straně stojí klient, který má potřebu po pravidelném přísunu právních služeb, jež si nedovede zajistit prostřednictvím vlastního „firemního“ (angl. „in-house“) právníka, na druhé straně advokát, který je schopen adekvátně adresovat široké spektrum klientových požadavků, a mezi oběma stranami navíc existuje relativně vysoký stupeň důvěry. Na druhou stranu, jak později uvidíme, je to právě tento model, který advokáta nejlépe stimuluje k zefektivnění pracovních postupů, s čímž souvisí také maximální využívání možností, jež nabízejí moderní informační a komunikační technologie. Ve vztahu advokáta a klienta tak může vzniknout situace, kdy na jsou na jedné straně klientovi poskytovány služby v určité kvalitě a objemu za cenu, která je výrazně nižší než obvyklá, a advokát dostává odměnu, jež podstatným způsobem převyšuje úsilí, které do poskytování příslušných služeb vkládá.

Problém tohoto modelu odměňování právních služeb spočívá také v tom, že není vhodný pro poskytování všech typů právních služeb. Zatímco pro úhradu práce v oblasti smluvní nebo zaměstnanecké agendy se jeví jako mimořádně vhodný, jako velmi nepřiléhavý se projevuje v oblasti sporů,

⁷ Srov. například § 5 zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a dále Přílohu č. 1 k tomuto zákonu (Sazebník poplatků).

zejména pak soudních. Klientovi totiž zahájením soudního sporu nevznikají žádné okamžité náklady právního zastoupení, což může vést až k přílišné ochotě klienta uplatňovat své potenciální nároky touto cestou. Takovou situaci samozřejmě nelze hodnotit pozitivně.⁸

II.3 Podíl na hodnotě věci

Model odměňování poskytnutých právních služeb na základě podílu na hodnotě věci si za své výchozí kritérium bere hodnotu věci, o kterou ve sporu jde. Vychází se při tom z předpokladu, že čím vyšší je hodnota věci, která je předmětem sporu, tím vyšší míra ostražitosti, dovedností, schopností a nakonec i investovaného času se od právníka očekává. Takový přístup neodpovídá realitě, neboť právní komplikovanost konkrétního případu může být sice do jisté míry ovlivněna hodnotou věci, o kterou jde, avšak rozhodně se nejedná o vztah připodobitelný k přímé úměře. Přesto je třeba konstatovat, že se jedná o základní model, na němž je mimosmluvní odměňování advokátů v České republice vystavěno. Vyhláška o advokátním tarifu totiž stanoví konkrétní cenu, resp. tarif, za každý úkon, který advokát ve věci provede.⁹ Výše tarifu se přitom, až na určité výjimky,¹⁰ odvíjí téměř výhradně od hodnoty věci, která je předmětem poskytování právních služeb.¹¹ Rovněž výše soudních poplatků je na principu ohodnocení věci, o níž v případném sporu půjde, vedle již zmíněného fixního poplatku za určitý úkon, převážně vystavěna. V konečném důsledku taková situace znamená, že výše nákladů právních služeb v České republice velmi těsně koreluje s hodnotou věci, jíž se předmětné právní služby týkají. Zdá se přitom, že například v USA toto kritérium bývá uplatňováno spíše okrajově.¹²

II.4 Podíl na úspěchu ve věci

Stanovení výše odměny jako podílu na úspěchu ve věci představuje specifickou modifikaci výše uvedeného systému odměny služeb poskytnuté na základě podílu na hodnotě věci. Základním kritériem v tomto případě není samotná cena věci, ale hodnota, kterou advokát svými službami klientovi přinese. Pokud je předmětem sporu vlastnické právo k nemovitosti v hodnotě 2.000.000,- Kč, advokátovi bude náležet předem dohodnutá procentuální částka z této hodnoty pouze v případě, že ve sporu uspěje. V případě neúspěchu by mu náležela toliko náhrada nákladů, které na spor vynaložil (nedohodl-li by se s klientem jinak). Tento model odměňování etický kodex ani vyhláška o advokátním tarifu téměř nezmiňují. Přesto s touto možností počítají, když etický kodex stanoví alespoň to, že „advokát

⁸ Srov. ABA Commission on Billable Hours: Report [online]. American Bar Association, 2002, s. 16.

⁹ Srov. § 7 vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb.

¹⁰ Ibid., § 9 odst. 1.

¹¹ Ibid., § 8 a násl.

¹² Srov. ABA Commission on Billable Hours: Report [online]. American Bar Association, 2002, s. 18.

je oprávněn sjednat smluvní odměnu stanovenou podílem na hodnotě věci nebo na výsledku věci, je-li výše takto sjednané odměny přiměřená (...). Za přiměřenou nelze však zpravidla považovat smluvní odměnu stanovenou podílem na výsledku věci, pokud tento podíl je vyšší než 25 %.¹³ V USA tento model rozhodně převládá nad výše uvedeným systémem ohodnocování služeb na základě hodnoty věci, která je jejich předmětem, a například v Japonsku je dokonce obvyklé, že odměna advokáta má svoji fixní složku, která je doplněna dodatečnou odměnou v případě, že je ve věci dosaženo úspěchu.¹⁴ Výhodou tohoto systému je velký důraz na kvalitu poskytovaných právních služeb a vlastní zainteresovanost advokáta na příznivém výsledku věci. Nevýhodou je kompletní přenesení odpovědnosti na bedra poskytovatele právních služeb, který v případě neúspěchu nedostane za své služby zapláceno. Tento nedostatek bývá většinou vyvážen výší potenciální odměny, která bývá při použití tohoto modelu zpravidla stanovena výrazně velkoryseji.

II.5 Hodinová sazba

Mladý právník byl zrovna na cestě k soudu k projednání jednoho složitějšího případu, když tu se náhle ocitl před nebeskou branou. Svatý Petr jej uváděl dovnitř a právník protestoval proti své předčasné a náhlé smrti: "Jsem příliš mladý, než abych zemřel. Je mi teprve 35!" Svatý Petr souhlasil, že 35 je přeci jen docela málo na vstup do nebeského království, a přislíbil, že se na jeho případ podívá. Vrátil se za hodinu a říká právníkovi: "Synu, obávám se, že chyba je někde u vás. Ověřili jsme váš věk na základě hodin fakturovaných Vámi vašim klientům, a zjistili jsme, že je vám nejméně 108 let."

Stanovení výše odměny na základě hodinové sazby zřejmě představuje model, který je společností v případě poskytování právních služeb vnímán jako nejčastější. V případě volby tohoto modelu je odpovědnost za nepředvídané komplikace věci zcela přenesena na klienta, který advokátovi jednoduše zaplatí za čas, který řešením dané věci stráví. Model hodinové sazby není v etickém kodexu, ani vyhlášce o advokátním tarifu, nijak využíván, avšak vyhláška s ním evidentně počítá pro případy sjednávání mimosmluvní odměny. Stanoví totiž, že „je-li sjednána smluvní odměna podle počtu hodin nebo jiných časových jednotek (dále jen "časová odměna"), náleží dohodnutá sazba časové odměny za každou započatou časovou jednotku, není-li dohodnuto jinak. Na požádání klienta je advokát povinen při vyúčtování odměny advokáta předložit klientovi časovou specifikaci poskytnutých právních služeb.“¹⁵ Toto ustanovení je dále modifikováno požadavkem na informování klienta v případě, že výše

¹³ Srov. čl. 10 odst. 5 usnesení představenstva České advokátní komory č. 1/1997.

¹⁴ Srov. ABA Commission on Billable Hours: Report [online]. American Bar Association, 2002, s. 18.

¹⁵ Srov. § 4 odst. 1 vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb.

odměny výrazně překročí odhad, který advokát před poskytnutím služeb provedl. V případě nesplnění tohoto požadavku, nemůže advokát uplatnit nárok na část odměny převyšující původní odhad.¹⁶

Přestože se v České republice zřejmě jedná o velmi často uplatňovaný model stanovování výše odměny za poskytování právních služeb, seriózní odborné debaty na toto téma se příliš často neobjevují. Důvodem může být skutečnost, že v prostředí České republiky zatím výpočet odměny za poskytování právních služeb na základě hodinové sazby nepůsobí zásadní potíže. V USA však na konci 90. let otázka negativních efektů hodinové sazby na sebe přilákala nebývalou pozornost a dokonce dala podnět ke zřízení specializované komise při American Bar Association, nazvané ABA Commission on Billable Hours. Důvodem byl extrémní dopad, který značné rozšíření této metody od 60. let 20. století mělo na právníckou profesi. Práce komise vyústila ve vydání rozsáhlé zprávy¹⁷ shrnující současný stav, identifikující negativní projevy převažujícího poskytování služeb na základě hodinové sazby a nabízející možná východiska pro zlepšení situace, jakož i zahájením veřejné odborné debaty na toto téma.¹⁸ Nepříznivými efekty, které s sebou přináší tento model výpočtu odměny, se zabývá následující kapitola.

III. Nevýhody odměňování právních služeb na základě hodinové sazby

Hodinová sazba se na první pohled jeví jako ideální model výpočtu odměny, který jako by byl na míru ušitý právě poskytování právních služeb. Model má tu podstatnou výhodu, že je dostatečně přehledný, nezatěžuje advokáta rizikem ztráty vyplývající z nepřesného odhadu obtížnosti konkrétního případu a ve své podstatě nakonec vždy ústí ve stanovení spravedlivé výše odměny. Vždyť zapláceno je právě takové množství práce, které nakonec bylo třeba odvést. Rovněž pro posuzování výkonnosti pro stanovení výše odměny jednotlivých členů větších advokátních kanceláří představuje hodinová sazba ideální ukazatel, který je možno objektivně měřit. Ve skutečnosti však všechny uvedené výhody mají i své negativní aspekty. Právě na ty se zaměříme v následujícím textu.

¹⁶ Ibid., § 4 odst. 2.

¹⁷ Jde o ABA Commission on Billable Hours: Report [online]. American Bar Association, 2002, s. 18. Dostupný z: <http://www.abanet.org/careercounsel/billable/toolkit/bhcomplete.pdf>.

¹⁸ Velmi podrobně se touto otázkou začala zabývat například Susan S. Fortney: Fortney, S. S.: Soul for Sale: An Empirical Study of Associate Satisfaction, Law Firm Culture, and the Effects of Billable Hour Requirements. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, ročník 69, č. 2, 2000, s. 239 – 309.; Fortney, S. S.: An Empirical Study of Associate Satisfaction, Law Firm Culture, and the Effects of Billable Hour Requirements. *Texas Bar Journal*, 2002, č. 1, s. 74 - 76.; Fortney, S. S.: I don't Have Time to be Ethical: Addressing the Effects of Billable Hour Pressure. *Idaho Law Review*, 2003, č. 39, s. 308 - 319; Fortney, S. S.: The Billable Hours Derby: Empirical Data on the Problems and Pressure Points. *Fordham Urban Law Journal*, 2005, č. 33, s. 171 - 191.

Neschopný právník může zdržet případ několik let. Schopný právník může zdržet případ i déle.

První rovinnou, ve které se negativní aspekty určování výše odměny prostřednictvím hodinové sazby mohou velmi nepříznivě projevit, je vztah mezi advokátem a klientem. Při trochu podrobnějším pohledu na daný vztah je totiž okamžitě zřejmé, že zájmy klienta a zájmy advokáta již nejsou zcela souladné. Z čistě ekonomického hlediska bráno, má klient zájem na co nejrychlejší vyřešení věci v jeho prospěch, zatímco advokát přestal být jakkoli zainteresován na výsledku věci a navíc je pro něj výhodné, bude-li věc třeba řešit co nejdříve. Ve výjimečných případech se pak může stát, že advokát v rozporu s profesní etikou nebude postupovat tak, jak je v nejlepším zájmu klienta, a dá přednost jiným hodnotám. Zvláště nebezpečné na takové situaci je její velmi obtížné odhalení, prokázání a tím pádem též případné postihnutí.

Zajímavé příklady selhání, jichž se dopustili advokáti v USA, uvádí Giesel.¹⁹ Jistý advokát v Iowě, najatý státem k řešení několika vzájemně nesouvisejících věcí například, účtoval objem práce takovým způsobem, že po sečtení výkazů ze všech zakázek, které mu byly přiděleny, vyplynulo, že pro stát pracoval více než 24 hodin denně. V Ohiu byl zase řešen případ, kdy se advokát v rámci jediné cesty na soud zúčastnil tří soudních řízení, v nichž zastupoval tři různé klienty. Každému klientovi následně naučtoval celý čas strávený cestou na místo konání řízení, celou dobu, kterou se v budově soudu zdržel, a také dobu, kterou mu trvala cesta zpět do kanceláře. Celkově tak požadoval úhradu devíti hodin práce, kterou odvedl přibližně za tři hodiny.²⁰

Velmi nepříznivé projevy hodinové sazby však mohou působit také uvnitř samotné advokátní kanceláře. Pokud totiž kancelář stanovuje výši odměny za poskytnuté služby na základě hodinové sazby, je nanejvýš logické, že stejnou optikou bude posuzovat práci, kterou odvádějí jednotliví členové. Logicky pak největší přínos představuje advokát, který vykáže největší množství odpracovaných hodin. Dochází tak k jednoznačné preferenci kvantitativní stránky odvedené práce nad stránkou kvalitativní. Ocenění se také nedočká koncepční práce přinášející výhody z dlouhodobého hlediska. Jednotliví právníci se pak ocitají ve velmi kompetitivním prostředí, v němž jsou posuzováni téměř výhradně na základě množství času, které stráví prací. V důsledku značného stresu pak přirozeně dochází k výraznému snižování kvality jejich duševního i fyzického stavu,²¹ stejně jako výsledků práce, které produkují. Obecně lze konstatovat, že přílišné lpění na hodinové

¹⁹ Giesel, G. M.: Ethics and Hourly Billing. Louisville Bar Briefs, 2006, ročník 06, č. 2, s. 19.

²⁰ Ibid.

²¹ Touto problematikou se velmi podrobně zabývá - Schiltz, P. J.: On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy and Unethical Profession. Vanderbilt Law Review, 1999, č. 52, s. 871 - 951.

sazbě může mít za následek přepracovanost právníků a snižování kvality právních služeb, které advokátní kancelář poskytuje.²²

Obecně lze vysledovat ještě minimálně jednu rovinu, v níž převládající stanovování výše odměny na základě hodinové sazby, působí velmi negativně na kvalitu poskytování právních služeb jako celek. Touto rovinou je velmi nízká zainteresovanost právníků na tom, aby svou činnost prováděli efektivně. Moderní informační a komunikační technologie přitom v současné době umožňují naprosto zásadním způsobem předefinovat způsob, jakým jsou právní služby poskytovány, a umožnit jejich poskytování v dříve jen stěží představitelném objemu a kvalitě při vynaložení stejného nebo menšího úsilí. Touto problematikou se budeme stručně zabývat v poslední části.

IV. Informační technologie, efektivita a hodinová sazba

Zřejmě žádného právníka není v současné době třeba přesvědčovat o významu dopadu, který na efektivitu a kvalitu poskytování právních služeb mají moderní informační a komunikační technologie. Poskytovat právní služby bez možností, které nabízejí osobní počítače v podobě textových editorů, nejrůznějších komunikačních nástrojů (například emailových klientů) a také právních informačních systémů,²³ je v dnešní době již nepředstavitelné. Přesto lze konstatovat, že ze strany právníků v minulosti nikdy neexistovala a v současnosti také neexistuje příliš vysoká poptávka po těchto inovacích.

Této skutečnosti si shodně všímají Susskind,²⁴ Rusanow²⁵ i Parsons.²⁶ Příčiny hledají, jednak v obecné konzervativnosti právníků a z ní pramenícím opatrném přístupu vůči novým technologiím, který mnohdy ústí až v jejich zarputilé odmítání, jednak ve skutečnosti, že právníci nejsou okolnostmi nuceni rychle reagovat na měnící se okolní prostředí. V podmínkách hodinové sazby nejsou právníci nuceni činit maximum proto, aby svoji práci vykonávali co nejefektivněji. Naopak je dokonce možno konstatovat, že věnování úsilí a prostředků do rozvoje technologií umožňujících efektivnější poskytování právních služeb s sebou přináší náklady a současně není spojeno s okamžitým zvýšením zisků. Je tak nanejvýš logické, že k zavedení nových technologií právníci zpravidla

²² Fortney, S. S.: I don't Have Time to be Ethical: Addressing the Effects of Billable Hour Pressure. *Idaho Law Review*, 2003, č. 39, s. 314 – 315.

²³ Možnostmi využití těchto technologií se podrobně zabývá například Cvrček, F.: *Právní informatika*. Praha: Ústav státu a práva, 2010. 381 s.

²⁴ Susskind, R.: *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 303 s.

²⁵ Rusanow, G.: *Knowledge Management and the Smarter Lawyer*. New York: ALM Publishing, 2003, 484 s.

²⁶ Parsons, M.: *Effective Knowledge Management for Law Firms*. Oxford: Oxford University Press, 2004, 250 s.

přístupují až v okamžiku, kdy jejich ignorování znamená jednoznačnou konkurenční nevýhodu.

Závěrem tak lze konstatovat, že možnosti poskytování právních služeb jsou a zřejmě vždy budou do značné míry poddimenzovány. Vždyť již v dnešní době by bylo možno plně využívat technologií tzv. Webu 2.0 k poskytování právních služeb online tak, jak to umožňuje například online rozhodčí platforma ADR.eu,²⁷ nástrojů k automatizované tvorbě dokumentů, jakým je například Exari DAS,²⁸ nebo pokročilých technik řízení znalostí uložených ve formě XML dokumentů způsobem, o jakém hovoří například úspěšný projekt Akoma Ntoso.²⁹ Vzhledem k tomu, že nejpokročilejšími nástroji, které lze v dnešní době považovat za široce rozšířené, jsou právní informační systémy založené na technologiích vyvinutých v 60. a 70. letech 20. století, nabízí se otázka, jak dlouho bude třeba čekat, než dojde ke všeobecné akceptaci technologií, které lze za moderní považovat dnes.

Právníci se vůbec nemusí obávat hrozící automatizace. Nikdo vám přece dnes nebude stavět robota, který by nic nedělal.

Literature:

- Cvrček, F.: Právní informatika. Praha: Ústav státu a práva, 2010. 381 s. ISBN 978-80-87439-00-5.
- Fortney, S. S.: Soul for Sale: An Empirical Study of Associate Satisfaction, Law Firm Culture, and the Effects of Billable Hour Requirements. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, ročník 69, č. 2, 2000, s. 239 - 309.
- Fortney, S. S.: An Empirical Study of Associate Satisfaction, Law Firm Culture, and the Effects of Billable Hour Requirements. *Texas Bar Journal*, 2002, č. 1, s. 74 - 76. Získáno z databáze Heinonline.
- Fortney, S. S.: I don't Have Time to be Ethical: Addressing the Effects of Billable Hour Pressure. *Idaho Law Review*, 2003, č. 39, s. 308 - 319. Získáno z: <http://ssrn.com/abstract=1505612>.

²⁷ Arbitration Center for Internet Disputes [online]. Změněno 21. 11. 2010 [citováno 21. 11. 2010]. Dostupný z: <http://adr.eu/>.

²⁸ Exari [online]. Změněno 21. 11. 2010 [citováno 21. 11. 2010]. Dostupný z: <http://www.exari.com/index.html>.

²⁹ Akoma Ntoso [online]. Změněno 21. 11. 2010 [citováno 21. 11. 2010]. Dostupný z: <http://www.akomantoso.org/>.

- Fortney, S. S: The Billable Hours Derby: Empirical Data on the Problems and Pressure Points. *Fordham Urban Law Journal*, 2005, č. 33, s. 171 - 191. Získáno z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1452872.
- Giesel, G. M.: Ethics and Hourly Billing. *Louisville Bar Briefs*, 2006, ročník 06, č. 2, s. 19 - 20. Získáno z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1026913.
- Parsons, M: *Effective Knowledge Management for Law Firms*. Oxford: Oxford University Press, 2004, 250 s. ISBN 978-0-19-516968-3.
- Rusanow, G.: *Knowledge Management and the Smarter Lawyer*. New York: ALM Publishing, 2003, 484 s. ISBN 1-58852-116-8.
- Schiltz, P. J.: On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy and Unethical Profession. *Vanderbilt Law Review*, 1999, č. 52, s. 871 - 951. Získáno z databáze Heinonline.
- Susskind, R.: *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 303 s. ISBN 978-0-19-954172-0.
- American Bar Association: *Model Rules of Professional Conduct* [online]. Citováno 19. 11. 2010. Dostupný z: http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html.
- ABA Commission on Billable Hours: *Report* [online]. American Bar Association, 2002. Dostupný z: <http://www.abanet.org/careercounsel/billable/toolkit/bhcomplete.pdf>.
- Česká advokátní komora: Usnesení představenstva České advokátní komory č. 1/1997 Věstníku ze dne 31. října 1996, kterým se stanoví pravidla profesionální etiky a pravidla soutěže advokátů České republiky (etický kodex), ve znění pozdějších usnesení.

Contact – email

jaromir.savelka@law.muni.cz

PŘÁVNÍ A EKONOMICKÉ ASPEKTY POVINNÉHO ČLENSTVÍ V PROFESNÍCH KOMORÁCH

VLADIMÍR ŠEFL

Katedra finančního práva a národního hospodářství, Masarykova univerzita,
Česká republika

Abstract in original language

V českém právním systému regulovaných profesí existuje 12 profesí se zákonnou úpravou povinného členství. Diskuse nastavení tohoto systému vyvolává zejména skutečnost, že systém povinného členství je určitým omezením pro poskytovatele těchto profesí. Cílem příspěvku je tak zhodnotit ekonomické i právní aspekty tohoto nastavení jak pro poskytovatele služeb, tak jejich klienty i samotný stát.

Key words in original language

Regulovaná profese; povinné členství; profesní komora.

Abstract

In the Czech legal system, with the system of regulated professions, there are 12 professions with the statutory membership. The system of compulsory membership is connected with a restriction for providers of these professions. This article aims to evaluate legal and economic aspects of this setting for both service providers, their clients as well as the the State.

Key words

Regulated profession; compulsory membership.

PŘÁVNÍ A EKONOMICKÉ ASPEKTY POVINNÉHO ČLENSTVÍ V PROFESNÍCH KOMORÁCH

ÚVOD

Česká republika se řadí mezi země, ve kterých je úprava profesí regulována přímo zákonem a u některých profesí, zejména tzv. nezávislých povolání, pak zakotvuje zákon systém povinného členství v profesním sdružení, konkrétně v případě České republiky se jedná o tzv. profesní komory. Protože otázka povinného členství v profesních komorách bývá opakovaně předmětem diskusí, a to nejen právních ale i politických, zaměřím se na některé právní a ekonomické aspekty samotného povinného členství, a zároveň i postavení a cíle těchto institucí obecně.

Hned v úvodu je nezbytné podotknout, že této problematice se již dotknul i Ústavní soud, a předmětem rozboru či určitého zamyšlení jsou tak i důvody návrhu na zrušení povinného členství. Rozhodnutí Ústavního soudu k tomuto návrhu je významné z toho důvodu, že přestože se týká jen jedné z profesních komor, dopadají jeho závěry na všechny profesní komory s povinným členstvím v České republice. Kromě souladu úpravy povinného členství s ústavními právy členů komor se tak v příspěvku zabývám i důvody a smyslem povinného členství z pohledu funkcí, které komory vykonávají.

Institut povinného členství má své dopady jak na členy komor, tak příjemce služeb těchto osob a také orgány veřejné moci. A je tak jistě zajímavé zhodnotit výhody a nevýhody tohoto institutu pro tyto skupiny.

SPRÁVA PROFESÍ PROSTŘEDNICTVÍM KOMOR

Co se týká institucionálního a organizačního zabezpečení správy výkonu profesí v zahraničí, její úprava samozřejmě není jednotná a v mnohém reflektuje historické zkušenosti daného státu. Existují tak úpravy podobné nastavení v České republice, tedy s povinným členstvím v jedné samosprávné profesní organizaci. Tuto úpravu můžeme nalézt především ve středoevropském regionu (Německo, Rakousko, Polsko, Slovensko). Dále existují systémy, kde působí dvě i více profesních organizací, které sdružují členy podle různých hledisek (např. specializace, velikost subjektu, regionální uspořádání apod.) a existují rovněž i systémy zcela bez profesního sdružování poskytovatelů služeb.

PŘÁVNÍ ÚPRAVA PROFESNÍ SAMOSPRÁVY V ČESKÉ REPUBLICE

Profesní samospráva v České republice má v rámci veřejné správy svou historii již v období tzv. první republiky, kdy existovala různá profesní sdružení, a zřízení současných profesních komor tak navázalo na tuto historii. Samotný princip profesní samosprávy vyplývá z demokratických principů uspořádání společnosti a umožňuje jejím členům v zákonem daném rozsahu spravovat si samostatně své záležitosti spojené s výkonem profese. V podmínkách České republiky pak existují profesní sdružení jak na dobrovolném principu sdružování (takto sdružovány jsou ve většině případů profese vykonávající činnost na základě živnostenského oprávnění), tak i povinném (do této kategorie pak spadají podnikatelské činnosti regulované zvláštním právním předpisem).

V České republice je v současné době zřízeno zvláštními zákony těchto 12 profesních komor:

Česká lékařská komora – zákon č. 220/1991 Sb.

Česká lékárnická komora – zákon č. 220/1991 Sb.

Česká stomatologická komora – zákon č. 220/1991 Sb.

Česká komora architektů – zákon č. 360/1992 Sb.

Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě -
zákon č. 360/1992 Sb.

Česká advokátní komora – zákon č. 85/1996 Sb.

Exekutorská komora České republiky – zákon č. 120/2001 Sb.

Komora auditorů České republiky – zákon č. 93/2009 Sb.

Komora daňových poradců České republiky – zákon č. 523/1992 Sb.

Komora patentových zástupců České republiky – zákon č. 237/1991 Sb.

Komora veterinárních lékařů České republiky – zákon č. 381/1991 Sb.

Notářská komora České republiky – zákon č. 358/1991 Sb.

Pokud se zaměříme na zřizovací zákony, zjistíme, že kromě Exekutorské komory ČR, byly všechny komory zřízeny poměrně brzy po demokratických přeměnách české společnosti v roce 1989. Pokud bych měl profesní komory v České republice nějakým způsobem rozdělit podle druhu činnosti, je možné se zjednodušením uvést 3 skupiny. Do první skupiny bych zařadil komory sdružující profese, jejichž náplní je péče o zdraví a život. Druhou významnou skupinu by tvořily profese poskytující právní poradenství. Poslední skupinu profesí bych charakterizoval jako profese technické, konkrétně v oboru staveb.

Profesní samospráva má svá určitá specifika. Prvním z nich je její osobní základ, kdy členství je podmíněno splněním některých předpokladů, především pak kvalifikačních, ke kterým přistupují další podmínky, např. bezúhonnost. Samotné kvalifikační předpoklady v podmínkách české profesní samosprávy nepostačují a zájemci o vstup do profese a profesního sdružení musí úspěšně složit profesní zkoušku, které musí většinou předcházet i odborná profesní příprava. Po splnění všech podmínek se zájemce stane členem profesního sdružení a toto členství je pak podmínkou výkonu dané profese. Člen musí při výkonu dané profese dodržovat nejen právní řád České republiky, ale stejně tak vnitřní předpisy dané profesní komory a to včetně profesních etických pravidel, pokud je komora přijala. Této povinnosti členů odpovídá oprávnění komory, které je jí svěřeno státem, dohlížet na řádný výkon dané profese a v případě pochybení člena ukládat disciplinární opatření. Aby v tomto směru nemohlo dojít ke zneužití

této disciplinární pravomoci ze strany komory, jsou samozřejmě určité typy disciplinárních opatření, stejně jako jiná rozhodnutí autoritativní povahy, přezkoumatelné soudem ve správním soudnictví, protože v tomto případě se jedná o rozhodnutí správního orgánu podle § 65 odst. 1 správního řádu soudního.

Stát nadal v podmínkách České republiky profesní komory určitými pravomocemi, které jsou jednak charakteru samosprávného, jednak z oblasti přenesené působnosti. Komory tak obdržely i určitá mocenská oprávnění, mezi kterými je nutné zdůraznit již uvedenou disciplinární pravomoc nad svými členy nebo např. zajištění složení kvalifikačních zkoušek.

K naplňování svěřených pravomocí profesními komorami musí mít tyto svou vnitřní organizační strukturu, kterou je možné přirovnat k organizaci moci zákonodárné, výkonné a soudní ve státě. O zásadních otázkách komor mají právo rozhodovat všichni členové, kteří dále volí své výkonné a dozorové, resp. disciplinární orgány. V některých profesních komorách nejsou členy pouze fyzické osoby, ale také osoby právnické splňující podmínky výkonu dané profese, vždy ale platí, že daná činnost musí být vykonávána prostřednictvím odborně způsobilých fyzických osob.

Přenechání správy některých záležitostí členům komor nemá rozměr jen tento demokratický, ale rovněž je nutné konstatovat i rozměr ekonomický, kdy takový systém snižuje náklady státní správy na případnou činnost spojenou s regulací těchto činností, protože profesní samospráva je financována pouze z vlastních zdrojů – nejčastěji nebo nejvýznamněji formou členských příspěvků a není tak napojena na veřejné rozpočty.

Po právní stránce jsou profesní sdružení právnickými osobami veřejného práva zřízené zákonem. Profesní samospráva formou profesních komor je řazena mezi formy veřejnoprávní samosprávy, a to jednak vedle územní samosprávy a dále pak vedle samosprávy akademické, hospodářské, pojištěnecké a školské. Ve výčtu tak nalezneme samosprávy sdružující jak hlavními zaměřením nepodnikatelské subjekty, tak subjekty zřízené čistě za účelem podnikání. Na rozdíl ale např. od územní samosprávy, která je výslovně upravena v ústavním pořádku, není profesní samospráva výslovně v ústavním pořádku jmenována.

Podstata její existence ale samozřejmě z ústavních předpisů vychází. Hned preambule Listiny základních práv a svobod se odvolává na samosprávné tradice našich národů, mezi něž bezesporu patří i tradice profesní samosprávy tak, jak bylo uvedeno výše. Dále čl. 20 odst. 1 Listiny základních práv a svobod stanoví pro každého právo se sdružovat spolu s ostatními ve spolcích, společnostech a jiných sdruženích.

Výrazným a často také diskutovaným prvkem české úpravy profesní samosprávy je povinné členství v jednotlivých profesních komorách. Přestože pro Českou republiku je povinné členství v profesních komorách

zřízených zákonem dosti typické, je to toto nastavení často diskutované. Čas od času se tak objeví návrhy ke změně tohoto systému ve směru zrušení povinného členství. Tyto návrhy mají v pozadí dva okruhy důvodů. Jednak, a mnohdy převažující, je aspekt politický související s liberálními postoji odpůrců povinného členství. Druhý aspekt je pak povahy právní a jeho základem je otázka, zda povinné členství v profesní komoře není omezením ústavních práv členů takové organizace, mj. i v tom směru, že může kolidovat s ústavním právem na svobodnou volbu povolání a podnikání.

POVINNÉ ČLENSTVÍ V NÁLEZU ÚSTAVNÍHO SOUDU

V této souvislosti bych se rád zastavil u nálezu Ústavního soudu sp.zn. Pl.ÚS 40/06 k návrhu skupiny senátorů na zrušení § 3 odst. 1 zákona č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékarnické komoře, ve znění pozdějších předpisů, který ukládá každému lékaři, který vykonává lékařskou praxi, povinnost být členem České lékařské komory:

Toto ustanovení je podle navrhovatelů v rozporu s čl. 4 odst. 4, čl. 20 odst. 1, čl. 26 odst. 1 a čl. 27 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

Nerad bych komentoval důvody podání návrhu, které nejsou podle mého názoru čistě právního rázu, tato otázka je ale mimo rámec tohoto článku.

Iniciátoři návrhu uvedli, že povinné členství v České lékařské komoře (dále jen „ČLK“) „staví každého před volbu mezi dvěma ústavně garantovanými právy; právem na svobodný výkon povolání (čl. 26 odst. 1 Listiny) a právem svobodně se sdružovat (čl. 20 odst. 1 Listiny)“. Jako negativní složku svobody sdružování je nutné chápat možnost volby se nesdružit a nebýt k tomuto nucen.

Navrhovatelé nezpochybnili právo státu na regulaci lékařské profese a dohled nad kvalitou jejího výkonu, kterou stát svěřil komoře, nicméně princip nuceného sdružení v komoře nepovažovali za jedinou možnost zajištění dohledu nad výkonem profese lékaře. Jako stejně efektivní alternativu pak zkonstatovali dohled prostřednictvím přímého výkonu státní správy institucionálně zajištěného svými výkonnými orgány.

Navrhovatelé ale uznali, že povinné členství v samosprávné profesní komoře nemusí být nutně zásahem do ústavně zaručených základních práv, nicméně považují za neústavní povinné členství v ČLK, protože se podle jejich názoru ČLK blíží soukromoprávnímu sdružení a to i právní úpravou její činnosti.

Poněkud zajímavé stanovisko zaujala k návrhu samotná ČLK konstatováním, že povinné členství „neznamená žádné členství ve smyslu

spolku, ..., ale udělení práv, tedy nikoli povinností, se na této samosprávě podílet“ a dále uvedla, že čl. 20 a 27 Listiny se nemohou vztahovat na profesní komory, protože tato ustanovení se týkají jen soukromoprávních korporací. ČLK dále k návrhu zřízení státního dohledového orgánu uvedla, že takový systém by znamenal finanční zátěž pro veřejné rozpočty a dále problém s odbornou stránkou dohledu z pohledu personálního obsazení takového dozorového orgánu.

Navrhovatelé pak v návrhu napadali rovněž nedostatečný státní a soudní dohled nad ČLK.

V návrhu byla dále zmíněna další možnost dohledu na výkonem lékařské profese a to sice komorou, ale při nepovinném členství, kdy by její dohledová pravomoc byla stanovena právním předpisem. Tomuto návrhu ČLK poměrně racionálně oponovala, že takový systém, kdy by případné vyloučení lékaře z komory nebylo spojeno se zánikem jeho oprávnění vykonávat tuto profesi, nebyl efektivní.

Soud zkonstatoval jako nejdůležitější část dohledu nad lékařským povoláním ochranu veřejného zdraví s tím, že je na státu, jakou formu dohledu zvolí.

Soud se v nálezu zabýval i evropskou úpravou shromažďovacího práva, konkrétně čl. 11 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, který je důležitý v tom směru, že orgány Úmluvy nepovažují sdružení typu lékařských komor, ale i jiných profesních komor, za sdružení ve smyslu tohoto ustanovení Úmluvy a považují je za sdružení veřejného práva právě s ohledem na jejich silné veřejnoprávní funkce.

Ústavní soud pak ČLK hodnotí jako veřejnoprávní korporaci z hlediska formy jejího zřízení i z hlediska její dohledové funkce nad výkonem lékařské profese. Jako důležitý znak veřejnoprávní povahy zdůrazňuje pravomoc autonomního vydávání vnitrokomorových norem, dále pak disciplinární pravomoc nad svými členy. A v neposlední řadě tak soud zkonstatoval i povinné členství v komoře jako jeden z charakteristických znaků veřejnoprávních korporací, které s ohledem na veřejnoprávní charakter těchto korporací není možné hodnotit jako úpravu v rozporu s Úmluvou nebo Listinou.

Rozhodnutí je pro veřejnoprávní korporace zajímavé i z pohledu vyjmenování jejich definičních znaků, mezi které soud zařadil:

1. zřízení zákonem
2. výkon veřejné moci vůči určité skupině obyvatel
3. právní subjektivita
4. personální základ jako zvláštní důvod členství
5. hospodářská a rozpočtová nezávislost na státu
6. odpovědnost za své jednání

7. jejich jednání nejen ve svém zájmu, ale i zájmu veřejném nebo obecném
8. dozor státu nad nimi a jejich činností
9. soudní obrana před jejich autoritativním rozhodnutím

Soud tak dospěl k závěru, že povinné členství v ČLK není v rozporu s čl. 20 odst. 1 ani čl. 27 odst. 1 a 2 Listiny a stejně tak povinné členství není zásahem do ústavního práva na svobodnou volbu povolání upraveného v čl. 26 odst. 1 Listiny.

Ústavní soud zároveň v nálezu uvedl, že mezi veřejnoprávní profesní korporace je v České republice možné zařadit i ostatní profesní komory s povinným členstvím, čímž zřejmě měl v úmyslu předejít případným dalším návrhům napadajícím povinné členství v jiných profesních komorách.

POVINNÉ ČLENSTVÍ Z POHLEDU HLAVNÍCH ZNAKŮ PROFESNÍ SAMOSPRÁVY

Na problematiku povinného členství bych se nyní podíval z jiného pohledu, než který byl předmětem řízení před Ústavním soudem a to, zda hlavní funkce, které profesní komory plní, odůvodňují povinnost členství v nich.

Dohledová a disciplinární pravomoc

Profesní komory jsou zřizovacími zákony pověřeny dohledem nad řádným výkonem profese a mají pravomoc v rámci disciplinárního řízení přezkoumat postup svého člena nejen z pohledu souladu s obecnými právními předpisy, ale stejně tak s vnitřními předpisy dané komory za předpokladu, že jsou zmocněny k jejich vydání zákonem, a v případě, že v řízení je prokázáno pochybení člena, může mu být uloženo disciplinární opatření. Tato disciplinární opatření mají několik forem podle závažnosti pochybení a to od napomenutí přes pokutu a možnost pozastavení výkonu profese až po vyloučení z komory, s čímž je v systému s povinným členstvím samozřejmě spojen zánik oprávnění činnost vykonávat. Vzhledem k tomu, že celé řízení probíhá před orgány komor a je upraveno v základních parametrech zákonnými předpisy, v podrobnostech pak vnitřními předpisy, musí členovi náležet právo na soudní přezkum rozhodnutí.

Podle mého názoru především tato pravomoc komor může být nejefektivněji vykonávána při povinném členství. Jak bylo uvedeno výše, pokud by neexistoval systém povinného členství, je možné tento dohled provádět dvěma způsoby. Jedním z nich je přímý dohled státu, který bych přirovnal např. k dohledu nad výkonem živností. V tomto systému vidím několik relativně problémových bodů. První je spíše ekonomického charakteru - náklady spojené s celým dohledem a řízením při zjištění pochybení

poskytovatele služby by, a to na rozdíl od současného nastavení regulace, nesl stát. Jako další slabé místo tohoto systému je nutné chápat personální zajištění ve smyslu odbornosti osob, které by dohled zajišťovaly, protože při přezkumu postupu poskytovatele služby je z podstaty věci předpokládána hlubší odborná znalost o dané profesi u osob, které se dohledu a disciplinárního řízení účastní. Za poměrně zásadně problémový bod státního dozoru považuji u profesí, jejichž obsahem je poskytování právních služeb, skutečnost, že poskytovatelé těchto profesí hájí práva a zájmy svých klientů vůči státu (zejména pak advokáti a daňoví poradci). Z tohoto důvodu je těžko představitelné, že státní orgány by prováděly dozor nad postupem těchto osob, protože by se jednoznačně dostaly do rozporu zájmy těchto dozorových subjektů s postavením poskytovatelů.

Právem a zároveň povinností těchto profesí je jejich poměrně rozsáhlá mlčenlivost a to především vůči orgánům veřejné moci. Proto by přezkoumání případných pochybení při výkonu těchto profesí státními orgány bylo velmi problémové, a lze říct, že až nemožné, s ohledem na zachování tohoto profesního oprávnění, protože v opačném případě by ohrožovalo důvěru klientů k těmto profesím. Problém takového systému je možné spatřovat také v tom, že členové profesních komor musí kromě obecných právních předpisů mnohdy dodržovat rovněž etická pravidla stanovená komorami a i porušení těchto etických pravidel komor tyto podle svých předpisů přezkoumávají v rámci disciplinárního řízení. Toto by tak bylo těžko realizovatelné v případě státního dozoru. Posledním sporným bodem by byl charakter opatření spočívajícího v odejmutí oprávnění k činnosti, v případě státního dozoru by nebylo ani možné hovořit o disciplinárním opatření ale již o typickou správní sankci.

Naopak u dalších dvou skupin profesí (tzv. lékařské a technické) s ohledem na charakter jejich činnosti osobně nepovažuji za problém, pokud by přímý dozor nad nimi státní orgány vykonávaly.

Při nastavení systému s nepovinným členstvím, kdy by komora měla zákonem uloženou dohledovou pravomoc nad poskytovateli dané profese, vyvstávají podobné problémy jako u přímého státního dozoru. I v tomto případě by bylo nutné řešit finanční otázku celého dozorového procesu, protože v případě, že by náklady nesla plně samotná komora, mohlo by docházet až k tomu, že komora by byla „motivována“ k vyššímu ukládání peněžitých pokut než v systému s povinným členstvím. Především by ale bylo ještě náročnější (oproti systému s přímým státním dozorem) řešit odejmutí oprávnění k výkonu činnosti. Takové nastavení je tak spíše jen v rovině teoreticko-právních úvah.

Domnívám se tak, že tato pravomoc komor nejvíce odůvodňuje povinné členství, samozřejmě za předpokladu možnosti plného soudního přezkumu, u tzv. právních profesí považuji systém s povinným členstvím z výše uvedených důvodů za zcela opodstatněný. Je možné tak konstatovat ve výše

uvedeném směru, že tento systém tak prostřednictvím povinného členství chrání především klienty poskytovatelů těchto služeb.

Ochrana a prosazování profesních zájmů členů komor

Dalším významným a charakteristickým znakem profesního sdružování je ochrana a prosazování profesních zájmů členů sdružení a vytváření podmínek pro růst odborné kvalifikace a profesionální úrovně jejich členů. Systém s jednou profesní komorou bezesporu zajišťuje účinnější plnění této funkce než stav, kdy nejsou poskytovatelé služeb sdruženy nebo jsou sdruženy ve více komorách.

Komory by se měly soustředit především na profesní zájmy svých členů, ale nelze jim samozřejmě v té souvislosti upírat ani ochranu ekonomických zájmů členů, protože tyto dva okruhy spolu úzce souvisí. Je nutné zároveň zdůraznit, že profesní komory se neomezují jen na zájmy svých členů, ale na otázky profese obecně, tedy např. na právní prostředí. Komory jsou často např. připomínkovým místem v legislativním procesu u právních norem souvisejících s jejich oborem působnosti. Touto formou tak komory přispívají i k ochraně a prosazování zájmů nejen klientů jejich členů ale i dalších subjektů v celé společnosti.

V případě nepovinného členství plní komory tyto úlohy také, ale dá se předpokládat, že s ohledem na jejich slabší postavení ne tak výrazně a snad i úspěšně. Problém může být systém více vedle sebe existujících profesních sdružení pro jednu profesi, protože takový systém může přinášet vzájemné rozpory a konflikty v prosazování jejich zájmů navenek, což jejich pozici jen oslabuje.

Naopak povinné členství nemusí a ani nemůže být v tomto směru výhodné vždy pro všechny členy nebo významnou většinu členů, může totiž způsobovat to, že oficiální vystupování komory navenek a prosazování určitých zájmů nebo cílů nemusí být v souladu se zájmy jednotlivých členů, což je pochopitelné u každého sdružení více subjektů. Povinné členství totiž znamená skutečnost, že komora sdružuje různé poskytovatele služeb co do jejich odborného zaměření, právní subjektivity, rozsahu činnosti, velikosti subjektu apod. Toto bývá i hlavní důvod napadání úpravy povinného členství ze strany členů komor, protože se právě ne vždy dovedou ztotožnit s oficiálními cíly prosazovanými „jejich“ komorou. Z tohoto úhlu pohledu se tak jeví dobrovolné členství a případně existence více sdružení pro jednu profesi jako minimálně demokratičtější.

Samofinancování

Z pohledu samotného povinného členství není tak významný další významný aspekt profesních sdružení s povinným členstvím a to samofinancování jejich činnosti, tedy finanční nezávislost na veřejných rozpočtech. Tento aspekt je důležitý v již zmíněném dohledu a disciplinární

pravomoci nad svými členy a nákladech s tím spojených, které rovněž hradí komory.

Významným zdrojem financování komor je příspěvková povinnost jejich členů. Z jejich pohledu je pak významný rozsah služeb, které ze strany komory mohou čerpat. Mezi těmito službami je možné uvést školení pro členy pořádaná komorou, výhradní přístup do informačních systémů se zdroji informací významných pro výkon profese, dále většina komor vydává pro své členy odborná periodika. Mezi výhody je ale možné řadit i zvýhodněné nabídky služeb i zboží od partnerů komory. Některé služby nabízené přímo komorou jsou poskytovány bezplatně, některé samozřejmě za úplatu. I v případě úplaty je její výše většinou pod úrovní tržních cen. Každý člen komory tak porovnává výši své příspěvkové povinnosti s protiplněním nabízeném komorou.

MONOPOLNÍ VÝHRADA ČINNOSTÍ PROFESE

Nejvýznamnější zejména ekonomický dopad může znamenat úprava, kdy profesním komorám je vyhrazena určitá činnost a v takové činnosti má pak daná profese prakticky monopolní postavení (např. služby notářské). Úprava pak může mít dopad na příjemce služeb co do výše nákladů na poskytnutou službu, protože ne vždy je cena takových služeb nastavena pevně právním předpisem, který je v působnosti mimo dané profesní sdružení, nejčastěji pak v podmínkách České republiky ministerstvem, do jehož působnosti daná činnost spadá. Pokud by se možnost poskytovat dané činnosti nebo služby otevřela většímu okruhu subjektů, mohlo by se takové uvolnění pozitivně odrazit v ceně poskytované činnosti plně v souladu se základními ekonomickými principy.

Podobný pozitivní dopad by pak samozřejmě mělo uvolnění činnosti konkurenci i na subjekty vně dané profesní komory, které by tak nebyly nuceny podstupovat speciální proceduru pro přístup k poskytování takových činností.

Je možné konstatovat, že Evropská unie v určitém směru usiluje o otevření a prostupnost mezi jednotlivými profesemi, i když samozřejmě nezasahuje do samotného nastavení úpravy profesního sdružování v jednotlivých členských zemích.

PŘÍSTUP ČLENŮ KOMOR K VÝKONU PROFESE V RÁMCI EVROPSKÉ UNIE

Na problematiku je nutné se podívat i z mezinárodního pohledu a to především v rámci Evropské unie. V rámci Evropské unie je jedním ze základních práv všech subjektů právo na volný pohyb, které se týká i

poskytování služeb. Evropská unie rozděluje činnosti a profese na regulované a neregulované a tomuto dělení odpovídají i různé podmínky možného poskytování služeb v jiném členském státě Evropské unie. U regulovaných profesí je pak nutné pro přeshraniční vstup do profese tzv. uznání odborné kvalifikace. Každá profese pak má svůj uznávací orgán a v případě profesních komor je takovým orgánem samozřejmě přímo komora. Toto nastavení by již zřejmě nefungovalo v systému více profesních sdružení pro jednu profesi. Systém jedné profesní komory tak lépe garantuje ochranu domácího trhu před neregulovaným přístupem do profese ze zahraničí a v důsledku toho zajišťuje i určitou výši odborného standardu výkonu profese.

ZÁVĚR

Při zhodnocení úlohy profesních komor s ohledem na povinné členství bych závěrem uvedl, že varianty povinného i dobrovolného členství mají svá pozitiva i negativa a to jak z pohledu ekonomického, tak i právního. Ze strany samotných členů komor nelze konstatovat, že by systém s povinným členstvím byl jednoznačně výhodnější. Z výhod tohoto systému je možné uvést především možnost účinnějšího prosazování jejich profesních zájmů. Je pak především na úvaze každého člena, jak zhodnotí pozitiva a negativa pro něho vyplývající z nastaveného systému.

Z pohledu klienta je pak systém povinného členství zárukou ochrany jeho zájmů a práv zejména u profesí, jejichž obsahem je právní poradenství a to s ohledem na charakter těchto činností. Určitou nevýhodou může být na druhé straně výše nastavení odměny za poskytnuté služby, která může být nad úrovní, které by bylo dosaženo při volnějším vstupu do profese, nicméně tato skutečnost závisí na zvoleném systému regulace odměny.

Pro orgány státní správy je pak jednoznačnou ekonomickou výhodou fakt, že náklady na dohled a dozor nesou samotné profesní komory a zajišťují tuto pravomoc i po personální stránce.

Přestože zde máme nález Ústavního soudu o souladu systému povinného členství v profesní komoře s ústavními právy členů, z rozboru celé problematiky se domnívám, že existence tohoto systému má vážné důvody jen v případě profesí, jejichž obsahem je právní poradenství, a to s ohledem na dohledové a disciplinární pravomoci u těchto profesních komor.

Obecně tak při nastavení systému profesního sdružování záleží jen na preferencích dané společnosti, jejich historických, právních i ekonomických zkušenostech s danými systémy profesní.

Literature:

- HENDRYCH, D., Správní právo, C.H. Beck, 2009, 837 s., ISBN 9788074000492
- PRŮCHA, P., Správní právo: obecná část, Nakl. Doplněk, 2007, 418 s., ISBN 9788072392070
- SLÁDEČEK, V., Obecné správní právo, ASPI, 2009, 463 s., ISBN 9788073573829
- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 8. 2008, sp.zn. Pl.ÚS 40/06
- Zákon č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře
- Zákon č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství a Komoře daňových poradců ČR
- Směrnice 2005/36/ES o uznávání odborných kvalifikací
- Zákon č. 189/2008 Sb., o uznávání odborných kvalifikací

Contact – email

sefl@kdpcr.cz

DAŇOVÉ ÚNIKY A JEJICH DOPAD NA PŘÍJMOVOU STRÁNKU VEŘEJNÝCH ROZPOČTŮ

TAŘÁNA ŠPÍRKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Daňové trestné činy jsou významnou skupinou trestných činů hospodářských. Představují krajní prostředek řešení daňových úniků, které významně ohrožují fiskální zájmy státu. Cílem příspěvku je právně vymezit problematiku daňových příjmů a přiblížit čtenáři jejich ohrožení daňovými úniky v kontextu daňových trestných činů.

Key words in original language

Daňové příjmy; daňový únik; daňové trestné činy.

Abstract

Tax criminal offences belong to a significant group of economic criminal offences. They represent ultima ratio to a solution of tax avoidance that eminently threaten a state fiscal interests. The author's aim in this article is to provide a complex view on a problems of tax revenues and their reduction by tax avoidance.

Key words

Tax revenues; tax avoidance; tax criminal offences.

Daňové příjmy tvoří podstatnou část příjmové stránky veřejných rozpočtů. Státní rozpočet na rok 2010 počítá s celkovými příjmy 1 022 219 350 a celkovými výdaji 1 184 919 350, přičemž s ohledem na výše uvedené bude tvořit schodek státního rozpočtu 162 700 000 (všechny údaje jsou tisících Kč).¹ K 31. 10. 2010 dosahovaly příjmy státního rozpočtu 834, 51 mlr. Kč, přičemž k tomuto datu z nich příjmy daňové tvořily částku 719, 18 mlr. Kč.²

Daňové výnosy však nekončí pouze ve státním rozpočtu. Z hlediska rozpočtového určení daně z přidané hodnoty, daní spotřebních, daní z příjmů, daně z nemovitostí a daně silniční, je stěžejní zákon č. 243/2000 Sb., o rozpočtovém určení daní, ve znění pozdějších předpisů. V souladu s tímto právním předpisem lze konstatovat, že výnos některých

¹ http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/zakon_o_sr_52423.html (20. 11. 2010)

² http://www.cnb.cz/cs/statistika/vladni_fin_stat/ (20. 11. 2010)

daní plyne kromě státního rozpočtu i do rozpočtů územních samosprávných celků a státního fondu.

Dle současné právní úpravy se rozděluje krajům 8,92 procenta a obcím 21,4 procenta z celostátního hrubého výnosu sdílených daní. Těmi jsou daň z přidané hodnoty, daň z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a funkčních požitků, daň z příjmů fyzických osob vybírané srážkou podle zvláštní sazby, daň z příjmů fyzických osob a daň z příjmů právnických osob. Silniční daň je příjmem Státního fondu dopravní infrastruktury, přičemž do tohoto fondu plyne také 9,1 % celostátního hrubého výnosu spotřební daně z minerálních olejů. Daň z nemovitostí je příjmem pouze rozpočtu obce.³

V roce 2009 připadlo ze skutečného celostátního výnosu daní na státní rozpočet 71,3 % (485,4 mld. Kč). Podíl rozpočtů územně samosprávných celků činil 26,5 % (180,3 mld. Kč, z toho na daňové příjmy obcí připadlo 136,5 mld. Kč, kraje získaly do svých rozpočtů 43,8 mld. Kč). Státnímu fondu dopravní infrastruktury bylo z celostátního daňového inkasa převedeno 14,9 mld. Kč, tj. 2,2 % (z daně z minerálních olejů 7,2 mld. Kč, ze silniční daně 4,8 mld. Kč a dálničních poplatků 2,9 mld. Kč).⁴

V kontextu výše uvedeného zákona bych upozornila na zahájení příprav nového zákona o rozpočtovém určení daní, jehož hlavní teze byly ze strany ministra financí Miroslava Kalouska představeny v měsíci listopadu 2010. Ministerstvo financí v něm hodlá snížit současný rozdíl mezi nejméně a nejbohatšími městy ve výnosu sdílených daní na jednoho obyvatele. V současnosti činí tento rozdíl až 4,5násobek. Ministerstvo také navrhuje nastavit rovné podmínky pro financování statutárních měst. U Prahy by ovšem byl zaveden zvláštní příjmový koeficient, protože hlavní město je zároveň krajem. Ke zmírnění rozdílu by měly být využity prostředky z národních dotačních programů, které, jak uvedl ministr financí, jsou administrativně náročné a málo efektivní. Mezi další diskutovaná témata patří rovněž rozšíření či zúžení portfolia sdílených daní, omezené rozšíření počtu kritérií, podle kterých se daňový výnos přerozděluje mezi obce (např. demografická struktura, počet žáků základních škol, rezidenční rozloha) a definice „záklony“, tj. obce a kraje budou automaticky participovat na kladných i záporných efektech spojených s ekonomickým vývojem, ovšem participace na efektech vyplývajících z legislativních změn

³ Zákon č. 243/2000 Sb., o rozpočtovém určení výnosu některých daní územním samosprávným celkům a některým státním fondům (zákon o rozpočtovém ručení daní), ve znění pozdějších předpisů.

⁴ http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/SZU2009_C_pdf.pdf (20. 11. 2010)

bude podléhat politickému rozhodnutí (např. dodatečný výnos získaný zvýšením sazby DPH směřovat na úhradu penzijní reformy) atd.⁵

Fiskální zájem státu na daňových příjmech je ohrožen daňovými úniky. Krajní prostředek pro řešení daňových úniků představuje právo trestní, které vymezuje daňové trestné činy jako významnou skupinu trestných činů hospodářských. Daňové trestné činy jsou obtížně prokazatelné a k vyvození trestní odpovědnosti nepřispívá ani komplikovanost právní úpravy daňové soustavy. Daňové trestné činy a s nimi související daňové úniky se proto obecně vyznačují vysokou mírou latence. Zisky dosažené touto činností jsou obrovské, čemuž mnohdy odpovídá i velká sofistikovanost jejich pachatelů.

Mezi daňové trestné činy dle platné trestní právní úpravy zařazujeme trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby (§240), neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby (§241), nesplnění oznamovací povinnosti v daňovém řízení (§243), porušení předpisů o nálepkách a jiných předmětech k označení zboží (§244), padělání a pozměnění předmětů k označení zboží pro daňové účely a předmětů dokazujících splnění poplatkové povinnosti (§245).⁶

Z hlediska výše daňových úniků bych akcentovala trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby, který je i s ohledem na historický kontext považován za základní daňový trestný čin.⁷ V roce 2009 bylo evidováno na 422 trestných činů zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby se způsobenou škodou 2,7 mlr. Kč. V roce 2008 dosáhla způsobená škoda dokonce 6,4 mlr. Kč při počtu 725 zjištěných trestných činů. Absolutního maxima v posledních deseti letech bylo dosaženo v roce 2005, kdy se škoda způsobená pachatelem této trestné činnosti vyšplhala na necelých 7 mlr. Kč. Pokud se podíváme na daňové úniky, jež byly v souvislosti s tímto trestným činem spáchány v roce 2010, zjistíme, že v období od 1. 1. 2010 do 31. 10. 2010 bylo zjištěno na 538 skutků, vyšetřováno a stíháno je celkem 449 osob při zjištěné škodě 3 881 656 tis. Kč.⁸

Z hlediska výskytu i způsobené škody je dále významný trestný čin neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby. Škoda způsobená páčáním tohoto trestného činu je poměrně vysoká, i když zdaleka nedosahuje hodnot škod způsobených páčáním

⁵ http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/tiskove_zpravy_ministerstva_58794.html (25. 11. 2010)

⁶ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ Trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby také jako jediný z platných daňových trestných činů existoval v naší právní úpravě již před rokem 1989.

⁸ <http://www.policie.cz/web-informacni-servis-statistiky.aspx> (20. 11. 2010)

trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby. V období od 1. 1. 2010 do 31. 10. 2010 bylo zjištěno na 587 skutků, vyšetřováno a stíháno je celkem 293 osob při zjištěné škodě 180 222 tis. Kč.⁹

U ostatních daňových trestných činů nedosahují způsobené škody výše uvedených rozsahů. Kupříkladu u trestného činu porušení předpisů o nálepkách a jiných předmětech k označení zboží dosáhla způsobená škoda za období od 1. 1. 2010 do 31. 10. 2010 výše 2 740 tis. Kč. Raritou mezi daňovými trestnými činy ohledně dlouhodobě téměř nulového výskytu je trestný čin nesplnění oznamovací povinnosti v daňovém řízení, když tento rok nebyl zatím zjištěn ani jeden případ spáchání tohoto trestného činu a v loňském roce byl pouze jediný případ tohoto trestného činu dodatečně objasněn.¹⁰

Daňové úniky představují, společně s ostatními hospodářskými trestnými činy, pro stát závažný problém. Škody způsobené tímto druhem kriminality jsou značné. V loňském roce dosáhly škody způsobené v důsledku hospodářské kriminality 15,7 mld. Kč, a to loňský rok byla škoda způsobená touto trestnou činností nejnižší za posledních deset let. V letošním roce byla v období od 1. 1. 2010 do 31. 10. 2010 způsobena hospodářskými trestnými činy škoda 12, 139 mld. Kč.¹¹

Jsem přesvědčena, že boj proti daňovým únikům by se měl odehrávat také v rovině jiných právních odvětví než je právo trestní. Více než kdekoliv jinde by se u daňových trestných činů nemělo zapomínat na pomocnou úlohu trestní represe, což znamená, že na protiprávní jednání je třeba reagovat prostředky trestního práva až v krajních případech. Primární zamezení daňovým únikům by mělo být zajištěno v rámci bezvadné právní úpravy daňových a souvisejících právních předpisů a právní úpravou sankcí v rámci daňového řízení. Paradoxně právě netrestní právní úprava mnohdy otevírá pachatelům cestu k daňovým únikům a složitost netrestní daňové legislativy a neefektivnost daňového řízení jsou jedny z faktorů, které zvyšují množství daňových úniků a jejich častou latenci.

Contact – email

tatana.spirkova@upol.cz

⁹ <http://www.policie.cz/clanek/statisticke-prehledy-kriminality-197869.aspx> (20. 11. 2010)

¹⁰ <http://www.policie.cz/clanek/statisticke-prehledy-kriminality-327216.aspx> (20. 11. 2010)

¹¹ <http://www.policie.cz/clanek/statisticke-prehledy-kriminality-197869.aspx> (20. 11. 2010)

PROMOTION OF LAWYERS

EVA TOMÁŠKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zabýva propagácií právnikov. Cieľom je poukázať, ktoré formy propagácie jsou vhodné pre právnikov. Existuje rada spôsobů, jak oslovit zákazníky, ne všechny jsou však využitelné u právnikov. V rámci zpracování příspěvku byla realizována analýza webových stránek vybraných advokátních kanceláří působících v ČR. V závěru jsou uvedeny možnosti zefektivnění komunikace. Pro zpracování byly použity komparace, analýza a syntéza.

Key words in original language

Propagace; advokátní kancelář; webové stránky; ČR.

Abstract

The article deals with promotion of lawyers. The goal is to point out what kinds of promotion are suitable for lawyers. There are a lot of ways how to promote the business; however, not every way is suitable for lawyers. The article involves an analysis of websites of selected lawyers who offer services in the Czech Republic. The final part of the article discusses ways of improving with respect to legal regulation of promotion. Analysis, comparison and synthesis are the methods used in the article.

Key words

Promotion; lawyers; websites; the Czech Republic.

1. ÚVOD

V současné době se intenzita konkurenčního prostředí neustále zvyšuje, advokátní kanceláře nevyjímaje. Toto povolání je stále společností vnímáno jako vysoce atraktivní, o čemž svědčí i neustálý zájem uchazečů absolvovat studium v oboru právo a právní věda. Vysoký počet absolventů tohoto oboru pak vede ke zvyšování počtu zájemců vykonávat činnost advokáta. Je zřejmé, že tak jako v každém oboru, i zde budou hrát prim pouze ti nejúspěšnější, ti kteří budou mít dostatek klientů.

Většina klientů si vybírá advokátní kancelář na základě vlastních zkušeností či na základě zkušeností nebo rad rodinných příslušníků, přátel či spolupracovníků. Současně však platí, že za tato doporučení nesmí advokát poskytnout úplatu nebo jinou výhodu. Navíc se musí jednat o svévolné jednání klientů, neboť advokát stávající klienty nesmí použít k nábore nových klientů, viz odst. 1 a 2 článku 32 Etického kodexu advokátů ČR.

Je tedy nezbytné, aby klienti měli s advokátní kanceláří jen dobré zkušenosti a současně, aby tyto sami dále sdělovali. Přesto zde existují klienti, kteří buď nemají sami (ani jejich okolí) zkušenosti se službami konkrétní advokátní kanceláře či je jim doporučeno více advokátních kanceláří. Tito klienti pak mohou své rozhodnutí o finálním výběru advokátní kanceláře učinit dle realizovaných propagačních aktivit advokátní kanceláře. Informace pak potenciální klienti vyhledávají v tisku či na Internetu, kde prochází webové stránky jednotlivých společností.

Tento příspěvek se zabývá propagací advokátních kanceláří prostřednictvím webových stránek. Vzhledem k povaze výkonu činnosti advokáta, jsou některé formy propagace omezeny či zcela zakázány. Cílem příspěvku je poukázat na druhy propagace použitelné k propagaci advokátů. Nejprve zde tedy budou analyzovány možné způsoby propagace advokátů, následně pak bude komparována a analyzována obsahová stránka webových stránek vybraných advokátních kanceláří z pohledu použitých propagačních nástrojů. Na závěr bude uvedena syntéza získaných poznatků včetně doporučení vztahujících se k doplnění webových stránek.

2. MOŽNOSTI PROPAGACE

Dle Foreta (2006) je propagace obecným názvem marketingového mixu. Hlavním cílem marketingu je pak nabídnout zákazníkovi takový produkt, který je zákazníkem požadován, za cenu, která je vnímána jako adekvátní, způsobem, který je pro zákazníka nejvhodnější. Propagace si pak klade za cíl vhodně zákazníka oslovit. Obecně můžeme říci, že marketing si klade za cíl uspokojit zákazníka, čímž přispívá ke spokojenosti výrobce či prodejce produktu.

Mezi tradiční formy propagace jsou zařazeny reklama, podpora prodeje, osobní prodej a public relations. Cílem reklamy je zaujmout a oslovit potenciálního zákazníka. Snahou je přilákat jeho pozornost a přimět jej, aby si produkt vyzkoušel či se zákazníkovi připomenout. Podpora prodeje využívá krátkodobých vysoce účinných podnětů k tomu, aby zákazník zvýšil množství nákupů a tím se výrobcí či prodejci zvýšil obrát. Osobní prodej se používá k přímému působení na zákazníka, aby změnil své jednání či nákupní zvyklosti. Cílem je přesvědčit zákazníka, aby daný produkt vyzkoušel. Public relations si klade za cíl vytvářet dobré vztahy s veřejností, tak aby podnikatel a jeho činnost byla veřejností dobře vnímána. Oblíbeným nástrojem public relations je např. sponzoring.

Je zřejmé již z povahy podpory prodeje, že tuto nelze využívat v advokacii. Proti využití tohoto nástroje hovoří článek 30 Etického kodexu advokátů ČR: „Advokát je povinen se při náboru klientů zdržet každého jednání, kterým by se osobám požadujícím poskytnutí právní služby ztěžovala nebo znemožňovala svobodná volba advokáta.“

Taktéž formu osobního prodeje nelze využít, neboť v odst. 1 a 2 článku 31 Etického kodexu advokátů ČR je stanoveno, že: „Advokát nesmí nabízet poskytnutí právní služby osobě, která ji na něm sama nepožaduje... Při nabízení svých právních služeb se advokát musí zdržet jakéhokoliv naléhání, zvláště je-li z okolností nebo projevu osoby, které je služba nabízena, zřejmé, že o ni nemá zájem“.

Zbývají nám tedy v rámci advokacie k využití pouze dvě základní formy komunikačního mixu, a to reklama a public relations. K reklamě a public relations se v Etickém kodexu advokátů ČR váže článek 25 a 26. V článku 25 je uvedeno: „Advokát má právo informovat veřejnost o poskytovaných službách za předpokladu, že jsou tyto informace přesné, nejsou klamavé a respektují povinnost mlčenlivosti a další základní hodnoty advokacie.“ V článku 26 se pak ještě dodává: „Osobní publicita advokáta v médiích jako tisk, rozhlas, televize, elektronická komerční komunikace nebo jiná média se povoluje, pokud jsou splněny podmínky čl. 25.“

Ze čtyř základních forem komunikačního mixu je možné u advokacie s určitými omezeními použít pouze dvou. Je nutné tedy velmi pečlivě volit způsob komunikace, tak aby byl v souladu s výše uvedenými ustanoveními a současně aby byl dostatečně účinný. Jeden z velmi častých způsobů propagace je reklama formou webových stránek. Z tohoto důvodu se bude další text věnovat prezentaci advokátních kanceláří pomocí webových stránek.

3. ANALÝZA PROPAGACE U VYBRANÝCH ADVOKÁTNÍCH KANCELÁŘÍ

K zjištění informací nacházejících se na webových stránkách advokátních kanceláří byl proveden průzkum. Do souboru analyzovaných advokátních kanceláří byly zahrnuty ty, které se umístily na prvních třiceti místech po zadání klíčového slova „advokátní kancelář“ do vyhledávače Google. Níže jsou pak zmíněny zejména jména těch, jejichž webové stránky se vyznačují určitými specifiky.

Obecně by webové stránky advokátní kanceláře měly obsahovat zaměření dané advokátní kanceláře, konkrétní nabídku služeb v jednotlivých právních odvětvích, profil advokáta, ceník a kontakt. Tyto informace lze považovat za základní.

Většina webových stránek tyto informace skutečně nabízí. Občas u analyzovaných webových stránek chyběla konkrétní nabídka služeb v jednotlivých právních odvětvích, tedy, např. souhrn veškerých služeb nabízených v rámci obchodního práva. Profil advokátů nabízejících dané služby byl v několika případech velmi strohý. Za nedostatečné je možné považovat ve velké řadě případů ceník. Ceník buď na webových stránkách chybí nebo je velmi obecný. Pouze u několika málo webových stránek se mohl potenciální klient dozvědět, resp. si spočítat, kolik za danou službu

zaplatí. Přitom cena je jednou z podstatných rozhodovacích kritérií každého klienta, klienty advokátních kanceláří nevyjímaje.

I když budou webové stránky obsahovat všechny výše uvedené základní údaje, nejsou tyto ještě dostatečnou zárukou toho, že se pro danou advokátní kancelář potencionální klient rozhodne. Advokátní kanceláře musí svým klientům nabídnout něco navíc, aby tyto potencionální klienty oslovily.

Emocionální zdůvodnění se používají v rámci propagace u všech podnikatelských činností. Snahou je nabídnout klientovi vyjma racionálního důvodu výběru konkrétní společnosti i zdůvodnění emocionální. To se velmi často podílí na finálním výběru konkrétní společnosti.

Na mnohých webových stránkách advokátních kanceláří je patrná emocionální zdůvodnění, proč si klient má vybrat právě tuto advokátní kancelář. Příkladem mohou být webové stránky Advokátní kanceláře Frömlové Ivy: „Právní služby poskytujeme s veškerým úsilím, poctivě a ke spokojenosti našich klientů.“...“Každému případu se věnujeme s maximálním nasazením.“...Nabízíme: „advokáta, který se bude Vaší záležitostí skutečně a do hloubky zabývat, profesionální pomoc za rozumnou cenu, právní pomoc s garancí osobního přístupu,

Vašeho advokáta, který Vám bude k dispozici, když ho budete potřebovat“.

Dalším příkladem mohou být webové stránky Advokátní kanceláře Denisy Sudolské: „Advokátní kancelář poskytuje právní služby s velkým důrazem na individuální přístup ke klientům, tudíž je schopna pro klienty realizovat veškerou potřebnou právní pomoc a stát se tak pro ně hodnotným partnerem.“...“Prioritou advokátní kanceláře je: Maximální ochrana práv a právem chráněných zájmů klienta; Velký důraz na individuální a profesionální přístup ke klientovi; Maximální úsilí o dosažení optimálního řešení; Vysoká úroveň odborných znalostí; Propojování znalostí a expertních zkušeností; Rychlé, přesné a vysoce odborné řešení požadavků klientů.“

Do třetice jsou zde nabídnut emocionální důvod Advokátní kanceláře Vlastimila Šipla: „Sedm dobrých důvodů, proč zvolit mé služby: Maximální ochrana práv a právem chráněných zájmů klienta; Důvěrný, individuální a profesionální přístup; Vysoká úroveň odborných znalostí; Letité zkušenosti v oboru; Rychlost, důkladnost, svědomitost a odpovědnost; Použití moderních technologií a komunikačních prostředků; Vstřícnost a flexibilita“.

Dalším emocionálním důvodem, proč by si měl klient vybrat zrovna tuto advokátní kancelář, může být zveřejnění Kodexu kanceláře (např. Advokátní kancelář Pajerová & Šnajdrová). Emocionální důvody zdůvodnění výběru konkrétní společnosti se tedy projevují i u advokátních kanceláří, předpokladem je, že tyto tendence budou nadále narůstat, až budou posléze považovány za zcela základní prvek, který by každé webové stránky advokátní kanceláře měly obsahovat. Snahou advokátních kanceláří by tedy mělo být zakomponovat tyto emocionální důvody na své webové stránky co nejdříve, dokud jsou považovány za něco ne zcela běžného.

Další možností, jak přilákat klienty, aby pravidelně webové stránky advokátní kanceláře navštěvovaly, je nabízet jim nejrůznější zajímavosti či novinky z oblasti advokacie či legislativy, historii advokacie, odkazy na další webové stránky související s advokací (právní předpisy, rejstříky, státní instituce, judikáty, soudy, profesní komory apod.) Možné je také rozšířit webové stránky o významné partnery, probíhající konkursy, osoby v insolvenční, nabídka zaměstnání apod. Třetím typem, jak zvýšit návštěvnost vlastních webových stránek je, že budou obsahovat řadu dokumentů, které si mohou klienti sami stáhnout a použít, např. vzor plné moci, rozhodčí doložky apod. Cílem je, aby se jméno této advokátní kanceláře dostalo do všeobecného podvědomí.

Advokacie je jedním z oborů, u kterého se předpokládá, že z důvodu zajištění profesních kvalit, pravidelné a neustále sebevzdělávání a absolvování nejrůznějších kurzů. Získané certifikáty a potvrzení o absolvovaných kurzech mohou být opětovně dalším z mnoha důvodů výběru konkrétní advokátní kanceláře, např. Advokátní kancelář Havel & Holásek.

Jednou z možností, jak je možné „dostat“ jméno advokáta či dané advokátní kanceláře do všeobecného povědomí, je publikování. Ať se již jedná o články ve více či méně odborných periodických, sbornících, monografie či učebnice, vždy je vhodné tuto skutečnost včetně odkazů na tyto publikace uvést na webové stránky advokátní kanceláře. Takto zvyšují svou prestiž např. Advokátní kancelář Havel & Holásek či Advokátní kancelář Doc. JUDr. Karla Schelleho, CSc. & JUDr. Ilony Schelleové, Dr.

Důvodem výběru té které advokátní kanceláře mohou být i její jazyková vybavenost. Řada advokátních kanceláří nabízí své webové stránky jen v českém jazyce, nicméně postupně přibývá advokátů, kteří vědí, že je nutné nabízet své služby nejen česky mluvícím osobám. V současné době již není znalost jednoho či dvou cizích jazyků konkurenční výhodou, nýbrž nutností (např. Advokátní kancelář Pajerová & Šnajdrová má zpracovány webové stránky v šesti jazycích, Advokátní kancelář Havel & Holásek pak v osmi jazycích). Klienti rádi přisuzují těm advokátním kancelářím, které disponují širokou jazykovou nabídkou, vyšší znalostí a schopností. A ačkoliv tuto službu nevyužijí, může toto být právě impulsem pro výběr advokátní kanceláře.

Mezi další formy propagace patří upozornění na úspěšně realizované významné případy. Např. Advokátní kancelář Havel & Holásek uvádí, že realizovala komplexní právní zajištění akvizičního procesu společnosti XY, včetně právní prověrky v cílové společnosti, vyjednávání akviziční dokumentace. Dále je u této advokátní kanceláře zmíněno, že radila v loňském roce u nejméně fúzí a akvizic realizovaných ve střední Evropě.

Nejen úspěšné realizované významné případy mohou pozitivně ovlivnit rozhodování potencionálního klienta, ale taktéž spojení společnosti s některými významnými osobami či obchodními partnery. Takto na svých stránkách uvádí Vlastimil Šipl – Advokátní kancelář, že byl studentem a koncipientem prof. Fialy.

Ačkoliv není možné díky legislativnímu omezení nabízet většinu nástrojů podpory prodeje, je možné v ojedinělých případech vidět, že advokátní kanceláře se snaží využít alespoň některých nástrojů. Mezi takové patří např. nabídka zvýhodněných cen pro fyzické osoby či informativní schůzka zdarma (viz Advokátní kancelář – Frömlová Iva) nebo zpracování cenové nabídky zdarma (viz Advokátní kancelář – Lucie Štursová).

Jedním z moderních nástrojů sloužících k racionálnímu zdůvodnění koupě produktu u dané společnosti jsou doprovodné služby. Tento zajímavý „marketingový“ tah je patrný i na webových stránkách advokátních kanceláří. Patří sem např. nabídka poskytování „komplexních služeb“, kde často bývá právní poradenství doplněno i o zajištění součinnosti dalších osob (notáře, znalce, soudního exekutora, daňového poradce, tlumočnicka, auditora, účetního poradce, finančního odborníka apod.). Čím širší nabídka poradenských služeb, tím samozřejmě další důvod, proč si vybrat právě tuto advokátní kancelář.

Mezi další doprovodné služby, které se začínají na webových stránkách advokátních kanceláří objevovat, patří online poradny (např. Advokátní kancelář – Frömlová Iva, Advokátní kancelář Ilony Dobrovolné), možnost objednání schůzky přes Internet (např. Advokátní kancelář – Eva Rutová), nonstop poradenství po telefonu (Advokátní kancelář – Lucie Štursová), poskytnutí advokátní právní pomoci v místě bydliště či sídle klienta (Advokátní kancelář Doc. JUDr. Karla Schelleho, CSc. & JUDr. Ilony Schelleové, Dr.), možnost zajištění parkování pro klienty (Advokátní kancelář – Lucie Štursová).

Advokátní kanceláře mají výrazná omezení v oblasti public relations. Přesto je možné na internetových stránkách některých advokátních kanceláří nalézt informace projektů, které tyto advokátní kanceláře podporují. Např. Advokátní kancelář Šocová, Klvačová & Širhalová mají na svých webových stránkách uvedenu podporu Divadelního souboru Amadis a Triatlonového spolku Osek nad Bečvou. Je možné spatřit také advokátní kanceláře jako sponzory různých projektů, např. Advokátní kancelář Hájek Zrzavecký podporuje projekt Slunce pro oko – nákup speciálního oftalmologického přístroje.

Z výše uvedené analýzy jednotlivých nástrojů komunikačního mixu, které se objevují na webových stránkách advokátních kanceláří, je možné říci, že možnosti zvýšení povědomí u veřejnosti nejsou zase tak radikálně omezeny,

jak by se mohlo na první pohled zdát. Je možné se mnohými webovými stránkami advokátních kanceláří inspirovat a chybějící nástroje ve vlastních stránkách doplnit.

4. DISKUZE A ZÁVĚR

Pozitivní rating advokátní kanceláře je umocněn nejen nabídkou profesionálních služeb, ale zejména pak i pozitivním přístupem k zákazníkům. Vyslovená třešnička na dortu pak představuje nabídka něčeho navíc, čím je možné odlišit danou advokátní kancelář od konkurence. Aby se však tato advokátní kancelář zapsala pozitivně do podvědomí klientů, je nejprve nutné si vybudovat určité jméno a mít k dispozici spokojené klienty.

Získání klientů pak obecně umožňuje používání nástrojů komunikačního mixu. Ze základních nástrojů komunikačního lze pak využít reklamu a public relations. Podporu prodeje a osobní prodej nelze díky ustanovením v Etickém kodexu advokátů ČR využít.

Oblíbenou formu reklamy pak představují webové stránky. Webové stránky advokátních kanceláří by měly být jasně strukturované, měly by mít vkusný design a zejména by měly obsahovat všechny podstatné informace. Každý zákazník sice může za podstatné informace považovat něco trochu jiného, ovšem jisté stejné či obdobné tendence lze vysledovat. Klienta zejména zajímá, jaká služba je mu nabídnuta (zda odpovídá jeho představám), kým je nabízena, kde je nabízena a za jakou cenu.

Vyjma těchto základních informací by webové stránky rozhodně měly obsahovat další informace, které zvýší atraktivitu advokátní kanceláře v očích klientů. Ať je to již poukázáním na znalosti a vědomosti (získané certifikáty, poskytování právních služeb v cizích jazycích, publikace, jichž je daný advokát autorem či spoluautorem apod.), šíří služeb (komplexnost služeb, nabídka řady doprovodných služeb) nebo emocionálním zdůvodněním výběru právě této advokátní kanceláře (spokojenost zákazníka, sponzoring, spojení společnosti s některými významnými osobami). Využití možných forem propagace a odlišení dané advokátní kanceláře od konkurence je jedním z důležitých úkolů, které by měly být rovněž řešeny. Dnes totiž nestačí pouze poskytovat kvalitní služby, dnes je nutné, aby ostatní věděli, že poskytujete kvalitní služby.

Literature:

- Foret, M.: Marketingová komunikace. Brno: Computer Press, 2006, 443 p., 80-251-1041-9.
- Etický kodex advokátů ČR. [online]. [cit. 08.11.2010]. Dostupný z: www.lfa2020.cz/soubor/eticky-kodex-doc/.
- Webové stránky analyzovaných advokátních kanceláří

Contact – email

eva.tomaskova@law.muni.cz

ECONOMIC IMPACT OF LABOUR RELATIONS LIBERALIZATION

DOMINIK ŽENATÝ

Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá jiným pohledem na problematiku liberalizace pracovněprávních vztahů. Zejména akcentuje mikroekonomické a makroekonomické dopady prováděných pracovněprávních opatření. Zabývá se nejen vztahy mezi zaměstnanci a zaměstnavateli, ale také vztahy subjektů pracovněprávních vztahů v širším smyslu.

Key words in original language

Liberalizace; pracovní právo; zaměstnanec; zaměstnavatel.

Abstract

The contribution focuses on liberalization of labour relations from a different angle. Namely accents microeconomic and macroeconomic influence of performed action. It engages not only employee's and employer's relations, however also relations in wider meaning.

Key words

Liberalization; labour law; employee; employer.

Úvod

Flexicurita, liberalizace, smluvní volnost. A oproti tomu ochrana zaměstnance, pracovní podmínky a sociální jistoty. Velmi často skloňovaná slova v souvislosti s každou změnou zákoníku práce a souvisejících předpisů.

Zaměstnavatelé volají po uvolňování trhu práce. Odborové organizace upozorňují na nutnost ochrany zaměstnanců. Odborníci přidávají svoje komentáře k oběma stranám. A zaměstnanec? Většinou vůbec netuší, co si má pod honosnými názvy a dlouhými titulky v novinách představit.

Tento příspěvek se bude zabývat poněkud jiným pohledem na problematiku liberalizace pracovněprávních vztahů; a to pohledem mikroekonomických a makroekonomických dopadů prováděných pracovněprávních opatření.

Základní teze

Budeme vycházet ze základní teze, že zaměstnavatel a zaměstnanec se chtějí dohodnout na vzájemné spolupráci, protože pro zaměstnance je pracovní poměr a mzda (či plat) základním zdrojem příjmů a pro zaměstnavatele je pracovní síla zaměstnance velmi důležitým výrobním faktorem. Současně s touto tezí je nutno zmínit, že obě strany mají diametrálně odlišná názorová

východiska. Zaměstnanec by nejráději pracoval co nejméně za co nejvíce peněz a nejlépe, pokud by jej zaměstnavatel nemohl vůbec propustit. Oproti tomu zaměstnavatel by si představoval co nejvíce pracujícího zaměstnance za co nejnižší mzdu (plat) a současně s maximální volností při dispozici se zaměstnancem. Tolik, řečí ekonomickou za shareholdery.

Do celého procesu dohod však vstupují také stakeholdeři se svými zájmy. Primárně nejsou ani zaměstnanci, ani zaměstnavatelé, ale vztah těchto subjektů je objektem jejich zájmu a zprostředkovaně také zdrojem příjmů. Jedná se zejména o odbory a jejich svazy, zaměstnavatelské svazy na straně druhé a také politiky a úředníky. Všechny tyto skupiny spoluvytvářejí legislativní rámec, ve kterém následně probíhají dohody zaměstnavatelů a zaměstnanců.

Makroekonomické aspekty

Z pohledu makroekonomického je částečně zaručena logičnost a stabilita systému. Stakeholder „stát“ prostřednictvím svých orgánů vyvolává tlak na stabilizaci a dlouhodobost vztahů mezi zaměstnanci a zaměstnavateli (nejčastěji formou zákonných norem). Nestabilní prostředí by vyvolávalo přílišný tlak na jeho sociální síť a zvýšené výdaje na různé formy podpor v nezaměstnanosti.

Východiskem tohoto nákladového pojetí je koncepce moderního státu. "Každý moderní stát poskytuje svým občanům ochranu před finančními důsledky různých sociálních událostí, jako jsou nemoc, úraz, stáří, smrt, apod. V souladu se zajišťovanými riziky se pak sociální zabezpečení člení na zabezpečení v nemoci, pro případ úrazu, důchodové zabezpečení a další."¹ Proto i případná nezaměstnanost jako sociální událost vytváří náklad státu ve formě podpory v nezaměstnanosti.

"Systém sociálního zabezpečení se skládá ze tří subsystémů: systému nemocenského pojištění, systému důchodového pojištění, systému státní politiky zaměstnanosti. Z prvního z výše uvedených systémů plynou dávky nemocenské, peněžité pomoci v mateřství, ošetrovné při ošetřování člena rodiny a vyrovnávací příspěvek v těhotenství a v mateřství. Ze systému důchodového pojištění může fyzická osoba čerpat starobní, invalidní, vdovská či sirotčí důchod. Systém státní politiky zaměstnanosti pak zajišťuje vyplácení podpory v nezaměstnanosti a při rekvalifikaci."²

¹ Tröster, P. et al: Právo sociálního zabezpečení, str. 109

² Bezouška, P. et al: Pracovní právo pro zaměstnavatele, str. 200

Samozřejmě to neplatí absolutně. Je nutné si uvědomit, že výše popsáný model je do jisté míry ideální. Avšak do procesu vstupují také politické zájmy (tedy přízeň voličů a následné znovuzvolení). A zde se stát, tedy spíše různí političtí reprezentanti, dostává do nelehké situace – na jedné straně je zde široká voličská základna zaměstnanců, která může zaručit znovuzvolení a na straně druhé je zde méně početná, avšak finančně lépe vybavená, skupina zaměstnavatelů, kteří mimo to, že jsou voliči, tak jsou také přispěvatelé různým politickým uskupením. Politický reprezentant se tak dostává do nutnosti volby mezi přízní jedné či druhé skupiny. Často však zůstává nerozhodný a balancuje uprostřed těchto skupin, což mívá nepříjemné dopady na stabilitu a zejména pak právní jistotu.

Zároveň je také nutné vnímat makroekonomické aspekty jako velmi proměnlivé a to nejen vzhledem k legislativě Evropské Unie. "Okruh úkolů a činností spadajících pod státní politiku zaměstnanosti se stále vyvíjí, jednak v souvislosti se situací na vnitrostátním trhu práce, jednak i s požadavky a podněty ze strany EU, popřípadě dalšími okolnostmi."³

Mikroekonomické aspekty

Mikroekonomické zájmy zúčastněných stran hájí zejména odborové organizace a uskupení zaměstnavatelů. Obě strany jasně deklarují, že hájí zájmy zaměstnanců, resp. zaměstnavatelů. Ve skutečnosti však ze smyslu svojí existence hájí především trvání nejasností a sporů mezi oběma subjekty (zaměstnancem a zaměstnavatelem), protože jsou na nich ekonomicky závislé. Dovedeno do absurdna – za situace, kdy zaměstnavatelé a zaměstnanci se na všem dohodnou sami k úplné spokojenosti obou stran, není potřeba ani odborových organizací ani uskupení zaměstnavatelů. Tento fakt může ovlivňovat chování těchto subjektů a opět tak destabilizovat prostředí. V určité míře také ovlivňují právní jistotu, protože se velmi často podílejí na vytváření legislativních rámců pracovněprávních vztahů.

Navíc do oblasti mikroekonomické dopadají náklady či omezení (záleží na úhlu pohledu právním či ekonomickým) spojené s evropskou legislativou, která je tradičně prosociální a omezuje tak, s poukazem na nutnost stabilizace a právní jistoty, zaměstnavatele na stále nových místech. takovým případem je třeba legislativa v oblasti restrukturalizací a reengineeringů podniků. "Mezi směrnicemi, které se zabývají sociální ochranou zaměstnanců, mají základní význam směrnice týkající se převodů podniků. Úpravou obsaženou ve směrnicích má být zajištěno to, aby postavení zaměstnanců v případě změn na straně zaměstnavatele bylo

³ Steinichová, L. et al: Zákon o zaměstnanosti - komentář, str. 4

zachováno zejména tak, že jim bude umožněno pokračovat v zaměstnání s novým zaměstnavatelem."⁴

Vliv kontrolních mechanismů

Současně je potřeba zmínit fakt, že kontrola dodržování pracovněprávních předpisů, spíše její kvalita a četnost, významně ovlivňuje chování subjektů.

"Kontrola má podobu správního dozoru - vykonavatel veřejné správy pozoruje chování nepodřízených subjektů a porovnává je s chováním žádoucím, s požadavky právních norem. V návaznosti na hodnocení podle okolností aplikuje zejména nápravné prostředky nebo sankční prostředky, jimiž reaguje na zjištěný nesoulad mezi skutečným a žádoucím chováním dozorovaného subjektu."⁵

Za situace, kdy jsou kontroly neúčinné (např. nedostatečně častými kontrolami, nízkými pokutami při nedodržování zákonných předpisů, apod.) se chování subjektů pracovněprávních vztahů začíná odklánět od původně zákonodárcem zamýšleného. Takový stav je možné konstatovat aktuálně v rámci České republiky.

A právě kontrola dodržování pracovněprávních předpisů je klíčová pro jakékoliv posuzování ekonomických dopadů liberalizace. Stávající pracovněprávní prostředí, které je nestabilní a vyznačuje se vysokou mírou nedodržování pracovněprávních předpisů, nedává prostor pro možnost posouzení případné změny či liberalizace.

Je tedy možno konstatovat, že při provádění změn za současného stavu dojde jen s minimální pravděpodobností ke změně stavu faktického. Je v takové situaci přirozené si klást otázku, zdali nemá předcházet pokusům o změnu prostředí v oblasti liberalizace nejprve změna prostředí kontroly dodržování pracovněprávních předpisů.

Závěr

Vycházíme-li z poznatků o současné situaci na trhu práce, tak docházíme k několika zjištěním, která můžeme označit za znepokojující.

Stav zákonných norem neodpovídá současným představám o liberalizovaném trhu práce. Došlo k výrazným změnám, které vedou správným směrem, ale celou oblast pracovněprávních vztahů můžeme označit maximálně za rozpracovanou.

⁴ Gregorová, Z. et al: Sociální ochrana zaměstnanců při restrukturalizaci podniků, str. 6

⁵ Bělina, M. et al: Pracovní právo, str. 489

Faktický stav trhu práce je odlišný od jeho představy vtělené do legislativních norem. Nejen, že se zákonodárci nepodařilo dosáhnout stavu, který zamýšlel v normách, ale zároveň tuto nevyrovnanost nijak neřeší. Zajímavým poznatkem je, že faktický stav je mnohem blíže liberalizovanému trhu než stav legislativní.

Z toho tedy jednoznačně plyne objednávka zaměstnavatelů a zaměstnanců na větší liberalizaci trhu práce. A protože oba tyto subjekty se v tržím prostředí snaží o maximalizaci zisku, tedy o co největší ekonomičnost svého jednání, tak se dá předpokládat, nyní s poměrně vysokou mírou pravděpodobnosti, že vyšší liberalizace povede k lepšímu, tedy ekonomičtějšímu a efektivnějšímu, prostředí, což bude mít pozitivní vliv na ziskovost a konkurenceschopnost společností (v mikroekonomickém pohledu) a celkově pozitivní vliv na národní hospodářství (makroekonomickým pohledem).

Literature:

- Tröster, P. et al: Právo sociálního zabezpečení, Praha: C.H.Beck, 2010, 420 p., 978-80-7400-322-6
- Gregorová, Z. et al: Sociální ochrana zaměstnanců při restrukturalizaci podniků, Brno: Masarykova univerzita, 2009, 420 p., 978-80-210-4984-0
- Bělina, M. et al: Pracovní právo, Praha: C.H.Beck, 2007, 572 p., 978-80-7179-672-5
- Steinichová, L. et al: Zákon o zaměstnanosti - komentář, Praha: Wolters Kluwer, 2010, 316 p., 978-80-7357-501-4
- Bezouška, P. et al: Pracovní právo pro zaměstnavatele, Praha: Linde, 2010, 223 p., 978-80-7201-795-9

Contact – email

zenaty@centrum.cz

**EVROPSKÁ DIMENZE
FINANČNÍHO PRÁVA - SPRÁVA
DANÍ V EVROPSKÉM SPRÁVNÍM
PROSTORU**

***EUROPEAN DIMENSION OF
FINANCIAL LAW - TAX
ADMINISTRATION WITHIN THE
EUROPEAN ADMINISTRATIVE
AREA***

ŽIVELNÁ NORMOTVORBA V OBLASTI FINANČNÍHO PRÁVA NA PŘÍKLADU MÍSTNÍHO „LOTERIJNÍHO“ POPLATKU

RADIM BOHÁČ

Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Abstract in original language

Tento článek se zabývá místním poplatkem souvisejícím s provozováním loterií a jiných podobných her. Z důvodu novely zákona o místních poplatcích je předmět tohoto poplatku nejasně vymezen a je několik možností jeho výkladu.

Key words in original language

Živelná normotvorba; finanční právo; místní poplatky; loterie.

Abstract

This article is focused on local fee which deals with operating of lotteries and other similar games of chance. Due to the amendment of the Act on Local Fees the object of this local fee is not clearly defined and there are several possibilities of its interpretation.

Key words

Spontaneous Legal Regulation; Financial Law; Local Fees; Lotteries.

1. ÚVOD

Jedním z největších problémů současného českého právního řádu jsou neustálé změny právní úpravy činěné často překotně, narychlo a bez řádného zdůvodnění. Finanční právo není v tomto směru výjimkou, ba naopak, je spíše na špici právních odvětvích, kde právní úprava podléhá časté a neustálé novelizaci.

V tomto článku¹ bych chtěl na příkladu novely zákona o místních poplatcích² z poslední doby poukázat na úskalí, která taková normotvorba přináší. Jedná se zejména o nejasnost textu a z toho vyplývající několik možností výkladu. Níže uvedený příklad však poukáže i na jiný problém, a to nedokonalost a nejasnost právní úpravy, která je novelizována. Pokud je novelizovaná právní úprava sama nejasná a novela na tuto skutečnost

¹ Tento článek byl zpracován s finanční podporou a v rámci výzkumného záměru Univerzity Karlovy v Praze Právnické fakulty, který je registrován pod č. MSM 0021 620 804 s názvem "Proměny práva na počátku 3. tisíciletí – kořeny, východiska, perspektivy".

² Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

nereaguje, nastává řetězení problémů a výkladových nejasností, které může mít velmi závažné důsledky.

Zcela záměrně jsem si vybral oblast loterií a jiných podobných her, ve které více než v jiných oblastech, dochází k silným politickým tlakům a hře různých zájmových skupin, kdy každá z těchto skupin si právní úpravu snaží vyložit ve svůj prospěch nebo dokonce ve svůj prospěch upravit formou pozměňovacích návrhů v průběhu legislativního procesu.

Místní poplatky jsou typickým povinným peněžitým plněním, které mohou vybírat obce na svém území, pokud se tak rozhodnou.³ Z tohoto důvodu spadají do předmětu finančního práva, neboť dochází k soustředování části peněžní masy v obecních rozpočtech. Předmětem tohoto článku je pak konkrétně místní poplatek související s provozováním loterií a jiných podobných her.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA ZPOPLATŇOVÁNÍ PROVOZOVÁNÍ LOTERIÍ A JINÝCH PODOBNÝCH HER MÍSTNÍMI POPLATKY ÚČINNÁ OD 1. LEDNA 1998

S účinností od 1. ledna 1998 byl zákonem č. 305/1997 Sb.⁴ novelizován zákon o místních poplatcích. V ustanovení § 1 bylo doplněno písmeno g) ve znění „poplatek za provozovaný výherní hrací přístroj“. To znamenalo, že do výčtu místních poplatků, které mohou vybírat obce, přibyl místní poplatek označený jako poplatek za provozovaný výherní hrací přístroj. Novela č. 305/1997 Sb. dále doplnila do zákona o místních poplatcích ustanovení § 10a, ve kterém byl tento poplatek blíže vymezen.

Předmět místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byl vymezen jako „každý povolený hrací přístroj“. Toto vymezení bylo doplněno poznámkou pod čarou č. 15 odkazující na zákon o loteriích a jiných podobných hrách.⁵ Slovní spojení „povolený hrací přístroj“ tudíž bylo nutné vykládat ve smyslu zákona o loteriích a jiných podobných hrách.

³ K tomu blíže viz BAKEŠ, Milan, KARFÍKOVÁ, Marie, KOTÁB, Petr, MARKOVÁ, Hana. Finanční právo. 5. aktualiz. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. 576 s. ISBN 978-80-7400-801-6. s. 251 an. nebo RADVAN, Michal, et al. Finanční právo a finanční správa : Berní právo. 1. vydání. Brno : Doplněk, Masarykova univerzita, 2008. 509 s. ISBN 978-80-210-4732-7, 978-80-7239-230-8. s. 463 an.

⁴ Zákon č. 305/1997 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon České národní rady č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, a kterým se mění zákon České národní rady č. 551/1991 Sb., o Všeobecné zdravotní pojišťovně České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a zákon České národní rady č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů.

K tomu je nutné doplnit, že takto by bylo třeba postupovat i v případě, kdyby zákon o místních poplatcích odkaz na tento zákon neobsahoval. Předně poznámka pod čarou nemá normativní charakter⁶ a dále určitý pojem je třeba primárně vykládat podle jeho jazykového významu a v souladu s jeho zákonným vymezením v obecném právním předpise. Zákon o loteriích a jiných podobných hrách je obecným právním předpisem upravujícím loterie a jiné podobné hry včetně hracích přístrojů. Proto bylo nezbytné vykládat pojem „povolený hrací přístroj“ ve smyslu tohoto zákona.

Zákon o loteriích a jiných podobných hrách účinný k 1. lednu 1998 v ustanovení § 2 mezi loterie a jiné podobné hry řadil i „sázkové hry pomocí mechanických hracích přístrojů nebo podobných zařízení (dále jen "hrací přístroje"), které případnou výhru samy vydají“. Jak je patrné, v tomto ustanovení byla zavedena legislativní zkratka „hrací přístroje“⁷. Je však otázkou, jaké slovní spojení tato zkratka zkracovala. V úvahu přicházejí dvě možnosti, a to buď slova

1. mechanických hracích přístrojů nebo podobných zařízení, nebo jen slova
2. hracích přístrojů nebo podobných zařízení.

Z kontextu dalšího používání této legislativní zkratky v zákoně o loteriích a jiných podobných hrách je možné dovodit, že úmyslem bylo, aby tato zkratka zahrnovala slova „mechanických hracích přístrojů nebo podobných zařízení“, neboť jinak by zákonodárce musel v dalším textu tohoto zákona používat před slovním spojením „hrací přístroj“ i přídavné jméno „mechanický“, což tak ovšem nečinil. K tomu je nutné dodat, že legislativní zkratka nezahrnovala slovní spojení „které případnou výhru samy vydají“, což byla patrně nedůslednost zákonodárce, když z povahy věci vyplývá, že tato slova byla rovněž částí definice hracích přístrojů. Hrací přístroje ve smyslu zákona o loteriích a jiných podobných hrách tudíž zahrnovaly mechanické hrací přístroje a podobná zařízení, která případnou výhru samy vydají.

Nyní je nutné posoudit, zda slovní spojení „povolený hrací přístroj“ použité v zákoně o místních poplatcích při vymezení předmětu místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj zahrnovalo jen mechanické hrací přístroje a zda pod tento pojem bylo možné zařadit i podobná zařízení ve

⁶ Viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 22/99, podle kterého posláním poznámek pod čarou či vysvětlivek je pouhé zlepšení přehlednosti a orientace v právním předpisu formou legislativní pomůcky, která z povahy věci nemůže stanovit závazná pravidla chování nebo pravidla pro interpretaci daného ustanovení.

⁷ Správně měla být legislativní zkratka uvedena v jednotném čísle, tj. hrací přístroj.

smyslu ustanovení § 2 písm. e) zákona o loteriích a jiných podobných hrách. K tomu je nutné uvést, že podle pravidel novotvorby není možné legislativní zkratku použitou v jednom právním předpise bez dalšího použít v jiném právním předpise. Ovšem domnívám se, že použití poznámky pod čarou č. 15 svědčí o tom, že vůlí zákonodárce bylo, aby pojem „hrací přístroj“ byl vykládán ve smyslu „hracího přístroje“ podle zákona o loteriích a jiných podobných hrách, tj. ve smyslu výše uvedené legislativní zkratky.

Další podrobnosti byly uvedeny v části druhé zákona o loteriích a jiných podobných hrách. Ustanovení § 18 zákona o loteriích a jiných podobných hrách účinného od 1. ledna 1998 stanovilo, že povolení k provozování hracích přístrojů vydává na žádost místní národní výbor pro svůj územní obvod nebo Ministerstvo financí, je-li přístroj provozován na cizí měnu. Fakticky povolení k provozování hracích přístrojů vydávaly obce, na které působnost místních národních výborů přešla.

Z uvedeného vyplývá, že předmětem místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byl od 1. ledna 1998 každý mechanický hrací přístroj nebo podobné zařízení povolené obcí nebo ministerstvem financí.

Ovšem s účinností od 1. září 1998 byl zákon o loteriích a jiných podobných hrách poměrně významně novelizován, a to zákonem č. 149/1998 Sb.⁸ Tento zákon zavedl do zákona o loteriích a jiných podobných hrách pojem "výherní hrací přístroj", který je od té doby vymezen v ustanovení § 17 odst. 1 tohoto zákona. Výherním hracím přístrojem se podle tohoto vymezení rozumí kompaktní, funkčně nedělitelné a programově řízené technické zařízení s ovládáním určeným pouze pro jednoho hráče.

Změny doznalo rovněž ustanovení § 2 písm. e) zákona o loteriích a podobných hrách. Mezi loterie a jiné podobné hry tak byly řazeny "sázkové hry provozované pomocí elektronicky nebo elektronickomechanicky řízených výherních hracích přístrojů nebo podobných zařízení (dále jen "výherní hrací přístroje")".

Jak je patrné, pojem "hrací přístroje" byla nahrazen pojmem "výherní hrací přístroje". Legislativní zkratka výherní hrací přístroje⁹ zkracuje pojem "elektronicky nebo elektronickomechanicky řízené výherní hrací přístroje nebo podobná zařízení".¹⁰ Určitým problémem je ovšem současná existence

⁸ Zákon č. 149/1998 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon České národní rady č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění zákona č. 70/1994 Sb., a o změně a doplnění dalších zákonů.

⁹ I pro legislativní zkratku výherní hrací přístroje platí, že měla být uvedena v jednotném čísle, tj. výherní hrací přístroj.

¹⁰ K důvodům, proč legislativní zkratka zahrnuje i slova "elektronicky nebo elektronickomechanicky" viz výše k obsahu legislativní zkratky "hrací přístroje".

této legislativní zkratky a definice výherního hracího přístroje v ustanovení § 17 odst. 1 zákona o loteriích a jiných podobných hrách. Zákonodárce by se totiž měl vyvarovat vymezení jednoho pojmu zároveň legislativní zkratkou a legální definicí. Nicméně lze dovodit, že výherním hracím přístrojem je elektronicky nebo elektronickomechanicky řízené kompaktní, funkčně nedělitelné a programově řízené technické zařízení s ovládním určeným pouze pro jednoho hráče nebo podobné zařízení.

K tomu lze doplnit, že podle ustanovení § 18 zákona o loteriích a jiných podobných hrách povolení k provozování výherních hracích přístrojů vydává na žádost

1. obecní úřad pro svůj územní obvod, a to v přenesené působnosti,
2. krajský úřad pro svůj správní obvod, má-li být provozovatelem výherního hracího přístroje obec ve svém územním obvodu,
3. ministerstvo, je-li výherní hrací přístroj na českou měnu provozován v kasinu a u výherních hracích přístrojů na cizí měnu.

Nyní je nutné obrátit pozornost zpět k předmětu místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj, který zůstal i po 1. září 1998 nezměněn a byl tak nadále vymezen jako „každý povolený hrací přístroj“ s doplněním o poznámku pod čarou č. 15 odkazující na zákon o loteriích a jiných podobných hrách.

Je patrné, že pojem "výherní hrací přístroj" vymezený v zákoně o loteriích a jiných podobných hrách, nebyl obsažen ve vymezení předmětu místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj, ale pouze v jeho názvu. Nabízí se tak otázka, zda předmětem místního poplatku byly pouze hrací přístroje "výherní" nebo i hrací přístroje "nevýherní". Obdobně to platí ohledně otázky provozování těchto hracích přístrojů, neboť v názvu poplatku bylo slovo "provozovaný" použito, ovšem v jeho předmětu již nikoliv.

Pokud bychom slovní spojení vymežující předmět místního poplatku vykládali striktně jazykovým výkladem, museli bychom dojít k závěru, že předmětem místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byly hrací přístroje

1. povolené (a to obecním úřadem, krajským úřadem nebo ministerstvem),
2. výherní i nevýherní,
3. provozované i neprovozované.

Ovšem praxe se ustálila na zužujícím výkladu předmětu místního poplatku, neboť fakticky jsou zpoplatňovány pouze povolené provozované výherní

hrací přístroje. Je zřejmé, že právní úprava místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj účinná do 15. 6. 2010 byla nedokonalá, neboť předmět poplatku byl vymezen mnohem úžeji, než jeho název, což vedlo k aplikačním potížím v praxi. Z hlediska výkladu právních předpisů se domnívám, že tomuto poplatku měly podléhat všechny povolené hrací přístroje, ať už provozované či neprovozované a výherní či nevýherní.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA ZPOPLATŇOVÁNÍ PROVOZOVÁNÍ LOTERIÍ A JINÝCH PODOBNÝCH HER MÍSTNÍMI POPLATKY ÚČINNÁ OD 16. ČERVNA 2010

S účinností od 16. června 2010 byl zákonem č. 183/2010 Sb.¹¹ novelizován zákon o místních poplatcích. Zákon č. 183/2010 Sb. byl původně poslanecký návrh novely zákona o podpoře sportu¹², který novelu zákona o místních poplatcích neobsahoval. Změna zákona o místních poplatcích byla do zákona doplněna až v průběhu legislativního procesu v Senátu, a to konkrétně senátorem Jaroslavem Kuberou.¹³ Je to tudíž typický příklad živelné normotvorby, kdy v jedné z posledních fází legislativního procesu je doplněna norma, která neprošla standardním legislativním procesem a neobsahuje důvodovou zprávu.

Obsahem novely č. 183/2010 Sb. byla jednak změna ustanovení § 1 zákona o místních poplatcích spočívající ve změně názvu místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj a jednak změna ustanovení § 10a zákona o místních poplatcích, když v každém jeho odstavci byla za slovo "přístroj" vložena slova "nebo jiné technické herní zařízení povolené Ministerstvem financí".

Název dřívějšího místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byl změněn na "poplatek za provozovaný výherní hrací přístroj nebo jiné technické herní zařízení povolené Ministerstvem financí podle jiného právního předpisu¹⁵". Ponecháme-li zatím stranou obsahovou změnu, je

¹¹ Zákon č. 183/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 115/2001 Sb., o podpoře sportu, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 290/2002 Sb., o přechodu některých dalších věcí, práv a závazků České republiky na kraje a obce, občanská sdružení působící v oblasti tělovýchovy a sportu a o souvisejících změnách a o změně zákona č. 157/2000 Sb., o přechodu některých věcí, práv a závazků z majetku České republiky, ve znění zákona č. 10/2001 Sb., a zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹² Zákon č. 115/2001 Sb., o podpoře sportu, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Senat.cz [online]. 2010 [cit. 2010-11-18]. Stenozáznam z 18. schůze v 7. volebním období ze dne 23. dubna 2010. Dostupné z WWW: < <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasovani?action=steno&O=7&IS=4327&D=23.04.2010#b10349>>.

s podivem, že součástí názvu místního poplatku je i odkaz na poznámku pod čarou č. 15, což je přinejmenším zvláštní a neobvyklé.

Stěžejní je však vymezení předmětu místního poplatku, který je nově vymezen jako "povolený hrací přístroj nebo jiné technické herní zařízení povolené Ministerstvem financí". Ohledně slovního spojení "povolený hrací přístroj" lze odkázat na závěry učiněné výše, neboť dikce ustanovení se v této části nezměnila. Je však nutné se zabývat vymezením pojmu "jiné technické herní zařízení povolené Ministerstvem financí".

Pojem „jiné technické herní zařízení“ je třeba primárně vykládat pomocí standardních výkladových metod tj. jazykovým, gramatickým a systematickým výkladem. V tomto směru je nepochybné, že předmětem poplatku jsou zařízení, která jsou

1. herní,
2. technická a
3. jiná než hrací přístroje.

S ohledem na souvislost pojmu „technické herní zařízení“ a pojmu „hrací přístroj“ prostřednictvím slova „jiné“ a s ohledem na informativní poznámku pod čarou č. 15 odkazující na zákon o loteriích a jiných podobných hrách je zřejmé, že tento pojem je nutné vykládat podle a v souladu se zákonem o loteriích a jiných podobných hrách.

Zákon o loteriích a jiných podobných hrách označuje výherní hrací přístroje za technické zařízení, a to kompaktní, funkčně nedělitelná a programově řízená¹⁴, přičemž podle ustanovení § 1 odst. 1 zákona o loteriích a jiných podobných hrách platí, že loterie mohou být provozovány pomocí mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení. Technická zařízení jsou tudíž mnohem širší množinou než výherní hrací přístroje.

Lze dovést, že mezi technická zařízení by měla spadat mechanická, elektronickomechanická, elektronická nebo obdobná zařízení – kompaktní i nekompaktní, funkčně dělitelná i nedělitelná a programově řízená i neřízená. Přídavné jméno "herní" pak vyjadřuje skutečnost, že technické zařízení je určeno k provozování loterií nebo jiných podobných her. Ostatně zákon o loteriích a jiných podobných hrách sám tento pojem používá.¹⁵

¹⁴ Viz ustanovení § 17 odst. 1 zákona o loteriích a jiných podobných hrách.

¹⁵ Viz ustanovení § 43 odst. 4 zákona o loteriích a jiných podobných hrách.

V praxi je však výklad uvedeného slovního spojení velmi problematický, a to zejména s ohledem na existenci tzv. videoloterijních terminálů, kdy není zřejmé, zda jiným herním technickým zařízením je pouze tzv. centrální jednotka spolu se všemi koncovými terminály či centrální jednotka a rovněž každý koncový terminál. Osobně se s ohledem na výše uvedenou definici jiného technického herního zařízení kloním ke druhému závěru.

I v případě nového vymezení předmětu místního poplatku však zůstává rozpor mezi názvem poplatku a vymezením jeho předmětu. Pokud bychom totiž předmět poplatku dovozovali z jeho názvu, mohli bychom dospět k tomu, že předmětem jsou

1. provozované výherní hrací přístroje povolené Ministerstvem financí podle jiného právního předpisu nebo
2. provozovaná jiná technická herní zařízení povolená Ministerstvem financí podle jiného právního předpisu.

Takový výklad je však v příkrém rozporu s vymezením předmětu místního poplatku, a proto je nutné ho odmítnout. Z tohoto vymezení je totiž zřejmé, že poplatku podléhá každý povolený hrací přístroj (tj. povolený obecním úřadem, krajským úřadem nebo Ministerstvem financí) a jiné technické herní zařízení povolené Ministerstvem financí.

Ohledně slov "provozovaný výherní" ve spojení v hracím přístroji platí vše, co již bylo uvedeno výše, tj., že pokud bychom slovní spojení vymezující předmět místního poplatku vykládali striktně jazykovým výkladem, museli bychom dojít k závěru, že předmětem poplatku jsou hrací přístroje

1. povolené (a to obecním úřadem, krajským úřadem nebo Ministerstvem financí),
2. výherní i nevýherní,
3. provozované i neprovozované.

Je však otázkou, zda lze takový výklad použít i na jiná technická herní zařízení. Domnívám se, že tomu nic nebrání, naopak je žádoucí takový výklad použít. Proto při striktním jazykovém výkladu by předmětem poplatku byla jiná technická herní zařízení

1. povolená (a to Ministerstvem financí),
2. výherní i nevýherní,
3. provozovaná i neprovozovaná.

Ovšem vzhledem k tomu, že praxe se ustálila na zužujícím výkladu slovního spojení vymezujícího předmět poplatku u hracích přístrojů, je nutné se

s touto skutečností vypořádat i v případě jiných technických herních zařízení. V tomto směru však nevidím důvod, aby předmět místního poplatku byl zužován pouze na provozovaná výherní jiná technická herní zařízení. Z hlediska výkladu právních předpisů se domnívám, že poplatku by měla podléhat všechna jiná technická herní zařízení, ať už provozovaná či neprovozovaná a výherní či nevýherní.

V souvislosti s právní úpravou místního poplatku souvisejícího s provozováním loterií a jiných podobných her účinnou od 16. června 2010 je nutné se zabývat ještě otázkou ústavnosti přijetí novely č. 183/2010 Sb.

V prvé řadě lze však konstatovat, že jediným, komu přísluší posuzovat, zda zákon je v souladu s ústavním pořádkem, je Ústavní soud. Do doby, než se Ústavní soud případně k otázce protiústavnosti přijetí novely č. 183/2010 Sb. zákona o místních poplatcích vyjádří, jsou všechny osoby (tj. provozovatelé loterií a jiných podobných her, orgány veřejné moci i ostatní osoby) povinny postupovat podle platné a účinné právní úpravy, tj. podle zákona o místních poplatcích, ve znění zákona č. 183/2010 Sb. Opačný postup by byl v rozporu se zásadou právní jistoty a předvídatelnosti práva, neboť adresáti právních norem by si sami posuzovali jejich ústavnost, což je v právním státě nepřipustné.

Nicméně se objevují argumenty, že novela zákona o místních poplatcích č. 183/2010 Sb. je "přílepkiem". Že tomu tak je, dokonce nepopírá ani sám navrhovatel, senátor Jaroslav Kubera, který uvedl: "Dopředu hlásím odpůrcům přílepků, že se nejedná o pravý přílepek, který jsme schválili včera v zákonu o pedagogických pracovních, ale je to tzv. nepravý přílepek. Pravý by to byl v případě, kdybychom se ho snažili připojit k zákonu o zahrádkářích pod dojmem, že sázení je jako sázení, ale tak tomu není. Tento zákon je o podpoře sportu a velmi souvisí s loteriemi a se sázkami, protože část výtěžků je používána na podporu sportu."¹⁶.

Pravé přílepky bývají označovány jako „wild riders“ (tzv. divočí jezdci), neboť mají povahu extenzivního překročení předmětu vymezeného návrhem zákona. Nepravé přílepky jsou naopak tzv. legislativní jezdci („legislative riders“), neboť se jedná o překročení intenzity daného návrhu. Podle Ústavního soudu jsou nepravé přílepky v zásadě přípustné, pravé nikoliv.¹⁷

Navrhovatel dovozuje na povahu nepravého přílepku z toho důvodu, že zákon je o podpoře sportu a velmi souvisí s loteriemi a se sázkami, protože část výtěžků je používána na podporu sportu. Osobně si však myslím, že

¹⁶ Senat.cz [online]. 2010 [cit. 2010-11-18]. Stenozáznam z 18. schůze v 7. volebním období ze dne 23. dubna 2010. Dostupné z WWW: < <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasovani?action=steno&O=7&IS=4327&D=23.04.2010#b10349>>.

¹⁷ K tomu blíže viz náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 77/06.

tento argument příliš neobstojí a jedná spíše o překročení předmětu vymezeného návrhem zákona. Posouzení hranice mezi pravým a nepravým přílepkiem v daném případě je však poměrně složité či možná dokonce nemožné.

Ovšem, i kdyby se jednalo o "divokého jezdce", tak tato skutečnost automaticky neznamená protiústavnost a zrušení zákona. Uvedené lze dovodit z pozdějších nálezů Ústavního soudu¹⁸, ze kterých vyplývá, že Ústavní soud by v případě posuzování ústavnosti přílepku použil test přiměřenosti ve vazbě na další ústavním pořádkem chráněné principy, zejména na princip oprávněné důvěry občanů v právo, právní jistoty a na zásadu nabytých práv. Jinými slovy Ústavní soud upozorňuje, že případné posuzování porušení zásad legislativního procesu (v tomto případě přijetí pravého přílepku) v minulosti spojí s testem proporcionality ve vazbě na principy ochrany oprávněné důvěry občanů v právo, právní jistoty a nabytých práv, případně ve vazbě na další ústavním pořádkem chráněné principy, základní práva, svobody a veřejné statky.

Proto se domnívám, že jakékoli úvahy o protiústavnosti jsou předčasné, neboť případné rozhodnutí Ústavního soudu v dané věci nelze předjímat.

4. SHRnutí

Živelná normotvorba je jev, který je jistě nežádoucí. Důsledky, které takový legislativní postup může mít, jsem se snažil demonstrovat na příkladu novely zákona o místních poplatcích provedené zákonem č. 183/2010 Sb. Bohužel se jedná o případ, kdy nedokonalá právní úprava upravující poplatek za výherní hrací přístroj byla nedokonale novelizována.

Právní úprava místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byla totiž nejasná již před uvedenou novelou, neboť se neshodovalo vymezení předmětu tohoto místního poplatku s jeho názvem, což vedlo k aplikačním potížím.

Pokud bychom totiž slovní spojení upravující předmět místního poplatku vykládali striktně jazykovým výkladem, museli bychom dojít k závěru, že předmětem místního poplatku za provozovaný výherní hrací přístroj byly povolené hrací přístroje, a to výherní i nevýherní, provozované i neprovozované. Ovšem, pokud by byl brán v úvahu i název poplatku, zpoplatněny by byly pouze hrací přístroje výherní a provozované. Tímto druhým způsobem bylo a je postupováno v praxi.

S účinností od 16. června 2010 byl zákonem č. 183/2010 Sb. novelizován zákon o místních poplatcích, když změna tohoto zákona byla do zákona

¹⁸ Viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 4/07 a sp. zn. IV. ÚS 1248/08.

doplněna až v průběhu legislativního procesu v Senátu. Jedná se tedy o typický příklad živelné normotvorby. Tato novela nejenže neodstranila výše uvedené nejasnosti ohledně předmětu poplatku v případě hracích přístrojů, ale naopak ještě více zneřehlednila právní úpravu tohoto místního poplatku.

Konkrétně se jedná o nejasný pojem "jiné technické herní zařízení", otázku, zda jsou předmětem poplatku tato zařízení pouze, pokud jsou výherní a provozovaná či nikoliv a konečně o možnou protiústavnost nové právní úpravy.

Podle mého názoru lze dovodit, že mezi herní technická zařízení by měla spadat mechanická, elektronickomechanická, elektronická nebo obdobná zařízení – kompaktní i nekompaktní, funkčně dělitelná i nedělitelná a programově řízená i neřízená. Přídavné jméno "herní" pak vyjadřuje skutečnost, že technické zařízení je určeno k provozování loterií nebo jiných podobných her. V praxi nastávají problémy s tzv. videoloterijními terminály.

Z hlediska vymezení předmětu místního poplatku se domnívám, že poplatku by měla podléhat všechna jiná technická herní zařízení, ať už provozovaná či neprovozovaná a výherní či nevýherní. Ovšem nelze vyloučit, že předmět bude vykládán zužujícím způsobem, tj. pouze jako technická zařízení výherní a provozovaná.

Konečně ohledně možné protiústavnosti se objevují názory, že novela č. 183/2010 Sb. je protiústavním přílepkem. Domnívám se však, že jakékoli úvahy o protiústavnosti jsou předčasné, neboť případné rozhodnutí Ústavního soudu v dané věci nelze předjímat.

Jak je patrné, problémů, které nová právní úprava přinesla, je více než dost. Bohužel jejich řešení je během na dlouhou trať s tím, že bude jistě vynaložena spousta prostředků, a to nejenom finančních, ale i personálních a jiných. To vše se nemuselo stát, pokud by daná právní úprava byla konfrontována v rámci standardního legislativního procesu a nikoliv narychlo doplněna v jeho závěrečné fázi.

Literature:

- Bakeš, M. et. al.: Finanční právo. 5. aktualiz. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. 576 s. ISBN 978-80-7400-801-6
- Kramář, K. et al: Herní právo, Plzeň : Čeněk, 2006, 181 s., ISBN: 80-86898-80-6

- Pelc, V.: Místní poplatky : úplné znění zákona o místních poplatcích s vysvětlivkami : podle stavu k 1. 1. 2008. 3. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2008. 303 s. ISBN 978-80-7201-691-4
- Radvan, M., et al.: Finanční právo a finanční správa : Berní právo. 1. vydání. Brno : Doplněk, Masarykova univerzita, 2008. 509 s. ISBN 978-80-210-4732-7, 978-80-7239-230-8

Contact – email
bohac@prf.cuni.cz

ELEKTRONIZACE VEŘEJNÉ SPRÁVY V ČESKÉ A POLSKÉ REPUBLICE, PŘEDEVŠÍM TÉ DAŇOVÉ

DAMIAN CZUDEK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra finančního práva a
národního hospodářství, Česká republika

Abstract in original language

Můžeme konstatovat, že s příchodem informačních technologií se podstatně zvýšilo tempo rozvoje společnosti jako takové, na což musí také reagovat právě veřejná správa ve všech zemích. Pojem elektronizace je bezpochyby všeobecně rozšířený, nicméně jeho právní atributy zůstávají leckdy skryty i odborné veřejnosti. Příspěvek si proto klade za cíl popsat právní aspekty elektronizace veřejné, resp. daňové správy v České republice a Polsku, a analyzovat její klady a zápory, resp. porovnat jiné možnosti řešení téhož, poukázat na problematická místa v procesu elektronizace, atd.

Key words in original language

Elektronizace; daňová správa; komparace.

Abstract

With the introduction of the information technologies the development of the society started to significantly speed up and it is obvious that also the Public Administration in the whole world has to follow this trend, as well. The term „electronisation“ or „introduction of electronic devices“ is undoubtedly well-know, anyway the legal attributes of the electronisation still escape from the attention of legal experts. For that reason the contribution intends to describe the legal aspects of electronisation in Public and mainly Tax Administration in the Czech Republic and in the Poland, and to analyze its pros and cons, by other words to compare different resolution or to highlight the problematic points in the process of the electronisation etc.

Key words

Electronisation; tax administration; comparison.

1. ÚVOD

Již dlouhou dobu do všech oblastí našeho života pronikají ve větší nebo menší míře počítače. Probíhá elektronizace celého života. Komunikujeme na dálku, pracujeme v „domácích kancelářích“, studujeme „on-line“. Zda tento vývoj je posunem směrem kupředu nebo povede k záhubě lidstva jako společenství, se necháme překvapit. Pravdou je, že nynější vývoj společenství, zrychlování života a nároky kladené na občany si vynucuje

tuto elektronizaci. Výjimkou není ani oblast veřejné správy. I zde se již dlouhou dobu setkáváme se snahami o zefektivnění, zkvalitnění a zrychlení její práce. Jednou z cest, která vede ke kýženému cíli je nepochybně elektronizace a možnost komunikovat s veřejnou správou prostřednictvím internetu.

Kromě ryze praktických a faktických dopadů rozvoje počítačových a komunikačních technologií jsou zde i dopady vědecké. Vzniká nová vědecká disciplína¹, která zkoumá právě přenos a sdílení informací pomocí nových -elektronických, prostředků.

Je třeba si také uvědomit, že stěžejním pojmem celého procesu elektronizace je široce chápaný pojem "informace". Elektronizace, resp. komunikace pomocí moderních informačních technologií, je pouze jednou z forem mezilidské komunikace, tj. transferu informací.

2. PROJEVY ELEKTRONIZACE V PROCESU SPRÁVY DANÍ V ČESKÉ REPUBLICE

Projevem výše nastíněných změn je v oblasti práva finančního, resp. správy daní, možnost podávat, a to již od roku 2002, daňová přiznání a jiná podání daňové správě prostřednictvím webové aplikace EPO, která se nachází na stránkách Ministerstva financí – České daňové správy². Výhodou je, že není za potřebí speciální registrace, celý systém je založen na kvalifikovaném certifikátu s identifikátorem klienta Ministerstva práce a sociálních věcí ČR. Nicméně se od roku 2008 postupně přechází na nové řešení³. Daňový subjekt už neposílá email správci daně, ale využívá daňový portál pro vytváření, kontrolu, tisk, ukládání a odesílání podání – jak v elektronické, tak papírové podobě. Samozřejmě lze také přikládat přílohy v příslušných formátech. Pozitivem je nepochybně přehlednost, možnost jednoduché změny, a rychlosti takovéto komunikace.

V daňové informační schránce jsou uživatelům k dispozici vybrané personalizované údaje, jako jsou předpisy, platby, seznam písemností, obsah elektronicky zaslaných písemností, osobní daňový kalendář. Daňový portál umožňuje také přístup k veřejným službám. Těmi jsou elektronická podání pro daňovou správu, zjištění stavu zpracování elektronických podání a

¹ Informační věda

² <http://eds.mfcr.cz>

³ Serverové řešení. Kromě serverového řešení je připravena i offline verze aplikace EPO umožňující i bez stálého připojení k síti Internet vyplnit daňové přiznání nebo napsat daňové podání. Instalace aplikace je dostupná ke "stažení" a nainstalování na vlastní personální počítač na internetových stránkách České daňové správy. Cesta ke stažení offline verze aplikace EPO: <http://adis.mfcr.cz/adis/jepo/hlavni.htm>

přístup do registru plátců DPH. Dále zde najdeme služby tzv. Komunikační schránky, která obsahuje elektronickou komunikaci pro realizaci součinnosti třetích osob podle § 34 odst. 11 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, a je využívána k ověření čísel bankovních účtů daňových subjektů.

Co se týče práva na nahlížení do spisů, je daňová informační schránka nepochybně přínosem pro daňový subjekt a podle mého názoru krokem správným směrem. Nahlížení do spisu se stává snazším, odpadne nutnost osobně navštívit správce daně. Výhodou je také to, že data získána z předchozích řízení se budou ve formulářích automaticky předvyplňovat, což urychlí a usnadní daňovému subjektu komunikaci se správcem daně.

3. DATOVÁ SCHRÁNKA

Po přijetí zákona č.365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, se čekalo, že dojde v revoluci ve veřejné správě a komunikace začne v masovém měřítku probíhat on-line. Nestalo se tomu tak. Bylo učiněno mnoho kroků, ale zřejmě nedůvěra občanů v informační technologie a konzervativnost zapříčinila neúspěch. Všechny orgány moci veřejné mají ze zákona e-podatelnou, avšak počet elektronických podání zaostává za klasickou papírovou formou.

Byl proto nutný další krok v rozvoji e-governmentu v České republice. Dne 17. července 2008 byl senátem ČR schválen zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, také nazývaný „E-government act“. Je důležitým zákonem v oblasti komunikace orgánů veřejné moci vůči fyzickým a právnickým osobám, fyzických a právnických osob vůči orgánům veřejné moci a díky pozdější novele i mezi těmito subjekty navzájem. Účinnost toho zákona byla stanovena na 1. července 2009.

Zákon je obecným předpisem pro doručování a stanovuje nadřazenost použití datové schránky nad jinými způsoby komunikace uvedenými ve zvláštních zákonech, tj. např. ve správním řádu, pro nás samozřejmě i v zákoně o správě daní a poplatků, od 1. ledna 2011 v daňovém řádu.

Zákon o elektronických úkonech si vyžádal také novelizaci zákona o správě daní a poplatků a jeho § 17a : „Adresátovi, který má zpřístupněnou datovou schránku, se doručuje přednostně podle zvláštního zákona“. Tím je myšlen výše zmíněný E – government act. Nutno také podotknout, že s tím počítá i nový daňový řád⁴, účinný od 1. ledna 2011, který ve svém § 42 nazvaném „Doručování prostřednictvím datové schránky“, stanoví: „Osobě, která má

⁴ zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

zpřístupněnou datovou schránku, se doručuje elektronicky podle jiného právního předpisu. Z důvodové zprávy k návrhu daňového řádu vyplývá, že i při použití tohoto zvláštního zákona pro doručování se uplatní obecná ustanovení daňového řádu jako např. pravidlo o přednostním doručení zástupci (§ 41 daňového řádu) nebo ustanovení o neúčinnosti doručení (§ 48 daňového řádu).

Stěžejním pojmem celého zákona je datová schránka. Má sloužit jako úložiště, pomocí něhož bude doručováno orgány veřejné moci nebo bude sloužit k provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci.⁵ Ke sjednocení systému je plánováno přímé propojení informačního systému daňové správy na datové schránky. V daňových informačních schránkách občan nalezne informace z daňového řízení a datová schránka bude sloužit pro doručování písemností. K přístupu⁶ do datové schránky je na rozdíl od daňové informační schránky nutný identifikátor datové schránky, který přidělí subjektu Ministerstvo vnitra a jeho tvorbu stanoví vyhláškou.

Důležitým pokrokem je, že zákon stanovuje stejné právní účinky výstupu konverze⁷ jaké má ověřená kopie dokumentu.

4. PROJEVY ELEKTRONIZACE V POLSKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU V OBLASTI SPRÁVY DANÍ, ZEJMÉNA PŘI DORUČOVÁNÍ

Na rozdíl od českého právního řádu a celkem revolučního řešení komunikace mezi orgány moci veřejné na straně jedné a občany na straně druhé, v podobě datových schránek, v polském právním řádu tuto formu komunikace nenajdeme. Nelze však říci, že by v Polsku, v našem případě při správě daní, neprobíhala elektronizace a správa daní tak nešla s dobou.

Elektronizace je nepochybně široký pojem dotýkající se mnoha oblastí i v samotném daňovém procesu, na tomto místě se však budu věnovat, tak jako v předcházejícím textu, zejména problematice elektronických podání a elektronické formy doručování.

Prvním ze dvou projevů elektronizace při správě daní, o kterém bych se chtěl zmínit, je možnost podávat v elektronické podobě různá přiznání a další podání. Polský právní řád, resp. ministr financí, rozdělil zavádění elektronické formy deklarací do čtyř etap. První se týkala hlavně podání souvisejících s DPH a daní s příjmu právnických osob a spuštěna byla ke

⁵ §2 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů,

⁶ Přístup zřizuje Ministerstvo vnitra ČR na základě žádosti subjektu - fyzické osoby. Právníkům osobám a orgánům veřejné moci je datová schránka zřízena ze zákona.

⁷ Výstupem konverze je převedení listinného dokumentu na dokument elektronický.

dni 1. ledna 2007. Druhá fáze se týkala ročního zúčtování daně z příjmu fyzických osob a její začátek byl stanoven na 1. duben 2008. Počátek dalších dvou fází byl stanoven na 1. červenec 2008 a 1. leden 2009.⁸

Dalším, problémem elektronizace bylo to, že ne všechny subjekty měly od začátku možnost elektronická podání skládat. Od konce roku 2007 měly tuto možnost pouze subjekty, kterých čisté roční příjmy přesahovaly ekvivalent 5 milionů EUR. Od 1. ledna 2008 bylo toto omezení zrušeno. Jediným předpokladem je zaručený elektronický podpis.⁹

Právní regulaci nalezneme v čl. 3a Ordynacji podatkowej a také rozvedení této zákonné možnosti elektronické komunikace se správcem daně v nařízeních ze dne 19. prosince 2007 týkající se určení druhů podání a přiznání, které je možno podávat v elektronické podobě¹⁰ a nařízení ve věci logické struktury deklarace a podání, způsobu jejich zasílání a druhů elektronických podpisů, kterými musí být podepsány¹¹.

Jedním z dalších projevů elektronizace, avšak troufám si tvrdit, že pro běžného smrtelníka podstatným, např. na rozdíl od zavádění elektronických spisů nebo ještě spíše od vzájemné elektronické komunikace mezi orgány a jejich elektronizace jejich interního systému je problematika elektronického doručování

Od 16. srpna 2006 zná polský právní řád jakožto jednu z možností doručování "dopisů" při správě daní, doručování na určenou elektronickou adresu - email¹². Subjekt však musí o takovýto způsob doručení výslovně

⁸ Bartosiewicz. A., Kubacki. R., *Leksykon Ordynacji podatkowej*, Wrocław, "UNIMEX", 2009, s. 269.

⁹ zaveden zákonem ze dne 18. září 2001, o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů

¹⁰ rozporządzenie z dnia 19. grudnia 2007 r. w sprawie określenia rodzajów deklaracji, które mogą być składane za pomocą środków komunikacji elektronicznej,

¹¹ rozporządzenie z dnia 24. grudnia, w sprawie struktury logicznej deklaracji i podań, sposobu ich przesyłania oraz rodzajów podpisu elektronicznego, którymi powinny być opatrzone,

¹² Art. 144a. § 1. Doręczenie pism, z wyjątkiem zaświadczeń, następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jeżeli strona wnosi o zastosowanie takiego sposobu doręczenia albo wyraża na to zgodę.

požádat nebo s ním výslovně souhlasit. Regulace se nachází v doplněném do Ordynacii čl. 144a.¹³

5. ZÁVĚR

E-government act je podle mého názoru krokem správným směrem a dává možnost zrychlit, zjednodušit a zlevnit jak na straně správce daně, tak na straně daňového subjektu řízení a jiné právní úkony. Průlomovým je nový institut tzv. vyzvednuté zásilky, jež stanoví, že pokud se osoba oprávněná k přístupu do datové schránky nepřihlásí do 10-ti dnů od vložení dokumentu do schránky, považuje se tento dokument za doručený posledním dnem lhůty. Výjimkou jsou pouze případy, kdy jiný právní předpis vylučuje náhradní doručení.

Polský právní řád, jak je vidět z nastíněných projevů elektronizace při správě daní, taktéž reaguje na potřeby moderní doby, avšak můžeme říci, že jsme o krok napřed. Nelze však tvrdit, že by v České republice vše probíhalo bez problémů. Dle mého názoru chybí jednotná koncepce a elektronizaci veřejné správy by bylo možná vhodné začít na zcela jiné úrovni. Mám na mysli elektronické občanské průkazy, které by obsahovaly jeden velice důležitý předpoklad pro celou elektronizaci, a tím je elektronický podpis. Elektronický podpis v souboru totiž není pro některé uživatele nejjednodušší, i samotné vyřízení a nainstalování může být pro některé méně zdatné jedince značně problematické. Čipová karta a zároveň občanský průkaz by mohl minimálně částečně tento hendikep odstranit, navíc by umožnil i např. elektronickou volbu, na začátek např. pouze fakultativní, což by dle mého názoru podstatně zvýšilo účast převážně mladších ročníků ve volbách. Necháme se překvapit, kterým směrem se zákonodárce vydá.

Literature:

- Bartosiewicz. A., Kubacki. R., *Leksykon Ordynacji podatkowej*, Wrocław, "UNIMEX", 2009,
- Dzwonkowski, H., Zgierski, Z., *Procedury podatkowe*, Warszawa: Difin sp. z o.o., 2006,
- Dowgier Rafał, Etel Leonard, Kosikowski Cezary, Pietrasz Piotr, Popławski Mariusz, Presnarowicz Sławomir, *Komentarz do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60)*, 2009

¹³ Przepis ten został wprowadzony w związku z dostosowaniem ordynacji podatkowej do założeń wynikających z ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565 z późn. zm.)

- zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 280/2009 Sb., daňová řád, ve znění pozdějších předpisů,
- důvodová zpráva k zákonu č. 280/2009 Sb., daňová řád,
- zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů,
- zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů,
- ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)
- ustawa z dnia 18. września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2001 r. Nr 130, poz. 1450 ze zm.)
- rozporządzenie z dnia 19. grudnia 2007 r. w sprawie określenia rodzajów deklaracji, które mogą być składane za pomocą środków komunikacji elektronicznej,
- rozporządzenie z dnia 24. grudnia, w sprawie struktury logicznej deklaracji i podań, sposobu ich przesyłania oraz rodzajów podpisu elektronicznego, którymi powinny być opatrzone,
- <http://eds.mfcr.cz>

Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy" z Programu rektora Masarykovy univerzity na podporu tvůrčí činnosti studentů.

Contact – email
damian@czudek.cz

TŘETÍ ROZMĚR FINANČNÍHO PRÁVA

LUBOMÍR GRÚŇ

Vysoká škola aplikovaného práva, Praha

Abstract in original language

Finanční právo, jeho pojem, význam a postavení v právním řádu. Několik poznámek k diskusi o systému finančního práva. Normy finančního práva jako první rozměr. Druhý rozměr finančního práva z pohledu jeho extraterritoriálních vstupů a korekcí - mezinárodní právo veřejné a evropské právo. Co lze vnímat jako třetí rozměr finančního práva. Absence systémovosti a interdisciplinárního přístupu. Poukaz na značné rezervy při aplikaci norem finančního práva a norem korespondujících právních odvětví. Závěrečné memento.

Key words in original language

Finanční právo; systém finančního práva; mezinárodní a evropské právo.

Abstract

Financial law, its notion, meaning and position in the legal system. Several notes to the discussion on the financial law from the perspective of extraterritorial inputs and corrections - public international law and the European law. Possible concepts of the third aspect of the financial law. Absence of a systematic and an interdisciplinary approach. Deficiencies in the application of the financial law standards and corresponding laws. Final memento.

Key words

Financial law; financial law system; international law and the European law.

Třetí rozměr finančního práva

Na každé právní odvětví lze nazírat přinejmenším ze dvou hledisek či pozic – z hlediska historického (je to snadnější, pokud jde o tradiční odvětví práva) a z hlediska jeho systému, tedy vnitřního uspořádání, konstrukce, anatomie. V obou případech zpravidla neopomeneme jeho dynamiku, ani jeho vývojové tendence.

Předmětem tohoto příspěvku je finanční právo a pohled na ně také v podobě syntézy dvou aspektů; abychom nepředbíhali, uveďme jen, že jde o otázku pramenů a v návaznosti na to i toho, co bylo vždy odjakživa nesnadné vtěsnat do psaného textu a bohužel i do každodenní soudní a správní praxe, totiž toho, čemu se obecně říká morálka.

Finanční právo patří už po celá desetiletí k nejdůležitějším vědeckým a pedagogickým disciplinám na vysokých školách právnického a ekonomického zaměření. Předmětem jeho úpravy je okruh společenských vztahů, kde jako objekt vystupují peníze nebo peněžní plnění a kde vzhledem k téměř obligatorní účasti státu jako jednoho ze subjektů existuje nerovnováha v postavení jednotlivých subjektů těchto vztahů. Tyto vztahy vznikají především v důsledku finanční činnosti státu na všech úrovních.

Finanční právo se už tradičně – zpravidla s ústavním, správním a trestním právem – zařazuje do okruhu tzv. veřejného práva. Rozlišování na právo veřejné (*ius publicum*) a soukromé (*ius privatum*) znalo a používalo už římské právo.

Kritériem tohoto rozlišování byl dominantní zájem státu nebo soukromý zájem. Tento rozdíl v právu (právní dualismus) se stal základem pro pozdější důslednější členění práva. Finanční právo patřilo vždy jednoznačně do sféry veřejného práva; polistopadový vývoj však s sebou přinesl i vnesení některých prvků soukromoprávní regulace. Tato skutečnost akcelerovala diskusi o potřebě přehodnocení dosavadního systému finančního práva.

Finanční právo tvoří samostatné odvětví našeho právního řádu a je jedním z nástrojů uskutečňování finanční politiky státu. Obecně lze finanční politiku charakterizovat jako použití finančních nástrojů, které stát – v zastoupení svých příslušných orgánů – aplikuje a uplatňuje ve finančních vztazích, resp. při prognózování a formulování cílů, které si vytýčil dosáhnout na tomto úseku společenského dění. Finanční politika je důležitou součástí hospodářské politiky státu. Takto vnímaná finanční politika tváří makroekonomický rámec pro realizaci množiny finančních vztahů na nižších podsystémových úrovních daných hlavně administrativním členěním státu, systémem územní samosprávy apod. Je determinantem rozhodujících mechanismů fungování společnosti. Na druhé straně finanční právo, více než mnohá jiná právní odvětví, odráží reality daného politického uspořádání společnosti a v ní probíhajících procesů. Je to dané především skutečností, že u finančního práva se mnohem výrazněji než u jakéhokoli jiného právního odvětví projevuje bezprostřední spojení s ekonomikou. Jako odvětví veřejnoprávní je vnímáno ve většině evropských států.

Součástí finančního práva jsou i finančněprávní instituty. Rozumíme tím souhrn právních norem upravujících specifickou homogenní skupinu finančněprávních vztahů. Základními finančněprávními instituty jsou především měna, daň, poplatek, clo, úvěr, pojištění, státní rozpočet apod. Většina těchto institutů vznikla transformací finančně-ekonomických kategorií a pojmů do oblasti práva. Finančněprávní normy lze proto považovat i za nástroj promítání ekonomických kategorií do oblasti finančního práva.

Finanční právo není jen samostatné odvětví našeho právního řádu, ale i pedagogická a vědecká disciplína. Je předmětem zkoumání vědy o finančním právu. Její vznik souvisí se vznikem a rozvojem peněžního hospodářství státu, s obdobím, ve kterém se toto hospodářství rozvinulo do takové míry, že nabylo charakter samostatné činnosti státu. Zatímco finančně-ekonomická věda zkoumá finanční činnost z celkových národohospodářských hledisek, věda o finančním právu se zabývá především různými aspekty právní regulace této činnosti. Lze ji charakterizovat jako souhrn zobecněných poznatků o působení finančněprávních norem na společenský život a hlavně hospodářský život tak, jako se tyto poznatky utvářely v procesu postupného poznávání a zkoumání finančněprávních norem v každodenní praxi.

Tradiční normy finančního práva sloužily především k realizaci fiskálních a politických úkolů. Na jedné straně šlo totiž o to, aby státu, který nebyl bezprostředním účastníkem výrobního procesu, byly zajištěny hmotné prostředky nutné na plnění úloh státu. Na druhé straně v souvislosti s rozvojem parlamentarismu šlo o to, aby parlamentu náleželo rozhodování a kontrola v oblasti finanční činnosti státu, jakož i ochrana práv občanů ve vztahu k fisku. Tento fiskálně politický charakter norem finančního práva odůvodňoval jeho zařazení do veřejného práva. Finanční právo bylo silně spjata s právem státním a správním.

V současných tržně orientovaných státech došlo hlavně v posledních 30 letech v tomto směru k určitým změnám. Politické funkce finančního systému zanikají a dosavadní fiskální funkce se stává jednou z mnohých ekonomických funkcí, které má současný hospodářský systém realizovat jako základní nástroj regulace hospodářských procesů. V důsledku toho normy finančního práva jsou stále častěji formulovány z hlediska ekonomických principů, kterým má sloužit rozpočet, daně a veřejné výdaje.

Ekonomizace finančního práva se ještě silněji projevila v bývalých socialistických státech, a to za prvé v souvislosti s rozcením jeho dosahu nad tradiční rámec státního rozpočtu a za druhé vzhledem k rozvoji hospodářského plánování. Stát zde vystupoval ve dvojí úloze – jako subjekt moci a jako subjekt státního socialistického vlastnictví.

Zásadní změny v naší společnosti od roku 1990 a návazně i po 1. lednu 1993 vytvořily předpoklady pro osvobození finančního práva od ochranných křídel státního a správního práva. Na základě nepochopení mnoha charakteristických specifíků bylo finanční právo přiřazováno ke státnímu právu, nebo jakou součást správního práva, a to jako jejich relativně autonomní složka. Takové nedorozumění vyplývalo i z nepostřehnutí jeho zjevných specifíků. Tento binární ekonomicko-právní konstrukční model (či spíše anatomie) finančního práva se sice v mnohém změnil, ne však natolik, aby se to významněji dotklo zásadních pilířů, na kterých spočívá jeho existence. To se zřetelně odrazilo na dosavadním vývoji finanční správy a její organizačního uspořádání, ale i na vzednutí

vlny atomizace dosud homogenního právního odvětví na řadu pododvětví; tento proces často nepřekračuje hranice té či oné školy a katedry a ve svém důsledku vyvolává nezřídka zmatek v hlavách studentů. O tom ale někdy jindy při jiné příležitosti.

Zmiňujeme se o třech rozměrech finančního práva – první je tvořen vnitrostátními obecně závaznými právními předpisy. Jde tedy o tzv. národní prameny práva.

Hovoříme-li o druhém rozměru finančního práva, máme na mysli jeho mezinárodní souvislosti. Je to především mezinárodní právo veřejné, které tak řečeno zasobuje oblast právní úpravy finančních vztahů desítkami smluvních dokumentů, ať již například k zamezení dvojímu zdanění nebo k podpoře a ochraně investic. Pro finanční právo jsou však relevantní i takové významné multilaterální dokumenty jako Dohoda o Mezinárodním měnovém fondu nebo Dohoda o Světové obchodní organizaci.

Třetí rozměr, jak již bylo naznačeno, vidíme ve dvou rovinách. V kontextu předcházejícího jde o evropské právo – nepovažují za nutné v této chvíli rozvířít polemiku o vhodnosti tohoto označení.

Peníze, majetek a všechno, co je s nimi spojeno, patřilo vždy do centra pozornosti a zájmu každého a všech bez rozdílu. To se nemohlo neodrazit i v procesu tvorby a následné aplikaci právních předpisů upravujících tuto citlivou problematiku. Trojúhelník „politika – ekonomika – právo“ byl povýšen na nejdůležitější útvar společenské geometrie. I zde pramení jedna z příčin zvláštního postavení finančního práva a jeho institutů v rámci právního řádu. I ve vztahu k podnikání, k veřejným financím, a to i v evropském kontextu, neboť peníze nakonec jsou „alfa a omega“ současného evropského integračního dění.

V návaznosti na ukončený přístupový proces a členství v Evropské unii byly tak do zákona o rozpočtových pravidlech implementovány relevantní právní akty ES/EU, které mají přímou souvztažnost k strukturálním fondům Evropské unie, Kohéznímu fondu a k vlastním zdrojům Společenství, například nařízení Rady (ES, Euratom) č. 1150/2000 z 22. května 2000, implementující rozhodnutí 94/728/ES, Euratom o systému vlastních finančních zdrojů společenství, finanční nařízení z 21. prosince 1977, platné pro všeobecný rozpočet, nařízení Rady č. 1260/1999/ES z 21. června 1999 obsahující obecná ustanovení o strukturálních fondech, nařízení Rady č. 1164/1994/ES o Kohézním fondu, apod. Vycházejíc z Článku 269 Smlouvy o založení Evropského společenství pravidla týkající se systému vlastních zdrojů Společenství byla již promítnuta do zákona o rozpočtových pravidlech. Vzhledem k tomu, že nařízení vztahující se na strukturální fondy a Kohézní fond definují obecné postupy a povinnosti členských států a neobsahují postupy, jakým způsobem má členský stát zabezpečit např. finanční toky prostředků ES v členském státě, byla ostatně předmětem aproximace práva podle

Národního programu pro přijetí *acquis communautaire*, Partnerství pro vstup, jako i screeningu – Kapitola č. 29 Finanční a rozpočtová ustanovení.

Ve vztahu k požadavkům Evropských společenství bylo upraveno nakládání s prostředky poskytovanými uchazečům o členství v EU z předvstupových fondů a prostředků určených na spolufinancování společných programů ze státního rozpočtu na základě mezinárodních smluv uzavřených do dne vstupu České republiky do Evropských společenství a ze strukturálních fondů a Kohézního fondu a prostředků určených na spolufinancování společných programů ze státního rozpočtu na základě mezinárodních smluv uzavřených po dni vstupu do Evropských společenství.

Po vstupu do Evropských společenství prostředky poskytnuté z Evropských společenství se zařazují do příjmů státního rozpočtu a současně se k nim přiřazují potřebné výdaje za účelem jejich efektivního sledování, kontroly, hodnocení a vykazování v souladu se zaužívanými postupy v členských státech Evropských společenství.

K základům ekonomické integrace v rámci hospodářské a měnové unie (HMU) patří jednotná měna a proces koordinace hospodářských politik. Fiskální politika je ponechána částečně v kompetenci jednotlivých členských států. Vznik nadměrných rozpočtových deficitů je omezen ustanoveními Smlouvy o založení ES a tzv. Paktem stability a růstu. Česká republika musí po vstupu do EU pravidelně dokumentovat směřování ekonomiky směrem k plnění maastrichtských konvergenčních kritérií v tzv. Konvergenčním programu. Toto vše a mnoho dalšího se zákonitě odráží v infiltraci evropského práva, ať už v podobě přímé závaznosti (nařízení) nebo modulace vnitrostátního práva (směrnice). Jeho rozsah opravňuje hovořit o třetím rozměru finančního práva.

Avizovali jsme však ještě jinou podobu a obsah toho, co považujeme ve finančním právu za jeho třetí rozměr. Je to morálka, a vzhledem k zaměření tohoto příspěvku hovoříme o morálce toho, co je psáno, a toho, jak je dikce psaného uváděna do života.

Vezmeme-li si za základ a východisko současně výrok apoštola Pavla v jeho dopise Timoteovi, že „kořen zajisté všeho zlého spočívá v nemírném milování peněz“, máme před sebou jako na dlani dějiny lidské společnosti od chvíle, kdy vznikl první stát v podobě blížící se jeho dnešnímu chápání, a peníze, jejichž vydávání patřilo a většinou dosud patří k základním atributům státu, resp. státní moci.

A například do života podnikatele. A vůbec – je podnikání v našem právním řádu definováno? Div se světe, ale není; legální definice absentuje. Jistě, nejméně dva zákony vyjmenovávají předpoklady, které – jsou-li splněny – dávají usuzovat na podnikání, na jeho přítomnost. Co je však jeho leitmotivem? Je to zisk. Je to snaha dosáhnout hospodářský výsledek

v modrých a ne červených číslech. Jsou to peníze, vznešeněji (a s jistou dávkou nepřesnosti) finance. A nyní již známe náš pevný bod – je jím finanční právo.

Pokud již samotný charakter finančních vztahů určuje přítomnost peněz v jakékoli podobě, peněz jako něčeho, co bylo pro stovky generací požehnáním nebo prokletím (někdy i současně), něčeho, co učinilo osobami kultovně nečistými v starozákonní Palestině publikány či celníky a co se podílelo na Jidášově morální destrukci (jediný z dvanácti nosil při sobě peníze, kterých se Ježíš nikdy nedotkl), tak i tyto finanční vztahy mají v sobě geneticky zakódováno riziko, že se zde nachází prostor zvlášť vhodný na nečisté praktiky. A tedy zvlášť vhodný k tomu, aby se regulaci těchto vztahů, včetně právní, a budování finančního mechanismu institucí i kompetencemi vydařených jednotlivců věnovala nadstandardní pozornost.

Víme, že k optimálnímu stavu jsme se nikdy nepřiblížili a naopak se velice vzdálili od neprávnicka Komenského, který ovšem považoval za nutné vyjádřit i toto: „Právnictvím mým bude, že to, co budu chtít, aby jiní mně činili, i já jim budu činit, a co nebudu chtít, aby mi činili, toho já jim činit nebudu“. A dovolím si proto na tomto místě citovat z jednoho hodnotného článku zdejšího kolegy JUDr. Libora Hanuše: je-li účelem práva dosažení spravedlnosti a obecného dobra, potom musí patřičná argumentace též ve shodě s maximou „*ius est ars boni et aequi*“ směřovat rovněž k dosažení morální správnosti. Morální prvky jsou do práva inkorporovány právě cestou požadavku správnosti a spravedlnosti, imanentně spjatého s principem zákazu svévole. Morální aspekt je tak v našem hodnotově nikoli neutrálním právu z povahy věci vnitřně obsažen. S tím by náš slavný rodák ve své Obecné poradě o nápravě věci lidských, kterou bohužel již nestihl dokončit, jistě souhlasil.

Pokud se ptáme, co s tím zmůže finanční právo, tak především vnímejme, že naprostá multispektrálnost finančních vztahů opravňuje k mnohem širšímu posuzování každodenního dění z pozice jejich právní úpravy, a to především resuscitací jeho systému, jak byl již před několika desetiletími načrtnut a který prezentoval finanční právo jako celek tvořený těmito součástmi – finančním právem ústavním, správním, trestním a mezinárodním. Samotné normy platného a momentálně v jeho podobě stále ještě akceptovaného finančního práva nedávají příliš prostoru k tomu, aby se staly nejen možností, ale i garancí finančního postihu tam, kde hrozí bezpráví. První možnosti by bylo možno hledat na úseku práva daňového, poplatkového, případně i rozpočtového. Z mnoha příkladů bych zde uvedl jeden. Víme, že rozvodovost v našem státě je již alarmující a přitom dosud nikdo neučinil seriózní kvantifikaci aspoň v podobě hrubého odhadu, co na tom každoročně trátí společnost i jednotlivé skupiny obyvatelstva. Co by společnost naopak získala aspoň padesátiprocentním odbouráním justiční svévole a automatizmu tím, že zjevný škůdce ústavně garantovaného práva na ochranu rodinného života by případně posvěcení svých dezintegračních

snah musel pocítit průběžně i následně na svých majetkových zájmech, např. i v souvislosti s vypořádáním společného jmění, řešením otázky opatrovnictví (např. u zletilých duševně postižených dětí) apod. Že je to oblast občanského a rodinného práva? Ano, pokud natahujeme ostnatý drát mezi odvětví práva a nevidíme už konečně cíl – dobro a spravedlnost pro člověka i pro společnost.

Peníze dokážou mnoho. Finanční právo taky – pokud mu bude dán prostor proniknout tam, kam po zásluze patří, nejen do škamen. A pokud ti, kteří budou rozhodovat o jeho každodenní aplikaci – i v souvislosti s řešením občanskoprávních nebo třeba i obchodněprávních vztahů – budou pod tlakem dvojnásobných požadavků nejen na znalost práva, ale i na to, jak jej svou činností dokáží přetavit na to, čím by mělo být.

Třeba i tak, že „k nároku nečestného se nepřihlíží“. Jak je tomu dlouho, co jsme tato slova slyšeli v prvním ročníku našeho studia na hodině římského práva!

Literature:

- Grůň, Lubomír: Peníze a právo, univerzita Palackého Olomouc, 2009
- Grůň Lubomír: Finanční právo a jeho instituty, Linde, Praha 2009

Contact – email

lgrun@bivs.cz

DOHLED NAD EVROPSKÝMI FINANČNÍMI TRHY V RUKOU EVROPSKÉ UNIE

JANA HERBOCZKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

V září t.r. se Rada EU a Evropský parlament shodli na tzv. dohledovém balíčku, jehož cílem je reformovat institucionální uspořádání dohledu nad finančním trhem v EU. Tato reforma by měla začít platit od 1. ledna 2011 a už nyní probíhají intenzivní přípravy na transformaci stávajících struktur do nového režimu. Cílem tohoto příspěvku je upozornit na probíhající reformu, analyzovat její obsah a zhodnotit její možné dopady.

Key words in original language

Finanční trhy; reforma; dohled; Evropská rada pro systémová rizika; Evropské orgány dohledu; pravomoci.

Abstract

In September 2010 the Council of the EU and the European Parliament have agreed on “supervisory package”, the aim of which is to reform the institutional architecture of supervision above financial markets in the EU. This reform should come into force on 1 January 2011 and preparations for transformation of a current system have already started. The aim of this contribution is to draw attention to this reform, analyze its objectives and its possible consequences.

Key words

Financial markets; reform; supervision; European Systemic Risk Board; European Supervisory Authorities; powers.

1. ÚVOD

Dne 7. září 2010 se ministři financí evropské sedmadvacítky shodli na tzv. dohledovém balíčku, který byl následně potvrzen na plenárním zasedání Evropského parlamentu dne 22. září 2010. Tímto byla završena více než rok a půl trvající diskuse a intenzivní vyjednávání nad uspořádáním dohledu nad finančními trhy v Evropské unii.

Cílem tohoto příspěvku bude upozornit na probíhající reformu dohledu nad finančními trhy v EU, která by měla začít platit od 1. ledna 2011, a analyzovat, v čem tato reforma spočívá a jaké mohou být její případné důsledky.

Smyslem uvedené reformy je zefektivnit dohled nad finančními trhy v EU zejména tím, že budou vytvořeny nové evropské orgány dohledu. Tzn., že

pravomoci v oblasti, která byla doposud doménou členských států, kdy dohled byl založen na spolupráci národních dohledových orgánů, budou nyní částečně přeneseny na evropskou úroveň. Neznaменá to, že by národní orgány dohledu ztratily své pravomoci, ale bude vytvořena jakási zastřešující struktura, která bude sledovat stabilitu evropských finančních trhů jako celek a sjednocovat praktiky národních orgánů dohledu.

V rámci tohoto příspěvku se blíže podíváme na vývoj jednání, strukturu a vazby nově vznikajících orgánů a následně zejména na jejich pravomoci, z jejichž analýzy bude patrné, jaký dopad bude mít uvedený dohledový balíček na český finanční trh.

2. STRUČNĚ K VÝVOJI JEDNÁNÍ

Myšlenka reformy dohledu nad finančním trhem v EU vznikla původně už za českého předsednictví, kdy v souvislosti s probíhající krizí byla diskutována otázka zvyšování kvality a intenzity dohledu, s čímž souvisela i otázka změny institucionálního uspořádání dohledu.

Za účelem analýzy příčin finanční krize byla v závěru roku 2008 ustavena skupina expertů, vedená Jacquem de Larosièrem. Na závěr své činnosti vydala tato skupina v únoru 2009 zprávu, tzv. de Larosièrovu zprávu¹, která obsahuje návrhy řešení některých nedostatků dohledu nad finančním trhem. Mj. navrhuje vytvořit jednotnou právní úpravu procesu výkonu dohledu nad finančními institucemi, sjednocení sankcí, omezení výjimek uplatňovaných členskými státy v hmotněprávní legislativě a institucionální reformu. Podle názoru této skupiny odborníků neodpovídá současný způsob provádění dohledu stále rostoucí provázanosti finančních trhů jednotlivých členských států i rostoucí provázanosti jednotlivých finančních sektorů, čímž dohled nedostatečně reflektuje systémová rizika, která se na evropské úrovni vyskytují a mohou ohrozit celou ekonomiku EU. Současný způsob provádění dohledu je zaměřen spíše na jednotlivé finanční instituce a nedokáže dostatečně monitorovat činnost velkých nadnárodních finančních konglomerátů. Toto se má změnit vytvořením nových evropských orgánů dohledu.

Larosièrova zpráva se stala předlohou a impulsem pro Evropskou komisi, která dne 23. září 2009 předložila tzv. dohledový balíček pěti legislativních návrhů. Na základě těchto návrhů má vzniknout dvoupilířová struktura evropských dohledových orgánů. První pilíř by měla zabezpečovat Evropská rada pro systémová rizika („ESRB“²), jejímž posláním bude dohled na makroúrovni. ESRB bude tedy dohlížet a vyhodnocovat rizika,

¹ Dostupná z: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosière_report_en.pdf.

² European Systemic Risk Board.

kteřá ohrožují stabilitu finančních trhů EU a v případě potřeby vydávat varování a doporučení. ESRB nebude mít právní subjektivitu, proto nemůže vydávat závazná rozhodnutí. Druhý pilíř budou tvořit národní orgány dohledu a tři nové evropské orgány dohledu – pro oblast bankovníctví, cenných papírů a pojišťovnictví (dále „EBA“, „ESMA“, „EIOPA“)³, které již právní subjektivitu mít budou. Dohromady jsou tyto orgány označovány jako Evropský systém orgánů finančního dohledu⁴ a mají zabezpečovat dohled na mikroúrovni. Evropské orgány dohledu nevzniknou zcela nově, ale transformací z dnešních poradních orgánů Evropské komise (CEBS, CESR, CEIOPS⁵).

Součástí tzv. dohledového balíčku je i návrh směrnice Omnibus I, který byl Evropskou komisí předložen dne 26. října 2009. Jedná se o změnovou směrnici, která mění jedenáct sektorových směrnic⁶ v oblasti finančního trhu tak, aby umožňovaly fungování evropských orgánů dohledu a představovaly právní základ pro realizaci jejich pravomocí. Návrh směrnice Omnibus I. byl schválen zároveň s ostatními návrhy dohledového balíčku v září t.r., lhůta pro její transpozici byla schválena do 31. prosince 2011.

³ European Banking Authority (EBA), European Securities and Markets authority (ESMA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

⁴ European System of Financial Supervisors.

⁵ Committee of European Banking Supervisors, Committee of European Securities Regulators, Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors.

⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES ze dne 19. května 1998 o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry (čl. 1); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/87/ES ze dne 16. prosince 2002 o doplňkovém dozoru nad úvěrovými institucemi, pojišťovnamí a investičními podniky ve finančním konglomerátu (čl. 2); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES ze dne 28. ledna 2003 o obchodování zasvěcených osob a manipulaci s trhem (zneužívání trhu) (čl. 3); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/41/ES ze dne 3. června 2003 o činnostech institucí zaměstnaneckého penzijního pojištění a dohledu nad nimi (čl. 4); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/71/ES ze dne 4. listopadu 2003 o prospektu, který má být zveřejněn při veřejné nabídce nebo přijetí cenných papírů k obchodování (čl. 5); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů (čl. 6); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/109/ES ze dne 15. prosince 2004 o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu (čl. 7); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES ze dne 26. října 2005 o předcházení zneužití finančního systému k praní peněz a financování terorismu (čl. 8); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu (čl. 9); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/49/ES ze dne 14. června 2006 o kapitálové přiměřenosti investičních podniků a úvěrových institucí (čl. 10); Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (čl. 11).

Vzhledem k tomu, že reforma dohledu se týká i dohledu nad pojišťovny, bude nutné, podobně jako u jiných sektorových směrnic, výhledově změnit i směrnici Solvency II⁷. Proto se v nejbližší době plánuje předložení směrnice Omnibus II. Důvodem, proč směrnice Solvency II nebyla zahrnuta do změn v rámci směrnice Omnibus I je, že stále nejsou dojednány prováděcí předpisy ke směrnici Solvency II, které tvoří její nedílnou součást.

Legislativa v oblasti finančního trhu spadá pod tzv. řádný legislativní postup podle čl. 251 Smlouvy o fungování Evropské unie („SFEU“), což znamená, že shoda ohledně návrhů musí být nalezena nejen mezi členskými státy navzájem, ale i mezi Radou a Evropským parlamentem. Zatímco členskými státy se podařilo nalézt kompromis ohledně dohledového balíčku už v závěru roku 2009⁸, jednání s Evropským parlamentem byla velmi problematická, protože jeho záměrem bylo rozšířit pravomoci evropských orgánů dohledu nad rámec akceptovatelný členskými státy. Po intenzivních jednáních však bylo dosaženo shody v září 2010. Otázkou ale zůstává, a toto je rovněž mnohými kritizováno, zejména Českou národní bankou, která je silným odpůrcem konečného nastavení reformy, zda hektické tempo projednávání nebude na úkor kvality přijatých změn. To však ukáže až další vývoj po zahájení činnosti uvedených institucí.

3. EVROPSKÁ RADA PRO SYSTÉMOVÁ RIZIKA: MAKRODOHLED

Makroobezřetnostní dohled je vytvořen dvěma nařízeními – jedním, které zakládá Evropskou radu pro systémová rizika a druhým, které pověřuje Evropskou centrální banku plněním některých souvisejících úkolů, zejména poskytnutím administrativního zázemí⁹.

ESRB bude rovněž tvořit součást Evropského systému orgánů finančního dohledu a jejím hlavním úkolem bude monitorování makroekonomického

⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/138/ES ze dne 25. listopadu 2009 o přístupu k pojišťovací a zajišťovací činnosti a jejím výkonu (Solvability II) – lhůta pro transpozici této směrnice je stanovena na 31. října 2012. Práce na transpozici již byly zahájeny.

⁸ V případě nařízení o Evropské radě pro systémová rizika na jednání Rady ECOFIN dne 20. října 2009, k návrhům evropských orgánů dohledu v oblasti mikrodohledu dne 2. prosince 2009. Kompromisní znění k návrhu směrnice Omnibus bylo členskými státy schváleno dne 14. dubna 2010.

⁹ Návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o makroobezřetnostním dohledu nad finančním systémem na úrovni Společenství a o zřízení Evropského výboru pro systémová rizika; KOM (2009) 499 v konečném znění. Návrh rozhodnutí Rady o pověření Evropské centrální banky zvláštními úkoly, které se týkají fungování Evropského výboru pro systémová rizika; KOM (2009) 500 v konečném znění. Po přijetí Lisabonské smlouvy byl návrh tohoto rozhodnutí změněn na návrh nařízení se stejným obsahem.

vývoje finančního trhu EU s cílem přispět k předcházení a zmírnění systémového rizika za účelem předcházení případných ekonomických krizí. Pro naplňování těchto cílů bude ESRB disponovat řadou nástrojů, zejména bude sbírat a analyzovat veškeré relevantní informace. Všechna nařízení tvořící součást balíčku jsou kompatibilní co se týče vytvoření kanálů toku informací v rámci Evropského systému orgánů finančního dohledu. ESRB bude dále identifikovat a rozčleňovat rizika podle jejich závažnosti, v situacích závažných rizik bude vydávat varování a doporučení k přijímání opatření k jejich odvracení. Naplňování těchto opatření bude rovněž vyhodnocovat. V rámci své činnosti bude úzce spolupracovat s dalšími evropskými orgány dohledu, s mezinárodními organizacemi (IMF nebo FSB) a orgány třetích zemí.

Vzhledem k tomu, jak už bylo výše řečeno, že ESRB nemá právní subjektivitu a nemůže přijímat závazná rozhodnutí, má díky členství vysokých představitelů fungovat jako morální autorita¹⁰. Předpokládá se, že varování a doporučení ESRB budou všeobecně respektována na principu „act or explain“, kdy adresát doporučení bude mít možnost jej nesplnit, ale bude muset vysvětlit proč.

Velká část nařízení upravujícího vznik ESRB obsahuje ustanovení o jeho orgánech a jejich složení. Nicméně na jejich rozbor není v rámci tohoto příspěvku dostatek prostoru a není to ani cílem tohoto příspěvku, proto jen ve zkratce: hlavním orgánem s rozhodovací pravomocí bude Generální rada¹¹. Při vyjednávání nařízení ESRB z pochopitelných důvodů právě složení Generální rady bylo nejproblematictější bodem. Nakonec se Generální rada bude skládat z prezidenta Evropské centrální banky („ECB“), který zároveň bude předsedou ESRB a bude ji zastupovat navenek, viceprezidenta ECB, guvernérů národních centrálních bank, člena Evropské komise, předsedů evropských orgánů dohledu (EBA, ESMA, EIOPA), předsedy Poradního technického výboru a předsedy Poradního vědeckého výboru. Poslední dva uvedené výbory¹² jsou dalšími orgány ESRB. V kompromisu schváleném Radou měl být členem Generální rady i předseda EFC¹³, tedy zástupce Rady. Tímto by tak na Generální radě byl zastoupen reprezentant národních ministerstev financí. Nakonec se ale Evropskému parlamentu podařilo prosadit, že členem nebude. Ze strany členských států se tak jedná o významný ústupek. Generální radě bude dále

¹⁰ Faulhamerová, Z., Reforma uspořádání dohledu nad finančním trhem v EU. *Obchodněprávní revue*, 2010, č. 8, s. 239.

¹¹ General Board, čl. 4 – 10 nařízení o ESRB.

¹² Advisory Scientific Committee (čl. 12) a Advisory Technical Committee (čl. 13).

¹³ Economic and Financial Committee.

asistovat Řídící výbor¹⁴, který lze považovat za výkonný orgán ESRB, a administrativně bude chod ESRB zabezpečovat sekretariát poskytnutý ze strany ECB.

4. EVROPSKÉ ORGÁNY DOHLEDU: MIKRODOHLED

Projednávání nařízení o ESRB nepředstavovalo takový problém, snad s výjimkou obsazení postu jeho předsedy, jako projednávání nařízení o EBA, ESMA a EIOPA¹⁵, a to vzhledem k rozdílným názorům Rady a Evropského parlamentu na šíři jejich pravomocí. Tyto orgány disponují právní subjektivitou a mohou tedy vydávat závazná rozhodnutí, a to nejen vůči národním orgánům dohledu, ale i vůči jednotlivých finančním institucím. Ačkoliv tato rozhodnutí nesmí mít dopad na fiskální odpovědnost členských států, vedla se velmi náročná jednání o vybalancování celého systému pravomocí evropských dohledových orgánů a „pojistek“, které zůstávají členským státům. K jednotlivým pravomocem viz níže.

Právní úprava ve všech třech sektorech je paralelní, proto další rozbor platí jak pro EBA, tak pro ESMA i EIOPA (souhrnně nazývané „ESAs“ – „European Supervisory Authorities“) Rozhodovací orgánem ESAs je Rada orgánů dohledu¹⁶. Skládá se z předsedy (chairperson), předsedů národních dohledových orgánů, zástupce Evropské komise, zástupce Evropské centrální banky, zástupce ESRB a zástupců dalších dvou evropských orgánů dohledu. Hlasovacím právem ovšem disponují jen předsedové národních orgánů dohledu. Výkonným orgánem ESA je Řídící rada¹⁷, ESAs budou mít svého předsedu a výkonného ředitele. Významnou roli v mezisektorovém dohledu bude mít Smíšený výbor evropských orgánů dohledu¹⁸. Jedná se o fórum složené z předsedů všech tří ESAs a roli bude hrát zejména v otázkách, které přesahují rámec jednoho sektoru (typicky např. finanční konglomeráty). Vzhledem k provázanosti evropských finančních trhů a sektorů a vzhledem k tendenci prohlubování této provázanosti lze očekávat, že role tohoto fora bude značná, a to i na úkor zástupců národních orgánů

¹⁴ Steering Committee (čl. 11).

¹⁵ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o zřízení Evropského orgánu pro bankovníctví; KOM(2009) 501 v konečném znění (EBA); návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se zřizuje Evropský orgán pro pojišťovnictví a zaměstnanecké penzijní pojištění; KOM(2009) 502 v konečném znění (EIOPA); návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o zřízení Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy; KOM(2009) 503 v konečném znění (ESMA).

¹⁶ Board of Supervisors.

¹⁷ Management Board.

¹⁸ Joint Committee of European Supervisory Authorities.

dohledu. Ostatně za tři roky po účinnosti uvedených nařízení by mělo dojít k jejich revizi na základě proběhlého vývoje na finančních trzích. Uvidíme tedy, zda role tohoto fora bude posílena i formálně.

Nyní k jednotlivým pravomocem ESAs¹⁹:

4.1 VYPRACOVÁNÍ TECHNICKÝCH STANDARDŮ

ESAs budou mít nově významnou pravomoc k vypracování technických norem (standardů). Jak už bylo výše uvedeno, ESAs nahrazují evropské výbory dohledových orgánů CEBS²⁰, CEIOPS²¹ a CESR²². Stejně jako tyto výbory budou tvořit třetí úroveň tzv. Lamfalussyho procesu²³.

Podle navrhované právní úpravy budou ESAs vypracovávat technické standardy, které budou na rozdíl od doporučení stávajících výborů závazné. V závislosti na úrovni zmocňovacího aktu budou přijímány jako akty druhé nebo třetí úrovně.

Navrhovaná právní úprava tyto technické standardy rozlišuje na regulatorní a implementující podle toho, zda budou přijímány ve formě delegovaných aktů (v souladu s článkem 290 SFEU) nebo ve formě implementujících aktů (v souladu s článkem 291 SFEU). V důsledku toho se pak liší i proces jejich přijímání. Obecně by tyto standardy měly být skutečně jen technické, jejich obsah by měl být omezen aktem, na jehož základě jsou přijímány. ESAs mají sice pravomoc tyto standardy vytvořit, ale o jejich přijímání ve formě nařízení nebo rozhodnutí rozhoduje Evropská komise. Ta je totiž podle SFEU orgánem odpovědným za jejich přijetí a obsah.

¹⁹ Faulhamerová, Z., Herboczková, J., Pravomoci evropských orgánů dohledu nad finančním trhem. *Obchodněprávní revue*, 2010, č. 9, s. 273.

²⁰ Committee of European Banking Supervisors; rozhodnutí Evropské komise č. 2004/5/ES, které bylo nahrazeno rozhodnutím Evropské komise č. 2009/78/ES ze dne 23. ledna 2009 o zřízení Evropského výboru orgánů bankovního dohledu.

²¹ Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors; rozhodnutí Evropské komise č. 2004/6/ES, které bylo nahrazeno rozhodnutím Evropské komise č. 2009/79/ES ze dne 23. ledna 2009 o zřízení Evropského výboru orgánů dozoru nad pojišťovnictvím a zaměstnaneckým penzijním pojištěním.

²² Committee of European Securities Regulators; rozhodnutí Evropské komise č. 2001/257/ES, které bylo nahrazeno rozhodnutím Evropské komise č. 2009/77/ES ze dne 23. ledna 2009 o zřízení Evropského výboru regulátorů trhů s cennými papíry.

²³ Nazvaný podle barona Alexandra Lamfalussyho, vedoucího expertní skupiny, na základě jejichž závěrů byl tento proces vytvořen (závěrečná zpráva expertní skupiny ze dne 15.2.2001). Blíže k Lamfalussyho procesu viz. *Ibidem* 19.

Před předložením regulačních technických standardů (dále jen „RTS“) Evropské komisi by měl evropský orgán dohledu konzultovat širokou veřejnost a skupinu odborníků²⁴. Následně předkládá RTS Evropské komisi, která je může pozměnit a přijmout v konečném výsledku podle svého uvážení. Pokud následně v praxi Evropská komise nebude respektovat návrhy ESAs, je otázkou nakolik je jejich nová pravomoc významná. Vzhledem k tomu, že je Evropská komise odpovědná za přijímání technických standardů, zcela logicky se jí podařilo do návrhu prosadit řešení situace, kdy ESAs RTS nevytvoří, ač jsou k tomu zmocněny příslušnými evropskými předpisy, nebo je nevytvoří ve stanovené lhůtě. V tomto případě může Evropská komise po výzvě adresované ESAs RTS vytvořit sama. Předpokládá se však, že tento mechanismus bude v praxi používán velmi výjimečně a Komise a ESAs se budou v tomto ohledu maximálně respektovat. Proti RTS přijatým Evropskou komisí může Evropský parlament nebo Rada ve stanovené lhůtě vznést námitky. V tomto případě pak RTS nemohou nabýt účinnosti²⁵.

Postup pro přijímání implementujících technických standardů (dále jen „ITS“) je v návrzích nařízení upraven zvlášť. Je velmi podobný postupu přijímání RTS, rozdíl však spočívá v zapojení tzv. komitologie, tedy výborů druhé úrovně Lamfalussyho procesu, které se skládají ze zástupců národních ministerstev. V současné době komitologický proces probíhá na základě rozhodnutí Rady č. 1999/468/ES, v oblasti finančních služeb podle regulačního postupu²⁶. Nicméně zároveň je připravována změna tohoto postupu, který má být v budoucnu upraven ve formě nařízení. Situace se zatím vyvíjí tak, že je problematické dosáhnout shody na návrhu tohoto nařízení, proto ani způsob přijímání ITS není v budoucnu zcela jasný.

Ačkoliv ESAs nově získávají pravomoc k vytváření technických standardů, neznamená to, že by ztrácely pravomoc, kterou zatím mají výbory třetí úrovně, k přijímání nezávazných doporučení a vodítek. Za účelem zajištění jednotné a konzistentní aplikace evropského práva mohou tato doporučení a vodítka adresovat nejen národním orgánům dohledu, ale i konkrétním finančním institucím, které se jimi mají v maximální možné míře řídit a pokud tak neučiní, sdělit důvody pro opačný postup (princip „act or explain“).

²⁴Banking Stakeholder Group, Securities and Markets Stakeholder Group, Insurance and Reinsurance Stakeholder Group and Occupational Pensions Stakeholder Group; Tyto skupiny jsou vytvořeny na základě jednotlivých nařízení.

²⁵Pravomoc přijímat RTS je Evropské komisi na základě navrhovaných nařízení svěřena na dobu 4 let s tím, že pokud nebude Evropským parlamentem a Radou odvolána, bude automaticky prodloužena o stejnou dobu. Evropským parlamentem nebo Radou může být tato pravomoc Evropské komise kdykoliv zrušena.

²⁶Článek 5 uvedeného rozhodnutí.

4.2 PORUŠENÍ UNIJNÍHO PRÁVA

Pokud dojde k porušení evropského práva národním orgánem dohledu, je toto jednání podle současné právní úpravy přičitatelné členskému státu. V tomto případě, pokud národní orgán dohledu neuvede svou činnost v soulad s evropským právem ani v návaznosti na stanovisko Evropské komise, není možné danou situaci řešit jinak, než žalobou Evropské komise k Soudnímu dvoru EU v souladu v čl. 258 SFEU. Pokud členský stát následně nepřijme opatření vyplývající z rozsudku Soudního dvora EU, ihned následuje finanční sankce. Nově navrhovaná nařízení však vytváří jakýsi předstupěň, který umožní porušení evropského práva řešit jinak než přímo před Soudním dvorem EU, přičemž tuto možnost zároveň nevylučuje. Pokud národní orgán dohledu neaplikuje relevantní evropské předpisy, včetně technických standardů, nebo je aplikuje způsobem, který zakládá porušení evropského práva, může ESAs na základě provedeného šetření vydat doporučení, jímž stanoví způsob, jakým má národní orgán dohledu uvést své jednání do souladu s evropským právem. Pokud však národní orgán dohledu na základě doporučení neučiní patřičné kroky k nápravě, ESAs o tom informuje Evropskou komisi, která následně může vydat tzv. „formální stanovisko“. Pokud se národní orgán nepodřídí ani tomu stanovisku, pak kromě toho, že Evropské komisi zůstává zachována pravomoc vznést žalobu podle čl. 258 SFEU, může ESAs vydat individuální rozhodnutí adresované přímo konkrétní finanční instituci. Podmínkou pro vydání tohoto individuálního rozhodnutí je nutnost rychle obnovit přirozené soutěžní prostředí na daném trhu nebo zajistit řádné fungování a integritu finančního systému. Zároveň je individuální rozhodnutí možné vydat jen tam, kde relevantní evropská legislativa obsahuje povinnosti přímo použitelné na finanční instituce (k individuálním rozhodnutím viz níže).

4.3 ŘEŠENÍ KRIZOVÝCH SITUACÍ

Nedávno proběhlá finanční krize potvrdila nedostatečnou schopnost koordinace jednání členských států a jejich orgánů v krizové situaci²⁷. Tuto neuspokojivou situaci má řešit nově vzniklá pravomoc ESAs v krizové situaci jednat a vydávat patřičná rozhodnutí. ESAs by tak měly plnit aktivní úlohu koordinátora mezi národními orgány dohledu, zejména v případě nepříznivého vývoje, který by mohl potenciálně ohrozit správné fungování a integritu finančního trhu či stabilitu části nebo celého finančního systému EU. Pokud by pouhá koordinační role ESAs byla v mimořádných situacích nepostačující, svěřují jim nařízení pravomoc vyžadovat od národních orgánů

²⁷ V červnu 2008 bylo orgány finančního dohledu, centrálními bankami (včetně ECB) a ministerstvy financí podepsáno Memorandum o porozumění pro zachování přeshraniční finanční stability, jehož cílem bylo zajistit spolupráci jak za normálních podmínek, tak při finančních krizích. Ke skutečné implementaci tohoto dokumentu však v důsledku vypuknutí krize nedošlo.

dohledu přijetí konkrétních společných opatření jako nástrojů pro urychlenou reakci na nastupující přeshraniční krizi.

Nicméně, předtím, než může ESAs takto jednat, je nutné, aby byla vyhlášena krizová situace. Protože se jedná o otázku vyžadující určitý stupeň odbornosti při vyhodnocování takové situace a také o otázku politicky velice citlivou, je k vyhlášení krizové situace zmocněna Rada (tedy ministři financí). Tato však nejedná samostatně, ale na základě návrhu Evropské komise, ESRB nebo ESAs a po konzultaci s Evropskou komisí, ESRB a případně také ESAs²⁸. Jakmile je krizová situace vyhlášena, může ESAs za výjimečných okolností, kdy je koordinovaným jednáním národních orgánů dohledu nutné čelit nepříznivému vývoji, přijímat rozhodnutí, jimiž bude po příslušných národních orgánech dohledu vyžadovat přijetí nezbytných opatření v souladu se sektorovou legislativou v oblasti finančních trhů. Cílem je zajistit, aby finanční instituce a příslušné orgány plnily požadavky stanovené těmito právními předpisy. Tímto není dotčena pravomoc Evropské komise zahájit řízení pro porušení Smlouvy.

Pokud však národní orgán dohledu nesplní rozhodnutí ESAs, nařízení zakotvuje pravomoc ESAs přijmout jako poslední východisko rozhodnutí adresované přímo konkrétní finanční instituci. Cílem tohoto ustanovení je účinně čelit dopadům krize v případě, že národní orgán dohledu zůstává nečinný. Tato pravomoc je však omezena výlučně na oblasti práva EU, které jsou přímo použitelné na finanční instituce, ať již se jedná o požadavky upravené sekundárními právními předpisy nebo technickými standardy, a kde je zároveň bezodkladná náprava nezbytná k obnovení řádného fungování a integrity finančních trhů nebo stability celého finančního systému v EU nebo jeho části.

4.4 ŘEŠENÍ SPORŮ MEZI NÁRODNÍMI ORGÁNY DOHLEDU

Návrhy nařízení obsahují také mechanismus, jehož účelem je zajistit efektivní dohled v přeshraničních situacích v rámci kolegií orgánů dohledu. Jestliže národní orgán dohledu nesouhlasí s postupem nebo obsahem opatření či nečinností ze strany jiného národního orgánu dohledu, může ESAs nejprve stanovit lhůtu pro smířčí jednání mezi národními orgány dohledu, při kterém se národní orgány pokusí dosáhnout společné dohody. V této fázi se evropský orgán dohledu jednání účastní jako mediátor (zprostředkovatel).

²⁸ Upozornění na možnost vzniku krizové situace a posouzení této situace může být obsahem důvěrného doporučení adresovaného evropskými orgány dohledu nebo ESRB Radě. Jakmile je rozhodnutí Rady vydáno, musí být oznámeno Evropskému parlamentu a Evropské komisi a následně pravidelně, nejméně jednou měsíčně, přezkoumáváno; v případě, že není obnoveno, automaticky samo zanikne. Rada má samozřejmě také pravomoc jej kdykoliv sama zrušit.

Pakliže se ve smírčím řízení nepodaří dosáhnout shody, ESAs může vydat závazné rozhodnutí, na jehož základě bude požadovat, aby příslušné národní orgány dohledu určitým způsobem jednaly, nebo se naopak určitého jednání zdržely tak, aby byl spor urovnán v souladu s právem EU.

V případě, že národní orgán dohledu nesplní ani toto závazné rozhodnutí, přijme ESAs rozhodnutí adresované přímo konkrétní finanční instituci. Tato poslední fáze mechanismu řešení sporů by měla nastat pouze ve výjimečných případech a jen za účelem zajištění správné a konzistentní aplikace práva EU. Případy, kdy je možné přistoupit k rozhodování sporů evropskými orgány dohledu, musí být vymezeny sektorovou legislativou. Tyto změny budou učiněny návrhem směrnice Omnibus I²⁹.

Řešení přeshraničních sporů mezi národními orgány napříč sektory (tedy sporů mezi národními orgány v sektoru bankovníctví, pojišťovnictví a kapitálového trhu) je podle navrhovaných nařízení v pravomoci Smíšeného výboru evropských orgánů dohledu .

4.5 OCHRANNÉ OPATŘENÍ

V souvislosti s analýzou pravomocí ESAs v krizové situaci a při řešení sporů je nutné se alespoň krátce zmínit o ustanovení návrhů nařízení, jehož cílem je ochrana určitých pravomocí členských států (tzv. ochranné opatření). Toto ustanovení členskému státu umožňuje neaplikovat rozhodnutí přijatá ESAs, pokud má za to, že tato rozhodnutí ohrožují jeho fiskální odpovědnost. Fiskální politika totiž stále spadá do pravomocí jednotlivých členských států EU.

Postup členského státu se nepatrně liší ve vztahu k rozhodnutím v krizové situaci a k rozhodnutím při řešení sporů (v krizové situaci jsou nastaveny kratší lhůty a dvojí rozhodování Radou). Nicméně základní princip je stejný. Členský stát notifikuje ESAs o tom, že má za to, že jím vydané rozhodnutí zasahuje do jeho fiskální odpovědnosti a že jej nebude plnit. Pokud se názor národního a evropského orgánu dohledu v této otázce nesejdou, s konečnou platností rozhodne o celé věci Rada, jejíž rozhodnutí musí jak národní, tak evropský orgán dohledu respektovat.

4.6 INDIVIDUÁLNÍ ROZHODNUTÍ

Individuální rozhodnutí může ESAs při splnění vymezených podmínek přijmout jak v případě porušení evropského práva, tak v krizové situaci či v případě řešení sporů mezi národními orgány dohledu. Projednávání této otázky patřilo mezi nejkontroverznější, protože zde ESAs nabývají přímou

²⁹ Dále pak návrhem směrnice Omnibus II, popř. Omnibus III.

pravomoc v oblasti, která byla doposud monopolem národních orgánů dohledu, a určitým způsobem tak zasahují do národních právních řádů³⁰.

V souvislosti s individuálními rozhodnutími evropských orgánů dohledu se stává problematickou otázka jejich vynutitelnosti. Podle současné české právní úpravy dohlíží nad dodržováním právních předpisů finančními institucemi Česká národní banka („ČNB“), která rovněž jejich plnění vynucuje. V případě zjištění nedostatků může uložit opatření k nápravě či pokutu. O rozkladu proti těmto rozhodnutím pak rozhoduje bankovní rada³¹. Návrhy nařízení o ESAs stanoví, že individuální rozhodnutí evropského orgánu dohledu mají přednost před jakýmkoliv předešlým rozhodnutím vydaným národním orgánem dohledu v téže věci. Jak by ale ČNB mohla vynucovat rozhodnutí, které sama nevydala?

Při řešení této otázky bude nutné vycházet z čl. 291 odst. 1 SFEU, podle něhož mají členské státy povinnost přijmout veškerá nezbytná vnitrostátní právní opatření k provedení závazných aktů Unie. Českou legislativou je ČNB zmocněna k výkonu dohledu nad dodržováním povinností stanovených přímo použitelným předpisem EU³². Rozhodnutí vydané ESAs je v podstatě konkretizací povinností stanovených evropským předpisem, na jehož základě je vydáno. Tzn., že porušení tohoto rozhodnutí je zároveň porušením nařízení, na jehož dodržování ČNB dohlíží. V případě porušení individuálního rozhodnutí ESAs by pak ČNB byla oprávněna přijmout sankce, které má k dispozici podle českého práva.

V této souvislosti se zajímavou jeví i otázka vynucování plnění povinností vyplývajících z navrhovaných nařízení samotnou ČNB. Ta má totiž podle Ústavy zcela výjimečné postavení a do její činnosti lze zasahovat pouze na základě zákona³³. Pokud ale ČNB nebude jednat v souladu s evropským právem a nebude plnit povinnosti jí uložené rozhodnutími ESAs, Evropské komisi nezbude jiná možnost, než podat žalobu proti České republice v souladu s článkem 258 SFEU. Při nesplnění povinností uložených rozsudkem Soudního dvora EU pak peněžité sankce ponese rovněž Česká republika. Ta však, ani prostřednictvím Ministerstva financí, nemá k dispozici žádné právní nástroje, jak ČNB vzhledem k jejímu postavení

³⁰ Individuální rozhodnutí adresované finančním institucím může evropský orgán dohledu vydat jen v těch oblastech práva EU, které jsou přímo aplikovatelné (použitelné) na finanční instituce. Zároveň tato pravomoc evropských orgánů dohledu nemůže zasahovat do diskrece národních orgánů dohledu, která je jim přiznána evropskými právními předpisy. Výkon této diskrece tak nemůže být evropským orgánem dohledu omezen.

³¹ §46f zákona č. 6/1993 Sb., o České národní bance.

³² Např. §7 zákona č. 13/1998 Sb., o dohledu v oblasti kapitálového trhu, §135a zákon č. 284/2009 Sb., o platebním styku.

³³ Článek 98 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

donutit k plnění uvedených rozhodnutí. Zatím se tedy zdá, že tento problém bude nutné řešit spíše neformální cestou.

Samotné návrhy nařízení nicméně obsahují jistou pojistku proti rozhodnutím ESAs, to ve formě odvolání k Odvolací radě, která je společným orgánem všech tří ESAs. Proti rozhodnutím ESAs se může odvolat jakákoliv fyzická nebo právnická osoba či národní orgán dohledu, kteří jsou adresáty uvedených rozhodnutí, nebo rovněž i osoba, jíž se rozhodnutí přímo dotýká. Odvolací rada může rozhodnutí evropského orgánu dohledu potvrdit nebo jej může vrátit zpět k novému rozhodnutí, v němž ESAs musí respektovat závěry Odvolací rady. Proti rozhodnutí Odvolací rady je možné dále podat žalobu v souladu s článkem 263 SFEU k Soudnímu dvoru EU. Žalobu podle tohoto článku může podat členský stát EU, instituce EU, ale i jakákoliv fyzická a právnická osoba. Nicméně v tomto řízení Soudní dvůr EU přezkoumává jen legalitu uvedených rozhodnutí a nemůže je přezkoumat z hlediska merita věci.

5. ZÁVĚR

Dohledový balíček schválený v září t.r. vstoupí v platnost poté, co budou texty nařízení přeloženy do všech oficiálních jazyků EU a zveřejněny v Úředním věstníku. V účinnost by celá reforma měla vstoupit od 1. ledna 2011 (s výjimkou směrnice Omnibus I., jejíž transpoziční lhůta je stanovena na závěr roku 2011). V současné době probíhají intenzivní práce na zahájení činnosti nového mechanismu nejen na evropské, ale i na české úrovni. Na evropské úrovni se připravují překlady textů a postupná transformace stávajících výborů na ESAs (přechodné období bude trvat cca 6 měsíců). Na české úrovni probíhá adaptace uvedených nařízení. Ačkoliv jsou nařízení v národních právních řádech přímo účinná, je potřeba přizpůsobit český právní řád novému systému (např. vynucování individuálních rozhodnutí ESAs Českou národní bankou).

Reforma dohledu nad finančním trhem v EU je součástí rozsáhlých změn, které se nyní poměrně hekticky přijímají v EU jako reakce na proběhlou krizi. EU se rozhodla zaujmout vůdčí pozici na mezinárodním poli ve věcech předcházení případným dalším krizím. Otázkou je, zda jistá hektičnost a množství návrhů nebudou na úkor kvality a nepovedou k jisté přeregulovanosti na finančních trzích.

Jak už bylo výše řečeno, za tři roky od účinnosti reformy dohledu nad finančním trhem by mělo dojít k revizi tohoto systému. Podle mého názoru lze očekávat spojení všech tří ESAs do jednoho orgánu a přenesení veškeré dohledové pravomoci na evropskou úroveň. Domnívám se, že toto je stav pro český finanční trh nežádoucí, protože jen národní orgány dokážou nejlépe analyzovat stav svého finančního trhu.

Postupně tak dochází k posilování evropských pravomocí na úkor pravomocí národních, a to nejen v oblasti dohledu, ale v oblasti finančních

služeb jako takových. Z jedné strany je vzhledem k provázanosti finančních trhů v EU tento vývoj pochopitelný, nicméně domnívám se, že k dalšímu předávání pravomocí EU bychom měli přistupovat velmi opatrně a striktně požadovat dodržování principu subsidiarity a proporcionality.

Literature:

- Faulhamerová, Z., Herboczková, J.: Pravomoci evropských orgánů dohledu nad finančním trhem, Praha: Obchodněprávní revue, 2010, č. 9, s. 273
- Faulhamerová, Z.: Reforma uspořádání dohledu nad finančním trhem v EU, Praha: Obchodněprávní revue, 2010, č. 8, s. 239

Contact – email

JanaHerboczkova@seznam.cz

PROBLEMATIKA PŘEVODNÍCH CEN OPTIKOU MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI SPRÁVĚ DANÍ

DAVID JEROUŠEK

Faculty of Law, Masaryk University in Brno, Department of Financial Law

Abstract in original language

Cílem tohoto článku je přiblížení problematiky převodních cen v právním pohledu, a to ve vazbě na správu daně z příjmů a dále pak přiblížení problematiky ceny obvyklé ve vazbě na správu DPH. Daná problematika bude přiblížena se zdůrazněním prvků mezinárodní spolupráce správců daně, tedy při správě daní.

Key words in original language

DPPO; DPH; Zneužití práva; Převodní ceny; Cena obvyklá.

Abstract

The aim of this article is to research the questions of transfer pricing in the legal point of view. Especially in connection to the Income tax and VAT. The principles of Arm's length principle and open market value are also mentioned. The essential part of this article will be devoted to the topic of international cooperation of the tax administrators, during the tax proceedings.

Key words

VAT; Income Tax; Abuse of law; Arm's length principle; Open market value.

I. ÚVOD

Cílem tohoto článku je vymezení základů problematiky převodních cen, a to jak z pohledu identifikace v úvahu přicházejících pramenů práva, tak i seznámení s hlavními principy této problematiky a základní postupy daňové správy ČR a mezinárodní spolupráce při identifikaci a postupech stran této analyzované problematiky - převodních cen. Jako vhodné se dále jeví aktuální porovnání převodních cen pro účely z.č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZDP) s problematikou ceny obvyklé v případě nepřímých daní, se zaměřením na DPH, tedy na úpravu obsaženou v z.č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZDPH). Cílem tohoto pojednání je tedy přiblížení činnosti správců daně ohledně zkoumané problematiky a přiblížení hlavních metod pro zjištění převodních cen, identifikace jejich úskalí a zachycení obecných zásad tzv. transfer prizingu. Bude použita metoda popisná a práce bude spočívat na aplikaci a rozboru právní úpravy a

správní praxe. V návaznosti na zaměření sekce bude uvedena i dopadající právní úprava ES, respektive bude provedeno srovnání s problematikou ceny obvyklé pro účely správy DPH a zdůrazněna mezinárodní úroveň spolupráce.

II. PŘEVODNÍ CENY

V současné době získávají velký podíl na celosvětovém obchodě převody (transfery) zboží, nehmotného majetku a služeb uvnitř nadnárodních společností, které rozmísťují své výrobní, vývojové, obchodní aj. aktivity do různých států. Za účelem sjednocení a usnadnění postupů při oceňování zmíněných transferů jsou v mezinárodním měřítku uplatňovány principy a postupy upravené ve Směrnici OECD o převodních cenách pro nadnárodní podniky a daňové správy. „Zjednodušeně lze konstatovat, že za převodní neboli transferové ceny lze považovat „ceny“ uplatňované u transakcí uskutečňovaných mezi dvěma daňovými subjekty ekonomicky nebo personálně spojenými, v terminologii smluv o zamezení dvojího zdanění se užívá pojem sdružené podniky. Tyto ceny musí být stanoveny ve stejné výši, jako by byly sjednávány mezi subjekty, které nejsou ekonomicky či personálně spojené (nezávislé podniky). Takto stanovené ceny jsou cenami stanovenými na základě principu tržního odstupu. V českých podmínkách lze zjednodušeně říci, že se jedná o použití cen obvyklých pro účely stanovení základu daně z příjmu, jak jsou uváděny v našich daňových zákonech. Jde tedy o ověření správnosti rozdělení zisku mezi sdruženými podniky plynoucího z transakce, která se mezi těmito sdruženými podniky uskutečnila.“¹

II.B. FUNKCE PŘEVODNÍCH CEN

Při vymezení funkce převodních cen je nutno zajít až k samotnému historickému a hospodářskému stavu světového hospodářství po 1. světové válce, kdy občané válkou zasažených států převáděli svůj majetek do ciziny se snahou uchránit majetek před vysokým zdaněním z válkou více zdecimovaných území, kde logicky veřejná moc ve snaze překonat škody válkou způsobené sahala často k vysokému zdanění, aby tak naplnila skomírající veřejné rozpočty. Samotné pojednání by si zasloužily takto a z tohoto důvodu vznikající daňové ráje. S postupem času tak pak státy identifikovaly potřebu regulovat mezinárodní transakce z daňového hlediska, kdy toto bylo a je předurčeno zejména tím, že důvodem existence kapitálově propojených skupin podniků je snaha zefektivnit produkci, snížit náklady a tak zvýšit celkové zisky. V rámci tohoto záměru a jako předpoklad k dosažení cíle se pak daň jeví jako náklad a proto je logickou

¹ Cit. pokyn Pokyn č. D-258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky - převodní ceny, č.j.: 491/1554/2004 ze dne 13. 1. 2004

tržní potřebou a snahou i jej snížit na minimum. Za daných okolností se nemusí jevit jako esenciální to (a mnohdy to není ani v zájmu spojených osob) jednat navzájem tržně.

Převodní ceny tak slouží jako možný nástroj k úpravě daňového základu, kdy se však jedná vždy o nezákonný způsob, ale vzhledem k obtížnosti stanovení převodních cen v souladu s principem tržního odstupu nemusí jít vždy o úmysl jednajících. Proto zde existuje jistý normativní korektiv, který spočívá v článku 1.2 Směrnice OECD a ten stanoví, že by daňová správa neměla automaticky podezírat společnosti, že se úmyslně snaží zmanipulovat zisky prostřednictvím převodních cen. Využívání, respektive jak výše naznačeno zneužívání, převodních cen k přenosu základu daně za účelem domnělé optimalizace celkové daňové povinnosti skupiny podniků lze pak identifikovat jak v rámci jedné daňové jurisdikce, ale zejména i mezinárodně. Zde se pak jasně projevuje požadavek a potřeba účelné a úzké spolupráce daňových správ. Celkové tajemství smyslu převodních cen, a je to i jejich primární cíl, tkví v tom, že “vhodným nastavením“ převodních cen lze v rámci jednoho daňového systému vzájemně vyrovnat zisky a ztráty společností ve skupině, zejména pak touto skrytou distribucí zisku od dceřiné společnosti ke společnosti mateřské.

V dané chvíli je třeba upozornit na to, že samotné převodní ceny, pokud naplní kritéria možnosti jejich negativního nahlížení na ně a přijde v úvahu možnost aplikace ust. § 23 odst. 7 ZDP, jsou svou povahou nikoli toliko nějakou legální optimalizací, ale spíše již samotným nezákonným chováním a jednáním. Zde se domnívám, že samotný pojem daňová optimalizace je chimérou vytvořenou kvalifikovanými šiky zástupců těch, kteří potřebují nějakým způsobem nezdanit vše to, co jim jinak zákon ukládá. Z uvedeného je patrné, že pojem daňová optimalizace je uměle vytvořený jako alibi pro byt i nikoli vždy značné porušení zákona vedeného “ušlechtilým“ záměrem a chutí pomoci klientovi k jeho žádosti nikoli hned a přímo s důsledky trestněprávní odpovědnosti. Toto téma by však přesáhlo potřebu tohoto článku, a pro se k němu vrátíme někdy napříště.

Na dané případy pak, a to i díky omezení aplikovatelnosti této odlišné zásady daňového práva procesního učiněného NSS, je dnes již nemožné pohlížet optikou ust. § 2 odst. 7 z.č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSDP) – tedy skrz zásadu materiální pravdy – či jinými slovy převahy podstaty nad právní formou. NSS totiž ve svém rozsudku sp.zn. 1 Afs 73/2004 uvedl, že *o dissimulaci jde jen tehdy, pokud účastníci předstírají (simulují) určitý právní úkon, ač jej nechtějí, a zastírají tím právní úkon jiný, který ve skutečnosti chtějí, popř. jím zastírají jinou právní skutečnost. Zkoumání poměru mezi vůlí a projevem vůle účastníků právního vztahu je proto pro použití tohoto ustanovení určující.* NSS pak dále uvedl, že *povinností daňových orgánů je uvést nejen zjištěný, formálně právním úkonem zakrývaný skutečný stav, ale i přezkoumatelným způsobem uvést úvahy, které je k takovému závěru vedly, včetně označení a*

zhodnocení důkazů, o které svá zjištění opírají. NSS pak závěrem uvedl, že ustanovení § 2 odst. 7 ZSDP, nemůže dopadat na případy, kdy projev a vůle jsou ve shodě, tedy účastníci mají skutečný zájem učinit právní úkon, činí tak však z důvodu obcházení zákona².

Jak je občas diskutováno odbornou veřejností, tedy její částí, která se zabývá koncepty převodních cen, lze mnohdy spíše uvažovat o aplikaci institutu zneužití práva, jsou-li převodní ceny mezi spojenými osobami zjištěny. Zde ani dále nevyvstává problém, neboť z rozsudku Evropského soudního dvora ve věci označené jako **C-110/99 Emsland**, vyplynulo jako aplikační korektiv zásady zákazu zneužití práva v daňovém řízení to, že důkazní břemeno toho, že ke zneužití práva došlo, respektive právo bylo zneužito, stojí na správci daně, což odpovídá konceptu procesních povinností a převodních cen dle OECD.

II.C. PRÁVNÍ ÚPRAVA PŘEVODNÍCH CEN - CEN OBVYKLÝCH

- Směrnice OECD o převodních cenách pro nadnárodní podniky a daňové správy. Tato je jakýmsi základem legislativní úpravy převodních cen, zejména pak implementace čl. 9 Modelové smlouvy OECD (Sdružené podniky), která byla zveřejněna ve Finančním zpravodaji č. 10/97 a č. 6/99 (dále jen Směrnice OECD).³
- Smlouvy o zamezení dvojího zdanění. V případě, kdy se jedná o transakci s osobou s bydlištěm nebo se sídlem ve státě se kterým je uzavřena smlouva o zamezení dvojího zdanění (dále SZDZ)⁴ bude využit čl. 9 Sdružené podniky a případně navazující články SZDZ - čl. 7 Zisky podniků, čl. 10 Dividendy, čl. 11 Úroky a čl. 12 Licenční poplatky.
- Směrnice Rady o společném systému daně z přidané hodnoty 2006/112/EHS - zejména čl. 72 a 80

² k tomu dále viz Jeroušek, D. Zákaz zneužití práva v daňovém řízení. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010, ISBN 978-80-210-5151-5

³ dne 22.7.2010 uveřejnila OECD schválenou novelizaci kapitol I-III cit. Směrnice a přidala zcela novou kapitolu IX do této Směrnice, která se týká aspektů převodních cen v procesech restrukturalizace podniků. Novelizace prvních třech kapitol Směrnice spočívá zejména v rozpracování srovnávací analýzy, použití transakčních ziskových metod a dále pak v nové úpravě hierarchie metod stanovení převodních cen.

⁴ povinnost upřednostnit mezinárodní smlouvy obecně (tedy také pro daňové účely) plyne ze znění čl. 10 zákona č. 1/1993 Sb. Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

- Směrnice Rady 90/434/EHS - o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech majetku a výměnách podílů na majetku společností členských států.
- Směrnice Rady 90/435/EHS - o společném systému zdanění v případech mateřských a dceřiných společností členských států.
- Směrnice Rady 2003/49/ES - o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi spojenými osobami. V případě, že budeme zjednodušeně pohlížet na převodní ceny i stran nepřímých daní, pak je pramenem práva i ust. § 36a ZDPH.⁵
- V roce 2006 pak česká republika ratifikovala Arbitrážní konvenci, která upravuje proces při řešení sporů, které mohou vzniknout v souvislosti s následnou úpravou zisku u sdružených podniků.
- Ve vnitrostátních pramenech hraje prim ust. § 23 odst. 7 zák. č. 586/92 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů a navazující ustanovení - zejména:
 - o § 22 odst. 1 písm. g) bod 3 ZDP
 - o § 23 odst. 11 ZDP
 - o § 25 odst. 1 písm. w) a odst. 2 ZDP
 - o § 19 odst. 1 písm. ze) a zi) a odst. 3 a 4 ZDP
- Pokyn D - 258 k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky – převodní ceny ze dne 13. 1. 2004 zveřejněný ve Finančním zpravodaji č. 1/2004
- Pokynu D – 292 ze dne 23.12.2005 k § 38nc zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů - Závazné posouzení způsobu, jakým byla vytvořena cena sjednáváná mezi spojenými osobami.
- Pokynu D – 293 ze dne 23. 12. 2005, který byl zveřejněn ve Finančním zpravodaji č. 1/1/2006, o stanovení rozsahu dokumentace k tvorbě převodních cen mezi spojenými osobami
- Od r. 2004 umožňuje ustanovení §34b ZSDP daňovému subjektu požádat místně příslušného správce daně o vydání rozhodnutí o závazném posouzení daňových důsledků, které pro něj vyplývají z

⁵ ZDP definuje oproti ZDP “spojené - zvláštní“ osoby mírně odlišně, a to tak, že sem řadí : a) kapitálově spojené osoby podle § 5a odst. 3 s tím, že výše podílu představuje alespoň 25 % základního kapitálu nebo 25 % hlasovacích práv těchto osob, b) jinak spojené osoby podle § 5a odst. 4; za jinak spojené osoby se nepovažují osoby, kdy je jedna osoba členem dozorčích rad obou osob, c) osoby blízké a dále pak za d) osoby, které podnikají s plátcem společně na základě smlouvy o sdružení nebo jiné obdobné smlouvy.

daňově rozhodných skutečností již nastalých nebo očekávaných, v případech stanovených zvláštním daňovým zákonem.

- S platností od r. 2006 bylo novelou ZDP provedenou z. č. 545/2005 Sb. zapracováno do ZDP ustanovení §38nc - Závazné posouzení způsobu, jakým byla vytvořena cena sjednávaná mezi spojenými osobami. K této problematice vydalo Ministerstvo financí, odbor 39 formou sdělení k §38nc ZDP Pokyn D – 292 ze dne 23. 12. 2005, který byl zveřejněn ve Finančním zpravodaji č. 1/1/2006.
- Dále pokyny řady DS, které zejména upřesňují, který správce daně bude o žádosti daňového subjektu rozhodovat s ohledem na zákonné znění ustanovení §38nc ZDP, které neřeší dostatečně postup při závazném posouzení v případech, kdy u posuzovaných vztahů bude zúčastněnou osobou poplatník, který není rezidentem ČR a nevzniká mu daňová povinnost z příjmů plynoucích z území ČR.
- Tkíví také v pokynu D-300 Ministerstva financí k jednotnému postupu při uplatňování některých ustanovení ZDP je uvedeno, že pro účely posouzení, zda jsou ceny sjednávány mezi spojenými osobami v souladu s § 23 odst. 7 ZDP se mj. postupuje dle zásad zakotvených ve Směrnici OECD.

III. POSTUP SPRÁVCE DANĚ V PŘÍPADĚ ZJIŠTĚNÍ PŘEVODNÍCH CEN

V případě převodních cen, při jejichž zjišťování leží břemeno na správci daně, a to i prokázání té skutečnosti, že se jedná v daném případě o osoby spojené⁶. Aby se mohli správci daně převodními cenami vůbec zabývat, je třeba zjistit, v jakých případech mohou být tyto ceny mezi sdruženými podniky uplatňovány. K identifikaci může využít informace z různých zdrojů a jejich kombinace. Jsou jimi např. daňové přiznání, poznatky z informačních systémů správců daně, poznatky stran registrace daňového subjektu, subjektivní poznatky správců daně, podněty od jiných správců daně a od zahraničních daňových správ.

Dalšími zdroji informací k identifikaci sdružených podniků a řízených transakcí může být např. obchodní rejstřík a listiny zde založené, výroční či auditované hospodářské zprávy.

Těžiště činnosti pak ale spočívá na vyhledávací činnosti a místním šetření prováděném správcem daně. Tento může, jak právě řečeno, k tomuto účelu využít vyhledávací činnost, ke které ho opravňuje znění §36 ZSDP, dle

⁶ dle dikce ust. § 23 odst. 7 ZDP se musí jednat o osoby spojené kapitálově či jinak.

kterého může sdružovat informace a informační systémy sloužící k rozdílným účelům, může požadovat informace z jiných informačních systémů a při této činnosti má správce daně stejná oprávnění jako při místním šetření (§15 ZSDP). Vyhledávací činnost může být vykonávána i bez přímé spolupráce s daňovým subjektem s tím, že výsledky vyhledávací činnosti lze využít až po zahájení daňového řízení.

Z toho plyne, že potřebné informace lze získávat nejen v průběhu případné daňové kontroly, ale lze je mít pokud možno shromážděné už předem. V případě daňové kontroly v oblasti převodních cen tak lze zabránit neúměrnému protahování probíhající kontroly, které nastane v okamžiku, kdy není k dispozici dostatek informací a tyto musí být teprve zjištěny, a to většinou formou dožádání u jiného finančního úřadu nebo, pokud existuje příslušná Smlouva, u zahraniční daňové správy.

V případě, že správce daně učiní zjištění, že tuzemský daňový subjekt (tuzemský sdružený podnik) snížil základ daně tím, že v transakci mezi ním a zahraničním ekonomicky či personálně spojeným subjektem (zahraničním sdruženým podnikem) byly uplatněny ceny, které se liší od cen "obvyklých" na trhu, čili od cen, které by byly sjednány mezi nezávislými subjekty (podniky), a tento daňový subjekt nedoloží rozdíl mezi cenou "obvyklou" a cenou, za kterou byla předmětná transakce uskutečněna, přistoupí správce daně ke zjištění ceny "obvyklé" a k následné úpravě základu daně z příjmů. Zjištěný rozdíl a z něho plynoucí zvýšení základu daně správce daně musí precizně zdůvodnit a prokázat⁷. V činnosti správce daně je možno si představit fungování zjišťování tržních principů tak, že správce daně má povinnost upravit základ daně poplatníka, zjistí-li rozdíl mezi cenami sjednanými v řízených transakcích a cenami sjednanými mezi nezávislými subjekty. Z uvedeného vyplývá, že správce daně má tudíž povinnost nalézt resp. spočítat cenu obvyklou, která je v souladu s principem tržního odstupu. K nalezení ceny obvyklé má správce daně k dispozici stejné prostředky jako poplatníci, tj. metody zakotvené ve Směrnici OECD.

Z uvedeného tedy shrnu-li toto vyplývá, že v první fázi dokazování v kauze převodních cen leží břemeno důkazní dle ust. § 31 odst. 9 ZSDP na daňovém subjektu a správce daně tak využívá svého oprávnění, aby mohl vyzvat daňový subjekt, aby prokazoval skutečnosti, které tento uváděl ve svém daňovém přiznání. Teprve v případě, že daňovým subjektem nebudou jeho tvrzení řádně zdůvodněna a správce daně bude (respektive bude čím dál více) přesvědčen o tom, že se jedná o neobvyklé ceny mezi kapitálově či jinak spojenými osobami, přeneseme se důkazní břemeno na něj, a to skrze nutnosti zjištění spojenosti osob, stanovení ceny obvyklé - tržního odstupu - tedy aplikace k tomu určených metod. Vnitrostátní správce daně tedy začne

⁷ viz čl. 1.2. Směrnice OECD

svoji aktivní dokazovací rovinu tím, že definuje spojené osoby a problém převodních cen. Při zdůvodnění zjištěných rozdílů ve zprávě o daňové kontrole je pak závěr správce daně opřen o to, že daňový subjekt jednal v rozporu se zněním článku 9 Smlouvy či § 23 odst. 7 ZDP. Jak jsem již uvedl, samotné užití institutu zákazu zneužití práva, není ničím popřeno, naopak je jistě uchopitelné.

III. B. ŘÍZENÍ O ZÁVAZNÉM POSOUZENÍ

Procesní institut, který byl vpuštěn do ZSDP⁸ s účinností od 1.1.2004, který se dále opírá o ust. § 38nc ZDP - stran zkoumané problematiky.

Tento procesní institut spočívá v možnosti, že daňový subjekt je oprávněn požádat místně příslušného správce daně o vydání rozhodnutí o závazném posouzení daňových důsledků, které pro něj vyplynou z daňově rozhodných skutečností již nastalých nebo očekávaných, v případech stanovených zvláštním daňovým zákonem, a to s přípuštěním jeho další závaznosti pro daňové řízení v případě, nedojde-li ke změně podstatných okolností. Je pravdou, že tento institut je často zmiňován právě ve vztahu k převodním cenám.⁹ Nicméně realita se má tak, že i přes úplatnost mnohdy pro daňový subjekt výhodnou je řízení stran tohoto institutu využíváno velmi zřídka, například v případě Finančního ředitelství v Brně to znamená a obnáší či obnášelo v roce 2008 celkem 14 žádostí, z toho 11 týkajících se posouzení eventuality převodních cen, v roce 2009 17 ku 11 a v roce 2010 zatím 9 žádostí z toho 4 týkajících se posouzení eventuality převodních cen. Je třeba pro úplnost dodat, že řízení o závazném posouzení je recipováno i do nové, přicházející právní úpravy obsažené v z. č. 280/2009 Sb., daňový řád, konkrétně pak do ust. § 132 a následujícího citovaného nového procesního předpisu. Závěrem musím zmínit, že podle nového daňového řádu je na řízení o závazném posouzení pohlíženo jako na samostatné řízení, krom tedy řízení nalézacího, řízení při placení daní, v řízení o mimořádných a dozorčích prostředcích a dalších postupů.

IV. MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE

Směrnice Rady 77/799/EHS ze dne 19. prosince 1977, o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní a daní z pojistného byla do českého právní řádu implementována prostřednictvím **zákona č. 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní** a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen o ZOMP). ZOMP umožňuje mezinárodní

⁸ § 34b ZSDP.

⁹ někteří autoři jdou tak daleko, že se dokonce stran úplaty za zajištění tohoto institutu zamýšlejí nad "cenou" převodních cen. Viz Francírek, F. Cena převodních cen. IN. webové stránky VŠE v Praze.

spolupráci i s nečlenským státem Evropských společenství¹⁰. Tato však může být realizována **zásadně jen na základě mezinárodní smlouvy**¹¹.

Směrnice je implementována prakticky doslovně a ZOMP tak ukládá členským státům povinnost respektovat **tři druhy výměny informací**:

- na dožádání,
- pravidelnou,
- spontánní¹²

Dále pak slouží vůbec k tomu vyhodnocení, zda je třeba provést kontrolu, dále i k získání podkladů ke kontrole, čemuž slouží podněty od jiných finančních úřadů a v případě nadnárodních podniků jsou to hlavně podněty poskytované v rámci mezinárodní výměny informací. Na základě ustanovení čl. 26 Modelové smlouvy jsou poskytovány daňovými správami smluvních států informace o daňových subjektech, které lze v daňovém řízení bezpochyby využít.

V případě daňové kontroly v oblasti převodních cen u nadnárodních podniků jsou nejdůležitější podklady získané od daňových správ zemí, kde sídlí další členové nadnárodních skupin. Základem k získání potřebných údajů je systém mezinárodní výměny informací. Tento systém je založen na principech obsažených v příslušných Smlouvách, konkrétně v čl. 26 Modelové smlouvy. Na základě tohoto článku mohou být informace vyžádány pro konkrétní případy u daňové správy smluvního státu, pro některé případy může být ujednána pravidelná výměna informací, stejně tak mohou být poskytovány spontánní informace, které daňové správy samy zjistily v rámci svého daňového řízení. Takový postup je podložen také přijetím zákona o mezinárodní pomoci, který *”... upravuje postup a podmínky, za kterých orgány České republiky poskytují, požadují nebo přijímají v zájmu zajištění správného vyměření a placení daní mezinárodní pomoc při jejich správě ...”*.

Z. č. 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní, ve znění pozdějších předpisů v ust. §7 umožňuje *”povolit přítomnost pracovníka daňové správy smluvního státu u příslušného orgánu a jeho součinnost s ním ...”*.

Kompetentním orgánem pro provádění mezinárodní spolupráce při správě daní je dle zákona o mezinárodní pomoci Ministerstvo financí nebo jím

¹⁰ v roce 2008 bylo celkem zaznamenáno 1181 žádostí.

¹¹ cit. Rozehnal, T., Jeroušek, D. ZÁSADA PRIORITY KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA V DAŇOVÉM PRÁVU. Dny práva – 2009. Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1.

¹² viz ust. § 4, 5 a 6 ZOMP.

pověřený správce daně (příslušný orgán). Jakákoliv forma mezinárodní spolupráce (výměna informací, přímá spolupráce, atd.) nemůže být prováděna bez vědomí a součinnosti s tímto příslušným orgánem. Jakékoliv informace, které správce daně získá v rozporu s platnými mezinárodními smlouvami či zákony, nemohou být použity jako důkazní prostředek v daňovém řízení.¹³

Samostatnou oblastí pak jsou a budou tzv. MLC - Multilateral Controls, tj. časově souběžné kontroly prováděné ve stejnou dobu ve dvou či více členských státech EU, jakkoli se využívají zejména stran spolupráce hlavně v oblasti DPH.

V neposlední řadě je nutno zmínit program Amadeus, což je de facto databáze finančních údajů evropských společností, jedná se o produkt belgické společnosti Bureau van Dijk.

V. PRINCIP TRŽNÍHO Odstupu

Princip tržního odstupu je definován v čl. 9 Modelové smlouvy OECD o zamezení dvojího zdanění a také v kapitole I Směrnice OECD o převodních cenách. V tomto článku jsou taktéž definovány **sdružené podniky**. Jsou to podniky jednoho smluvního státu, které se podílejí přímo nebo nepřímo na vedení, kontrole nebo majetku podniku dalšího smluvního státu, říkáme, že to jsou subjekty ekonomicky nebo personálně spojené. Jako významné se pak jeví vysvětlit praktickou aplikaci principu tržního odstupu při zdaňování řízených přeshraničních transakcí nadnárodních podniků, kdy daňová správa stanovuje daňový základ těmto spřízněným osobám, a to tak, že používá metody pro stanovení cen dle principu tržního odstupu. Tyto řízené neboli kontrolované transakce jsou srovnávány s transakcemi nekontrolovanými neboli nezávislými, takové srovnání lze ale provádět pouze u stejných nebo podobných transakcí provedením přiměřených úprav faktorů, způsobujících cenový rozdíl.

V této oblasti jsou největším problémem, a to u všech států, často neexistující srovnatelné nezávislé transakce (jelikož mnohé transakce mezi sdruženými podniky jsou velmi specifické), případně se zde projevuje zřejmý nedostatek informací o srovnatelných transakcích a podmínkách, tak dále různé administrativní překážky.

Významné místo při aplikaci principu tržního odstupu pak tvoří srovnávací analýza, která slouží ke stanovení cen obvyklých dle tohoto principu. Základem srovnání je **5 základních faktorů**, které je nutné porovnat pro stanovení výše uvedené ceny :

¹³ k tomu dále viz pokyn D - 258

- jde o charakteristiku produktů nebo služeb (fyzické vlastnosti, kvalita, kvantita, spolehlivost a dostupnost produktů a původ a rozsah služeb). Někdy také označované jako **vlastnosti majetku a služeb** a tyto se dále zkoumají ve vztahu hmotnému majetku a zboží, kde se posuzuje jejich kvalita, objem nabídky na trhu, dostupnost na trhu a spolehlivost a vlastnosti nehmotného majetku, kde se posuzuje forma transakce (např. jde-li o poskytnutí či prodej licence), předpokládané zisky, délka a stupeň ochrany, typ majetku (patent, obchodní známka, know-how).¹⁴
- funkční analýzu (vychází z vzniklých nákladů a uvažovaného rizika,
- smluvní podmínky (stanovují rozdělení zisku, rizika a odpovědnosti),
- ekonomické souvislosti (týkajících se situace na konkrétním trhu – geografické umístění, velikost trhu, kupní síla, konkurence)
- podnikatelská strategie (průnik nového produktu nebo služby na trh, apod.).

Princip tržního odstupu dle ZDP ust. §23 odst. 7 je vymezen tak, že „*Liší-li se ceny sjednané mezi spojenými osobami od cen, které by byly sjednány mezi nezávislými osobami v běžných obchodních vztazích za stejných nebo obdobných podmínek, a není-li tento rozdíl uspokojivě doložen, upraví správce daně základ daně poplatníka o zjištěný rozdíl; nelze-li určit cenu, která by byla sjednávána mezi nezávislými osobami v běžných obchodních vztazích za stejných nebo obdobných podmínek, použije se cena zjištěná podle zvláštního právního předpisu*“.

Princip tržního odstupu dle OECD Směrnice o převodních cenách pro nadnárodní podniky a daňové správy je pak definován tak, že „*Jsou-li mezi dvěma podniky v jejich obchodních nebo finančních vztazích stanoveny podmínky, nebo jim jsou uloženy, které se liší od těch, které by existovaly mezi nezávislými podniky, pak jakékoliv zisky, kterých by dosáhl jeden z podniků, kdyby nebylo těchto podmínek, avšak z důvodu těchto podmínek jich nedosáhl, mohou být zahrnuty do zisků tohoto podniku a následně zdaněny*“.

¹⁴ cit. Pečenková, L. Metodická směrnice firmy AUDIT ÚČETNICTVÍ, s.r.o. TRANSFER PRICING – PŘEVODNÍ CENY, Brno. 2010.

VI. METODY PRO ZJIŠTĚNÍ PŘEVODNÍCH CEN

Mezi metody pro zjištění cen dle principu tržního odstupu patří tradiční transakční metody a transakční ziskové metody. Tradiční metody jsou jednoznačně preferovány pro své jednodušší použití. Tyto metody jsou popsány ve Směrnici OECD.

VI. A. TRADIČNÍ TRANSAKČNÍ METODY

Jak výše uvedeno, jsou chápány jako jednodušší, v zásadě porovnávají ceny v nezávislých a řízených transakcích a řadíme mezi ně :

a) Metodu srovnatelné nezávislé ceny (CUP), která je založena na tom, že srovnává cenu účtovanou za majetek nebo služby poskytované v řízené transakci s cenou účtovanou za majetek nebo služby poskytované ve srovnatelné nezávislé transakci za srovnatelných okolností. Mezi její nevýhody patří to, že je zpravidla problematické nalézt transakci mezi nezávislými podniky, která je srovnatelná s řízenou transakcí tak, že neexistují rozdíly s podstatnými dopady na cenu a je také dále poměrně problematické najít srovnatelný výrobek. Výhodou této metody pak je to, že se nejlépe využívá např. u úroků z úvěrů.

b) Metodu ceny při opětovném prodeji (RPM) vychází z ceny, za kterou je produkt nakoupený od sdruženého podniku prodán nezávislému podniku. Tato cena je snížena o hrubé rozpětí (částka, z které opětovný prodejce pokryje své prodejní a ostatní provozní náklady a dosáhne přiměřeného zisku. Je nutno říci, že její nevýhodou je, že databáze správců daně zpravidla neobsahují informace o nákladech na prodané zboží a tudíž není možné stanovit hrubé rozpětí. Tato metoda se nejlépe využívá v případě marketingové operace, tj. podnik od spřízněného podniku nakupuje zboží nebo služby, dále je nezpracovává, pouze je dále prodává nespřízněnému podniku či u zprostředkovatelské činnosti, neboť není kladen takový nárok na srovnatelnost produktů jako u metody CUP

c) Metodu nákladů a přírážky (CPM) vychází z nákladů, které má dodavatel v řízené transakci na majetek nebo služby poskytované sdruženému podniku. K těmto nákladům je pak přičtena příslušná přírážka závislého dodavatele. Její výhodou a mezí užitelnosti pak je to, že není kladen takový nárok na srovnatelnost produktů jako u metody CUP a metoda je použitelná v případech, kdy posuzovaná společnost vykonává pouze jednu činnost, ke které se váží její náklady a výnosy.

VI. B. ZISKOVÉ TRANSAKČNÍ METODY

Použití těchto metod je složitější, ale ve světě jsou běžně využívány. Od tradičních metod se liší tím, že srovnávaným faktorem je zisk skupiny podniků, příp. čisté ziskové rozpětí a nikoliv cena transakce nebo hrubé ziskové rozpětí, jsou jimi :

a) Metoda rozdělení zisku (PSM) zkoumá zisky, které plynou z řízených transakcí.

Nejprve je identifikován zisk sdružených podniků z řízených transakcí, který má být rozdělen a následně se tyto zisky rozdělí mezi podniky na ekonomicky platném základě – zásluhy podniků jsou stanoveny pomocí funkční analýzy. Jelikož se posuzují obě strany transakce, je tedy méně pravděpodobné, že by se jedné ze stran přiřadil extrémní zisk. Tato metoda se používá zejména ohledně výroby hi-tech produktů s mnoha rozličnými vstupy a užitím výsledků výzkumu a vývoje.

b) Transakční metoda čistého rozpětí (TNMM) zkoumá čisté ziskové rozpětí ve vztahu k příslušnému základu - porovnává finanční ukazatele související s řízenou transakcí s finančními ukazateli souvisejícími se srovnatelnou nezávislou transakcí (např. ziskovost, rentabilitu k nákladům, k prodeji, apod.) TNMM funguje obdobně jako metoda ceny při opětovném prodeji nebo metoda nákladů a přírážky. Zásadní výhodou této metody je však to, že pro stanovení převodní ceny není potřeba analyzovat obě strany transakce.

VII. PŘEVODNÍ CENY A NEPŘÍMÉ ZDANĚNÍ

V úvodu této závěrečné pasáže bych rád předeslal, že se záměrně nezabývám navrženou novelizací ZDPH, tedy ust. § 109 citovaného zákona, kde by mohlo být upraveno ručení pro účely správy DPH, které by stanovilo, že *plátce, pro kterého je zdanitelné plnění uskutečněno, ručí za nezaplacenou daň z tohoto plnění, pokud je úplata za toto zdanitelné plnění bez ekonomického opodstatnění zjevně odchylná od obvyklé ceny.*¹⁵

Je zřejmé, že spojené osoby mohou vhodným nastavením převodních cen ovlivnit nejen výši daní z příjmů, ale také výši nepřímých daní (DPH) a clo. Cena sjednána v mezinárodní transakci mezi spojenými osobami je určující jak pro stanovení výše přímých daní (náklad resp. výnos), tak pro určení cla (celní hodnota) a DPH (plnění).¹⁶ Zde je vhodné a nutné opět zmínit ust. § 36a ZDPH, který obsahuje a normativně vymezuje institut ceny obvyklé pro účely tohoto předpisu a je tedy primárním vnitrostátním pramenem práva v relevanci ke zkoumané problematice.

Rozdíly v pohledu DPPO a DPH pak spočívají zejména v následující :

¹⁵ Z důvodové zprávy k této novele pak dále vyplývá, že pokud je úplata za plnění výrazně odlišná od ceny obvyklé na trhu, je na plátcí, aby v případě nezaplacení daně jeho dodavatelem doložil ekonomické opodstatnění této odchylky. Pokud se tak nestane, může být po něm nezaplacená daň správcem daně požadována.

¹⁶ Například tomu tak může být při importu zboží.

a) právní úprava - zatímco daň z příjmů právnických osob (také jen DPPO) pracuje se Směrnicí o převodních cenách pro nadnárodní podniky a daňové správy, oproti tomu DPH pracuje se Směrnicí o společném systému daně z přidané hodnoty.

b) rozdíl v objektu daně - u DPPO zisky a u DPH spotřeba.

c) DPPO se zaměřuje zejména na náležitosti dokumentace¹⁷, pro DPH jsou zásadnější fakturační podmínky.

d) DPPO pracuje s principem tržního odstupu, DPH spíše s cenou obvyklou na běžném (otevřeném) trhu.

Dále zde samozřejmě existují rozdíly v konceptu stálé provozovny pro účely té, které daně a vůbec metody a způsobu stanovení daně.

I přesto však pravidla pro účely DPH nejsou mnohdy schopna postihnout skutečný obsah transakcí. Projevuje se zde stále silnější potřeba ze strany správců daně posoudit výši plnění z hlediska dopadu na DPH, což sebou přinesly rozsáhlé podnikatelské struktury zahrnující různé společnosti v různých zemích. Mnohdy se pak jedná o různá ujednání o podílení se na nákladech a v neposlední řadě přicházející stále častější a složitější restrukturalizace nadnárodních podniků.

Jak jsem uvedl v úvodu za pramen práva a také aplikační předpoklad je stran zkoumané problematiky nutno zmínit Článek 80 odst. 1 Směrnice o společném systému daně z přidané hodnoty 2006/112/EHS, kde se stanoví, že *za účelem zabránění daňovým únikům nebo vyhýbání se daňovým povinnostem mohou členské státy přijmout opatření, aby při dodání zboží nebo poskytnutí služby osobě, s níž má osoba povinná k dani rodinné nebo jiné úzké osobní vazby, organizační vazby a vlastnické, členské, finanční nebo právní vazby, jak je vymezují členské státy, byla základem daně obvyklá cena,*

a) je-li protiplnění nižší než obvyklá cena a pořizovatel nebo příjemce není oprávněn k plnému odpočtu daně

b) je-li protiplnění nižší než obvyklá cena, dodavatel či poskytovatel není oprávněn k plnému odpočtu daně a na dodání nebo poskytnutí se vztahuje osvobození

c) je-li protiplnění vyšší než obvyklá cena a dodavatel nebo poskytovatel není oprávněn k plnému odpočtu daně.

Článek 72 dále stanoví, že pro účely citované směrnice se *"obvyklou cenou"* rozumí *celá částka, kterou by za účelem získání dotyčného zboží nebo dotyčné služby musel pořizovatel nebo příjemce nacházející se na stejném obchodním stupni, na jakém se dodání zboží nebo poskytnutí služby uskutečňuje, zaplatit v podmínkách volné hospodářské soutěže nezávislému dodavateli nebo poskytovateli na území členského státu, v němž je uvedené*

¹⁷ k tomu dále viz Sobotková, V. a Solilová, V. Dokumentace k převodním cenám v Evropské unii a České republice. In. Daně a právo. 10/2010 str. 25 an.

plnění předmětem daně, aby v daném okamžiku dotyčné zboží pořídil nebo službu přijal.

VIII. ZÁVĚR

Jak jsem uvedl v úvodu, bylo cílem tohoto článku přiblížit pohled na převodní ceny, respektive cenu obvyklou nazíráno optikou cíle sekce v níž je prezentován, tedy spolupráce daňových správ. Cílem také bylo podat ucelený pohled na zkoumanou problematiku právníma očima, tj. zejména vymezením a zachycením pramenů práva a významu zkoumaných institutů pro procesní řízení (daňové) vedené správcem daně. Pokusil jsem se taktéž srovnat právní úpravu daní přímých a nepřímých, opět nahlíženo optikou předmětu zkoumání tohoto článku.

Literature:

- Kubátová, K.: Daňová teorie a politika, Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2000.
- Francírek, F. : Fenomén převodních cen, Praha : Sborník, 2001
- Francírek, F. : Cena převodních cen, Praha : web VŠE
- Kobík, J. : Správa daní a poplatků s komentářem, Olomouc : ANAG, 2008. ISBN 978-80-7263-459-0.
- Pečenková, L. Metodická směrnice firmy AUDIT ÚČETNICTVÍ, s.r.o. TRANSFER PRICING – PŘEVODNÍ CENY, Brno: 2010.
- Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo, Brno: Doplněk, 2008, ISBN 978-80-7239-230-8.
- Rambousek, J. Nový zákon o DPH - komentář, Praha: ASPI, 2004, ISBN 80-7357-07-33.
- Sobotková, V. a Solilová, V. Dokumentace k převodním cenám v Evropské unii a České republice. In. Daně a právo č. 10/2010, str. 25 an.
- Jeroušek, D. ZÁSADA ZÁKAZU ZNEUŽITÍ PRÁVA V DAŇOVÉM ŘÍZENÍ - SPRÁVA DPH COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010, ISBN 978-80-210-5151-5.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- Rozehnal, T., Jeroušek, D. ZÁSADA PRIORITY KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA V DAŇOVÉM PRÁVU. Dny práva – 2009. Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1.

Contact – email
jerousek@email.cz

DAŇOVÉ PŘÍJMY VEŘEJNÝCH ROZPOČTŮ A JEJICH SPRÁVA

MICHAL KOZIEL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá problematikou příjmů veřejných rozpočtů a jejich správou. Zaměřuje se především na daňové příjmy, které reprezentují jeden z hlavních příjmů veřejných rozpočtů. Na začátku jsou definovány základní pojmy, jako např. správa daně, rozpočtové určení daně, veřejný rozpočet aj. Dále se příspěvek věnuje zejména problematice rozpočtového určení daní, daňovým příjmům veřejných rozpočtů se zaměřením na celostátní úroveň a dále také na jejich správu prováděnou orgány daňové a celní správy v porovnání s jinými evropskými zeměmi.

Key words in original language

Daň; rozpočtové určení daně; veřejný rozpočet; daňový příjem; správa daně.

Abstract

This contribution deals with the revenue of public budgets and their administration. It focuses mainly on tax revenues, which represent one of the major revenue of public budgets. At the beginning, author tries to define basic terms such as tax administration, budgetary allocation of taxes, public budget, etc. In addition, it concerns mainly on the issue of tax assignment, tax incomes of public budgets, focusing on the national level as well as on their management by the authorities of tax and customs administration in comparison with other European countries.

Key words

Tax; budgetary allocation of taxes; public budget; tax revenue; tax administration.

Úvod

V hospodaření soukromém jsou východiskem příjmy, zatímco v hospodaření s veřejnými prostředky jsou východiskem vždy výdaje. Avšak ani příjmy veřejných rozpočtů zde nehrají "druhé housle" a mají zásadní vliv na formování jednotlivých politik státu. Příkladem toho budiž současný stav v době krize, kdy došlo k razantnímu výpadku na straně příjmové, který má vliv na to, že dochází ke změnám struktury výdajů veřejných rozpočtů.

Cílem tohoto článku je zjistit a popsat situaci ohledně daňových příjmů veřejných rozpočtů a zároveň prozkoumat, jak probíhá správa těchto příjmů. Jsme si však vědomi širě tohoto tématu, a proto se snažíme pojmut danou problematiku komplexně s tím, že jednotlivé dílčí otázky, které

vyvstanou po přečtení tohoto článku, budou zodpovězeny v jiných pojednáních, příp. s využitím podrobného studia zdrojů, jejichž seznam je součástí našeho příspěvku.

Následující text se věnuje nejprve pojmu veřejného rozpočtu, dále pak klasifikuje veřejné příjmy podle různých kritérií do několika kategorií, aby následně mohl stanovit, které příjmy jsou příjmem toho kterého veřejného rozpočtu. Druhá část textu obsahuje gro zkoumané problematiky, tedy definici daňových příjmů veřejných rozpočtů, jejich správu a nakonec krátké pojednání o rozpočtovém určení daní.

Pojem veřejných rozpočtů

Hovořit o daňových příjmech veřejných rozpočtů nelze bez toho, aniž bychom definovali, co to vlastně veřejný rozpočet je. Vymezení pojmu „veřejný rozpočet“ je v našem právním řádu pouze teoretické, neboť neexistuje legální definice obsažená v zákoně a zákon ani tento pojem nepoužívá.¹ Veřejný rozpočet je tedy možné pojímat buď jako peněžní fond, nebo jako bilanci, která bilancuje příjmy a výdaje. V případě veřejného fondu jako peněžního fondu jsou prostředky v něm přerozdělovány na principu nenávratnosti, neekvivalence a nedobrovolnosti. Pokud hovoříme o rozpočtu jako o bilanci, máme na mysli bilancování běžných a kapitálových příjmů a výdajů. Kromě toho může být veřejný rozpočet chápán rovněž jako finanční plán na určité rozpočtové období, nástroj rozpočtové politiky, nástroj stabilizační fiskální politiky státu, nástroj politiky sociálně ekonomického rozvoje obce a kraje a v neposlední řadě také jako nástroj řízení veřejného sektoru.²

Pojmem ekvivalentním k pojmu veřejné rozpočty je pojem rozpočtová soustava. Rozpočtová soustava ve svém nejširším pojetí představuje „souhrn všech rozpočtů v oblasti veřejných financí a poté se skládá z jednotlivých článků (veřejných rozpočtů).“³ Plzeňská učebnice definuje rozpočtovou soustavu také jako soustavu veřejných rozpočtů a soustavu rozpočtových vztahů uvnitř rozpočtové soustavy, kdy se jednotlivé rozpočty považují za články rozpočtové soustavy.⁴ Rozpočtová soustava může být ale pojímána také jako souhrn rozpočtových orgánů a institucí, které rozdělují a hospodaří s veřejnými prostředky.⁵ My v tomto článku budeme dále používat rozpočtovou soustavu v prvním, širším pojetí.

¹ Jánošíková, P., Mrkývka, P., Tomažič, I. Finanční a daňové právo. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 77.

² Srov. Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M. Veřejná správa a finance veřejného sektoru. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 212-220.

³ Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 91.

⁴ Jánošíková, P., Mrkývka, P., Tomažič, I. Finanční a daňové právo. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 77.

⁵ Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 91.

Rozpočtovou soustavou tedy chápeme jako soustavu veřejných rozpočtů, mezi které řadíme (na základě platné právní úpravy):⁶

- Státní rozpočet,
- Střednědobý výhled státního rozpočtu,
- Střednědobý výdajový rámec,
- Státní finanční aktiva a pasiva,
- Rozpočty organizačních složek státu,
- Rozpočty příspěvkových organizací zřízených organizačními složkami státu,
- Rozpočty zdravotních pojišťoven,
- Rozpočty územních samosprávných celků,
- Rozpočty dobrovolných svazků obcí,
- Rozpočty statutárních měst,
- Rozpočet hlavního města Prahy,
- Rozpočty právnických osob zřízených nebo zakládaných územními samosprávnými celky,
- Rozpočty státních fondů,
- Rozpočet Evropské unie.

Jak je vidno z předchozího výčtu, je možné kromě konkrétních „hlavních“ veřejných rozpočtů (v užším pojetí) do rozpočtové soustavy řadit také veřejné rozpočty, které jsou součástí určitého veřejného rozpočtu nebo jsou na veřejné rozpočty napojeny (např. rozpočty organizačních složek státu, rozpočty příspěvkových organizací, školských právnických osob, veřejných výzkumných institucí napojených na státní či místní rozpočty atd.).

Základním pramenem pro stanovení příjmů veřejných rozpočtů jsou zákony. V případě státního rozpočtu se jedná o Zákon o rozpočtových pravidlech⁷. Pokud budeme hovořit o příjmech rozpočtů územních samosprávných celků, musíme vycházet ze zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů⁸. Příjmy státních fondů jsou stanoveny konkrétně v zákonech zřizujících jednotlivé státní fondy⁹. Konečně příjmy

⁶ Viz Jánošíková, P., Mrkývka, P., Tomažič, I. Finanční a daňové právo. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 77-78 a Mrkývka, P., Pařízková, I., Základy finančního práva. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 155.

⁷ Zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

⁸ Zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů.

⁹ § 28 Zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se Zákonem č. 256/2000 Sb., o Státním zemědělském intervenčním fondu, ve znění

rozpočtu Evropské unie stanoví bezprostředně aplikovatelný sekundární právní akt, kterým je nařízení o souhrnném rozpočtu Evropské unie¹⁰.

Klasifikace příjmů veřejných rozpočtů

Příjmy veřejných rozpočtů, nebo tzv. „veřejné příjmy“, jsou příjmy, které plynou do veřejných rozpočtů.¹¹ Mezi potencionální zdroje veřejných rozpočtů počítáme příjmy¹²:

- z vlastního hospodaření a z využívání veřejného majetku,
- ze zdanění,
- z poplatků a ostatních plateb ve prospěch veřejných rozpočtů.
- z pronájmu nebo prodeje veřejného majetku

Výše vyjmenované druhy příjmů považuje teorie finančního práva za typické veřejné příjmy, protože se u nich projevuje **princip nenávratnosti**¹³. Jedná se o příjmy, které plynou do veřejného rozpočtu od různých subjektů.¹⁴ Kromě nich však existují ještě tzv. **návratné příjmy**, tzn. čerpané na určitou dobu, které nejsou typické pro veřejné finance, ale přesto jsou v dnešní době hojně využívány v hospodaření s veřejnými prostředky. Radíme mezi ně zejména:

- termínované vklady¹⁵,
- krátkodobý bankovní úvěr,
- střednědobý a dlouhodobý bankovní úvěr,
- půjčky (od vnitrostátních a zahraničních subjektů),
- emise cenných papírů (krátkodobých státních pokladničních poukázek nebo dlouhodobých státních dluhopisů atd.)

pozdějších předpisů; Zákonem č. 388/1991 Sb., o Státním fondu životního prostředí České republiky, ve znění pozdějších předpisů; Zákonem č. 211/2000 Sb., o Státním fondu rozvoje bydlení, ve znění pozdějších předpisů; Zákonem č. 239/1992 Sb., o Státním fondu kultury České republiky, ve znění pozdějších předpisů; Zákonem č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, ve znění pozdějších předpisů; Zákonem č. 241/1992 Sb., o Státním fondu České republiky pro podporu a rozvoj české kinematografie, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰ Nařízení rady (ES, EURATOM) č. 1605/2002 ze dne 25. června 2002, kterým se stanoví finanční nařízení o souhrnném rozpočtu Evropských společenství.

¹¹ Hamerníková, B., Maaytová, A. et al. *Veřejné finance*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 108.

¹² Denek, E. et al. *Finanse publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 1995, s. 31.

¹³ Nebo jak používá Hamerníková a Maaytová, jde o příjmy neúvěrové (Hamerníková, B., Maaytová, A. et al. *Veřejné finance*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 108)

¹⁴ Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M. *Veřejná správa a finance veřejného sektoru*. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 220.

¹⁵ Srov. Denek, E. et al. *Finanse publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 1995, s. 31.

Krátkodobý bankovní úvěr je používán ke krytí krátkodobého deficitu rozpočtu během rozpočtového období, střednědobý a dlouhodobý úvěr slouží zase k financování investic. Většina příjmů je nenávratného charakteru.¹⁶

Třídít příjmy je možné rovněž podle toho, zda se jedná o příjmy opakující se nebo o příjmy jednorázové. Mezi opakující se příjmy (tzv. běžné příjmy) patří především daně, ale také např. příjmy z pronájmu majetku, z podnikání dary atd. Do druhé kategorie, tedy kategorie příjmů jednorázových (nebo také kapitálových) můžeme zařadit např. půjčky, příjmy z privatizace, poplatky a příspěvky z jiného veřejného rozpočtu.¹⁷

Dále můžeme členit příjmy veřejných rozpočtů podle kritéria míry závaznosti na obligatorní (mandatorní, zejména daňové příjmy) a fakultativní (jejich zavedení závisí na rozhodnutí příslušného orgánu veřejné správy). Kromě těchto třídění je možné třídít příjmy veřejných rozpočtů také na příjmy plánované a neplánované, a nakonec na fiskální (příjmy plynou do veřejných rozpočtů v užším pojetí) a parafiskální (příjmy plynou do mimorozpočtových fondů, např. v případě povinného veřejného zdravotního pojištění).¹⁸

Příjmy jednotlivých veřejných rozpočtů

Pojďme se nyní podívat na jednotlivé příjmy veřejných rozpočtů v rámci České republiky. Základním a nejdůležitějším článkem soustavy veřejných rozpočtů v České republice je státní rozpočet. Příjmy státního rozpočtu tvoří výnosy daní, včetně příslušenství, pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti a pojistné na úrazové pojištění včetně penále, výnosy z podílů na clech, příjmy z činnosti organizačních složek státu a odvody příspěvkových organizací, odvod zbývajícího zisku České národní banky, sankce za porušení rozpočtové kázně, správní a soudní poplatky, úhrady spojené s realizací státních záruk, příjmy z prodeje a pronájmu majetku České republiky, splátky návratných finančních výpomocí poskytnutých ze státního rozpočtu, peněžní dary, výnosy z majetkových účastí státu, výnosy z cenných papírů, penále za neoprávněně použité nebo zadržené prostředky poskytnuté z Národního fondu, pokuty a další příjmy stanovené zákony.¹⁹

Mezi příjmy krajů a obcí počítáme zejména příjmy z vlastního majetku a majetkových práv, příjmy z výsledků vlastní činnosti, příjmy

¹⁶ Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M. Veřejná správa a finance veřejného sektoru. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 220.

¹⁷ Srov. Hamerníková, B., Maaytová, A. et al. Veřejné finance. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 108, a Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M. Veřejná správa a finance veřejného sektoru. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 220-221.

¹⁸ Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M. Veřejná správa a finance veřejného sektoru. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 223-224.

¹⁹ Viz § 6 odst. 1 Zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

z hospodářské činnosti organizace, kterou zřídil nebo založil kraj, resp. obec, příjmy ze správní činnosti včetně příjmů z výkonů státní správy (správní poplatky, pokuty, u obcí rovněž odvody), výnosy daní nebo podíly na nich, dotace ze státního rozpočtu a státních fondů, přijaté peněžité dary a příspěvky, 50% podíl na správním poplatku za vydané povolení k provozování výherních hracích přístrojů, prostředky poskytnuté prostřednictvím Národního fondu atd.²⁰ Kraj a obec mohou k úhradě svých potřeb použít rovněž návratných zdrojů (smluvně zabezpečenou půjčku, úvěr, návratnou finanční výpomoc nebo výnos z prodeje komunálních dluhopisů územního samosprávného celku).²¹ Příjmem rozpočtu obce je dále výnos z místních poplatků podle zákona č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích a také dotace z rozpočtu kraje.²²

Od roku 2004 je Česká republika členským státem Evropské unie, proto i rozpočet Evropské unie patří do soustavy veřejných rozpočtů v ČR. Pro financování výdajů Evropských společenství je možné použít tyto příjmy²³:

- Finanční příspěvky členských států,
- Úroky z vkladů a pokuty stanovené v nařízení o urychlení a vyjasnění postupu při nadměrném schodku,
- Příjmy určené na zvláštní účely,
- Příspěvky třetích zemí nebo různých subjektů na činnost Společenství,
- Příjmy od třetích osob za dodávky zboží, poskytnutí služeb nebo stavební práce provedené na jejich žádost,
- Příjmy plynoucí z náhrady částek vyplacených bez právního důvodu,
- Výnosy z dodávek zboží, poskytnutí služeb a prací ostatním orgánům nebo subjektům,
- Přijaté platby pojistného plnění,
- Příjmy z plateb spojených s pronájmem,
- Příjmy z prodeje tiskovin a filmů.

²⁰ §§ 7 a 8 Zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Viz § 7 odst. 4 (resp. § 8 odst. 4) ve spojení s § 4 odst. 5 písm. b Zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů.

²² § 7 odst. 1 písm. e) Zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů.

²³ Článek 18 Nařízení rady (ES, EURATOM) č. 1605/2002 ze dne 25. června 2002, kterým se stanoví finanční nařízení o souhrnném rozpočtu Evropských společenství.

Posledním článkem soustavy veřejných rozpočtů jsou státní fondy. V českém právním řádu je v současné době zřízeno šest státních fondů²⁴, z nichž každý má hned několik druhů příjmů, které může následně využívat na účely stanovené v zákoně zřizujícím konkrétní státní fond. Mezi nejčastější příjmy státního fondu patří dotace ze státního rozpočtu, poplatky podle zvláštních zákonů,²⁵ podíly na výnosu daní, pokuty, penále, úroky z vkladů, dary a dědictví, příspěvky z evropské komise aj.²⁶

Definice daňového příjmu

Daňové příjmy tvoří nejvýznamnější část příjmů veřejných rozpočtů. Téměř 90 % všech příjmů veřejných rozpočtů jsou právě příjmy daňové povahy.²⁷ Zdaněním v tomto případě rozumíme převzetí části příjmů (nebo majetku), jež vznikly v důsledku jednání jednotlivých subjektů na trhu.²⁸ Rozlišujeme dvě pojetí daně, a to daň sensu largo a daň sensu stricto. Daní sensu largo rozumíme daně, poplatky, odvody, zálohy na tyto příjmy a odvody za porušení rozpočtové kázně, které jsou příjmy státního rozpočtu, rozpočtů územních samosprávných celků nebo státních fondů nebo Národního fondu.²⁹ Daň sensu stricto naopak finanční teorie chápe jako povinnou, zákonem předem sazbou stanovenou částku, kterou se více méně pravidelně odčerpává na nenávratném principu část nominálního důchodu ekonomického subjektu ve prospěch veřejného peněžního fondu.³⁰

Daňovou soustavu tvoří souhrn daní platných v daném státě. V rámci daňové soustavy se daně třídí podle různých hledisek, např. podle předmětu (daně majetkového a důchodového typu), podle subjektu (daně fyzických osob, korporací, účastníků konsorcií, domácností), podle způsobu placení daně (daně srážkové a deklarované). Nejčastěji se však daně rozdělují podle

²⁴ Státní fond dopravní infrastruktury, Státní fond rozvoje bydlení, Státní fond životního prostředí České republiky, Státní zemědělský intervenční fond, Státní fond České republiky pro podporu a rozvoj české kinematografie, Státní fond kultury České republiky.

²⁵ Např. příjmy Státního fondu životního prostředí České republiky tvoří poplatky za vypouštění odpadních vod do vod povrchových, poplatky za vypouštění škotlivých látek do ovzduší, poplatky podle zákona o odpadech atd. (viz dále § 2 odst. 1 Zákona č. 388/1991 Sb., o Státním fondu životního prostředí České republiky, ve znění pozdějších předpisů).

²⁶ Srov. § 6a Zákona č. 256/2000 Sb., o Státním zemědělském intervenčním fondu, ve znění pozdějších předpisů; § 2 Zákona č. 388/1991 Sb., o Státním fondu životního prostředí České republiky, ve znění pozdějších předpisů; § 2 Zákona č. 211/2000 Sb., o Státním fondu rozvoje bydlení, ve znění pozdějších předpisů; § 7 Zákona č. 239/1992 Sb., o Státním fondu kultury České republiky, ve znění pozdějších předpisů; § 4 Zákona č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, ve znění pozdějších předpisů a § 7 Zákona č. 241/1992 Sb., o Státním fondu České republiky pro podporu a rozvoj české kinematografie, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷ Hamerníková, B., Maaytová, A. et al. *Veřejné finance*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 108.

²⁸ Denek, E. et al. *Finanse publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 1995, s. 33.

²⁹ § 1 odst. 1 Zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (Zákon o správě daní a poplatků).

³⁰ Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa*. 2. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 5.

vazby na důchod poplatníka na daně přímé a daně nepřímé.

Mezi daně vyskytující se na území České republiky počítáme daň z příjmu fyzických osob, daň z příjmu právnických osob, daň z přidané hodnoty, daň z nemovitosti, silniční daň, daň dědickou, daň darovací, daň z převodu nemovitostí, daň z minerálních olejů, daň z piva, daň z vína a meziproductů, daň z tabákových výrobků, daň ze zemního plynu a některých dalších plynů, daň z pevných paliv a daň z elektřiny. Do soustavy poplatků patří správní poplatky, soudní poplatky, zvláštní dávky poplatkového charakteru stojící mimo katalog správních poplatků, ekologické poplatky spojené s ochranou životního prostředí a místní poplatky.³¹

Správa daňových příjmů veřejných rozpočtů

Správu daňových příjmů veřejných rozpočtů můžeme rozdělit na správu ve funkčním pojetí a správu v organizačním pojetí. Správou ve funkčním pojetí rozumíme rozdělení správy daně do etap procesu výkonu správy daně. Podle funkčního hlediska tedy dělíme správu daní na registraci daňových subjektů, vyměřování daně a inkasní správu.³² V případě daňových příjmů veřejných rozpočtů sensu largo se při správě postupuje podle Zákona o správě daní a poplatků³³ a od 1.1.2011 nabude účinnosti nová norma, konkrétně Daňový řád³⁴, který nahradí dosavadní úpravu obsaženou v Zákoně o správě daní a poplatků.

Organizačním pojetím správy daně rozumíme soustavu orgánů, které vykonávají správu daní. Pro tyto orgány se používá legislativní zkratka správce daně.³⁵ V rámci správy daňových příjmů veřejných rozpočtů se bude jednat zejména o územní finanční orgány, tedy finanční úřady a finanční ředitelství,³⁶ která jsou správci pro většinu daňových příjmů veřejných rozpočtů. Dále se může jednat o soustavu celních orgánů (celní úřady, celní ředitelství, Generální ředitelství cel),³⁷ které provádějí správu cel, daně z přidané hodnoty při dovozu a spotřebních daní, včetně daní energetických. Správu soudních poplatků vykonávají soudy³⁸, správních poplatků správní úřady příslušné k provedení úkonu³⁹ a místních poplatků

³¹ Viz Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 41-42.

³² Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 2. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 34.

³³ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (Zákon o správě daní a poplatků).

³⁴ Zákon č. 280/2009 Sb., Daňový řád.

³⁵ Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 82.

³⁶ § 2 Zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů.

³⁷ Srov. Zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

³⁸ § 8 Zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

³⁹ § 5 Zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

obce⁴⁰.

Správu odvodů za porušení rozpočtové kázně a penále vykonávají územní finanční orgány podle Zákona o správě daní a poplatků. Při správě penále se uplatní postup, který stanoví zákon upravující správu daní pro úrok z prodlení. Odvod za porušení rozpočtové kázně nebo penále za prodlení s ním může z důvodů hodných zvláštního zřetele zcela nebo zčásti prominout Ministerstvo financí.⁴¹

Rozpočtové určení daní

Stěžejním zákonem, týkajícím se problematiky popisované v tomto příspěvku, je Zákon o rozpočtovém určení daní⁴². Tento zákon určuje, které výnosy daní (podíly na výnosech) směřují do rozpočtu krajů, obcí a Státního fondu dopravní infrastruktury. Všechny ostatní výnosy daní a jejich příslušenství, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak, plynou do státního rozpočtu.⁴³ Cílem Zákona o rozpočtovém určení daní je zajištění fiskální dostatečnosti jednotlivých úrovní rozpočtů územních samosprávných celků a zajištění pokrytí minimálních potřeb obcí a krajů.

Podle toho, zda plyne celý výnos daně (roz. daně sensu stricto) do jednoho veřejného rozpočtu, nebo se výnos mezi jednotlivé veřejné rozpočty poměrně dělí, rozlišujeme daně svěřené a daně sdílené. Výnos svěřených daní plyne celý do rozpočtu obce či kraje. K daním, jejichž celý výnos plyne do rozpočtu obcí, patří daň z nemovitosti a daň z příjmu právnických osob, jejímž poplatníkem je obec. Do rozpočtu kraje plyne celý výnos daně z příjmu právnických osob, jejímž poplatníkem je kraj. Mezi sdílené daně, tedy takové, jejichž výnos se rozděluje mezi jednotlivé veřejné rozpočty v zákonem stanovených poměrech, patří daň z přidané hodnoty, daň z příjmu fyzických osob a daň z příjmu právnických osob, s výjimkou daně, jejímž poplatníkem je obec nebo kraj.⁴⁴

Z ostatních daní, které řadíme mezi daně sensu largo, plynou výnosy do následujících veřejných rozpočtů:

- výnos daně silniční a podíl na celostátním hrubém výnosu spotřební daně z minerálních olejů plyne do Státního fondu dopravní infrastruktury,
- výnos ze cla plyne do státního rozpočtu a rozpočtu Evropské unie,

⁴⁰ Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁴¹ Viz § 44a odst. 8 a 9 Zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

⁴² Zákon č. 243/2000 Sb., o rozpočtovém určení výnosu některých daní územním samosprávným celkům a některým státním fondům (zákon o rozpočtovém určení daní), ve znění pozdějších předpisů.

⁴³ § 6 Zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁴ Srov. Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 211

- výnos z časového poplatku a z mýtného plyne do Státního fondu dopravní infrastruktury,
- výnos z pojistného na sociální zabezpečení plyne do státního rozpočtu,
- výnos z místních poplatků plyne do obecních rozpočtů,
- výnos ze správních poplatků plyne do státního rozpočtu, rozpočtu krajů a obcí,
- výnos z poplatků v životním prostředí plynou do státního rozpočtu, obecního rozpočtu a Státního fondu životního prostředí.⁴⁵

Výnos z daně darovací, daně z převodu nemovitostí a ostatních spotřebních daní plyne celý do státního rozpočtu.

Literature:

- Bakeš, M.: Finanční právo. 5. upr. vyd. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 548, ISBN 978-80-7400-801-6
- Denek, E. et al.: Finanse publiczne. Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 1995, s. 33, ISBN 83-01-11792-3
- Hamerníková, B., Maaytová, A. et al.: Veřejné finance. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 340, ISBN 978-80-7357-497-0
- Jánošíková, P., Mrkývka, P., Tomažič, I.: Finanční a daňové právo. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 525, ISBN 978-80-7380-155-7
- Kosikowski, C.: Finanse publiczne - komentarz. Wyd. 2. Warszawa: LexisNexis, 2006, s. 478, ISBN 83-7334-572-8
- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 248, ISBN 978-80-7179-598-8
- Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa. 2. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 381, ISBN 80-210-3579-X

⁴⁵ Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 216

- Mrkývka, P., Pařízková, I.: *Základy finančního práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 252, ISBN 978-80-210-4514-9
- Peková, J., Pilný, J., Jetmar, M.: *Veřejná správa a finance veřejného sektoru*. 3., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 712, ISBN 978-80-7357-351-5
- Radvan, M. a kol.: *Finanční právo a finanční správa – berní právo*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 509, ISBN 978-80-210-4732-7
- Ruśkowski, E.: *System prawa finansowego – Prawo finansowe sektora finansów publicznych*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010, s. 498. ISBN 978-83-264-0280-7

Contact – email

michal.koziel@law.muni.cz

FINANČNÍ VĚDY A SPRÁVA DANÍ V EVROPSKÉ UNII

LIBOR KYNCL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout krátký výčet možných pohledů na finanční vědy s přihlédnutím ke správě daní v Evropské unii. Bude zmíněno více existujících oblastí vědeckých poznatků týkající se financí obecně, které nejsou částí finančního práva, ale jsou místo toho řazeny do oblasti finančních věd (finance jsou zde brány jako právní vztahy mající peníze jako svůj objekt). Příspěvek identifikuje základní kategorizaci a teoretické koncepty finančních věd. Finanční vědy jsou spojeny se všemi částmi finančního práva, ale tento příspěvek se bude týkat zejména části finančních věd spojené se správou daní v kontextu Evropské unie. Použité metody budou zahrnovat analýzu, deskripci a syntézu teoretických konceptů i praktických aspektů finanční regulace.

Key words in original language

Finanční vědy; správa daní; Evropská unie; právo a ekonomie; finanční regulace.

Abstract

The aim of this paper is to provide a short list of possible views on financial sciences with regard to the tax administration in the European Union. It will mention multiple existing areas of scholarly pieces of knowledge on finance in general that are not a part of financial law but are subsumed into the financial sciences (finance is observed there as a legal relation having money as its object). The paper will identify the basic categorization and theoretical concepts of the financial sciences. The financial sciences are connected to all parts of the financial law but this paper will mention mainly the part of the financial sciences connected to the tax administration. The methods used will be the analysis, the description and the synthesis of both theoretical concepts and practical aspects of the financial regulation.

Key words

Financial sciences; tax administration; the European Union; law and economy; financial regulation.

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku bude představení nového teoretického pohledu na finanční vědy. Na rozdíl od dřívějšího pohledu na finanční vědu, který bude v tomto příspěvku též naznačen, tento nový pohled představuje finanční vědy jako více různých vědních oborů, které mají společný úzký vztah s finančním právem, respektive mají společný objekt zkoumání. Jednotlivé

vědní obory se však výrazně odlišují způsobem, kterým k tomuto objektu zkoumání přistupují. Kromě klasických vědních oblastí řazených mezi části finanční vědy, jež lze po krátké úvaze zařadit do oboru ekonomie, budou zmíněny i vědy, které do ekonomie nepatří, ale přímo souvisejí s financemi a finančními činnostmi. V tomto příspěvku jsou diskutovány též základní souvislosti těchto vědních oblastí a jejich zařazení v rámci obecných vědních oborů. Na závěr příspěvku jsou tyto oblasti aplikovány konkrétně na oblast správy daní, přičemž stručně budou vzaty v úvahu i aspekty správy daní ovlivňované Evropskou unií.

2. FINANČNÍ VĚDA ČI FINANČNÍ VĚDY?

Bakeš s Kotábem uvádí následující definici finanční vědy: ucelený systém poznatků o financích a finanční činnosti státu.¹ Financemi se přitom dle Mrkývkovy definice rozumí společenské (a právní) vztahy svého druhu, jejichž objektem jsou peníze a peněžní prostředky.²

Jak uvádí Bakeš, finanční věda má být pojímána jako věda ekonomická, pak se věnuje obsahu (tedy ekonomické stránce) financí a finanční činnosti, proti finančnímu právu, které se věnuje formě financí a finanční činnosti.

U finanční vědy či finančních věd navrhuji následující rozlišení základního přístupu:

1. unitární pohled, kdy existuje pouze jedna finanční věda, tedy jedná se o Bakešem a Kotábem aplikovaný přístup.³ Unitární pohled předpokládá existenci jednotné finanční vědy, která je vnímána jako věda ekonomická.
2. pluralitní pohled, multidisciplinární pohled, kdy existuje více finančních věd, které jsou provázány předmětem svého zkoumání.

Unitární pohled ve svých textech aplikoval jeden z významných finančních právníků československé historie, Karel Engliš, který v této oblasti publikoval četné monografie a odborné články (všechny vycházely z unitárního pohledu).⁴

1 Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 19, ISBN 978-80-7400-801-6.

2 Mrkývka, P.: Veřejné finance. In Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 1. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, ISBN 80-210-3578-1, s. 14 - 15.

3 Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 18 - 20, ISBN 978-80-7400-801-6.

4 Engliš, K.: Malá finanční věda, Praha: Fr. Borový, 1932, 324 s.; Engliš, K.: Finanční věda: nástin teorie hospodářství veřejných svazků; Praha: Fr. Borový, 1929, 407 s.;

Historicky lze dle Fuchse a Lisého hledat kořeny unitárního pohledu na finanční vědu u K. H. Rau, který na začátku 19. století položil základ pro finanční vědu a pro národohospodářskou nauku.⁵

Za finanční vědy dle multidisciplinárního (pluralitního) pohledu v tomto příspěvku považují všechny vědy věnující se faktickým aspektům finančních činností a financí a implikacím finančních činností a financí na společnost jako celek i na jednotlivce (vycházím tedy z definice použité Bakešem a Kotábem, ale modifikuji ji). Obsah finančních činností a financí však spatřuji jako obecnější, než pouze obsah ve smyslu ekonomickém.

Obsah finančních činností a financí může zřejmě být nahlížen z pohledu ekonomického, matematického, sociologického, filozofického, psychologického, politologického, historického, pedagogického, z pohledu managementu i z pohledu jiných vědních oborů. Jednotlivé vědy zkoumají a popisují stejné nebo podobné společenské vztahy, ale používají naprosto odlišnou metodologii a odlišný přístup k jejich zkoumání. Jednotlivé pohledy na téže, které budu dále zmiňovat, již v minulosti byly publikovány, u některých oblastí více, u jiných méně, a jsou uznávány jako obory vědeckého zkoumání (mnohdy nejsou chápány jako samostatné obory, jako části oborů):

Majoritně se zřejmě finanční vědy zabývají vztahy regulovanými finančním právem. V tomto kontextu si lze položit otázku: mohou se zabývat i vztahy, které nejsou regulovány finančním právem? Kloním se k názoru, že finanční vědy se týkají též vztahů, které nespádají do oblasti regulace finančního práva, například některými vztahy regulovanými obchodním nebo pracovním právem.

S ohledem na výše uvedené tedy navrhuji v rámci uvedeného multidisciplinárního přístupu rozlišovat následující finanční vědy (některé jsou uvedeny ve více ekvivalentních pojmenováních):

- Věda finančního práva a věda o finančním právu (lze je považovat za součást oboru právní věda),
- Finanční ekonomie a finanční teorie (lze je považovat za součást oboru ekonomie),

Engliš, K.: *Theorie hodnoty a hodnocení*, Praha: Melantrich, 1947, 89 s.; Engliš, K.: *Tři roky finanční politiky: (1926-1928)*, Praha: Fr. Borový, 1929, 48 s.

5 Fuchs, K., Lisý, J. 3.4 Kamerální vědy. In Elportál (E-learning na MU), ISSN 1802-128X [citováno 3. listopadu 2010], Dostupný z: <http://is.muni.cz/elportal/estud/esf/js08/dejiny/web/ch03s04.html>.

- Finanční analýza (lze ji považovat za součást oboru ekonomie a managementu),
- Finanční matematika (lze ji považovat za součást oboru matematika),
- Teorie účetnictví (lze ji považovat za součást oboru ekonomie),
- Finanční management (lze jej považovat za součást oboru management),
- Finanční politika (lze ji považovat za součást oboru ekonomie i oboru politologie),
- Finanční vzdělávání (lze jej považovat za součást oboru pedagogika),
- Sociologie peněz (lze ji považovat za součást oboru sociologie),
- Filozofie peněz (lze ji považovat za součást oboru filozofie),
- Psychologie peněz (lze ji považovat za součást oboru psychologie),
- Finanční historie (lze ji považovat za součást oboru historie).

Otázkou zůstává, jakým způsobem zařadit finanční vědy jako celek? Mohou finanční vědy být součástí ekonomie? Či součástí práva? Součástí matematiky? Managementu? Nebo filozofie? Sociologie? Účetnictví? Politologie? Psychologie? Pedagogiky? Historie? Kam finanční vědy patří?

Pokud jsou finanční vědy pojaty tak, jak budou představeny níže, mám za to, že je nelze zařadit pouze do oboru ekonomie, jako v rámci unitárního přístupu. Jedná se zřejmě o diskutabilní tezi, k níž může být zaujato více různých stanovisek v závislosti na argumentaci argumentující osoby.

3. JEDNOTLIVÉ FINANČNÍ VĚDY

3.1 VĚDA O FINANČNÍM PRÁVU A VĚDA FINANČNÍHO PRÁVA

Bakeš definuje vědu o finančním právu jako „souhrn znalostí o působení právních norem na společenský vývoj,⁶ přičemž jako předmět jejího zkoumání určuje „působení každé právní normy, její praktickou aplikaci a sledování, zda bylo dosaženo účinku zamýšleného vydáním příslušné právní normy.“⁷ Vědu finančního práva lze tedy považovat za finanční

6 Citace z Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 18, ISBN 978-80-7400-801-6.

7 Citace z tamtéž, s. 18.

právo stricto sensu. Na rozdíl od ostatních finančních věd vědu finančního práva lze zařadit do oboru práva jako součást tzv. právní vědy.

Věda o finančním právu se zabývá studiem právních norem upravujících finanční vztahy a přináší tedy souhrn obecných poznatků o působení finančněprávních norem v praxi.⁸

Když se užije analogie s pojetím vědy správního práva u Průchy,⁹ věda finančního práva je normativitou finančního práva, tedy jeho regulační stránkou, kdy dochází ke stanovení práv a povinností fyzickým a právnickým osobám (tuto analogie zřejmě lze použít, protože se jedná o analogii doctrinae, nikoli analogii legis či analogii iuris). Naproti tomu finanční vědy jsou fakticitou finančního práva, tedy přináší teoretické i praktické poznatky o záležitostech ovlivněných aplikací finančněprávních norem. Finanční vědy (tedy vyjma vědy o finančním právu) nutně jdou nad rámec finančního práva, jak bude osvětleno dále v textu.

Drobnou doktrinní otázkou, kterou ponechávám zcela k budoucí diskuzi, je přesná formulace pojmenování této vědy. Bakeš ji pojmenovává věda o finančním právu, zatímco u Průchy se jedná o vědu správního práva (tedy převedeno do finančního práva by se jednalo o vědu finančního práva). Zastávám názor, že se jedná o záležitost osobních preferencí, proto jsem zvolil v názvu této kapitoly obě možné formulace.

3.2 FINANČNÍ EKONOMIE A FINANČNÍ TEORIE

Finanční ekonomii¹⁰ lze považovat za ekonomickou stránku financí a finanční činnosti. Některými autory je finanční ekonomie též nazývána jako finanční teorie. Finanční ekonomii např. Engliš rozuměl finanční vědu v singulárním pojetí.¹¹ Příklady jednotlivých oblastí zájmu finanční ekonomie jsou peníze, úroková míra, finanční trh, komerční bankovníctví, nebankovní finanční zprostředkovatelé, investiční instrumenty, centrální bankovníctví, bankovní regulace a dohled, měnová politika, mezinárodní

8 Srov. tamtéž, s. 19.

9 Srov. Průcha, P.: Vědecké pojetí správního práva a správní věda. In Průcha, P.: Správní právo – obecná část, 7. doplněné a aktualizované vydání, Brno: Masarykova univerzita, ISBN 978-80-210-4276-6. s. 77 - 83.

¹⁰ Baldwin, R., Wyplosz, C.: Měnová a fiskální politika v EU. In Baldwin, R., Wyplosz, C.: Ekonomie evropské integrace. Praha: Grada Publishing, 2008, ISBN 9788024718071, s. 454.

¹¹ Srov. Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 19, ISBN 978-80-7400-801-6, kde je citováno Engliš, K: Finanční věda: nástin teorie hospodářství veřejných svazků; Praha: Fr. Borový, 1929, s. 397 an.

finance. Do finanční ekonomie navrhuji dle multidisciplinárního pohledu zařadit oblasti, které jsou zjevně ekonomické povahy a nemohou být řazeny do jiné finanční vědy.

3.3 FINANČNÍ ANALÝZA

Dle Růčkové se finanční analýzou se rozumí systematický rozbor získaných dat obsažených především v účetních výkazech obchodní společnosti nebo organizace.¹² Jedná se tedy o hodnocení organizační minulosti, současnosti a předpovídání budoucnosti, celkově dochází k hodnocení finančního zdraví subjektu. U finanční analýzy, která sama leží na pomezí ekonomie, matematiky a managementu, lze konstatovat, že souvisí s finančním právem i s obchodním právem, protože je spojena s veřejnoprávními i se soukromoprávními aspekty finančních činností. (Finanční analýza se aplikuje pro vnitřní zkoumání soukromoprávního subjektu i veřejnoprávního subjektu.)

3.4 FINANČNÍ MATEMATIKA

Prouza považuje ve své knize Finanční a pojistná matematika za důležité oblasti finanční matematiky úročení, pravidelné platby, diskont a směnečný eskont, splácení půjček a výpůjček spolu s umořováním dluhu a též oblast pojišťovnictví.¹³ Bylo by možné ji rozšířit ještě o bankovníctví, matematické aspekty kapitálového trhu a matematické zkoumání ostatních částí finančního trhu.

Finanční matematika tedy představuje numerickou stránku finančněprávních vztahů. Radová a Dvořák finanční matematiku velmi stručně definují jako využití matematiky ve finanční oblasti.¹⁴ Obecně lze hlavní úlohy finanční matematiky abstrahovat takto: Jak na základě zadaných vstupních veličin vychází výstupní veličina? Matematické výpočty týkající se peněz v rámci veřejných rozpočtů i peněz obecně, jejich měření a výpočet souvisejících pravděpodobností.

12 Růčková, P. Co je finanční analýza a k čemu slouží? In Růčková, P. Finanční analýza – 2. aktualizované vydání – metody, ukazatele, využití v praxi, Praha: GRADA Publishing, 2008, ISBN 978-80-247-2481-2, s. 9 – 11.

13 Srov. Prouza, L.: Finanční a pojistná matematika, Praha: Vysoká škola ekonomie a managementu, 2007, ISBN: 978-80-86730-17-2, s. 19, 49, 75, 91, 119 aj.

14 Srov. Radová, J., Dvořák, P.: Základní pojmy. In Radová, J., Dvořák, P.: Finanční matematika pro každého, 3. rozšířené vydání, Praha: Grada Publishing, 2001, ISBN 80-247-9015-7, s. 9.

3.5 TEORIE ÚČETNICTVÍ

Funkce účetnictví spočívá v tvorbě a poskytování sociálně-ekonomických informací. Rozsah účetnictví, který vedou jednotlivé subjekty, se výrazně liší, neboť některé informace nemusí být právem od některých subjektů vyžadovány, případně mohou být vyžadovány ve zjednodušené formě. Základní obsah účetnictví jakožto pedagogické disciplíny Radvan vymezuje jako zaznamenávání informací o:

- stavu a pohybu majetku a závazků,
- rozdílu majetku a závazků, tedy o čistém obchodním jmění,
- nákladech a výnosech,
- výsledku hospodaření.¹⁵

Janhubová odlehčenou formou konstatuje, že účetnictví jde daleko za hranici práva, jedná se především o kategorii ekonomickou, která se projevuje mimo jiné též účetním uvažováním a účetními postupy,¹⁶ které mnohdy právo nereguluje a ponechává je na vůli jednotlivých subjektů (v mezích veřejnoprávních povinností těchto subjektů).

Z právního pohledu tedy lze říci, že do teorie účetnictví vedle úpravy tzv. podvojného účetnictví (které dnes zákon nazývá účetnictvím)¹⁷ patří též daňová evidence, která je upravena předpisy daňovými,¹⁸ a další způsoby vedení účetních evidencí, které nejsou právně relevantní.

Jedním z dalších způsobů vedení, u nichž teorie účetnictví přesahuje nad rámec bilančního práva, je například účtování podle mezinárodních účetních pravidel IFRS, které nejsou právně závazné, ale přesto jsou často používané v mezinárodních koncernech.

3.6 FINANČNÍ MANAGEMENT

Finanční management představuje finanční vedení a finanční řízení právnické osoby či jiné organizace. V souladu s různými pojetími

15 Radvan, M.: Bilanční právo. In Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 2. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, ISBN 80-210-3579-X, s. 126 anásl.

16 Srov. Janhubová, J.: Co vlastně patří do základů účetnictví? [citováno 9. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://nb.vse.cz/~janja/clanek2.htm>.

17 Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů.

18 § 7b zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

managementu lze finanční management dělit na finanční vedení věnující se dlouhodobým aspektům finančního managementu a finanční řízení, které se zabývá krátkodobými aspekty finančního managementu. V současné době je akcentováno zejména finanční řízení. Zabývá se otázkami, jak vést a řídit společnost, aby bylo dosaženo konkrétních cílů, například maximalizace tržní hodnoty podniku.¹⁹ Jedná se tedy o aplikaci ekonomických a právních poznatků v praxi, tento obor však má svá specifika.

3.7 FINANČNÍ POLITIKA

Finanční politika představuje obdobu finančního managementu, ale na úrovni státu. Existuje zde úzká souvislost s politickou situací a s politikou.²⁰ Jedná se o proces, kterým vláda, centrální banka, nebo jiná peněžní autorita země řídí zásobu peněz, dostupnosti peněz a ceny peněz nebo úrokovou míru, aby dosáhly souboru makroekonomických cílů orientovaných např. na růst nebo stabilitu ekonomiky. Její součástí tvoří daňová politika, měnová politika,²¹ fiskální politika. Všechny tyto politiky tvoří součást hospodářské politiky.²²

U finanční politiky na rozdíl od výše zmíněných oblastí a oborů není zjevné, zda se skutečně může jednat o samostatný vědní obor. Zde se přiklání spíše k možnosti finanční politiku zahrnout jako součást finančního managementu (co se týká aspektů souvisejících s řízením a vedením) a zejména jako součást finanční ekonomie (všechny ostatní aspekty).

3.8 FINANČNÍ VZDĚLÁVÁNÍ A DOSAŽENÍ FINANČNÍ GRAMOTNOSTI

Vědní obor finanční pedagogika nebo spíše finanční vzdělávání, jehož cílem by mělo být dosažení finanční gramotnosti fyzických a právnických osob, v současnosti neexistuje, ale aspekty související s finanční gramotností tvoří významný externí aspekt ovlivňující finanční právo (tedy materiální pramen finančního práva). Finanční gramotnost je především jedním z cílů Ministerstva financí, které se velice intenzivně snaží o ochranu spotřebitele,

19 Marinič, P.: Úvod do finančního řízení. In Nývltová, R., Marinič, P.: Finanční řízení podniku, Praha: Grada Publishing, 2010, ISBN 8024731584, s. 11 – 14.

²⁰ Kočárník, I.: Finanční politika v roce 1990 a v roce 1991, Finance a úvěr, 1990, 40, 11, s. 721.

²¹ Srov. Gonda, V.: Ponuka peňazí. In Gonda, V.: Peniaze a monetárne teórie, Bratislava: Iura Edition, 2005, ISBN 80-8078-036-6. s. 55.

²² Kočárník, I.: Finanční politika v roce 1990 a v roce 1991, Finance a úvěr, 1990, 40, 11, s. 722 - 723.

jak lze ostatně dovodit již z jeho pravomocí. Pro tyto účely Ministerstvo financí provádělo kvantitativní výzkumy týkající se finanční gramotnosti.²³

K dosažení finanční gramotnosti byla Ministerstvem financí navržena a vládou České republiky dne 10. května 2010 schválena Národní strategie finančního vzdělávání.²⁴ V této strategii, která rozvíjí mezinárodní projekty, jako například publikace Mezinárodní skupiny pro finanční vzdělávání v rámci OECD, je vyzdvižen význam finančního vzdělávání jako klíčového prvku v ochraně spotřebitele na finančním trhu a stanovuje standardy finanční gramotnosti.²⁵

Finanční gramotnost je v této strategii definována jako soubor znalostí, dovedností a hodnotových postojů občana nezbytných k tomu, aby finančně zabezpečil sebe a svou rodinu v současné společnosti a aktivně vystupoval na trhu finančních produktů a služeb.²⁶

S ohledem na výše uvedené mám za to, že finanční vzdělávání by mělo být uznána za obor finančních věd.

3.9 SOCIOLOGIE PENĚZ, FILOZOFIE PENĚZ A PSYCHOLOGIE PENĚZ

Sociologie peněz řeší sociologické aspekty úroků, úvěrů, plateb a peněžních vztahů obecně. Filozofie peněz se naproti tomu zabývá filozofickými aspekty peněz a hodnoty. V popředí jejího zájmu zůstávají negativní efekty peněz. Oběma oborům se na přelomu 19. a 20. století věnoval Georg

23 Srov. Hradil, D.: Měření úrovně finanční gramotnosti občanů České republiky – společný projekt MFČR a ČNB [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/verejnost/pro_media/tiskove_zpravy_cnb/2010/download/20100831_hradil_mf_tk_mereni_fin_gram.pdf.

24 Usnesení Vlády České republiky ze dne 10. května 2010 č. 338 o Národní strategii finančního vzdělávání, ve znění pozdějších usnesení, nebo též Ministerstvo financí: Národní strategie finančního vzdělávání [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ft_strategie_financniho_vzdelavani_55251.html.

25 Ministerstvo financí: Národní strategie finančního vzdělávání [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ft_strategie_financniho_vzdelavani_55251.html, s. 6.

26 Srov. Ministerstvo financí: Národní strategie finančního vzdělávání [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ft_strategie_financniho_vzdelavani_55251.html, s. 11.

Simmel ve svých knihách *Philosophie des Geldes* a *Soziologie* i ve svých esejích, jako například *Peníze v moderní kultuře*.²⁷

V Simmelově publikační činnosti se často prolínaly oba obory, například ve zmíněném esejí *Peníze v moderní kultuře* lze nalézt poznatky a teorie zařaditelné do filozofické vědy i do sociologické vědy. Velice zajímavé problémy patřící do tohoto oboru jsou otázky souvislosti peněz a lakoty, souvislosti svobody a peněz a též pojetí peněz jako transformace času a prostoru. Simmel se též stručně věnoval psychologickým implikacím svých filozofických a sociologických teorií, zejména psychologickému významu růstu hodnoty peněz a množství peněz.²⁸

Lze poznamenat, že sociologie a filozofie peněz se odvolává na mnohem starší filozofické teorie, například Georg Simmel se u rozboru souvislosti stavu duše a peněz odkazuje hluboko do středověku na Mikuláše Kusánského.²⁹

Na jeho práci navázal mimo jiné též David Frisby, profesor sociologie na University of Glasgow, který provedl na přelomu 20. a 21. století reedici Simmelových děl. Tato reedice postupuje až do té míry, že do této oblasti přináší nové poznatky a souvislosti s dalšími výzkumy.³⁰

3.10 FINANČNÍ HISTORIE

Poslední uvedenou, finanční historii, ke které se již z kapacitních důvodů nebudu vracet, zmiňuje (nikoli jako samostatné odvětví) Vencovský ve své knize *Vzestupy a propady československé koruny*, v níž se věnuje vývoji československé koruny po celou dobu existence jednotlivých československých státních celků i během období obou válek.³¹

27 Srov. Simmel, G.: *Philosophie des Geldes*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1900, 554 s.; dále Simmel, G.: *Soziologie*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908; a též Simmel, G.: *Peníze v moderní kultuře*. In Simmel, G.: *Peníze v moderní kultuře a jiné eseje*, Praha: Sociologické nakladatelství, 1997, ISBN 80-85850-50-8. s. 7 – 25.

28 Srov. Simmel, G., Frisby, D. *The Philosophy of Money*, London: Routledge, 2004, ISBN 9780415341738, s. 119, 228 – 237, 304.

29 Srov. Simmel, G.: *Peníze v moderní kultuře*. In Simmel, G.: *Peníze v moderní kultuře a jiné eseje*, Praha: Sociologické nakladatelství, 1997, ISBN 80-85850-50-8. s. 20 – 21.

30 Srov. Simmel, G., Frisby, D. *The Philosophy of Money*, London: Routledge, 2004, ISBN 9780415341738, s. xlvii - lx.

31 Vencovský, F.: *Slovo úvodem*. In Vencovský, F. *Vzestupy a propady československé koruny – historie československých měnových poměrů 1918 – 1992*, Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, Nakladatelství Oeconomica, 2003, ISBN 80-245-0497-9, s. 8.

4. SPRÁVA DANÍ A FINANČNÍ VĚDY

Správa daní je jednou z oblastí fiskální části finančního práva, je regulována zejména daňovým právem a celním právem, ale má dopad formou rozpočtového výnosu daní a jejich příslušenství i do rozpočtového práva a formou zdanění jednotlivých úkonů i do dalších právních odvětví.

Ke správě daní patří vedle daňového a celního řízení též autoaplikace,³² která s finančními vědami též souvisí (např. správné pojetí finančního vzdělávání může státu zajistit vyšší procento autoaplikace v rámci správy daní, což by teoreticky mělo zajistit i vyšší výnosy daní – optimalizované zvýšení výnosů je otázkou souběžné aplikace poznatků z finanční ekonomie, finanční politiky a finanční matematiky; má své přesahy do psychologie peněz, filozofie peněz, sociologie peněz i finanční analýzy).

Všechny výše uvedené finanční vědy jsou výrazně ovlivňovány finančním právem i právní úpravou obecně. Pokud bude novelizována kogentní právní regulace, sebelepší matematický vzorec směřující k maximalizaci zisku závisící na dřívější právní úpravě musí být upraven tak, aby zohledňoval novou právní úpravu. Lze užít příklad bankovní daně v Maďarsku či zdanění bankovních kont státních příslušníků některých států ve Švýcarsku, na něž musely fyzické a zejména právnické osoby reagovat.

Každý právní předpis se okamžikem svého přijetí stává součástí finanční historie. U správy daní je to obzvláště markantní, neboť některé daňové zákony jsou novelizovány velice často. Finanční historie české daňové soustavy od roku 1993 by mohla být podobně obsáhlá jako historie jiných daňových soustav za mnohem delší období.

Nová právní povinnost regulovaná právním řádem může zásadně změnit finanční management (u soukromé společnosti) nebo finanční politiku (u státu a jeho organizačních složek). Finanční politika státu v podobě daňové politiky musí respektovat mezinárodní právní regulaci, mezi jinými též harmonizaci ze strany Evropské unie. Tato mezinárodní právní regulace reaguje na celosvětovou politickou situaci a na vědecké poznatky z oboru finanční ekonomie či sociologie peněz. Vnitrostátní právní úprava poté dále ovlivňuje finanční politiku státu. Lze uvést energetické daně, které byly do českého právního řádu transponovány ze směrnic práva Evropského společenství (v té době Evropská unie neměla právní subjektivitu) s účinností od 1. ledna 2008, změnily správu daní, a tedy ovlivnily českou daňovou politiku, a tedy i finanční politiku České republiky jako celku.

32 Mrkývka, P.: Daňový proces. In Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 2. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, ISBN 80-210-3579-X, s. 39 - 41.

Finanční management podniku musí sledovat nové povinnosti, například finanční management bank sledoval v době nedávné nabytí účinnosti zákona č. 284/2009 Sb., o platebním styku, k němuž došlo k 1. listopadu 2009. Tento zákon zásadním způsobem změnil především možnosti finančního managementu bank, spořitelních a úvěrních družstev a dalších subjektů působících v oblasti platebního styku, ale díky změnám v okamžiku splnění daňové povinnosti hrazené bezhotovostně (na den připsání platby na účet správce daně) ovlivnil finanční management všech daňových subjektů v České republice.

Správa daní má své sociologické aspekty, kdy je např. otázkou, jak občané zareagují na situaci, kdy budou podrobena novému zdanění. Když bude zavedena nová bankovní daň, dojde k poklesu množství bankovních vkladů? Co se v daném případě stane dlouhodobě (zvýší se procento osob, které budou vnímat vklady jako ztrátové a zvolí investice místo vkladů)?

Z pohledu filozofického lze u správy daní odpovědět na otázku: proč zdaňovat transfery? Jak se liší vnímání daňových subjektů u úkonu veřejné správy, který je zdarma, od úkonu, který je zpoplatněn správním poplatkem?

Z hlediska psychologického lze zodpovědět otázky vnímání konkrétních osob, které budou placení daní vystaveny. Když je veřejnosti prezentována změna daňové legislativy, má být vyzdvižováno snížení numerického vyjádření jedné lineární sazby nebo se má naopak zdůraznit jiná změna sazby z lineární na progresivně klouzavou? Jak bude občan pojímat formulář daňového přiznání, který má patnáct polí k vyplnění? Bude na něj působit jinak než formulář daňového přiznání, který má sto padesát polí k vyplnění?

Mnoho publikací z oboru finančního práva i práva obecně pracuje s historickými aspekty právní úpravy, které mohou být přiřazeny do oboru finanční historie. Například Kosikowski ve své knize *Financial Law of the European Union* zahrnul ve své kapitole o daňovém právu Evropské unie historickou kapitolu, v níž se věnuje vývoji harmonizace a kontroly zdanění z pohledu Evropské unie.³³

K souvislosti správy daně a finančních věd uvádím jednu otázku, kterou ponechávám k dalšímu výzkumu: jaké množství aplikačních problémů na úseku správy daní je vyvoláno nesprávnou nebo nedostatečnou aplikací finančních věd z pozice státu a jeho organizačních složek? Hypotézu k potvrzení či vyvrácení v dalším výzkumu navrhuji takto: více jak 20% konkrétních aplikačních obtíží na úseku správy daní nemá svůj původ

33 Kosikowski, C. *The Notion of Control and Harmonisation of the National Taxation Systems Within the EU (A Historical Perspective)*. In Kosikowski, C.: *Financial Law of the European Union*, Białystok: Temida 2, 2008, ISBN 987-83-89620-41-5, s. 169 – 175.

v legislativě (která je v uvedených případech bezproblémová), ale v nesprávné aplikaci mimoprávních odvětví, finančních věd, na dotyčné společenské vztahy.

5. ZÁVĚR

V rámci tohoto příspěvku je prezentována idea nového pohledu na finanční vědy. Tento pohled navazuje na stávající pojetí prezentované v české právní vědě názory Karla Engliše a Milana Bakeše, které nazývám pojetím unitárním. Příspěvek přináší zcela nové třídění finančních věd, takzvaný multidisciplinární (nebo pluralitní) pohled na finanční vědy, u něhož se rozlišuje více existujících finančních věd, které patří do několika různých oborů, zejména ekonomie, matematiky, managementu, pedagogiky, politologie, sociologie, filozofie, psychologie, historie. Jedná se o následující vědy: věda finančního práva a věda o finančním právu, finanční ekonomie a finanční teorie, finanční analýza, finanční matematika, teorie účetnictví, finanční management, finanční politika, finanční vzdělávání, sociologie peněz, filozofie peněz, psychologie peněz a finanční historie. Na závěr příspěvku byly poznatky o těchto finančních vědách aplikovány na oblasti správy daní.

Literature:

- Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, 576 s., ISBN 978-80-7400-801-6.
- Baldwin, R., Wyplosz, C.: Ekonomie evropské integrace. Praha: Grada Publishing, 2008, ISBN 9788024718071, s. 454.
- Engliš, K.: Malá finanční věda, Praha: Fr. Borový, 1932, 324 s.
- Engliš, K.: Finanční věda: nástin teorie hospodářství veřejných svazků; Praha: Fr. Borový, 1929, 407 s.
- Engliš, K.: Theorie hodnoty a hodnocení, Praha: Melantrich, 1947, 89 s.
- Engliš, K.: Tři roky finanční politiky: (1926-1928), Praha: Fr. Borový, 1929, 48 s.
- Fuchs, K., Lisý, J. 3.4 Kamerální vědy. In Elportál (E-learning na MU), ISSN 1802-128X [citováno 3. listopadu 2010], Dostupný z: <http://is.muni.cz/elportal/estud/esf/js08/dejiny/web/ch03s04.html>.
- Gonda, V.: Peniaze a monetárne teórie, Bratislava: Iura Edition, 2005, 151 s. ISBN 80-8078-036-6.

- Hradil, D.: Měření úrovně finanční gramotnosti občanů České republiky – společný projekt MFČR a ČNB [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/verejnost/pro_media/tiskove_zpravy_cnb/2010/download/20100831_hradil_mf_tk_mereni_fin_gram.pdf.
- Janhubová, J.: Co vlastně patří do základů účetnictví? [citováno 9. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://nb.vse.cz/~janja/clanek2.htm>.
- Kočárník, I.: Finanční politika v roce 1990 a v roce 1991, *Finance a úvěr*, 1990, 40, 11, s. 721 - 723.
- Kosikowski, C.: *Financial Law of the European Union*, Białystok: Temida 2, 2008, 227 s., ISBN 987-83-89620-41-5.
- Ministerstvo financí: Národní strategie finančního vzdělávání [citováno 5. října 2010]. Dostupný z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ft_strategie_financniho_vzdeleni_55251.html.
- Mrkývka, P. a kol.: *Finanční právo a finanční správa*, 1. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, 404 s., ISBN 80-210-3578-1.
- Mrkývka, P. a kol.: *Finanční právo a finanční správa*, 2. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, 381 s., ISBN 80-210-3579-X.
- Nývltová, R., Marinič, P.: *Finanční řízení podniku*, Praha: Grada Publishing, 2010, 280 s., ISBN 8024731584, s. 11 – 14.
- Prouza, L.: *Finanční a pojistná matematika*, Praha: Vysoká škola ekonomie a managementu, 2007, 157 s., ISBN: 978-80-86730-17-2.
- Průcha, P.: *Správní právo – obecná část*, 7. doplněné a aktualizované vydání, Brno: Masarykova univerzita, 420 s., ISBN 978-80-210-4276-6.
- Radová, J., Dvořák, P.: *Finanční matematika pro každého*, 3. rozšířené vydání, Praha: Grada Publishing, 2001, 259 s., ISBN 80-247-9015-7.

- Růčková, P. Finanční analýza – 2. aktualizované vydání – metody, ukazatele, využití v praxi, Praha: GRADA Publishing, 2008, 120 s. ISBN 978-80-247-2481-2.
- Simmel, G.: Peníze v moderní kultuře a jiné eseje, Praha: Sociologické nakladatelství, 1997, 206 s., ISBN 80-85850-50-8.
- Simmel, G.: Philosophie des Geldes, Leipzig: Duncker & Humblot, 1900, 554 s.
- Simmel, G.: Soziologie, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908.
- Simmel, G., Frisby, D. The Philosophy of Money, London: Routledge, 2004, 584 s., ISBN 9780415341738.
- Usnesení Vlády České republiky ze dne 10. května 2010 č. 338 o Národní strategii finančního vzdělávání, ve znění pozdějších usnesení.
- Vencovský, F. Vzestupy a propady československé koruny – historie československých měnových poměrů 1918 – 1992, Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, Nakladatelství Oeconomica, 2003, 248 s., ISBN 80-245-0497-9.

Contact – email

libor.kyncl@law.muni.cz

TRANSFER INCOMES OF TERRITORIAL SELF- GOVERNMENT IN POLAND

JAROSŁAW MARCZAK

Uniwersytet Łódzki (University of Lodz) Poland

Abstract in original language

Efficient and effective functioning of territorial self-government depends on its funding. The general rules for funding the territorial self-government units in Poland are laid out in the Constitution and the pertinent law passed by the Parliament. The two documents name the units' own revenues, block grants and grants. Because block grants and grants are incomes transferred by the government, they are called transfer income, or simply transfers. However, among own revenues there are also types of incomes that have resemble transfers to some extent. The article discusses the discrepancies between the legal and actual status of the transfers and the differences that can be found between them at three levels of territorial self-government with respect to their formal status and actual volumes.

Key words in original language

N/A

Abstract

Efficient and effective functioning of territorial self-government depends on its funding. The general rules for funding the territorial self-government units in Poland are laid out in the Constitution and the pertinent law passed by the Parliament. The two documents name the units' own revenues, block grants and grants. Because block grants and grants are incomes transferred by the government, they are called transfer income, or simply transfers. However, among own revenues there are also types of incomes that have resemble transfers to some extent. The article discusses the discrepancies between the legal and actual status of the transfers and the differences that can be found between them at three levels of territorial self-government with respect to their formal status and actual volumes.

Key words

Poland, local and territorial self-government, revenues of the units of subnational self-government, transfer incomes, block grant, dedicated grant, shares in income taxes

The territorial self-government in Poland funds its expenditures using a whole range of sources. Its efficient functioning, the possibly comprehensive fulfilment of its tasks depends on the funding options. The options are regulated under the law. Are the laws optimal, flexible and

sufficient, i.e. do they render the granted sources of funding effective? These questions cannot be answered briefly, as the possible answers are not explicit. There is also a new question what is the use of pondering on the questions, when the laws applying to the sources of local governments' incomes and the incomes in Poland are expansions of the provisions laid down in the 1997 Constitution of the Republic of Poland? Unlike the previous questions, this can be answered explicitly. Initiating discussions about the earlier presented problems allows their more objective evaluation and promises the possibility of finding more advantageous solutions. We cannot assume that laws should remain unchanged. Quite the contrary, regulations have to respond to the changes occurring in the economic and social spheres. Dead or inadequate laws hurt.

This article attempts to answer the questions formulated above. The starting for the discussion is the statement that the part of the territorial self-government funding system representing incomes and their sources falls short of their importance arising from the tasks and competencies granted to the local governments. An investigation into this mismatch requires in-depth analyses, both legal (laws) and economic and financial (empirical research). By way of introduction, we need to shortly describe the situation of the local territorial self-government in Poland and the income-related problems.

The territorial self-government in Poland has three tiers: communes, counties and voivodeships. The self-governing communes were formed pursuant to the commune self-government law of 1990. Eight years later, the Polish Parliament (the Sejm) passed laws establishing two new tiers of territorial self-government – counties and voivodeships, fulfilling the requirement of the Constitution of 1997. The establishment of new, higher tiers of self-government required specific decisions about the powers that each of the tiers should be granted to avoid disputes over the performance of certain tasks or their no-fulfilment. One of the most important decisions was that granting funding to the new units of territorial self-government: incomes and sources of income. However, the way this should be interpreted is that the legislature was obligated by the national assembly that had passed the Constitution („the sources of incomes of the units of territorial self-government are specified in the statute”) to specify these incomes and sources, because the Polish Constitution enumerates in article 167, item 2, three groups of revenues that the self-government units are entitled to: own revenue and block grants and dedicated grants paid by the state budget. The law on the revenues of the units of the self-government expanded the provision. Its article 3 repeats the constitutional provision in item, adding in item 2, though, that „in the meaning of the statute own revenues of the units of territorial self-government are also shares in the personal income tax and corporate income tax”. It can be assumed that this supplement, expansion or interpretation of the constitutional regulation arises from the necessity to fulfil the obligation resulting from the European Charter of Local Self-Government (ECLSG) that Poland fully ratified. One

of the Charter's provisions is that the units of territorial self-government should be provided with revenue from taxes they are allowed to collect. Because the sources are limited and they were granted at the time when self-government was reinstated in the communes, the counties would have to do without their own tax revenues. Block grants and dedicated grants are sources of funding within the state budget. Even though taxes account for around 90% of the budgetary resources, this source of funding cannot be called tax based and so it would fail to comply with the ECLSG's standards and requirements. This "smart" measure helped avoid a troublesome situation. However, another problem appeared. Particularly the financial literature, but also the doctrine, commonly treats own revenues as those that the units of territorial self-government can control and shape. The share in taxes representing the state budget's incomings that is distributed among all tiers of self-government does not meet the condition. Therefore, two meanings of the term 'own revenue' have developed: a broad one and a narrow one. The first, formal, encompasses also shares in taxes constituting sources of income for the state budget. The narrow one, logical, ignores the shares. This produces terminological confusion and makes discussions on the incomes of local governments and their sources more difficult. It should be emphasised that statistics and state reporting (budgetary), as well as official documents used the term 'own revenue' in its broad meaning. The literature, especially its legal branch also uses the same interpretation of own revenues, frequently failing to define them (the authors simply refer to the law). This explanation is necessary to avoid doubts and then, to highlight the financial situation of the units of territorial self government, particularly financial differences between the tiers, own revenue will be presented in both meanings.

An additional difficulty that should be noted arises from the shares in national taxes being included in the group of own revenues. The difficulty is connected with the range of transfers that are discussed in this article. Are shares equivalent with transfers or not, as the legislature putting them into the group of own revenues wishes to see them? Given that the character of legal document is determined by its content and not its name, in the course of our discussion shares in national taxes will be treated as transfers.

The word 'transfer' stands for movement, delivery, handover. In the economic sense or, more precisely, in the financial sense extending also the sphere of public finance, transfer is a conveyance, making money available without the beneficiary having to do anything in return. In this sense, transfers in Poland are represented by block grants, dedicated grants and shares in tax revenues received by the state budget. Block grants and shares in taxes are unconditional, which means the beneficiary is simply entitled to them, whereas dedicated grants require some specific conditions to be met and because they are included among conditional transfers.

This paper analyses the relationships between block grants, own revenues (in their broad and narrow sense), block grants, dedicated grants and shares in taxes that have been observed over the period of 11 years, i.e. since the two upper tiers of territorial self-government, counties and voivodeships, were formed in Poland.

As mentioned, Poland has three tiers of territorial self-government: communes, counties and voivodeships, but for the recording, statistical and reporting purposes one more unit is taken into account, i.e. city county being a city with county rights, which combines the characteristics of two units self-government: a the commune and the county. Although the tasks, powers and financial resources are kept separate, it is difficult for these entities, especially considering their large size, separate the activities pursued by both levels. For this county cities are treated separately, also in this article.

The block grant is not a homogenous category. In the first place, each level receives its own block grants that are differently calculated. The components of a block grant are presented in table 1. They were changed in 2004. Although all levels of self-government have the components “educational” and “compensatory”, they are differently calculated in each case and have different meaning. Although the components will not be discussed more broadly in the course of the discussion, we need to bear in mind that the educational component of the block grant is very important for local governments (especially communes and counties), because of the educational tasks the units have to fulfil.

Table 1. Block grant distribution by the level of local government in Poland, years 1999-2010

Block grant	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
G	P	P	P	P	P	W	W	W	W	W	W	W
	Rk	Rk	Rk	Rk	Rk	R	R	R	R	R	R	R
	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O
P	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W
	D	D	D	D	D	R	R	R	R	R	R	R
	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O
W	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W	W

	D	D	D	D	D	Rg	Rg	Rg	Rg	Rg	Rg	Rg
	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O

Source: developed by the authors.

where: G – a commune, P – a county, V – a voivodeship, P – the main component of a block grant, W – the compensatory component of a block grant, O – the main educational of a block grant, D – the road component of a block grant, Rg – the regional component of a block grant, Rk – the compensatory component of a block grant, R – the balancing component of a block grant.

The units of territorial self-government are entitled to shares into types of income taxes, the personal income tax (PIT) and the corporate income tax (CIT). It is not necessary to characterise either the taxes or the algorithm used to calculate the share each level of self-government is entitled to, because they are the same. The government has full control over the taxes, so the units of territorial self-government receive their shares without having an influence on their amounts. This characteristic makes the process a classical transfer. The only difference there are consist in the rates of the shares. Their values are presented in table 2. Regarding the communes, the law on the units of territorial self-government specified the upper, target value of the share (39.34 proc.), and whether the upper limit will be actually reached depends, in very general terms, on the ratio indicating the degree to which the demand for beds in nursing homes in the gminas is met.

Table 2. The shares of particular tiers of territorial self-government in Poland in tax revenues, years 1999-2010

Specific ation		1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
G	PIT	27.6	27.6	27.6	27.6	27.6	35.72	35.61	35.95	36.22	36.49	36.72	
	CI T	5.0	5.0	5.0	5.0	5.0	6.71	6.71	6.71	6.71	6.71	6.71	6.71
P	PIT	1.0	1.0	1.0	1.0	1.0	8.42	10.25	10.25	10.25	10.25	10.25	10.25
	CI T	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4
W	PIT	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5	1.6	1.6	1.6	1.6	1.6	1.6	1.6

	CIT	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	15.9	15.9	15.9	15.9	14.0	14.0	14.75
--	-----	-----	-----	-----	-----	-----	------	------	------	------	------	------	-------

Source: developed by the author

Where: : PIT – personal income tax, CIT – corporate income tax, for other symbols see table 1

The year 2004 when considerably higher rates were put into effect turned out to be a turning point again, as in the case of the block grant design. Before 2004, counties did not have a share in the CIT revenues and their share in the personal income tax was symbolic. The situation of the self-governing voivodeships and the corporate income tax was similar. The share in the CIT revenues increased almost 32 times! In 2008 the rate was reduced for two years by 1.9 percentage point and its 2010 value is 14.75%.

General characteristics of the incomes of the units of territorial self-government

For transfer incomes to be fully evaluated they have to be analysed in relation to all incomes that the units of territorial self-government had in the period in question. Table 3 presents data illustrating the values by the tier of local self-government. In the analysed period all incomes generally showed an upward trend, excluding the year 2003, when their amount somewhat declined because of lower incomes in communes and counties. Another fall in incomes can also be noted for counties and voivodeships in the year 2002, however, this situation did not reduce the total revenues of the units of territorial self-government. Table 4 showing the dynamics of the changes (year on year) and table 5 presenting the structure of incomes by the tier of local government provide a better illustration of the data. Analysis of table 5 explains why revenues falling in 2002 did not result in the case of counties and voivodeships in a fall in the total revenues of the units of territorial self-government.

Table 3. Incomes of the units of territorial self-government, years 1999-2009 (in thousand PLN).

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Dojst	64884875	72609515	79594649	80033876	79140450	91503977	102911882	117040222	131380203	142568987	154842461

Do G	323 534 86	345 838 00	372 868 93	384 736 87	360 463 22	403 085 30	4581 3191	5172 4275	5700 3129	6231 7775	6488 2149
Do P	984 740 2	125 547 05	140 411 04	126 955 07	111 116 21	124 713 67	1376 2684	1484 4238	1615 4756	1814 7200	2008 4495
Do Pm	193 965 60	217 663 83	236 671 18	246 464 13	274 167 57	317 537 74	3626 9800	4098 5861	4687 3425	4944 3818	5032 7507
Do W	328 842 7	370 462 7	459 953 4	421 826 9	456 575 0	697 030 6	7066 206	9485 847	1134 8892	1266 0195	1954 8310

Source: developed by the author based on the information on the execution of the local governments' budgets contained in the reports on the state budget execution in the years 1999-2009.

Where: Djst – total revenues of the units of subnational self-government, DG – total revenues of the communes, DP – total revenues of the counties, Dpm – total revenues of the city counties, DW - total revenues of the voivodeships,

Table 4. The dynamics of changes in the local governments' revenues, years 1999-2009

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do jst	100,0%	111,9%	109,6%	100,6%	98,9%	115,6%	112,5%	113,7%	112,3%	108,5%	108,6%
Do G	100,0%	106,9%	107,8%	103,2%	93,7%	111,8%	113,7%	112,9%	110,2%	109,3%	104,1%
Do P	100,0%	127,5%	111,8%	90,4%	87,5%	112,2%	110,4%	107,9%	108,8%	112,3%	110,7%
Do Pm	100,0%	112,2%	108,7%	104,1%	111,2%	115,8%	114,2%	113,0%	114,4%	105,5%	101,8%
Do W	100,0%	112,7%	124,2%	91,7%	108,2%	152,7%	101,4%	134,2%	119,6%	111,6%	154,4%

Source: see table 3.

The most inconsistent changes can be found in the revenues of the voivodeships. Dynamics variations range from a fall to 91.7 % to an increase reaching as much as 154.4%. The data in table 5 show, however, that communes are the most important as far as the structure of local governments' revenues are concerned. Their share in the revenues invariably exceeded

Table 5. The structure of local governments' budgets by tier, years 1999-2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do jst	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Do G	49,9%	47,6%	46,8%	48,1%	45,5%	44,1%	44,5%	44,2%	43,4%	43,7%	41,9%
Do P	15,2%	17,3%	17,6%	15,9%	14,0%	13,6%	13,4%	12,7%	12,3%	12,7%	13,0%
Do Pm	29,9%	30,0%	29,7%	30,8%	34,6%	34,7%	35,2%	35,0%	35,7%	34,7%	32,5%
Do W	5,1%	5,1%	5,8%	5,3%	5,8%	7,6%	6,9%	8,1%	8,6%	8,9%	12,6%

Source: see table 3.

40 %, showing however a distinct falling trend (by as many as 8 percentage points over the period of 11 years). City counties are ranked second. Except for the years 1999 and 2001, they always accounted for more than 30% of the total incomes of local governments' and the share displayed a clear growing trend. The position of the counties is the most stable. Although the share of voivodeships' incomes has been rising, it crossed the level of 10% as late as 2009. The data contained in tables 3, 4 and 5 do not show that new regulations applying to local governments' revenues were made effective in 2004. In that year 2004 voivodeships' incomes grew the most, by almost a half, evidently because of a share in CIT growing by 15.4 p.p. compared with the previous period. The same growth, however, was not found in the case of counties that were granted a larger, almost 7.5 p.p. share in PIT and a share, however small, in CIT revenues. We need to note at the same time

that the growth of total incomes in communes and counties decelerated in 2003.

Transfer incomes of the units of territorial self-government

The importance of the transfer incomes is best illustrated by their total shares and by their type in total incomes of local governments presented in table 6.

Table 6. The share and structure of transfer incomes in local governments' incomes.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do jst	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Transf.	71.9%	72.1%	71.9%	71.0%	69.4%	70.4%	68.8%	69.0%	68.9%	71.1%	73.1%
U jst	15.6%	13.8%	12.9%	12.9%	13.0%	21.9%	22.1%	22.7%	25.3%	25.3%	21.7%
Sub jst	34.1%	35.6%	37.0%	37.1%	40.1%	34.2%	31.5%	29.5%	28.0%	29.2%	29.3%
D.cl jst	22.1%	22.7%	22.1%	21.0%	16.3%	14.3%	15.1%	16.8%	15.6%	16.6%	22.1%

Source: see table 3.

Where: T – total transfers, Ujst – total shares of the units of subnational self-government in income tax revenues, Sjst – total block grants for the units of subnational self-government, Cyst – total dedicated grants for the units of subnational self-government.

According to table 6, the transfer incomes contribute over 70% of the incomes received by communes, counties and voivodeships. The band of changes is not wide, being 71% ± 2 percentage points. This proves that transfers have huge importance in the financial management of the Polish local governments. While the proportion of transfers alone is relatively stable, we can clearly see the increased importance of local governments' shares in income taxes after the law on local governments' revenues was amended to make them larger them. While their share in total incomes in the years 2000-2003 ranged from 12.9 to 13.8%, the year 2004 marks their raid

change upwards in excess of 21%, and even above 25% in the years 2007 and 2008. On the other hand, the significance of dedicated grants diminished; between the years 1999 and 2002 they exceeded 22% to be less than 17% from the year 2003 (i.e. before the law on local governments' incomes was amended). An exception was the year 2009, when the share was 22%. On the other hand, block grants were changed twice. Initially they showed an upward trend, between 1999 and 2003 they grew by 6 p.p., from 34.1% to 40.1%, to fall by 5 p.p. in the year when the amended law was made effective and to stay at the level. The end of the period in question is characterised by a stable share of block grants standing at the level of around 29% of total incomes derived by the local governments. The change trends are presented by the data in table 7.

Table 7. The dynamics of changes in local governments' transfer incomes in Poland, years 1999-2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do jst	100.0%	111.9%	109.6%	100.6%	98.9%	115.6%	112.5%	113.7%	112.3%	108.5%	108.6%
Transf.	100.0%	112.2%	109.4%	99.2%	96.7%	117.3%	109.9%	114.0%	112.1%	112.0%	111.7%
U jst	100.0%	98.6%	102.4%	100.5%	100.1%	194.1%	113.9%	116.6%	125.0%	108.4%	93.3%
Sub jst	100.0%	116.9%	113.8%	100.9%	106.8%	98.7%	103.6%	106.4%	106.5%	113.2%	108.9%
D.cl jst	100.0%	114.5%	106.6%	95.7%	76.7%	101.7%	118.7%	126.1%	104.4%	115.7%	144.5%

Source: see table 3.

The following conclusions can be formulated based on table 7: none of the transfer incomes grew continuously in the period in questions, year on year. The shares of some specific transfers in total incomes shrank the most in 2003 (dedicated grants), but this was a result of the share decreasing from the year 2000. On the other hand, the largest increase could be observed in 2004, when the shares in income taxes almost doubled in relation to the previous year. A look at the transfers' total share in total incomes of local governments offers shows that there were two cases when it decreased compared with its level in the previous year: in 2002 and 2003. Besides, in 2003 total incomes diminished in absolute terms and the growth in 2002 was merely symbolic.

Table 8. The structure of transfer incomes in Poland, years 1999 - 2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Transf.	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Ujst	21.7%	19.1%	17.9%	18.1%	18.8%	31.0%	32.2%	32.9%	36.7%	35.5%	29.7%
Subjst	47.4%	49.4%	51.4%	52.3%	57.8%	48.6%	45.8%	42.8%	40.6%	41.1%	40.0%
D.cljst	30.8%	31.5%	30.7%	29.6%	23.5%	20.3%	22.0%	24.3%	22.7%	23.4%	30.3%

Source: see table 3.

As far as the structure of transfer incomes alone is concerned, we can clearly see that the block grant ranked first, followed by shares in tax revenues. In the period in question both types of transfers ranged from 68.5 to 79.7%.

By analysing total transfer incomes received by local governments we can form a general picture of the funding available to them and of their capacities for fulfilling the tasks they have been assigned. That among all transfers the unconditional ones are the most important should be generally considered a positive phenomenon. What we should bear in mind, though, is how the rules for the distribution of the funds (the algorithms) are determined and what amounts the units of territorial self-government will have at their disposal. In Poland, these decisions are politicised and we can assume that the central government and the Parliament make them arbitrarily. Various mixed commissions and associations of different units of territorial self-government do not exert any major influence on the shape of solutions regulating finances of territorial self-government, including its revenues and their sources.

The importance of transfer incomes is different for different tiers of territorial self-government. The explanation of why it is so should be sought in the origin of modern Polish territorial self-government. The true picture can be drawn by analysing transfer incomes for each of the tiers: communes, counties and voivodeships, as well as communes with the rights of a county, i.e. city counties representing a special case.

Transfer incomes of the communes

Communes are privileged in terms of incomes among all other tiers of Polish self-government, not only because they represent a basic unit of territorial self-government in Poland. Their structure is different, because they have a right to collect their own taxes and at the their reinstatement they were provided with considerable assets that bring them some incomes. However, communes are not financially independent and have to be supported by the state budget. Because this article deals with revenues, own revenues will be treated here as one group, excluding the share in PIT and CIT that the Polish legislative body has categorised as own revenue and which this discussion treats as a classical transfer. The data showing the structure of communes' incomes are presented in table 9.

Table 9. The structure of communes' incomes including transfer incomes, years 1999-2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do G	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Dw G in which:	54.8%	52.5%	52.1%	49.6%	47.3%	48.2%	48.7%	47.4%	49.5%	49.3%	46.3%
UG	17.8%	15.9%	14.7%	13.1%	11.7%	14.6%	14.7%	15.2%	17.4%	18.2%	16.3%
PIT G	16.3%	14.3%	13.5%	12.1%	11.1%	13.6%	13.7%	14.2%	16.3%	17.1%	15.3%
CIT G	1.4%	1.6%	1.1%	1.1%	0.6%	1.0%	1.0%	1.0%	1.2%	1.1%	1.0%
Dw G - UG	37.0%	36.6%	37.4%	36.4%	35.6%	33.7%	34.0%	32.2%	32.1%	31.0%	30.0%
sub. G	33.6%	33.7%	36.2%	38.2%	42.2%	39.3%	35.1%	32.6%	31.3%	32.0%	33.9%
D.cl G	11.6%	13.7%	11.5%	12.2%	10.3%	12.5%	16.2%	20.0%	19.2%	18.8%	19.8%

Source: see table 3.

Where: DG – total communes' revenues, DwG – communes' own revenues, UG – total communes' share in income taxes, PITG – communes' shares in personal income tax, CITG – communes' shares in corporate income tax, DwG – UG – communes' own revenues without communes' share in income taxes, SG – the block grant for the communes, DcG – the dedicated grants for the communes. For other symbols see tables above.

According to table 9, own revenues is the major type of revenue in the communes, because their share is the largest, exceeding 46.3% of total revenue, and initially they even accounted for more than 50%. However, their proportion decreases when transfers are deducted from own revenues, the shares in income taxes are removed as a component of own revenues. In the period in question the proportion ranged from 37.4 to 30.0%. The remaining part was revenues from shares in income taxes representing from 11.7 to 18.2%), but the rates started to grow after the law on the local governments' revenues was amended. The decline in these revenues in 2009 was caused by the financial crisis that hit Poland as well. Around 1/3 of communes' revenues comes from the block grant. Its share decreased after 2004, stabilizing however at the aforementioned level. The share of dedicated grants in the income structure is found to show a different trend in communes than in the entire territorial self-government. These revenues represent around 20% of communes' total incomes and they have distinctly grown since 2005.

Transfer incomes of the counties

The counties represent a higher tier of local governments. The scope of their tasks is definitely narrower than that of the communes and their character is completely different from the tasks fulfilled by the voivodeships that deal with the regions. Because of that, counties' revenues are not high and not so diversified as communes'. The counties have very limited options for determining their own revenues and so the revenues are limited. The true picture of their financial situation is disturbed by their shares in income taxes, which has already been mentioned. The data on counties' incomes under the transferred amounts are presented in table 10. They show that counties' own revenues (including shares in income taxes) have represented since 2004 from almost 25 to nearly 33% of their total revenues. This proportion clearly increased after the counties' share in CIT revenues was increased. The actual proportion of own revenues, i.e. without the revenues provided by the share in income taxes, is much lower. However, in the period in question it showed an upward trend, growing from 4.3 to over 15% after 2004. The trend collapsed twice, the first time in 2007 and then, quite clearly, in 2009.

Table 10. The structure of counties' incomes including transfer incomes, years 1999 - 2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do P	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Dw P in which :	6.2%	7.9%	8.6%	10.8%	11.3%	24.9%	29.2%	30.8%	32.2%	32.4%	28,4%
UP	1.9%	1.4%	1.3%	1.3%	1.3%	11.1%	13.8%	14.9%	17.1%	17.3%	14,4%
PIT P	1.9%	1.4%	1.3%	1.3%	1.3%	10.3%	13.1%	14.2%	16.2%	16.5%	13,8%
CIT P	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.8%	0.7%	0.7%	0.9%	0.8%	0,7%
Dw P - UP	4.3%	6.5%	7.3%	9.5%	10.0%	13.8%	15.4%	15.9%	15.1%	15.1%	13,9%
Sub P	44.4%	47.7%	46.3%	47.0%	56.1%	50.8%	48.7%	46.1%	46.1%	48.0%	45.9%
D.cl P	49.4%	44.4%	45.1%	42.3%	32.6%	24.3%	22.1%	23.1%	21.7%	23.2%	25.8%

Source: see table 3.

Where: DPL – counties' total revenues, DwP – counties' own revenue, UP – total counties' share in income taxes, PITP – counties' share in PIT, CITP – counties' share in CIT, DwP – UP – counties' own revenue without their shares in income taxes, SP – total grant for the counties, DcP – dedicated grants for the counties. For other symbols see tables above.

Between 2000 and 2003 counties' share in the income taxes was stable, standing at around 1.3%, but in 1999 it was somewhat higher – 1.9%. After 2004 the share is considerably larger and exceeds 11%, showing a growing trend. In the period in question its value peaked in 2008 – 17.3%, however in 2009 the share distinctly declined to 13.8%, because of the financial crisis (the amount of taxable incomes grew smaller, one reason being growing unemployment).

However, the most important for the counties is the block grant. Its proportion clearly exceeds 40%, with its lowest level being noted in 1999 – 44.4% and the highest in 2003 – 56.1%. On the other hand, the dedicated grants showed a downward trend. Their highest level can be found at the

beginning of the period (and at the beginning of the counties two) and accounted for almost half of counties' revenues. Later on, after the year 2002, it dropped considerably and now ranges from 22 to 23% with some minor oscillations.

Incomes of the city counties

The city counties are a special solution in the Polish local self-government system, as one unit of this kind represents two tiers at the same time: an urban commune and a county. The city counties, there are 68 of them, are large organisms, as the category applies to units with populations in excess of 100,000 and some other cities. In terms of their share in the Polish local self-government's incomes they are ranked immediately after the communes that number 2,500 entities. This means that they are not only large but also financially strong public entities. Their revenues is the totals of the revenues granted to communes and counties. The levels of city counties' incomes are shown in table 11.

Table 11. The structure of city counties' incomes including transfer incomes, years 1999 - 2009.

Specification	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Do Pm	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Dw Pm in which:	48.7%	48.4%	47.6%	50.5%	56.3%	64.3%	66.1%	67.7%	70.3%	69.5%	66.1%
U Pm	18.9%	17.3%	17.2%	18.4%	19.6%	27.9%	28.2%	28.8%	31.2%	32.1%	29.9%
PIT Pm	17.2%	15.7%	16.0%	16.8%	17.8%	24.6%	25.1%	25.4%	27.4%	28.2%	26.7%
CIT Pm	1.6%	1.6%	1.2%	1.5%	1.8%	3.3%	3.2%	3.4%	3.8%	3.9%	3.3%
Dw Pm - U Pm	29.9%	31.1%	30.5%	32.1%	36.7%	36.4%	37.9%	38.9%	39.1%	37.4%	36.2%
Sub Pm	29.5%	31.2%	33.1%	30.5%	32.0%	24.8%	23.0%	21.3%	19.9%	20.6%	22.5%
D.cl	21.	20.	19.	19.	11.	11.	10.	11.	9.8	9.7	11.

Pm		7%	3%	3%	0%	8%	0%	9%	0%	%	%	5%
----	--	----	----	----	----	----	----	----	----	---	---	----

Source: see table 3.

Where: DPm – communes' total revenue, DwPm – communes' own revenue, UPm – total communes' share in income taxes, PITPm – communes' share in PIT, CITPm – communes' share in CIT, DwPm – UPm – communes' own revenue without their share in income taxes, SPm – block grant in the communes, DcPm – dedicated grants in the communes. For other symbols see tables above.

It follows from the data in the table the largest share is held by own revenues that in the period in question showed an upward trend. A slight drop in the incomes occurred in the years 2008 and 2009. Own revenues net of revenues from the income taxes are definitely lower (ranging from 65-54% of the revenues). After 2004, the share of own revenues without shares in income taxes was slightly below 40%. On the other hand, block grants have grown smaller since 2004 and they range within 20-23%. The around 20% share of grants in the communes' budgets in the years 1999-2003 decreased by around a half to account for approximately 11% of the total city counties' revenues after the year 2004. The share of transfer incomes in the latter units is lower by several percentage points from its level in the communes. It is so, because one of the basic types of the city counties' own revenues is revenues from the real property tax that are much lower in rural communes due to the obsolete formula of the tax operated in Poland.

Income transfers of the voivodeships

In Poland, self-governing voivodeships corresponding to the regional level represent the highest tier of local self-government. Because the voivodeships and the counties were founded according to the same rules, the situation of both these units with respect to revenues and their sources is similar. The position of the voivodeship is much better now, the reason being the role they play in distributing EU funds. The data characterising voivodeships' revenues and primarily their transfer incomes are presented in table 12.

Table 12. The structure of voivodeships' revenues including transfer incomes, years 1999 - 2009.

Specificati on	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
-------------------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------

DW		100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
D w W	in which:	18.0%	16.0%	13.4%	15.7%	15.9%	59.1%	64.9%	63.8%	68.3%	58.5%	32,3%
	UW	16.4%	14.6%	11.6%	12.8%	12.0%	55.9%	55.7%	49.3%	52.0%	44.7%	25,9%
	PITW	14.0%	12.1%	10.1%	10.9%	10.4%	7.6%	8.5%	7.3%	7.5%	7.5%	4,5%
	CITW	2.4%	2.4%	1.5%	1.9%	1.6%	48.3%	47.2%	42.1%	44.5%	37.2%	21,4%
	DwW - UW	1.6%	1.4%	1.8%	2.9%	3.9%	3.2%	9.2%	14.5%	16.3%	13.9%	6,4%
SW		34.7%	37.8%	34.4%	35.8%	33.1%	18.5%	19.1%	21.9%	18.6%	21.9%	14.3%
DcW		47.3%	46.2%	52.2%	48.5%	51.0%	22.4%	16.0%	14.2%	13.1%	23.5%	53.4%

Source: see table 3.

Where: DW – communes' total revenues, DwW – communes' own revenues, UW – total communes' shares in income tax revenues, PITW – communes' share in personal income tax revenues, CITW – communes' share in corporate income tax revenues, DwW – UW – communes' own revenues without their share in income taxes, SW – communes' block grant, DcW – communes' dedicated grants. Other symbols are explained above.

The data in table 12 show that the share of own revenues increased rapidly after 2004 (from 15.9 to 59.1%). Naturally, the reasons were the amended law on the revenues of the units of local self-government and larger shares in income tax revenues, particularly CIT. If we analyse the share of own revenues without the income tax revenues than we find that the share of own revenues was rising, but only from 2005 and rather moderately, going up from 3.2 to 9.2%. The basic source of funding in the voivodeships is their shares in income tax revenues. After 2004 they exceeded 55% and a weak upward trend could be observed, however in 2008 the shares clearly dropped and in 2009 this source of revenue almost collapsed, as the shares accounted then for only 25.9% while a year later it was 44.7% and in 2007 as much as 52.0%. The reason for this situation were as much the significant decline in corporate tax revenues, where the voivodeships have the largest share (see table 2) as the very high proportion of grants in that year. It can

be concluded, therefore, that in the last two years (excluding the year 2010), the revenues of voivodeships and other units of local self-government dropped considerably, particularly those derived from shares in income taxes.

The block grant for voivodeships was shrinking in real terms, from almost 1/3 in the years 1999-2003 to less than 20%. The large reduction in 2009 was caused, in the same way as the fall in the share of own revenues, from a considerable increase in the dedicated grants for the voivodeships.

Between 1999 -2003, the dedicated grants for voivodeships were the major source of their funding, as it accounted for almost a half of their total revenues. Then they dropped considerably to only a 13% share in 2007, but in the next year they grew by 10 p.p. and in the last year of the investigation they exceeded 53%.

Voivodeships' total transfer incomes accounted for more than 95% of their revenues, except for the years 2006-2008, when the rate was around 84%.

Conclusions

To sum up the discussion we need to state that transfer incomes are a very important source of revenues for the units of local and regional self-government, but its significance varies depending on the tier, as well as the specific type of transfer used. There are three types of transfers in Poland: a block grant underpinned by quite a complex algorithm (the grants consists of three components), dedicated (conditional) grants and shares in come tax revenues that the Polish legislature classifies as own revenues, which is contrary to logic.

The largest share of the block grant in total revenues can be found in counties followed by communes and city counties, where the share constituted approximately half of that observed in the counties. The voivodeships' block grant varied in the period in question and its level clearly decreased after 2004.

Dedicated grants constituted an important source of revenues for all units of local and regional self-government. Its largest shares were found in the counties, then communes and city counties. In the voivodeships the dedicated grants and the block grant presented a similar situation, although the share of dedicated grants clearly increased in 2009 and exceeded more than a half of total revenues (its value tripled).

Revenues from shares in income taxes were important for the voivodeships in the years 2004-2009, but in 2009 the revenue from dedicated grants clearly grew, which significantly changed relations within the voivodeship

structure of revenues. The shares in income taxes play an important role in the revenue structure of the city counties. This type of transfer was found to be the least significant in counties and communes.

Based on the above analysis it can be also concluded that the way transfer incomes have been designed may have an important effect on the financial situation of the units of subnational self-government in periods of economic fluctuations. The manifestation of the recent financial crisis was lower revenues from the share in income taxes.

Contact – email

marczak.jaroslaw@gmail.com

BUDGETARY RESPONSIBILITY

HANA MARKOVÁ

Charles University in Prague, Faculty of Law, Department of Financial Law and Financial Science, nám. Curieových 7, 116 40 Prague, Czech Republic

Abstract in original language

Rozpočtová odpovědnost je pojem, jehož obsah si mohou různí lidé vyložit různě, a to nejen v podmínkách České republiky. S financováním veřejných potřeb se potýká řada států, ale každý stát si způsob realizace volí sám. Ani Evropská unie není v tomto směru jednotná, i když existují dokumenty, které stanovují omezení v rozpočtové politice jednotlivým státům. Česká republika se snaží různými cestami dojít k efektivnosti při čerpání veřejných prostředků a tím rozpočtové odpovědnosti. Jednou z cest by mohlo být přijetí ústavního zákona upravujícího vyrovnanost státního rozpočtu (pokusy již byly učiněny – ale zatím neúspěšně), jinou cestou by mohly být změny v systému finanční správy, s tím, že je na zvážení změnit kompetence stávajících úřadů nebo zapojit do systému kontroly čerpání finančních prostředků více subjektů.

Key words in original language

Státní rozpočet; rozpočtová odpovědnost; Pakt stability a růstu.

Abstract

Budgetary responsibility is a concept whose meaning can be interpreted differently by different people not only in the Czech Republic. Number of countries need to face with financing of public needs but each state chooses the method of realisation itself. Neither the European Union is not uniform in this respect, although there are documents that set restrictions on budgetary policy to individual countries. The Czech Republic is trying to reach the effectivity in spending public funds and thus to budgetary responsibility by various methods. One possibility could be a pass of constitutional law regulating the balance of state budget (there have been some unsuccessful attempts), another way could be changes in the system of financial administration with the fact that it need to be considered a change of competences of existing offices or involvement of more subjects to the system of control of spending finances.

Key words

State budget; budget responsibility; Pact of stability and increase.

Úvodem

Rozpočtové otázky bývaly spíše na okraji zájmu laické i odborné veřejnosti, ale s nutností řešit dopady ekonomické krize, zadlužování apod, se pozornost politiků a veřejnosti více posunuje od otázek typu výše úrokových sazeb bank - na otázky rozpočtu státu a ostatních článků rozpočtové soustavy. Rozebírají se možné změny na výdajové a příjmové stránce rozpočtu, problematika možných úspor, efektivní správy apod., hovoří se o rozpočtové odpovědnosti.

Je tedy otázkou, co je to rozpočtová odpovědnost¹, jaký je její obsah, má tento pojem odpovídající vyjádření v právní úpravě naší či lze nalézt inspiraci i v jiných státech, zda má na ni vliv organizace finanční správy apod.

Pojem rozpočtová odpovědnost se objevuje zejména v dokumentech těch států, ve kterých vznikají problémy s financováním veřejných potřeb, kde vyrovnanost příjmů a výdajů státu činí problém. Jedná se tak o stanovení určitého stupně regulace buď půjček nebo o snížení výdajů státu, municipalit či o regulaci státního dluhu. Vzhledem k tomu, že jde o problém, který se dotýká stále více států, řešení se hledá nejen v jednotlivých státech, na úrovni celé EU, ale i mimo tuto oblast (nejčastěji býval pojem rozpočtové odpovědnosti spojován se zeměmi Latinské Ameriky). Pojistky proti zadlužování a přílišnému přerozdělování se objevují v samostatných zákonech či přímo ústavách v řadě zemí světa. Kvalitní veřejné finance však nelze nařídít, jakákoliv pravidla mohou mít jen pomocnou úlohu, tím že nastaví určité mantinely rozpočtovému hospodaření.

Rozpočtová odpovědnost a EU

EU může rozpočtové politiky pouze koordinovat, ale jen jednotlivé země mohou projednat a schválit vlastní pravidla pro rozpočtovou kázeň. Členské státy Evropské unie přijaly závazek na rozpočtového omezení v podobě omezení schodku veřejných financí, který smí dosahovat maximálně 3 % HDP (jinak následuje série sankcí včetně finančních pokut ve prospěch EU). I když takové omezení má podobnou právní sílu jako ústavní omezení, ukázalo se, že se toto pravidlo v EU příliš striktně nedodržuje a ani se přísně nevymáhá jeho dodržování ve stejné míře u všech členů, porušujících toto pravidlo.

1 Označení, které si dala současná česká vláda

Právo Evropských společenství neupravuje výslovně otázky, které jsou např. předmětem zákona o státním rozpočtu, reaguje však na přímo závazné právní akty Evropských společenství provádějící primární právo, které upravuje postup při nadměrném schodku. V čl. 104 Smlouvy o založení Evropského společenství se ukládá státům povinnost vyvarovat se nadměrných schodků veřejných financí. V Protokolu ke Smlouvě o založení Evropského společenství se stanovila pravidla postupu při nadměrném schodku nad povolenou výši schodku a opatření v případě jeho výskytu, včetně možnosti uvalení sankcí.² Tento postup byl dále specifikován v tzv. Paktu stability a růstu (dále jen Pakt), který má zaručit posílení procedur vyplývajících z Maastrichtské smlouvy v oblasti deficitu veřejných rozpočtů i v době fungování měnové unie.

Při vzniku a přijetí Paktu se vycházelo z předpokladu, že rozpočtová disciplína je základním prvkem makroekonomické stability a fiskální pravidla posilují kredibilitu hospodářské politiky, a také z potřeby společenství eliminovat problém zemí, které by pouze využívaly krátkodobé výhody deficitního financování a zároveň stabilní jednotné měny. Cílem Paktu se stala deklarace nutnosti zdravých veřejných financí jakožto prostředku posilujícího podmínky pro stabilitu cen a silný udržitelný růst, přispívající k vytváření pracovních míst. Pakt se stal v podstatě „prodloužením“ maastrichtských požadavků na fiskální stabilitu, avšak oproti konvergenčnímu limitu 3 % HDP požaduje i střednědobě vyrovnané veřejné rozpočty.

Pakt je tvořen několika dokumenty. Na prvním místě je třeba uvést Nařízení Rady (ES) č. 3605/93 ze dne 22. listopadu 1993, což je dokument o použití Protokolu o postupu při nadměrném schodku, připojeného ke Smlouvě o založení Evropského společenství. Dalším dokumentem je Nařízení Rady (ES) č. 1466/97 ze dne 7. července 1997, o posílení dohledu nad stavy rozpočtů a nad hospodářskými politikami a o posílení koordinace hospodářských politik, které je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech. Dodržování střednědobého cíle téměř vyrovnaného nebo přebytkového stavu rozpočtů umožňuje členským státům vypořádat se s běžnými konjunkturálními výkyvy a přitom udržovat schodek veřejných rozpočtů v maximální výši odpovídající referenční hodnotě 3 % HDP. Třetím z dokumentů, zařazeným k Paktu, je Nařízení Rady (ES) č. 1467/97 ze dne 7. července 1997 o urychlení a vyjasnění postupu při nadměrném schodku, které se také stalo závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech. Toto nařízení obsahuje ustanovení k urychlení a vyjasnění postupu při nadměrném schodku a jeho cílem je zabránit vzniku nadměrných schodků veřejných

2 Blíže viz Marková H.: Role Paktu stability a růstu v rozpočtovém hospodaření in Finanční právo v souvislostech potřeb národního státu a harmonizace práva EU, Mezinárodní a srovnávací revue, č. 14/2005, str. 17 an.

financí, a pokud již k jejich vzniku dojde, napomoci jejich rychlému odstranění. Usnesení Evropské rady ze dne 17. června 1997 o Paktu stability a růstu, které spolu s ostatními uvedenými dokumenty a v souladu s článkem D Smlouvy o Evropské unii, stanoví obecné politické směry pro řádné a včasné provedení Paktu stability a růstu, je důležité zejména pro dodržování střednědobého cíle - téměř vyrovnaného nebo přebytkového stavu rozpočtů - k čemuž se všechny členské státy zavázaly, a pro přijetí nápravných rozpočtových opatření, která považují za potřebná k docílení stability, a pro zavedení konvergenčních programů, pokud získané informace naznačují současné nebo očekávané odchýlení od střednědobého rozpočtového cíle.

Na zasedání summitu Evropské unie ve dnech 22. a 23.3. 2005 v Bruselu byla přijata Dohoda o změně pravidel rozpočtového hospodaření států, která je považována za součást Paktu. Podle dohody Evropská komise zahájí řízení s každým, kdo pravidla poruší, a vydá doporučení kdy a jak rozpočtový deficit snížit. Země, která pravidla poruší, by měla být potrestána sankcemi. Ze stany Německa a Francie však byla prosazena řada výjimek, k nimž by měla Komise přihlídnout dříve než začne trestat.³

Řešení rozpočtové odpovědnosti v některých státech

Otázky rozpočtové odpovědnosti, kromě dokumentů přijatých Evropskou komisí, řeší jednotlivé státy buď přímo v Ústavě nebo v navazujících zákonech.

Německo, v návaznosti na Ústavou vymezené rozpočtové omezení,⁴ přijalo zákonnou úpravu v této oblasti v roce 2009. Zákon stanovil jak pro spolek, tak jednotlivé země lhůty, do kterých mají plánovat rozpočty tak, aby zadlužení nestoupalo, ale klesalo. K zákonu byl zaveden ještě tzv. Kooperativní systém včasného varování, který má přispět k realizaci uvedených cílů. V jeho rámci má být založena tzv. Stabilizační rada, která má dohlížet zejména nad konsolidačními kroky jednotlivých zemí a spolku. Zákon⁵ je v současné podobě kritizován vzhledem k řadě výjimek či pro

3 Např. Německo tak může své dluhy „očistit“ od investic do východu země. Je stanoveno, že země, které se porušení pravidel týká, si může vyjednat toto odvrácení, pokud prokáže, že má vyšší dluhy z toho důvodu že investovala do mezinárodní solidarity (výdaje na rozvojovou pomoc a obranu), dosažení evropských politických cílů (zejména do sjednocení Evropy), vzdělání, vědy, výzkumu a zvýšení zaměstnanosti, veřejné infrastruktury reform, které vedou ke snížení dluhů a vylepšení situace veřejných financí či do penzijní reformy. Dalším pravidlem se stává to, že země, která má vyšší schodky by měla svůj schodek každý rok snižovat o 0,5 % HDP.

4 Vládě kancléřky Merkelové se podařilo v roce 2009 prosadit změnu ústavy, která omezí zadlužování země. Ústava ve svém čl.115 nyní připouští maximální deficit ve výši 0,35 % HDP, přičemž povinnost toto cíle dosáhnout je odložena na rok 2016.

5 Gesetz zur Änderung des Bundesgesetzes

určitý nesoulad s ústavními principy, zejména rozpočtovou autonomií zemí a dělbou pracomocí.

Britský úřad pro rozpočtovou odpovědnost (Office for Budget Responsibility) byl zřízen v květnu 2009. Tento úřad připravuje předpovědi příštího hospodářského růstu a další ukazatele, týkají se Velké Británie, zcela nezávisle na ministerstvu financí. Vznik úřadu se dá považovat za politický krok, který má depolitizovat klíčová rozhodování o budoucích příjmech a výdajích vlády a sloužit jako ochrana před nadměrným zadlužováním veřejných financí. Zda a jak může tento úřad pomoci Británii v boji proti ekonomické krizi, je otázka na kterou nemají jednoznačnou odpověď ani renomovaní britští finanční experti. V letošním roce byl přijat Zákon o fiskální odpovědnosti 2010 , někdy označovaný také jako Zákon o stabilitě (Fiscal Responsibility Act 2010), který stanovuje povinnosti pro zajištění zdravých veřejných financí, včt. podávání Zpráv o plnění a pokroku (Progress and Compliance Reports) a zajišťuje tak odpovědnost vlády vůči parlamentu. Politika řízení dluhu a fiskální politika mají být v souladu s pěti principy, kterými jsou transparentnost, stabilita, odpovědnost ve vedení veřejných financí, spravedlnost (včetně mezigenerační spravedlnosti) a efektivnost.⁶

Španělsko se vydalo v rozpočtové oblasti cestou omezení rizik z půjčování peněz ze strany místních úřadů tím, že tyto úřady musí mít souhlas vlády či autonomní oblasti a zároveň musí schválit finanční stabilizační plán, který obsahuje vymezení toho, jak se dosáhne na vyrovnanost rozpočtu, pokud se např. rozhoduje o nějaké půjčce. Ve velkých městech (nad 200 tis.obyvatel) musí být schvalován rozpočtový konsolidační rámec, který stanoví stropy pro deficity a maximální dluh pro následující tři roky.

Itálie má od roku 1998 tzv. Domácí stabilizační pakt, který v podobě zákona, vymezuje podmínky pro nakládání s veřejnými prostředky místními orgány. Tento zákon má přispět ke snížení zadlužení státu jako celku. Místní orgány mají např. stanoveno snižovat každoročně své výdaje zhruba o 1%, ale v praxi se toto opatření příliš neprojevílo. Zákon sice obsahuje také určité sankce za nedodržení podmínek, ale jejich vymožitelnost se ukázala dosti problematická.

Polsko má rozpočtové omezení státního dluhu přímo v ústavě, kde je uvedeno, že polský národní veřejný dluh tvoří maximálně 60% ročního HDP. Další zákony – např. zákon o veřejných financích z roku 1998 stanovil restriktce na místní deficity, a to ve vazbě ke státnímu deficitu. Bude-li národní veřejný dluh vyšší než 60% HDP, nemůže být povolen ani veřejný dluh municipalit a nesmí být poskytnuta žádná nová garance v daném ani příštím roce.

6 Podrobněji viz http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100003_en.pdf

Maďarsko zavedlo pravidlo omezující nárůst výdajů, který se v minulosti stal příčinou špatné disciplíny. Podle George Kopitse, ředitele maďarské fiskální rady⁷, musí dobrá a stabilní fiskální politika stát na čtyřech hlavních pilířích. První představuje fiskální pravidlo číselné povahy, například cílová míra dluhu nebo závazek dosahovat v průběhu hospodářského cyklu rozpočtového přebytku ve výši jednoho procenta HDP (což je závazek, který si např. stanovilo Chile). Druhý pilíř tvoří soubor "prováděcích" norem, mezi něž patří kupříkladu strop pro zvyšování platů ve veřejném sektoru nebo pravidlo průběžného financování (takzvané "pay-go"). Opatření, které nyní prosazuje Maďarsko (do roku 2002 platilo v USA) spočívá v tom, že veškeré nové výdaje musejí vyvážit zvýšení daní nebo škrtů v jiných oblastech. Třetím požadavkem je dohled ze strany nezávislého a autoritativního orgánu, který musí bdít nad poctivostí vlády, což je možné zaručit čtvrtým pilířem, úplným a jasným účetnictvím veřejného sektoru, kde budou figurovat i veškeré budoucí výdaje, například na důchody. Kombinace těchto složek liší v závislosti na politické kultuře.

Posledních několik měsíců se ukazuje, že se proces určitého sjednocování právních úprav v Evropě zřejmě stále více přesouvá do oblasti práva rozpočtového. Problematice veřejných financí, rozpočtů jednotlivých států, rozpočtu společného, zadlužování států a s tím spojenými problémy, které se objevují, bude třeba věnovat stále větší pozornost a jejich řešení si zřejmě také vyžádá společný postup. Jak se tento proces promítne do vnitrostátních zákonodárství je v dané chvíli těžko odhadnout, ale je zřejmé, že bude-li docházet k prohloubení integračních procesů není do budoucna vyloučeno vytvoření toho, čemu se většina států spojených v EU stále brání, určitého společného fiskálního území.

Problematikou rozpočtového hospodaření a jeho vyrovnanosti se zabývají také státy mimo EU – v Evropě např. Švýcarsko, které se v rámci tzv. Harmonizovaného účetního modelu řeší oddělenost účtování provozu a investic s tím, že přebytky či deficity mají být eliminovány cestou úpravy daní.⁸ I když v prosinci 2001 Švýcaři v referendu schválili změnu ústavy, podle které „Konfederace udržuje příjmy a výdaje vždy v rovnováze“, je možné v mimořádné situaci schválit deficit, kvalifikovanou většinou všech zákonodárců v obou komorách s tím, že deficit musí být vykompenzován v následujících letech.

USA mají zřízený Kongresový rozpočtový úřad - CBO. Odpovědné rozpočtování je upraveno na federální úrovni obecně. V roce 1991 byly

7 Čtyři fiskální pravidla - Ekonom ihned.cz ,17. 9. 2009

8 Effects on the financial autonomy of local and regional authorities resulting from the limits set at European level on national debt (Local and Regional Authorities in Europe No. 71) (2000)

přijaty dodatky k zákonu o realizaci rozpočtu (Budget Enforcement Act – Amendments to the Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act) které mají zajistit šetření na nepovinných výdajích⁹. Je v nich i požadavek, aby každé další opatření - zvyšující výdaje či snižující příjmy - bylo kompenzováno jiným opatřením opačného směru. Požadavkem je zajistit plnění deficitních cílů stanovených v zákoně o kontrole rozpočtu (Congressional Budget and Impoundment Control Act). V zákonech jsou sice stanoveny určité výdajové stropy, ale tyto jsou často měněny a často jsou závislé na politickém rozhodnutí.¹⁰ Ačkoliv Spojené státy nemají federální pojistku proti zadlužování, limity existují v řadě jednotlivých států. Zákonodárnému sboru zakazuje zadlužování např. Ústava Kalifornie, a to „kromě případu války s cílem odrazit invazi nebo potlačení revoluce“. Výjimečně je zadlužení možné jen za souhlasu minimálně dvoutřetinové většiny, a to jen tehdy, když existuje plán splacení půjčky na konkrétní projekt. Omezení růstu vládních výdajů má od roku 1992 přímo v ústavě také stát Colorado.¹¹

Země Jižní Ameriky musely řešit vztahy rozpočtové odpovědnosti – vzhledem k ekonomickým problémům, se kterými se potýkaly - již dříve a dá se říci, že většina států se se s touto otázkou vypořádala. Týká se nejen velkých států jako je Brazílie či Argentina, ale také další státy jako Kolumbie, Ekvádor, Peru či Chile mají s právní úpravou vyrovnanosti rozpočtu či řešení státního dluhu svoje zkušenosti. Např. Brazílie má obsáhlý zákon o fiskální odpovědnosti, který upravuje nejen státní, ale také lokální veřejné finance, které se – více než státní finance - potýkají s liknavostí při řešení výdajů, splátek apod. Chile při tvorbě pravidel rozpočtového hospodaření přihlíželo k proměnlivým příjmům z měďářského průmyslu, Ekvádor má organický zákon o odpovědnosti omezující výši dluhové služby, Peru zákon o Fiskální opatrnosti a transparentnosti apod.¹²

Mezi státy s právní úpravou na nejvyšší úrovni bývá řazen např. Nový Zéland¹³. Od roku 1994 tam platí Zákon o rozpočtové odpovědnosti, který byl začleněn do Zákona o veřejných financích. Tento zákon obsahuje řadu principů, které musí vláda dodržovat a které, vzhledem k jejich obecnosti, mohou inspirovat jiné státy a přispět tak k odpovědnému fiskálnímu řízení.

9 www.legis.state.wi.us/lfb/jfc.html

10 www.rules.house.gov/Archives/jcoc2.htm

11 Mach P. :Proč potřebujeme zákon o vyrovnaném rozpočtu, www.idnes.cz 16.6 2010

12 [Http://www.worldbank.org/publicsector/pe/BudgetLaws](http://www.worldbank.org/publicsector/pe/BudgetLaws)

13 [Http://www.treasury.govt.nz/publications/research-policy/wp/2001/01-25/04.htm](http://www.treasury.govt.nz/publications/research-policy/wp/2001/01-25/04.htm)

Je tedy otázkou, zda orgány, které mají za úkol kontrolovat rozpočtovou oblast, tvoří součást systému finančních orgánů a jsou nadány také dalšími úkoly. Další otázkou je, zda speciální orgány vznikají pouze na centrální úrovni, zda jde o speciální samostatný subjekt ve státě, který se jinou činností nezabývá nebo zda speciální zákon není a vše je podřízeno obecnému režimu kontroly apod.

Situace České republiky

Již od počátku 90. let minulého století existuje v českém prostředí snaha určitých skupin politiků o ústavní zakotvení určitého cíle v hospodářské činnosti státu, kterým by měl být vyrovnaný státní rozpočet. Legislativně technicky bylo provedení tohoto státního cíle navrhováno různým způsobem. Např. v roce 1998 navrhovatelé požadovali zakotvení jediné věty: „Státní rozpočet České republiky se navrhuje a schvaluje tak, aby v daném rozpočtovém roce výdaje státního rozpočtu na zabezpečení úkolů a krytí potřeb České republiky nepřevýšily příjmy státního rozpočtu.“¹⁴

V případě tohoto návrhu (jak se uvádí v důvodové zprávě) má jít o to, že výdajovou stránku státního rozpočtu je třeba určit pouze na úrovni očekávaných příjmů v daném fiskálním období. Deficitní hospodaření je z pohledu předkladatelů v dlouhodobém výhledu škodlivé, neboť ve své podstatě odčerpává vytvořené zdroje především soukromému sektoru. Tento sektor je, dle předloženého návrhu, schopen podstatně lépe než stát, využívat zmíněné zdroje prostřednictvím svobodného trhu. Návrh ústavního zákona považovali předkladatelé¹⁵ za výjimečný, průlomový z hlediska naší legislativy, ale tento návrh nebyl přijat.

V roce 2002 byla již myšlenka na reformu rozpočtového hospodaření předložena v rozpracovanější podobě a návrh ústavního zákona měl v názvu slov „o rozpočtové kázní“. Jeho obsahem bylo zakotvení rozpočtové kázně jako hlavní priority rozpočtových a finančních procesů v České republice. Navrhována byla nová právní úprava vztahu vlády a Poslanecké sněmovny v rozpočtové oblasti. Vládě měla být stanovena povinnost usilovat o takový vývoj hospodaření soustavy veřejných rozpočtů, který umožní České republice v dlouhodobém časovém horizontu dosahovat vyrovnaného výsledku hospodaření soustavy veřejných rozpočtů. Zároveň se vládě ukládalo dbát o takový vývoj celkového veřejného dluhu České republiky, aby v budoucnu neměl nepříznivý vliv na stabilitu veřejných financí státu. Vláda též měla provádět takovou rozpočtovou politiku, která by odpovídala

14 www.psp.cz, sněmovní tisk 32 z roku 1998 a sněmovní tisk 115 z roku 2002

15 poslanci Martin Kocourek a Oldřich Vojtěch

přiměřenému stupni jejich stability veřejných financí.¹⁶ V návrhu byla dále stanovena povinnost vlády každoročně zpracovat zprávu o rozpočtové strategii a zcela nově návrh obsahoval ustanovení o různých rozpočtových režimech. Úpravy se předpokládaly také v části věnované procesu schvalování návrhu zákona o státním rozpočtu. Měly být zavedeny tři rozpočtové režimy (normální, zvýšené pozornosti a mimořádné situace), pro jejichž schválení by byla potřeba odlišná většina poslanců (např. u rozpočtového režimu mimořádné situace byla vyžadována ústavní většina). Smysl takto vymezeného státního cíle lze chápat symbolicky, bez větších právních důsledků, jako výzvu pro státní instituce, aby určitým způsobem hospodařily se státními prostředky ale pak je obtížné pochopit praktický význam této výzvy. Pokud by to měla být reálná změna rozpočtové sféry, potom praktické naplnění bylo podstatně složitější, a to např. z pohledu právní úpravy. Právní zakotvení procedury přijímání zákonů dotýkajících se rozpočtových pravidel by problém nečinilo, nutně by ale muselo dojít i ke změně zákonů, které by mohly mít vliv na výši příjmů či výdajů státního rozpočtu, a to už by bylo mnohem složitější. Navrhovaný postup byl takový, že bylo možné v budoucnu očekávat projednání některých zákonů či jejich částí Ústavním soudem z hlediska jejich souladu s Ústavou.¹⁷ I když ani tento návrh nebyl přijat, může se některý z naznačených problémů projevit v následujícím období, pokud budou přijaty některé změny zákonů, které mají pomoci řešit aktuální problém snížení rozpočtového schodku. Není vyloučeno, že se k některým myšlenkám v návrhu z roku 2002 vláda vrátí.¹⁸

Debata o rozpočtových pravidlech se proto větví na jedné straně na téma, jak učinit rozpočtová pravidla flexibilnější (závazek vyrovnávat rozpočet klouzavě během úplného ekonomického cyklu), na druhé straně na téma, jak účinně omezit tlak populistických krátkozrakých a lobbistických zájmů na rozhodování politiků během volebního období. K tomu je třeba ještě připočítat otázku zajištění kontroly rozpočtových příjmů a výdajů ve stávajícím systému finančních orgánů a roli Nejvyššího kontrolního úřadu. V ČR se diskutuje např. princip povinnosti vlády požádat sněmovnu o důvěru, pokud by opakovaně překročila deficit, či nebyl schválen státní

16 Marková H.: Stát, veřejný rozpočet a zásady jeho tvorby a realizace v období překonávání důsledků hospodářské krize, in Soubor odborných statí z IX. mezinárodní vědecké konference, Leges Praha 2010

17 Šimiček V.: Vyrovnaný státní rozpočet – téma i pro ústavní právo, in www.jinéprávo.blogspot.com 19.3.2010

18 V roce 2009 zařadili do svého programu ústavní omezení rozpočtového hospodaření např. Svobodní, kteří se opírají o teorii konstituční ekonomie nositele Nobelovy ceny Jamese Buchanana. Ke stejnému teoretikovi se přihlásila ve svém programu také ODS, která na základě jeho myšlenek předpokládá přijetí ústavního zákona o rozpočtové kázní a odpovědnosti.

závěrečný účet.¹⁹ Je proto otázkou, zda se mají do systému finančních orgánů řadit ty, kdož provádějí veřejnosprávní kontrolu podle zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů nebo jen ty orgány, které uvádí zákon č.531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů. Otázkou je také zařazení NKÚ do tohoto systému.

Je zřejmé, že ve všech případech, kdy dochází ke kontrole nakládání s veřejnými finančními zdroji, jde o činnost, která přispívá k rozpočtové kázní, rozpočtové odpovědnosti. Další otázkou proto je, zda by se nemělo změnit přístupu k tomu, jak a co umožňuje náš systém finanční správy a zda by nestálo za zamyšlení, když již existují návrhy na vytvoření Jednotného inkasního místa, vytvoření efektivnějšího systému finanční kontroly, který by vedl k rozpočtové odpovědnosti u subjektů, které jsou na veřejný rozpočet navázány a které prostředky rozpočtu využívají ke své činnosti.

Závěr

Pro odpověď na otázku co je to rozpočtová odpovědnost jaký je její obsah, zda má tento pojem odpovídající vyjádření v právní úpravě naší či lze nalézt inspiraci i v jiných státech. Také na vymezení toho, zda má vliv na rozpočtovou odpovědnost organizace finanční správy, se čeká. Je třeba se rozhodnout, zda má dojít ke změnám v kompetencích stávajících orgánů či mají vzniknout orgány nové nebo stačí změnit rozpočtová pravidla atd. Úkoly navrhnout a předložit takové návrhy řešení, které by pomohly na uvedené otázky najít odpověď, lze chápat jako výzvu pro nejen politiky, ale také pro finanční vědu a následně zákonodárce.

Contact – email

markova@prf.cuni.cz

¹⁹ Nečasova vláda chce navrhnout zákon o rozpočtové kázní a odpovědnosti (v podobě tzv. finanční ústavy). Podle koaliční smlouvy mají být např. přísnější pravidla pro tzv. druhé čtení rozpočtu (nebude možné předkládat návrhy, které povedou k vyšším výdajům).

LEGAL REGULATION ON MUNICIPAL BUDGETS’ EXPENDITURE

DOVILE MINGELAITE - VAITIEKUS NOVIKEVICIUS

Mykolas Romeris University, Faculty of Economics and Finance
Management, Lithuania

Abstract in original language

The article analyzes municipal budgets’ expenditure (appropriations), their management system and legal regulation in Lithuania. Moreover, the authors analyze a structure of municipal budgets’ expenditure. The legal regulation of municipal budgets’ expenditure is of huge significance for optimizing the management of municipal finances. When implementing rights and obligations assigned by legislation self-government institutions have to develop and improve an economic, social and cultural structure of the governed territory by adjusting this to the state interests.

Key words in original language

Municipal expenditure (appropriations); municipal budgets, municipal budgets’ appropriations, municipal finances, fiscal decentralization.

In the state the adopted legislation has to establish a development of democracy, an objective to create legal preconditions for citizens to participate in the conduct of public affairs, to make decisions and express their opinion. The preamble of European Charter of Local Self-Government¹ establishes that self-government institutions are the foundations of any democratic regime and that the right of citizens to participate in the conduct of public affairs is one of the democratic principles. Local self-government denotes the right of local authorities to manage public affairs and address any arising problems according to the procedure established by the laws under their own full responsibility and in the interests of the citizens.

A financial independence of the municipalities is defined by a degree of fiscal decentralization. Strengthening the municipalities’ independence and development of their functions at the same time addressing any arising financial issues would be one of the tendencies of improving the state management. Authority elected by the local population is independent to the extent it is able to manage its own finances and to make the related decisions independently. Financial independence is perceived as the right of

¹ European Charter of Local Self-Government // Valstybes zinios (State Gazette). 1999, No. 82-2418.

the municipality to form its own budget and plan revenue sources and expenditure (appropriations).

The legal regulation of the municipalities' expenditure includes determination of a legal status or a legal position of legal subjects and establishment of a legislative base that determines by legislation rights and obligations of participants of financial relations.

The legal regulation of budget expenditure of the municipalities of the Republic of Lithuania is extremely important for optimizing the management of municipalities' finances. Only economical and rational planning, approval and execution of expenditure (appropriations) ensure transparent and useful activity of the self-government institutions and the quality of services provided for the local citizens. When implementing rights and obligations assigned by legislation self-government institutions have to develop and improve an economic, social and cultural structure of the governed territory by adjusting this to the state interests.

Municipal budgets' expenditure (appropriations) and their management is a relevant topic for analysis. It is important to plan, approve and execute municipal budgets, to seek for a balance, to control expenditure as efficient as possible and to carry out a policy of reducing the expenditure. As Lithuania is a member of European Union, it is important to develop and improve the state governance by implementing provisions of European Charter of Local Self-Government as well as European Union directives and regulations that establishes a development of fiscal decentralization.

Audits carried out by National Audit Office as well as their results show that the financial management and accounting performed by the municipal institutions are improving and developing, however, accountability for the activity results is still insufficient.

In this article the authors analyze municipal budgets' expenditure, their structure and management as well as the legal regulation of municipal budgets' expenditure. Moreover, the article reveals other peculiarities of formation of municipal budgets' expenditure and of implementation of municipal budgets' expenditure.

Local authorities carry out functions within the limits established by the Constitution and laws under their responsibility and, most importantly, in the interest of local population. Certain financial resources that every municipality could dispose of are necessary for implementing the planned tasks and objectives. Financing is necessary for developing and performing every activity. Financial independence has to be expanded and ensured for municipalities on the basis of fiscal decentralization.

State budget expenditure and municipal budgets expenditure ratio is one of assessment criteria of fiscal decentralization. The bigger proportion of

municipalities' expenditure in state budget expenditure is, the larger decentralization of public finances is. However, it is necessary to emphasize that when decentralization of public finances increases, financial independence of municipalities does not always increase, but when financial autonomy of municipalities increases, decentralization of public finances always increases. For instance: when the state delegates a certain function to a municipality, which is financed out of a state budget, decentralization increases, however, financial independence of municipalities does not increase. Hence, the main aim of local financial independent self-government is to ensure that the will of the majority of the society would be fulfilled and that equality of rights of citizens and their freedom of self-determination would be recognized when making decisions and conducting community affairs.

Article 127(1) of the Constitution of the Republic of Lithuania² provides that the budgetary system of the Republic of Lithuania shall consist of an independent state budget of the Republic of Lithuania and independent municipal budgets. A state budget of the Republic of Lithuania – a plan of the state budgetary revenue and appropriations approved by Seimas for a budgetary year. A municipal budget – a plan of municipal budgetary revenue and appropriations approved by municipal councils for a budgetary year.³ State budget funds are used for financing common state needs. Funds for financing social, economic and any other programmes of local significance as well as for maintaining local municipal authorities and institutions are accumulated in municipal budgets. Collection of municipal budgetary funds is based on the need of financing the implementation of programmes of local significance.

Every municipality out of 60 draws up and approves their budgets every year. This right (as well as duty) of local municipalities is established in Article 121(1) of the Constitution. Budgets approved by local municipalities together with a state budget of the Republic of Lithuania then become a constituent part of Lithuanian budgetary system.

Article 2 of the Law on Methodology of Determination of Municipal Budgetary Revenues regulates municipal budgetary revenues that consist of tax revenue, non-tax revenue and state budget allocations.⁴

² The Constitution of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 1992, No. 33-1014.

³ Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

⁴ Law on Methodology of Determination of Municipal Budgetary Revenues of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette).-2001, No.: 94-3307.

Article 22 of the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania regulates municipal budgetary revenue. It consists of: 1) revenue received from taxes; 2) revenue received from municipalities' property (except revenue received in accordance with the Law on Privatization of State and Municipal Property); 3) revenue of municipal budgetary institutions; 4) revenue received from rented or given to use state land or water bodies of the state fund of inland water and after the state allocates funds for sold state pieces of land for non-agricultural purpose; 5) state budget allocations and other transferrable funds; 6) non-returnable financial support (funds); 7) other revenue provided for by law.⁵

Payments for realization of fixed tangible and intangible assets are also ascribed to municipal budgetary revenue.

The Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania establishes appropriations of the state and municipal budgets (expenditure). Article 2 of this Law presents a concept of appropriations⁶ - an amount of funds determined in a budget for expenditure of budgetary institutions and other subjects, whose access to budgetary funds is provided for in laws which regulate their activity field or in decisions of the Government adopted following directly applicable European Union legislation and international treaties that establish the procedures for administration of financial support provided by European Union or separate states to Lithuania, as well as for acquisition of fixed tangible and intangible assets or strategic stocks. An appropriation manager has the right to receive such amount from funds accumulated in a budget for financing approved programmes in a budgetary year by submitting an application to an institution which administrates the state treasury or to administration of municipalities.

Appropriations are used only for carrying out the functions of municipalities and for implementing programmes approved by municipal councils. Financing of any other not approved programmes is not possible.

Articles 5, 6 and 7 of the existing Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania are dedicated to the functions of municipalities.⁷ Comparing with the Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania which was in effect prior 29 November 2008 a group of assigned (limitedly independent) functions was excluded from the current edition of

⁵ Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

⁶ Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

⁷ Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 2000, No. 10-12.

the law. Separation of contractual functions into a separate group was also rejected however municipalities' right to delegate the state functions to municipalities to carry out on the basis of agreements remained. Usually these functions are of short-term nature or seasonal. The Law regulates only two groups of municipalities' functions – the independent and the state (delegated to municipalities) functions. These functions assigned to municipalities are directly related to budget expenditure (appropriations). It is impossible to carry out any functions, if certain finances are not allocated to carry out these functions. This is the basis of budget expenditure. When analyzing financial independence of municipalities, its increase and development, we have to pay attention to the fact that the more state functions are assigned to a municipality, the more allocations are granted from a state budget and this all by itself reduces financial independence of municipalities and more and more funds are reallocated through a state budget.

Article 9 of the Law on Budget Structure stipulates that municipal budget appropriations are divided according to economic and functional classifications.

Budget classification – allocation of all budgetary revenue and expenditure according to predetermined criteria. The criteria of classification of budgetary revenue and expenditure are determined by legal norms. When classifying budgetary revenue and expenditure it is tried to determine planned revenue and expenditure as precise as possible. In this way it is tried to plan and implement a budget and to perform its implementation control correctly and precisely.

Economic classification – allocation of expenditure according to economic criteria. Expenditure can be divided into current expenditure and expenditure for financing long-term investments. Appropriations for financing long-term investments are intended for purchasing and creating fixed tangible or intangible assets. Fixed assets are such assets which will be used in activity longer than for one year. Moreover, such assets will be created or acquired longer than within one budgetary year. Current expenditure is intended for ensuring a proper daily activity of municipal institutions (municipal council, municipality administration), for maintaining municipal authorities and for operating available facilities, etc. Wages, social insurance contributions, expenses related to provided services and goods, social benefits and other can be ascribed to such expenditures.

Functional classification – allocation of appropriations according to the functions carried out by municipalities. Budgetary appropriations are intended for implementation of existing cultural, educational, health service, social and other programmes.

When drawing up, approving and implementing their budgets municipalities must follow a certain established procedure. The procedure has to be

perceived not only as actions the aim of which is to draw up and approve a budget (as a document having legal force) but also as requirements for contents and form of this document. Uniform classification of revenue and expenditure as well as uniform principles of preparing accounting and accountability are used in implementation of principles of public finances, including municipalities, and principles of publicity and transparency when drawing up and approving municipal budgets.⁸

In Lithuania financial departments of municipalities' administrations follow the following main guidelines of drawing up and approving municipal budgets when drawing up draft budgets of municipalities:

Preparation of draft budgets of municipalities is organized by executive institutions of municipalities. Prior to 2003 draft budgets of municipalities used to be prepared in accordance with the procedures established by a municipal board. At the moment when the institutional management level of a board is absent, municipal administration is responsible for drawing up draft budgets. Draft budgets of municipalities drawn up by directors of municipal administration, where the principles set and established in the methodology of strategic planning are implemented, are accordingly adjusted and supplemented in accordance with the needs of a particular municipality.

Article 26 of the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania establishes that draft budgets of municipalities are prepared in accordance with the Law on Budget Structure, other laws, financial indicators of municipal budgets approved by Seimas of the Republic of Lithuania, state statistical data, rules of drawing up and implementing budgets approved by the Government, social and economic programmes, as well as with programmes of municipal budgetary appropriation managers and their draft estimates.⁹ Every year the Parliament adopts financial indicators of a state budget and of municipal budgets on the basis of which municipalities have to plan their own budgets. It should be noted that allocations of a specific purpose, the use of which is strictly regulated, granted by the State constitute the largest part of the structure of the municipal budgetary revenue. Then, a municipality really does not have any true financial independence and any planning becomes harder.

⁸ D. Mingélaitė, D. Vasarienė Public property: income of municipalities' budgets // Days of Law (Collection of abstracts accompanying CD contains the international conference proceedings and all contributions in electronic (PDF) form). Masarykova univerzita, Brno, Czech Republic. ISBN 978-80-210-4733-4. 2008.

⁹ Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios (State gazette). 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

Municipal budget appropriation managers prepare their draft estimates of expenditure and organize preparation of draft estimates of expenditure of their subordinate institutions following the procedure for drawing up draft budgets of municipalities established by a director of municipal administration.

Municipal administrations check whether calculations provided in draft estimates of expenditure are accurate, whether an economy regime is kept, whether appropriations to cover current debts are provided for and, if necessary, specify the appropriations and include them into draft budgets of municipalities. In this phase of drawing up a budget legal regulation of expenditure is evident through the activity of administrative subjects and the functions they carry out.

Municipal administrations submit the prepared draft budgets of municipalities to municipal councils. Municipal councils consider the draft budgets taking into consideration reports of municipal administrations as well as proposals and conclusions of committees of municipal councils.

In order to achieve more efficient management of public financial resources in Lithuania Seimas adopted a resolution on Conception of Budget Structure and initiated a reform of budget structure in 1998¹⁰. In Lithuania in the field of public finances and public administration two significant novelties were introduced – strategic plans and a programme-based budget. This decision was important for increasing efficiency and transparency of management of public sector finances. Experts from World Bank distinguished Lithuania as one of the most successful examples among the Member States of European Union in introducing the principles of the programme-based budget, strategic organization of activity and financial planning. The main principle of the programme-based budgets is to focus on the activity, results and objectives.

The essence of strategic planning, which determines a system of strategic planning, principles, a procedure for drawing up strategic planning documents (strategies, programmes, strategic activity plans) and annual activity plan, supervision and assessment of implementation as well as accountability for results, is established in the resolution of the Government of the Republic of Lithuania of 6 June 2002.¹¹ The Resolution of the

¹⁰ Resolution of Seimas 1998-10-22 “On the Conception of Budget Structure of the Republic of Lithuania” of 22.10.1998. Valstybes zinios (State gazette), 30.10.1998, No. 95-2637.

¹¹ Resolutions of the Government of the Republic of Lithuania of 16 July 2004 No. 902 “On Amendment of the Resolution of the Government of the Republic of Lithuania of 6 June 2002 No. 827 ‘On Approval of Methodology of Strategic Planning’”// Valstybes zinios (State gazette). 2004, No. 112-4187.

Government of 15 June 2004¹², which establishes preparation of draft budgets of municipalities, recommends application of the principles, which are stipulated in the Methodology of Strategic Planning, of strategic planning and of drawing up a budget according to programmes.

Strategic activity plans of municipal institutions are documents of short-term strategic planning that are drawn up by appropriation managers. A plan is prepared for three years and is renewed each year. It is planned how to use available and planned financial, human and other resources as efficiently as possible. This process is an integral part of drawing up a draft budget.

It can be stated that with the help of strategic planning municipalities can determine their objectives and needs more precisely and more optimally. They can plan their financial resources, programmes and their financing for a longer period. Strategic planning helps to group priorities and allows to address essential problems immediately, to finance important programmes at once, to accumulate funds for them, to ensure their implementation and postpone other programmes and their implementation. Moreover, when planning their finances strategically and for a longer period municipal subjects can constantly revise and correct them taking into consideration an existing political, economic and social context at a particular period. However, at the same time the continuity of the actions already commenced is ensured.

While the progress of a budget planning process is evaluated positively, it should be noted that it is necessary to continue with the improvement of this field and with addressing of the problems arising in this field. It is necessary to relate the planned and the achieved results of the programmes with the used municipal budget appropriations more clearly. According to the data of the results of national audits¹³, the fact that appropriation managers themselves do not pay sufficient attention to supervision of the implementation of programmes and not always duly settle for the use of the funds is a problematic aspect.

Directors of municipality administrations submit the prepared draft budgets (in accordance with the programmes prepared by municipal budget assignment managers and their draft estimates or by applying principles, which are provided in the Methodology of Strategic Planning, of strategic

¹² Resolution of the Government of the Republic of Lithuania of 15 June 2004 No. 751 “On Approval of Rules of Drawing up and Implementation of the State Budget and Municipal Budgets of the Republic of Lithuania” // *Valstybes zinios* (State gazette). 2004, No. 96-3531.

¹³ An audit report of National Audit Office of the Republic of Lithuania “A System of a Programme-Based Budget”. // Vilnius, 30 March 2007. No. VA-60-1P-1.

planning and of drawing up budgets) to municipal councils in accordance with the procedures established by regulation of the activity of municipal councils.

Municipal councils consider the draft budgets taking into consideration reports of municipal administrations as well as proposals and conclusions of committees of municipal councils. The council adopts a budget by municipal council resolution as stipulated in the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania. If necessary, it also specifies a budget. When adopting a budget by its resolution the council indicates: 1) the total amount of planned revenue according to the types of revenue; 2) the total amount of appropriations and the allocation thereof for financing the approved programmes. An amount of appropriations for expenditure, i.e. for acquisition of assets and for wages, is indicated as well.

Municipalities draw up draft budgets following financial indicators of a state budget and of municipal budgets adopted by Seimas for a particular year. The Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania provides that the Government must submit draft financial indicators for the relevant year at least 75 calendar days prior to the end of a budgetary year. Seimas must adopt them only two weeks prior to the end of a budgetary year. Clause 5 of Article 26 of the Law on Budget regulates that municipal councils must approve their budgets not later than within two months after the approval of the financial indicators of a state budget and municipal budgets. If municipal budgets are not approved by the due date, monthly appropriations for each appropriation manager cannot exceed 1/12 of the relevant last year's budgetary funds allocated to that particular appropriation manager. Such appropriations can only be intended for the continuous activity and for financing obligations stipulated in laws (except European Union financial support and general financing programmes appropriations for which are transferred pursuant to the concluded agreements) as well as for covering existing debts. Thus, the approval of municipal budgets is directly related to the approval of financial indicators of a state budget and municipal budgets in Seimas.

Municipal budgets are approved without deficit. A budget has to be balanced. If it is impossible to do that, a municipality is allowed to take short-term and long-term loans from domestic and foreign creditors. The borrowing procedures are regulated by the resolution of the Government "On Approval of the Procedures for Municipalities to Borrow".¹⁴ Borrowing is allowed only upon a decision of a municipal council after receiving a municipal controller's conclusion, and only in such cases when there are not

¹⁴ Resolution of the Government of the Republic of Lithuania of 31 January 2001. "On the Approval of the Procedures for Municipalities to Borrow", *Valstybes ziniuos* (State gazette), 2001, No. 12-335.

enough available funds for financing investment projects (long-term loans) or for covering a temporal lack of funds, if there is a lack of current assets (short-term loans). Borrowing limits are determined by Seimas when adopting the law on the approval of financial indicators of a state budget and municipal budgets of the Republic of Lithuania. When taking a long-term or a short-term loan a municipality must follow the Law on Public Procurement of the Republic of Lithuania.¹⁵ The most important aspect is that a municipality assumes property obligations under loan agreements and has to secure performance guarantees with their own budgetary funds.

After a municipal council approves a budget, municipal administration prepares a plan of revenue and financing of appropriations according to appropriation managers and economic classification of expenditure for each quarter of a year. Municipal administration organizes accounting of budgetary revenue and expenditure, organizes implementation of a municipality's decisions, administers provision of public services, however, all actions are approved by a director of the administration.

The management of municipal budget appropriations is a difficult process which requires huge responsibility. Article 4 of the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania defines municipal budget appropriation managers as heads of municipal budgetary institutions or subdivisions of municipal administrations specified in the municipal budget approved by a municipal council. Specific appropriation managers are named in the expenditure part of draft municipal budgets.

When analyzing a role of appropriation managers in the management of municipal budgetary expenditure, it is important to distinguish their main duties and rights laid down in the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania.¹⁶ I.e. the duty to organize preparation of programmes financed out of a budget, to submit correct programmes, accurate calculations and checked estimates to a director of administration. Having received appropriations from the budget managers have to use them in accordance with the determined purpose, for implementing and financing the approved programmes. Appropriation managers must allocate funds intended for budgetary institutions for implementation of the programmes. They also have to submit financial accountability reports in accordance with the established procedures and terms. They have to ensure accuracy of financial and statistical accounts and their submission on time, to ensure economical, effective and efficient implementation of programmes. Economical and

¹⁵ Law on Public Procurement of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette), 2006-01-12, No. 4-102.

¹⁶ Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania // *Valstybes zinios* (State gazette). 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

transparent implementation of the programmes is a basis for appropriation management.

A budget appropriation manager has the right to during a budget year at least 10 days before the end of a relevant quarter change the procedures for budget appropriations intended for programmes and approved by the institutions headed by them and institutions subordinate to them according to the economic classification. However they can do this only in accordance with the procedures established and approved by municipal administration without exceeding the amounts of total appropriations for current expenditure, including wages, approved for a certain programme. Moreover a manager has the right to change the quarterly apportionment of the total amount of appropriations for the implementation of a programme upon co-ordination thereof with the municipal administration. Appropriation managers have the right at their own discretion to make certain corrections of implementation of a budget, but first of all this has to be approved by an administration. When drawing up programmes and their estimates an appropriation manager has the right (but not a duty) to submit alternative programmes to a municipal administration. A subject is provided with a possibility to draw up several alternative programmes and their estimates and then to choose the best and the most reasoned programme. Such drawing up of programmes and formation of a budget is very positive, thus, as many alternatives as possible should be drawn up. It is precisely this aspect that financial experts miss in the formation of municipal budgets. Submission of a programme and its alternative options is a positive thing when forming a budget. It makes easier to consider several options, to compare and choose the most suitable programme.

Moreover, it should be emphasized that following the provisions of the Law on Internal Control and Internal Audit of the Republic of Lithuania and the Law on Self-Government of the Republic of Lithuania a municipal council establishes Centralized Internal Audit Service which is directly subordinate and accountable to a director of municipal administration. The main purpose of this service is to carry out independent and impartial activity of analysis, assessment and consultation in order to ensure improvement of activity. It is independent from internal control procedures and it is not responsible for them.

Article 37 of the Law on Budget Structure of the Republic of Lithuania establishes budget implementation control.¹⁷ Municipal controllers (Municipal Control Services) are authorized to carry out an audit of municipal budgets. They have to carry out audits of implementation of municipal budgets, estimates of programmes prepared by appropriation

¹⁷ Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania// Valstybes zinios (State gazette).- 1994, No. 55-1049.

managers, accounting of funds and financial accountability. Authority of this municipal subject is defined more broadly in the Law on Self-Government of the Republic of Lithuania. It should be noted that functions of a municipal controller (Municipal Control Service) are not clearly divided into control and audit functions. Therefore it is not by accident that a municipal controller (Municipal Control Service) is named as a municipal control and audit institution. According to the Law on Local Self-Government a municipal controller (Municipal Control Service) is considered as a subject of external control whose activity is based on principles of independence, legitimacy, publicity, objectivity and expertise. A question arises – why external audit is necessary, if internal control is being carried out already. “Practice shows that even if the internal control system is managed efficiently, mistakes cannot be avoided”¹⁸, therefore the external audit helps to assess whether the internal control system functions efficiently. This helps to avoid mistakes, especially in an accounting system, and helps to protect against any possible illegal operations of an internal auditor. The activity and functions of this institution are very important for ensuring implementation of municipal budgetary revenue and appropriations (expenditure) and the transparent use of funds.

It is worth to note that the National Audit Office only carries out an external review of audits carried out by municipal controllers (Municipal Control Services) in accordance with the competence laid down in the Law on National Audit Office of the Republic of Lithuania and the Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania. The aim of the external review – to assess audit institution’s policy and procedures, which are related to the general audit activity, of ensuring audit quality, and their efficiency in order to spread instances of good audit practice, to determine training fields for auditors, to provide information about the quality of the carried out audit¹⁹. The National Audit Office carries out methodical and audit quality supervision in local municipalities.

Legal and methodical grounds are the basis of efficiency of legal regulation of budgetary expenditure. Improvement of legislation, creation and implementation of necessary procedures, perception and solution of appropriation management issues have to be constantly performed. It is necessary to develop a specific system for assessing efficiency of the use of the funds. The society discusses what efficiency is, how to ensure it, how to determine when it can be achieved, what criteria are necessary. There are many opinions on this question at issue. However, the fact that a mechanism

¹⁸ Mackevičius J. Audit: theory, practice, prospects. Vilnius, Lithuanian Science, 2001. p. 653.

¹⁹ Report for the Activity of National Audit Office of the Republic of Lithuania for 2006. P.41. Internet access: www.vkontrole.lt.

for assessing efficiency of expenditure is also necessary for strategic planning is the most important. At the moment it is impossible to measure efficiency of municipal budgetary expenditure and to determine whether the same results could be achieved at a considerably lower cost. It is hard to believe that any institution would admit that it would be able to implement its functions with lower financing and with a smaller number of working places (posts), if it reorganized its activity effectively. However, it is necessary to make the management of institutions more effective, to save funds and to ensure that institutions do not duplicate each other's functions. First of all specific strategic aims of a municipality have to be set and only then specific financial estimates necessary for their implementation have to be prepared. A municipal council has to ensure that expediency of the funds allocated for programmes would be constantly assessed. Various alternative options should be considered during the process of the budget consideration in order to achieve a desired aim.

Literature:

- Constitution of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 1992, No. 33-1014.
- Law on Budget formation of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.
- Law of local municipal government of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2000, No. 10-12.
- Law on Public Procurement of the Republic of Lithuania// Valstybes zinios (State gazette), 12.01.2006, No. 4-102 .
- Resolution of Seimas of 22.10.1998 “On the Conception of Budget Structure of the Republic of Lithuania”//. Valstybes zinios (State gazette). 30.10.1998, No. 95-2637.
- The resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No.902, 16 July, 2004 “Regarding adjustment of the resolution issued by the Government No. 827, 6 June, 2002 “Regarding approval of methodology of strategic planning”//Valstybes zinios. 2004, No. 112-4187.
- The regulations are excluded considering the resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No. 751, 15 June, 2004 “Regarding approval of rules for forming and executing the state budget

and municipalities' budgets of the Republic of Lithuania"// Valstybes zinios. 2004, No. 96-3531.

- Resolution of the Government of the Republic of Lithuania of 31 January 2001 "On the Approval of the Procedures for Municipalities to Borrow"// Valstybes zinios (State gazette). 2001, No. 12-335.
- An audit report of National Audit Office of the Republic of Lithuania "A System of a Programme-Based Budget" // Vilnius, 30 March 2007. No. VA-60-1P-1.
- Mackevičius J. Audit: theory, practice, prospects. Vilnius, Lithuanian Science, 2001. p. 653.
- Mingėlaitė D., Vasarienė D. Public property: income of municipalities' budgets // Days of Law (Collection of abstracts accompanying CD contains the international conference proceedings and all contributions in electronic (PDF) form). Masarykova univerzita, Brno, Czech Republic. ISBN 978-80-210-4733-4. 2008.

Contact – email

dovile.mingelaite@mruni.lt, vaitiekus@mruni.lt

BENEFICIÁŘ DANĚ Z NEMOVITOSTÍ Z POHLEDU VYBRANÝCH KONSTRUKČNÍCH PRVKŮ DANĚ. KOMPARACE ČR S VYBRANÝMI STÁTY EU

KRISTÝNA MÜLEROVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Tato práce si klade za cíl upozornit na některé aspekty daně z nemovitostí v ohledu na jejich vztah k beneficiáři. Autorka se zabývá vybranými konstrukčními prvky daně, jako jsou sazba, daňový základ a osvobození od daně, s ohledem na individuální potřeby jednotlivých obcí. Práce srovnává situaci v České republice s jinými vybranými zeměmi v rámci Evropské unie.

Key words in original language

Daň; nemovitost; sazba; daňový základ.

Abstract

This work proposes caution about some aspects of the real estate tax with regard to their relation to the beneficiary. The authoress deals with selected structural elements of the tax, as are the rate, the tax base and the tax exemption considering the individual needs of particular municipalities. This work compares the situation in the Czech republic with other countries of the European Union.

Key words

Tax; real estate; rate; tax base.

1. DAŇ Z NEMOVITOSTÍ

Daň z nemovitostí je daní majetkovou, přímou, adresnou, typu in rem. Je jednou z nejtypičtějších majetkových daní vůbec. Objevuje se s různými obměnami v daňových systémech většiny vyspělých států.

Podle zákona č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, se daň z nemovitostí týká nemovitostí na území České republiky. Skládá se z daně ze staveb a daně z pozemků. Součet těchto dvou daní tvoří konečnou výši daně.

Existují tři různé principy, které zdanění nemovitostí zdůvodňují. Prvním z nich je princip užitku neboli prospěchu. Tento princip uvádí, že úhrada daně z nemovitostí přinese vlastníkovu užitek ve formě různých služeb, jako jsou veřejné osvětlení, infrastruktura či propagace lokality. To v konečném součtu zvýší cenu nemovitosti na trhu. Druhým principem je princip schopnosti daňové úhrady, který zdůrazňuje potřebu zachování společenské

regulace. Třetím principem je princip ekologický. Ten se snaží daň z nemovitostí pojmut jako daň za spotřebu půdy. Klade tedy důraz na obtížnou obnovitelnost tohoto přírodního zdroje. To ale na druhé straně znamená úplné osvobození budov od této daně.¹

1.1 MOŽNOSTI OVLIVNĚNÍ DANĚ BENEFICIÁŘEM

Konstrukční prvky daně z nemovitostí jsou v České republice stanoveny centrálně. Daňový beneficiář, tedy obce, mají jen velmi omezené možnosti přizpůsobit daň svým specifickým podmínkám. Přesněji řečeno mají k dispozici dvě možnosti týkající se osvobození od daně a tři způsoby jak ovlivnit sazbu pomocí koeficientů.

Jedním z uvedených způsobů ovlivnění výše daně, je dispozice s polohovou rentou, pomocí níž lze státem určenou výši sazby obecně závaznou vyhláškou o jednu kategorii zvýšit, nebo až o tři kategorie snížit. Dále je zde obecní koeficient, který pak může obec uplatnit na některé ze staveb, u nichž nelze využít ovlivnění výše sazby pomocí polohové renty. K těmto stavbám patří například garáže, stavby užívané k individuální rekreaci, nebo stavby, které k těmto stavbám mají funkci doplňkovou. Opět je k zavedení koeficientu třeba obecně závazné vyhlášky, která jej stanoví buď jen pro některé takovéto objekty, nebo pro všechny. Tímto koeficientem, jehož hodnota činí 1,5, se násobí základní sazba daně.²

Další příležitost přinesla obcím novela zákona o dani z nemovitostí č. 576/2002 Sb. Na jejím základě může obec při řešení důsledků živelních pohrom zcela nebo částečně osvobodit od daně z nemovitostí na svém území obecně závaznou vyhláškou nemovitosti, které byly katastrofou postiženy, a to nejdéle na dobu 5 let. Osvobození lze takto stanovit i za již uplynulé zdaňovací období.³ Novela zákona o dani z nemovitostí č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů pak dala obcím k dispozici poslední dvě možnosti ovlivnění daně. Jednak jim umožnila zavést na svém území místní koeficient ve výši 2, 3, 4 nebo 5 a jednak stanovila další druh osvobození, jehož uplatnění je plně v rukou obecních úřadů. Jedná se o osvobození pro zemědělské pozemky. Podle zákona o dani z nemovitostí lze takto od daně osvobodit pozemky orné půdy, ovocných sadů, chmelnic,

¹ RADVAN, M. Daň z nemovitostí. In RADVAN, M. a kol. *Finanční právo a finanční správa. Berní právo*. Brno : Doplněk a Masarykova univerzita, 2008. s. 288-289.

² RADVAN, M. *Možnost obcí ovlivnit daň z nemovitostí* [online]. Poslední úpravy 8. 7. 2010 [citováno 8. listopadu 2010]. Dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/financ/radvan_michal.pdf>.

³ KARFÍKOVÁ, M. Přímé daně. In BAKEŠ, M. a kol. *Finanční právo*. 5. uprav. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. s. 228.

vinic a trvalých travních porostů, jestliže tak obec stanoví obecně závaznou vyhláškou.⁴

I když tedy výčet příležitostí, jež mají obce k dispozici, malý není, v praxi jim to mnoho prostoru neposkytuje. Místo neustálých omezení a pomalého narůstání pravomocí, by bylo dle mého názoru efektivnější, kdyby stát stanovil jen základní rámec daně a ponechal podrobnější úpravu k dispozici obci. Ta má totiž jednoznačně nejlepší přehled o stavbách a pozemcích ve svém obvodu. Mohla by tedy přizpůsobit daň svým konkrétním specifickým podmínkám a zvýšit tak efektivnost i opodstatněnost jejího výběru. Prakticky toho lze dosáhnout tak, že stát obci umožní stanovit si individuálně nejruznější druhy výjimek a daňových osvobození či samostatně určit daňový základ nebo dá obci možnost upravit si výši sazby přímo, nikoli jen komplikováním výpočtu daně pomocí koeficientů.

V souladu s mými teoretickými úvahami je praxe většiny vyspělých států Evropské unie, jejichž finanční systémy umožňují obcím stanovovat nejruznější aspekty daně z nemovitostí. Nejčastěji se tak jedná o výši sazby, ale často stanovují i druhy úlev a osvobození. V některých zemích mohou obce rozhodovat i o daňovém základu. Dále je ve vyspělých státech Evropské unie poměrně běžné, že kromě státu a obcí je část pravomocí i povinností přenesena na jednotlivé regiony.

1.2 SPRÁVCE DANĚ

Správu daně vykonávají v České republice finanční úřady, v jejichž územní působnosti se nemovitost nachází. Beneficiářem daně je ale obec. Z tohoto důvodu uzákonění finančního úřadu jako správce daně nepovažuji za příliš šťastné. Když obec z výnosu daně profituje a zároveň zajišťuje vlastníkům nemovitostí služby, na jejichž základě získávají nemovitosti na hodnotě, proč se mají o výběr daně starat finanční úřady, tedy stát. Tato česká praxe nerespektuje výše zmíněnou zásadu prospěchu. Dále mi také přijde jako plýtvání, když jdou vybrané finanční prostředky delší a organizačně i finančně náročnější cestou, místo toho aby si je obec vybrala a rovnou ponechala ve svém rozpočtu. Není tento způsob hospodaření v rozporu s principem hospodárnosti? Nehledě na fakt, že by si obec samostatným výběrem daně upevnila své samosprávné postavení (k tomu blíže Pařízková⁵).

Pro svá tvrzení hledám opět oporu v právních rádech států Evropské unie, které mě v mých názorech utvrzují a z většiny ponechávají povinnost výběru daně obcím. Úprava daně z nemovitostí ale není v rámci Evropské

⁴ Zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ PAŘÍZKOVÁ, I. *Finance územních samosprávných celků*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 1998. s. 116.

unie zdaleka jednotná. Mluvím o převažujících trendech, které ve státech, jež je uplatňují, fungují již mnoho let.

Otázka daně z nemovitostí je v průřezu Evropskou unií velice rozmanitá, přitom se ale neuvažuje o jakémkoli druhu unifikace této daně. Navíc na unifikaci daně netlačí ani potřeba vyloučit vzájemnou konkurenci daně v jednotlivých státech. Konkurence je totiž prakticky nemožná, a to především z důvodu imobility předmětu zdanění.⁶ Tato různorodost pravděpodobně přetrvá ještě dlouhou dobu, nikdo nám tedy nebude diktovat, jakým směrem máme další úpravy daně z nemovitostí vést. Přesto bychom o změnách mohli uvažovat, protože zde je co zdokonalovat a je to o tolik snazší, když nemusíme úpravy složitě vymýšlet a můžeme se nechat inspirovat již fungujícími systémy jiných vyspělých evropských zemí.

2. KONSTRUKCE DANĚ V EU

Na ukázkou zde chci uvést několik států Evropské Unie, jejichž způsob stanovení konstrukčních prvků daně považuji s ohledem na beneficiáře za zdařilejší, než jak je tomu v České republice. Níže uvedené státy jsem vybrala především proto, že se jejich systémy daně z nemovitostí od českého nejvíce odlišují a přitom jsou efektivní a funkční již mnoho let. Zároveň se také jedná vesměs o státy v mnohých ohledech vyspělejší a s delší tradicí zdaňování než u nás.

2.1 FRANCIE

Ve Francii má zdanění nemovitostí dlouho tradici. Bylo zavedeno již napoleonskou ústavou, která platila ve Francii od roku 1807. Nyní jsou jednotlivé pravomoci i povinnosti týkající se daně z nemovitostí rozděleny do všech tří správních úrovní, tedy státní, regionální i místní.⁷ Jak sazba daně, tak i osvobození, jsou zde stanovovány dílem na místní úrovni a dílem na regionální. Daňový základ je oproti tomu určen státní mocí pro všechny subjekty jednotně. Daň vybírají generální finanční ředitelství a 8% z výnosu daně náleží státu. O ostatní prostředky z výnosu se pak dělí jednotlivé regiony a obce.⁸ Toto pojetí rozdělení výnosu považuji vzhledem k rozdělení pravomocí i povinností mezi jednotlivé subjekty za spravedlivé. I když princip prospěchu a myslím, že ani princip hospodárnosti, ne zcela

⁶ RADVAN, M. Daň z nemovitostí. In RADVAN, M. a kol. *Finanční právo a finanční správa. Berní právo*. Brno : Doplněk a Masarykova univerzita, 2008. s. 288.

⁷ NOWECKI, G. Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji. In *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości – praca zbiorowa pod redakcją prof. Leonarda Etela*. Warszawa : Kancelaria Sejmu, 2003. s. 25.

⁸ *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

respektuje, jsou z vybrané částky uspokojeny všechny subjekty, které s ní mají co dočinění, což mi přijde logické i praktické.

2.2 VELKÁ BRITÁNIE

Velká Británie řadí daň z nemovitostí mezi místní daně, což předem avizuje, že může být mnoho z pravomocí týkajících se této daně ponecháno obcím. Obce zde ale nemají takovou volnost, jaká by se dala předpokládat. U všech konstrukčních prvků zakotvuje základní ustanovení vždy stát a jen u dvou z nich je obcím poskytnuta možnost individuální úpravy ve státem stanoveném rámci. Jedná se zde o ustanovení týkající se sazby a obdobně jako sazba, je nastavena i možnost určit jednotlivá osvobození od daně. O výběr daně se starají finanční úřady a příjem z ní putuje do rozpočtů obcí.⁹

2.3 NĚMECKO

Ustanovení o dani z nemovitostí ve Spolkové republice Německo se do určité míry také podobají českým. Daňový základ i osvobození jsou zde stanovena centrálně, tedy pro všechny obce shodně, bez možnosti individuálních úprav. Sazba je oproti tomu stanovována pouze na místní úrovni bez omezování centrálním předpisem. Prospěch z daně mají v Německu, stejně jako u nás, obce. Těm je ale výběr daně zároveň svěřen. Zajímavostí zde je, že mnoho vesnic přidružuje daň z nemovitostí k poplatku za odpad a činí z nich tak daň jedinou.¹⁰ Kvůli problémům, které v Německu kvůli opodstatněnosti daně z nemovitostí vznikly, se němci snaží opřít nutnost daně o princip ekologický, jehož základní myšlenky jsem popsala výše.¹¹

2.4 POLSKO

V Polsku je většina konstrukčních prvků daně z nemovitostí stanovena centrálně státem. U úlev a daňových osvobození jsou ale centrálně zakotvena jen nejdůležitější ustanovení a zbytek je ponechán k úpravě obcím. Sazba je svěřena do pravomoci obcí plně. To municipalitám umožňuje efektivně přizpůsobit daň svým specifickým podmínkám. Příjemcem výnosu daně z nemovitostí jsou jednotlivé obce, tyto jsou ale výběrem daně zároveň pověřeny.¹² Princip prospěchu je zde tedy

⁹ *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

¹⁰ *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

¹¹ RADVAN, M. Daň z nemovitostí. In RADVAN, M. a kol. *Finanční právo a finanční správa. Berní právo*. Brno : Doplněk a Masarykova univerzita, 2008. s. 289.

¹² *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

respektován. Zajímavostí je, že je polská daň z nemovitostí rozdělena do tří různých předpisů.¹³ To ale z hlediska jednoduchosti a přehlednosti nepovažuji za vhodné.

2.5 ŠPANĚLSKO

Španělsko má základní normy pro daň z nemovitostí stanoveny centrálně. U sazby je ale podrobnější úprava ponechána obcím a totéž platí o úlevách a osvobozeních. Obce mají tedy opět i zde možnost daň individuálně přizpůsobovat svým aktuálním podmínkám. Příjemcem výnosu z daně jsou, jako ve většině evropských států obce, které jsou zároveň výběrem daně pověřeny.¹⁴ Princip prospěchu tedy Španělsko respektuje.

2.6 RAKOUSKO

V Rakousku je úprava daně z nemovitostí, co se beneficiáře týče, totožná s úpravou španělskou. Základní normy upravující daň z nemovitostí jsou opět definovány centrálně, u sazby a druhů osvobození mají ale obce možnost individuálního přizpůsobení. Výběr daně zajišťují obce a jsou současně jejím příjemcem, což opět předznamenává soulad úpravy s principem prospěchu.¹⁵

3. KOMPARACE

Když porovnáím systém daně z nemovitostí v České republice a Francii, chtěla bych vytknout především volnost, týkající se sazby a osvobození, kterou mají, na rozdíl od českých obcí, francouzské k dispozici. Zvláštností Francie je, jak se na dani podílí regiony, které jsou zároveň jedním z beneficiářů. V praxi si u nás něco podobného moc nedokážu představit, není to, podle mého názoru, v souladu s principem hospodárnosti.

Britská daň z nemovitostí mi velmi připomíná českou úpravu. Je tomu tak především díky způsobu správy daně, když, ačkoli je dokonce označena za daň místní, zajišťuje její výběr stát. Také tedy nerespektuje princip prospěchu. Zároveň mi českou právní úpravu připomínají státně zakotvené konstrukční prvky. Britské řešení daně z nemovitostí považuji přesto za zdařilejší, a to právě kvůli širokým možnostem, které jsou obcím poskytnuty v souvislosti s úpravou výše sazby a daňových osvobození.

¹³ ETEL, L. System opodatkowania nieruchomości w Polsce. In *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości – praca zbiorowa pod redakcją prof. Leonarda Etela*. Warszawa : Kancelaria Sejmu, 2003. s. 175.

¹⁴ *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

¹⁵ *Taxes in Europe database* [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.

Ve srovnání s německou úpravou je česká stejně omezena v možnostech daňového základu a osvobození, sazbu ale Spolková republika Německo svěřuje plně do rukou obcím. Na rozdíl od Česka, Německo respektuje princip prospěchu a deleguje výběr daně na místní úroveň. V tom vidím pro německé obce velkou výhodu a možnost okamžité dispozice s vybranými prostředky, kterou české obce nemají.

Polsko má svou úpravu v mnohém podobnou úpravě německé. Většina konstrukčních prvků opět závisí na státní úpravě, tak jako v České republice. Je zde ale více možností než u nás ovlivnit daň pomocí osvobození, s nimiž mohou obce ve státem stanoveném rámci dále disponovat. Zákonná úprava sazby je ale již zcela jiná, než česká, je totiž ponechána plně k dispozici obcím, bez státních omezení. Zároveň Polsko, na rozdíl od České republiky, respektuje i princip prospěchu, když správu svěřuje do rukou svým obcím.

Při srovnání České republiky se Španělskem mají opět i španělské obce více prostoru k dispozici s daní. Tento prostor jim poskytuje možnost upravit si v zákonných mezích podle svých potřeb druhy osvobození a daňovou sazbu. Zároveň Španělsko respektuje princip prospěchu, když jsou španělské obce jako beneficiáři daně zároveň i jejím správcem. Toto o České republice také říci nemůžeme.

Totéž, co jsem výše napsala o srovnání španělské úpravy s českou, lze říci i při porovnávání české úpravy daně z nemovitostí s rakouskou. Rakouské obce mají také možnost disponovat s daňovou sazbou a druhy osvobození, zároveň jsou též správcem daně. Tyto tři věci je v porovnání s českými obcemi při výběru daně zvýhodňují a posilují jejich samosprávné postavení.

4. ZÁVĚREČNÁ ÚVAHA

Mnou výše uvedené příklady ukazují na jiné, a v určitých ohledech často lepší způsoby právní regulace daně z nemovitostí. V budoucnu by se jimi Česká republika mohla nechat inspirovat a delegovat více pravomocí i povinností na obce. Nemyslím tím ale absolutní svévoli, pouze vytvoření manipulačního prostoru, v rámci státem stanovených konstrukčních prvků. Pokud bude obcím umožněno přizpůsobit si daň tak, aby odpovídala jejich specifickým podmínkám či aktuálním potřebám, zvýší se tím pravděpodobnost úspěšného výběru daně a potřeba zdanění bude vůči poplatníkům lépe zdůvodnitelná.

Další pozitivní změny by dle mého názoru přineslo, kdyby výběrem daně byla, namísto státu, pověřena obec. Jednak považuji za logičtější a hospodárnější, aby obec, jako beneficiář daně z nemovitostí, zajišťovala její výběr. Zjednodušil by se tím totiž přístup obce k vybraným prostředkům. Zároveň by se také zefektivnila kontrola a vymáhání daně, protože správce by tak činil pro sebe, kvůli naplnění svého vlastního rozpočtu. Nehledě na to, že konkrétní obec má o nemovitostech ve svém okolí jistě lepší přehled

než stát, což by efektivitu výběrů jen zvýšilo. To vše v celkovém součtu by pak mohlo zabránit mnoha daňovým únikům. Posledním argumentem, proč učinit obce správcem daně, je důraz na respektování principu prospěchu, který jsem popsala v první kapitole.

Ať už ale proběhne v budoucnu jakákoli změna naší právní úpravy daně z nemovitostí, doufám jen, že půjde v duchu vyšší efektivity, jednoduchosti a větší hospodárnosti celého systému

Literature:

- BAKEŠ, M. a kol. Finanční právo. 5. uprav. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009.
- RADVAN, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno : Doplněk a Masarykova univerzita, 2008.
- PAŘÍZKOVÁ, I. Finance územních samosprávných celků. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 1998.
- ETEL, L. Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości – praca zbiorowa pod redakcja prof. Leonarda Etela. Warszawa : Kancelaria Sejmu, 2003.
- Taxes in Europe database [online]. Poslední úpravy 12. 4. 2007 [citováno 20. října 2010]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/welcome.do>.
- RADVAN, M. Možnost obcí ovlivnit daň z nemovitostí [online]. Poslední úpravy 8. 7. 2010 [citováno 8. listopadu 2010]. Dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/financ/radvan_michal.pdf>.
- Zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email

170019@mail.muni.cz

VYBRANÉ PROBLÉMY SPRÁVY DANĚ Z PEVNÝCH PALIV

JAN NECKÁŘ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá vybranými aktuálnymi problémami, ktoré sa v praxi vyskytujú pri správe daně z pevných paliv. Zejména je poukázáno na rozporuplnost textu zákona, z toho plynoucí nejasnost právní úpravy a problematiku vydávání povolení k nabytí jednotlivých komodit.

Key words in original language

Správa daní; daň z pevných paliv; právní úprava.

Abstract

The paper deals with several current problems that occur in practice in the administration of tax on solid fuels. Main problems for tax subjects as well as for the tax administration are the text inconsistency of the Act, together with the uncertainty of regulation and the problems concerning the regulation of permitting of acquisition of commodities.

Key words

Tax administration; Tax on Solid Fuels; Legal regulation.

Již od počátku 90. let 20. století se v rámci Evropských společenství, později Evropské unie, intenzivně diskutovala potřeba zavedení energetických daní zejména jako prostředku regulace trhu, kdy bez jejich zavedení by nekontrolovaně rostla produkce škodlivých látek do ovzduší. Po mnoha letech diskuzí byla přijata Směrnice Rady 2003/96/ES ze dne 27. října 2003, kterou se mění struktura rámcových předpisů Společenství o zdanění energetických produktů a elektřiny. Tato směrnice nabyla účinnosti 1. ledna 2004 a jedná se o stěžejní předpis v oblasti energetických daní na komunitární úrovni.

Implementace příslušných právních předpisů Evropských společenství byla do českého právního řádu provedena k 1. 1. 2008, kdy nabyl účinnosti zákon o stabilizaci veřejných rozpočtů¹ zavádějící ve své části 45. – 47. tři nové samostatné daně – daň ze zemního plynu a některých dalších plynů, daň z elektřiny a daň z pevných paliv.

¹ Zákon č. 267/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů.

1. KONSTRUKČNÍ PRVKY DANĚ Z PEVNÝCH PALIV

Daň z pevných paliv lze na základě přijaté právní úpravy² kvalifikovat jako **daň spotřební**, kdy administrativní povinnosti jsou uloženy **plátcí daně** – obvykle dodavateli (tj. právnické nebo podnikající fyzické osobě nabývající pevná paliva bez daně za účelem jejich dalšího prodeje), který dodal pevná paliva konečnému spotřebiteli. Obdobně jako v případě klasických akcízů je i daň z pevných paliv součástí konečné ceny zaplacené spotřebitelem a je také základem pro daň z přidané hodnoty.

Plátcem daně však mohou být také fyzické nebo právnické osoby, které použily pevná paliva osvobozená od daně k jiným účelům, než na které se osvobození od daně vztahuje, respektive fyzické nebo právnické osoby, které spotřebovaly nezdaněná pevná paliva, s výjimkou pevných paliv osvobozených od daně.³

Předmět daně je stanoven jako taxativní výčet pevných paliv, která jsou ve většině případů vyjádřena kódy nomenklatury. Konkrétně se jedná o tato pevná paliva:

- černé uhlí, brikety, bulety a podobná pevná paliva vyrobená z černého uhlí uvedená pod kódem nomenklatury 2701,
- hnědé uhlí, hnědouhelné brikety, též aglomerované hnědé uhlí kromě gagátu (černého jantaru) uvedené pod kódem nomenklatury 2702,
- koks a polokoks z černého uhlí, hnědé uhlí nebo rašeliny, též aglomerovaný, retortové uhlí uvedené pod kódem nomenklatury 2704,
- ostatní uhlovodíky uvedené pod kódy nomenklatury 2706, 2708, 2713 až 2715, pokud jsou určeny k použití, nabízeny k prodeji nebo používány pro výrobu tepla. Konkrétně sem patří černouhelný, hnědouhelný nebo rašelinový dehet a jiné minerální dehty, též dehydratované nebo částečně destilované, včetně rekonstituovaných dehtů, smola, ropný koks, ropné živice a ostatní zbytky minerálních olejů nebo olejů ze živičných nerostů, přírodní živice (bitumen) a přírodní asfalt, živičné nebo ropné břidlice a dehtové písky, asfaltity a asfaltické horniny, živičné směsi na bázi přírodního asfaltu, přírodní živice, ropné živice, minerálního dehtu nebo minerální dehtové smoly, např. živičné tmely, ředěné produkty.

² Část čtyřicátá šestá zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

³ § 3 části čtyřicáté šesté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Z výčtu paliv je zřejmé, že **předmětem zdanění nejsou** všechna pevná paliva, konkrétně se daň z pevných paliv neuplatňuje na dřevo, dřevěné uhlí nebo štěpku i přesto, že bezpochyby se jedná o pevná paliva, obvykle využívaná k výrobě tepla.

V souvislosti s vymezením předmětu zdanění je nutné upozornit na skutečnost, že některé z výše uvedených pevných paliv již byla předmětem zdanění před účinností této právní úpravy, kdy byly zahrnuty jako předmět daně z minerálních olejů. V některých případech se tedy nejedná o nově zavedené zdanění, důsledky pro daňové subjekty však tato změna přinesla a je na ně poukázáno dále v textu.

Plátce daně je povinen **přiznat a zaplatit daň** z pevných paliv v případě, že dodal pevná paliva konečnému spotřebiteli na daňovém území České republiky, došlo ke spotřebě pevných paliv osvobozených od daně pro jiné účely, než na které se osvobození od daně vztahuje, nebo došlo ke spotřebování nezdaněných pevných paliv, s výjimkou pevných paliv osvobozených od daně. Povinnost daň přiznat a zaplatit nevzniká, pokud fyzická nebo právnická osoba, která nabyla zdaněná pevná paliva nebo pevná paliva osvobozená od daně, dodá taková pevná paliva jiné fyzické nebo právnické osobě.

Okruh plátců daně z pevných paliv je užší než u daně ze zemního plynu, což souvisí s menším počtem osob spojených s dodáváním paliv a také je to způsobeno nerozlišováním účelu použití paliv.

Právní úprava **správy této daně** je obdobná akcízům. Zdaňovacím obdobím je kalendářní měsíc a daňové přiznání je podáváno do dvacátého pátého dne po skončení zdaňovacího období. Ve stejné lhůtě je plátce povinen daň uhradit.

Za **základ daně** je považováno množství pevných paliv vyjádřené v měrné jednotce (GJ) spalného tepla v původním vzorku. Sazba daně je lineární a je vypočtena jako násobek spalného tepla v původním vzorku a stanovenou hodnotou. Platí tedy přímá úměra mezi získaným spalným teplem a daní.

Korekčním prvkem u daně z pevných paliv je osvobození, které je vázáno na použití, nabízení k prodeji nebo určení k použití pevných paliv z vyjmenovaných důvodů. Paliva osvobozená od daně může nabýt konečný spotřebitel pouze v případě, že je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně.

Účely osvobození lze spatřovat v požadavcích na nezvyšování ceny tepla pro domácnosti, vyloučení dvojího zdanění paliv energetickými daněmi, vytvoření srovnatelných daňových podmínek pro všechny pohonné hmoty určené pro vodní dopravu, respektování objektivně vzniklých úbytků při nakládání s palivem, nezatěžování daněmi energeticky náročnou výrobu kovů, hutních výrobků, dále nezatěžování paliv používaných k jinému účelu

než pro pohon motorů nebo výrobu tepla a konečně nezatěžování technologických účelů v podniku, ve kterém byla pevná paliva vyrobena.

Správou daně jsou pověřeny **orgány celní správy**. Plátce daně má registrační povinnost. K registraci dochází u místně příslušného celního úřadu nejpozději v den vzniku povinnosti daň přiznat a zaplatit.

2. PROBLÉMY PRÁVNÍ ÚPRAVY

Při aplikaci zákona se ihned od počátku vyskytují v praxi problémy, které mají zásadní dopady nejen na daňové subjekty, ale také na daňové výnosy a tedy i samotnou efektivitu správy této daně.

2.1 NEEEXISTENCE MOŽNOSTI VRÁCENÍ DANĚ

Právní úprava daně z pevných paliv je postavena částečně na společných principech jako spotřební daně, lze však nalézt zásadní rozdíly. Jedním je jiný princip odpočtu daní a zdaňování dodávek.

U energetických daní obecně není možné, aby si odběratel uplatňoval daň na vstupu a na výstupu a doplácel by pouze rozdíl (příp. uplatňoval nadměrný odpočet daně). Tímto postupem je vytvářena nerovnost mezi subjekty působícími na trhu, protože jsou zvýhodněny subjekty disponující potřebným potvrzením a to z toho důvodu, že jednou přiznaná a odvedená daň již nemůže být v daném řetězu dodávek vrácena a to ani v případě, že bude konečným spotřebitelem (bez ohledu na to, zda disponuje potřebným povolením) použita k činnostem, se kterými zákon spojuje osvobození od daně. V tomto aspektu se tak naskýtá otázka, zda přijatá právní úprava neporušuje základní svobody jednotného vnitřního trhu v rámci Evropské unie – zejména volný pohyb služeb a zboží.

2.2 OSVOBOZENÍ

Pevná paliva určená k použití, nabízená k prodeji nebo použitá ve vyjmenovaných důvodech jsou podle názoru autora tohoto příspěvku osvobozena od daně z pevných paliv ze zákona (ex lege), přičemž osvobození od daně má tuto jedinou zákonnou podmínku, tedy určení pevných paliv k použití, nabízená k prodeji nebo použitá k definovaným účelům.

Z dikce zákona plyne, že pokud nastal jeden z těchto případů, jsou pevná paliva osvobozena od daně z pevných paliv ze zákona bez ohledu na to, zda byla dodána subjektu, který je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně z pevných paliv.

Zákonodárce pro osvobození nestanovil jako další nezbytnou podmínku osvobození od daně z pevných paliv dodání pevných paliv držiteli povolení,

byť by tak bezpochyby rozumný zákonodárce učinil v případě, kdyby chtěl tento aspekt upravit.

Rozhodujícím pro osvobození je tedy účel určení dodávaných pevných paliv u odběratele a neplatí, že se osvobození uplatní jen a pouze v případě, že pevná paliva nabude držitel povolení.

V této souvislosti je nutné poukázat na skutečnost, že celní správa tento výklad zákona neakceptuje a pro dodání paliv bez uplatnění daně vyžaduje u nabyvatele disponováním platným povolením k nabytí paliv.

2.3 POVOLENÍ

Jednou z podmínek, za kterých může subjekt nabytí pevná paliva bez daně a nebo osvobozená od daně, je existence vydaného povolení k nabytí těchto paliv. Povolení vydává na dobu pěti let celní úřad na základě předložení údajů vyžadovaných zákonem. Požadované údaje řádně identifikují navrhovatele i specifikují pevná paliva co do popisu účelu a způsob použití. Zákon upravuje i možnost zrušení vydaného povolení, a to jak na základě žádosti plátce daně, tak i z úřední povinnosti ve vymezených případech – jedná se o případy, kdy dochází k porušení povinností při správě těchto daní plátcem daně. Z povahy věci plyne, že povolení k nabytí paliv bez daně nemusí mít jejich výrobce a těžební společnost.

Zákon však upravuje pouze obecné "Povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně", příp. "Povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně". Celní správa vede veřejně dostupný registr subjektů, kterým byla povolení vydána. Problematickým v tomto ohledu je skutečnost, že celní správa jako správce daně zveřejňuje pouze informaci, zda daný subjekt takovým povolením disponuje, nezveřejňuje však, pro jaká konkrétní pevná paliva se vydané povolení vztahuje. Dodavatel tak si může na jednu stranu zjistit, zda dodává pevná paliva subjektu disponujícímu povolením, avšak již není schopen zjistit, zda je oprávněn dodat paliva bez daně, resp. zda jsou splněny podmínky pro osvobození. Tímto je dodavatel odkázán prohlášení odběratele, zda předmětné povolení mu bylo vydáno a nebo ne. S ohledem na to, že zákon neumožňuje vrácení zaplacené daně, tedy vyúčtování daně obdobně jako např. u daně z přidané hodnoty, má posouzení možnosti dodání paliva bez daně, resp. osvobozeného od daně, zásadní ekonomické dopady pro odběratele na jedné straně a na druhé straně se dodavatel vystavuje nebezpečí sankcí v případě chybného vyhodnocení skutkového stavu.

Samotnou kapitolou v tomto úhlu pohledu je také neprůkaznost "určení k použití" nebo "nabízení k prodeji" jako důvodnost uplatnění případných zákonem definovaných sankcí vůči dodavateli.

2.4 SANKCE

Podle zákona⁴ může nabyt pevná paliva osvobozená od daně z pevných paliv jinak než výrobou pouze konečný spotřebitel, který je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně. Právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že jako dodavatel dodá na daňovém území pevná paliva osvobozená od daně z pevných paliv fyzické nebo právnické osobě, která není držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně.⁵

Zákon však upravuje – při porušení povinnosti dodávat pevná paliva osvobozená od daně z pevných paliv pouze držiteli povolení – sankce pouze u dodavatele, nikoliv u odběratele. S ohledem na výše uvedené by se jevilo jako odpovídající zavést odpovědnost pro obě strany vztahu s ohledem na znění zákona, kdy nabyt pevná paliva osvobozená od daně z pevných paliv jinak než výrobou pouze konečný spotřebitel, který je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně.

Důvodem pro tuto úpravu je zřejmě koncepce odpovědnosti plátce za posouzení skutečností a aplikování daňových předpisů, na druhou stranu je však nutné znovu poukázat na neexistenci institutu vrácení daně a s tím spojené snahy o neuplatňování daně (ovšem nikoliv ve smyslu krácení daně, ale ve smyslu nezatažování transakce daní z důvodu zvyšování ceny v rámci řetězce dodavatelů).

Je nesporné, že zákon upravuje pro subjekty zákaz dodání pevných paliv osvobozených od daně fyzické nebo právnické osobě, která není držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně. V případě ale, kdy odběratel použije pevná paliva ze zákona osvobozená od daně k jiným účelům, než na které se osvobození vztahuje, byl by plátcem daně tento odběratel⁶. Odběratel tedy odpovídá za to, že použije pevná paliva osvobozená od daně k deklarovaným účelům, pro které jsou pevná paliva od daně osvobozena.

2.5 SPRÁVNÍ DELIKT

Poměrně nestandardní a nekonceptní se jeví kvalifikování pochybení dodavatele v souvislosti s dodáváním paliv jako správní delikt.

⁴ § 8 odst. 2 části čtyřicáté šesté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

⁵ § 26 odst. 1 písm. a) části čtyřicáté šesté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

⁶ § 3 odst. 1 části čtyřicáté šesté zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Správní delikt je společensky škodlivé protiprávní jednání, jehož znaky jsou stanoveny zákonem a za které ukládá správní orgán na základě zákona a způsobem zákonem stanoveným sankci. Hodnoty a zájmy společnosti jsou chráněny často ustanovením jednak o správním deliktu, jednak o trestném činu. Hranice mezi trestnými činy a správními delikty bývá spatřována zejména v závažnosti deliktu a dále v rozdílném stupni společenské nebezpečnosti, popř. škodlivosti. Přitom hranice mezi trestnými činy a správními delikty se pod vlivem mnoha příčin může měnit a vyvíjet.⁷

V případě, kdy dojde k porušení povinností stanovených zákonem tak vyvstává oprávněná otázka, jaká sankce se na dané pochybení uplatní. V některých případech administrativního charakteru (typicky nevedení evidence v souladu se zákonem) je kvalifikování takového jednání jako správního deliktu odpovídající. Jiná situace však nastává v případě, kdy dodavatel dodal na daňovém území pevná paliva bez/osvobozená od daně fyzické nebo právnické osobě, která není držitelem potřebného povolení.

Pokud odhlédneme od výše uvedené problematiky osvobození dodání paliv ze zákona bez nezbytnosti disponovat povolením, je možné takové pochybení sankcionovat buďto jako správní delikt a nebo z dané transakce vyměřit daň. Je zřejmé, v souladu se zásadou *ne bis in idem*, že není možné nejen vyměřit daň, ale ještě navíc sankcionovat dodavatele za spáchání správního deliktu.

Při podrobnější analýze právní úpravy lze dojít k závěru, že pokud byla paliva dodána a jsou splněny zákonné podmínky pro osvobození, příp. pro nabytí paliv bez daně, jedná se o pochybení administrativního smyslu a takové pochybení by mělo být trestáno jako správní delikt. Je zřejmé, že rozhodující je faktický stav a nikoliv formalismus správy daní.

Na druhou stranu v případě, kdy nebudou splněny podmínky pro osvobození nebo nabytí paliv bez daně, tak i přesto, že odběratel nebude disponovat povolením celní správy pro nabytí paliv, bude se jednat o daňový dluh a z dané transakce by měl správce daně vyměřit daň se všemi důsledky. V tomto případě se však již samozřejmě neuplatní sankce za správní delikt, protože k tomuto nedošlo.

2.6 LEGISLATIVNÍ TECHNIKA ZÁKONA

Text zákona, pomineme-li jeho včlenění do nesourodého "hromadného" zákona a i pro samotnou praxi problematické označení zákona, je na mnoha místech v rozporu s legislativními pravidly vlády a v důsledku je nelogický a nesystematický.

⁷ http://sd.sfgia.cz/bkz/portal/_s.155/696?kam=cinnost&kod=00845 (17. 11. 2010)

Příkladem nelogičnosti je např. definice „konečný spotřebitel“. V ustanovení § 2 odst. 1 písm. c) zákona je definován „konečný spotřebitel“ jako fyzická nebo právnická osoba, která není držitelem povolení k nabytí pevných paliv bez daně. V ustanovení § 8 odst. 2 zákona je uvedeno, že „Nabýt pevná paliva osvobozená od daně podle odstavce 1 jinak než výrobou může pouze konečný spotřebitel, který je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně.“ Při správné interpretaci zákona pak ve spojení s ustanovením § 2 odst. 1 písm. c) zní tento odstavec: „Nabýt pevná paliva osvobozená od daně podle odstavce 1 jinak než výrobou může pouze fyzická nebo právnická osoba, která není držitelem povolení k nabytí pevných paliv bez daně, který je držitelem povolení k nabytí pevných paliv osvobozených od daně.“ Již z této ukázky je zřejmé, že text zákona je chaotický a pro daňový subjekt nesrozumitelný.

2.7 ZÁVAZNÉ POSOUZENÍ

V souvislosti se změnou právní úpravy, kdy obchodování s některými palivy bylo převedeno ze zdanění spotřební daní z minerálních olejů na energetickou daň z pevných paliv, nelze dále použít vydaná rozhodnutí o závazném posouzení⁸. Vzhledem k tomu, že o závazné posouzení daňových důsledků žádaly zejména subjekty v rámci své právní jistoty, po legislativní změně pokud i nadále dodávají pevná paliva stejným subjektům stejným způsobem a ke stejným účelům jak před zavedením daně z pevných paliv jsou vystaveny dalším zbytečným administrativním nákladům, příp. před nutností dokazovat jednou již posouzené skutečnosti tímž správcem daně.

3. ZÁVĚR

Při pohledu na právní úpravu daně z pevných paliv je zřejmé, že existují zásadní chyby, nelogičnosti a také systémové nedostatky přijaté úpravy.

Základním cílem normotvorného procesu v oblasti finančního práva by mělo být zdokonalování zvoleného modelu ekonomiky, odstraňování chyb a nedostatků, současně ale nesmí vést k nejistotě na straně adresátů právních norem. Z tohoto důvodu je nezbytné, aby byly vydefinovány základní zásady a principy finančního práva, které korespondují se zvoleným ekonomickým modelem a které budou využívány mimo jiné i v rámci aplikace právních norem, jejich výkladu apod.⁹

⁸ § 34b zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších změn a doplňků.

⁹ Mrkývka, P. Přednáška „Stabilita norem finančního práva“. Nepublikováno, se souhlasem autora. 27. 6. 2010.

Při tvorbě norem finančního práva je zákonodárce omezen mantinely katalogu základních principů právního řádu daných základním zákonem (v České republice ústavním pořádkem České republiky), ale také principy obecně platnými pro právo kontinentální kultury a právo demokratického právního státu. Právní normy nižší právní síly jsou pak navíc omezovány i hranicemi nastavenými normami vyšší právní síly.

Pro zákonodárce by měly platit také následujících principy:¹⁰

- a. Respektování ekonomických pravidel zvoleného modelu hospodářství.
- b. Předvídání krátkodobých i dlouhodobých následků finančněprávní regulace.
- c. Zohlednění právní regulace příbuzných úseků veřejných finančních činností.
- d. Omezení vlivu výkyvů v hodnotě peněz na stabilitu norem finančního práva.
- e. Plynulost změn výše finančních dávek.
- f. Ochrana zájmů většiny před pronikáním zájmů různých lobby.
- g. Respektování jednotné finančněprávní terminologie.
- h. Zohlednění úrovně právního a ekonomického vědomí adresátů právních norem.
- i. Respektování mezinárodních závazků České republiky.
- j. Respektování postavení norem komunitárního práva.

Je zřejmé, že zákon nesplňuje takto definované základní zásady tvorby norem finančního práva a je otázka, zda je možné tyto chyby napravit v rámci pouhé novelizace.

Samostatným aspektem je souvislost mezi kvalitou právního předpisu a efektivitou správy daní, kdy pouze bezproblémový text zákona přispívá k řádnému fungování systému a daňová správa (resp. celní správa) může efektivně příslušnou daň spravovat.

¹⁰ Inspirující byly zásady vymezené B. Brzezińskim v článku *Zasady tworzenia prawa finansowego (próba sformulowania)*, *Państwo i Prawo*, roč. 1986, č. 5, s. 66 – 76. Srov. Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa*. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 48.

Literature:

- Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 48.
- Mrkývka, P. Přednáška „Stabilita norem finančního práva“. Nepublikováno, se souhlasem autora. 27. 6. 2010.
- http://sd.sfgia.cz/bkz/portal/_s.155/696?kam=cinnost&kod=00845.
- Radvan, M. Spotřební daně - energetické daně. In Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008.
- Zákon č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších změn a doplňků.
- Zákon č. 267/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů.
- Zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších změn a doplňků.

Contact – email

jan.neckar@law.muni.cz

DAŇOVÝ ŘÁD JAKO REFORMNÍ KROK V RÁMCI ČESKÉ DAŇOVÉ REFORMY¹

ZDENKA PAPOUŠKOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

Príspevek pojednáva o novém daňově-právní předpisu - Daňovém řádu, a to z teoretického úhlu pohledu. Jde o reformní krok v rámci české daňové reformy, jehož účinnost je datována od 1. ledna 2011. Autorka se zamýšlí nad pozadím a povahou tohoto kroku a nastiňuje jeho základní přínosy, které lze očekávat.

Key words in original language

Daňové právo; Daňový řád; daňová reforma; správa daní.

Abstract

This Article deals with the new Tax procedural Act - Tax Rule, in theoretical way. The Author thinks about Background a Character of this reformative Step and outlines its basic Contributions.

Key words

Tax Law; Tax Rule; Tax Reform; Tax Administration.

Úvodem

Již zanedlouho – 1. ledna 2011 – nabývá účinnosti v současné době již přes rok platný nový daňověprávní procesní předpis – Daňový řád. Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád (dále jen Daňový řád), byl přijat po mnoha letech práce a lze říci, že se do něj očekává hodně. Samozřejmě, že nejdůležitější je praktická stránka celé věci, ale myslím, že nezaškodí přiblížit pozadí prací na tomto právní předpisu a také jeho teoretickou podstatu.

¹ Tento příspěvek byl zpracován za finanční pomoci projektu č. SGS PF_2010_001

Pojem „daňový řád“

Od roku 1993 jsme byli zvyklí setkávat se s názvem Zákon o správě daní a poplatků. Tento poměrně dlouhý a na můj vkus krkolomný pojem byla ale často nahrazován pojmenováním „daňový řád“. Doted' samozřejmě neopodstatněně. Nicméně, podíváme-li se do judikatury Nejvyššího správního soudu ČR, v odůvodněních daňových rozhodnutí se s institutem „daňový řád“, setkáme docela často. Otázkou tedy je, jak se v budoucnu vypořádáme s tím, o který zákon vlastně jde.

Co se týče zahraničních právních úprav, všude – tedy tam, kam sahal v posledních letech můj výzkum² - jsem se setkala pouze s názvem daňový řád pro daňový procesní předpis. Toto pojmenování, i když se předpis nebude vztahovat pouze na daně jako takové, považuji za vhodnější a srozumitelnější pro laickou veřejnost.

Pozadí přijetí Daňového řádu

O důležitosti daňového řádu, jakožto zásadního daňového zákona, prostřednictvím nějž jsou uplatňovány hmotné daňové zákony, svědčí skutečnost, že jeho zrod nebyl zrovna jednoduchý a trval bezmála deset let. Text daňového řádu, který byl od počátku několikrát měněn, opakovaně procházel širokým připomínkovým řízením, byl podrobován kritice ze strany daňové veřejnosti, podléhal politickým vlivům. V neposlední řadě na jeho konečné znění měla vliv rozsáhlá judikatura Nejvyššího správního soudu k zákonu o správě daní a poplatků a připomínky, které byly vzneseny v průběhu jeho projednávání zástupci Legislativní rady vlády. Inspiraci daňový řád čerpal i z legislativních úprav daňového řízení ostatních států Evropské unie.³

Zákon o správě daní a poplatků byl za dobu své účinnosti několikrát měněn, a to s ohledem na změny hmotněprávních daňových úprav. Po tolika letech se z něj stal právní předpis poněkud nesourodý s nejednotnou terminologií. Dokonce v něm lze nalézt i ustanovení umožňující dvojí výklad. Nejen tato fakta má právě Daňový řád odstranit.

² Rakousko, Spolková republika Německo, Holandsko, Velká Británie, Švédsko

³ Viz Jarešová, J. *Daňový řád I.* In: <http://www.danarionline.cz/dp/cs/archiv/dokument/?doc=d12277> (ke dni 28. 10. 2010)

Daňový řád jako reformní krok

K přijetí Daňového řádu došlo v období tzv. ekonomické krize. Jak jsem naznačila viz výše, práce na tomto právním předpisu ale započaly dávno před tím, než hospodářská krize vůbec propukla. Nicméně, v souvislosti právě s ekonomickou krizí je často skloňována „daňová reforma“, popř. „reforma veřejných financí“. A ačkoliv jsem se v letošním roce již několikrát vyjádřila⁴ k tomuto pojmu s tím, že podstatu reformy, ať již daňové či veřejných financí spatřuji někde jinde, než naši politikové, musím konstatovat, že právě Daňový řád opravdu reformním krokem v rámci daňové reformy je.

Dokonce je tento právní předpis zařazen jako samostatný II. pilíř reformy veřejných financí 2007 – 2010 v materiálu Ministerstva financí ČR⁵. Představený výčet jeho očekávaných přínosů shledávám velkolepým. Čtenář si může udělat představu sám, zde jej předkládám v jeho doslovné citaci⁶:

1. srozumitelný právní předpis

- větší přehlednost a lepší systematická uspořádanost nového zákona
 - nový zákon umožňuje logičtější strukturování textu, lepší členění do paragrafů a odstavců, což zvyšuje komfort pro uživatele
- jasnější a jednotné vymezení pojmů
 - zvýší právní jistotu a lze tak očekávat snížení počtu soudních pří
 - základ sjednocení terminologie celého daňového práva
- zkvalitnění zásad daňového procesu
 - vychází ze zásad obecného správního procesu

⁴ Např. viz Papoušková, Z. a kol. *Finanční věda a finanční právo v prostředí hospodářské krize*. Olomouc : VUP v Olomouci. 2010

⁵ Srovnej viz http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/navrh_danoveho_radu_2pilir_rvf.html (ke dni 28. 10. 2010)

⁶ Převzato z http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/TZ_20081118_Priloha_Prinosy_DR_pdf.pdf (ke dni 28. 10. 2010)

- zohledňuje specifika daňového práva tak, že zůstávají zachovány zásady typické pro daňové právo (neveřejnost řízení, ochrana mlčenlivosti apod.)

2. moderní a efektivní správa zaručující snížení administrativní zátěže

- větší podpora elektronizace daňové správy

- plně elektronická komunikace daňové správy s jejími adresáty

- odstranění překážek elektronického vedení spisu

- jasná pravidla pro doručování

- jistota účinného doručení pro obě strany a odstranění prostoru pro možné spory o to, zda bylo doručeno

- zohledňuje moderní trendy v této oblasti (zejména tzv. souhrnnou novelu občanského soudního řádu)

- připravenost na všechny způsoby elektronického doručování

- jasná pravidla pro vedení daňového spisu a nahlížení do něj

- ke všemu, co má být použito jako důkaz, bude zajištěn přístup poplatníkovi

- možnost nahlížet do kompletního soupisu písemností obsažených ve spise

- lepší provázanost ve vztahu k přezkumu prováděnému v rámci správního soudnictví

- možnost uspokojení navrhovatele, se kterým se vede spor ve správním soudnictví a tím předcházení vzniku dalších nákladů a škod

- možnost rychlého a efektivního vyřešení sporu

- odstranění omezení při volbě zástupce

- nejen daňovým poradcům bude umožněno zastupovat u jednoho správce daně více daňových subjektů

- to umožní zvolit si levnější zástupce a snížit tak náklady na plnění daňových povinností

- možnost odpustit úrok z prodlení při posečkání již při vydání rozhodnutí o posečkání

- v současné době, pokud je rozhodnuto o posečkání daně a daňový subjekt chce docílit i prominutí úroků, musí podat další žádost. Daňový řád přináší

možnost, že správce daně rozhodne o prominutí úroků z prodlení již při rozhodnutí o posečkání.

- možnost dokončením daňové kontroly a daňové exekuce původním správcem daně i po změně místní příslušnosti

- změnou místa pobytu nebo sídla dochází ke změně místní příslušnosti správce daně. Nová úprava přináší možnost, aby probíhající exekuci nebo daňovou kontrolu dokončil ten správce daně, který už je s případem obeznámen, předejde se tím prodlevám a možnému obstrukčnímu jednání, čímž rovněž dochází k efektivnějšímu využití administrativní kapacity.

- částečné zamezení efektu „přesídlování firem do velkých měst“

- rozšíření možnosti podání dodatečných daňových přiznání na nižší daň na úkor obnovy řízení

- dodatečné daňové přiznání řeší případy, které by jinak byly řešeny obnovou řízení, které představuje administrativně náročnější institut, neboť zahrnuje i fázi povolovací. Ta podle daňového řádu v případě dodatečného daňového přiznání odpadá, neboť rozhodnout bude moci rovnou správce daně v první instanci.

3. odstranění tvrdostí a nejasností

- posunutí splatnosti daně ve výši, která byla stanovena nad rámec tvrzení daňového subjektu, až po rozhodnutí o odvolání, pokud bude podáno

- obdobný efekt je možné složitým způsobem docílit i dnes tím, že se vyhoví žádosti o posečkání platby daně vyměřené nad rámec tvrzení, což je ovšem nenárokové a zbytečně administrativně náročné

- omezení pravomoci ministra financí prominout daň

- daň a příslušenství daně již nebude možné promíjet v individuálních případech

- promíjení daně z důvodů nesrovnalostí v daňových zákonech bude možné pouze v plošných a předem zveřejněných případech, což přinese rovné zacházení s poplatníky, kteří se ocitnou ve stejné situaci

- zavedení požadavku odůvodňovat každé rozhodnutí,

- obecný standard, který sledují všechny procesní předpisy

- předřazení priority úhrady daně před její příslušenství

- nový nástroj ke zvýšení motivace k úhradě samotné daně

- celkové zjednodušení systému pořadí úhrady, ve kterém jsou dnes nejasnosti
- stanovení jednoznačných pravidel pro opakování daňových kontrol a jejich omezení
- zapracování principu odvozeného judikaturou
- vychází se ze zásady, co nejméně zatěžovat daňový subjekt
- zkrácení obecné lhůty, po jejímž uplynutí je možné se bránit před nečinností ze 6 na 3 měsíce
- zvýšení tlaku na urychlení správy a tím efektivitu řízení
- jednoznačné nastavení lhůty pro stanovení daně
- jasně vymezená doba, kdy lze ještě zvyšovat či snižovat daňovou povinnost
- na jisto postavený časový prostor pro vyměření či doměření daně na jedné straně umožní odstranění některých tvrdostí a na druhou stranu poskytuje prostředky při potírání daňových úniků
- v řízení o mimořádném opravném či dozorčím prostředku nebude vznikat úrok z prodlení

4. nové pojetí daňové exekuce

- veškeré pravomoci správce daně vystupujícího v pozici soudu jsou zakotveny v daňovém řádu, tudíž nebude do budoucna nutné, aby se přiměřenou aplikací o.s.ř. do role soudu dosazoval, když zároveň má ještě pozici oprávněného
- zjednodušení aplikace ustanovení o exekuci a zvýšení motivace k jejich využití
- odstranění možných pochybností tím, že úprava je uvedena plně do souladu s principem, že pravomoc orgánu veřejné moci má být výslovně stanovena zákonem
- zavedení pravidla, podle něhož je nutné při volbě způsobu vymáhání dbát toho, aby náklady spojené s vymáháním nebyly neúměrné k výši vymáhaného nedoplatku.
- předcházení nerovného zacházení s poplatníky v případě, že budou zvoleny různé druhy výkonu rozhodnutí (správce daně, soud, exekutor)

- přehledná úprava dražeb věcí movitých i nemovitých a s tím souvisejícího rozvrhového řízení

S ohledem na téma tohoto příspěvku považuji za primární bod ad 1., kde je výslovně stanoveno, že jde o „nový zákon“. Právě tento fakt potvrzuje, to co jsem již napsala viz výše, což je reforma daňového procesu. Právní předpis je tedy „znovuvytvořen“, používá nové pojmy, jeho systematika se od zákona o správě daní a poplatků liší výrazným způsobem a dokonce samotné daňové řízení je vymezeno, aspoň co se jeho stadií týče, jinak.

4. Závěrem

Myslím, že na závěry a hodnocení je ani ne příliš brzy, ale spíš je nelze zatím vůbec dělat. Z teoretického úhlu pohledu mohu zopakovat to, o čem můj příspěvek pojednává a to je fakt, že Daňový řád je reformním krokem, jedná se o zcela nový právní předpis, který sice upravuje pojem již zažitý (kterým je daňové řízení), ale podle mého názoru rovněž novým způsobem.

V oblasti hmotněprávní o reformě hovořit (zatím) nemůžeme, protože daně, i když se manipuluje s jejich náležitostmi – zejména s daňovými sazbami – zůstávají od roku 1993, resp. 2008 stále ve stejném složení a stejné podobě.

Jakým směrem se bude daňová správa ubírat, zda Daňový řád splní očekávání jeho tvůrců a našich zákonodárců ukáže čas. Mně nezbyvá nic jiného, než aby se tak opravdu stalo a styk s (nejen) finančními úřady se stal pro každého méně nepříjemnou záležitostí.

Literature:

- Jarešová, J: Daňový řád I. In <http://www.danarionline.cz/dp/cs/archiv/dokument/?doc=d12277>
- Papoušková, Z. et al: Finanční věda a finanční právo v prostředí hospodářské krize, Olomouc: VUP v Olomouci, 2010

Contact – email

zdenka.papouskova@upol.cz

DAŇOVÝ SYSTÉM VE FRANCII

IVANA PAŘÍZKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek nastiňuje problematiku daňového systému ve vybraném státě EU, ve Francii. Jsou zde zmíněny jak přímé daně včetně příspěvku na sociální pojištění, tak i nepřímé daně a místní daně.

Key words in original language

Daň, přímá a nepřímá daň, sociální pojištění, místní daně

Abstract

Paper outlines the issues of taxation in selected countries of the EU, France. They are mentioned as direct taxes, including contributions to social insurance and indirect taxes and local taxes.

Key words

Tax, direct and indirect taxes, social insurance, local taxes.

Není snadné zorientovat se ve francouzském daňovém a poplatkovém systému. Francouzští odborníci, vyučující na vysokých školách, ale i zákonodárci to vědí a snaží se jej zpřehlednit a zjednodušit tak, aby usnadnil život všem poplatníkům i těm, kteří daně a poplatky vybírají. Avšak množství zásahů a úprav tak způsobuje ještě větší složitost a nepřehlednost.¹ Francouzský daňový systém je velmi nepřehledný, jednak pro velké množství různých daní i složitost jejich výpočtu, a jednak pro složité výjimky z nejrůznějších daní.

Více než dvacet let je ve Francii jedním z aktuálních a diskutovaných témat přesun některých kompetencí státu v oblasti daní na územní samosprávy. Mají být regiony a obce financovány ze státního rozpočtu? Mají se zavést nové daně – speciálně pro financování územních samospráv? Jaké důsledky mají ta-ktéria opatření zajišťující samosprávám peníze? Pokusme se tedy podívat na daňový systém ve Francii jako na celek.

¹ Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 202

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA STÁTNÍCH DANÍ

Základy českého i francouzského daňového systému jsou vcelku si podobné. V obou zemích daně rozdělujeme na daně přímé a nepřímé. Do první skupiny přímých daní zařazuje francouzská obecná teorie daní zdanění fyzických osob - daň z příjmu (IR = impôt sur le revenu), sociální daně – obecný příspěvek na sociální pojištění (CSG = contribution sociale généralisée), příspěvek na krytí deficitu sociálního pojištění (CRDS = contribution au remboursement de déficit social), sociální dávka (Prélèvement Sociale) a daň z majetku, někdy pojmenovávaná jako daň z „luxusu“ (ISF = impôt de solidarité sur la fortune). Taktéž jsou zdaněny následující příjmy *právnických osob*: podnikatelé v oblasti průmyslové a obchodní (BIC = bénéfices industriels et commerciaux), podnikatelé s neobchodní činností (BNC = bénéfices non commerciaux), podnikatelé v oblasti zemědělské (BA = bénéfices agricoles) a kapitálové obchodní společnosti (IS = impôt sur les sociétés). Za přímé daně se považuje i zdanění majetku tj. daň z převodu nemovitosti (droits de mutation), poplatek ze zápisu do rejstříku (droits d'enregistrement), poplatek za provoz motorového vozidla (taxe différentielle de véhicule à moteur) a dědická daň (droits de succession).²

Dalšími přímými daněmi jsou tzv. místní daně, kterou představuje daň obchodní (taxe professionnelle), učňovská daň, daň na odborný výcvik, výstavbová daň. Dalšími místními daněmi jsou pro vlastníky objektů (fyzické i právnické osoby) daň z nemovitostí (taxe foncière) a daň z bydlení (taxe d'habitation) vyměřovaná pro uživatele nekomerčních prostor, ať již jsou v jejich vlastnictví nebo jen v nájmu.³

Mezi nepřímé daně patří především daň z přidané hodnoty (DPH, francouzsky TVA = taxe sur la valeur ajoutée), spotřební daně (taxes sur consommation) a poplatky a kolky,

Svoji pozornost budu věnovat především daním, které jsou přímým zdrojem státního rozpočtu Francouzské republiky. Jako základní kritérium dělení byla zvolena kategorie přímosti a nepřímosti daně, což má ve francouzském jazyce i podporu v rozlišení slov „impôt“ pro daně přímé a „taxe“ pro daně nepřímé.⁴

² Jaroš, V.: Daňová soustava a financování územní samosprávy ve Francii, Masarykova univerzita, Brno, 2005

³<http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/francie/pravidla-pro-podnikani-ve-francii/1000421/42824/#dansys>

⁴ Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 203

2. DAŇ Z PŘÍJMU

Daň z příjmu se ve Francii vypočítává za celou tzv. „fiskální domácnost“, tj. skupinu výdělečně činných a ostatních osob tj. dětí, důchodců, nezaměstnaných, postižených osob apod., žijících v jedné domácnosti. Tuto daň by principálně měla platit každá osoba, která má nějaký příjem. V daňovém přiznání, které se vyplňuje jednou ročně, se sečtou veškeré příjmy (ze závislé činnosti netto – bez plateb na sociální pojištění, které sráží z platu zaměstnavatel; z nemovitostí; finančních aktiv atd.) za všechny členy fiskální domácnosti.

Ve Francii existuje celá řada odpočitatelných položek obdobných jako v jiných členských státech EU. Specificky francouzským příspěvkem je např. tzv. „prémie za zaměstnání“ (prime pour l'emploi) pro domácnosti s nižšími příjmy, které splňují několik dalších podmínek – např. alespoň jeden z členů domácnosti je výdělečně činný. Prémie se automaticky odečítá z částky dlužné daně a v případě, že její výše tuto částku přesahuje, obdrží poplatník přeplatek šekem. Rozpětí jednotlivých příjmových položek se každý rok upravuje podle inflace.⁵

Zdanitelným základem je součet příjmů za daňový rok, který je snížen o odpočitatelné položky. Zajímavostí je, že pro zaměstnance (tedy osoby mající příjem ze závislé činnosti) je míra nezdanitelného základu zvýšena o 20 %. Jejich mzdy a platy jsou totiž přesně evidovány a je tak u nich menší riziko daňových úniků.

Způsob odvodu daně z příjmu je odlišný od naší právní úpravy, ve Francii musí všichni podat daňové přiznání o svých příjmech, zaměstnancům není daň automaticky měsíčně odpočítávána zaměstnavatelem, ale také je jim vypočítávána ročně. To nepochybně zvyšuje zájem zaměstnanců/poplatníků o to, kolik daní opravdu platí a jak, což má nesporný edukativní význam.⁶

Pro daň z příjmu není stanovena jednotná sazba, zdanění je progresivní, které lépe odpovídá zásadě daňové spravedlnosti. Další odlišností od situace v ČR a patrně velmi užitečným institutem, je možnost společného zdanění rodiny, které se ve speciálních případech vztahuje i na nesezdané páry žijící spolu déle než 3 roky za existence občanskoprávní smlouvy o solidaritě, které se říká (jak je ve Francii zvykem) zkratkou PACS. Jedná se o jakési ekonomické stvrzení partnerského soužití, na druhou stranu to ovšem

⁵<http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/francie/pravidla-pro-podnikani-ve-francii/1000421/42824/#dansys>

⁶ Srovnej Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 204

vyvolává situace, kdy různé páry v závislosti na výši svých příjmů doslova „kšeftují“ s partnerským vztahem a výši zaplacených či nezaplacených daní. Při společném zdanění rodiny se k nezdanitelnému základu přidávají i zákonem stanovené odpočitatelné položky na děti, přičemž za první dvě děti je odpočitatelná jen polovina této částky, ale za třetí dítě už se odpočítává položka celá (jedná se o propopulační opatření především ve prospěch bohatých rodin). Děti mohou být započítány ke zdanění společně s rodiči až do dovršení věku 21 let, případně do 25 let, za předpokladu, že studují. Jinak samostatně mohou být posuzováni za účelem zdanění od 18 let.

Sazby daně z příjmu fyzických osob

Rok Zdanitelný příjem

0 %	Do 5 852 €
5,5 %	5 853 € – 11 637 €
14 %	11 638 € – 25 926 €
30 %	25 927 € – 69 505 €
40 %	69 506 € a více ⁷

3. SOCIÁLNÍ DANĚ

Ve Francii existují 3 sociální daně uvalené na příjem fyzických osob, které nesmíme zaměňovat s příspěvků na sociální zabezpečení.

Obecný sociální příspěvek (Contribution sociale généralisée – CSG)

Je uvalen na téměř všechny příjmy s některými výjimkami. Její výše se odvíjí od typu příjmu. V některých případech je tato daň odčitatelnou položkou pro účely daně z příjmu, v jiných ne.

Deficitní příspěvek sociálního zabezpečení (Contribution au remboursement de la dette sociale – CRDS)

Tento příspěvek je uvalen zpravidla na všechny příjmy, na které je uvalen CSG, ale i na některé další. Jeho sazba je 0,5 % a není odčitatelnou položkou pro základ daně z příjmu.

Sociální dávka (Prélèvement Sociale)

Sazba ve výši 2,3 % je uvalena na příjmy z nemovitého majetku a investic. Není odčitatelnou položkou pro výpočet základu daně z příjmu.⁸

⁷ <http://www.firemnifinance.cz/zpravy/finance/289895-jak-vysoke-dane-plati-francouzi-/>

Sazby sociálních daní pro různé druhy příjmu			
	Mzdy a podpora v nezaměstnanosti	Důchody a invalidní důchody	Příjmy z nemovitého majetku a investic
CSG (Contribution sociale généralisée)	7,50 %	6,60 %	8,20 %
CRDS (Contribution au remboursement de la dette sociale)	0,50 %	0,50 %	0,50 %
PS (Prélèvement Sociale)	0 %	0 %	2,30 %
Σ	8 %	7,10 %	11 %

4. DAŇ Z MAJETKU

Daň z nadstandardu nebo též „Milionářská daň“

Tato daň existuje ve Francii již od roku 1982 (původně jako IGF = impôt sur la grande fortune), ale pro svou nízkou sazbu není příliš rentabilní. Jedná se o daň uvalenou na majetek (movitý i nemovitý) fyzických osob, resp. rodiny s majetkem, jehož čistá hodnota přesahuje 770 000 EUR. Sazby se pohybují od 0,55 – 1,8 % v závislosti na hodnotě majetku, ale celkově nesmí přesáhnout 85 % příjmu přiznaného pro zdanění dle daně z příjmu⁹. Původním záměrem při zavádění této daně snad bylo zamezit vývozu kapitálu z Francie, v konečném důsledku však dochází k umělému snižování rodinného majetku (právě třeba investicemi mimo Francii) tak, aby zdanění bylo co nejnižší. Do soupisu zdanitelného majetku se nezapočítávají nástroje nutné k výkonu práce.¹⁰

⁸ <http://www.firemnifinance.cz/zpravy/finance/289895-jak-vysoke-dane-plati-francouzi/>

⁹ Toto omezení pamatuje na situace, kdy zdaňovaný subjekt vlastní např. nemovitost obrovské hodnoty – zámek, ale jeho příjem v podobě platu či mzdy dosahuje pouze běžné či průměrné úrovně.

¹⁰ Srovnej Chatail, Cyril: *Finances publiques*. Centre de publications universitaires Paradigme, Orléans 2002, s 101.

5. DAŇ DĚDICKÁ

Jedná se o daň nepřímou, osobní, s progresivní sazbou zdanění, která bere v úvahu příbuzenský stupeň vztahu mezi zesnulým a povinnou osobou.

Pro dědění v přímé linii prvního stupně se z celkové hodnoty odvádí jako dědická daň 5-20 % za podíl, ale jako nezdanitelná částka se může odečíst až 45.000,- € na dítě a 76.000,- € na pozůstalého manžela, takže z dědictví nízké hodnoty se daň vůbec neplatí.

Pro dědění v pobočné linii je zdaňovací sazba 35-45 % a nezdanitelná částka do 15.000,- €. Dědici bez jakéhokoliv příbuzenského vztahu musí státu odvést 60 % hodnoty majetku bez možnosti jakéhokoliv sníženého odpočtu. Spolužijící osoba (druh/družka) při existenci občanskoprávní smlouvy o solidaritě PACS platí daň 40-50 % (v závislosti na počtu dalších závislých vyživovaných osob) s možností odpočtu nezdanitelné částky 15.000,- €. ¹¹

6. DAŇ Z PŘIDANÉ HODNOTY

DPH respektuje ekonomickou neutralitu a nepodléhá inflaci přičemž se vztahuje na prodej zboží a služeb a poplatníkem je konečný zákazník. Obchodní společnosti inkasují daň při prodeji a platí daň při nákupu. Jestliže objem zaplacené daně je vyšší než daň inkasované, rozdíl je na základě žádosti vrácen. Podnikatelé s obratem nepřevyšujícím 76.300 EUR jsou od DPH osvobozeni. Standardní sazba DPH je 19,6 %, snížená 5,5 % (potravin, vybrané zemědělské produkty, knihy, hromadná doprava, atd.) nebo 2,1 % (některé časopisy a léky).

Procentní sazby této daně jsou ve Francii pevně stanoveny následně:

19,6 % běžná sazba¹² (zboží, služby),

5,5 % snížená sazba (potravin, knihy – „produkt ducha“) a

¹¹ Srovnej Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 207

¹² Podle předpisů Evropské unie vztahující se k daňové harmonizaci členských států, má být sazba DPH v rozmezí 15 – 20 % a případná snížená sazba kolem 5 %, což odpovídá situaci ve Francii. Konečným cílem daňové harmonizace EU je jednotná sazba DPH ve výši 15 %.

2,1 % speciální sazba (periodika, léky proplácené zdravotní pojišťovnou).

Na základě zákona jsou od daně z přidané hodnoty osvobozeny služby jako bankovníctví, pojišťovnictví a lékařská péče a také vývoz zboží mimo EU. Činnosti nespádající pod zdanění daní z přidané hodnoty jsou ty, jež jsou realizované samotnými jednotlivci (spotřebiteli) mezi sebou nebo služby poskytované neziskovými organizacemi.¹³

SPOTŘEBNÍ DANĚ

Jsou ve Francii uvaleny na prodej tabákových výrobků, alkoholických nápojů a benzínu.

7. PŘÍMÉ MÍSTNÍ DANĚ

Místní přímé daně jsou nejstarší složkou francouzské daňové soustavy. V podstatě jsou nástupci přímých poplatků (*contributions directes*), které byly v letech 1790-1791 vytvořeny jako státní daně, a které byly na územní samosprávu přeneseny v průběhu daňové reformy z let 1914-1917. Místní daně vybírá stát prostřednictvím svých „finančních úřadů“, ale činí tak ve prospěch územních samospráv, kterým vybrané obnosy vyplácí.

Místní daně jsou charakterizovány provázaností svého daňového základu na „katastrální nájemnou hodnotou“ (*valeur locative cadastrale*), s výjimkou, jak uvidíme, živnostenské daně (*taxe professionnelle*). Katastrální nájemná hodnota ovšem nepředstavuje normální tržní hodnotu pronájmu nemovitostí, nýbrž pouze teoretický výnos z vlastnictví, který je určen správními úřady. Určování této hodnoty je komplikované. Zohledňuje se položení nemovitosti, orientace ke světovým stranám, technická vybavenost (inženýrské sítě), u nájemních domů se zkoumá počet pater a existence výtahu atp. Za každé „zvýhodnění“ nebo naopak „znevýhodnění“ se pak přidávají imaginární metry čtvereční k výměře bytu či domu, a tak se uměle zvyšuje daňové zatížení konkrétní nemovitosti. Systém je velmi individualizován a od počátku (rok 1982) se počítalo s jeho aktualizací každé 2 roky. Takový postup je ovšem velmi náročný, takže z pravidelné aktualizace sešlo a dnes se tedy vychází z údajů starých 20 let.¹⁴

¹³ Srovnej Pařízková, I.: *Finance územní samosprávy*, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 207

¹⁴ Srovnej Pařízková, I.: *Finance územní samosprávy*, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 209

Skladbu místních daní tvoří čtyři základní daně:

Daň obchodní (taxe professionnelle)

Tato daň je vyměřována místními orgány příslušnými k místu sídla společnosti. Vybírá se ročně a odvíjí se od roční nájemní hodnoty užívaných obchodních a průmyslových budov a zařízení. Sazby se liší podle jednotlivých municipalit, je však stanovena maximální hranice odvodu ve výši 3,5 % přidané hodnoty vyprodukované společností v daném roce. Tato daň je navíc předmětem častých úlev a investičních pobídek.¹⁵

Učňovská daň

Odvádí se ve výši 0,68 % z hrubé mzdy, v některých departamentech může být sazba nižší.

Daň na odborný výcvik

Pokud zaměstnavatelé mají 10 či více zaměstnanců, odvádí povinně 1,6 % z mezd do fondu odborného výcviku zaměstnanců.¹⁶

Výstavbová daň

Pokud zaměstnavatelé mají 10 či více zaměstnanců, odvádí 0,45 % mezd v podobě výstavbové daně určené na výstavbu rodinných domů.

Dalšími místními daněmi jsou pro vlastníky objektů (fyzické i právnické osoby) daň z nemovitostí (taxe foncière) a daň z bydlení (taxe d'habitation) vyměřovaná pro uživatele nekomerčních prostor, ať již jsou v jejich vlastnictví nebo jen v nájmu.¹⁷

Daň ze zastavěných pozemků

Daň ze zastavěných pozemků se platí ročně, a to ze všech zastavěných majetků na území Francie, s výjimkou objektů, které jsou předmětem

¹⁵ <http://www.firemnifinance.cz/zpravy/finance/289895-jak-vysoke-dane-plati-francouzi/>

¹⁶ <http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/francie/pravidla-pro-podnikani-ve-francii/1000421/42824/#dansys>

¹⁷ <http://www.firemnifinance.cz/zpravy/finance/289895-jak-vysoke-dane-plati-francouzi/>

osvobození trvalých (veřejné majetky, rurální stavby sloužící zemědělské výrobě...) či přechodných (určených k podpoře rozvoje na trhu s nemovitostmi).

Zdanitelné majetky jsou „všechny stavby pevně spojené se zemí a vykazující znaky opravdové stavby“¹⁸. Jako příklad lze uvést prostory určeny k bydlení lidí, k podnikatelské činnosti (dílny, skladiště), některé inženýrské stavby, některé komunikace, půdu, které bezprostředně a nevyhnutelně závisí na těchto stavbách atd.

Základ daně je stanoven na 50 % katastrální nájemné hodnoty, sazbu daně každoročně určuje zastupitelstvo příslušné územní samosprávy. Daň se platí vždy k 1. lednu zdaňovacího roku.

Osvobození od této daně jsou někteří občané starší 75 let, jejichž příjmy nepřesahují určitou hranici, zdravotně postižení občané, a to vždy pouze pro jejich „hlavní bydliště“. Přechodná osvobození různého trvání mohou být uplatněny na některé nové stavby či nové továrny.¹⁹

Daň z nezastavěných pozemků

Daň z nezastavěných pozemků se platí ročně, a to z titulu držby nezastavěných majetků všeho druhu na území Francie, s výjimkou těch, které jsou předmětem osvobození trvalých (veřejné majetky) či přechodných (různá opatření mající podporovat zemědělství a zalesňování).

Stejně jako u daně ze zastavěných pozemků, i tuto daň je v zásadě povinen platit vlastník pozemku, a to vždy k 1. lednu zdaňovacího roku. Základ daně je stanoven na 80 % katastrální nájemné hodnoty, sazbu daně opět určuje každoročně zastupitelstvo příslušné územní samosprávy.²⁰

Domovní daň

Obytné prostory dostatečně zařízené nábytkem a jejich příslušenství (zahrady, garáže, soukromá parkoviště apod.) jsou zdaňovány též domovní daní. Povinnou je každá osoba, která k 1. lednu zdaňovacího roku disponuje

¹⁸ La fiscalité française. Direction Générale des Impôts 2003, <http://www.impots.gouv.fr>, str. 63.

¹⁹ Bouvier, Michel – Esclassan, Marie-Christine – Lassale, Jean-Pierre: Finances publiques. Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, Paris 2002.

²⁰ Srovnej Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 214

se zdanitelnými prostory v dané obci, bez ohledu na titul užívání (vlastník, nájemce, bezúplatné užívání).

Daň se vypočítá v závislosti na katastrální nájemné hodnotě a na sazbě daně každoročně určené obecným (městským) zastupitelstvem. Katastrální nájemná hodnota hlavního bydliště poplatníka se ovšem snižuje o povinné (rodinné výlohy) a fakultativní srážky. Osvobozeny od daně jsou osoby s nižšími příjmy, ale též např. studenti obývající koleje.²¹

Živnostenská daň

Daňová povinnost ze živnostenské daně vzniká každoročně právnickým osobám a fyzickým osobám – podnikatelům, kteří na území Francie obvykle vykonávají podnikatelskou činnost.

Zákon však předvídá mnohá osvobození. Tato mohou vyplývat buď přímo ze zákona (např. činnosti vykonávané státem, územními samosprávami a státními podniky, některé řemeslní či obdobné činnosti, vybrané aktivity průmyslové, obchodní a neobchodní) anebo se může jednat o osvobození přechodná (přiznána v rámci územního plánu anebo na podporu nově vznikajících podniků).

Základ živnostenské daně je stanoven v závislosti na nájemné hodnotě hmotného majetku, jímž poplatník disponuje pro účely výkonu své živnosti.

Daň je splatná v každé obci, kde má podnikatel své prostory či pozemky, a to za každý z prostorů či pozemků zvlášť. V rámci státem daných hranic může být potom sazba daně v každé z obcí jiná (o její výši rozhodují místní zastupitelstva). Horní hranice daně závisí též od obratu jednotlivého podnikatele.²²

8. ZÁVĚR

Daňový systém ve Francii, stejně jako v ostatních zemích Západní Evropy, je již poměrně zažitou součástí politického života. Přesto však poznal doby, kdy jakoby neexistoval, ale i doby, kdy měl v určování politického, hospodářského i kulturního dění ve svém obvodu silné slovo. Takové období prožívá i v současnosti.²³

²¹ Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 211

²² Srovnej Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2008, s. 212

²³ Pařízková, I.: přednáška Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2009, nepublikováno

THE ECONOMIC SETTING OF THE REQUIREMENTS OF FINANCIAL LAW

KRYSTYNA PIOTROWSKA-MARCZAK

Wyższa Szkoła Bankowa w Toruniu, Poland

Abstract

Law imposes obligations that interact with the economic setting. The setting is a correlated system determined by financial, social, political, administrative, and philosophical factors, etc. Each of the factors is shaped and modified by the laws in force.

Key words

Economic setting; law in force

To identify the setting in which financial law operates we need to characterise it first and then use the acquired knowledge as a basis for presenting the economic determinants of law.

A turning point that initiated the emergence of a law that was initially called a fiscal law to be renamed a financial law after some time occurred when rulers' treasury was divided into public and private assets. „This had to replace the relation „the sovereign – the subject” with relation „the state – the citizens”¹. As a result, the executive authority had to make decisions meeting social needs, particularly public needs. The legislature became responsible for determining the type and manner of securing resources to fund these needs and for passing laws stimulating social and economic development of the state. This system involved the creation of appropriate institutions, the most important of them being the Parliament and the state budget, whose main duty is to supervise how public funds primarily originating from the collected taxes are supervised. All these processes need special budget law founded on constitutions and public finance laws. At the same time, the order created by financial law constitutes a framework within which the authorities make and implement their financial decisions.

Financial law setting the directions and volumes of transfers occurring in the economy in order to regulate monetary processes quite naturally operates in the economic setting and produces economic consequences. Therefore, financial law arises from the necessity to determine and control money movements. On the other hand, the economic setting is a correlated system shaped by the following groups of factors:

¹ *Finanse publiczne i prawo finansowe*. C. Kosikowski i E. Ruśkowski (eds), collective work, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003 p. 47.

financial,

social,

political,

administrative,

philosophical.

Each group has its specific characteristics and produces some definite phenomena.

As regards the financial factors, decisive are processes that affect:

budget deficit,

public debt,

investor behaviour,

poverty levels,

foreign trade balance.

These factors lead us to the question about their interaction with the legal requirements.

The European law sets upper limits on both budget deficit and public debt and country's failure to comply with the limits triggers relevant sanctions.

A risk of the limits being crossed must entail a relevant action, such as modification of the tax law, which requires relevant amendments of laws at different levels, from the acts of the Parliament to executory regulations issued by the interested ministries.

This situation can be found in Poland as well as many EU Member States.

Table 1. Gross debt of the central and local governments' institutions in Poland (% of GDP).

	2005	2006
Czech Republic	30.4	30.6
Denmark	35.9	28.6

Estonia	4.5	3.7
Cyprus	69.2	64.7
Latvia	12.1	10.7
Lithuania	18.7	18.4
Hungary	61.7	67.5
Malta	74.2	68.3
Poland	42.0	42.0
Slovenia	28.0	28.5
Slovakia	34.5	31.1
Sweden	50.4	46.5
UK	42.4	43.7

Source: European Central Bank, Annual report 2006, p. 92.

The situation of public finance in the European Union has made the European Commission consider the introduction of new taxes, i.e. on financial transactions, CO2 emissions and air carriers, or charging fixed commissions on VAT and CIT.

In Poland, the per capita debt has been growing.

Table 2. The per capita debt in Poland, years 2009-2011.

Year	Total (in thousand PLN)
2009	17.0
2010	19.0
2011	21.7

Source: Rzeczpospolita daily no. 147 (26 -27 June 2010).

As estimated, in 2010 the Polish budget deficit will total PLN 48.3bn² and the public debt PLN will be 750.8bn³, representing altogether 53.2% of Polish GDP. It is expected that by the year 2012 the rate will reach 54.3%. In other words, it will approach the limit of 55% of GDP that all EU Member States must respect.

In 2011, the public debt service in Poland will consume PLN 38.6bn, an amount equal to that contributed by the personal income tax.

In an attempt to ameliorate the situation of public finance, the Parliament reduced PIT rates in 2009, cancelled the third tax bracket (40%) and cut the rate applied to the first bracket from 19% to 18%, while raising it for the second bracket from 30% to 32%. Being partly intended to win public approval, the new solutions were primarily designed to stimulate investment activities, i.e. to trigger another financial factor – production capacity growth driven by investments.

However, the reality turned out to be different than expected. Investment activity was not strong.

Table 3. Outlays on long-term investments in Poland, years 2010-2012.

Outlays	Total (in thousand PLN)
Total outlays	19.426 000
in which	
investors' own contribution	2.371 000

Source: Parliament document 2560 pp. 209-212.

An explanation for the insufficient investment activity could be the level of savings and poverty affecting 800 000 people in Poland⁴. A financial factor of importance for the economic growth process is the foreign trade balance that stands for the relations between import and export.

² Rzeczpospolita daily, 3 Sept. 2010, no. 206.

³ Rzeczpospolita daily, 29 Sept. 2010, no. 228.

⁴ „Po biednej stronie świata” Polityka weekly, no. 42 (2778 p. V)

The second group of factors is social factors, among which the rate of unemployment plays an important role.

In 2010, the unemployment rate in Poland was 12.3; its level is predicted to fall to 9.9 in 2011. However, in the same period higher VAT rates will make goods prices grow by 2.3%. The VAT standard rate will go up from 22 to 23%, while the rates applied to particular items will increase from 3 to 5% for unprocessed goods and from 7 to 8% for construction services, medicines and cosmetics; only the rate on food will decrease from 7% to 5%. Therefore, the standard of living of the population will not improve.

The VAT rates were raised because of the necessity to strengthen public finance in Poland and to adjust the system to the EU laws.

Another group of factors operating in the economic setting is political factors that have a conclusive effect on the shape of financial policy formulated by the decision makers.

Defining financial policy aims involves the making of public choices. Public choice theory confirms that this issue is significant: „naturally, making a choice is making a decision that favours one solution (a variant) over the other variant(s)”⁵. Political choices are made by mandated groups „In democratic systems that are typical of mature market economies, a public choice is made by citizens electing their representatives to rule”⁶. Parties successful in parliamentary elections form a political grouping that decides about the policies to be pursued, including financial policy. However, their concepts are usually contested by the opposition. Therefore, the two parts to the dilemma over the selection of financial policy aims is the necessity to handle possible resistance from the opposition and the unavoidable reduction of aims to choose the preferred ones that will be given the green light. Besides, each winning group has its own set of values that determines its goals.

The next group of factors operating within the economic setting of law is administrative factors.

The unavoidable expansion of bureaucracy limits the efficiency of administrative bodies and institutions. At the same time, both national economies and the global economy evolve at a very fast rate. To catch up with the changes, it often becomes necessary to review the laws in force. Regardless of the need to formulate laws precisely, it is also necessary to

⁵ Owsiak Stanisław, 1999a *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*. WN PWN Warszawa 1999, p. 72

⁶ Owsiak Stanisław, 1999b, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*. WN PWN Warszawa 1999, p. 72

pass them. This is where problems frequently appear, caused by administrative inefficiency that considerably delays amendments to the existing laws.

The last group of factors within the economic setting could be generally termed philosophical factors. It consists of elements falling into moral and ethical categories, which means that economic decisions are considered in terms of protection for the poorest or disabled groups, fair tax setup, etc.

It is out of the question that financial law and finance represent two fields of science. Formally, they constitute a branch of public law studying the norms applying to public monetary resources as well as their handling⁷.

It is quite obvious, though, that in the same way that the development of financial science proves tight relations between finance and economics, financial legislation points to the importance of the legal aspects for solving financial problems. The position that modern financial policy gives to economic objectives is so important that lawyers frequently give up investigations into the mechanisms of financial phenomena and hand them over to economists. Economics has almost completely absorbed financial science⁸.

It seems that the real problem lies not in gaining some advantage or drawing a line between the competencies that financial law and finance have been granted⁹. Nor should the discussion be reduced to definitional issues. As much as they are important from the cognitive point of view, they are distant from the core of the problem that comes down to the mutual relations between the two fields of science. As it has already been mentioned, the key question concerns the place where actions are initiated and whether the actions' effects and consequences are analysed.

Even if we assume that economics deals with the macro economic aspect of financial phenomena, analyses financial flows, explores the impacts of global tax collection on the economy, and studies the consequences of unbalanced budgets for the business cycle or the effects of public investment outlays on economic growth, while public finance focuses on the mechanisms of particular financial phenomena, seeks rules for levying taxes, determines how taxpayers can appeal against the decisions issued, as

⁷ M. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, PWE Warszawa 2000, p. 17.

⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁹ See A. Skoczylas-Tylman, *Definiowanie zjawisk finansowych przez naukę prawa finansów publicznych i naukę finansów w procesie oddziaływania na ustawodawcę w: Współczesne finanse. Stan i perspektywy rozwoju finansów publicznych* ed. J. Głuchowski, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2008 p. 87 and next.

well as refining the techniques for controlling expenditure¹⁰, the relationships between finance and financial law are indisputable.

The scopes of interest the two disciplines have should be separated and their respective fields of research delimited, at least for the purposes of conferring scientific degrees. However, it is the specific tools that make the two disciplines separate and not the their fields. A question that is worth raising is whether legal analyses should be conducted *ex post*, after a law has been formulated and made effective, or perhaps *ex ante*, so that its impacts, including economic impacts, could be assessed.

In this context, the statement about finance utilizing legal definitions does not seem completely correct and the actual question boils down to the doubts whether financial science should affect the legislature¹¹. Some also raise doubts whether financial law and finance are a science lying between law and economics, i.e. merging elements of both. It would be more appropriate to treat them as two separate, however strongly interrelated disciplines. Law provides a framework and arranges activities based on economic calculations or opportunity costs, if the first approach is not feasible. Therefore, rather than trying to define the scope of research that the two disciplines may share, the aim should be to define other functions that they should perform. In this context, it is risky for analyses to follow the institutional line alone.

„The main action should be an analysis aimed to find out and decide whether an entitlement to collecting public revenue is worth being introduced or maintained, when the assessment and collection costs are significant”¹².

There can be cases where a law, for instance a law introducing a flat-rate personal income tax, could substantially decrease budget revenues thus aggravating budget deficit. Because of that, laws should sanction an economically and financially sound situation and be made effective *ex post*, i.e. follow economic analyses and not precede them. So, laws should listen to economic arguments. In other words, while finance launches an initiative, it is the law that is responsible for its implementation.

The above points out that that draft laws need to be analysed before they are applied to financial processes and phenomena, which is the domain of financial law, taking into account the effects they may have on the economic setting.

¹⁰ P.M. Gaudemet, J. Molinier, *op. cit.* p. 17.

¹¹ A. Skoczylas-Tylman, *op. cit.* p. 88.

¹² *Finanse publiczne i prawo finansowe op. cit.* p. 177.

Literature:

- *Finanse publiczne i prawo finansowe*. C. Kosikowski i E. Ruśkowski (eds), collective work, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC, 2003, ISBN 83-7284-953-6
- *Rzeczpospolita daily*, 3 Sept. 2010, no. 206.
- *Rzeczpospolita daily*, 29 Sept. 2010, no. 228.
- „Po biednej stronie świata” *Polityka weekly*, no. 42 (2778 p. V)
- Owsiak S., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa, WN PWN, 1999, ISBN83-01-12783-X
- Skoczylas-Tylman, *Definiowanie zjawisk finansowych przez naukę prawa finansów publicznych i naukę finansów w procesie oddziaływania na ustawodawcę w: Współczesne finanse. Stan i perspektywy rozwoju finansów publicznych* ed.. J. Głuchowski, Toruń, Wydawnictwo. Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2008, ISBN 978-83-231-2230-2

Contact – email

krystyna.piotrowska.marczak@gmail.com

VEŘEJNOPRÁVNÍ DÁVKY V LETECKÉ DOPRAVĚ

MICHAL RADVAN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Na úrovni Evropské unie bývá v určitých obdobích diskutována problematika možného uvalení veřejnoprávních dávek na leteckou dopravu, respektive na letenky. V souvislosti s novou daní na letenky zaváděnou v Německu od 1. ledna 2011 se toto téma znovu dostává do popředí a ve výčtu možných veřejnoprávních dávek v letecké dopravě jsou kromě daně z letenek uváděny rovněž možnosti zdanění kerosinu, tzv. odletové daně a povinné a/nebo dobrovolné příspěvky pasažérů, ať už jako forma určité energetické daně nebo jako příspěvek na rozvojovou pomoc.

Cílem příspěvku je přiblížit možnosti zdanění letecké dopravy ve všech uvažovaných formách a analyzovat případný dopad těchto dávek na přepravce, pasažéry a leteckou dopravu obecně, s důrazem na Českou republiku.

Key words in original language

Daň; poplatek; daň z letenek; odletová daň; daň z kerosinu.

Abstract

In the European Union in certain periods there are discussions on possible imposition of public contributions on air transport, respectively on air tickets. In connection with the new tax on airline tickets introduced in Germany since 1 January 2011, this issue again comes to the fore, and the list of potential public contributions in air transportation in addition to tax on airline tickets also includes possibilities of taxation on kerosene, so-called flight departure taxes and mandatory and/or voluntary levies for passengers either as a form of energy taxes or contribute to development aid.

This paper aims to bring possibilities of taxation of air transport in all considered forms and to analyze the potential impact of these contributions to carriers, passengers and air transport in general, with emphasis on the Czech Republic.

Key words

Tax; charge; tax on airline tickets; flight departure tax; tax on kerosene.

1. ÚVOD

Předmětem zdanění může být jakákoliv hmotněprávní skutečnost, se kterou zákon spojuje povinnost hradit daň. V historii tak nacházíme mnoho daní, které by dnes vyvolávaly mezi poplatníky buď ostrý nesouhlas, nebo dokonce smích. Mezi tyto daně patří například daně z hlavy placené z titulu samotné existence poplatníka, dále různé spotřební daně typu daň ze soli, z cukru, ze zápalek apod. Zavedení těchto daní však mělo vždy určitý smysl a jejich vybírání znamenalo naplnění některé z funkcí daně. Daň z hlavy byla vybírána především proto, že mnohé osoby neměly žádný majetek, který by mohl podléhat zdanění (pozemky, dobytek atd.) a jejich příjmy byly výhradně naturální. Nezbývalo tak jiné řešení než zdanit přímo samotnou existenci osoby poplatníka, tak aby byla naplněna funkce fiskální. Spotřební daně mají dnes význam především v možnostech omezení spotřeby zboží, které je určitým způsobem škodlivé ať už pro jeho konzumenta (tabákové výrobky, alkohol) nebo pro společnost obecně (pohonné hmoty). V minulosti se však akcízy vztahovaly také na zboží luxusní a nedostatkové, například na již výše zmiňovaný cukr. Převažující je tedy funkce regulační.

V posledních letech můžeme sledovat tendence zdaňovat i další zboží, jehož spotřebu by stát chtěl regulovat. V konečném důsledku jsou zaváděny ekologické dávky v podobě daní¹ či poplatků, některé daně se svým charakterem stávají daněmi spíše spotřebními než majetkovými (např. registrační daň z motorových vozidel). Ovšem nejen spotřeba určitého zboží ovlivňuje kvalitu života ostatních osob. Předmětem zdanění mohou být rovněž služby, například ty spojené s leteckou dopravou.

A právě toto téma se znovu objevilo ve veřejných diskuzích v souvislosti s novou daní na letenky zaváděnou v Německu od 1. ledna 2011. Tento příspěvek má ambici reagovat na tyto diskuze a rozšířit záběr i o další možnosti zdanění letecké dopravy jako jsou možnosti zdanění kerosinu, tzv. odletové daně a povinné a/nebo dobrovolné příspěvky pasažérů, ať už jako forma určité energetické daně nebo jako příspěvek na rozvojovou pomoc, a analyzovat případný dopad těchto dávek na přepravce, pasažéry a leteckou dopravu obecně, s důrazem na Českou republiku. Na konci příspěvku bude potvrzena či vyvrácena hypotéza, že daně uvalené na leteckou dopravu narušují konkurenční prostředí a pakliže jsou zaváděny, měly by mít charakter daní ze spotřeby s funkcí regulační s cílem snížit negativní dopady letecké dopravy na životní prostředí.

¹ S ohledem na charakter konstrukčních prvků daní ze zemního plynu a některých dalších plynů, z pevných paliv a z elektřiny se přikláním k jejich označování jako daně energetické.

2. DAŇ Z LETENEK A SOUVISEJÍCÍ DÁVKY

Myšlenka zdanění letenek není nijak nová. Například ve Spojených státech amerických byly uvaleny daně a poplatky na letenky již v 70. letech 20. století. V současné době jsou na letenky pro vnitrostátní lety uvaleny celkem čtyři různé daně a poplatky: federální daň z letenek, federální daň na úsek letu, poplatek za odbavení pasažérů a federální bezpečnostní poplatek. Federální daň z letenek se odvíjí od hodnoty letenky a její sazba činí 7,5 %. Federální daň na úsek letu je jednotková - v roce 2008 dosahovala výše 3,50 USD za jeden letový úsek, nicméně její výše je odvislá od inflace. Obě dvě daně směřují do speciálního fondu (Airport and Airway Trust Fund), jehož cílem je financování oblasti letecké dopravy a zejména letišť. Poplatek za odbavení pasažérů slouží letišťům k rozvojovým projektům v oblasti služeb pro cestující a může dosáhnout maximálně 18 USD za zpáteční let. Nejmladší z těchto dávek je federální bezpečnostní poplatek zavedený v únoru 2002. Poplatek s maximální hodnotou 10 USD za zpáteční let by měl zajistit finanční prostředky na ochrannou leteckou službu.²

Ani Evropská unie nezůstává pozadu s úvahami o zdanění letecké dopravy. V září 2005 byl publikován pracovní materiál Evropské komise analyzující, jakým způsobem by mohla být využita solidární dávka na letenky v rámci rozvojové pomoci. Byly uvažovány dvě varianty: povinná či dobrovolná platba pasažérů, ke které by členské státy mohly dobrovolně přistoupit. Původně byla mezi uvažovanými scénáři i varianta povinného zavedení daně z letenek ve všech členských státech Evropské unie; ta však byla Radou zamítnuta jako nevhodná, neboť by znamenala další zásah Evropské unie do výsostných práv jednotlivých členských států ukládat daně a poplatky na svém území. Předmětem daně měl být transport z letiště na území Evropské unie, poplatníkem osoby užívající za poplatek leteckou dopravu. Tím by byli ze zdanění vyloučeny osoby tvořící posádku letadla. Uvažovalo se rovněž o možných osvobozeních, například pro děti, které nemají vlastní sedadlo. Mělo se jednat o daň nepřímou vybíranou jako součást ceny letenky. Plátcí by byly jednak letecké společnosti prodávající letenky, jednak prostředníci, například cestovní kanceláře a agentury či zprostředkovatelé. Zdanění by nutně muselo být spojeno se záznamní povinností těchto osob. Sazba dávky byla uvažována v rozmezí 1 až 5 EUR za lety v rámci Evropské unie a 2 až 10 EUR za lety mimo území Evropské unie s předpokládaným zvýšením pro business třídu. V této souvislosti se objevuje otázka, jak zdaňovat nepřímé lety, tj. lety s přestupy. S ohledem na zásady spravedlnosti by totiž měla být daň hrazena pouze jednou. Bylo by

² Srov. KARLSSON, J. *A review of U.S. Domestic Ticket Taxes and Fees* [online], citováno 8. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.mit.edu/people/joakim/KarlssonTRB2009.pdf>. Rovněž srov. PORTERFIELD, B. *A Guide to Airline-Ticket Taxes and Fees* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://www.usatoday.com/travel/flights/2007-04-16-air-travel-taxes_N.htm.

následně na dohodě jednotlivých členských zemí Evropské unie, jak takovou situaci řešit a zda by příjemcem daně byl pouze ten stát, ze kterého započala přeprava pasažéra nebo by se státy o výnos v určitém poměru dělily.³

Na iniciativu Evropské unie nejrychleji zareagovaly Francie a Velká Británie, které ještě v září 2005 podepsaly dohodu o zdanění letenek s tím, že výtěžek bude určen právě na pomoc rozvojovým zemím, zejména na boj proti nemocem a na podporu školství. Francie předpokládala sazbu daně ve výši 5 EUR u letenek v ekonomické třídě a 25 EUR v business třídě. K obdobnému kroku pak vyzvaly obě země i další členské státy. Pozitivní reakce se však dočkaly pouze od Německa a Španělska, z mimoevropských zemí (možných příjemců rozvojové pomoci) od Brazílie, Chile a Alžírsko. Česká republika tento koncept jménem ministra financí odmítla s tím, že si dokáže představit pouze dobrovolnou přirážku k ceně letenky.⁴

Je na místě klást si otázku, proč právě Francie a Velká Británie byly prvními státy, které vyslovily souhlas se zdaněním letenek. Důvod je velmi prostý: obě země obdobnou dávku vybíraly již před rokem 2005. Ve **Francii** byla zavedena dávka z civilní letecké dopravy již v roce 1999 a vztahuje se na veškeré letecké dopravce poskytující služby ve Francii. Jedná se o daň nepřímou vybíranou leteckými společnostmi od každého pasažéra. Sazba daně činí 3,92 EUR za osobu na letech vnitrostátních, v rámci Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarska, respektive 7,04 EUR za osobu na ostatních letech. Vedle pasažérů je zpoplatněn také náklad včetně pošty (1,17 EUR za tunu). Francii tato daň vynesla cca 200 milionů EUR ročně, což je z hlediska celkových daňových příjmů 0,02 %.⁵ Vedle toho je na území Korsiky vybírána rovněž nepřímá daň z letecké a mořské dopravy na Korsiku a z Korsiky. Sazby daně dosahují výše 4,57 EUR za

³ Více vč. ekonomických dopadů viz COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission start working paper: Annex to A possible contribution based on airline tickets as a new source of financing development: technical reflections in the run up to the UN High Level Event (SEC(2005) 1065)* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/sec_2005_1067.pdf.

⁴ Srov. BAR. *Nová daň u letenek pomůže zemím 3. světa* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: <http://cestovani.ihned.cz/c1-16804600-nova-dan-u-letenek-pomuze-zemim-3-sveta>.

⁵ *Taxes in Europe Database* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/getcontents.do?mode=normal&kw1=civil+aviation&kw2=-&kw3=-&year=2010&coll=FR+-+Civil+aviation+duty.

osobu, respektive 1,52 EUR, pokud je vzdálenost kratší než 20 kilometrů, což znamená zanedbatelný výnos 29 milionů EUR ročně.⁶

Velká Británie zavedla do svého daňového systému dávku za pasažera v letecké dopravě dokonce dříve, již v roce 1994. Její konstrukce je obdobná jako ve Francii: jedná se o nepřímou spotřební daň vybíranou od každé osoby odlétající z území Velké Británie. Osvobození mohou nárokovat letecké společnosti, jejichž letoun má vzletovou váhu nižší než deset tun nebo méně než 25 sedadel. Od daně je osvobozen například veškerý obslužný personál, děti mladší dvou let bez nároku na vlastní sedačku, tranzitní pasažéři, jejichž letadlo má na britském letišti mezipřistání, a pasažéři přestupující; z osvobození věcných jmenujme například krátkodobé (vyhlídkové) lety. Sazba daně se liší mezi ekonomickou a business třídou (dvojnásobná sazba) a s ohledem na vzdálenost od Londýna: 11 GBP pro vzdálenost do 2000 mil, 45 GBP pro vzdálenost mezi 2001 a 4000 mil, 50 GBP pro vzdálenost mezi 4001 a 6000 mil a 55 GBP pro delší lety. Výnos daně je z hlediska celkového objemu i poměru k celkovým daňovým příjmům významnější než ve Francii: 1,916 miliardy GBP znamená 0,35 % celkových daňových příjmů.⁷

Posledním státem, který zavedl zdanění letecké dopravy, je **Malta**. Tamní letištní daň byla poprvé vybírána v roce 1997 od osob, které odlétaly z Malty, avšak na rozdíl od dvou výše zmíněných zemí jsou dani podrobeny pouze Maltané. Od daně jsou osvobozena pouze vojenská letadla a dále posádky letadel a děti do dvou let věku. Sazba daně je relativně vysoká - 23,29 EUR za osobu. Celkový roční výnos ve výši 5,7 milionu EUR představuje 0,28 daňových příjmů Malty.⁸

Historickou zkušenost s výběrem daní z letenek mají také v Dánsku (2005), v Nizozemí (2008-2009) a v Irsku (2009). Obě země daň zrušily s ohledem na negativní dopady an ekonomiku.⁹

⁶ *Taxes in Europe Database* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/getcontents.do?mode=normal&kw1=corsica&kw2=-&kw3=-&year=2010&coll=FR+-+Tax+on+public+air+and+sea+transport+to+and+from+Corsica.

⁷ *Taxes in Europe Database* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/getcontents.do?mode=normal&kw1=air+passenger&kw2=-&kw3=-&year=2010&coll=UK+-+Excise+duty+-+Air+passenger+duty+returned.

⁸ *Taxes in Europe Database* [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/getcontents.do?mode=normal&kw1=airport&kw2=-&kw3=-&year=2010&coll=MT+-+Airport+tax+%28Passenger+Service+Charge%29.

⁹ Srov. ATW. Denmark eliminates passenger tax [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z:

Je otázkou, zda výše uvedené země skutečně výnos z těchto daní užívají (resp. užívaly) jako humanitární pomoc rozvojovým zemím, zejména na boj proti nemocem a na podporu školství, jak požaduje ve svých pracovních materiálech Evropská unie. Pakliže ovšem výnos směřuje do státního rozpočtu a nikoliv do specifického fondu, je velmi obtížné zajistit, aby právě tyto finanční prostředky byly využity na humanitární účely. Státu totiž nic nebrání využít peníze jinak. Nadto se přímo nabízí využití regulační funkce daní na leteckou dopravu s cílem regulace negativních ekologických jevů spojených s leteckou dopravou.

Jako jeden z prvních přišel s myšlenkou „zelené“ daně z letenek v roce 2005 americký finančník Georgie Soros, který navrhuje vytvořit „Zelený fond“ po vzoru Globálního fondu pro boj s onemocněním AIDS, tuberkulózy a malárie. Na rozdíl od byrokratů z Evropské unie si jako praktik uvědomuje, že žádná země nebude vybírat od svých občanů daně, které vzápětí přepošle do třetích zemí, a sama nebude mít z vybraných prostředků žádný užitek. Soros by chtěl vybrané prostředky rozdělit na dvě poloviny, přičemž jednu by si nechala země, která daň vybrala, a druhá polovina by byla příjmem fondu. Podle jeho propočtu by tak fond mohl získat až 10 miliard dolarů ročně, pokud by daň byla zavedena globálně.¹⁰

Když už se zdálo, že v souvislosti s ekonomickou krizí, která se významně dotkla také leteckých dopravců, budou vlády svým národním dopravcům spíše pomáhat než na ně uvalovat nové dávky, rozhodlo se **Německo** zavést od 1. ledna 2011 ekologickou daň z letenek, kterou zaplatí každý cestující letící z Německa. Částka je přitom relativně vysoká: 8 EUR do destinací v rámci Evropy, 25 EUR do vybraných destinací v Asii a v Africe a 45 EUR do ostatních destinací. Daň se nevztahuje na transferové lety (přestup v Německu) a na nákladní dopravu. Předpokládaný výnos je očekáván ve výši 880 milionů EUR ročně.¹¹ Obdobné úvahy o zdanění letenek se nyní objevují i v **Rakousku**; sazba by měla dosahovat hodnot 8 EUR pro vnitroeurospécké lety a 40 EUR pro ostatní destinace.¹²

<http://atwonline.com/international-aviation-regulation/news/denmark-eliminates-passenger-tax-1108>. Rovněž srov. *Nemecká vláda schválila novú daň na letenky* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.flymag.cz/article.php?id=2955>.

¹⁰ Srov. FINANCNINOVINY.CZ. *Soros chce pětiprocentní daň z letenek na podporu klimatu* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: http://www.finance.cz/zpravy/finance/265826-soros-chce-petiprocentni-dan-z-letenek-na-podporu-klimatu/?id_tovar_2841=2516&t=1282783595.

¹¹ Srov. *Nemecká vláda schválila novú daň na letenky* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.flymag.cz/article.php?id=2955>.

¹² Greenair. *Austria follows the lead of Germany with new environmental tax on departing passengers* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=957>.

3. ZDANĚNÍ LETECKÉHO PALIVA

Směrnice Rady 2003/96/ES stanoví povinné osvobození od harmonizované spotřební daně pro energetické produkty dodávané jako pohonné hmoty pro letecké účely (kerosin) s výjimkou soukromého rekreačního létání. Nicméně směrnice obsahuje ustanovení, které umožňuje členským státům, aby zdanily pohonné hmoty užívané v rámci vnitrostátních letů a rovněž palivo používané pro lety v rámci Evropské unie, pakliže existuje dvoustranná dohoda, která takové jednání umožňuje. V takových případech mohou členské státy uplatňovat úroveň zdanění nižší než minimální úroveň stanovená směrnicí. Na základě ustanovení Chicagské úmluvy z roku 1944 jsou od daně osvobozeny pohonné hmoty v nádržích letadel přistávajících na letištích Evropské unie. Toho je docíleno na základě dvoustranných dohod o leteckých službách uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi a mezi členskými státy navzájem.

Komise na druhou stranu upřednostňuje zdanění leteckého paliva, pokud je používáno jako pohonná hmota v jiných dopravních prostředcích. Během jednání, která předcházela přijetí směrnice 2003/96/ES, se až na dva dohodly všechny členské státy na tom, že v zásadě komerční letecké palivo by mělo být zdaněno na stejném základě jako jakékoli jiné palivo. Nicméně je třeba vzít v úvahu otázku soutěže se třetími zeměmi a vyhnout se narušení hospodářské soutěže se sociálně-ekonomické důsledky.¹³

4. ZÁVĚR

Je třeba uvést, že letecká doprava je vůči životnímu prostředí obecně škodlivá ať už hlukem nebo objemem vypouštěného CO₂. K redukci těchto negativ se nabízí celá škála daňových nástrojů - zdanění kerosinu, tzv. odletové daně a povinné a/nebo dobrovolné příspěvky pasažérů (de facto daně z letenek). V souvislosti s nedostatkem příjmů veřejných rozpočtů jsou přípustné i úvahy o fiskální funkci daní z letecké dopravy. V takovém případě patří rozhodnutí o zavedení daně z letenek mezi výsostná práva každého státu. V žádném případě však nemohu souhlasit s požadavkem Evropské unie, aby byly tyto daně vybírány za účelem mezinárodní pomoci rozvojovým zemím. Věřím, že každá vyspělá země (kam řadím i všechny členské státy Evropské unie) poskytuje humanitární pomoc dle svého nejlepšího vědomí a svědomí a s ohledem na své finanční možnosti.

¹³ Taxation of aircraft fuel [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/excise_duties/energy_products/aircraft_fuel/index_en.htm.

Při úvahách o zdanění letecké dopravy by měl každý stát vzít v potaz nejen okamžitý efekt, tedy výnos z nově zaváděných daní, ale přihlédnout též k dopadům na trh s leteckou dopravou a další přidružené trhy. Negativní zkušenosti s daní z letenek má například již výše uvedené Nizozemí, kde došlo k úpadku letecké dopravy (pokles v tržbách o 1 miliardu EUR), což mělo negativní vliv na celou ekonomiku (snížení o 312 milionů EUR).¹⁴ Musíme si uvědomit, že konkurence v oblasti osobní letecké dopravy je velmi silná a vzdálenosti v Evropě velmi malé. Již nyní v Německu očekávají negativní dopady: největší low-cost dopravce v Evropě Ryanair ruší čtvrtinu letů z letiště Frankfurt - Hahn,¹⁵ další letiště rovněž očekávají pokles odbavených pasažérů. Z této situace pak budou těžit zahraniční letiště v blízkosti hranic s Německem, například v Belgii a v Nizozemí, ale rovněž v Polsku a v České republice. Obdobně pokud by došlo k zavedení daně v Rakousku, pravděpodobně se mnozí pasažéři i letecké společnosti přesunou na bratislavské letiště vzdálené 80 km a necelou hodinu jízdy od Schwechatu. Z této skutečnosti by mohlo těžit i letiště v Brně, především bude-li dostavěna dálnice spojující Vídeň a Brno.

Se sníženým počtem pasažérů a leteckých společností by nutně následovalo propouštění a nutnost poskytovat těmto osobám podporu v nezaměstnanosti. V konečném důsledku by výnos daně ani nemusel stačit na tyto mandatorní výdaje, nehledě na další hospodářské ztráty související se zrušením linek (služby na letištích, doprava na letiště, ubytovací služby, stravování, kongresová turistika atd.).

Zavádění daní z letenek v jednotlivých členských státech tak není de facto myslitelné a jedinou možnou variantou je unifikace zdanění letenek v rámci celé Evropské unie pro všechny letecké společnosti odlétající z letišť na území Evropské unie. Obdobně je představitelné zdanění kerosinu, avšak opět pouze v rámci celé Evropské unie. Obavy z toho, že letadla budou tankovat ve třetích zemích, je opodstatnitelná pouze v případě letů na krátké vzdálenosti, kdy je ekonomické natankovat více paliva na území třetího státu, které vystačí na delší vzdálenost než pouze na návrat na letiště na území Evropské unie.

Domnívám se ovšem, že zavádění jakýchkoliv nových daní v letecké dopravě není vhodné. Fiskální dopad těchto daní je velmi nízký (viz výše příklady Francie a Velké Británie), efektivita sporná (viz výše příklad Nizozemí). Regulace negativních dopadů letecké dopravy na životní prostředí se dá docílit i jinou formou než zdaněním; právě velmi silné

¹⁴ in: *Nemecká vláda schválila novú daň na letenky* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.flymag.cz/article.php?id=2955>.

¹⁵ in: *Greenair. Austria follows the lead of Germany with new environmental tax on departing passengers* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=957>.

konkurenční prostředí nutí letecké společnosti k úsporám, a tak nakupují nová letadla splňující nejpřísnější ekologické parametry, mající nižší spotřebu a hmotnost a tím i hlučnost, vypouštějící méně emisí. Plně se ztotožňují s generálním ředitelem International Air Carrier Association (IACA) Sylvianem Lustem, který tvrdí, že daně z letenek nejsou cestou, která by vedla ke snižování emisí z letadel, a že by evropské vlády měly trávit více času nad vytvářením „jednotného evropského nebe“ (Single European Sky), které by mělo větší dopad na snížení emisí v Evropě.¹⁶

Literature:

- ATW. Denmark eliminates passenger tax [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z:
- BAR. Nová daň u letenek pomůže zemím 3. světa [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: <http://cestovani.ihned.cz/c1-16804600-nova-dan-u-letenek-pomuze-zemim-3-sveta>.
- Commission of the European communities. Commission start working paper: Annex to A possible contribution based on airline tickets as a new source of financing development: technical reflections in the run up to the UN High Level Event (SEC(2005) 1065) [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/sec_2005_1067.pdf.
- FINANCNINOVINY.CZ. Soros chce pětiprocentní daň z letenek na podporu klimatu [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: http://www.finance.cz/zpravy/finance/265826-soros-chce-petiprocentni-dan-z-letenek-na-podporu-klimatu/?id_tovar_2841=2516&t=1282783595.
- Greenair. Austria follows the lead of Germany with new environmental tax on departing passengers [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=957>.

¹⁶ in: Greenair. *Austria follows the lead of Germany with new environmental tax on departing passengers* [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=957>.

- <http://atwonline.com/international-aviation-regulation/news/denmark-eliminates-passenger-tax-1108>.
- Karlsson, J. A review of U.S. Domestic Ticket Taxes and Fees [online], citováno 8. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.mit.edu/people/joakim/KarlssonTRB2009.pdf>.
- Nemecká vláda schválila novú daň na letenky [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: <http://www.flymag.cz/article.php?id=2955>.
- PORTERFIELD, B. A Guide to Airline-Ticket Taxes and Fees [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://www.usatoday.com/travel/flights/2007-04-16-air-travel-taxes_N.htm.
- Taxation of aircraft fuel [online], citováno 14. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/excise_duties/energy_products/aircraft_fuel/index_en.htm.
- Taxes in Europe Database [online], citováno 10. listopadu 2010. Dostupné z: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxinv/.

Contact – email

michal.radvan@law.muni.cz

MEZINÁRODNÍ VYMÁHÁNÍ DAŇOVÝCH POHLEDÁVEK V KONTEXTU DAŇOVÉHO ŘÁDU

TOMÁŠ ROZEHNAL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity Katedra Finančního práva a
Národního hospodářství

Abstract in original language

Problematika mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek je aktuálně době ovlivněna několika faktory. Jde zejména o aktuální judikaturu Evropského soudního dvora, navazující judikaturu tuzemských soudů a nakonec již platným a od 1.1.2011 účinným zákonem č. 280/2009 Sb., daňový řád, který nastoluje m.j. nová procesní pravidla pro postup správce daně při vymáhání daňových pohledávek. Autor se bude snažit stručnou formou vystihnout zásadní dopady zmíněných faktorů.

Key words in original language

Mezinárodní spolupráce; daň; vymáhání; judikatura; daňový řád.

Abstract

The area of the mutual assistance for the tax enforcement is influenced by new significant factors actually. For example unifying ECJ judgments, consequential national courts judgments and finally the new procedural act in the Czech Republic for the area of the tax administration – Tax Code. The aim of the article is to introduce these factors briefly.

Key words

Mutual assistance; tax; enforcement; judiciary; Tax Code.

1. ÚVOD

Článek je příspěvkem na konferenci Dny práva 2010, když svým zařazením spadá do sekce Správa daní v evropském kontextu. Rozhodl jsem se pro téma, kterému se odborně věnuji a tím je problematika vymáhání daňových pohledávek. Mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek je jednou z mála částí daňového práva, do které Evropská unie ingeruje svojí legislativou. Téma jsem si vybral i s ohledem na jeho aktuálnost, když se ho vůbec poprvé dotkla judikatura Evropského soudního dvora a určité novoty přinese i od 1.1.2011 účinná nová úprava daňového práva procesního, konkrétně zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád (dále jen DR). Článek svým rozsahem a hloubkou záběru odpovídá svému účelu, kterým je příspěvek k tématu konference. Upozorňuji na nové aspekty v této oblasti z pohledu obecného, nezabývám se podrobně dílčími problémy. Příspěvek obsahuje 5 částí, kterými jsou úvod, obecné informace o mezinárodní pomoci při vymáhání daňových pohledávek, judikatura ESD, vliv nové tuzemské procesní úpravy a závěr.

2. OBECNÉ INFORMACE O MEZINÁRODNÍ POMOCI PŘI VYMÁHÁNÍ DAŇOVÝCH POHLEDÁVEK

Z pohledu evropského práva jsou pro mezinárodní spolupráci při správě daní východiskem články 113 a 115 Smlouvy o fungování Evropské unie. Evropská unie ponechává členským státům primárně možnost upravit si zmíněnou oblast prostřednictvím mezinárodních smluv. Při absenci mezinárodních smluv jsou k dispozici prameny práva Evropské unie. Mezinárodní spolupráci při správě daní je nutno rozdělit na dvě oblasti. Prvou je spolupráce při správě daní, ze které je však vyjmuta oblast vymáhání daňových pohledávek. Zde je třeba zmínit Směrnici Rady 2003/48/ES ze dne 3. června 2003, o zdanění příjmů z úspor ve formě příjmů úrokového charakteru, Směrnici Rady 77/799/EHS ze dne 19. prosince 1977, o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní a daní z pojistného a Nařízení Rady 1798/2003/ES, o administrativní spolupráci v oblasti daně z přidané hodnoty. Výše uvedené prameny práva Evropské unie upravují mezinárodní spolupráci při správě daní ve formě výměny informací a umožňují členským státům doručovat písemnosti týkající se správy daní i na území jiného členského státu. V případě daně z přidané hodnoty je navíc vytvořen speciální informační systém pro výměnu informací, který u určitého druhu informací funguje dokonce na bázi automatické výměny informací. Jinými slovy není nutno pro získání informace využívat centrální orgán, v našich podmínkách Ministerstvo financí, ale je možno se prostřednictvím tohoto systému obrátit přímo na správce daně v jiném členském státě.

Samotná spolupráce při vymáhání daňových pohledávek je upravena ve Směrnici Rady 2008/55/ES ze dne 26. května 2008, o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek vyplývajících z některých dávek, cel, daní a jiných opatření a v Nařízení Komise č. 1179/2008 ze dne 28. listopadu 2008, kterým se stanoví prováděcí pravidla k výše uvedené směrnici. Zmíněné prameny práva se využijí v případě, kdy je daň v členském státě stanovena, je splatná a byla členským státem neúspěšně vymáhána na daňovém dlužníkovi. Projevem implementace do českého právního řádu je zákon č. 191/2004 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZOVP). Samotný zákon je spíše výsledkem harmonizace českého práva se Směrnicí Rady č. 76/308/EHS ze dne 15. března 1976, která byla pozměněna Směrnicí Rady č. 2001/44/ES ze dne 15. června. 2001. Tyto směrnice předcházely výše uvedeným pramenům práva. V praktickém životě správce daně však uvedené nečiní zatím zásadních problémů¹.

¹ *K otázce přímých a nepřímých účinků viz více Jeroušek, D., Rozehnal, T., Zásada priority komunitárního práva v daňovém právu. In Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2009.*

Obdobně jako mezinárodní spolupráce při správě daní je i spolupráce v rámci vymáhání daňových pohledávek rozdělena do několika oblastí. Těmi jsou:

- Spolupráce ve formě výměny informací o vymáhané pohledávce
- Spolupráce při doručování
- Spolupráce při zajištění a vymáhání pohledávky

Je tedy třeba rozlišovat situace, kdy správce daně má zájem zjistit informace o daňovém subjektu za účelem stanovení daně (například zda uskutečnil v zahraničí zdanitelné plnění, zda je tam registrován k dani atd.) od situací, kdy je daň již vyměřena, splatná a správce daně má zájem zjistit o ní určité informace, popřípadě doručit písemnost vztahující se k této pohledávce (např. informace, zda dlužník disponuje majetkem, má bankovní účty, bohatou manželku atd.). V těchto případech je správce daně nucen postupovat dle příslušných pramenů práva Evropské unie upravujících oblast spolupráce při vymáhání daňové pohledávky.

Při spolupráci u samotného vymáhání či zajištění daně musí správce daně dodržet pravidla stanovená ve výše uvedených předpisech. Příkladem je možno jmenovat:

- k žádosti členského státu musí být přiložen exekuční titul
- pohledávka by měla přesahovat částku 1500 EURo
- nemělo by uplynout 5 let od vymahatelnosti pohledávky
- dožadující stát by se měl pokusit primárně vymáhat pohledávku ve státě vzniku²

V případě, že je pohledávka vymáhána na základě mezinárodní spolupráce, je dlužník oprávněn bránit se u soudu země, kde má pohledávka původ. V případě, že je například českým správcem daně vymáhána daňová pohledávka na základě dožádání z Polska, je dlužník oprávněn napadnout tuto pohledávku (vyměření či doměření daně) u polského soudu a spor se řídí polským právem. V takovém případě je český správce daně povinen vymáhání pohledávky odložit poté, co zjistí, že je spor zahájen.

² *K podrobnostem při podmínkách pro vymáhání či zajištění více např.:*

Erbsová, H., Mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek část. I., Daňová a Hospodářská kartotéka, 2005, č.20, str. 3

Na závěr této části příspěvku považuji za vhodné zopakovat, že uvedená právní úprava dopadá pouze na oblast Evropské unie. Ve vztahu k nečlenským státům je správce daně povinen postupovat dle příslušných mezinárodních smluv, které se však v oblasti vymáhání prakticky nevyskytují.

3. JUDIKATURA ESD

Mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek je z hlediska judikatury (ať už tuzemských soudů či Evropského soudního dvora až na světlé výjimky polem neoraným). V současné době je neaktuálnějším problémem tzv. automatická uznatelnost exekučního titulu státem, který je žádán o pomoc při vymáhání daňové pohledávky. Uvedené je obsahem ust. § 6 odst. 1 ZOVP, které je vykládáno zjednodušeně tak, že v případě, kdy státu dojde žádost o pomoc s přiloženým exekučním titulem, tento není oprávněn přezkoumávat jakékoliv náležitosti tohoto exekučního titulu. Dožádaný stát pouze poskytuje pomoc při vymáhání daňové pohledávky, průběh a proces vydání exekučního titulu není předmětem jeho zájmu. Dotčený dlužník má právo obrátit se na soud státu původu pohledávky a zde se bránit. Na základě takovéto obrany by měl požádaný stát odložit vymáhání. Pošle – li tedy Česká republika žádost o pomoc při vymáhání maďarskému ministerstvu financí, přiloží-li k této žádosti originál exekučního titulu (typicky platební či dodatečný platební výměr) a tento nebude obsahovat náležitosti stanovené zákonem č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, není maďarské ministerstvo financí oprávněno přezkoumávat náležitosti uvedeného exekučního titulu³.

Tento dlouhodobě držený právní názor byl v nedávné době podroben přezkumu Evropským soudním dvorem a to ve věci C– 233/08 Kyrian. Evropský soudní dvůr víceméně potvrdil současný postup s určitými výjimkami. Těmito výjimkami jsou:

- Dlužník je oprávněn bránit se u soudu požádaného orgánu s cílem zpochybnit platnosti a řádnou povahu opatření k vymáhání pohledávky, jako je doručení exekučního titulu, dodržení zákonného postupu při vymáhání atd.
- Exekuční titul musí být dlužníkovi doručen v úředním jazyce požádaného státu

³ *Obdobně i Nejvyšší správní soud – viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 171/2006 ze dne 25.ledna 2007, dostupné na www.nssoud.cz*

Jinými slovy Evropský soudní dvůr jasně zdůraznil, že dožádaný stát není oprávněn přezkoumávat náležitosti exekučního titulu (tzn. problematiku formální a materiální vykonatelnosti), ale je povinen zajistit, aby veškeré úkony, které jsou činěny dle jeho práva byly také s tímto právem v souladu. ZOVP umožňuje subsidiární aplikaci ZSDP. Je-li tedy na základě tohoto předpisu doručován exekuční titul jiného členského státu, je povinen dožádaný stát doručit exekuční titul v souladu s pravidly pro doručování obsaženými v ZSDP. Stejně tak je povinen přeložit exekuční titul do češtiny, která je úředním jazykem pro daňový proces⁴.

4. VLIV NOVÉ TUZEMSKÉ PROCESNÍ ÚPRAVY

Od 1.1.2011 nabude účinnosti DŘ. Stane se tak hlavní procesní normou daňového práva v České republice. Význam DŘ ve vztahu k mezinárodní pomoci při vymáhání daňových pohledávek se projeví ve dvou směrech. Prvním je, že v případě, kdy Česká republika vystupuje v roli dožádaného orgánu, je DŘ procesní normou, dle které se subsidiárně postupuje při vymáhání pohledávky. ZOVP totiž upravuje pouze aspekty spolupráce, ne však samotný proces vymáhání. Je tak na tuzemském správci daně, aby při zajištění či vymáhání pohledávky postupoval řádně a v souladu s DŘ. Oproti ZSDP je problematika vymáhání daňových pohledávek upravena v DŘ více komplexněji. ZSDP věnoval části vymáhání pouze 2 paragrafy (§§ 73 a 73a) a ve zbytku odkazoval na zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen OSŘ). DŘ obsahuje komplexní úpravu postupu správce daně, kde tento již nesmí subsidiárně postupovat dle OSŘ. Dle OSŘ postupuje pouze dlužník či poddlužník a to v případě, když daňový řád nestanoví jinak. DŘ umožňuje správci daně vymoci pohledávku vlastními silami (daňovou exekucí) nebo prostřednictvím soudu, soudního exekutora, veřejné dražby a insolvenčního řízení. Pro účely daňových exekucí je správce daně oprávněn zvolit mezi způsoby exekuce, kterými jsou srážky ze mzdy, příkázání pohledávky z účtu u poskytovatele platebních služeb, příkázáním jiné peněžitě pohledávky, postižení jiných majetkových práv, prodej movitých věcí a prodej nemovitostí (viz § 178 odst. 5 DŘ). V případě, kdy dlužník disponuje například podnikem, musí se správce daně obrátit na soud s návrhem na výkon rozhodnutí prodejem podniku. Ačkoliv se čas od času objeví rozhodnutí soudu, které nepřipouští výkon rozhodnutí soudem na základě zahraničního exekučního titulu, domnívám se, že soudům nic nebrání provádět výkon rozhodnutí na základě těchto exekučních titulů. Podrobný rozbor problému však přesahuje možnosti a účel příspěvku. K samotné mezinárodní pomoci při vymáhání se DŘ vyjadřuje přímo pouze na jednom místě a to v ust. § 160 odst. 3 písm. d), když dožádání mezinárodní pomoci je úkonem, který přerušuje prekluzivní lhůtu pro placení daně.

⁴ viz *Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 48/2007 - 173 ze dne 25. února 2010, dostupné na www.nssoud.cz*

Významný posun přináší DŘ v oblasti vyrozumění dlužníka na jeho nedoplatek. V režimu ZSDP byl správce daně ve většině případů povinen před samotným zahájením exekuce vyzvat daňového dlužníka k uhrazení nedoplatku v náhradní lhůtě. Tato výzva dle ust. § 73 ZSDP podléhá přezkumu v odvolacím řízení. V praxi tak dochází k častému umělému prodlužování samotného vymáhání, když dlužník využívá odvolání pouze za tímto účelem. DŘ již povinnost vyzvat dlužníka neobsahuje, dává správci daně pouze možnost upozornit dlužníka na nedoplatek a to zcela neformálně (viz ust. § 159 DŘ). Zde se vliv DŘ projeví i směrem druhým, když český správce daně nebude muset v rámci vyčerpání všech prostředků k vymožení nedoplatku vyzývat dlužníka v případě, kdy je zcela zřejmé, že tento nemá žádný majetek na území České republiky, ale bude se moci rovnou obrátit na zahraničního správce daně.

V případě žádosti o zajištění nedoplatku svěřuje DŘ správci daně rozšířené možnosti stran tohoto zajištění oproti ZSDP. V režimu ZSDP je možno v rámci mezinárodní spolupráce využít pro zajištění pohledávky pouze zástavního práva zřízeného správcem daně. Jenom tento institut zajišťuje stanovené a splatné daňové pohledávky. Ostatní (ručení a zajišťovací příkaz) zde nelze využít. DŘ ponechává správci daně možnost zřídit zástavní právo pro zajištění stanovené a splatné daně, ale navíc umožňuje využít dobrovolného ručení v podobě prohlášení 3. osoby anebo bankovní záruky. Za dlužníka se tak v režimu DŘ bude moci zaručit 3. osoba anebo banka a to na základě prohlášení učiněného před správcem daně. DŘ využívá institutu zakotveného v ust. § 313 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, když tento ryze soukromoprávní institut vtahuje do práva veřejného.

Dalším prvkem, který z pozice procesního předpisu ovlivňuje proces mezinárodní spolupráce při vymáhání daňového nedoplatku je sankční systém. Ust. § 6 odst. 3 ZOVP stanoví, že *po dobu vymáhání pohledávky dle ZOVP je dlužník povinen ode dne nabytí účinnosti exekučního titulu platit úrok, popřípadě penále, které se počítá podle zákona upravujícího správu daní a toto příslušenství připadá dožadujícímu státu.*

Dle ZSDP připadal v úvahu pouze úrok z prodlení, když tento vyjadřuje sankci za neuhrazenou daň. Úrok z prodlení je upraven ust. § 63 ZSDP a nabíhá za každý den prodlení. Úrok z prodlení se počítá od potvrzení přijetí žádosti dožadujícím státem. Ostatní součásti sankčního systému obsaženého v ZSDP se v průběhu mezinárodní pomoci při vymáhání nepoužijí. Je tomu tak z povahy věci, když zvýšení daně je sankcí za pozdní podání daňového přiznání, penále za dodatečné doměření daně v rozporu s původním daňovým přiznáním a pokuta za nesplnění nepeněžitě povahy se užívá jako sankce za nesplnění procesních povinností. Daňový řád zavádí nový sankční systém, který však do praktického výkonu pomoci při vymáhání nemá dopad. Nový sankční systém obsahuje úrok z prodlení, penále, pokutu za opožděné tvrzení daně a pořádkovou pokutu. I nadále se tedy bude

uplatňovat úrok z prodlení, který se dle DŘ začne počítat až 5. dnem prodlení. Vzhledem k faktu, že ZOPV je speciální normou oproti DŘ, uplatní se speciální začátek úročení stanovený v ust. § 6 odst. 1 ZOPV, tedy účinností exekučního titulu, který je doručován zároveň se žádostí. Stejně tak s ohledem na ust. § 264 odst. 14 DŘ by měl být nový úrok z prodlení uplatňován až u exekučních titulů, které nebyly účinnosti po 1.1.2011. Praktickou otázkou, která je však neřešena, je otázka připsání takto vzniklého příslušenství na účet dožadujícího správce daně. Ani DŘ neupravuje postup, když je na základě žádosti České republiky určitá částka vymožena a k ní přibude příslušenství vzniklé na základě zahraniční právní úpravy, jak s tímto příslušenstvím nakládat v režimu českého práva. Problém je zejména v situaci, když příslušenství je neuhrazeno a tuzemský správce daně má toto předepsat na osobní daňový účet dlužníka. V případě, kdy cizí stát nedisponuje úrokem z prodlení, ale jiným typem sankce, je jakékoliv předepsání a zaúčtování takovéto částky složité.

5. ZÁVĚR

Mezinárodní pomoc při vymáhání daňových pohledávek v rámci Evropské unie je oblastí neprávem opomíjenou s ohledem na fakt, že tento způsob je jediným, který umožňuje státu vymoci daňové pohledávky za hranicemi. To je také příčinou toho, že proces vymáhání je veden víceméně zvykově, soudní moc se mu věnuje spíše okrajově. V článku jsem upozornil na fakt, že uvedené není pravidlem, když Evropský soudní dvůr definoval minimální procesní práva dlužníka, která by měla být v průběhu vymáhání zachována. Z hlediska nové procesní úpravy daňového práva ve vztahu k mezinárodnímu vymáhání nepřináší DŘ nic převratného, pouze budou rozšířeny zajišťovací instituty a dochází k mírné změně procesního postupu správce daně při realizaci daňové exekuce.

Literature:

- Jeroušek, D., Rozehnal, T., Zásada priority komunitárního práva v daňovém právu. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2009
- Erbsová, H., Mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek část. I., *Daňová a Hospodářská kartotéka*, 2005, č.20, str. 3
- Lichnovský, Ondřej - Ondrýsek, Roman a kol. *Daňový řád. Komentář*. 2010. str. 323 a násl., ISBN 978-80-7400-331-8.

Contact – email

61238@mail.muni.cz

ZDANĚNÍ HER A SÁZEK V EVROPSKÉM KONTEXTU

ALENA SALINKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra finančního práva a
národního hospodářství, Česká republika

Abstract in original language

Článek poskytuje náhled do oblasti zdanění her a sázek v prostředí práva Evropské unie. Pozornost je věnovaná jak vnitrostátní úpravě, tak i zahraniční a není opomenuta ani relevantní judikatura Evropského soudního dvora. Jelikož je oblast hazardu individuálně regulovaná jednotlivými členskými státy a v právu Evropské unie prozatím nebyla nalezena jednotná cesta právní úpravy, praxe přináší mnohé zajímavé otázky, jejichž řešitelem je zejména Evropský soudní dvůr.

Key words in original language

Zdanění; daň z příjmu; hry a sázky; Evropský soudní dvůr.

Abstract

The article provides insight into the area of taxation of gaming and betting of European Union law. Attention is devoted to national legislation, as well as foreign and is not omitted relevant jurisprudence of the European Court of Justice. Since gambling is an area, practice raises many interesting questions. These questions are answered in particular by the European Court of Justice.

Key words

Taxation; income tax; betting and games; the European Court of Justice.

Právní úprava hazardních her a účasti na nich není jednotně upravena unijním právem. Členské státy mají ve své pravomoci regulaci této oblasti. Co se zdanění v oblasti hazardu týče, rozdíly v daňovém zacházení mezi členskými státy jsou značné. Vnitrostátní daňové systémy užívají zcela odlišné a nekompatibilní struktury, koncepty a metody, které je obtížné porovnávat, natož sjednotit.

Česká právní úprava hazardu je zejména zakotvena zákonem č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v platném znění (dále jen „loterní zákon“). Ve svém ustanovení § 4 odst. 11 stanoví, že „Provozování cizozemských loterií včetně prodeje cizozemských losů, účast na sázkách v zahraničí, při nichž jsou sázky placeny do zahraničí, a sbírka sázek pro sázkové hry provozované v zahraničí nebo zprostředkování sázek na sázkové hry provozované v zahraničí je zakázáno...“ Z výše uvedeného vyplývá, že loterní zákon zakazuje účast na sázkách v zahraničí, nicméně již

neukládá sankci za porušení tohoto zákazu. Pouze dle ustanovení § 48 odst. 1 písm. f) loterního zákona lze fyzické osobě uložit sankci v podobě pokuty do výše 50.000,- Kč pokud jako účastník kursových sázek a sázkových her v kasinu jednal v rozporu s loterním zákonem. Na účast v jiných sázkových hrách (např. účast na dostihových sázkách) v zahraničí již není reflektováno. Je ale těžké si představit, že by za tento zákaz byly ukládány fyzickým osobám sankce, jelikož daňová právní úprava s výhrami ze zahraničí počítá a konkrétně upravuje zdanění výher.

Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, v platném znění (dále jen „o daních z příjmů“) zařazuje v ustanovení § 10 odst. 1 písm. h) „výhry v loteriích, sázkách a jiných podobných hrách a výhry z reklamních soutěží a slosování“ mezi tzv. ostatní příjmy. Z formulace zákona o daních z příjmů vyplývá, že do ostatních příjmů patří jak výhry ze sázek a her uskutečněných podle zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, v platném znění, na nepodnikatelském základě, tak i podle loterního zákona.

Výhry z hazardních her lze tedy rozdělit, a to podle toho na jakém základě byly uskutečněny, a to následovným způsobem:

- výhry z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení podle loterního zákona nebo podle podobných předpisů vydaných ve státech Evropské unie a dalších státech, které tvoří Evropský hospodářský prostor,

- výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě nebo na podnikatelském základě uskutečněných v jiných zemích, než v státech Evropské unie nebo dalších státech tvořících Evropský hospodářský prostor,

- výhry z veřejné soutěže, reklamní soutěže nebo z reklamního slosování.¹

Na výhry z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení podle loterního zákona nebo podle podobných předpisů vydaných ve státech Evropské unie a dalších státech, které tvoří Evropský hospodářský prostor, se podle ustanovení § 10 odst. 3 písm. b) zákona o daních z příjmů vztahuje osvobození od daně z příjmů.² Pokud tedy výhra

¹ Salinková, A. Jak se daní štěstí. Sborník Dny práva 2008. Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4733-4.

² Také příjmy ze všech vsazených částek ze všech poplatníkem provozovaných loterií a jiných podobných her povolených na základě loterního zákona jsou podle ustanovení § 19 odst. 1 písm. g) zákona o daních z příjmů, osvobozeny od daně. Od daně z příjmů jsou také osvobozeny podle ustanovení § 19 odst. 1 písm. ch) zákona o daních z příjmů, příjmy poplatníků, kteří nejsou založeni nebo zřízeni za účelem podnikání, které jim plynou jako odvod části výtěžku loterií a jiných podobných her.

pochází z aktivity upravované loterním zákonem, pak je výhra čistým příjmem pro poplatníka.

Výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě nebo na podnikatelském základě uskutečněných v jiných zemích, než v státech Evropské unie nebo dalších státech tvořících Evropský hospodářský prostor, dani z příjmů podléhají. Podle ustanovení § 36 odst. 2 písm. k) zákona o daních z příjmů je zvláštní sazba daně z příjmů plynoucích ze zdrojů na území České republiky pro poplatníky 15 % z výher a cen v loteriích a jiných podobných hrách, s výjimkou výher a cen z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení vydaného podle loterního zákona. Na výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě pouze podle občanského zákoníku je nutno uplatnit obecnou sazbu daně z příjmů fyzických osob podle ustanovení § 16 zákona o daních z příjmů, která činí 15 %.³

Jak již bylo výše uvedeno, daňová problematika v rámci právních úprav členských států je nejednotná, proto bych pozornost v rámci evropského právního prostředí věnovala judikatuře vydané Evropským soudním dvorem (dále jen „ESD“).

Judikatura ESD - Lindman

Jedním z nejdůležitějších judikátů ESD v oblasti zdanění hazardu je rozhodnutí ve věci Lindman⁴. Právním základem v této věci je zákaz omezování svobody poskytování služeb v rámci Evropského společenství, pokud jde o příslušníky členských států, kteří sídlí v jiném státě Společenství, než je stát osoby, pro kterou jsou služby určeny. Spor vyvstal v průběhu sporu mezi paní Lindman a finským Výborem pro ověřování zdanění (skatterättelsenämnden) a týkal se zamítnutí odvolání proti stanovení daně z částky, kterou paní Lindman vyhrála v loterii pořádané ve Švédsku.⁵

Paní Lindman, finská občanka, vyhrála v loterii částku 1.000.000,-SEK. Los zakoupila během svého pobytu ve Švédsku. Táto výhra byla finským státem považována za vydělaný příjem podléhající dani z příjmů. Paní Lindman tvrdila, že finská právní úprava je diskriminující, protože kdyby za stejných podmínek vyhrála ve Finsku, nebyla by jí účtovaná daň z příjmů, stejně jako

³ Salinková, A. Jak se daní štěstí. Sborník Dny práva 2008. Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4733-4.

⁴ rozsudek Lindman ECR 2003 I- 13519, C-42/02; 13. listopad 2003.

⁵ Malast, J., Rajchl, J. Soudní judikatura v oblasti herního práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, 440 s., ISBN 978-80-7380-062-8.

by ji nebyla účtovaná, kdyby byla občankou Švédska. Finská vláda, coby protistrana uvedla, že finská legislativa je slučitelná s unijním právem a jakákoli omezení považuje za ospravedlnitelné důvody veřejného zájmu.⁶ ESD konstatoval, že článek 49 Smlouvy o založení evropského společenství („SES“) zakazuje právní úpravu členského státu, podle které výhry z her šance organizovaných v jiných členských státech jsou považovány za příjem výherce podléhající dani z příjmů, zatímco výhry z her šance pořádaných v daném státě nejsou zdanitelné. Tudíž podle zavedeného precedenčního práva článek 49 SES zakazuje nejen jakoukoli diskriminaci z důvodu národnosti proti poskytovateli služeb se sídlem v jiném členském státě, ale také jakékoli omezení nebo překážku ve svobodě poskytování služeb, i když se týkají národních poskytovatelů služeb a stejně těch, které sídlí v jiných členských státech.⁷

Judikatura ESD – Komise ES vs. Španělské království

Dalším judikátem s problematikou spojenou se zdaňováním hazardu je rozhodnutí ESD ve věci Komise ES vs. Španělské království.⁸ Komise informovala Španělsko, že daňové zacházení přiznané španělskou právní úpravou považuje za neslučitelné s čl. 49 SES a čl. 36 Dohody o Evropském hospodářském prostoru (dále jen „Dohoda o EHP“), jelikož výhry pocházející z loterií pořádaných mimo území Španělska podléhají dani z příjmů, zatímco výhry z některých španělských loterií byly od daně osvobozeny. Španělsko se hájilo důvody veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a veřejného zdraví. Komise však právní úpravu považovala za diskriminační a vyzvala Španělsko k přijetí opatření ke změně právní úpravy do dvou měsíců. Španělsko na výzvu nerefletovalo, proto Komise podala žalobu k ESD, se kterou uspěla. ESD proto v této věci judikoval, že členský stát, který zachovává v platnosti daňové právní předpisy, které osvobozují od daně příjmy z loterií, her a sázek pořádaných v tomto členském státě některými veřejnoprávními organizacemi a subjekty usazenými v tomto členském státě a vykonávajícími nevýdělečné činnosti sociální nebo podpůrné povahy, aniž by totéž osvobození bylo přiznáno výhrám plynoucím z loterií, her a sázek pořádaných organizacemi a subjekty usazenými v jiném členském státě Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru a vykonávajícími činnosti téhož druhu, neplní povinnosti, které pro něj vyplývají z článků 49 SES a článku 36 Dohody o EHP.⁹

⁶ S tímto stanoviskem vyslovila souhlas také vláda belgická, norská i dánská.

⁷ rozsudek Lindman ECR 2003 I- 13519, C-42/02; 13. listopad 2003.

⁸ Rozsudek Komise ES vs. Španělské království C-153/08.

⁹ Tamtéž.

Z evropskoprávní judikatury tudíž plyne, že i když je hazard oblastí, kterou si jednotlivé členské státy upravují na úrovni vnitrostátní a v porovnání s jinými členskými státy ji můžou regulovat přísněji, nebo volněji s ohledem na veřejné zdraví, pořádek a bezpečnost, úprava musí být nediskriminační a to nejen v oblasti daňové.

Na evropské úrovni je nevyřešených problémů v oblasti hazardu množství. Co se týče zdanění výher nebo provozovaných her vůbec, je absolutně nejasné, jak by se mělo globálně v rámci Evropského společenství postupovat. V kontextu unijního práva je sjednocení úpravy této oblasti utopickou myšlenkou, zejména pokud nejsou vyřešeny primární problémy, jakými jsou např. vymezení online sázení nebo mezinárodních pokerových turnajů, nelze vyřešit ani navazující problémy týkající se otázky zdanění těchto her.

Česká daňová právní úprava zatím reflektuje na vývoj unijního práva v oblasti hazardu a upravuje způsob zdanění výher ze zahraničí, zatímco vnitrostátní úprava hazardních her sázení do zahraničí zakazuje.

Literature:

- Kramář, K., Hušák, A.: Herní právo, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 181s., ISBN 80-86898-80-6.
- Malast, J., Rajchl, J. Soudní judikatura v oblasti herního práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, 460 s., ISBN 978-80-7380-062-8
- Salinková, A. Jak se daní štěstí. Sborník Dny práva 2008. Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-80-210-4733-4

Contact – email

alena.salinkova@law.muni.cz

PRINCIP NEURČITOSTI A ABSOLUTNÍ BEZCHYBNOSTI

SOŇA STARÁ -- ZDENKA HEŘMANOVÁ

Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek mapuje právní úpravu poskytování finančních prostředků Evropské unie v České republice v programovacím období 2007-2013 na evropské a národní úrovni. Poukazuje na její praktické dopady, které v současnosti vedou k vytvoření tlaku na příjemce, že i marginální chyba znamená vrácení poskytnuté dotace, byť účel projektu byl naplněn. Česká národní legislativa je v této oblasti vymezena zejména zákony č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, a č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, v nichž je definován institut porušení rozpočtové kázně. Ten má zajistit návrat finančních prostředků, které byly příjemci dotace použity v rozporu s pravidly jejich poskytnutí, avšak bez ohledu na právní důležitost těchto pravidel v poměru k faktické důležitosti projektu z hlediska veřejného zájmu. Vrácení finančních prostředků dotace pak může být likvidační jak pro projekt tak i pro samotného příjemce. Tato skutečnost je v evropské legislativě zohledněna prostřednictvím principu proporcionality, který však český zákonodárce nezná a tudíž není v právní praxi uplatňován. Článek ukazuje slabiny právní úpravy, ve které forma vítězí nad účelem pravidla. Autorky proto v závěru svého článku navrhují legislativní změny, které by daný nevhodný právní stav napravily.

Key words in original language

Implementace evropského práva v ČR; strukturální fondy; dotace; porušení rozpočtové kázně; zamezení přílišné tvrdosti; princip proporcionality; zásada právní jistoty a legitimního očekávání; nařízení ES s účinkem směrnice; legislativní návrh.

Abstract

The article charts legal regulation of supplying of EU-financial resources in the Czech Republic in the programming period 2007-2013 on European and national level. It adverts to its practical impacts, that create presently pressure on grants' recipients, that even a marginal mistake means repayment of the grant although purpose of a project was realized. The Czech legislative is determinant in this field especially with acts Nr. 218/2000 Sb., about budget rules, and Nr. 250/2000 Sb., about budget rules for regional budgets. There is defined the the legal institution of the breach of budget discipline. It has ensured repayment of financial funds, which were used through their recipients contrary to rules of their granting, but regardless of their legal importance at the rate of project's factual importance in light of public interest. Repaying of the financial funds could

be liquidating than for the project as well as for the recipient. This fact is respecting in the European legislation through the principle of proportionality, which the Czech legislator does not know and therefore it is not used in the Czech legal practice. This article shows weaknesses of the legal regulation, in that the form is winning on the purpose of the rule. That's why propose the authors of their article legislative changes, which should set right this unfitting legal stage.

Key words

Implementation of European law in the Czech republic; structural funds; grants; breach of budget discipline; avoidance of unnecessary hardship; principle of legal certainty and legitimate expectation; EC-regulations with effect of directives; legislative proposal.

I. Úvod

Předmětem našeho příspěvku je poukázat na složitost úpravy poskytování finančních prostředků Evropské unie jak na evropské tak na národní úrovni. Zakládá se na praktických zkušenostech pisatelek s touto oblastí. Naším cílem není rozhořčená kritika, ale snaha ukázat cestu ven z nesmyslné džungle pravidel, která působí zmatek a mívá se účelem.

Předmětem právní regulace v této oblasti by mělo být vytvořit taková pravidla, aby veřejné prostředky byly využity na účel deklarovaný příjemcem projektu a schválený poskytovatelem veřejných prostředků, v současnosti spíše díky své neurčitosti vytvářejí tlak na příjemce dotací, neboť případná sebenepatrnější chyba znamená vrácení poskytnuté dotace, i když účel projektu byl naplněn.

II. Národní úroveň

Tuto neúnosnou situaci vytvořila na národní úrovni právní úprava přijatá zejména zákony č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech (dále jen "velká rozpočtová pravidla") a č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů (dále jen "malá rozpočtová pravidla"), v nichž je definován institut porušení rozpočtové kázně, který má umožnit návrat finančních prostředků, které byly příjemci dotací použity v rozporu s účelem, na něž byly určeny.

V případě poskytování finančních prostředků Evropské unie (dále jen "EU") probíhá jejich tok prostřednictvím Národního fondu, což je odbor Ministerstva financí (dále jen "MF"), jehož úkolem je výdaje tzv. certifikovat, tj. schvalovat oprávněnost jejich vydání v souladu s národní a evropskou legislativou. (viz § 37 a 38 velkých rozpočtových pravidel)

Finanční prostředky EU však MF neposkytuje, nýbrž zajišťuje prostřednictvím státního rozpočtu jejich distribuci k poskytovatelům, nebo-li těm, kteří jsou v ČR oprávněni spravovat operační programy. To jsou

zejména ministerstva příslušná v rámci oblastí, na něž jsou strukturální fondy zacíleny (např. zemědělství či školství). V oblasti finančních prostředků Evropského fondu regionálního rozvoje se jedná na národní úrovni o regionální rady regionů soudržnosti, zřízené zákonem 248/2000 Sb., o regionální rozvoji, jako právnické osoby veřejného práva, spadající do tzv. zbytkové oblasti veřejné správy a hospodařící dle malých rozpočtových pravidel.

Porušení rozpočtové kázně upravují jak velká tak malá rozpočtová pravidla. Velká rozpočtová pravidla v § 44 a 44a, na něž odkazuje i § 38 v případě finančních prostředků národního fondu, používají v souvislosti s porušením rozpočtové kázně termín „neoprávněně použité nebo zadržené finanční prostředky”.

Dle § 3 písm. e) a f) velkých rozpočtových pravidel se neoprávněným použitím peněžních prostředků státního rozpočtu, jiných peněžních prostředků státu, prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státních finančních aktiv, státního fondu nebo Národního fondu, rozumí jejich výdej, jehož provedením byla porušena povinnost stanovená právním předpisem, rozhodnutím, případně dohodou o poskytnutí těchto prostředků, nebo porušení podmínek, za kterých byly příslušné peněžní prostředky poskytnuty; dále se jím rozumí i to, nelze-li prokázat, jak byly tyto peněžní prostředky použity. Zadržením se pak rozumí nevrácení finančních prostředků, které mají být do příslušného veřejného rozpočtu navráceny.

U malých rozpočtových pravidel je porušení rozpočtové kázně definováno v § 22 odst. 1 zákona č. 250/2000 Sb. Neoprávněně použití nebo zadržetí peněžních prostředků patřících či svěřených územnímu samosprávnému celku (rozumněj i regionální radě) je pak definováno obdobně, tj. jedná se o použití finančních prostředků, jímž dojde k porušení povinnosti stanovené zákonem, smlouvou nebo rozhodnutím o poskytnutí těchto prostředků, nebo porušení podmínek, za nichž byly finanční prostředky poskytnuty nebo nelze-li prokázat, jak byly finanční prostředky použity. Zadržetím je pak porušení povinnosti vrátit poskytnuté finanční prostředky ve stanoveném termínu.

Rozhodování o navrácení neoprávněně použitých finančních prostředků je pak v obou předpisech podřízeno zákonu upravujícímu správu daní, v případě penále se pak použijí ustanovení o úroku z prodlení v rámci zákona, upravujícího správu daní.

Zatímco malá rozpočtová pravidla neznají diferenciaci sankcí – a je tedy nutné odvést 100 % částku vztahující se k příslušnému porušení pravidel poskytnutí dotace, tak velká rozpočtová pravidla umožňují snížený 5 % odvod za porušení rozpočtové kázně v případě, že se jednalo o tzv. méně závažné porušení rozpočtové kázně, které takto bylo vydefinováno v rozhodnutí. Pokud se jedná o finanční prostředky EU, může být procentní sazba vydefinovaná v rozhodnutí. Je-li porušení několik, procentní částky se

sčítají – konečný odvod však nemůže být vyšší než částka dotace vyplacené ke dni porušení rozpočtové kázně.

Z právě uvedeného plyne tedy dost zásadní rozdíl postihující zejména regionální operační programy spadající pod regionální rady regionů soudržnosti. I když z definice neoprávněně použitých finančních prostředků lze dovodit možnost poskytovat finanční prostředky rozhodnutím v rámci správního řízení, prakticky je tato možnost vyloučená, neboť insitut rozhodnutí není malými rozpočtovými pravidly upraven. Současně není upravena ani možnost procentní diferenciacie příslušných odvodů za porušení rozpočtové kázně.

S ohledem na to, že malá rozpočtová pravidla se týkají zejména samosprávných subjektů, u nichž funguje princip samosprávy, rozhodl se zákonodárce formu poskytnutí dotace ponechat na nich. Což se ve většině případů děje formou smlouvy o poskytování dotace, která je hybridem soukromoprávní smlouvy obsahující veřejnoprávní prvky – neboť např. finanční kontrola musí být ve smlouvě ošetřena tak, aby nedošlo k porušení ústavních práv na ochranu obydlí (vstup do objektu). Dle slov zástupců MF je pak možné systém sankcí rovněž ve smlouvě vydefinovat. Dle názoru pisatele, však tímto dojde k porušení dikce § 22 malých rozpočtových pravidel stanovící, že se musí odvést částka, která odpovídá neoprávněně použitým či zadržným finančním prostředkům dotace. Modifikace formou částečně soukromoprávní smlouvy by veřejnoprávní charakter odvodu za porušení rozpočtové kázně diskvalifikovala. Je to však obecně správné řešení?

Prakticky totiž definice § 22 malých rozpočtových pravidel znamená, že jakákoliv sebemenší chyba spočívající v jakémkoliv porušení jakékoliv povinnosti, stanovené zákonem či poskytovatelem dotace – bez ohledu na její právní význam a nemající vliv na splnění účelu dotovaného projektu, znamená odvod částky finančních prostředků, která se k dané chybě váže.

Napíšete-li tedy do projektu, že splníte určité ukazatele, např. budete mít 5000 dětí v mateřské školce a dětí bude nakonec méně, znamená to návrat celé částky dotace. Pokud by jste ale nepořídili např. v projektu uvedenou vázu, pak navracíte pouze tu část dotace, která měla být pořizovací cenou vázy.

Jinými slovy, i když evropské předpisy stojí – i v oblasti hospodaření se strukturálními fondy – na principu proporcionality (viz níže), český zákonodárce jej nezná.

A to i přesto, že např. v oblasti veřejných zakázek (kde nastává porušení rozpočtové kázně nejčastěji) lze velmi přesně vyzorovat, co se rozumí porušením zákona o zadávání veřejných zakázek hodným veřejnoprávní sankce díky úpravě správních deliktů v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Z této úpravy jasně plyne, že sankcionovatelné je takové

porušení, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnějšího uchazeče – to je totiž smysl a důvod úpravy veřejných zakázek.

Jinými slovy – je správné požadovat při porušení pravidel odvod finančních prostředků, pokud porušení nastalo ze zlého úmyslu něco obejít či nepoctivě si přisvojit. Je však nesmyslné při jakékoliv sebenepatrnější chybě požadovat odvod v plné výši – tím dojde k likvidaci projektů, které byly schváleny pro veřejné blaho. Účelem zákonů totiž není vymýšlet překážky pro to, aby byla realizace důležitých a smysluplných věcí znesnadněna, ale naopak nastavit pravidla hry tak, aby se hrála rozumně a poctivě. V případě výše zmíněné úpravy je však příjemci nastavena překážková dráha, na níž forma vítězí nad účelem právní regulace.

Asi se ptáte, jak je možné přílišnou tvrdost odstranit. Zřejmě si jí je vědom i zákondárce, neboť do zákona č. 218/2000 Sb. zakotvil institut prominutí odvodu neoprávněně použitých či zadržovaných finančních prostředků dotace z důvodů hodných zvláštního zřetele – viz § 44a odst. 9 a 10 velkých rozpočtových pravidel a § 22 odst. 12 malých rozpočtových pravidlech.

Toto řízení však není řízením podle zákona o správě daní a nepodléhá žádné právní úpravě. Prominutí závisí zcela na úvaze úředníků Ministerstva financí či jiného poskytovatele dotace, kteří mají na posuzování vypracovanu interní vnitřní směrnici, která není veřejně přístupná. Toto řízení nepodléhá žádnému přezkumu a je tak v podstatě závislé na vůli příslušných těch úředníků, kterým se žádost dostane do ruky. A je-li ve věci vydáno nějaké rozhodnutí, nemusí splňovat náležitosti rozhodnutí podle zákona o správě daní.

V případě malých rozpočtových pravidel, kdy je navíc dotace poskytována soukromoprávní smlouvou s veřejnoprávními prvky, je tato situace obdobná. To jestli pravidla promíjení veřejnoprávní celky zveřejní či nikoliv je však na jejich vůli.

Nastává tedy čas na první z otázek vážících se k principu absolutní bezchybnosti – jak je možné, že v zákonech regulujících poskytování veřejných prostředků funguje velmi přísný institut, který má na jedné straně zajistit navrácení neoprávněně použitých finančních prostředků, ale na druhé straně je vymodelován tak, že umožňuje nepřiměřenou tvrdost, jejíž zmírnění pak upravuje v rozporu s ústavní zásadou, že státní (tím rozumím i veřejnou) moc lze uplatňovat v případech, mezích a způsoby, které stanoví zákon. Jak je možné, že místo toho, aby byl zákon nastaven přesně, se využívá tak neprůhledný, zneužitelný a téměř neregulovaný institut “prominutí”? Jak v tomto případě funguje zásada legitimního očekávání?

Na poli Regionálních rad byla vedena snaha vůči Ministerstvu financí, které je za výše zmíněné zákony legislativně zodpovědné, aby je přepracovali a upravili v souladu se zásadou výše zmíněnou a zásadou právní jistoty. Bohužel toto řešení se ukázalo jako neprůchodné. Ministerstvo financí místo

toho využilo skutečnosti, že Evropská komise používá systém tzv. korekcí a formou “vysvětlujícího stanoviska” v dopise umožnilo Regionálním radám, aby si v rámci sankcí vytvořili procentní tabulku, oceňující příslušná porušení rozpočtové kázně procentní sazbou odvodu z částky dotace vážící se k danému porušení.

Z legislativního hlediska tu tedy máme paradox – Ministerstvo financí vydává “prováděcí dopisy” ke svým předpisům, byť dle ústavy je systém právních předpisů jasně dán (a institut vysvětlujícího dopisu neobsahuje) a i když platí, že zákonodárcem je v této zemi parlament, tak v podání české státní správy se jím může stát i příslušný odbor ministerstva.

Z praktického hlediska to však znamená, že řada projektů, která by díky nepřiměřené tvrdosti definice porušení rozpočtové kázně byla odsouzena k likvidaci nejen své, ale mnohdy i toho, kdo projekt realizuje, bude zachráněno a veřejnost se tak bude moci těšit např. z nové mateřské školky či zařízení pro realizaci svých volnočasových aktivit.

III. Evropská úroveň

Již výše bylo zmíněno, že Evropská komise používá systém, tzv. korekcí. V tomto momentě tedy nastává čas představit způsob navrácení a sankcionování neoprávněně použitých finančních prostředků strukturálních fondů na úrovni Unie. Tento systém je nezbytný, neboť z hlediska příjemců dotací ze strukturálních fondů platí povinnost umožnit a akceptovat kontroly a zprostředkovaně přes národní orgány i sankce, které budou vyžadovány ze strany Unie. Zprostředkovaně proto, že Unie vyžaduje od členského státu – nikoliv přímo od příjemce, aby neoprávněně užitá finanční prostředky vrátil.

Možnost využívat finanční prostředky Evropské unie se zakládá na institutu strukturálních fondů, zřízených jako nástroj pro dosahování hospodářské, sociální a územní soudržnosti mezi regiony Evropské unie (dále jen “EU”) (viz čl. 174 až 178 Smlouvy o založení ES). Tato oblast spadá do oblasti finančního práva, kde spolupráce členských států probíhá na tzv. „tenkém ledě“. Jedná se o spolupráci, kde převládá spíše princip koordinační než harmonizační. Jinými slovy Unie zde nemá výlučné kompetence.

Dle čl. 47 Smlouvy o EU má Unie právní subjektivitu. Dle čl. 4 odst. 2 písm. c) smlouvy o ES pak oblast hospodářské, sociální a územní soudržnosti je tzv. sdílenou nebo-li nevýlučnou pravomocí. To znamená, že pravomoci, včetně legislativní regulace, buď vykonávají členské státy, dokud je nezačne vykonávat Unie, nebo Unie stanoví minimální společný standard a podrobnosti si pak členské státy stanoví sami.

Článek 175 Smlouvy o ES pak stanoví Unii k dosahování cílů v oblasti hospodářské, sociální a územní soudržnosti významný nástroj – zmíněné strukturální fondy. O hospodaření fondů se pak stará Komise, která vyhotovuje také každoroční zprávy a kontroluje příjemce finančních

prostředků. Kontrolní pravomoci má však prostřednictvím svých auditorů i Evropský účetní dvůr a samozřejmě je nutné rovněž zmínit Úřad pro potírání podvodů – OLAF, který v dané věci spolupracuje se státním zastupitelstvím na národní úrovni.

Článek 177 Smlouvy o Evropské unii pak zakotvuje legislativní kompetence příslušným orgánům EU k přijetí nařízení (tj. přímo aplikovatelných právních předpisů na území členských států). Předmět úpravy těchto nařízení je však velmi obecný - úloha, cíle, obecná pravidla použitelná na fondy, jejich organizace a nezbytná ustanovení pro zajištění jejich účinnosti a koordinace mezi fondy navzájem a mezi fondy a ostatními finančními nástroji Unie.

Tato nařízení jsou velmi obecná a prakticky velmi těžko použitelná (srov. např. nařízení ES č. 1083/2006, upravující společnou základnu pro poskytnutí finančních prostředků ze strukturálních fondů) a jsou mířena vůči členským státům, nikoliv vůči jednotlivým poskytovatelům či příjemcům dotací, byť fakticky na ně přímo dopadají. To značně komplikuje situaci už i z toho důvodu, že se na národní úrovni kříží s právní regulací poskytování dotací, zejména s kontrolními povinnostmi a povinnostmi finanční prostředky navracet. Pokud si daná nařízení přečtete, pak zjistíte, že jejich vlastnost – přímé použitelnosti, s níž je spojena možnost pozastavit účinnost národních předpisů je téměř vyřachována ze hry, neboť nařízení v podstatě nechávají národním předpisům volnou ruku.

V oblasti účelného využití finančních fondů pak opět přímo použitelné nařízení stanoví, co se rozumí špatně vynaloženým výdajem – terminologie evropské legislativy pro tento případ zavádí pojem „nesrovnalost“. Nesrovnalost je definována v čl. 1 odst. 2 nařízení ES č. 2988/95 ze dne 18. prosince 1995 o ochraně finančních zájmů Evropských společenství (dále jen „nařízení o nesrovnalostech“) takto:

“Nesrovnalostí se rozumí jakékoliv porušení právního předpisu Společenství vyplývající z jednání nebo opomenutí hospodářského subjektu, v důsledku kterého je nebo by mohl“ být poškozen souhrnný rozpočet Společenství nebo rozpočty Společenstvím spravované, a to formou neoprávněného výdaje.”

Zde je nutné tedy položit první otázku spadající do problematiky principu neurčitosti:

Právní předpis by měl v zájmu zásady právní jistoty být určitý, tj. mělo by z něj být jasně patrné, co a jak reguluje. Z pohledu zásady legitimního očekávání by také chování institucí EU mělo být právně předvídatelné. Obě zásady EU považuje i za zásady svého právního systému, z nich by měly vycházet i právní předpisy, na kterých spočívá Evropská unie. V definici nesrovnalosti se však dočteme, že příčinou nesrovnalosti by mohlo být

jednání či opomenutí hospodářského subjektu, v jehož důsledku byl či „mohl být“ poškozen rozpočet Evropské unie.

Pokud tedy budeme vycházet z principu právní jistoty, pak formulace „by mohl“ může znamenat pouze, že se jedná o výdaj, který doposud z finančních prostředků Unie nebyl proplacen, tj. vznikl v případě systému tzv. předfinancování, kdy příjemce teprve podal žádost o proplacení, případně mu byl výdaj proplacen, ale nebyl ještě tzv. certifikován Národním fondem (odbor MF) – jinými slovy skutečně proplacen z finančních prostředků Unie. V tomto případě se ale nemůže jednat o nesrovnalost ve smyslu nařízení, neboť se jedná o výdaj, na nějž zatím nebyly vynaloženy prostředky evropské, ale pouze národní či soukromé (tj. nedošlo k proplacení) a tudíž by tento případ měl spadat do oblasti čistě národní regulace – v českých podmínkách by tedy šlo o porušení rozpočtové kázně. Přesto však formulace „by mohl“ vyvolává v českých luzích a hájích efekt tzv. absolutního postihu jakékoliv chyby, aby náhodou ona výše zmíněná pravděpodobnostní formulace nemohla být evropskými kontrolory uplatněna (viz výše popsána česká úprava velkých a malých rozpočtových pravidel v případě porušení rozpočtové kázně).

Účelem nařízení regulujících nesrovnalosti je stanovit možnost orgánům Unie účinně kontrolovat a zajišťovat navrácení neoprávněně použitých prostředků Společenství – i z toho důvodu, že více než polovina výdajů Společenství je vyplácena příjemcům dotací ze strukturálních fondů prostřednictvím členských států.

Nařízení o nesrovnalostech hovoří o tom, že nástrojem k postižení neoprávněně použitých výdajů je „správní sankce“, která má být účinná. Tato správní sankce nesmí být v souběhu s vnitrostátní trestní sankcí, tj. nejedná se o trestněprávní povahu této sankce. Na druhou stranu je však nutné říci, že oblast správního práva je harmonizací téměř nedotčená. A rovněž je nutné dodat, že samotný odvod finančních prostředků není sankcí (to platí i v případě porušení rozpočtové kázně)! Tuto skutečnost uznává i nařízení o nesrovnalostech, když v čl. 4 stanoví povinnost vrátit neoprávněně použité finanční prostředky a výslovně stanoví, že tato povinnost není sankcí. Lze tedy dále dovodit, že příslušenství, tj. penále pak má spíše charakter úroku z prodlení – ale v žádném případě také není sankcí ve smyslu trestání za neoprávněné užití finančních prostředků (srov. § 22 odst. 13 malých rozpočtových pravidel, kde je odkazováno na úrok z prodlení v rámci správy daní)

V čl. 2 odst. 2 nařízení o nesrovnalostech se dále dočteme, že správní sankce smí být uložena, pouze, pokud ji stanoví právní předpis Společenství předcházející nesrovnalosti – jinými slovy, tímto předpisem by muselo být například nařízení upravující fungování jednotlivých strukturálních fondů. Druhy správních sankcí pak vyjmenovává taxativně čl. 5 odst. 1 nařízení o nesrovnalostech. V odvětvových nařízeních, která fondy upravují se však o správních sankcích nedočteme.

Jaká však má být výše tohoto odvodu na úrovni EU? Z výše uvedené definice nesrovnalosti se zdá, že evropský zákonodárce zvolil stejnou cestu, jako zákonodárce český, tj. absolutní výši.

Oblast strukturálních fondů však ovládá zásada proporcionality, kterou nalezneme jak v nařízení č. 1083/2006 (viz čl. 98 odst. 2 a 3), tak v nařízení o nesrovnalostech (viz preambule, která je závazná pro výklad).

Na základě právně nezávazného dokumentu Komise - „Pokyny ke stanovení finančních oprav, které se použijí pro výdaje spolufinancované ze strukturálních fondů a Fondu soudržnosti v případě nedodržení pravidel pro veřejné zakázky“ (přijaté orgánem Komise zvaným COCOF, nikoliv tedy Radou a Evropským parlamentem, jak stanoví čl. 178 smlouvy o ES) jsou auditoři a kontrolóři Evropské komise oprávněni v případě zjištění nesrovnalosti v oblasti veřejných zakázek orgánu, který vydal finanční prostředky, či jejím příjemcům uložit tzv. korekce, tj. strhnout příslušnou procentní sazbu z konkrétního výdaje, který byl vynaložen v rozporu s právními předpisy – tentokrát směrnice - Evropské unie v oblasti veřejných zakázek.

Jinými slovy, směrnice v oblasti veřejných zakázek mají být transponovány do národních právních předpisů a kontrolní pravomoci v dané oblasti mají národní orgány. V oblasti strukturálních fondů, však výše zmíněné neplatí – kontrolóři a auditoři Unie provádí své kontrolní postupy u poskytovatelů a příjemců na základě přímo nevykonatelných právních předpisů Unie vedle národních orgánů a stržené procentní sazby v rámci dotací má nikoliv příjemce, ale členský stát – povinnost vrátit do Unijního rozpočtu. To že na národní úrovni existují právně dané postupy, v souladu s ústavní zásadou, že veřejná moc může zasahovat pouze do mezí daných zákony, nikoho nezajímá. To, že Unie má rovněž stanovené svým “ústavním” právem pravidla, jak přijímat právně závazné předpisy, rovněž nikoho nezajímá, stejně jako skutečnost, že příslušné směrnice jsou transponovány v národních právních předpisech.

A ještě jeden důsledek – v případě výdajů, které byly kontrolním orgánem poskytovatele odsouhlaseny jako oprávněné, se domníváme, že zejména v případě poskytnutí dotace smlouvou o poskytnutí dotace, nemusí příjemce částku vracet, případně může vymáhat náhradu škody po poskytovateli, neboť jej svým postupem uvedl v dobrou víru, že výdaj byl vynaložen správně.

Je zde tedy na první pohled patrná disharmonie evropské a národní právní úpravy, vyznačující se nedůvěrou evropských orgánů v národní kontrolní systémy a současně neschopností provést takovou formu harmonizace, aby nedocházelo ke křížení obou úprav, jehož výsledkem je pravidlo “vyšší bere”- jinými slovy, je-li stanovena sankce Komisí podle právně nezávazného interního pokynu, musí být finanční částka odvedena.

Pokud by měla být zachována hierarchie daná právní úpravou, pak by dle našeho názoru orgány Unie měly své kontroly provádět na úrovni orgánu státu, kam doputují finanční prostředky z rozpočtu Unie, tj. na úrovni státního rozpočtu u Ministerstva financí, odboru Národního fondu. Na nižších úrovních by pak daná problematika měla být zodpovědností národních orgánů a národní legislativy.

Je možné připustit, aby evropské kontrolní orgány měly možnost nahlédnout do jednotlivých projektu u jednotlivých poskytovatelů, pokud však bude někde chyba, měly by evropské orgány postihnout Českou republiku přes Ministerstvo financí a to by si to pak následně mělo srovnat s příslušnými poskytovateli a ti zase s příjemci.

Tomu by nasvědčovalo i znění čl. 2 odst. 4 nařízení č. 2988/95, který s výhradou použitelného práva Společenství odkazuje v případě kontrol, opatření a sankcí na právo členských států. Mimo sankce pak čl. 4 tohoto nařízení stanoví, že důsledkem nesrovnalosti je povinnost vrátit neoprávněně použité finanční prostředky (zde tedy podobnost s velkými a malými rozpočtovými pravidly).

Pokynům lze rovněž vytknout to, že v rámci zmíněných korekcí zasahují i do oblasti směrnici neupravenými, která se dá českou terminologií pojmenovat jako zakázky malého rozsahu.

V případě pokynů však musíme uvést také jejich kladnou stránku. I když jsou bohužel formálně právně nezávazným předpisem, ale fakticky stoprocentně vynucovaným a vykonatelným, berou v úvahu skutečnost, že hlavním účelem poskytování finančních prostředků je vytvoření veřejně potřebných statků a odvod stanovený neúměrně tomuto účelu může mít likvidační důsledky.

Proto zmiňují ve svém textu, že výše korekce či opravy musí být stanovena v souladu s principem proporcionality. Tj. v případě střetu dvou subjektivně chráněných práv dostane přednost to právo, které chrání nejdůležitější hodnotu, avšak s minimálním nutným omezením ostatních konkurujících práv, tak aby byla zachována proporcionalita – úměrnost – mezi jednotlivými právy, která jsou v konfliktu.

Při stanovení výše korekce, tedy Komise bere v úvahu druh nesrovnalosti nebo změny a rozsah, ale i finanční důsledky zjištěných nedostatků. V případech, kdy není možné přesně vyčíst částku nesprávných výdajů, nebo tehdy, kdy by bylo nepřiměřené zrušit celý dotýčný výdaj, se výše odvodu určí:

a) buď na základě reprezentativního vzorku transakcí podobné povahy (extrapolace),

b) nebo se vyhodnotí závažnost porušení pravidel, rozsah a finanční důsledky zjištěné nesrovnalosti – výše odvodu stanovená paušální sazbou.

V pokynech Komise proto stanoví, že účelem finančních oprav je zajistit, aby výdaje byly v souladu s příslušnými vnitrostátními předpisy a předpisy Společenství (zde lze vytknout, že Komise se míchá do vnitrostátních kompetencí – soulad s národní legislativou je věcí národních orgánů, nikoliv Komise).

Na druhou stranu přesně vyčíslení výše korekce není vždy možné a i když možné je, tak zrušení dotyčných výdajů nemusí být přiměřeným opatřením (zásada proporcionality) – zde tedy nastoupí buď extrapolace či paušální sazba a výše korekce se určí podle závažnosti a finančních důsledků nesrovnalosti. Každý případ je pak nutné posuzovat jednotlivě.

Předpokládáme, že národní orgány mají v poskytování dotací již několikaleté zkušenosti, příslušný katalog korekcí, vydaný např. prováděcí vyhláškou k rozpočtovým pravidlům by neměl znamenat takovou překážku, nota bene v situaci, kdy pokyny Komise jsou fakticky již na úrovni národních příjemců dotace aplikovány.

D. Návrh právní úpravy

Jak se tedy probrat houštinou spletených interpretací? A jak zlepšit to, co ztěžuje poskytování dotací? Právní řešení je snadné, avšak politicky těžko průchodné – nebo možná i lidsky, neboť někdy nejsou schopné dohodnout se přímo jednotlivé odbory na příslušném ministerstvu...

Prvním krokem je sjednotit formu poskytování dotací v případě malých rozpočtových pravidel. Jelikož se jedná o vztah, kdy jsou poskytovány veřejné prostředky a v případě kontroly jejich užití zřetelně vystupuje do popředí vztah nadřízenosti (poskytovatele) a podřízenosti (příjemce), navrhuje i v případě malých rozpočtových pravidel doplnit institut rozhodnutí, vydávaného formou správního rozhodnutí, místo smlouvy o poskytování dotace. V jejím případě totiž neobstojí argumentace, že veřejnoprávní celky poskytují dotace v samostatné působnosti. I ony musí veřejnoprávní prostředky hlídat a kontrolovat jejich užití, včetně vymáhání těch, které byly užity neoprávněně – zde se již veřejnoprávní předpisy aplikují bez diskuse o samostatné působnosti veřejnoprávních korporací. Užití smlouvy o poskytnutí dotace působí zmatky a vyvolává nekonečné debaty např. o tom, jaký soud má příslušný spor z této smlouvy rozhodovat či zda je možné užít institut smluvní pokuty.

Co se týče porušení rozpočtové kázně je v malých rozpočtových pravidlech nutné doplnit také možnost procentní diferenciací odvodu podle závažnosti porušení pravidel poskytnutí dotace za použití zásady proporcionality – cíl realizace projektu by zde měl vítězit nad přemírou formalismu. Vhodné by bylo vydat katalog procentních diferenciací formou vyhlášky, která by ale

výčet prováděla demonstrativní formou tak, aby bylo možné u jednotlivých poskytovatelů v rámci katalogu doplnit výčet s ohledem na specifika jednotlivých dotačních programů.

Na evropské úrovni by měl být důsledně respektován princip koordinační – nelze příjemce podrobovat nesčetnému druhu kontrol. EU by v tomto měla respektovat, že poskytuje finanční prostředky členskému státu a ten má být z její pozice kontrolován. Úroveň příjemců dotací v rámci daného členského státu by pak měla být “s důvěrou” ponechána členskému státu a jeho kontrolním systému v oblasti veřejných financí. Pokud EU nemíní tuto hierarchii dodržet, pak by měla poskytovat finanční prostředky přímo příjemcům sama – to však považujeme za nemožné, neboť tak daleko evropská unifikace zatím nedospěla, byl by to totiž zásah do veřejného financování a významný krok k zestátnění nadnárodního celku, jakým EU je.

Literature:

Autorky vychází z vlastních praktických zkušeností, které nabyly za dobu jejich působení v oblasti strukturálních fondů.

Contact – email

sonastara@hotmail.com -- z.hermanova@email.cz

PRÁVNÁ ÚPRAVA CLA V EURÓPSKEJ ÚNII- JEJ ŠPECIFIKÁ, PERSPEKTÍVY A NEGATÍVA

JANA ŠIMONOVÁ

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave
Akadémia Policajného zboru v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language

Obsahom štúdie je komplexná analýza právnej úpravy cla po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie. Pozornosť je sústredená najmä na právnú úpravu cla v podmienkach práva Európskej únie, ako aj na uplatňovanie špecifických inštitútov v praxi, na analýzu rôznych negatív i perspektív možného rozvoja. Jadrom štúdie je analýza dopadu zmeny právnej úpravy cla po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie, pričom jej podstatná časť sa venuje uplatňovaniu cla v praxi, pri špecifických postupoch v podmienkach Európskej únie.

Key words in original language

Clo; colná hodnota; právna úprava cla; colné predpisy; Colný kódex; Colný zákon; integrovaný colný sadzobník.

Abstract

Content of the study is a complex analysis of legal regulation of customs duty after entry of the Slovak Republic to the European Union. Attention is focused mainly on the legal rules of customs duty in terms of law of the European Union, as well as the application of specific institutes in practice, various negative perspectives and possible developments. Centre core of study is to analyze the impact of legislative changes duty after Slovakia's accession to the European Union, with its substantial part is devoted to the duties in practice, specific procedures in terms of the European Union.

Key words

Customs duty; customs value; legal regulation of the customs; customs regulations; Customs Code; Custom Act; integrated Custom Tariff.

Clo ako významný subinštitút finančného práva z historického hľadiska je súčasťou ľudskej civilizácie dlhé obdobie, pričom prvotné záznamy obdobného nástroja môžeme datovať až do 2.tisícročia p.n.l. Na jeho vzniku sa podieľal vo veľkej miere rozvoj obchodu a dynamické medzinárodné obchodné styky. Po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie sa absolútne zmenilo chápanie colnej politiky na národnej úrovni, a to z právneho, ekonomického, ale aj zabezpečovacieho hľadiska. Primárnym cieľom štúdie je nielen analyzovať vybrané špecifické prvky právnej úpravy cla po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie, ale najmä načrtnúť

negatíva a perspektívy, ktoré úzko súvisia s colnou problematikou a samotná prax reflektuje komplexné riešenia.

Všeobecné vymedzenie cla

Ako sme už naznačili vyššie, pojem clo má historický pôvod, pričom v závislosti od teritoriálneho určenia bolo označované variabilnými výrazmi. Ako príklad uvediem telonium, customs, douane, zoll, accise, pulveraticum a iné.¹ Clo sa spájalo s obchodovaním, ktorého význam bol zreteľný už v období staroveku. Predstavovalo dávku, ktorej využitie sa viazalo k výstavbe a ochrane obchodných komunikácií. Brodesser stanovil presné rozdiely medzi clom a mýtom.² Mýto bolo vyberané z dopravného prostriedku, napríklad z lode, vozu či koňa, pričom bolo platené najmä za použitie ciest, mostov, riek a brodov. V porovnaní s mýtom, ktorého základ predstavovala cena za príslušné použitie cesty alebo mostu, základ pre výmer cla bol predovšetkým druh, množstvo a hodnota tovaru, ktorý bol prevázaný cez hranicu, resp. územie. Clo vyberané v staroveku sa svojimi charakteristickými funkciami približovalo inštitútu nepriamej dane.³

V Grécku a Ríme boli výberom cla poverení tzv. nájomcovia- „vrchní colníci“, ale ad hoc mohlo ísť aj o družstvá, resp. bohatších obchodníkov, v ktorých záujme bolo zabrániť neuhradeniu cla. Uvedené subjekty disponovali aj oprávnením vykonať prehliadku akéhokoľvek tovaru a následne mohli zabaviť tovar, ak zámerom obchodníka bolo previezť, resp. prepašovať tovar bez úhrady cla. Výška platieb vyberaných v Ríme vo forme cla v prístavoch, na cestách a mostoch, sa pohybovala v rozmedzí od 2,5 % do 12 % z hodnoty tovaru.⁴ Podľa zachovaných záznamov predstavovalo najväčší podiel z vybratého cla v starovekom Grécku a Ríme, najmä clo z tovaru určeného pre zámorský obchod. V praxi sa využívalo dovozné clo, clo za vývoz tovaru a tranzitné clo za tovar prepravovaný cez mesto alebo prístav.

Ak by sme chceli načrtnúť historicky vznik cla na území dnešného Slovenska, úzko súvisí so strategickou polohou Slovenska v strede Európy, tzv. srdci Európy, ktoré križovali významné obchodné cesty. Za najznámejšiu a možno aj najstaršiu môžeme pokladať „Jantárovú cestu“, ktorá spájala prístav Aquilea pri Benátkach, Dunaj, povedľa rieky Moravy a Váhu až k Baltskému moru. Významne prispeli k rozvoju obchodovania na našom území aj keltské oppidá, ktoré predstavovali stredisko remesiel, obchodu a zároveň politické a administratívne centrum. V roku 499 franský

¹ GRŮŇ, L. Dejiny daní poplatkov a cla, s. 126

² BRODESSER, S. et al. Celnictví v Československu, s. 7.

³ BALKO L., KRÁLIK J. a kol.: Finančné právo, s. 453.

⁴ MAINUŠ, F. et al. Historie celnictví v ČSSR, s. 10.

kráľ Chlodovik I. povolil vyberanie cla, pričom môžeme konštatovať, že jeho inšpirácia vychádzala zo samotného Ríma, kde clo predstavovalo dôležitý príjem panovníka.⁵ V kontexte historického vývoja si právo vyberať clo začala privlastňovať šľachta, mestá a kláštory. Ak by sme hľadali prvý právny dokument analyzujúci problematiku cla na našom území, mohli by sme zaň považovať „thionvillskú capitulare“⁶. Prostredníctvom neho nariadil franský panovník zákaz dovozu zbraní slovanským kmeňom. Paradoxom bolo, že uvedený dokument bol opakovane porušovaný franskými obchodníkmi.

Súčasnú podobu dostali clá až v novoveku. V rámci pojmu clo existuje už dlhší čas nejednotnosť názorov, čo je podmienené najmä zaradením cla do príslušnej kategórie štátnych príjmov. Podľa colného zákona z roku 1927 je clo definované ako „verejná dávka ukladaná štátom jednostranne z hospodárskych dôvodov“. Podobná charakteristika bola použitá aj v rôznych publikáciách, ako napríklad v „Celní politike v medzinárodnom obchode“⁷. Podľa M. Bakeša je treba považovať clo za „povinnú platbu sui generis, stanovenú právnymi predpismi, ktoré sa vyberá v priamej súvislosti s prechodom tovaru cez štátnu hranicu od osôb, ktoré tovar dovážajú alebo vyvážajú, alebo od osôb, pre ktoré sa takýto tovar dováža alebo vyváža“⁸. Podľa J. Kráľika je definované clo ako „osobitý historicky, ekonomicky a politicky podmienený druh povinnej peňažnej platby vyberanej v osobitnom konaní (colnom konaní), štátom na základe zákona pri prechode tovaru cez štátnu resp. colnú hranicu, za účelom napĺňania príjmovej stránky štátneho rozpočtu a realizovania jeho národohospodárskych, politických a sociálnych úloh a funkcií“⁹.

Keďže colná politika je aktuálne v nadmernej miere ovplyvňovaná právom Európskej únie, bolo by logické ustanoviť jednu základnú a jednotnú definíciu cla v Nariadení Európskeho parlamentu a Rady (ES) č.450/2008, ktorým sa ustanovuje Colný kódex spoločenstva (modernizovaný Colný kódex). Avšak uvedený právny predpis definuje len druhy cla, resp. dovozné a vývozné clo. Pod pojmom dovozné clo rozumie clo, ktoré sa má zaplatiť pri dovoze tovaru. Vývozným clom je clo, ktoré sa má zaplatiť pri vývoze tovaru. Na základe analýzy oboch definícií je zrejmé, že ich primárny obsah taktiež má základné korene v dejinách. Uvedený modernizovaný Colný kódex vymedzuje aj colný status, ako status tovaru vyjadrujúci, či ide o tovar Európskej únie alebo nie. Z teoretického hľadiska, ktoré predstavuje východisko pre colnú politiku jednotlivých členských štátov by zjednotenie všeobecnej definície predstavovalo pozitívny posun v chápaní cla ako povinnej peňažnej platby.

⁵ GRŮŇ, L. Dejiny daní poplatkov a cla, s. 133.

⁶ BRODESSER, S. et al. Celnictví v Československu, s. 11.

⁷ ŠTEPÁN K.: Celní politika v medzinárodnom obchode, s. 17.

⁸ BAKEŠ M.: Finančné právne inštitúty, s. 37.

⁹ KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D., ŠMÁTRALA, M. Abeceda finančného práva, s. 183.

Právna úprava cla po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie

Pristúpením Slovenskej republiky k Európskej únii¹⁰ môžeme konštatovať, že sme upravili doposiaľ zaužívaný právny status, konkrétne podstatnou zložkou právneho poriadku Slovenskej republiky (ďalej len SR) je aj právo Európskej únie (ďalej len EÚ). V rámci tzv. colného práva, ktoré predstavuje subsystém finančného práva môžeme aktuálne diverzifikovať právnu úpravu, a to na právo EÚ a právnu úpravu SR. Primárne však platí zásada, že prednostné postavenie má právo EÚ a národná legislatíva upravuje prevažne inštitúty v oblasti cla, ktoré prenechala EÚ v pôsobnosti jednotlivých členských štátov.

V rámci rozsiahlej právnej úpravy práva EÚ sme vyselektovali na základe analýzy viacerých z nich základné a primárne právne predpisy:

- Nariadenie Rady (EHS) č. 2913/92 Colný kódex spoločenstva,
- Nariadenie EP a Rady č. 450/2008, ktorým sa ustanovuje Colný kódex Spoločenstva (modernizovaný Colný kódex)
- Nariadenie Komisie (EHS) č.2454/93 zavádzajúce ustanovenia pre vykonávanie nariadenia Rady (EHS) č.2913/92 ustanovujúce Colný kódex Spoločenstva pre oslobodenie od cla
- Nariadenie Rady č. 2658/87 o colnej a štatistickej nomenklatúre a o Spoločnom colnom sadzobníku,
- Nariadenie Rady č. 918/83 ustanovujúce v Spoločenstve systém oslobodenia od cla,
- Nariadenie Rady č. 1186/2009, ktorým sa ustanovuje systém Spoločenstva pre oslobodenia od cla.

Okrem zmien v colných predpisoch boli zjavné aj výrazné zmeny napríklad pri úprave pohybu tovaru medzi členskými štátmi Európskej únie, v colnom

¹⁰ Oznámenie Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky č. 185/2004 Z. z. o podpísaní Zmluvy medzi Belgickým kráľovstvom, Dánskym kráľovstvom, Spolkovou republikou Nemecko, Helénskou republikou, Španielskym kráľovstvom, Francúzskou republikou, Írskom, Talianskou republikou, Luxemburským veľkvojvodstvom, Holanským kráľovstvom, Rakúskou republikou, Portugalskou republikou, Fínskou republikou, Švédskym kráľovstvom, Spojeným kráľovstvom Veľkej Británie a Severného Írska (členskými štátmi Európskej únie) a Českou republikou, Estónskou republikou, Cyperskou republikou, Lotyšskou republikou, Litovskou republikou, Maďarskou republikou, Maltskou republikou, Poľskou republikou, Slovinskou republikou, Slovenskou republikou o pristúpení Českej republiky, Estónskej republiky, Cyperskej republiky, Lotyšskej republiky, Litovskej republiky, Maďarskej republiky, Maltskej republiky, Poľskej republiky, Slovinskej republiky a Slovenskej republiky k Európskej únii

konaní pri obchode s tretími krajinami, pri uplatňovaní preferenčných pravidiel pôvodu tovaru a pre správu colných kvót.

Keďže právo EÚ v oblasti cla a colnej únie prenecháva úpravu niektorých špecifických okruhov na národnú legislatívu jednotlivých členských štátov a umožňujú niektoré práva a povinnosti resp. podmienky národnou úpravou modifikovať, bolo nevyhnutné novelizovať právne predpisy, resp. prijať nové. Na základe uvedeného boli prijaté dva významné právne predpisy upravujúce problematiku cla, ako aj colných orgánov:

- zákon č. 199/2004 Z. z. Colný zákon a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

- zákon č. 652/2004 Z. z. o orgánoch štátnej správy v colníctve v znení neskorších predpisov.

Právne predpisy v zmysle národnej legislatívy v oblasti cla neupravujú princípy, ale zakotvujú inštitúty a dopĺňajú právne predpisy práva EÚ tak, aby umožnili účinné uplatňovanie systému cla pri realizácii nevyhnutných opatrení a procesných úkonov, pri ktorých každá činnosť subjektov a vzájomné vzťahy vznikajúce medzi nimi musia mať právny základ a oporu v samotnej legislatíve. Na úrovni každého členského štátu je nevyhnutné právne zakotviť uvedené inštitúty, aby nevzniklo tzv. "právne vákuum", ktoré by poskytovalo významný priestor pre špekulácie a protiprávnu činnosť. Z uvedeného pohľadu predstavuje národná právna úprava rozhodujúci spájajúci článok, ktorý napomáha k účinnému dosahovaniu cieľov v rámci colnej únie ako takej, ale aj samotného cla.

Právna úprava cla v Európskej únii- jej špecifiká, nedostatky a perspektívy

Právo EÚ na úrovni colnej oblasti, resp. colnej únie a voľného pohybu tovaru má množstvo špecifik, pričom ku niektorým z nich sa v priamej úmere viažu aj negatíva, ktoré by bolo potrebné minimalizovať, ak chceme, aby clo naďalej plnilo svoje relevantné funkcie. V prípade, že vieme stanoviť problém, na základe vedeckej logiky s použitím vybraných vedeckých metód, dokážeme sa dopracovať k jadrú problému, odhaliť príčiny, pričom výsledkom bude návrh čiastkových riešení. Vo vzťahu k vyššie uvedenému a taktiež s ohľadom na rozsiahlosť skúmanej problematiky, vyselektovali sme len niekoľko zložitých problémových oblastí, s ktorými sa často stretáva aj samotná prax. Okrem aktuálnych problémov načrtávame aj tie, ktoré boli právne vyriešené, avšak neustále by mohli predstavovať zbytočné spory v iných členských krajinách.

Prvým významným špecifikom a zároveň značným negatívom je rozsiahlosť právneho základu colnej problematiky v práve EÚ. Fakticky našu hypotézu verifikuje prehľad záverečných ustanovení jednotlivých právnych

dokumentov, ale najmä aplikácia systému Eur-lex pre vyhľadávanie platných právnych predpisov. Ak by sme si pri vyhľadávaní zadali všeobecné kritérium so záberom na všetky platné právne predpisy EÚ v oblasti colnej únie a voľného pohybu tovaru, výsledok by k aktuálnemu obdobiu bol v počte 12535 platných predpisov¹¹. K rozsiahlej právnej úprave colnej problematiky sa viaže aj početná judikatúra, aktuálne v počte 1234, a to výlučne v oblasti colnej únie. Obsahom niektorých rozsudkov v určitých prejudiciálnych otázkach alebo výkladoch bývajú odkazy na skôr prerokované a rozhodnuté veci.¹² Jadrom problému sa stáva značná neprehľadnosť právnych predpisov a na to nadväzujúci obťažnejšie zabezpečovanie ochrany dôležitých záujmov EÚ a komplikovanejšiu realizáciu aj samotného colného konania. Výsledkom celého procesu sa stáva množstvo upravených postupov a pravidiel, ktoré môžu viesť k tzv. legálnemu využívaniu „právnych medzier“ alebo obchádzaniu zákonom stanoveného priebehu konania. Z iného uhla pohľadu, resp. ak nadobudneme prehľad a poriadok v spleitosti právnych predpisov EÚ, nadnárodná právna úprava colnej problematiky, resp. aplikácia práva EÚ je v určitých smeroch precíznejšia a detailnejšia, najmä pri úprave určitých postupov pri uplatňovaní cla, ktoré dosahujú požadované ciele systémovým spôsobom, najmä v oblasti antidumpingových a dodatočných ciel.

Vo vzťahu k právu EÚ by sme chceli poukázať aj na vyššie uvedenú zabezpečovaciu funkciu v oblasti cla, resp. že EÚ má povinnosť ochraňovať všetky oprávnené záujmy jednotlivých členských štátov. Na základe uvedeného existuje eventuálne vydanie nariadenia, ktoré bude pre určité členské štáty buď neúčelné, alebo dokonca až nevýhodné. Príkladom bol v rámci SR dovoz banánov. Pred vstupom SR do EÚ boli banány dovážané na SR bez cla. Po vstupe do EÚ stanovilo nariadenie Komisie (ES) č.1214/2007, ktorým sa mení a dopĺňa príloha I k nariadeniu Rady (EHS) č. 2658/87 o colnej a štatistickej nomenklatúre a o Spoločnom colnom sadzobníku na vyššie uvedený tovar, resp. banány sadzbu 176 Eur/1000 kg čistej hmotnosti. Vzhľadom na skutočnosť, že SR nie je producentom obdobného ovocia, jeho ochrana prostredníctvom stanovenia vyššej sadzby je pre SR irelevantná a v praktickom chápaní až nevýhodná. Výsledkom bolo zvýšenie ceny tovaru pre koncových spotrebiteľov. Avšak z objektívnych dôvodov považuje EÚ za potrebné chrániť záujmy členských štátov, ktoré sú buď pestovateľmi alebo producentmi. Na základe uvedeného prípadu EÚ nemôže zohľadňovať individuálne záujmy jednej členskej krajiny ak by to bolo na ujmu celej EÚ alebo viacerých jej členských štátov.

¹¹ Obdobné konštatovanie prezentoval aj Matoušek v svojom príspevku MATOUŠEK, P., SABELOVÁ, L. Clo. s. 20.

¹² pozri Rozsudok Súdneho dvora z 5.februára 1963, 26/92, NV Algemene Transpor- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos proti Nederlandse administratie der belastingen.

Inou osobitosťou práva EÚ v oblasti cla je pohľad na tzv. retroaktivitu. Inštitút retroaktívneho účinku právny systém v zásade nepripúšťa. Avšak diskutabilným ostáva, akým spôsobom by sme analyzovali Nariadenie Rady (ES) č. 1322/2006 z 1. septembra 2006, ktorým sa mení a dopĺňa nariadenie (ES) č. 1470/2001, ktorým sa ukladá konečné antidumpingové clo na dovoz integrovaných elektronických kompaktných žiaroviek (CFL-i) s pôvodom v Čínskej ľudovej republike. Odôvodnenie uvedeného kroku môžeme na základe analýzy stanoviť, že ide o určitý typ ochranné opatrenia, ktorého pozitívnym cieľom je možnosť ihneď od doby zistenia aktívne bojovať s nekalými obchodnými praktikami. Zjednodušene ide o možnosť Komisie konať vo veci samej, ak si to samé okolnosti vyžadujú a jediným spôsobom je použitie tzv. retroaktívneho účinku vydaného právneho predpisu. V rámci colnej problematiky sa prevažne obdobne uplatňuje pri ochrane pred dumpingovými dovozmi z krajín, ktoré nie sú členmi EÚ, resp. pri antidumpingových clách, avšak za splnenia určitých podmienok, najmä vecnej a časovej.

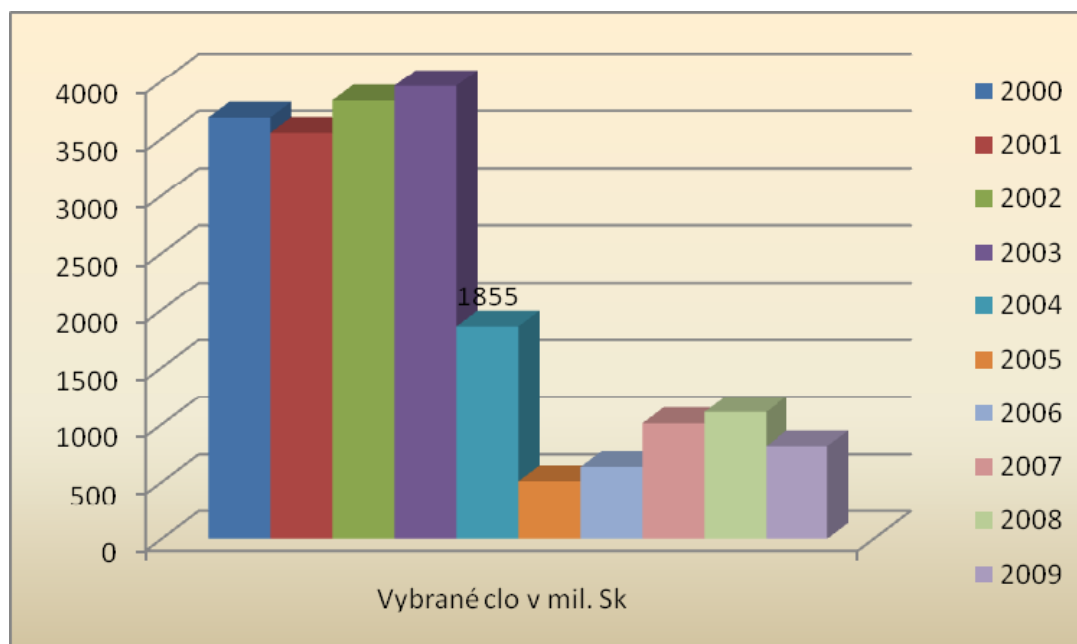
Závažným nedostatkom v súvislosti s právnou úpravou členského štátu EÚ na národnej úrovni bolo, že bez akéhokoľvek zjavného opodstatnenia bránil dovozu tovaru do tohto štátu, pritom v susednom členskom štáte bol ten istý tovar prepustený do colného režimu voľný obeh bez akýchkoľvek problémov.¹³ Opätovne môžeme načrtnúť prípad z územia SR, kedy bol zakázaný dovoz taxatívne vymedzeného neobchodného tovaru, a to vyhláškou č.222/1997 Z.z. o zákaze neobchodného vývozu a neobchodného dovozu vecí. Vzhľadom na nebezpečný charakter niektorých tovarov bol odôvodnený ich zákaz dovozu, napr. pri výbušninách. Avšak do skupiny zákazu dovozu tovaru patrili aj použité veci, prístroje, pneumatiky, nosené odevy, textilie, či používané obuv. V susedných členských štátoch bol dovoz tovaru takého typu povolený, pokiaľ nemal nebezpečný charakter. Uvedené obmedzenie platilo v podmienkach SR až do roku 2007, čiže aj v období, keď sme boli členom EÚ. Na základe uvedeného by sme nielenže odporúčali zmenu platnej právnej úpravy EÚ s cieľom znížiť počet relevantných právnych predpisov, ale taktiež zjednotiť ju medzi samotnými členskými štátmi, s ohľadom na vyššie uvedený prípad.

Ak by sme chceli analyzovať špecifiká aj z iného ako právneho hľadiska, môžeme si zvoliť kritérium dopadu cla v EÚ na verejné financie členských štátov, pričom sa zameriame na územie SR. V predvstupovom období predstavovalo clo významný zdroj príjmu štátneho rozpočtu SR. Vstupom SR do EÚ sa clo transformovalo za tradičný vlastný zdroj, ktorý predstavuje príjem rozpočtu EÚ bez dodatočného schválenia, resp. rozhodnutia národných orgánov. V rámci príslušnej legislatívy sa vlastné zdroje charakterizujú ako daňové príjmy pridelené raz a navždy do EÚ s cieľom financovať svoj rozpočet, pričom plynú do neho automaticky. Ide o

¹³ PAVLOVIČ, P. Právna úprava cla po vstupe SR do EÚ, s. 86.

zákonnom stanovené, vyberané, platené a kontrolované príjmy podľa predpisov systému vlastných zdrojov EÚ, ktoré sú založené na Rozhodnutí Rady č. 2000/597/ES/Euratom a implementačnom nariadení¹⁴. Vlastné zdroje všeobecného rozpočtu EÚ subsumujú v sebe tradičné vlastné zdroje, ďalej zdroje založené na dani z pridanej hodnoty, a nakoniec zdroje založené na hrubom národnom produkte. Do skupiny tradičných vlastných zdrojov patria clá, poľnohospodárske platby či odvody z cukru. Aktuálne až 75 % vybratého cla sa odvádza do rozpočtu EÚ a členskému štátu, resp. SR ostáva kompenzačných 25%, ktoré v sebe pokrývajú náklady súvisiace s výberom cla. Podrobnejšie načrtneme uvedený dopad prostredníctvom grafického zobrazenia.

Graf č.1: Prehľad výberu cla v rokoch 2000-2009 v SR



Zdroj: Informácie a údaje z www.colnasprava.sk

Na základe uvedeného je zrejmé, že vstupom SR do EÚ klesol výber cla, pretože veľká časť tovaru sa v minulosti dovážala práve z členských štátov EÚ. Okrem uvedeného výšku cla pravdepodobne ovplyvnila aj možnosť preclenia tovaru z krajín, ktoré nie sú členom EÚ, v ktorejkoľvek členskej

¹⁴ Nariadenie Rady (ES, EURATOM) č. 1150/2000 z 22. 5. 2000, ktorým sa vykonáva rozhodnutie 94/728/ES, Euratom o systéme vlastných zdrojov spoločenstiev v znení nariadenia Rady (ES, EURATOM) č. 2028/2004.

krajine EÚ. Resp. aby sme to vysvetlili na príklade, ak privezie podnikateľ tovar z územia Čínskej ľudovej republiky, je na základe niektorých právnych predpisov irelevantné, či daný tovar tzv. "preclí" v Grécku alebo Španielsku. Okrem zníženia bezprostredného príjmu do verejných financií, inštitút cla nám znižuje aj chápanie jeho fiškálneho významu, vzhľadom na prednostné postavenie jeho ochranného postavenia. Pre porovnanie ukážeme v tabuľke č.1 aj odvod tradičných vlastných zdrojov od roku 2004 až do roku 2009.

Tabuľka č.1: Odvod tradičných vlastných zdrojov 2004-2009

Rok	2004	2005	2006	2007	2008	2009
TZV (25%) odvedené do ŠR SR (v mil.Sk)	254,6	473,9	664,5	664,5	1108,1	818,2
TZV (75%) odvedené do rozpočtu EÚ (v mil Sk)	764	1422	1993,7	1993,7	3324,3	2454,6

TZV = tradičné vlastné zdroje

Zdroj: Údaje z www.colnasprava.sk

V rámci obchodných vzťahov môžeme zanalyzovať ďalšie špecifikum, konkrétne nepredvídateľnosť. Právna úprava EÚ poskytuje subjektom získať relevantné informácie len v aktuálnom období. Avšak pri uzatváraní obchodných zmlúv a operácií je nevyhnutnosťou poznať hodnoty sadzieb, ako aj variabilné druhy opatrení. Z toho dôvodu sa stávajú obchodné vzťahy s tretími krajinami rizikovejšie a v neposlednom rade aj zložitejšie. V kombinácii s elektronickou povinnosťou podať colné vyhlásenie sa komplexne zvyšujú náklady a poplatky. Avšak so zavedením elektronizácie sa spájajú aj mnohé pozitívne prvky, ako napríklad zrýchlenie komunikácie urýchľuje samotný postup v rámci colného konania.

Pozitívne špecifiká právnej úpravy cla v EÚ by sme mohli rozdeliť podľa právneho, ekonomického a iného charakteru. Do prvej skupine patrí

napríklad odbúranie značného množstva colných konaní, alebo úprava ustanovení väčších limitov pre oslobodenie od dovozného cla, resp. prospech pre fyzické osoby, ktoré majú pri návrate z tretích krajín vo vzťahu k colnému konaniu výraznejšie colné úľavy, ako boli v minulosti. Do druhej skupiny sme zaradili vybrané ekonomické výhody, napríklad:

- zvyšovanie konkurencie vo všetkých sektoroch ekonomiky a to priamym spojením s výrobcami Európskej únie a s tým súvisiace zvyšovanie kvality, exportné možnosti, širší sortiment a väčšia ponuka,
- odstránenie obchodných prekážok medzi Slovenskou republikou a Európskou úniou má za následok rast objemu vzájomného obchodu,
- voľný pohyb tovaru ,
- s voľným pohybom služieb a kapitálu sa pre naše fyzické i právnické osoby vytvárajú nové podnikateľské príležitosti v priestore Európskej únie,
- vplyv zahraničného kapitálu pôsobí aj na sociálnu oblasť, zamestnanosť, vývoj obchodnej a platobnej bilancie, štrukturálne premeny v ekonomike, transfer techniky, technológie, know-how,
- zavedenie voľného pohybu osôb a pracovných síl uľahčilo slovenským občanom nielen cestovanie, ale rozšírilo aj pracovné možnosti,
- odpadli náklady na colné a pasové kontroly vrátane nákladov spojených s ochranou hraníc, čo vyplýva z podmienok stanovených pre spoločné colné územie.

Poznáme aj iné výhody vstupu SR do EÚ, ktoré majú charakter neekonomický. V rámci zahranično- politickej oblasti sa posilnila pozícia, ako aj dôveryhodnosť Slovenskej republiky. Zapojenie Slovenskej republiky do jednotného európskeho trhu v oblasti voľného pohybu osôb a pracovných síl prispieva k rozširovaniu vedecko-technických poznatkov EÚ a zosúladovaniu kvalifikácií, ako aj k zvýšeniu vzdelanostnej úrovne v SR a lepšiemu uplatneniu absolventov na trhu práce.

Špecifické postavenie mal aj samotný prístup k informáciám. Na jednej strane mala daný prístup zabezpečovať aplikácia systému TARIC, ktorý mal sprístupniť relevantným údaje a zjednodušiť prácu s legislatívou. Avšak jeho prvotný spôsob vyhľadávania bol prepojený medzi viacerými internetovými databázami a v prípade krátkodobého výpadku spojenia, nebolo možné nájsť potrebnú právnu úpravu. Medzi ďalšie negatívne prekážky patrila aj absencia kľúčových informácií či poskytnutie prekladov relevantných právnych dokumentov. Napriek tomu, že jazyk bol uznaným za úradný jazyk EÚ, neboli preložené právne dokumenty uverejnené v Úradnom vestníku. Rozsudkom Súdneho dvora z 11.decembra 2007 Skoma-Lux sro/Celní ředitelství Olomouc bol druhý problém vyriešený.

Predmetný prípad spočíval v spore medzi predajcom a dovozcom vína Skoma-Lux a Colným riaditeľstvom Olomouc. „Dňa 30. septembra 2004 jej colný úrad Olomouc uložil pokutu za porušenie colných predpisov, ktorého sa mala dopustiť opakovane. Skoma-Lux podala 16. marca 2005 proti tomuto rozhodnutiu žalobu o zrušenie na Krajský soud v Ostravě. Spoločnosti Skoma-Lux je vytykané, že sa dopustila colného deliktu tým, že uviedla nesprávne údaje týkajúce sa sadzobného zaradenia červeného vína Kagor VK. Colné riaditeľstvo sa domnieva, že táto spoločnosť porušila nielen určité ustanovenia českého colného zákona, ale aj práva Spoločenstva. Skoma-Lux zakladá svoju žalobu o zrušenie sčasti na neuplatniteľnosti nariadenia Spoločenstva na porušenia, ktoré sú jej vytykané, vrátane porušení, ku ktorým došlo po pristúpení Českej republiky k Únii, keďže ustanovenia práva Spoločenstva, ktoré colné úrady uplatnili, neboli ku dňom, kedy k sporným úkonom došlo, uverejnené v českom jazyku. Colné riaditeľstvo tvrdí, že české ministerstvo financií uverejnilo českú verziu relevantných colných predpisov v elektronickej forme, že Skoma-Lux sa mohla s týmito predpismi oboznámiť u colných zložiek.“ Výrok rozsudku Súdneho dvora skonštatoval, že nariadenie Spoločenstva neuverejnené v jazyku členského štátu nie je použiteľné voči jednotlivcom v tomto štáte. Na základe uvedeného je zamedzené ukládanie povinností jednotlivcom obsiahnuté v právnej úprave Spoločenstva (teraz už v práve EÚ), ktorá nebola uverejnená v Úradnom vestníku EÚ v jazyku aj nového členského štátu, aj napriek tomu, že by sa mohli uvedené osoby oboznámiť s právnou úpravou iným spôsobom. Výklad práva Spoločenstva spôsobil v praxi dôsledky, kedy colné orgány nemohli uložiť pokutu konkrétnemu dovozcom za porušenie povinností ustanovených vo vykonávacom nariadení.

V kontexte právnej úpravy cla EÚ, ale aj jednotnej úpravy colného konania, považujeme za nedostatok subsidiárne používanie všeobecnej právnej úpravy, konkrétne zákona č.71/1967 Zb. o správnom konaní. Colná problematika ako komplex a teda aj colné konanie sú špecifickým konaním, ktoré sa zaoberá výberom platby za zákonom stanovených podmienok. Niektorí autori prezentujú názor, že ide o osobitný druh správneho konania. Napríklad vo veciach dovymerania colného dlhu je colný orgán povinný postupovať podľa zákona o správnom konaní. V praxi sa však aplikáciou uvedeného všeobecného právneho predpisu predlžuje celý proces a v niektorých prípadoch dochádza dosiahnutiu premlčacej lehoty. Vidíme to aj pri aplikácii inštitútu správneho súdnictva, kedy je rozhodnutie colného orgánu hodnotené z pohľadu zásad správneho konania bez ohľadu na špecifikum prípadu a samotného konania. Na základe uvedeného si myslíme, že by bolo vhodné upraviť komplexne problematiku cla a colného konania len výlučne v colnom práve, resp. colných právnych predpisoch.

Záver

Dynamika a rozvoj zahraničného obchodu vyvíjajú neustály tlak na zvyšovanie úrovne uplatňovania systému cla, čím prinášajú stále nové výzvy a poznatky v podobe efektívnejších riešení, postupov a inštitútov dotýkajúcich sa cla. Aj z toho dôvodu by sme v závere prešli k dvom významným perspektívnym míľnikom. Výrazný vplyv práva EÚ nezasiahol len inštitút cla a colného konania ako takého, ale aj personálnu i organizačnú štruktúru colných orgánov. Rovnomerným spôsobom sa rozdelila zaťaženosť na jednotlivých pracoviskách. Napriek uvedenému sa charakter cla a jeho podmienky menia v závislosti od ekonomickej, hospodárskej i spoločenskej situácie. S tým súvisí aj potreba zdokonaľovania informačných technológií, systémov, ako aj zavádzanie nových postupov zjednodušeného colného konania. V súvislosti so značnou elektronizáciou bol navrhnutý systém analýzy rizík, ktorého potreba z hľadiska neosobného kontaktu má opodstatnenie. Primárne vznikla z dôvodu nemožnosti zvládnuť realizovať overovanie a fyzické prehliadky všetkým tovarom, na ktoré boli podané elektronické colné vyhlásenia. Cieľom uvedeného systému je odhaliť možných páchatel'ov, resp. podozrivé osoby, rizikové zásielky či obchodné transakcie a zefektívniť priebeh colného konania. Musíme si však uvedomiť, že základné informácie o podozrivých, o modus operandi zadáva do systému ľudský faktor, resp. colník. V prípade personálnej reorganizácie budú jednotliví úradníci funkčne dislokovaní, budú mať množstvo povinností a tým pádom by mohol nastať stav zníženia počtu colných kontrol. Nadväzujúc na kombináciu uvedených aspektov by sa zvýšil počet neodhalených prípadov a taktiež sa zníži informačný tok o nezákonných aktivitách, ktoré sú nevyhnutné pre formovanie rizikového profilu. Ak by boli zvýšené počty neodhalených prípadov, zvýšil by sa počet únikov na dovozných clách. Okrem uvedeného práve SR je krajinou, ktorej hranica oddeľuje EÚ a Ukrajinu. Avšak celkovo musíme chápať uvedený náčrt ako eventuálne hypotetické vyvrcholenie krízovej situácie.

Druhou perspektívou budúcnosti je program UNITAS, ktorý si dalo Ministerstvo financií SR ako vlastný realizačný zámer. Jeho primárnym cieľom je zjednotiť výber daní, cla a poistných odvodov. Výrazným a doposiaľ nedoriešeným problémom je potreba zmeny kompetencií a organizačnej štruktúry dotknutých orgánov, pričom musíme poznamenať, že rozdielnosť medzi jednotlivými pracovníkmi je aj v pracovnom, resp. služobnom pomere. Komplexne však akákoľvek reforma či reorganizácia bude mať priamy dopad na uplatňovanie, realizáciu a vymožitelnosť právnej úpravy cla v EÚ.

Vstup SR do EÚ posunul oblasť colnej problematiky na kvalitatívne inú úroveň a ako sme v krátkosti naznačili, prejavilo sa to vo viacerých relevantných aspektoch. Z pohľadu právnej teórie i praktického výkonu clo predstavuje jednotne nástroj ochrany ekonomických a hospodárskych

záujmov EÚ. Avšak aby ekonomický inštitút mohol fungovať v praxi, je nevyhnutné pochopiť jeho východiskové aspekty, význam a len právna úprava práve v oblasti finančného práva ho dokáže implikovať do reálneho života. Práve na uvedenú skutočnosť často zabúdajú najmä odborníci z ekonomickej teórie. Všeobecne však platí, že právne odvetvie finančného práva by nemohlo existovať ako také bez ekonómie a význam ekonómie by sa strácal, bez právnej aplikácie jej jednotlivých inštitútov.

V nadväznosti na uvedené clo subsumuje v sebe aj nadnárodný prvok a z uvedeného dôvodu ho upravuje právo EÚ, a to s priamym právnym účinkom. Jedným z najšpecifickejších aspektov je už spomínaný značný nárast právnych predpisov najmä na nadnárodnej úrovni, ktoré vzbudzujú nielen rešpekt, ale aj problémovosť v ich orientácií. Navrhované riešenie by sme orientovali do už overeného stavu zakomponovania buď všetkých inštitútov do jedného právneho dokumentu alebo podrobne analyzovať špeciálne inštitúty len v jednom právnom predpise, resp. dokumente, ako napríklad antidumpingové clo či oslobodenie od cla. Prvý návrh by bol nielen náročnejší na zosúladenie už existujúcej právnej úpravy, ale považujeme ho za menej reálny v aktuálnom hospodárskom stave. Druhý variant môžeme prezentovať ako reálny. Okrem uvedeného by ho bolo možné doplniť aj o jednotnú právnu úpravu, kde by boli komplexne definovaný účastníci colného konania, ich práva a povinnosti, samotný priebeh konania, opatrenia a alternatívy rozhodnutí. V podstate by išlo o všeobecný, resp. generálny právny predpis.

Ak by sme vývojovo zhodnotili jednotlivé inštitúty colnej politiky, jej základná terminológia, do ktorej patrí napríklad colná hodnota, pôvod tovaru, jeho zatriedenie, či colné režimy, môžeme zhodnotiť, že ich obsahový význam sa v zásade nemení. Perspektívna transformácia je orientovaná najmä do technickej kategórie, resp. rozvoj elektronickej komunikácie a informačných technológií. Ich kompatibilitu si vyžaduje vzájomná výmena relevantných informácií, pričom primárne je orientovaná na zosúladenie a zjednotenie postupu dotknutých orgánov pri realizácii jednotlivých ochranných opatrení. Podstatný význam rozvoju informačných technológií so zameraním na informačné systémy sa odráža v návrhoch de lege ferenda, pričom sa predpokladá absolútne odbúranie dokladov v papierovej forme v colnom a obchodnom prostredí.

Na základe uvedeného je nevyhnutné rozvíjanie základných princípov colnej politiky EÚ a jej pozitívne napredovanie s reflektovaním na nové podnety.

Literature:

- BALKO, L., KRÁLIK, J. et al. Finančné právo II. časť. Bratislava : Právnická fakulta UK, 2005. 360 s. ISBN 80-7160-199-3.

- BAKEŠ, M. et al. Československé finanční právo. Praha : Vydavatelství Panoráma, 1979. s. 307.
- BRODESSER, S. et al. Celnictví v Československu, minulost a přítomnost. Praha : Naše vojsko, 1982. 360 s.
- GRÚŇ, L. Dejiny daní, poplatkov a cla. Bratislava : HOLOPRINT, s.r.o., 2000. 156 s. ISBN 80-967243-2-0.
- KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D., ŠMÁTRALA, M. Abeceda finančného práva. Bratislava : VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2005. 282 s. ISBN 80-224-0851-4.
- MAINUŠ, F., JANÁK, J., HORVÁTH, V. Historie celnictví v ČSSR. Praha : Naše vojsko, 1977. 235 s.
- MATOUŠEK, P., SABELOVÁ, L. Clo. Praha : ASPI, a.s., 2007. 496 s. ISBN 978-80-7357-263-1.
- PAVLOVIČ, P. Právna úprava cla po vstupe SR do EÚ. Rigorózná práca. Akadémia Policajného zboru v Bratislave. 2010. S autorom, jako odborníkom z praxe, boli realizované riadené rozhovory na predmetnú problematiku.
- ŠTEPÁN K.: Celní politika v mezinárodním obchodu. Praha. SNTL 1963
- Zmluva o pristúpení Slovenskej republiky k Európskej únii (uverejnená oznámením Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky v Zbierke zákonov SR pod číslom 185/2004 Z. z..
- Zákon č. 199/2004 Z. z. z 10. marca 2004 Colný zákon a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
- Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 z 23. apríla 2008, ktorým sa ustanovuje Colný kódex Spoločenstva (modernizovaný Colný kódex)

Contact – email

jana.simonova@minv.sk

DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES

EVA ŠULCOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Účelem evropské směrnice s názvem Deposit Guarantee Schemes je zajistit fungování systému ochrany vkladatelů v případě potíží bankovní instituce v rámci všech členských států. V roce 2009 došlo k novelizaci směrnice, která představuje další kroky ke sjednocení systémů pojištění vkladů v Evropě. Cílem příspěvku je nastínit odlišnosti v systémech pojištění v evropských státech se zaměřením na vývoj směrnice Deposit Guarantee Schemes a jejího harmonizačního vlivu zejména v ohlase na ekonomickou krizi.

Key words in original language

Pojištění vkladů; banky; harmonizace; ekonomická krize.

Abstract

The aim of the European directive on Deposit Guarantee Schemes is to ensure that all Member States have in place a safety system for depositors if banks should fail. The DGS established under the Directive protect depositors and help to maintain the stability of the banking system. In 2009, amendment to the Directive was adopted which was important step towards unification of depositors protection in the Europe. This text provides summary of differences in deposit guarantee schemes within European countries and focuses on the development of the Deposit Guarantee Schemes as an instrument of harmonization especially in response to financial crisis.

Key words

Deposit guarantee schemes; banks; harmonization; financial crisis.

1. POJIŠTĚNÍ VKLADŮ – OBECNĚ, VÝZNAM, CÍLE

Systém pojištění vkladů je jedním z nástrojů zajišťujících stabilitu finančního systému jako celku. Jeho cílem je eliminovat negativní dopady nepříznivé aktuální situace finančních institucí působících v rámci ekonomické systému, a to formou zajištění garance uhrazení peněžní částky jednotlivým vkladatelům pro případ, kdy dojde ke bankrotu finanční instituce.

Lze vymezit dvě základní funkce takového systému pojištění:

- a. preventivně působí proti vzniku situace tzv. „běhu na banku“ – tedy zabraňuje hromadným peněžním výběrům vkladatelů, kteří se v reakci na zprávy či pouhé náznaky o nepříznivé situaci

finanční instituce snaží o záchranu svých úspor. Všeobecně se předpokládá, že fungující systém pojištění vkladů střadatele uklidní a negativní zprávy nevyvolají zbytečný výběr vkladů.

- b. Sanační funkce pro vkladatele – v případě krachu finanční instituce nedojde k finančním ztrátám u samotných vkladatelů, kteří mají jistotu návratu vložené částky.

Systém pojištění vkladů byl uplatňován postupně v jednotlivých státech (v České republice konkrétně od roku 1994), později se stal předmětem zájmu Evropské unie, která usiluje o harmonizaci pojištěné vkladů v rámci vytvoření jednotného finančního trhu.

2. POJIŠTĚNÍ VKLADŮ V ČR

2.1 VÝVOJ POJIŠTĚNÍ V ČR

Aktuálně se pojištění vkladů v České republice vztahuje na veškeré vklady fyzických i právnických osob (včetně úroků), vedené u pojištěných finančních institucí¹ v české i cizí měně. Jedná se především o kreditní zůstatky na účtech běžných, účtech termínovaných i spořicíh, stejně tak i zůstatků na vkladních knížkách, dále pohledávky potvrzené vkladovým certifikátem, vkladním listem či jiným obdobným dokumentem. Pojištěny nejsou pohledávky z vkladů bank, finančních institucí, zdravotních pojišťoven a státních fondů (zde se předpokládá, že tyto subjekty není třeba chránit prostřednictvím systému pojištění vkladů). Pohledávky v rozsahu, který přesahuje zákonem stanovený limit, může pak oprávněná osoba (vkladatel) uplatnit vůči bance v insolvenčním řízení.

Samotná právní úprava pojištění bank je obsažena v zákoně o bankách č. 21/1992 Sb., část třináctá; pojištění vkladů u družstevní záložny pak v zákoně č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech.

Pojištění vkladů pro banky bylo zavedeno prostřednictvím zákona č. 156/1994 Sb. Cílem vytvoření systému pojištění bylo stabilizovat tehdejší bankovní trh, který trpěl ztrátou důvěry vzhledem k množícím se problémům bank². Došlo ke zřízení Fondu pojištění vkladů (dále jen "Fond"), který zabezpečuje garanci a výplatu náhrad klientům postiženým zánikem banky. Činnost začal Fond vykonávat fakticky od 1. ledna 1995.

¹ Jedná se banky, spořitelni a úvěrní družstva a stavební spořitelny se sídlem v České republice. Na pojištění poboček zahraničních bank se sídlem v zahraničí se vztahuje pojištění vkladů v zemi sídla mateřské společnosti a nejsou povinny se účastnit českého pojištění. Mohou se ho však účastnit dobrovolně formou připojištění.

² "Bankou" je dále v textu myšlena kromě banky ve smyslu § 1 odst. 1 zákona o bankách též družstevní záložna a také pobočka zahraniční banky, není-li z kontextu zřejmé, že se jedná pouze o banku.

Na bankovním trhu v té době působilo velké množství bank, vzhledem k nedokonalosti zákonů a malé zkušenosti v této oblasti však docházelo k mnoha problémům v jejich činnosti. Od doby svého vzniku tak Fond zajišťoval výplatu náhrad u 12 zaniklých bank (poslední bankou byla v roce 2003 Union banka a.s.) a celkem asi 300.000 klientů.

Samotné pojištění doznalo od svého vzniku také velký počet změn. K pojištění byly v roce 1995³ zahrnuty stavební spořitelny, později také spořitelni a úvěrní družstva. Všechny družstevní záložny jsou tedy také povinny účastnit se systému pojištění pohledávek z vkladů podle části třinácté zákona o bankách (ustanovení zákona o bankách, která upravují práva a povinnosti bank vyplývající z účasti v systému pojištění pohledávek z vkladů, se dle zákona o spořitelních a úvěrních družstvech vztahují na družstevní záložny obdobně). Podmínky pro výši náhrad klientů stavebních spořitelen jsou shodné jako u bank, rozdíl je ve způsobu výpočtu a výši příspěvku odváděných Fondu stavebními spořitelny.

V samotném počátku zavedení systému pojištění u nás byly pojištěny vklady pouze fyzických osob, a to pouze vklady vedené v českých korunách. Limitem pro výplatu byla náhrada ve výši 80 % z celkové hodnoty pojištěného vkladu pro jednoho vkladatele u jedné banky, nejvýše však do částky 100.000 Kč.

Zákonem č. 16/1998 Sb., byl s účinností od 6. února 1998 navýšen maximální limit pro výplatu náhrad klientů banka stavebních spořitelen na částku 300.000 Kč na jednoho vkladatele u jedné banky.

Převratné změny přinesla novela zákona o bankách č. 165/1998 Sb., s účinností od 1. září 1998. Novelou došlo k rozšíření pojištění i na vklady fyzických osob – podnikatelů a také vklady právnických osob. Znovu byl navýšen maximální limit náhrad na částku 400.000 Kč pro jednoho vkladatele u jedné banky, procentuální výše byla zvýšena na 90% hodnoty pojištěných vkladů.

Další významnou změnou v pojištění pak bylo v roce 2001 přijetí novely zákona o bankách (č. 319/2001 Sb.). Bylo tak zavedeno pojištění i na vklady vedené v zahraničních měnách a určení limitu bylo od účinnosti této novely již vyjadřováno v eurech – maximální výše limitu pro jednoho vkladatele u jedné banky byla stanovena na 25.000 EUR se zachování spoluúčasti vkladatelů, tedy odškodnění klientů mohlo být uplatněno stále pouze do limitu 90% z hodnoty pojištěného vkladu – korunového či devizového. Nově byla změněna i terminologie, pojem „pojištění vkladů“ bylo nahrazeno pojmem „pojištění pohledávek z vkladů“.

³ Zákon č. 83/1995 Sb., s účinností od 1. července 1995.

V reakci na události ekonomické krize bylo v České republice v roce 2008 rozhodnuto o navýšení částky limitu náhrady až na 50.000 EU (resp. jeho ekvivalent v českých korunách) a zároveň byla zrušena spoluúčast klientů, tedy vklady byly do výše limitu garantovány ve výši 100%. Stalo se tak prostřednictvím novely zákona o bankách č. 433/2008 Sb., s účinností od 15. prosince 2008. Tato opatření měla vést ke stabilizaci finančního systému a uklidnění veřejnosti. V této době, rozbouřené mnoha nečekanými ekonomickými událostmi a zvraty, většina evropských států měla systém pojištění nastaven daleko přísněji – některé státy se dokonce zaručily za veškeré vklady klientů bez omezení (Dánsko, Německo, Slovensko, Rakousko, Portugalsko), některé státy již v tehdy zajišťovaly částky ve výši 100.000 EUR. Částka 50.000 EUR korespondovala s původním doporučením ze strany Evropské unie, nicméně během několika málo dnů po rozhodnutí českých zákonodárců o navýšení pojištění bylo jasné, že Českou republiku opět během krátké doby čeká změna dle požadavků EU a to zvýšení částky garance na 100.000 EUR, včetně mnoha dalších změn ve prospěch klientů. To vše na základě novely evropské směrnice k systému pojištění vkladů, jejíž finální podoba byla přijata v roce 2009.

2.2 AKTUÁLNÍ ZMĚNY V POJIŠTĚNÍ

Novela směrnice byla do českého právního řádu implementována prostřednictvím zákona č. 156/2010 Sb. Přijetí zákona probíhalo ve zrychleném procesu, kdy Poslanecká sněmovna přijala návrh zákona již v prvním čtení. Některá ustanovení zákona budou účinná až od 31. prosince 2010 (navýšení limitu, zkrácení lhůt), naopak některá ustanovení (způsob a výpočet příspěvků) nabyly účinnost již 5. června 2010 (tj. 15. dnem po dni vyhlášení zákona).

Ke změnám dochází u stanovení příspěvků placených pojištěnými institucemi Fondu. Nově se budou tyto příspěvky platit čtvrtletně, a to u bank a spořitelních a úvěrních družstev ve výši 0,04 % z průměru objemu pojištěných pohledávek z vkladů za předchozí kalendářní čtvrtletí, u stavebních spořitelen ve výši 0,02 % z průměru objemu pojištěných pohledávek z vkladů za příslušné kalendářní čtvrtletí.

Odvádění příspěvků úvěrovými institucemi do Fondu by mělo být stanoveno s ohledem na celkový objem finančních prostředků, který Fond nashromáždí za období, v němž nedojde k výplatám náhrad. Z tohoto důvodu se zákonem zavádí tzv. udržovací výše příspěvků placených úvěrovými institucemi, která bude aplikována poté, kdy Fond vydá oznámení o tom, že objem prostředků, jež má k dispozici na výplatu náhrad z pojištěných vkladů, dosahuje 1,5 % celkového objemu pojištěných vkladů. Pokud dojde k poklesu objemu prostředků ve Fondu pod tuto hranici, vydá o tom Fond opět oznámení a příspěvky se budou platit v základní výši, tj. čtvrtletně 0,04 % v případě bank a družstevních záložen a 0,02 % v případě stavebních spořitelen. Hranice 1,5 % byla stanovena s přihlédnutím ke struktuře českého bankovního sektoru i ke zkušenostem ze zahraničí.

Zákon stanovil významné měny v relevantních lhůtách při procesu výplaty náhrad, v souladu s evropskou směrnicí (viz níže) – s účinností stanovenou od 31. prosince 2010. Úvěrové instituce i samotný Fond tak museli přistoupit k zavedení nových systémů, včetně zcela nového software pro Fond, aby proces mohl probíhat podle nových pravidel. K zajištění rychlejší výplaty je úvěrovým institucím uloženo, aby vedly a předávaly Fondu evidenci údajů týkajících se pojištěných pohledávek z vkladů, přičemž forma, struktura a způsob vedení a předávání těchto údajů jsou vymezeny v prováděcím právním předpise, jímž je vyhláška Ministerstva financí. Obdobně je nově uložena povinnost vést a předávat tyto údaje i platebním institucím, poskytovatelům platebních služeb malého rozsahu a obchodníkům s cennými papíry.

Dochází k zachování možnosti tzv. ex-post financování (poté kdy jsou Fondu pojištění vkladů poskytnuty finanční prostředky v jiné formě než v podobě příspěvků), nově je k možnostem úvěru a návratné finanční výpomoci doplněna možnost dotace ze státního rozpočtu.

Nově je stanovena možnost pro vládu přijmout nařízení, kterým by se upravovala částka limitu pro výplatu náhrad. Nařízení vlády by tak bylo vydáno v případě, kdy by byla na evropské úrovni přijata směrnice k úpravě částky výše náhrad, nikoliv však, pokud by bylo vydáno nařízení Evropské komise, neboť se jedná o přímo použitelný předpis práva Evropských společenství. Takové řešení umožní reagovat na změny provedené na evropské úrovni v podmínkách českého legislativního procesu mnohem pružněji a efektivněji, než kdyby měl být za tímto účelem přijat zákon. Vládě je však přiznáno pouze oprávnění částku upravující výši náhrad zvýšit. Pokud by Komise přijala směrnici, která by výši náhrad snížila, bylo by nutné tuto změnu provést novelou zákona o bankách.

Zákon o spořitelních a úvěrních družstvech je změnovým zákonem rovněž dotčen, dochází ke zpřesnění jeho § 14.

3. HARMONIZACE NA EVROPSKÉ ÚROVNI

Rozdílnost v úpravách systémů pojištění vkladů jednoznačně představuje překážku pro vytvoření jednotného vnitřního trhu. Z tohoto důvodu přijala Evropská unie kroky ke sjednocení regulace pojištění.

Prvním harmonizačním počinem bylo přijetí směrnice č. 94/19/ES o systémech pojištění vkladů. Směrnice byla založena na principu minimální harmonizace a měla zajistit minimální úroveň ochrany pro veškeré vklady v EU, stejně tak i jednotnou úroveň ochrany všech vkladatelů bez ohledu na to, že se nacházejí v jiném státě, než ve kterém má úvěrová instituce sídlo.

Stále však byla zachována možnost, aby si státy ve vlastní režii vytvořily vlastní vyšší úroveň ochrany vkladů. Tento rozdíl však při volném poskytování služeb v jiných členských státech zákonitě narušuje podmínky

hospodářské soutěže mezi domácími institucemi a institucemi z jiných členských států. Z tohoto důvodu bylo ponechána možnost poboček zahraničních bank připojit se k systémům pojištění vkladů v zemi, kde nabízely své služby, a vyrovnat se tak v garanci vkladů domácím institucím.

Směrnice požaduje, aby členské státy zavedly systém (nebo i více systémů) pojištění vkladů, Směrnice stanovuje pouze základní kritéria pojištění (nikoli například způsob financování a uspořádání systému), vymezuje které vklady musejí být jsou chráněny pojištěním (státy si mohou stanovit některé výjimky, kdy se pojištění vkladů neaplikuje) a stavuje minimální částku limitu náhrad. Tu bylo možné omezit pomocí tzv. spoluúčasti. Maximální výše spoluúčasti byla směrnicí upravena na 10% objemu všech vkladů, pokud částky náhrady nedosáhne částky maximální.

4. NOVELA EVROPSKÉ SMĚRNICE

V době ekonomické krize bylo více než nutné učinit kroky k zachování (spíše možná přímo obnovení) důvěry veřejnosti v bankovní a úvěrové instituce. Evropská unie vypracovala několik zpráv a analýz, které měly odhalit příčiny vzniku problému a zabránit jejich vzniku v budoucnu. Součástí celkové reakce na krizi byla i opatření týkající se garancí pro vkladatele a klienty úvěrových institucí. Mnoho států podnikalo tato opatření ze své vlastní vůle, neboť potřeba předejít panickým hromadným výběrům peněz veřejnosti byla alarmující. Nicméně právě odlišné podmínky pojištění v jednotlivých členských státech opět žádaly jednotné narovnání ze strany Evropské unie k zachování stability a vytvoření fungujícího jednotného trhu. Pravidla pro pojištění vkladů se vztahují na celé území Evropského hospodářského prostoru.

Revize směrnice probíhala již v roce 2008, v souvislosti s průběhem ekonomické krize byla přípravné práce na novele urychleny a přizpůsobeny aktuálnímu vývoji a požadavkům (například požadavky a závěry ECOFIN ze dne 7. října 2008). Obecně byly identifikovány tři oblasti pro novelizaci: zvýšení maximální úrovně pojištění, zkrácení lhůty k výplatě a zrušení spoluúčasti vkladatelů.

Po mnoha debatách a jednáních byla přijata Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/14/ES ze dne 11. března 2009, kterou se mění směrnice 94/19/ES o systémech pojištění vkladů. Z důvodu krize na finančních trzích, tlaku evropských institucí a naléhavosti urychleně řešit obnovu důvěry v bankovní systémy nebylo provedeno při přípravě Směrnice posouzení dopadů ani veřejná konzultace. Novela je stejně jako samotná směrnice o systémech pojištění vkladů v režimu minimální harmonizace. Jediným ustanovením v režimu maximální harmonizace je její v průběhu přípravy přidáný odstavce o navýšení maximální výše pojištění z 50.000 EUR na 100.000 EUR.

Dosavadní úprava umožňovala členským státům udržovat odlišnou výši pojištění vkladů, což způsobovalo problémy a hrozily například hromadné výběry vkladatelů a přesuny vkladů do bank ze zahraničí nabízejících vyšší pojištění (reálně se tak stalo například u britských bank, kde docházelo k přesunům peněz do bank irských s neomezenou garancí náhrad).

Mezi nejvýznamnější změny, které Směrnice přináší, patří:

- zvýšení minimální úrovně pojištění na 50.000 eur nejpozději od 30.6.2009,
- harmonizace úrovně pojištění ve výši 100.000 eur nejpozději od 31.12.2010,
- odstranění spoluúčasti vkladatelů na nesené ztrátě,
- nová povinnost přeshraniční spolupráce systémů pojištění vkladů,
- zkrácení lhůty pro rozhodnutí příslušného orgánu⁴ o neschopnosti banky splácet své závazky na 5 pracovních dní – podle předchozí úpravy činila tato lhůta 21 dní,
- zkrácení lhůty pro výplatu náhrad ze systému pojištění vkladů na 20 pracovních dní (ve výjimečných případech na 30 pracovních dní) – podle předchozí úpravy činila tato lhůta 3 měsíce, za určitých okolností dokonce až 9 měsíců, což bylo zhodnoceno jako nepřiměřeně dlouhá doba,
- zavedení povinnosti systémů pojištění vkladů provádět pravidelné ověřování funkčnosti mechanismu vyplácení a
- zlepšení spolupráce příslušného orgánu dohledu a systému pojištění vkladů – například předběžná informace orgánu dohledu o hrozícím nebezpečí nemožnosti banky splatit vklady.

Novela obsahuje dvě transpoziční lhůty. První část opatření měla transpoziční lhůtu do 30. června 2009; šlo o navýšení limitu na 50.000 EUR a odstranění tzv. spoluúčasti vkladatelů. Česká republika tyto požadavky implementovala již v prosinci 2008, a to jako okamžité opatření v reakci k závěrům Rady Evropské unie.

K 31. prosinci 2010 pak musí být v členských státech implementováno další navýšení maximální částky na 100.000 EUR. Tato částka by měla plně

⁴ V České republice je tímto orgánem Česká národní banka.

pokryt celkem asi 90% všech vkladů. Částka, do jejíž výše jsou pohledávky z vkladů u poboček zahraničním bank celkově pojištěny, včetně připojištění, nesmí přesahovat částku odpovídající 100.000 EUR.

Dle nového čl. 7 odst. 7 směrnice 94/19/ES je Evropská Komise oprávněna upravit vlastním prováděcím opatřením částky výše náhrad za pojištěné pohledávky z vkladů, a to v závislosti na změnách v harmonizovaném indexu spotřebitelských cen, jež zveřejňuje.

5. PLÁNY EU DO BUDOUCNA

Již ve směrnici 2009/14/ES jsou naznačeny úvahy evropských orgánů týkající se pojištění vkladů v členských státech. Evropské Komisi byla uložena povinnost k vypracování zprávy k přezkumu směrnice 94/19/ES, ve které bylo uloženo vyhodnotit mj. přínosech a nákladech zavedení jednotného evropského systému pojištění vkladů, harmonizaci rozsahu působnosti na produkty a vkladatele nebo přínosy možných modelů určování příspěvků odvozených od míry podstupovaného rizika. Tato zpráva byla vydána Komisí dne 12.7.2010.

Zpráva mimo jiné posuzuje vhodnost zavedeného jednotného limitu pro garanci ve výši 100.000 EUR. Hodnotí jej jako optimální a úvahy o jakémkoli snížení odmítá argumentací o psychologických dopadech snížení na vkladatele.

V otázce sjednocení systémů pro všechny státy není dosud jasno, která koncepce by měla být zvolena. Zda by měl být zaveden kompletně sjednocený systém pro všechny státy, či pouze jakási nadstavba nad dosud fungujícími systémy (v EU v současné době existuje asi 40 různých systémů). Z hlediska nákladů by byl patrně nejefektivnější jediný systém pro celou EU, nicméně tato cesta představuje množství právních i jiných otázek, které by bylo třeba vyřešit. Podobnější analýza řešení byla odložena na pozdější dobu.

Jako nejvíce pravděpodobný krokem v budoucí harmonizaci pojištění vkladů se jeví ponechání existujících systémů a prohloubení jejich spolupráce ve formě sdílení informací a také zejména ve formě možného čerpání finančních prostředků od ostatních systémů.

Literature:

- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 21/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, o bankách. Sněmovní tisk č. 638/0.

- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, a další související zákony. Sněmovní tisk č. 1018/0.
- Fond pojištění vkladů [online]. Změněno 10. 11. 2010 [cit. 2010-11-10]. Dostupné z: <<http://www.fpv.cz/>>.
- European Commission: Deposit Guarantee Schemes [online]. Změněno 17. 08.2010 [cit. 2010-11-10]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/internal_market/bank/guarantee/index_en.htm>.

Contact – email

eva.sulcova@seznam.cz

ČLENSTVO V EÚ A VPLYV NA ROZPOČET VEREJNEJ SPRÁVY, PRÁVNA PODSTATA ŠTÁTNEHO ROZPOČTU, JEHO POSTAVENIE V ROZPOČTOVEJ A FISKÁLNEJ SÚSTAVE ŠTÁTU

MARTINA KUZMOVÁ

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

N/A

Štátny rozpočet je pojem, ktorý si laická verejnosť najčastejšie spája s pojmom verejné financie. Štátny rozpočet je jedným z verejných rozpočtov a možno povedať, že je jedným z článkov verejných financií, tieto pojmy však nemožno stotožňovať, pozrime sa bližšie na právnu podstatu štátneho rozpočtu a jeho postavenie v právnom poriadku Slovenskej republiky.

Štátny rozpočet možno charakterizovať a skúmať z hľadiska jeho ekonomickej a právnej podstaty. V tomto príspevku sa budeme zaoberať právnou podstatou štátneho rozpočtu, miestom v právnom poriadku Slovenskej republiky a postavením v sústave verejných financií pri súčasnej právnej konštrukcii, charakteristikou a vymedzením v odbornej literatúre. Ešte predtým však pre lepšie pochopenie spomeňme aspoň niekoľko znakov, ktoré charakterizujú štátny rozpočet ako ekonomický nástroj.

Podľa zákona o rozpočtových pravidlách verejnej správy je štátny rozpočet jednou zo zložiek rozpočtu verejnej správy. Rozpočet verejnej správy je definovaný ako strednodobý ekonomický nástroj finančnej politiky štátu.¹ Z tejto definície možno vyvodiť, že štátny rozpočet možno taktiež charakterizovať ako ekonomický nástroj finančnej politiky štátu. Rozpočet verejnej správy podľa zákona o rozpočtových pravidlách verejnej správy tvoria:

¹ Zákon č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov, pričom podľa § 3 ods. 4 sa tento zákon vzťahuje na subjekty verejnej správy, ktorými sú obce, vyššie územné celky a nimi zriadené rozpočtové organizácie a príspevkové organizácie, ak osobitný zákon neustanovuje inak.

štátny rozpočet na príslušný rozpočtový rok a súhrn rozpočtov ostatných subjektov verejnej správy na príslušný rozpočtový rok,

štátny rozpočet na rok nasledujúci po príslušnom rozpočtovom roku a súhrn rozpočtov ostatných subjektov verejnej správy na rok nasledujúci po príslušnom rozpočtovom roku,

štátny rozpočet na rok nasledujúci po roku, na ktorý sa zostavil štátny rozpočet podľa predchádzajúceho bodu, a súhrn rozpočtov ostatných subjektov verejnej správy na rok nasledujúci po roku, na ktorý sa zostavili rozpočty podľa predchádzajúceho bodu.

Štátny rozpočet, ako vyplýva z vyššie uvedeného, je ekonomickým nástrojom hospodárenia štátu a taktiež hlavným politickým nástrojom. V ekonomickej odbornej literatúre predstavuje štátny rozpočet sústavu peňažných vzťahov. Majú sa tým na zreteli všetky vzťahy a všetky finančné operácie, ktoré sa uskutočňujú v procese sústredovania a prerozdelenia verejných prostriedkov, pričom tieto vzťahy a operácie majú nenávratný charakter. Nenávratný charakter, resp. neekvivalentnosť operácií nemožno chápať v absolútnom slova zmysle, jedná sa len o nenávratný charakter z toho hľadiska, že subjekty ktoré odvádzajú platby do štátneho rozpočtu nemajú automaticky nárok na protiplnenie v podobe vrátenia alebo poskytnutia peňažných prostriedkov. V tomto prípade sa jedná o finančnú nenávratnosť, z hľadiska národohospodárskeho sú nenávratné iba niektoré vzťahy a operácie, protiplnením v tomto prípade je zabezpečovanie funkcií a chodu štátu. Štát musí zabezpečiť riadny chod všetkých orgánov, musí zabezpečiť splnenie všetkých úloh, ktoré sú nevyhnutné v záujme bezpečnosti obyvateľov a riadneho chodu všetkých inštitúcií. Táto skutočnosť je zvýraznená aj v definícii štátneho rozpočtu, keď zákon výslovne ustanovuje, že na základe štátneho rozpočtu sa zabezpečuje financovanie hlavných funkcií štátu v príslušnom rozpočtovom roku.²

Štátny rozpočet je dokumentom o verejných financiách. Má formu bilancie, v ktorej sa sledujú príjmy a výdavky a z pohľadu obsahu je centralizovaným peňažným fondom na území daného štátu. Plní funkcie peňažného fondu, peňažnej bilancie, finančného plánu a je aj nástrojom verejnej, resp. štátnej politiky. Zároveň je nástrojom na realizáciu alokačnej, redistribučnej a stabilizačnej funkcie štátu.³

Na zvýraznenie ekonomickej podstaty štátneho rozpočtu je potrebné si všimnúť, že najvýraznejším spôsobom stav štátneho rozpočtu a jeho príjmy

2 Pozri § 6 zákona č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

3 Mitaľová, J.- Molitoris, P.: Právno-ekonomické aspekty rozpočtov vo verejnej správe. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Košice, 2006.

a výdavky ovplyvňujú samotné politické rozhodnutia, zásahy štátu do ekonomiky prostredníctvom štátneho rozpočtu, množstvo verejných prostriedkov prostredníctvom ktorých je dotovaný verejný sektor a tvorba fondov, samotná politická, kultúrna a hospodárska situácia a stav ekonomiky v danej krajine, a spôsob akým sú miestne rozpočty zapojené na štátny rozpočet.

Prof. Babčák poznamenáva, že v tomto ekonomickom chápaní možno štátny rozpočet považovať za základný finančný program štátu, ktorý zahŕňa všetky očakávané príjmy a výdavky v danom rozpočtovom roku a ktorý sa schvaľuje formou zákona. Ďalším znakom ekonomickej podstaty štátneho rozpočtu je skutočnosť, že štátny rozpočet predstavuje celoštátny fond peňažných prostriedkov. Sú v ňom sústredené všetky prostriedky, dane, poplatky, rôzne platby, odvody, ktoré odvádzajú fyzické a právnické osoby za účelom zabezpečenia verejných potrieb.

Podľa čl. 58 Ústavy Slovenskej republiky sa finančné hospodárenie Slovenskej republiky spravuje jej štátnym rozpočtom. Štátny rozpočet sa prijíma zákonom. Príjmy štátneho rozpočtu, pravidlá rozpočtového hospodárenia, vzťahy medzi štátnym rozpočtom a rozpočtami územných celkov ustanoví zákon. Štátne účelové fondy zapojené na štátny rozpočet Slovenskej republiky sa zriaďujú zákonom.⁴ Ústava Slovenskej republiky ako najvyšší zákon štátu zakotvuje, že finančné hospodárenie Slovenskej republiky sa spravuje jej štátnym rozpočtom a tento musí byť prijatý zákonom. Žiadna iná forma hospodárenia, ani v prípade neočakávaných ekonomických, sociálnych či iných mimoriadnych udalostí, alebo rozhodnutia politickej skupiny za žiadnych okolností nemôžu nahradiť spôsob hospodárenia stanovený zákonom a zasahovať do Ústavou garantovaného práva na správu vecí verejných. Ústava Slovenskej republiky garantuje občanom právo zúčastňovať sa na správe verejných vecí priamo alebo prostredníctvom svojich volených zástupcov.

V právnom poriadku Slovenskej republiky je hospodárenie štátu na základe štátneho rozpočtu zakotvené v Ústave SR, ďalej v zákone č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a v každoročne prijímanom zákone o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok.

Zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy ďalej v tretej časti v § 6 definuje štátny rozpočet. Štátny rozpočet je základnou súčasťou rozpočtu verejnej správy a zabezpečuje sa ním financovanie hlavných funkcií štátu v príslušnom rozpočtovom roku. Štátny rozpočet na príslušný rozpočtový rok obsahuje rozpočtované príjmy, rozpočtované výdavky a finančné

4 Článok 58 Ústavy Slovenskej republiky.

operácie so štátnymi finančnými aktívami a iné operácie, ktoré ovplyvňujú stav štátnych finančných aktív alebo štátnych finančných pasív.⁵

V ďalších ustanoveniach zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy bližšie konkretizuje skutočnosti, ktoré Ústava prenechala na podrobnejšiu úpravu v zákone a to príjmy štátneho rozpočtu, pravidlá rozpočtového hospodárenia, vzťahy medzi štátnym rozpočtom a rozpočtami územných celkov. Napriek tomu, že Ústava sa nezmieňuje o výdavkoch štátneho rozpočtu, aj tieto v samostatnej časti zákon vymedzuje.

Štátny rozpočet na príslušný rozpočtový rok schvaľuje národná rada zákonom o štátnom rozpočte. Zákomom o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok sa schvaľuje limit výdavkov štátneho rozpočtu, maximálna výška rozpočtovaného schodku alebo minimálna výška rozpočtovaného prebytku štátneho rozpočtu, ak nie sú príjmy a výdavky štátneho rozpočtu vyrovnané. Podrobné členenie príjmov štátneho rozpočtu a výdavkov štátneho rozpočtu určí zákon o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok.

Štátny rozpočet tvoria najmä príjmy štátneho rozpočtu v členení podľa kapitol, výdavky štátneho rozpočtu na vykonávanie aktivít nevyhnutných na plnenie zámerov a cieľov programov vlády v členení podľa kapitol (tu sa premieta aktuálna politická situácia, zámery konkrétnej vládnucej koalície), prebytok štátneho rozpočtu alebo schodok štátneho rozpočtu, ak príjmy a výdavky nie sú vyrovnané. Príjmy a výdavky štátneho rozpočtu sú v súlade so zákonom o rozpočtových pravidlách verejnej správy organizačne usporiadané do rozpočtových kapitol. V odbornej literatúre možno nájsť pojmové vymedzenie rozpočtovej kapitoly ako priameho subjektu finančných vzťahov k štátnemu rozpočtu.⁶

Ako už bolo vyššie spomenuté štátny rozpočet je prijímaný vo forme zákona, schvaľuje ho Národná rada Slovenskej republiky v osobitnom konaní, pričom sa uplatňujú osobitné ustanovenia zákona o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky. Právnu podstatu štátneho rozpočtu možno vidieť práve v prijímaní tohto dokumentu vo forme zákona zákonodarným orgánom. Národná rada Slovenskej republiky prerokúva a schvaľuje štátny rozpočet, prerokúva stanoviská Najvyššieho kontrolného úradu Slovenskej republiky k návrhu štátneho rozpočtu.⁷ Zákon

5 Zákon č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

6 Králik, J. – Jakubovič, D.: Finančné právo. Veda, vydavateľstvo SAV, Bratislava, 2004.

7 § 2 ods. 2 zákona č. 350/1996 Z.z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky.

o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky obsahuje osobitné ustanovenia pokiaľ ide o rokovanie o návrhu zákona o štátnom rozpočte⁸, podľa ktorých termín predloženia návrhu zákona o štátnom rozpočte určuje osobitný predpis. O návrhu zákona o štátnom rozpočte sa rokuje v druhom a treťom čítaní. Prvé čítanie, podstatou ktorého je rokovať o podstate, potrebe a zmysluplnosti prijatia zákona, sa pokiaľ ide o návrh zákona o štátnom rozpočte neuskutočňuje. Návrh zákona o štátnom rozpočte sa prideliť všetkým výborom okrem mandátového a imunitného výboru a výboru pre nezlučiteľnosť funkcií. O lehote na prerokovanie návrhu zákona vo výboroch, ktorým bol pridelený, rozhodne predseda národnej rady. Návrh zákona o štátnom rozpočte nesmie obsahovať zmeny, doplnenia ani zrušenia iných zákonov. Zákon o štátnom rozpočte je prijímaný v rámci osobitného konania – rozpočtového procesu.

Prof. Babčák štátny rozpočet charakterizuje ako „základný finančný program štátu, ktorý sa každoročne schvaľuje vo forme zákona, v osobitnom konaní a podľa ktorého sa nenávratným spôsobom vytvára a rozdeľuje celoštátny fond peňažných prostriedkov štátu určený na krytie štátnych potrieb.“⁹ V odbornej literatúre je teda štátny rozpočet chápaný vo viacerých významoch a to ako sústava peňažných vzťahov, základný finančný program štátu, celoštátny fond peňažných prostriedkov a významný mocenský akt štátu.

Rozpočtový proces je osobitný proces, výsledkom ktorého je prijatie zákona o štátnom rozpočte. V ďalšom texte sa budeme zaoberať osobitosťami procesu prijímania štátneho rozpočtu a jeho osobitosťami. Proces prijímania štátneho rozpočtu je usporiadaný do viacerých častí. Pozostáva z viacerých na seba navzájom súvisiacich operácií, postup pri zostavovaní, termíny predloženia návrhov a stanovísk zo strany jednotlivých subjektov, ako aj termíny odovzdania záverečných účtov a kontrolných správ sú stanovené zákonom o rozpočtových pravidlách. Kontrola verejnosti je zabezpečená zákonom stanovenou povinnosťou Ministerstva financií Slovenskej republiky zverejňovať údaje podľa osobitného zákona.¹⁰ Termíny, v rámci ktorých si

8 § 87 zákona č. 350/1996 Z.z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky.

9 Babčák, V. a kol.: Finančná právo a finančná správa. Epos, Košice 2008.

10 Podľa § 6 ods. 4 zákona č. 523/0004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy Ministerstvo financií Slovenskej republiky najneskôr do 60 dní po nadobudnutí účinnosti zákona o štátnom rozpočte zverejňuje údaje štátneho rozpočtu spôsobom podľa osobitného zákona. Týmto osobitným zákonom je zákon č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií). Podľa § 29 ods. 9 zákona o rozpočtových pravidlách verejnej správy Ministerstvo financií zverejňuje výsledky hospodárenia verejnej správy v jednotnej metodike platnej pre Európsku úniu za príslušný štvrtrok bežného rozpočtového roka spôsobom podľa osobitného predpisu. V rámci týchto údajov sa jedná aj o výsledky hospodárenia pokiaľ ide o štátny rozpočet.

jednotlivé subjekty musia splniť povinnosť predložiť potrebný návrh, prípadne prerokovať predložené dokumenty, stanovuje priamo zákon. Zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy upravuje vo svojej štvrtjej časti rozpočtový proces verejnej správy, pričom uvedené sa vzťahuje aj na štátny rozpočet ako najvýznamnejšiu zložku rozpočtu verejnej správy. Ministerstvo financií riadi práce a usmerňuje vypracovanie návrhu rozpočtu verejnej správy, osobitne návrhu štátneho rozpočtu na základe východísk rozpočtu verejnej správy schválených vládou spravidla do konca apríla bežného rozpočtového roka. Návrh rozpočtu verejnej správy predkladá ministerstvo financií vláde do 15. augusta bežného roka, ak vláda neurčí neskorší termín. O návrhu rozpočtu verejnej správy rozhoduje vláda spravidla do 30. septembra bežného roka. Vláda predkladá národnej rade návrh rozpočtu verejnej správy do 15. októbra bežného roka, ak národná rada nerozhodne inak.¹¹ Návrh zákona o štátnom rozpočte teda predkladá výlučne vláda Slovenskej republiky, v termíne stanovenom zákonom. Z hľadiska definovania rozpočtového procesu ako osobitného druhu zákonodarného procesu je v odbornej literatúre právo rozpočtovej iniciatívy považované za osobitný druh zákonodarnej iniciatívy, pričom sa toto právo realizuje každý rok pravidelne, na rozdiel od práva zákonodarnej iniciatívy, pokiaľ ide o návrhy iných zákonov.¹² Žiaden iný subjekt, ktorý môže uplatniť právo zákonodarnej iniciatívy teda nemôže predložiť návrh zákona o štátnom rozpočte na rokovanie Národnej rade Slovenskej republiky, ani poslanci, ako ani výbory Národnej rady Slovenskej republiky. Doc. Dobrovičová v súvislosti s tvorbou práva okrem iného konštatuje, že legislatívna prax a teória potvrdzujú požiadavku, aby ústava jednoznačne a výslovne určila všetky subjekty tvorby práva, vymedzila ich legislatívnu právomoc, určila subjekty majúce zákonodarnú iniciatívu, stanovila pramene práva, ich druhy, ich hierarchické usporiadanie ako aj podmienky platnosti všetkých právnych predpisov, a úpravu účinnosti právnych predpisov.¹³ Ústava Slovenskej republiky neobsahuje osobitné ustanovenie o tom, komu prislúcha právo rozpočtovej iniciatívy. V článku 87 vymedzuje subjekty so zákonodarnou iniciatívou. Návrh zákona podľa Ústavy SR môžu podať výbory Národnej rady Slovenskej republiky, poslanci a vláda Slovenskej republiky. Pokiaľ ide o štátny rozpočet a právo rozpočtovej iniciatívy ponecháva ústava všetky otázky na úpravu v zákone. Právo rozpočtovej iniciatívy pokiaľ ide o návrh rozpočtu verejnej správy patrí podľa zákona o rozpočtových pravidlách verejnej správy ako už bolo vyššie spomenuté len vláde. Všimnime si, že pokiaľ sa týka rozpočtových opatrení na uskutočnenie výdavku nevyhnutného pre hospodárstvo

11 § 14 zákona 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy.

12 Babčák, V. a kol.: Finančné právo a finančná správa. Epos, Košice 2008.

13 In: Ústavný systém Slovenskej republiky, doterajší vývoj, aktuálny stav, perspektívy. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Košice, 2009.

Slovenskej republiky a nezabezpečeného v štátnom rozpočte, povoliť ho môže opäť len vláda, alebo na základe jej splnomocnenia minister financií. Rozpočtové opatrenia sa môžu uskutočniť len v rozsahu a za podmienok ustanovených zákonom o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok, pričom výnimky presne vymedzuje zákon.

Vzhľadom na to, že zákon o štátnom rozpočte je jeden z najdôležitejších zákonov štátu, zákonodarca pamätal aj na situáciu, keď zákon o štátnom rozpočte nie je schválený do 31. decembra bežného roka, nastáva režim rozpočtového provizória. Ak nie je vládny návrh zákona o štátnom rozpočte na nasledujúci rozpočtový rok schválený národnou radou do 31. decembra bežného rozpočtového roka, spravuje sa rozpočtové hospodárenie v dobe od 1. januára rozpočtového roka do nadobudnutia účinnosti zákona o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok rozpočtovým provizóriom. Rozpočtové hospodárenie Slovenskej republiky a vzťahy medzi štátom a inými subjektmi sa počas rozpočtového provizória spravujú zákonom o štátnom rozpočte na predchádzajúci rozpočtový rok.¹⁴ Prof. Babčák v tejto súvislosti dopĺňa, že právny poriadok Slovenskej republiky nemá obdobné ustanovenie pre prípad, že by určitý zákon nebol k určitému dňu schválený Národnou radou Slovenskej republiky.¹⁵

Zákon o štátnom rozpočte je platný a účinný v čase od 1. januára do 31. decembra, pre iné zákony zväčša časové vymedzenie platnosti a účinnosti nie je typické. Ako už vyššie bolo spomenuté, o návrhu zákona o štátnom rozpočte sa rokuje iba v druhom a treťom čítaní, a návrh zákona nesmie obsahovať zmeny, doplnenia ani zrušenia iných zákonov.

Samotný rozpočtový proces prof. Babčák definuje ako „procesnými normami rozpočtového práva upravený pracovný postup, ako aj vzájomné práva a povinnosti štátnych orgánov, obcí a vyšších územných celkov a nimi zriadených alebo založených organizácií pri zostavovaní, prerokovaní a schvaľovaní návrhu verejných rozpočtov, pri ich plnení, ako aj pri zostavovaní, prerokovaní a schvaľovaní návrhov záverečných účtov.“¹⁶ Vzhľadom na vyššie spomenuté súvislosti, napriek spomínaným rozdielom je v odbornej literatúre rozpočtový proces pokiaľ ide o prijímanie štátneho rozpočtu považovaný za osobitný druh zákonodarného procesu.¹⁷

14 § 11 zákona č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy.

15 Babčák, V. a kol.: Finančné právo a finančná správa. Epos, Košice 2008, s. 194.

16 Babčák, V. a kol.: Finančné právo a finančná správa. Epos, Košice 2008, s. 194.

17 Pre porovnanie pozri tiež Kseňák, Š.: Slovenský parlament, časť III.5 – Zákonodarný proces v národnej rade. In: Ústavný systém Slovenskej republiky, doterajší vývoj, aktuálny stav, perspektívy. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Košice, 2009. Autor charakterizuje zákonodarný proces všeobecne, a osobitné legislatívne konania, ktorými sú

V rámci charakteristiky právnej podstaty štátneho rozpočtu ešte doplníme, že zákon o štátnom rozpočte je z hľadiska teórie práva právnou normou teleologického charakteru. Je to normatívny právny akt účelového charakteru. Stanovuje čo je účelom právnej úpravy a aký cieľ sa má dosiahnuť, spôsob a metódy sú ponechané na úpravu v zákone. Týmito zákonmi sú nielen zákony o rozpočtových pravidlách verejnej správy a územnej samosprávy, ale hlavne zákony upravujúce rôzne povinnosti fyzických a právnických osôb voči štátnemu rozpočtu, pokiaľ ide o odvádzanie daní, platieb a rôznych poplatkov, odvodov, či iných povinností, z oblasti daňového práva, colného práva, ale aj správneho práva, pokiaľ ide o odvádzanie poplatkov a rôzne iné právne normy. Všetky tieto právne predpisy určujú komu a za akých podmienok vyplýva povinnosť odvádzat' príslušné platby do štátneho rozpočtu, ako aj na základe akých kritérií sa určí konkrétna výška. Zákon o štátnom rozpočte je vo vzťahu k zákonom konkretizujúcim jednotlivé povinnosti zákonom všeobecným, a platí medzi nimi vzťah *lex specialis derogat legi generali*. V aplikačnej praxi si však ťažko možno predstaviť situáciu, za ktorej by sa osobitné zákony dostali do rozporu so zákonom o štátnom rozpočte. Ten, ako všeobecný predpis upravuje len rámec hospodárenia, určuje konkrétne celkové príjmy a celkové výdavky, konkrétnu výšku schodku, konkrétne údaje o rozdelení príjmov a výdavkov do jednotlivých kapitol na príslušný rozpočtový rok, a údaj o tom, koľko dotácií sa poskytne v príslušnom rozpočtovom roku do rozpočtov obcí a vyšších územných celkov, výšku rezerv a ich rozdelenie, v prílohe obsahuje rozdelenie výdavkov do jednotlivých kapitol, ako aj prehľad celkovej výšky rozpočtových rezerv, a rôzne ďalšie údaje.

Súhrn materiálov predkladaných na rokovanie o návrhu zákona o štátnom rozpočte pozostáva z predkladacej správy, materiálu, znenia zákona, príloh, doložky zlučiteľnosti a dôvodovej správy.¹⁸ Predkladacia správa hovorí o tom, na základe akých ustanovení v právnom poriadku Slovenskej republiky sa zákon predkladá, čo je základom pre vypracovanie paragrafového znenia zákona o štátnom rozpočte, na aké obdobie sa zostavuje štátny rozpočet a predpokladaný zámer, resp. smer akým chce vláda pokračovať pokiaľ ide o nakladanie s verejnými financiami. Ďalej obsahuje údaj o tom, či sa vzhľadom na charakter navrhovaného zákona vypracováva doložka finančných, ekonomických, environmentálnych vplyvov, vplyvov na zamestnanosť a podnikateľské prostredie. Taktiež vyslovuje, či je návrh zákona v súlade s Ústavou Slovenskej republiky, ústavnými zákonmi a ďalšími zákonmi platnými v Slovenskej republike, ako aj medzinárodnými zmluvami a inými dokumentmi, ktorými je

skrátené legislatívne konanie, rokovanie o návrhu zákona o štátnom rozpočte a rokovanie o medzinárodnej zmluve.

Slovenská republika viazaná, s právom Európskych spoločenstiev a právom Európskej únie. V jednotlivých prílohách sú podrobne uvedené princípy zostavenie návrhu rozpočtu verejnej správy na tri rozpočtové roky (príslušný rozpočtový rok a dva roky nasledujúce po tomto rozpočtovom roku), a osobitne na rok, na ktorý sa zostavuje a prijíma rozpočet. Samotné znenie zákona o štátnom rozpočte obsahuje vymedzenie celkových príjmov a výdavkov štátneho rozpočtu, vymedzenie schodku štátneho rozpočtu, a to v konkrétnych sumách. Celkový prehľad príjmov a výdavkov štátneho rozpočtu, ako aj ich rozdelenie do jednotlivých kapitol štátneho rozpočtu na príslušný rozpočtový rok je obsiahnuté v prílohách. Ďalej sa tu nachádza informácia o výške rozpočtových rezerv na príslušný rozpočtový rok, ako aj výška dotácií, ktoré sa v príslušnom rozpočtovom roku poskytnú do rozpočtov obcí a vyšších územných celkov, a podrobný prehľad a rozdelenie v prílohe, splnomocnenie vlády na prevzatie úveru v príslušnom rozpočtovom roku ako aj splnomocnenie vlády alebo ministra financií (na základe splnomocnenia vlády) upraviť v priebehu roka záväzné ukazovatele štátneho rozpočtu na príslušný rozpočtový rok. Podľa zákona o štátnom rozpočte vláda Slovenskej republiky alebo na základe jej splnomocnenia minister financií Slovenskej republiky môže v priebehu roka upraviť záväzné ukazovatele štátneho rozpočtu na rozpočtový rok, na ktorý sa rozpočet prijíma a schvaľuje. Vláda Slovenskej republiky vykonáva v rozpočtovom roku na ktorý sa rozpočet prijíma a schvaľuje úpravy v systemizácii podľa osobitného predpisu. Zákon o štátnom rozpočte určuje aj medze týchto úprav, a to v percentuálnom vyjadrení toho, o koľko sa môžu úpravami v systemizácii podľa osobitného predpisu celkové výdavky štátneho rozpočtu na konkrétny rozpočtový rok prekročiť. Týmito úpravami sa nesmie zvýšiť schodok štátneho rozpočtu, ktorý je vymedzený v zákone o štátnom rozpočte. Zákon o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok obsahuje taktiež údaj o objeme záväzkov štátu na splátky istín štátneho dlhu v konkrétnom roku. Ďalej obsahuje zákon informáciu o štátnom príspevku poskytovanom podľa osobitného predpisu a pri splnení osobitných podmienok, a to každý konkrétny rozpočtový rok inak.¹⁹ Ďalej obsahuje

19 Napríklad zákon o štátnom rozpočte schválený na rok 2008 určoval, že štátny príspevok pre mladých poskytovaný mladému poberateľovi hypotekárneho úveru z prostriedkov štátneho rozpočtu podľa osobitného predpisu (ktorým je zákon č. 483/2001 Z.z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov), sa na rok 2008 určuje vo výške 1,5% ročne. Zákon o štátnom rozpočte na rok 2009 určil tento štátny príspevok na 2% ročne. Zákon o štátnom rozpočte na rok 2010 ustanovuje, že štátny príspevok pre mladých poskytovaný mladému poberateľovi hypotekárneho úveru z prostriedkov štátneho rozpočtu podľa osobitného predpisu sa na rok 2010 určuje vo výške 2% ročne. V zákone o štátnom rozpočte sa každoročne odráža a premieta sociálna politika a rozhodnutia vlády, pričom zákon o štátnom rozpočte na rok 2010 na rozdiel od zákonov o štátnom rozpočte na predchádzajúce rozpočtové roky určil, že v roku 2010 sa bude poskytovať aj štátny príspevok pre mladomanželov. Štátny príspevok pre mladomanželov poskytovaný mladomanželom z prostriedkov štátneho rozpočtu podľa osobitného predpisu sa na rok 2010 určuje vo výške 3% ročne. Podľa dôvodovej správy k zákonu o štátnom rozpočte na rok 2010 sa v súlade so zákonom 483/2001 Z.z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov určuje percentuálna výška štátneho

zákon o štátnom rozpočte rôzne údaje, splnomocnenia, povinnosti subjektov, v závislosti od štátnej politiky pre ten-ktorý rozpočtový rok.²⁰ V prílohách k zákonu o štátnom rozpočte na rok 2010 sú obsiahnuté nasledovné údaje:

bilancia príjmov a výdavkov štátneho rozpočtu na rok 2010, a to v rozdelení na daňové príjmy (dane z príjmov a kapitálového majetku, dane za tovary a služby, dane z medzinárodného obchodu a transakcií, sankcie uložené v daňovom konaní a sankcie súvisiace s úhradami za služby verejnosti poskytované Slovenskou televíziou a Slovenským rozhlasom), nedaňové príjmy, granty a transfery (tuzemské granty a transfery, prostriedky z rozpočtu Európskej únie),

príjmy kapitol na rok 2010, pričom pri každej kapitole je uvedený záväzný ukazovateľ a prostriedky z rozpočtu EÚ,

výdavky štátneho rozpočtu na rok 2010, pričom pri každej kapitole sú uvedené údaje o výdavkoch celkom, prostriedkoch z rozpočtu EÚ, výdavkov spolu bez prostriedkov EÚ, prostriedkoch na spolufinancovanie, ďalej mzdy, platy, služobné príjmy a ostatné osobné vyrovnania, kapitálové výdavky bez prostriedkov na spolufinancovanie,

výdavky štátneho rozpočtu na realizáciu programov na rok 2010, a to s uvedením názvu a kódu programu, kapitolu pod gesciou ktorej sa program bude uskutočňovať, s určením ktoré programy sú medzirezortné ako aj podprogramy, ktorých je kapitola gestorom a účastníkom, zámer a vybrané ciele programu, výdavky spolu za kapitolu,

záväzné limity dotácií obciam a vyšším územným celkom na rok 2010 (v eurách), s uvedením bežných výdavkov, kapitálových výdavkov, výdavkov spolu, a to v členení na obce (dotácie zo štátneho rozpočtu z kapitoly Všeobecná pokladničná správa, dotácia na prenesený výkon pôsobnosti štátnej správy na obce) a vyššie územné celky (dotácia na prenesený výkon pôsobnosti štátnej správy na vyššie územné celky),

rezervy štátneho rozpočtu na rok 2010 (v eurách), a to rezervy spolu, ako aj rezerva vlády SR, rezerva predsedu vlády SR, rezerva na prostriedky Európskej únie a odvody Európskej únie.

príspevku na jednotlivé kalendárne roky zákonom o štátnom rozpočte na príslušný rozpočtový rok a v tom istom roku platí pre všetky zmluvy o hypotekárnom úvere, okrem zmlúv uzatvorených pred 1. júlom 2003.

20 Napríklad zákon o štátnom rozpočte na rok 2010 určil, že v roku 2010 môže Ministerstvo financií Slovenskej republiky poskytnúť štátnu záruku za úver, ktorý poskytne Európska investičná banka na účely financovania výstavby diaľnice D1, pričom jej objem nepresiahne 800 000 000 eur.

Doložka zlučiteľnosti návrhu zákona o štátnom rozpočte na rok 2010 s právom Európskych spoločenstiev a právom Európskej únie informuje o tom, kto je predkladateľ zákona (čo v súvislosti so spomínaným právom rozpočtovej iniciatívy nemôže byť ani nik iný ako vláda), názov návrhu zákona, problematika návrhu zákona – a jej úprava v práve EÚ. Doložka zlučiteľnosti obsahuje ďalej záväzky Slovenskej republiky vo vzťahu k Európskym spoločenstvám a Európskej únii a stupeň zlučiteľnosti návrhu zákona s právom Európskych spoločenstiev a právom Európskej únie. Doložka zlučiteľnosti určuje ktorá kapitola je gestom pokiaľ ide o dotknutú problematiku, ako aj spolupracujúce rezorty, pokiaľ sa týka štátneho rozpočtu je ním Ministerstvo financií Slovenskej republiky. Dôvodová správa vo všeobecnej a osobitnej časti bližšie odôvodňuje niektoré ustanovenia zákona. Podľa dôvodovej správy návrh rozpočtu odráža pokračovanie v konsolidácii verejných financií.²¹

Právnu podstatu štátneho rozpočtu je potrebné vidieť predovšetkým v tom, že je prijímaný ako zákon, a teda je všeobecne platný, záväzný a vynútiteľný štátnou mocou, nie je vypracovávaný len ako viac či menej informatívny alebo nezáväzný program hospodárenia s verejnými financiami. Jeho význam a dôležitosť sú navyše zvýraznené ďalšími charakteristikami, ktoré pri iných zákonoch nie sú typické, či už ide o jediný subjekt s právom rozpočtovej iniciatívy, vymedzenú dobu platnosti a účinnosti, právne zakotvený postup v prípade neschválenia návrhu zákona, a ďalšie.

Po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie pribudol do sústavy verejných rozpočtov ďalší článok, rozpočet Európskej únie. Proces integrácie je nevyhnutne spojený so spoločným financovaním, spoločným rozpočtom a nutnosťou harmonizovať okrem iného aj právne predpisy na úseku rozpočtového financovania. Rozpočet Európskej únie predstavuje nadnárodnú úroveň v sústave verejných rozpočtov Slovenskej republiky, predstavuje nástroj hospodárenia Európskej únie. Zostavuje sa ako bilancia príjmov a výdavkov potrebných pre fungovanie EÚ a ES. Rozpočet Európskej únie je zostavovaný predovšetkým pre financovanie politiky EÚ, administratívne výdavky európskych inštitúcií a na ďalšie účely. Na rozdiel od národných rozpočtov je potrebné, aby bol rozpočet Európskej únie zostavovaný vždy ako vyrovnaný, nie sú prípustné rozpočtové deficity. Finančné perspektívy rozpočtu vo všeobecnej rovine predstavujú

21 Dôvodová správa k zákonu o štátnom rozpočte na rok 2010, zdroj: www.finance.gov.sk

vymedzenie štruktúry rozpočtu EÚ a záväzného stropu výdavkov rozpočtu EÚ na niekoľko rokov (2000-2006,2007-2013).²²

Všetci občania Európskej únie prispievajú do jej rozpočtu. Rozpočet Európskej únie spĺňa požiadavku verejnosti a to prostredníctvom činností orgánov EÚ v rôznych sférach ako je napríklad regionálna politika, poľnohospodárska politika, výskum, vzdelávanie, odborná príprava, životné prostredie.

Spoločný rozpočet Európskej únie je zostavovaný na základe určitých spoločných pravidiel, ktoré musia členské štáty rešpektovať. Základné zásady európskeho rozpočtu sú formulované a uvedené v oficiálnom dokumente Rady EÚ²³, ktorým je nariadenie Rady č. 1605/2002. V úvode nariadenia Rady sa zdôrazňuje, že pri zostavovaní a plnení rozpočtu EÚ je potrebné rešpektovať štyri základné zásady rozpočtového práva – jednotnosť, všeobecnosť, špecifikácia a zročnosť, a tiež ďalšie zásady.

Nariadenie Rady č. 1605/2002 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Európskych spoločenstiev medzi rozpočtové zásady zaraďuje nasledovné:

zásada jednotnosti a správnosti rozpočtu,

zásada ročnej platnosti rozpočtu,

zásada vyrovnanosti rozpočtu,

zásada univerzálnosti,

zásada zúčtovacej jednotky,

zásada špecifikácie,

zásada riadneho finančného hospodárenia,

zásada transparentnosti.

Tieto zásady ďalej bližšie rozoberieme.

Principle of unity and budget accuracy - zásada jednotnosti a správnosti rozpočtu, alebo tiež zásada jednoty a vernosti zachytenia, kedy všetky

²² Mitaľová,J.- Molitoris,P.: Právno-ekonomické aspekty rozpočtov vo verejnej správe.UPJŠ, Košice, 2006.

²³ Council Regulation No. 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities

príjmy a výdavky musia byť zahrnuté v jedinom dokumente, aby mohli byť finančné zdroje EÚ efektívne kontrolované, pričom v praxi existujú aj výnimky z tohto pravidla, a to v prípade, keď niektoré fondy sú financované z príspevkov členských štátov mimo rozpočtu EÚ (je to napríklad Európsky rozvojový fond a finančné aktivity EIB). Táto zásada vychádza z myšlienky, že žiadny príjem ani výdavok nesmie byť uskutočnený, ak nie je zaznamenaný v rozpočte ako rozpočtová položka a že žiadny výdavok nesmie byť povolený ani viazaný nad výšku schválených rozpočtových prostriedkov.

Principle of annuality – zásada ročnej platnosti rozpočtu, zásada, ktorá vyjadruje, že rozpočtové operácie sa vzťahujú na určité obdobie, finančný rok, ktorý je totožný s kalendárnym rokom. Rozpočet EÚ sa schvaľuje na obdobie jedného rozpočtového roka, ktorý trvá od 1. januára do 31. decembra. Rozpočet EÚ, ktorý bol zostavený na obdobie jedného rozpočtového roka obsahuje časovo rozlíšené rozpočtové prostriedky (pozostávajúce z viazaných rozpočtových prostriedkov a výdavkových rozpočtových prostriedkov) a časovo nerozlíšené rozpočtové prostriedky. Rozpočtové prostriedky, ktoré sú schválené na daný rozpočtový rok možno využívať iba na úhradu výdavkov viazaných a vyplácaných v tom istom rozpočtovom roku a na úhradu dlžných súm na základe záväzkov z predchádzajúcich rozpočtových rokov. Rozpočtové prostriedky, ktoré neboli použité do konca rozpočtového roku prepadnú, avšak príslušný orgán do 15. februára môže rozhodnúť o ich prenesení, ale iba do nasledujúceho rozpočtového roka. Platí pravidlo, že príslušný orgán najskôr použije rozpočtové prostriedky schválené na bežný rozpočtový rok. Kým schválené rozpočtové prostriedky nevyčerpá, nemôže použiť prenesené rozpočtové prostriedky. Rozpočtové prostriedky, ktoré sú uložené ako rezerva a prostriedky, ktoré sú určené ako výdavky na zamestnancov nie je možné prenášať.

V rámci tejto zásady obsahuje nariadenie aj úpravu otázok týkajúcich sa rozpočtového provizória. Ak rozpočet nebol prijatý s konečnou platnosťou na začiatku rozpočtového roka, môžu byť výdavky uskutočňované mesačne podľa kapitol do maximálnej výšky jednej štvrtiny celkového množstva rozpočtových prostriedkov pridelených do príslušnej kapitoly v predchádzajúcom rozpočtovom roku plus jedna dvanástina za každý uplynulý mesiac. Platby je možné vykonávať mesačne podľa kapitol do maximálnej výšky jednej dvanástiny rozpočtových prostriedkov pridelených do kapitoly v predchádzajúcom rozpočtovom roku. Limit rozpočtových prostriedkov určených v pripravovanom návrhu rozpočtu nemožno prekročiť.

Principle of equilibrium – zásada vyrovnanosti, je to základné rozpočtové pravidlo. Vyjadruje stav vyrovnanosti, rovnováhy pokiaľ ide o príjmy a výdavky. Príjmy a výdavky v rozpočte EÚ musia byť v rovnováhe, rozpočet musí byť vyrovnaný a preto sa vždy zostavuje ako vyrovnaný. V praxi však dochádza k tomu, že rozpočet je po zhodnotení jeho plnenia na konci obdobia, na ktoré bol prijatý prebytkový. Ak k tomu dôjde tak sa zostatok z každého rozpočtového roka zahrnie do rozpočtu na nasledujúci rozpočtový rok ako príjem alebo v prípade schodku ako výdavok. Táto zásada taktiež obsahuje zákaz zaobstarať si finančné prostriedky formou pôžičiek, je to nezlučiteľné so systémom vlastných zdrojov ES. Po uplynutí každého rozpočtového roka – po uzavretí účtov sa každý jeden nesúlad voči odhadom musí zahrnúť do rozpočtu na nasledujúci rozpočtový rok, a to pomocou tzv. opravného rozpočtu, jeho cieľom je opraviť výlučne tento nesúlad. V takomto prípade Komisia predkladá predbežný návrh opravného rozpočtu do 15 dní po predložení priebežnej účtovnej závierky.

Principle of unit of account- zásada zúčtovacej jednotky vyjadruje, že rozpočet EÚ sa zostavuje a plní v jednotke euro, na účely hotovostného toku je možné vykonávať operácie aj v národných menách v súlade s vykonávacími predpismi.

Principle of universality- zásada všeobecnosti vyjadruje, že celkové príjmy musia pokryť celkové výdavky, všetky príjmy a výdavky sa zahrnú do jedného celku, bez vzájomného započítania. Platí teda, že príjmy nie sú účelovo viazané na vopred stanovené výdavky, výnimkou sú len niektoré špecifické výdavky, kde je stanovený účel ich použitia. Rozpočtové príjmy sa použijú bez rozdielu ich zdroja na financovanie všetkých výdavkov.

V rámci tejto zásady tiež platí, že Komisia môže prijať každý dar venovaný spoločenstvám - napríklad dotácie, dary a odkazy v závetoch. Niektoré finančné dary väčšej hodnoty musia byť schválené Európskym parlamentom a Radou do dvoch mesiacov od kedy o to požiada Komisia, sú to napríklad dary s hodnotou 50 tis. € a viac, ktoré zahŕňajú finančný poplatok a náklady na kontrolu, ktoré prekračujú desať percent hodnoty poskytnutého daru.

Principle of specification- zásada špecifikácie znamená, že rozpočtové prostriedky sú účelovo viazané na špecifické účely podľa hláv a kapitol, kapitoly sa podrobnejšie členia na články a položky. Rozpočtový orgán – Európsky parlament a Rada klasifikuje príjmy Komisie a príjmy a výdavky ostatných orgánov a to podľa typu alebo použitia, ku ktorému sú priradené podľa hláv, kapitol, článkov a položiek. Každá hlava predstavuje určitú konkrétnu oblasť politiky a kapitola určitú činnosť. Každá hlava môže

obsahovať prevádzkové rozpočtové prostriedky a administratívne rozpočtové prostriedky. Zásada špecifikácie je premietnutím slovenskej zásady rozpočtovej špecifikácie, ale aj slovenskej zásady úhrady rozpočtovo nezabezpečených potrieb. V rámci zásady špecifikácie Nariadenie upravuje aj možnosť presunov rozpočtových prostriedkov. Každá inštitúcia okrem Komisie môže v rámci svojej vlastnej časti rozpočtu presúvať rozpočtové prostriedky dvoma spôsobmi:

1.) z jednej rozpočtovej hlavy do druhej až do maximálnej výšky desať percent rozpočtových prostriedkov na daný rok, a to uvedených v riadku, z ktorého sa presun uskutočňuje, nad tento limit v rámci vlastnej časti rozpočtu môže navrhnúť rozpočtovému orgánu presuny z jednej rozpočtovej hlavy do druhej

2.) z jednej kapitoly do druhej, ako aj z jedného článku do druhého, a to bez odmedzenia.

O skutočnosti, že inštitúcie majú v úmysle uskutočniť presuny rozpočtových prostriedkov musia informovať rozpočtový orgán v dobe troch týždňov pred uskutočnením presunov.

Veľmi stručne možno cieľ zásady špecifikácie vyjadriť tak, že všetky výdavky musia byť odôvodnené a musia byť priradené k určitému cieľu, dochádza k takej špecifikácii výdavkov, ktorá má zabrániť nejasnostiam v rozdeľovaní výdavkov a to ako vo fáze zostavovania, tak aj plnenia rozpočtu.²⁴

Principle of sound financial management- zásada riadneho finančného hospodárenia, jej uplatňovanie znamená len také použitie rozpočtových prostriedkov, ktoré je v súlade so zásadou hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti. Rozpočtové prostriedky je potrebné použiť na dosiahnutie stanovených cieľov a výsledkov, tak, aby bol zachovaný vzťah efektivity medzi zdrojmi a výsledkami a aby prostriedky boli využité v zodpovedajúcom čase, množstve, kvalite a za najvýhodnejšie ceny.

V rámci uplatňovania tejto zásady má svoje miesto vnútorná kontrola. Vnútorná kontrola je jedným z nástrojov záruk zákonnosti. Vnútorná kontrola má zabezpečiť, aby sa rozpočet zostavoval a plnil v úplnom súlade s príslušnými pravidlami pre konkrétne odvetvie a zodpovedal jednotlivým spôsobom hospodárenia. Vnútorná kontrola je definovaná ako proces, uplatňovaný na všetkých stupňoch riadenia, ktorý má zabezpečiť dosiahnutie nasledovných cieľov:

²⁴ Balko, L.- Babčák, V. a kol.: Finančné právo. Bratislavská vysoká škola práva, Bratislava, 2006.

- účinnosť, hospodárnosť a efektívnosť operácií,
- spoľahlivosť výkazníctva,
- ochrana majetku a informácií,
- predchádzanie a odhaľovanie podvodov a nezrovnalostí,
- primerané riadenie rizík, ktoré súvisia so zákonnosťou a regulárnosťou príslušných transakcií, pričom sa zohľadňuje tak charakter príslušných platieb ako aj viacročná povaha programov.

Principle of transparency – zásada transparentnosti, tiež zásada verejnosti, zásada prehľadnosti, vyžaduje, aby zostavovanie a plnenie všeobecného rozpočtu a vykazovanie účtov bolo transparentné. Táto zásada sa v praxi prejavuje aj tak, že v Úradnom vestníku Európskej únie sa na podnet predsedu Európskeho parlamentu uverejní rozpočet a opravné rozpočty prijaté s konečnou platnosťou. Rozpočet EÚ sa uverejní do troch mesiacov odo dňa, keď sa vyhlási za prijatý s konečnou platnosťou. V Úradnom vestníku EÚ sa uverejňuje taktiež konsolidovaná ročná účtovná závierka a správa o rozpočtovom a finančnom hospodárení, ktoré zostavuje osobitne každá inštitúcia.

V rozpočtovom hospodárení viacerých štátov sa začína v poslednej dobe uplatňovať a taktiež sa v odbornej literatúre spomína zásada gender budgetingu, zásada spravodlivého prerozdelenia finančných prostriedkov z hľadiska rovnakých príležitostí pre obe pohlavia.²⁵ V Slovenskej republike doposiaľ nie je schválené a prijaté žiadne záväzné pravidlo, ktoré by prikazovalo pri príprave a schvaľovaní miestnych rozpočtov špeciálne uplatňovanie tejto zásady.

Pokiaľ ide o rozpočtové hospodárenie jednotlivých spoločenských (ESUO, EHS a EURATOM), tie pôvodne zostavovali svoje vlastné rozpočty. V roku 1967 po tom, ako vstúpila Zmluva o zlúčení do platnosti, ostali zachované iba dva rozpočtové nástroje, a to celkový rozpočet a prevádzkový rozpočet ESUO. Rozpočet EÚ je základný dokument jej hospodárenia, ktorý každoročne schvaľuje financovanie všetkých aktivít a projektov, pričom prostriedky sú rozdeľované podľa dôležitosti a priority.

²⁵ Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien, schválený Valným zhromaždením OSN dňa 18.12.1979. Slovenská republika sa stala zmluvnou stranou dohovoru dňa 28.05.1993.

Základné otázky rozpočtového hospodárenia Európskej únie upravuje Zmluva o fungovaní Európskej únie, v časti šiestej- „Inštitucionálne a finančné ustanovenia“, hlavne II. - „Finančné ustanovenia“, článku 310 a nasl. Prof. Babčák v tejto súvislosti poznamenáva, že namiesto pojmu „rozpočet EÚ“ by bolo správnejšie používať termín „všeobecný rozpočet ES.“²⁶ Zmluva nedefinuje čo presne je potrebné rozumieť pod pojmom rozpočet. Ustanovuje len to, že pre každý rozpočtový rok sa predbežne vyčíslia všetky príjmy a výdavky Únie a zahrnú sa do rozpočtu. Rozpočtové príjmy a výdavky musia byť v rovnováhe. Výdavky zahrnuté do rozpočtu sa schvaľujú na ročné obdobie v súlade s nariadením uvedeným v článku 322. Na plnenie výdavkov zahrnutých do rozpočtu je potrebné vopred prijať právne záväzný akt Únie poskytujúci právny základ na jej činnosť a na plnenie zodpovedajúcich výdavkov v súlade s nariadením uvedeným v článku 322 okrem výnimiek ustanovených v tomto nariadení. S cieľom dodržať rozpočtovú disciplínu neprijme Únia žiadne akty, ktoré by mohli mať významný dosah na rozpočet, bez toho, aby poskytla záruku, že výdavky vyplývajúce z týchto aktov je možné financovať v medziach vlastných zdrojov Únie a v súlade s viacročným finančným rámcom uvedeným v článku 312. Rozpočet sa plní v súlade so zásadou správneho finančného hospodárenia. Členské štáty spolupracujú s Úniou, s cieľom zabezpečiť, aby sa prostriedky zahrnuté do rozpočtu použili v súlade s touto zásadou. Únia a členské štáty bojujú v súlade s článkom 325 proti podvodom a akýmkoľvek iným protiprávnym konaniam, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie.²⁷

Únia si zabezpečí prostriedky potrebné na dosiahnutie svojich cieľov a uskutočňovanie svojich politík. Rozpočet je plne financovaný z vlastných zdrojov bez toho, aby boli dotknuté iné príjmy. Rada v súlade s mimoriadnym legislatívnym postupom po porade s Európskym parlamentom jednomyseľne prijme rozhodnutie upravujúce systém vlastných zdrojov Únie. V tomto rámci možno zaviesť nové kategórie vlastných zdrojov alebo zrušiť existujúce kategórie. Toto rozhodnutie nenadobudne účinnosť, kým ho neschvália členské štáty v súlade s ich príslušnými ústavnými požiadavkami. Rada v súlade s mimoriadnym legislatívnym postupom ustanoví prostredníctvom nariadení vykonávacie opatrenia pre systém vlastných zdrojov Únie, pokiaľ tak ustanovuje rozhodnutie prijaté na základe tretieho odseku. Rada sa uznáša po udelení súhlasu Európskeho parlamentu.²⁸

26 Babčák, V. a kol.: Finančné právo a finančná správa. Epos, Bratislava, 2008.

27 Článok 310 Zmluvy o fungovaní EÚ.

28 Článok 311 Zmluvy o fungovaní EÚ.

Viacročný finančný rámec zabezpečuje, aby sa výdavky Únie čerpali systematickým spôsobom a v medziach jej vlastných zdrojov. Ustanovuje sa na obdobie najmenej piatich rokov. Ročný rozpočet Únie je v súlade s viacročným finančným rámcom. Finančný rámec stanovuje výšku súm ročných stropov pre viazané rozpočtové prostriedky podľa kategórií výdavkov a ročný strop pre výdavkové rozpočtové prostriedky. Kategórie výdavkov, ktorých počet je obmedzený, zodpovedajú hlavným odvetviám činnosti Únie. Finančný rámec ustanoví akékoľvek iné ustanovenia potrebné pre hladký priebeh ročného rozpočtového postupu.²⁹ Podľa článku 313 Zmluvy o fungovaní Európskej únie rozpočtový rok začína 1.januára a končí 31.decembra.³⁰

Fungovanie a riadny chod Európskej únie je financované prevažne z „vlastných zdrojov“, okrem týchto vlastných zdrojov sú to aj príspevky od členských štátov. Vlastné zdroje sú príjmy pridelené s konečnou platnosťou EÚ s cieľom financovania svojho rozpočtu a plynúce do tohto rozpočtu automaticky bez potreby akéhokoľvek dodatočného rozhodnutia národných orgánov. Vlastné zdroje sú vytvárané z cla, poľnohospodárskych poplatkov, odvodov z produkcie cukru, zdrojov založených na dani z pridanej hodnoty, zdrojov založených na hrubom národnom dôchodku. Prevažná časť financovania EÚ pochádza práve z týchto vlastných zdrojov, ostatné príjmy predstavujú len malý podiel. Vlastné zdroje sú stanovené, vyberané, platené a kontrolované v zmysle platných predpisov systému vlastných zdrojov. Najvýznamnejším prameňom práva pokiaľ ide o systém vlastných zdrojov je Rozhodnutie Rady 4. 2007/436/ES/EURATOM zo 7. júna 2007 o systéme vlastných zdrojov Európskych spoločenstiev. V zmysle tohto rozhodnutia systém vlastných zdrojov ES predstavujú:

tradičné vlastné zdroje - odvody, prémie, dodatočné alebo vyrovnávacie sumy, dodatočné sumy alebo iné poplatky, clá, poľnohospodárske poplatky a platby za produkciu cukru. Clá pochádzajú z platieb stanovených colnými predpismi ES pre obchodovanie s nečlenskými krajinami a príspevky a iné poplatky sú stanovené a vyberané v rámci spoločnej organizácie trhu s cukrom;

zdroj založený na DPH – vychádza sa z toho, že je stanovená jednotná sadzba platná pre všetky členské štáty na harmonizované vymeriavacie základy DPH stanovené podľa pravidiel ES.

Zdroj založený na HND – ide o to, že ten sa vypočíta tak, že sa použije jednotná sadzba na HND členského štátu, ktorá je fixná počas celého rozpočtového procesu. Tento zdroj je tzv. variabilný zdroj, ktorý sa použije

29 Článok 312 Zmluvy o fungovaní EÚ.

30 Článok 313 Zmluvy o fungovaní EÚ.

na to, aby boli zabezpečené príjmy potrebné na všetky výdavky, a to vtedy, keď všetky ostatné zdroje financovania ES na pokrytie výdavkov nestačia. Tým sa zabezpečuje vyrovnanosť rozpočtu EÚ.

Vlastné zdroje tvorí aj príjem odvodený z každého nového poplatku, ktorý bol zavedený v rámci spoločnej politiky v súlade so Zmluvou o založení ES alebo Zmluvou o EURATOMe.

Systém vlastných zdrojov ES bol vytvorený v SR ešte pred vstupom do EÚ a je plne funkčný od prvého dňa vstupu do EÚ. Hlavnou úlohou uvedeného systému je zabezpečiť odvod finančných prostriedkov (vlastných zdrojov ES) do rozpočtu EÚ. Pre zabezpečenie odvodov vlastných zdrojov ES do rozpočtu EÚ v správnej výške a v stanovených termínoch v súlade s predpismi o vlastných zdrojoch je potrebné správne vypočítať výšku odvodov, zabezpečiť výber jednotlivých vlastných zdrojov ES a ich kontrolu. Systém finančného riadenia, ktorý zahŕňa navzájom prepojené subjekty a činnosti, ktoré zabezpečujú finančné a informačné toky, účtovníctvo, kontrolu a výkazníctvo pri realizácii odvodov vlastných zdrojov ES do rozpočtu EÚ stanovuje a popisuje „Návrh aktualizácie koncepcie systému finančného riadenia vlastných zdrojov Európskych spoločenstiev v Slovenskej republike“, ktorá bola schválená uznesením vlády SR č. 915 z 23. novembra 2005. Systém finančného riadenia vlastných zdrojov ES je súčasťou komplexného systému riadenia vlastných zdrojov ES v SR. Jednotlivé subjekty zapojené do systému riadenia vlastných zdrojov ES v SR, ich činnosti, vzájomné väzby a zodpovednosti týkajúce sa výpočtu, výberu, sprístupňovania a kontroly vlastných zdrojov ES vymedzuje materiál „Systém riadenia vlastných zdrojov Európskych spoločenstiev v Slovenskej republike po vstupe do Európskej únie“, schválený uznesením vlády SR č. 69 z 26. januára 2005. 31

Pri schvaľovaní ročného rozpočtu EÚ musí byť zachovaná zásada vyrovnanosti, preto platí, že celkové príjmy sa rovnajú celkovým výdavkom. Vyrovnanosť rozpočtu EÚ sa záväzne stanovuje v rámci viacročného finančného rámca, štruktúra príjmov a výdavkov je preto vymedzená na niekoľko rokov vopred. V súčasnosti sú jednotlivé príjmy a výdavky rozpočtu EÚ vymedzené v rámci programového obdobia na roky 2007-2013. Viacročný finančný rámec je súčasťou Medziinštitucionálnej dohody, ktorá sa uzatvára medzi Komisiou, Radou a Európskym parlamentom. (Hlavným cieľom dohody je zavedenie rozpočtovej disciplíny, zlepšenie fungovania ročného rozpočtového postupu, spolupráca medzi inštitúciami v oblasti rozpočtu, zabezpečenie riadneho finančného hospodárenia.)

V článku 313 a nasl. Zmluvy o fungovaní EÚ je vymedzený postup pri vypracovaní a schvaľovaní návrhu rozpočtu. Rozpočtový rok začína 1.januára a končí 31.decembra.

Rozpočet sa skladá zo:

všeobecného výkazu príjmov a výdavkov,

samostatných oddielov rozdelených na výkazy príjmov a výdavkov každého orgánu.

Je dôležité poznamenať, že rozpočet EÚ nemôže obsahovať záporné príjmy.

Ďalším prameňom práva v oblasti rozpočtového hospodárenia EÚ je už spomínané Nariadenie Rady č. 1605/2002 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Európskych spoločenstiev. Nariadenie bolo vydané práve na základe spomínaného článku v tom čase č. 279 Zmluvy o založení ES, (po prečíslovaní zmluvy Lisabonskou zmluvou článok 322 Zmluvy o fungovaní EÚ), ktorý oprávňuje Radu na návrh Komisie a po porade s Európskym parlamentom a získaní stanoviska Dvora audítorov vydávať rozpočtové nariadenia upravujúce najmä postup zostavovania a plnenia rozpočtu a predkladania auditu účtov.

Zmluva o fungovaní EÚ v článku 126 ods. 1 hovorí, že členské štáty sa vyhýbajú nadmernému štátnemu deficitu. Komisia sleduje vývoj rozpočtovej situácie a výšku štátneho dlhu v členských štátoch s cieľom odhaliť hrubé chyby, skúma najmä dodržiavanie rozpočtovej disciplíny. Referenčné hodnoty, ktoré je potrebné dodržať sú presne uvedené v Protokole o postupe pri nadmernom deficite č. 20(1992), ktorý je pripojený k tejto zmluve.

Prof. Babčák v tejto súvislosti upozorňuje, že spomínané dokumenty uvádzajú termíny, ktoré verejnosť na Slovensku vníma skôr ako synonymá, treba však uviesť, že podľa protokolu termín „deficit“ znamená čistú výšku pôžičky, ako je definovaná v Európskom systéme integrovaných účtov, a „dlh“ označuje hrubú celkovú sumu dlhov v nominálnych hodnotách na konci roka konsolidovaných v jednotlivých odvetviach štátneho sektora a medzi nimi.

Podrobnejšie sú otázky nadmerného štátneho deficitu rozobrané v Pakte stability a rastu. Pakt stability a rastu sa skladá z nasledovných dokumentov:

Nariadenie Rady (ES) č. 3605/93 zo dňa 22. novembra 1993 o použití Protokolu o postupe pri nadmernom schodku, pripojeného k Zmluve o založení ES,

Nariadenie Rady (ES) č. 1466/97 zo dňa 07.júla 1997 o posilnení dohľadu nad stavmi rozpočtov a o dohľade nad hospodárskymi politikami a ich koordinácii,

Nariadenie Rady (ES) č. 1467/97 zo 07.júla 1997 o urýchlení a objasňovaní postupu pri nadmernom schodku,

Rezolúcia k Paktu stability a rastu (Amsterdam, 17.06.1997).

Pakt stability a rastu je dohodou medzi členskými krajinami EÚ. Táto dohoda zaväzuje členské štáty EÚ (primárne členov eurozóny) dodržiavať rozpočtovú disciplínu. Vznik takejto dohody vychádzal z myšlienky a predpokladu, že rozpočtová disciplína je základným prvkom stability v makroekonomike a fiskálne pravidlá posilňujú kredibilitu hospodárskej politiky. Ukázalo sa tiež, že je potrebné eliminovať problém štátov tak, aby sa zabránilo iba využívaniu krátkodobých výhod deficitného financovania a zároveň vyriešiť problém stabilnej jednotnej meny.

Dokument Pakt stability a rastu je bezprostredne spätý s vytvorením Hospodárskej a menovej únie, jedným z jeho cieľov je zabrániť tomu, aby po zavedení eura došlo k nadmerným rozpočtovým deficitom. A to práve kvôli tomu, že Zmluva o Hospodárskej a menovej únii stanovuje kritériá, pri splnení ktorých je možné zaviesť jednotku euro ako menu, avšak nehovorí nič o otázkach rozpočtovej politiky po zavedení eura. Práve z tohto dôvodu a v tomto zmysle je možné Pakt rastu a stability považovať za priame pokračovanie Zmluvy o Hospodárskej a menovej únii.

Pakt stability a rastu má zaručiť posilnenie procedúr vyplývajúcich z Maastrichtskej zmluvy v oblasti deficitu verejných rozpočtov i v dobe fungovania menovej únie. Pakt je pokračovaním maastrichtských požiadaviek na fiskálnu stabilitu, navyše požaduje aj strednodobé vyrovnané verejné rozpočty. Cieľom Paktu je zabezpečiť aby tie členské štáty, ktoré menej dodržiavajú rozpočtovú disciplínu, uskutočňujú menej zodpovednú rozpočtovú politiku, nepoškodili dôveru v euro ako menu, ekonomickú stabilitu celej eurozóny a aby svojím konaním nepoškodili aj iné členské krajiny. Medzi ďalšie ciele Paktu taktiež patrí podpora konvergencie, vytváranie spoločnej fiskálnej politiky členských štátov a približovanie sa ekonomík, zdravé verejné financie – ako prostriedok posilňujúci stabilitu cien a silný udržateľný rast, vytváranie pracovných miest. Existujú aj výnimky, pri ktorých nie sú ustanovenia Paktu uplatňované sú výnimočné udalosti – ako napríklad prírodná katastrofa, vážna hospodárska kríza.

Právo EÚ a ES neupravuje vyslovene tie otázky, ktoré sú predmetom úpravy zákonov o rozpočtovej problematike jednotlivých členských štátov. Zmluva o fungovaní Európskej Únie, ako aj prijaté nariadenia však reagujú na vznik nadmerného schodku a zakotvujú ako postupovať v takom prípade.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

Contact – email

martinakuzmova@gmail.com

EUROPEAN DIMENSION OF FISCAL CONTROL

LENKA VESELÁ

Příspěvek byl zpracován v rámci projektu SGS PF_2010_001

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se bude zabývat otázkou daňové kontroly z několika pohledů, a to např. zda česká právní úprava daňové kontroly je konkurenceschopná v evropském prostředí, např. ve srovnání se slovenskou právní úpravou, zda je vůbec možné právní úpravu daňové kontroly harmonizovat.

Key words in original language

Daňová kontrola; harmonizace; konkurenceschopnost.

Abstract

The article will address the issue of fiscal control from several perspectives, eg. whether the Czech law the tax is competitive with the European environment, f.e. with the Slovak law, whether it is even possible legislation to harmonize the tax.

Key words

Fiscal control; harmonization; competitiveness.

Daňová kontrola

Jedním z procesních oprávnění, jímž je správce daně v průběhu daňového řízení nadán, je i daňová kontrola, která je upravena v § 16 Zákona o správě daní a poplatků č. 337/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále jen ZSDP). Ústavní soud souhlasí s názorem vyjádřeným v judikatuře Nejvyššího správního soudu, že daňovou kontrolu nelze ztotožňovat s pojmem daňového řízení a že daňová kontrola není ani samostatným řízením, nýbrž toliko dílčím procesním postupem odehrávajícím se v rámci daňového řízení. Daňová kontrola je svou povahou procesem kontrolním, nikoliv rozhodovacím, jedná se o formalizovaný proces opatřování důkazů v rámci daňového řízení. Lze konstatovat, že daňové řízení má, pokud jde o pořizování důkazů, vyšetřovací charakter. Správce daně je nadán celou řadou vyšetřovacích pravomocí k tomu, aby zajistil zájem státu na zajištění toho, co "jeho jest", tj. ověření, přezkoumání a vymožení daňové povinnosti jednotlivce. Daňová kontrola je z tohoto pohledu specifická v tom, že "vyšetřovací" charakter daňového řízení je v ní výrazně posílen. Daňová kontrola proto představuje v rámci daňového řízení nejcitelnější zákonem aprobované narušení

autonomní sféry jednotlivce (daňový řád ukládá v průběhu daňové kontroly daňovému subjektu řadu povinností).¹

Jednou ze stěžejních zásad ve vztahu k daňové kontrole, je zásada úzké součinnosti s daňovými subjekty (§ 2 odst. 2 ZSDP) zvláště pak se zřetelem ke skutečnosti, že důkazní břemeno nese daňový subjekt (§ 31 odst. 9 ZSDP) a právě k jeho tíži vždy směřuje důsledek neunesení důkazního břemene, neprokáže-li skutečnosti, které v daňovém přiznání tvrdil. Proto má právo v průběhu daňové kontroly být v úzké součinnosti se správcem daně, má právo být přítomen jednání s jeho pracovníky, předkládat v průběhu daňové kontroly důkazní prostředky, případně navrhnout předložení důkazních prostředků, které on sám nemá k dispozici, klást svědkům a znalcům otázky při ústním jednání a místním šetření, vyjádřit se před ukončením daňové kontroly k výsledku uvedenému ve zprávě, ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění, nahlížet u správce daně kdykoliv v jeho obvyklou úřední dobu do převzatých dokladů a pro případ, že není spokojen s postupem pracovníka správce daně, podat proti takovému postupu námítky.²

Pojem daňová kontrola a její cíl

Na úvod je nutné uvést, že daňová kontrola jako samostatný právní institut daňového řízení se nenachází v jakémsi právním vzduchoprázdnu. Naopak, tento institut je velmi úzce provázaný s jinými instituty správy daní a daňovým řízením jako takovým, např. ustanovení o místní příslušnosti,³ o zastupování,⁴ o lhůtách⁵ aj., a také instituty sloužící k zajištění průběhu a účelu řízení např. protokol o ústním jednání,⁶ protokol o místním šetření,⁷ zpráva o daňové kontrole,⁸ úřední záznam⁹ atd.

¹ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2009, sp. zn. II. ÚS 703/06

² KANIOVÁ, L. SCHILLEROVÁ, A. *Správa daní – úplné znění zákona, komentář, judikatura*. 1. vydání. Praha: ASPI, 2005, s. 72.

³ Srov. § 4 ZSDP

⁴ Srov. § 10 ZSDP

⁵ Srov. § 14 ZSDP

⁶ Srov. § 12 ZSDP

⁷ Srov. § 15 odst. 8 ZSDP

⁸ Srov. § 16 odst. 8 ZSDP

⁹ Srov. § 13 ZSDP

Daňová kontrola je upravena v ust. § 16 ZSDP. Na rozdíl od jednoznačného vymezení cíle daňové kontroly, kterým je zjištění nebo prověření základu daně nebo jiné okolnosti rozhodné pro správné stanovení daně,¹⁰ bylo vždy velmi diskutovanou otázkou, co vlastně daňová kontrola představuje a zda je samostatným daňovým řízením. ZSDP pojem daňová kontrola neupravuje, avšak spojuje s ní poměrně rozsáhlou řadu procesních důsledků.¹¹

Nejvyšší správní soud k uvedenému formuloval následující právní názory: „Pojem daňové kontroly ve smyslu § 16 daňového řádu nelze ztotožňovat s pojmem daňového řízení. Daňová kontrola však není ani samostatným řízením, nýbrž – podle svého systematického zařazení v daňovém řádu – je dílčím procesním postupem odehrávajícím se v rámci daňového řízení. Účelem daňové kontroly je v souladu s § 16 odst. 1 daňového řádu zjistit nebo prověřit základ daně nebo jiné okolnosti rozhodné pro správné stanovení daně. Daňová kontrola je zpravidla zahájena sepsáním protokolu o zahájení daňové kontroly. Ukončena je sepsáním a podepsáním zprávy o daňové kontrole, tedy souboru relevantních poznatků z daňové kontroly vyplynuvších.“¹²

„Daňová kontrola je systematicky zařazena mezi instituty společně pro celé daňové řízení a není tak omezena pouze na některé stadium daňového řízení. Závěr z toho plynoucí však nelze absolutizovat. Stejně tak jako doručování, dokazování, dožádání, nahlížení do spisu a další úkony, může být uskutečněna v kterékoli fázi daňového řízení, je-li to z povahy řízení a věci samé možné. Není tedy samostatnou fází daňového řízení, ale úkonem správce daně. Zpravidla daňová kontrola probíhá v řízení vyměřovacím, a to především vzhledem k hledisku účelnosti takového postupu. Již z povahy a účelu daňové kontroly vyplývá, že se provádí vždy až po skončení zdaňovacího období a rovněž až po uplynutí lhůty k podání daňového přiznání; tím je mimo jiné určena jedna fáze daňového řízení, a to řízení přípravné, v němž daňová kontrola nemůže začít. Daňová kontrola je tak jedním z nástrojů, které správce daně v rámci správy daně ve smyslu ust. § 1 odst. 2 zákona č. 337/1992 Sb., má k dispozici pro naplnění cíle daňového řízení.“¹³

Ve světle judikatury, je tedy daňová kontrola dílčím procesním postupem, který se odehrává v rámci daňového řízení a je jedním z nástrojů,

¹⁰ Srov. § 16 odst. 1 ZSDP

¹¹ Srov. § 41 odst. 2 nebo § 47 odst. 2 ZSDP

¹² Srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2005, sp. zn. 2 Afs 144/2004 – 110

¹³ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2005, sp. zn. 5 Afs 223/2004 – 89

jenž má správce daně k dispozici v rámci správy daně pro naplnění cíle daňového řízení, tj. ke stanovení a vybrání daně tak, aby nebyly zkráceny daňové příjmy.¹⁴

Definici pojmu je proto vhodné převzít z literatury. Např. Radvan uvádí, že „daňová kontrola je úkon sloužící k zjištění nebo prověření daňového základu nebo jiné okolnosti rozhodné pro správné stanovení daně“.¹⁵

Zahájení daňové kontroly

Daňová kontrola je zpravidla zahajována sepsáním protokolu o zahájení daňové kontroly, v němž je zejména uvedeno kdy, který den a v jakou hodinu je daňová kontrola zahájena, na jakém místě, co je předmětem kontroly (jaká daň a jaké zdaňovací období), kdo se účastní daňové kontroly za správce daně, kdo za daňový subjekt, zda je daňový subjekt zastoupen a kým apod. (více viz § 12 k protokolu o ústním jednání ZSDP).¹⁶

Okamžikem zahájení daňové kontroly je tak omezeno právo daňového subjektu podat dodatečné DP a tím si i případně snížit penále k takto dodatečně přiznané a tedy opožděně zaplacené daňové povinnosti.

Zahájení daňové kontroly je spojeno se zásadou oficiality, lze ji tedy zahájit jen z úřední povinnosti a realizovat ji lze jen s vědomím daňového subjektu, případně jím zvolené osoby. Z pohledu důvodu zahájení daňové kontroly dle právního názoru Ústavního soudu: „V případě daňového řízení to znamená, že použití daňové kontroly nemůže být zcela svévolné, nýbrž je třeba vyžadovat existenci správcem daně formulovaných důvodů k jejímu zahájení, tj. existenci konkrétních pochybností či podezření, že daňovým subjektem původně přiznaná a správcem daně vyměřená (byť i jen konkludentně) daň je nižší, než by měla být. Šlo by o realizaci svévole, kdyby správce daně mohl provádět daňovou kontrolu kdykoliv a bezdůvodně u libovolných daňových subjektů, resp. v případech, kdy sám uzná za vhodné a takřkajíc "na zkoušku".¹⁷

¹⁴ Srov. § 2 odst. 2 ZSDP

¹⁵ RADVAN, M. a kol. *Finanční právo a finanční správa – berní právo*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita: Doplněk, 2008, s. 118.

¹⁶ KANIOVÁ, L. SCHILLEROVÁ, A. *Správa daní – úplné znění zákona, komentář, judikatura*. 1. vydání. Praha: ASPI, 2005, s. 86.

¹⁷ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. I. ÚS 1835/07

Okamžik ani způsob zahájení daňové kontroly ZSDP samostatně neupravuje. V praxi je za okamžik zahájení daňové kontroly ve vazbě na obecnou úpravu zahájení řízení¹⁸ považován první úkon pracovníka správce daně, kterým daňový subjekt vyrozumí o zahájení kontroly.¹⁹ Daňovou kontrolu zahajuje správce daně, a je tedy určitě v jeho zájmu, aby kontrolu zahájil prokazatelným způsobem.²⁰ To by měl být pouze takový úkon, který daňovému subjektu umožní realizovat ZSDP stanovená práva při daňové kontrole. Nejčastěji je tak zahájena skutečným výkonem kontrolní činnosti, tzn. kontrolou a prověřováním účetních dokladů, záznamů a jiných písemností, hospodářských a účetních operací nebo prověřováním jiných skutečností, které jsou rozhodné pro správné stanovení daňové povinnosti daňového subjektu. Dalším takovým úkonem je vyžadování po daňovém subjektu plnění jeho zákonných povinností (např. výzva k předložení dokladů a písemností). Tato dnes již ustálená praxe je v souladu např. s právním názorem Nejvyššího správního soudu, který k uvedenému formuloval: „...daňová kontrola je zahájena dnem, kdy správce daně začne fakticky prověřovat daňový základ nebo jiné okolnosti rozhodné pro stanovení daně...“.²¹

O ústním jednání ve věci zahájení daňové kontroly sepíše pracovník správce daně protokol o ústním jednání, který musí mít zákonné náležitosti včetně souvislého vylíčení průběhu jednání, ve kterém musí být zachyceny všechny rozhodné skutečnosti.²²

Sepsání protokolu o zahájení daňové kontroly je pro obě zúčastněné strany nepochybně osvědčením skutečnosti, že daňová kontrola byla fakticky zahájena.²³ Zahájení daňové kontroly však nesmí být v žádném případě jen formální záležitostí. Jednotlivé kroky pracovníka správce daně na sebe musí bezprostředně navazovat. Po zmíněném ústním jednání a sepsání protokolu o zahájení daňové kontroly musí v přiměřené době

¹⁸ Srov. § 21 odst. 1 ZSDP

¹⁹ KINDL, M., TELECKÝ, D., VÁLKOVÁ, H., *Zákon o správě daní a poplatků. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 121.

²⁰ SCHILLEROVÁ, A. Prolomení lhůty dle ust. § 47 ZSDP a zahájení daňové kontroly. *Daňový expert*, 2007, č. 1, s. 20.

²¹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 4. 2005, sp. zn. 2 Afs 69/2004 – 52

²² Srov. § 12 ZSDP

²³ KOBÍK, J. *Správa daní a poplatků s komentářem. Komplexní pohled na problémy správy daní*. 5. aktualizované vydání. Olomouc: ANAG, 2007, s. 154.

následovat další kroky pracovníka správce daně, kterými budou prověřovány konkrétní daňové rozhodné skutečnosti u daňového subjektu.²⁴

V souvislosti se zahájením daňové kontroly zmiňme prekluzivní lhůtu pro její zahájení. Tu upravuje ust. § 47 odst. 1 ZSDP, které vymezuje obecně lhůty pro vyměření daně. Pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak, nelze daň vyměřit ani doměřit či přiznat nárok na daňový odpočet po uplynutí tří let od konce zdaňovacího období, v němž vznikla povinnost podat daňové přiznání nebo hlášení nebo v němž vznikla daňová povinnost, aniž by zde současně byla povinnost daňové přiznání nebo hlášení podat.

Nález²⁵ Ústavního soudu definuje zákonný pojem konce zdaňovacího období, v němž vznikla povinnost podat daňové přiznání nebo hlášení, jako poslední den zdaňovacího období, za které se daňové přiznání nebo hlášení podává. Počátek běhu prekluzivní tříleté lhůty dle § 47 odst. 1 ZSDP je dán dle právního názoru obsaženého v citovaném nálezu jako konec zdaňovacího období, ve kterém daňovému subjektu vznikla daňová povinnost.

Byl-li před uplynutím této lhůty učiněn úkon směřující k vyměření daně nebo jejímu dodatečnému stanovení, běží tříletá lhůta znovu od konce roku, v němž byl daňový subjekt o tomto úkonu zpraven. Vyměřit a doměřit daň však lze nejpozději do deseti let od konce zdaňovacího období, v němž daňová povinnost vznikla.

Postup při provádění daňové kontroly

Žádný zákon, prováděcí předpis či závazná metodika neupravují, na co bude daňová kontrola zaměřena a v jakém rozsahu bude provedena. V počátku tak pracovníci správce daně v rámci provádění daňové kontroly postupují především podle předem stanoveného plánu kontrol, který se v průběhu provádění daňové kontroly nemusí vždy naplnit. Zejména tak záleží na úvaze pracovníka správce daně, který daňovou kontrolu provádí, zda se rozsah a zaměření daňové kontroly bude v jejím průběhu upřesňovat v návaznosti na konkrétní kontrolní zjištění.

Průběh nebo obsah daňové kontroly není blíže upraven. Ve své podstatě se skládá z jednotlivých dílčích úkonů správce daně a z úkonů daňového subjektu, popř. dalších osob zúčastněných na daňové kontrole. V průběhu daňové kontroly tak správce daně provádí různé činnosti směřující k prověření správnosti stanovení základu daně a daně kontrolovaného daňového subjektu, zejména dochází do sídla kontrolovaného daňového subjektu, aby mohl nahlížet do účetních a jiných

²⁴ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. I. ÚS 1835/07

²⁵ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 2. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1611/07

podkladů sloužících k sestavení jeho daňových přiznání, či si vyžaduje jejich předložení a podání vysvětlení k nim písemnými výzvami.

Zrovna tak žádný obecný návod či směrnice neupravuje techniky, postupy a metody, kterými by pracovník správce daně dospěl ke stanovenému cíli, resp. k tomu, aby zjistil skutkový stav co nejpřesněji, tak, jak mu to předepisuje ust. § 31 odst. 2 ZSDP.

Z průběhu samotné daňové kontroly lze potom vysledovat, že se rozpadá do několika fází, a to fáze seznamovací, shromažďovací, vyhodnocovací a dokazovací.²⁶

Fáze seznamovací – svým způsobem již probíhá v rámci samotné přípravy na daňovou kontrolu, kdy se provádí výběr daňových subjektů ke kontrole, a shromažďují se informace o subjektu. Po zahájení daňové kontroly je tato fáze zejména promítnuta do povinnosti daňového subjektu, aby sám (prostřednictvím zvoleného zástupce) nebo jím určeným pracovníkem poskytoval informace o vlastní organizační struktuře, o pracovní náplni jednotlivých útvarů, o oběhu a uložení účetních a jiných dokladů.²⁷ Jedná se o obecnější, ale nesmírně důležité informace, které pracovníkovi správce daně slouží k tomu, aby si udělal ucelenou představu o fungování daňového subjektu.

Dokazování v daňové kontrole

Dokazování, resp. přesněji řečeno provádění důkazního řízení, je stěžejní částí daňové kontroly. Daňová kontrola totiž ve své podstatě není ničím jiným než shromažďováním, prováděním a hodnocením důkazních prostředků. Pouze na základě výsledků dokazování je pak správce daně oprávněn k případné úpravě základu daně a daňové povinnosti kontrolovaného daňového subjektu formou vydání příslušného platebního výměru.²⁸

Dokazování provádí správce daně, který vede daňové řízení, přičemž důkazní povinnost je rozdělena mezi oba účastníky řízení. Pokud poplatník na základě kvalifikované výzvy v přiměřené lhůtě stanovené správcem daně neunese důkazní břemeno, je správce daně oprávněn stanovit daňovou povinnost za použití pomůcek, které má k dispozici nebo které si obstará bez součinnosti s poplatníkem.

²⁶ ZATLOUKAL, T. *Daňová kontrola v širších souvislostech*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 105 an.

²⁷ Srov. § 16 odst. 2 písm. a) ZSDP

²⁸ DRÁB, O. TRUBAČ, O. ZATLOUKAL, T. *Obrana před daňovou kontrolou*. 1. vydání. Praha: ASPI, 2006, s. 243.

Nejvyšší správní soud uvedl, že rozložení důkazního břemene v daňovém řízení je upraveno v § 31 zákona ZSDP. Dle § 31 odst. 9 ZSDP je daňový subjekt povinen prokazovat všechny skutečnosti, které je povinen uvádět v přiznání nebo k jejichž průkazu byl správcem daně vyzván. Jak judikoval Ústavní soud, daňový subjekt má povinnost prokázat k výzvě správce daně jen ty skutečnosti, které sám tvrdí (nález sp. zn. Pl. ÚS 38/95 ze dne 24. 4. 1996). Nejvyšší správní soud odkázal na vlastní obsáhlou judikaturu, z níž vyplývá, že daňový subjekt prokazuje svá tvrzení především svým účetnictvím a jinými povinnými záznamy (rozsudek ze dne 30. 1. 2008, sp. zn. 2 Afs 24/2007-119, rozsudek ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 9 Afs 30/2008-86). Dále zdůraznil, že správce daně však může vyjádřit pochybnosti ohledně věrohodnosti, průkaznosti, správnosti či úplnosti účetnictví a jiných povinných záznamů. Správce daně tíží důkazní břemeno ve vztahu k prokázání důvodnosti svých pochyb (§ 31 odst. 8 písm. c) ZSDP). Správce daně je zde povinen identifikovat konkrétní skutečnosti, na základě nichž hodnotí předložené účetnictví jako nevěrohodné, neúplné, neprůkazné či nesprávné." (rozsudek sp. zn. 2 Afs 24/2007-119, srov. též rozsudek sp. zn. 9 Afs 30/2008-86, shodně nález sp. zn. II. ÚS 232/02 ze dne 29. 10. 2002). Pokud správce daně unese své důkazní břemeno ve vztahu k výše popsaným skutečnostem, je na daňovém subjektu, aby prokázal pravdivost svých tvrzení a průkaznost, věrohodnost a správnost účetnictví a jiných povinných záznamů ve vztahu k předmětnému účetnímu případu, popř. aby svá tvrzení korigoval.²⁹

Pouze na základě dobře provedeného dokazování, při zachování zákonem stanoveného postupu, může být naplněn cíl daňové kontroly. Za tím účelem shromažďuje důkazní prostředky prokazující či vyvracející daňovým subjektem tvrzené skutečnosti. Správce daně přitom i v rámci daňové kontroly musí vždy daňovému subjektu umožnit, aby jeho věc byla projednávána v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům.³⁰

Dokazování v daňovém řízení lze definovat jako zákonem stanovený postup, kterým správce daně zjišťuje všechny skutečnosti rozhodné pro stanovení daňové povinnosti. Určitá pravidla a principy pro provádění dokazování jsou upravena v ust. § 31 odst. 1 až 4 ZSDP a dále vyplývají ze základních zásad daňového řízení, z nichž pro dokazování je bezesporu nejdůležitější zásada upravující způsob hodnocení důkazů.

²⁹ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 27. 5. 2010, sp. zn. I ÚS 490/10

³⁰ Srov. Čl. 38 odst. 2 LZPS

Dokazování provádí věcně a místně příslušný správce daně nebo jím na základě dožadání pověřený věcně příslušný správce daně.³¹

Další pravidlo stanoví, že musí být řádně zjištěn skutkový stav, přičemž není povinností správce daně být v tomto vázán jen návrhy daňových subjektů.³² Jen řádně zjištěný stav může umožnit správci daně, aby si učinil správný úsudek o projednávané věci. Musí využít všech důkazních prostředků, jak předložených daňovým subjektem, tak i těch, které získal sám a vysvětlit tento skutkový stav příslušným ustanovením hmotně právní normy. Pokud např. v rámci daňové kontroly vyjde najevo skutečnost svědčící ve prospěch daňového subjektu je správce daně povinen ji také vyhodnotit. Nad rámec jeho povinnosti je však takové skutečnosti vyhledávat.³³

Další princip upravuje to, co není třeba prokazovat, tj. obecně známé skutečnosti nebo skutečnosti známé správci daně z jeho činnosti, jakož i právní předpisy uveřejněné nebo oznámené ve Sbírce zákonů.³⁴

Posledním principem upraveným v § 31 ZSDP je, že jako důkazních prostředků lze užit všech prostředků, jimiž lze ověřit skutečnosti rozhodné pro správné stanovení daňové povinnosti a které nejsou získány v rozporu s obecně závaznými právními předpisy, včetně příkladného, ne taxativního vyjmenování takových důkazních prostředků, přičemž jednotlivé skutečnosti rozhodné pro daňové řízení se prokazují v rámci důkazního řízení. Teprve provedené důkazní řízení osvědčí, které z předložených důkazních prostředků se staly skutečně důkazem.³⁵

Daňové řízení³⁶ v ČR vychází ze zásady, že daňový subjekt má nejprve povinnost tvrzení, tj. přiznat se ke své daňové povinnosti prostřednictvím daňové přiznání nebo hlášení a následně povinnost toto své tvrzení správci daně prokázat. Důkazní břemeno tedy nese primárně daňový subjekt. Ten je prioritně povinen doložit vše, co sám ve svém daňovém

³¹ Srov. § 31 odst. 1 ZSDP

³² Srov. § 31 odst. 2 ZSDP

³³ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 05. 2007, sp. zn. 9 Afs 30/2007 – 73

³⁴ Srov. § 31 odst. 3 ZSDP

³⁵ Srov. § 31 odst. 4 ZSDP

³⁶ KOBÍK, J. Důkazní břemeno v daňovém řízení – některé úvahy nad judikaturou Nejvyššího správního soudu. *Daňový expert*, 2008, č. 5, s. 2.

přiznání nebo hlášení tvrdí a dále vše, k čemu byl správcem daně v průběhu daňové kontroly v souvislosti s tímto svým tvrzením vyzván.³⁷ Důkazním břemenem se rozumí procesní odpovědnost účastníka řízení za to, zda v řízení byla či nebyla prokázána jeho tvrzení a že tohoto důvodu muselo být rozhodnuto o věci samé v jeho prospěch či neprospěch.³⁸

Podáním daňového přiznání naplňuje daňový subjekt své tzv. břemeno tvrzení, přičemž mu zároveň vzniká tzv. břemeno důkazní, tj. povinnost prokázat všechny tvrzené skutečnosti.³⁹ Jestliže správce daně při dokazování požaduje po daňovém subjektu doložení důkazních prostředků, musí o tom zákonným způsobem a dostatečně srozumitelně daňový subjekt zpravit. Nejprve sdělí kontrolovanému subjektu své pochybnosti. Pokud i po jeho vysvětlení pochybnosti nadále přetrvávají, je povinností správce daně daňovému subjektu sdělit, v čem jeho pochybnosti spočívají a vyzvat jej k prokázání toho, co tvrdí. Výzva musí být dostatečně určitá, srozumitelná a splnitelná a musí z ní být patrné, co správce daně po daňovém subjektu požaduje, aby prokázal. Jestliže daňový subjekt uvedené skutečnosti nedoloží, resp. správce daně nepřihodí předloženým skutečnostem hodnotu důkazu, potom jím nejsou při stanovení nového daňového základu a daně zohledněny.⁴⁰

Rozsah toho, co prokazuje správce daně, upravuje ust. § 31 odst. 8 ZSDP, jedná se o prokázání doručení vlastních písemností daňovému subjektu, existenci skutečností rozhodných pro užití právní domněnky a nebo právní fikce, existenci skutečností vyvracejících věrohodnost, průkaznost, správnost či úplnost účetnictví a jiných povinných evidencí či záznamů, vedených daňovým subjektem a existenci skutečností rozhodných pro uplatnění zákonných sankcí.

Pouze dokazováním může být daňová povinnost stanovena nejpřesněji. Pro užití jiného způsobu stanovení základu daně a daně musí

³⁷ Srov. § 31 odst. 9 ZSDP

³⁸ KOBÍK, J. Důkazní břemeno v daňovém řízení – některé úvahy nad judikaturou Nejvyššího správního soudu. *Daňový expert*, 2008, č. 5, s. 2.

³⁹ LANDGRÁF, R. Důkazní břemeno a negativní teorie důkazní. *Daňový expert*, 2009, č. 6, s. 12.

⁴⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2007, sp. zn. 9 Afs 34/2007 – 87

být, splněny určité podmínky. Ty upravuje ust. § 31 odst. 5 ZSDP: „Nesplní-li daňový subjekt při dokazování jím uváděných skutečností některou ze svých zákonných povinností, takže zde není možno daňovou povinnost stanovit dokazováním podle odstavců 1 až 4, je správce daně oprávněn stanovit daňovou povinnost za použití pomůcek, které má k dispozici nebo které si obstará bez součinnosti s daňovým subjektem.“ To však neznamená, že nedoloží-li daňový subjekt např. určité účetní operace, bude správce daně povinen použít pomůcky. Pro jejich užití musí být současně splněny všechny následující podmínky:

daňový subjekt nesplnil některou ze svých zákonných povinností,

nedostatek či absence důkazů neumožňuje již stanovit daň dokazováním,

daň lze tímto způsobem stanovit dostatečně spolehlivě.⁴¹

Při stanovení daně podle pomůcek není možné, aby část daně byla vypočtena podle pomůcek a část dokazováním, jsou-li dány podmínky pro jejich užití, je nutné na základě nich stanovit celou daň.⁴² Co lze použít jako možné pomůcky upravuje ust. § 31 odst. 6 ZSDP, jejich komplexní výčet ani postup výpočtu daňového základu však tento zákon neupravuje.

Správce daně při tomto stanovení daňové povinnosti musí respektovat ust. § 46 odst. 3 ZSDP, které mu ukládá povinnost přihlídnout i k takovým okolnostem, ze kterých vyplývají výhody pro daňový subjekt, i když jím nebyly za řízení uplatněny.

Posledním náhradním způsobem stanovení daňové povinnosti, v případě, že ji nelze stanovit dokazováním ani podle pomůcek, je sjednání daně podle ust. § 31 odst. 7 ZSDP. Dohoda o sjednané dani musí být povinně zaprotokolována.

Ukončení daňové kontroly

Délku daňové kontroly ZSDP ani jiný právní předpis nevymezuje. Ze základních zásad upravujících řízení před správcem daně a z cíle daňové kontroly lze její délku dovodit, na dobu nezbytnou pro dosažení cíle daňové kontroly tak, aby přitom byl daňový subjekt co nejméně zatěžován a co

⁴¹ ZATLOUKAL, T. *Daňová kontrola v širších souvislostech*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 187.

⁴² KINDL, M., TELECKÝ, D., VÁLKOVÁ, H., *Zákon o správě daní a poplatků. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 220.

nejméně byla narušována jeho zákonem chráněná práva a oprávněné zájmy.⁴³

V těchto případech však musí být dodržena její maximálně možná délka a daňová kontrola musí být ukončena ve lhůtě dle § 47 odst. 2 ZSDP do tří let od konce roku, v němž byla s daňovým subjektem prokazatelně zahájena. Je-li na základě výsledků daňové kontroly vydán platební výměr či dodatečný platební výměr, musí být před uplynutím zmíněné lhůty nejen daňová kontrola řádně ukončena, ale musí být i řádně doručen platební výměr či dodatečný platební výměr, který musí být též v právní moci.⁴⁴

Samotné ukončení daňové kontroly spočívá v sepsání zprávy o daňové kontrole pracovníkem správce daně, následuje její projednání s daňovým subjektem a celý proces uzavírají podpisy obou stran.⁴⁵ Daňová kontrola je tak ukončena dnem, kdy byla projednána a podepsána zpráva o daňové kontrole.

Zpráva o daňové kontrole je významným dokumentem, není však veřejnou listinou. Zahrnuje např. důkazní prostředky, které byly předloženy či navrženy daňovým subjektem, včetně důkazních prostředků, které získal správce daně bez součinnosti s daňovým subjektem a údaje o tom, které z nich se staly skutečně důkazem a které ne a proč, a jakým způsobem byly následně hodnoceny. Projednaná a podepsaná zpráva o daňové kontrole je také sama o sobě důkazním prostředkem, který se v případě kontrolních zjištění neoprávněného krácení daňové povinnosti stává podkladem pro dodatečné stanovení daně.⁴⁶

Její formální náležitosti nejsou ZSDP nikterak upraveny.⁴⁷ Jejím obsahem by tak měly být skutečnosti, které vedly správce daně k vydání dodatečného platebního výměru a postup pracovníků správce daně při daňové kontrole.

Před tím, než je zpráva o daňové kontrole s daňovým subjektem projednána, seznámí jej pracovník správce daně řádně s jejím obsahem, tj. k jakým zjištěním dospěl a jak je hodnotil a současně mu umožní vyjádřit se před ukončením daňové kontroly k výsledku uvedenému ve zprávě, ke

⁴³ Srov. § 16 odst. 1 ZSDP a § 2 odst. 1 a 2 ZSDP

⁴⁴ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2006, sp. zn. 5 Afs 42/2004 – 61

⁴⁵ Srov. § 16 odst. 8 ZSDP

⁴⁶ Srov. § 31 odst. 4

⁴⁷ Srov. § 16 odst. 8 ZSDP

způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění.⁴⁸ Daňový subjekt tak může v rámci svého vyjádření navrhnout doplnění zprávy, případně další důkazní prostředky, či namítat nedostatky v postupu správce daně v průběhu daňové kontroly.

Zprávu o daňové kontrole spolupodepisuje kontrolovaný daňový subjekt a pracovník správce daně. Jedno vyhotovení zprávy o daňové kontrole obdrží kontrolovaný daňový subjekt. Den podpisu zprávy o daňové kontrole je též dnem ukončení jejího závěrečného projednání, doručení a současně dnem ukončení daňové kontroly.

Je-li cílem daňové kontroly stanovení daně ve správné výši, pak je třeba aplikovat i další ustanovení § 16 ZSDP, jímž jsou formulovány povinnosti i práva jak správce daně, tak i daňových subjektů. Ustanovení § 16 odst. 4 ZSDP zaručuje daňovému subjektu vůči správci daně řadu oprávnění, jejichž dodržováním je zaručována zákonnost vedené daňové kontroly i celého navazujícího daňového řízení, neboť právě od jejich výsledků se výše případně doměřené daňové povinnosti odvíjí. Aby mohl daňový subjekt využít svých práv, jež jsou mu ustanovením § 16 odst. 4 ZSDP zaručena, zákon na straně druhé zakládá povinnost správce daně prokazatelně seznámit daňový subjekt s důkazními prostředky, které byly použity jako důkazy ve smyslu ustanovení § 31 ZSDP.⁴⁹

Zákonodárce v § 16 odst. 2 ZSDP stanovil povinnosti kontrolovaného daňového subjektu nezbytné k dosažení cíle kontroly a ve smyslu zásady součinnosti zákonodárce zakotvil v § 16 odst. 4 ZSDP i procesní práva kontrolovaného daňového subjektu. Vždy přitom platí, že povinnostem jedné strany odpovídají práva druhé a naopak. Z povinností kontrolovaného subjektu podle odst. 2 vyplývají práva pověřeného pracovníka správce daně, který kontrolu provádí a z práv kontrolovaného subjektu vyplývají povinnosti tohoto pracovníka. Těmto právům a povinnostem je věnována následující samostatná část této práce.

Ne všechna práva a povinnosti obou zúčastněných stran však upravuje níže § 16 ZSDP,⁵⁰ nelze rovněž opomenout, že i v rámci tohoto institutu funguje ochrana lidských práva a svobod⁵¹ a zrovna tak, je pro obě strany nezbytné, postupovat podle základních zásad daňového řízení.

⁴⁸ Srov. § 16 odst. 4 písm. f)

⁴⁹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 2. 2004, sp. zn. 3 Afs 21/2003

⁵⁰ Srov. např. § 7 odst. 1 a § 9 odst. 2 ZSDP

⁵¹ Srov. Čl. 2 odst. 2 a 3 LZPS

Práva daňových subjektů v rámci daňové kontroly

Právo na předložení služebního průkazu pracovníkem správce daně

Právo být přítomen jednání s jeho pracovníky

Právo předkládat v průběhu daňové kontroly důkazní prostředky, případně navrhnout předložení důkazních prostředků, které on sám nemá k dispozici

Právo podávat námitky proti postupu pracovníka správce daně

Právo klást svědkům a znalcům otázky při ústním jednání a místním šetření

Právo vyjádřit se před ukončením daňové kontroly k výsledku uvedenému ve zprávě, ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění

Právo nahlížet u správce daně kdykoliv v jeho obvyklou úřední dobu do převzatých dokladů

Povinnosti daňových subjektů v rámci daňové kontroly

Povinnost sám nebo jím určeným pracovníkem poskytovat informace o vlastní organizační struktuře, o pracovní náplni jednotlivých útvarů, o oběhu a uložení účetních a jiných dokladů **Chyba! Záložka není definována.**

Povinnost zajistit vhodné místo a podmínky k provádění daňové kontroly

Povinnost předložit na požádání záznamy, jejichž vedení bylo správcem daně uloženo, účetní a jiné doklady a účetní písemnosti, které prokazují hospodářské a účetní operace, jež jsou pro správné stanovení daňové povinnosti rozhodné anebo o které pracovník správce daně požádá, a podat k nim ústně nebo písemně požadovaná vysvětlení, má-li pracovník správce daně pochybnost o jejich úplnosti, správnosti nebo pravdivosti

Povinnost nezatajovat doklady, které má daňový subjekt k dispozici nebo o nichž je mu známo, kde se nacházejí

Povinnost předložit důkazní prostředky prokazující jeho tvrzení v průběhu kontroly

Povinnost umožnit vstup do každé provozní budovy, místnosti, místa i obydlí a dopravních prostředků, které daňový subjekt užívá buď též k podnikání, nebo souvisí s předmětem daně, dále do přepravních obalů a umožnit jednání s jakýmkoliv svým pracovníkem

Povinnost zapůjčit potřebné doklady a jiné věci mimo prostor kontrolovaného subjektu

Slovenská právní úprava práv a povinností daňových subjektů

Ke srovnání se zahraniční úpravou jsem si záměrně vybrala právní úpravu této problematiky Slovenské republiky. Zajímalo mě, jak jsou si podobné a v čem se liší, neboť již z čísla zákona můžeme vyvodit, že tento zákon vznikl ve stejné době jako právní úprava v ČR, tedy s účinností od 1. 1. 1993 při vzniku dvou samostatných států České republiky a Slovenské republiky.

Zákon č. 511/1992 Zb., o správě daní a poplatků a o změnách v systému územních finančních orgánů (dále jen SDP), jednoznačně upravuje v § 15 odst. 5 práva a v odst. 6 tohoto ustanovení povinnosti kontrolovaného daňového subjektu ve vztahu k pracovníkovi správce daně. Jde o právo:

Na předložení služebního průkazu zaměstnance správce daně. K tomuto se také váže jeho povinnost předložit písemné pověření k výkonu daňové kontroly. Písemné pověření k výkonu daňové kontroly před začátkem daňové kontroly vydává ředitel daňového úřadu. Zde určí konkrétní zaměstnance daňového úřadu, kteří budou tuto kontrolu vykonávat.

Být přítomen jednání se svými zaměstnanci, ať osobně nebo prostřednictvím svého zástupce.

Předkládat v průběhu daňové kontroly důkazy prokazující jeho tvrzení, případně navrhnout předložení důkazních prostředků, které on sám nemá k dispozici. Nejpozději tak může udělat ve lhůtě, ve které kontrolovaný daňový subjekt je oprávněn písemně se vyjádřit k protokolu o výsledku daňové kontroly, tedy do osmi pracovních dnů ode dne doručení tohoto protokolu. Zmeškání lhůty nelze prominout.

Nahlédnout do zprávy z místního šetření provedeného u jiného daňového subjektu v souvislosti s daňovou kontrolou vykonávanou u kontrolovaného daňového subjektu, který mu na základě obsahu zprávy umožňuje předkládat důkazy a kvalifikovaně se k nim vyjádřit.

Klást svědkům a znalcům otázky při ústním jednání. Správce daně by měl zaslat kontrolovanému daňovému subjektu doporučeně a do vlastních rukou uvědomění o výsledku svědka. Lhůta správce daně musí být stanovená tak, aby nebyla v rozporu s ustanovením o doručování dle § 17 SDP. Pokud by správce daně nesplnil povinnost v souladu se SDP.

Vyjádřit se ke skutečnostem zjištěným při daňové kontrole, ke způsobu jejich zjištění, případně má právo navrhnout, aby v protokole bylo uvedeno jeho vyjádření k nim.

Nahlédnout do zapůjčených dokladů správci daně u správce daně v jeho obvyklou úřední dobu.

K oprávněním daňového subjektu v průběhu daňové kontroly patří i možnost podat písemné námitky vůči nesprávnému nebo podjatému postupu zaměstnance správce daně. Procesní řešení námítky je upravené v tomto stanovení § 15 odst. 8 SDP. Tj. námitku vyřizuje zaměstnanec správce daně nejbližše nadřízený tomu zaměstnanci, vůči kterému směřuje. Když je námitka opodstatněná a prokázaná, tento nadřízený zaměstnanec námitce vyhoví a sjedná nápravu anebo kontrolovanému daňovému subjektu oznámí písemné důvody, pro které nemůže námitce vyhovět. Proti tomuto rozhodnutí není přípustné odvolání.

Kontrolovaný daňový subjekt ve vztahu k zaměstnanci správce daně je dle ustanovení § 15 odst. 6 SDP povinný:

umožnit pověřenému zaměstnanci správce daně provést daňovou kontrolu.

Zabezpečit vhodné místo a podmínky pro vykonání daňové kontroly (dle judikatury by se mělo jednat o místnost se stolem a telefonem).

Poskytovat požadované informace sám anebo jím určenou osobou. Kontrolovaný daňový subjekt se může nechat zastupovat zástupcem, kterého si zvolí a který jedná v rozsahu plné moci udělené písemně, která musí mít úředně ověřený podpis, anebo ústně do protokolu u správce daně.

Předkládat účetní a jiné doklady, které prokazují hospodářské operace a účetní případy v písemné formě anebo na technických nosičích dat ve formě evidence a záznamů, jejichž vedení bylo správcem daně uloženo, a podávat k nim ústně nebo písemně vysvětlení (správce daně nemůže žádat jiné doklady než jsou uvedené v tomto zákoně, tj. nemůže žádat např. dotazník, hodnocení zaměstnanců, spis klienta u daňového exekutora kromě dokladu za úhradu služby apod.).

Předkládat v průběhu daňové kontroly všechny důkazní prostředky prokazující jeho tvrzení nejpozději do osmi pracovních dnů ode dne doručení protokolu.

Umožnit vstup do sídla kontrolovaného daňového subjektu a do jeho provozních prostor a umožnit jednání s jeho zaměstnanci.

Zapůjčit doklady a jiné věci mimo sídlo nebo provozní prostory kontrolovaného daňového subjektu anebo poskytnout výpisy, případně jejich kopie, které jsou dle § 14 odst. 3 SDP pořizovány na náklady kontrolovaného daňového subjektu.

Za nesplnění povinností může správce daně uložit daňovému subjektu pokutu podle § 35 SDP.

Před ukončením daňové kontroly správcem daně je nutné shrnout výsledky daňové kontroly do Protokolu o daňové kontrole. Protokol vypracovává správce daně, který ho kontrolovanému daňovému subjektu doručí spolu s výzvou na vyjádření se k protokolu a na jeho projednání. Daňový subjekt je oprávněn se k protokolu vyjádřit nejpozději do osmi pracovních dní ode dne jeho doručení. Projednání protokolu se může uskutečnit až po uplynutí lhůty ustanovené pro vyjádření se k protokolu. Jestliže se daňový subjekt písemně vzdá práva na vyjádření se k protokolu, může pracovník správce daně na požádání daňového subjektu projednat protokol i v kratší lhůtě, jak byla správcem daně určena ve výzvě na projednání protokolu. Zároveň se ustanovuje, že pokud se daňový subjekt nemůže zúčastnit projednání protokolu osobně, je povinný určit si zástupce.

Protokol o daňové kontrole nemá povahu rozhodnutí vydaného v daňovém řízení podle § 30 SDP, a tedy proti němu se není možné odvolat. Správce daně vydá na základě kontrolních zjištění uvedených v protokole platební výměr anebo dodatečný platební výměr. Protokol z daňové kontroly musí správce daně projednat s kontrolovaným daňovým subjektem. V § 15 odst. 11 SDP jsou jednoznačně stanovené náležitosti, které protokol musí obsahovat. Z důvodu, že připomínky k protokolu o daňové kontrole se strany daňových subjektů mohou být i většího rozsahu, resp. jejich charakter může být takový, že si vyžádá větší úpravy v protokole, umožňuje se správci daně protokol nejen opravit, ale v případě potřeby i vypracovat dodatek k protokolu, a to nejpozději v den jeho projednání. Jestliže kontrolovaný daňový subjekt nesouhlasí s vyčísleným rozdílem daně, má právo už v samotném písemném vyjádření k protokolu reagovat na vyčíslený rozdíl daně a zároveň trvat na tom, aby jeho námitky správce daně uvedl a vyhodnotil v dodatku k protokolu.⁵²

Po projednání protokolu o daňové kontrole protokol podepisuje příslušný zaměstnanec správce daně, daňový subjekt nebo jeho zástupce. Protokol je podkladem pro vydání platebního výměru, resp. dodatečného platebního výměru. Den projednání protokolu je dnem jeho doručení.

⁵² MRVOVÁ, M. Daňová kontrola a opakovaná daňová kontrola. *Dane a účetnictvo v praxi*. Bratislava: IURA Edition, spol. s r. o., 2010, č. 9. s. 10 – 14.

Daňová kontrola je tímto skončená. Tímto dnem však může být i den, který správce daně oznámil ve výzvě pro projednání protokolu, a to v případě, když se daňový subjekt anebo jeho zástupce bezdůvodně nezúčastnil projednávání, resp. protokol nebyl podepsaný, anebo došlo k odmítnutí jeho převzetí. Dnem následujícím po dni projednání protokolu se začíná vyměřovací řízení. Doručení protokolu anebo sepsání zprávy o dohodě o výšce daně se podle SDP pokládá za úkon směřující k vyměření daně anebo rozdílu daně a jeho vykonáním začíná plynout nová lhůta pro vyměření daně anebo rozdílu daně podle § 45 tohoto zákona, tj. v délce trvání pěti nebo sedmi let, plyne znovu od konce roku, ve kterém byl daňový subjekt o tomto úkonu vyrozuměn. Vyměřit daň anebo rozdíl daně je možné nejpozději do deseti let od konce roku, ve kterém vznikla povinnost podat daňové přiznání anebo hlášení, anebo v kterém byl daňový subjekt povinný daň zaplatit bez povinnosti podat daňové přiznání anebo hlášení, anebo ve kterém daňovému subjektu vznikl nárok na vrácení nadměrného odpočtu anebo nárok na vrácení daně.

Dle § 44 odst. 6 písm. b) SDP, pokud se u daňového subjektu provede daňová kontrola anebo opakovaná daňová kontrola, správce daně vydá do 15 dní od jejího skončení platební výměr popř. dodatečný platební výměr, a to tehdy, pokud se daň zjištěná v rámci daňové kontroly odlišuje od vyčíslené daně uvedené v daňovém přiznání anebo dodatečném daňovém přiznání.

Na daňovou kontrolu se dále přiměřeně vztahují také další ustanovení první části SDP. Správce daně má postupovat i při daňové kontrole v úzké součinnosti s daňovým subjektem, přitom od daňového subjektu může při plnění jeho povinností vyžadovat takové prostředky, které by ho co nejméně zatěžovaly. Daňové subjekty mají zákonnou povinnost spolupracovat se správcem daně, tj. poskytovat mu součinnost, avšak správce daně má při vyžadování plnění postupovat tak, aby co nejméně zatěžoval daňové subjekty. Platí tu zásada úzké součinnosti správce daně s daňovými subjekty. Tato zásada úzce souvisí se zásadou rychlosti a hospodárnosti, tzn. že správce daně by měl vést jakoukoliv činnost, tj. i daňovou kontrolu hospodárně, bez zbytečného zatěžování daňových subjektů. Zásada hospodárnosti a rychlosti řízení, kdy její podstata spočívá i v tom, aby správce daně jednal bez zbytečných průtahů a aby zároveň kontrola probíhala hospodárně s použitím nejvhodnějších prostředků.

Jak je možné komparací vyzorovat, právní úprava práv a povinností slovenské úpravy je upravena detailněji než česká právní úprava v ZSDP. S ohledem na úpravu daňové kontroly v trestním právu, a to daňových trestních činů, lze dále konstatovat, že slovenská úprava daňové kontroly, potažmo jednotlivých práv a povinností daňového subjektu, je ve

srovnání s českou právní úpravou přísněji hodnocena, neboť za jejich porušení hrozí vyšší právní postihy. Velmi cenná je povinnost pracovníka správce daně SR předložit pověření ředitele finančního úřadu k provádění daňové kontroly a také povinnost daňového subjektu písemně se vyjádřit k Protokolu o výsledku daňového řízení. Nejzásadněji se jeví povinnost daňového subjektu, uložená mu ustanovením § 15 odst. 6 písm. a) SDP, a to umožnit pověřenému zaměstnanci správce daně daňovou kontrolu. Toto ustanovení nemá v české právní úpravě obdobu, což je velká škoda. Je sice nasnadě říci, že by tato povinnost měla vyplývat samozřejmě z tohoto institutu samotného, ovšem bohužel se tak vždy neděje. Proto je možné říci, že slovenská právní úprava této problematiky je důslednější a propracovanější i v návaznostech na související instituty slovenského práva (např. trestní postihy za neplnění povinností daňovým subjektem) než česká právní úprava. Harmonizovat postupy v rámci tohoto institutu daňového práva je jistě žádoucí, nejen s ohledem na rozmáhající se mezinárodní obchod a podnikání vůbec. Bylo by to vhodné nejen z pohledu daňového subjektu, kdy by měl jistotu v rozhodování ve stejné věci ve všech zemích stejně, ale také z toho důvodu, že by se nebylo možné daňové kontrole jen tak vyhnout tím, že se celý podnik přestěhuje do jiného města.

Contact – email

Lenka.Vesela(at)upol.cz

**EVROPSKÉ A NÁRODNÍ DIMENZE
OBČANSKÉHO PRÁVA**

***EUROPEAN AND NATIONAL
DIMENSION OF CIVIL LAW***

AUTORSKÉ PRÁVO A PRÁVA SÚVISIACE S AUTORSKÝM PRÁVOM Z HĽADISKA AKTUÁLNYCH HARMONIZAČNÝCH TENDENCIÍ NA ÚROVNI EÚ

ZUZANA ADAMOVÁ

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstract in original language

Článok sa zaoberá všeobecnými úvahami o tom, či je vôbec autorské právo a práva súvisiace s autorským právom v štátoch EÚ „harmonizované“ a aké sú aktuálne tendencie v tejto oblasti. Európske smernice sa totiž týkajú len niektorých vybraných oblastí, mnohé ich ustanovenia majú len dispozitívnu povahu a na úrovni členských štátov EÚ sa stále uplatňujú rozličné výnimky. Vývoj v EÚ bol navyše v posledných rokoch charakterizovaný najmä snahou o prijatie smernice, ktorou by sa predĺžila doba ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov.

Key words in original language

Autorské právo; práva súvisiace s autorským právom; európske právo; harmonizácia; doba ochrany; právo výkonných umelcov; právo výrobcov zvukových záznamov; digitálne prostredie.

Abstract

This article deals with some general thoughts on whether the copyright and related rights in EU member states really are "harmonized" and what are the actual tendencies in this field. European directives are applicable only in certain selected areas, many provisions are voluntary and on the level of EU member states various exceptions apply. The development in recent years in the EU has been characterized mainly by persistent efforts on the adoption of a directive, which would extend the term of protection of performer and phonogram producer rights.

Key words

Copyright; related rights; European law; harmonization; term of protection; performers' right; phonogram producers' right; digital environment.

HARMONIZÁCIA A JEJ AKTUÁLNE TENDENCIE

Autorské právo a práva súvisiace s autorským právom sú na európskej úrovni regulované siedmimi smernicami. Tieto smernice upravujú buď na vertikálnej úrovni niektoré špecifické oblasti (počítačové programy,¹

¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/24/ES z 23. apríla 2009 o právnej ochrane počítačových programov (kodifikovaná verzia).

databázy,² droit de suite³ či satelitné vysielanie a káblovú retransmisiu⁴) alebo na horizontálnej úrovni všeobecnejšie otázky (trvanie doby ochrany,⁵ nájomné a výpožičné právo⁶ či iné aspekty informačnej spoločnosti⁷). Harmonizáciu dopĺňa „najmladšia“ smernica o vymožitelnosti práv duševného vlastníctva z roku 2004⁸.

I keď sa na prvý pohľad môže javiť oblasť autorského práva a práv súvisiacich s autorským právom v EÚ ako harmonizovaná, existuje viacero dôvodov, ktoré toto tvrdenie ľahko vyvrátia. Je preto potrebné sa zamyslieť, či harmonizácia v tejto oblasti nevykazuje zásadné trhliny a tiež, aké by malo, resp. nemalo byť ďalšie smerovanie v tejto oblasti na úrovni EÚ.⁹

Ako jeden z pretrvávajúcich problémov možno označiť reguláciu len niektorých vybraných oblastí, pričom mnohé kruciálne témy sa pravidelne opomínajú.¹⁰ Na zreteli možno mať napríklad otázky zmluvného práva, kolektívnu správu práv, otázky týkajúce sa nakladania s osirelými dielami a mnohé ďalšie. Aktuálne Európska komisia v rámci tzv. Digitálnej

² Smernica Rady a Európskeho parlamentu 96/9/ES z 11. marca 1996 o právnej ochrane databáz.

³ Smernica Rady a Európskeho parlamentu 2001/84/ES z 27. septembra 2001 o práve ďalšieho predaja v prospech autora pôvodného umeleckého diela.

⁴ Smernica Rady 93/83/EHS z 27. septembra 1993 o koordinácii niektorých pravidiel týkajúcich sa autorského práva a práv príbuzných autorskému právu vzťahujúcich sa na satelitné vysielanie a káblovú retransmisiu.

⁵ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/116/ES z 12. decembra 2006 o harmonizácii trvania autorského práva a niektorých príbuzných práv (kodifikovaná verzia).

⁶ Smernica Rady 92/100/EHS z 19. novembra 1992 o nájomnom práve a výpožičnom práve a o určitých právach súvisiacich s autorskými právami v oblasti intelektuálneho vlastníctva.

⁷ Smernica Rady a Európskeho parlamentu 2001/29/ES z 22. mája 2001 o harmonizácii niektorých aspektov autorských práv a s nimi súvisiacich práv v informačnej spoločnosti.

⁸ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/48/ES z 29. apríla 2004 o vymožitelnosti práv duševného vlastníctva.

⁹ Z aktuálnych dokumentov *pozri* najmä strategický dokument Digitálna agenda pre Európu (KOM (2010)245 final z 19.5.2010). *Tiež* napr. zelená kniha s názvom Autorské práva v znalostnej ekonomike (KOM (2008) 466 final zo 16.7.2008), ktorá nadviazala na oznámenie Komisie nazvané Jednotný trh pre Európu 21. storočia (KOM (2007) 724 final z 20.11.2007).

¹⁰ *Bližšie* LEWINSKI, S. von – WALTER, M. M.: European Copyright Law. Commentary. Oxford, 2010.

agendy¹¹ uviedla, že práve posledné dve spomenuté oblasti by mali byť v dohľadnej dobe harmonizované a že už v novembri 2010 majú byť pripravené legislatívne návrhy smerníc a príslušné hodnotenia dopadu.¹² Evidentne však opäť nepôjde o návrhy pripravené v súčinnosti s akademickou sférou. Expertná skupina zložená z akademikov, ktorá pôsobila pri Európskej komisii,¹³ bola v roku 2004 zrušená, a to aj napriek skutočnosti, že už v tom čase na tejto úrovni prebiehali prvé rokovania smerujúce k prijatiu smernice o kolektívnej správe práv.¹⁴

Pozitívne možno hodnotiť aspoň fakt, že konečne EÚ ide riešiť potrebnú agendu. Posledné roky totiž možno definovať skôr ako obdobie, kedy európske inštitúcie investovali obrovské množstvo času, energie a finančných prostriedkov na nesprávnom mieste. Na zreteli máme najmä prípravu a rozsiahle rokovania týkajúce sa „návrhu smernice o predĺžení doby ochrany“ s osobitným zreteľom len na práva (niektorých) výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov. Túto myšlienku od počiatku plne odmietali najvýznamnejšie akademické inštitúcie i mnohé členské štáty EÚ.¹⁵

Okrem toho, že za posledné roky sa v autorskom práve neuskutočnil žiaden významnejší posun vpred, možno ako ďalší problém označiť nedostatočnú transpozíciu smerníc na úrovni jednotlivých členských štátov EÚ a tiež aplikáciu výnimiek. Výnimkou sa na tomto mieste rozumie napríklad aplikácia ustanovenia čl. 8 ods. 2 smernice o práve ďalšieho predaja v prospech autora pôvodného umeleckého diela, kedy členské štáty nemusia uplatňovať právo na ďalší predaj v prospech právnych nástupcov umelca po jeho smrti. Aktuálne snahy však smerujú k opätovnému predĺženiu takejto výnimky (t. j. napr. prípad Talianska).

Ako osobitnú tému v kontexte harmonizácie na úrovni EÚ možno označiť množstvo dispozitívnych ustanovení smerníc. Klasickým príkladom je

¹¹ Digitálna agenda pre Európu (KOM (2010)245 final z 19.5.2010).

¹² Ku dňu odovzdania tohto príspevku (21.11.2010) takéto návrhy neboli sprístupnené.

¹³ High Level Experts Group on Copyright and Neighbouring Rights.

¹⁴ *Bližšie* ADAMOVIČ, Z.: Príprava novej európskej smernice o kolektívnej správe autorského práva a súvisiacich práv: informácia o činnosti expertnej skupiny Európskej komisie pre autorské právo a súvisiace práva (European Commission High Level Experts Group on Copyright and Related Rights). Právny obzor, roč. 88, 2005, 1, s. 94 - 97.

¹⁵ *Bližšie* ADAMOVIČ, Z.: Predĺženie doby ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov. Duševné vlastníctvo, roč. 13, 2009, č. 1, s. 19 - 21.

napríklad smernica 2001/29/ES, tzv. informačná smernica, ktorá v článkoch 2 – 4 upravuje výlučné práva autorov a iných nositeľov práv a v článku 5 tejto smernice sú zase zakotvené výnimky z týchto výlučných práv. Jedinou výnimkou, ktorú sú však členské štáty povinné upraviť vo svojich národných právnych poriadkoch je dočasné vyhotovovanie rozmnoženiny, ktoré je prechodné alebo náhodné a je integrálnou alebo podstatnou časťou technologického procesu (čl. 5 ods. 1 informačnej smernice).¹⁶

Ostatných dvadsať výnimiek upravených v článku 5 ods. 2 a 3 informačnej smernice má len dispozitívnu povahu. I keď v niektorých prípadoch je výnimka zakotvená vo všetkých 27 štátoch (napr. použitie v prospech ľudí s telesným postihnutím, ktoré sa priamo viaže na postihnutie a je nekomerčnej povahy, v rozsahu, ktorý vyžaduje daný druh postihnutia podľa čl. 5 ods. 3 písm. b) informačnej smernice), často vznikajú zásadné a ďalekosiahle rozdiely v národných poriadkoch jednotlivých členských štátov. Osobitne je to možné vnímať najmä pri tých výnimkách, ktoré sa viažu na povinnosť primeranej (spravodlivej) kompenzácie. Najväčšie problémy v praxi vznikajú zrejme v súvislosti s vyhotovovaním rozmnoženín pre osobnú potrebu (private copy), ktoré je tiež viazané na kompenzáciu - náhradu odmeny (čl. 5 ods. 2 písm. b) informačnej smernice). Keďže táto výnimka nie je zavedená vo všetkých členských štátoch a keďže náhrady odmien sa viažu na prázdne nosiče, prístroje a zariadenia určené na rozmnožovanie, je bežným javom vznik tzv. sivých trhov. Tie sa vytvárajú aj z toho dôvodu, že v jednotlivých štátoch sa uplatňujú rôzne systémy výpočtu náhrad odmien a rozličný je aj okruh nosičov, prístrojov a zariadení určených na rozmnožovanie, na ktoré je náhrada odmeny uvalená.¹⁷ Vzniknutý stav rozhodne nemožno označiť ako prejav harmonizácie v autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom.

DOBA OCHRANY A JEJ OPĀTOVNÉ PREDĹŽENIE

Je zrejmé, že oblasť autorského práva a práv súvisiacich s autorským právom je na úrovni členských štátov EÚ stále veľmi rôznorodá. Nielenže štáty nie sú schopné nájsť konsenzus aspoň v jednoduchých otázkach, ale navyše (spoločne s Európskou komisiou) ani v takých zásadných, ako je

¹⁶ Ustanovenie § 32 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov.

¹⁷ Aktuálne v tejto súvislosti pozri rozhodnutie Súdneho dvora EÚ z 21. októbra 2010 vo veci Padawan SL v. SGAE. *Bližšie* ADAMOVI, Z.: Aktuálne z autorského práva. Duševné vlastníctvo. 2010, 4.

napríklad fakt, či sa smernica o službách na vnútornom trhu vzťahuje aj na „služby“ poskytované organizáciami kolektívnej správy alebo naopak.

Napriek uvedeným skutočnostiam sa posledné roky na úrovni EÚ venovali práve spomínanej smernici, ktorou sa mala predĺžiť doba ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov. Opätovné predĺženie doby ochrany a obmedzenie public domain však nie je v histórii autorského práva a práv súvisiacich s autorským právom ničím novým.

Tak isto ako doba ochrany, aj public domain má svoj praktický i filozofický rozmer. Dielo alebo iný predmet ochrany spadajúci do public domain možno ďalej používať bez povinnosti získať na to súhlas alebo platiť odmenu za použitie.¹⁸ Podstatné je, že voľný predmet ochrany sa môže stať základom pre novú (nadväzujúcu) tvorbu, ale nie je vylúčené ani jeho ďalšie komerčné využitie. Public domain je podstatnou súčasťou filozofie práva duševného vlastníctva a akékoľvek diskusie na tému časovo neobmedzenej dĺžky doby ochrany treba rezolútne odmietnuť. Naopak, na mieste je diskusia o primeranej dĺžke autorského práva a práv súvisiacich s autorským právom. Primeraná doba ochrany zabezpečí nositeľovi práv dostatočný čas a priestor na šírenie výsledkov jeho tvorivej duševnej činnosti, ako aj na ekonomické zhodnotenie jeho práce či investovaných prostriedkov. Na druhej strane, po určitom čase umožní iným subjektom nadviazať na takúto tvorbu a ďalej participovať na kultúrnom živote svojím vlastným umeleckým, vedeckým či iným vkladom do kultúrneho dedičstva spoločnosti.

Doba ochrany plní významnú úlohu vyváženia záujmov medzi záujmami širokej verejnosti na jednej strane a záujmami nositeľov práv na strane druhej. Vďaka obmedzenej dĺžke trvania práv majú ďalšie osoby lepší prístup k takémuto materiálu, čo má aj významný praktický rozmer. Po určitej dobe je totiž zvyčajne už nemožné identifikovať okruh nositeľov práv a nadobúdať od týchto subjektov súhlas na použitie. Každý preto môže používať predmety ochrany, ktoré patria do public domain, pričom k takémuto predmetu mu prirodzene nevznikajú žiadne výlučné práva.¹⁹

¹⁸ Od *public domain* (ang.) / *domaine public* (fr.) je potrebné odlišovať *domaine public payant*, kedy možno používať predmety spadajúce do *public domain*, avšak za použitie sa musí uhradiť poplatok. V Slovenskej republike sa takýto poplatok uhrádza za použitie voľných diel umeleckým fondom v zmysle ustanovení § 10 a nasl. zákona č. 13/1993 Z. z. o umeleckých fondoch v znení neskorších predpisov. *Bližšie* LEWINSKI, S. von – WALTER, M. M.: *European Copyright Law. Commentary*. Oxford, 2010, s. 541.

¹⁹ Výlučné práva by však mohli vzniknúť k novému dielu, ktoré je odvodené od diela pôvodného (napríklad v prípade prekladu, adaptácie, spracovania a pod.). Aj keď dielo patrí do *public domain*, štáty môžu vyžadovať určité špecifické nakladanie s dielom. Napríklad podľa § 17 ods. 3, prvá veta zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej AZ), *po smrti autora si nikto nesmie prisvojiť jeho autorstvo k dielu; dielo možno*

Doba ochrany, podobne ako aj celé právo duševného vlastníctva, prešli svojim vývojom. Historicky možno od 18. storočia sledovať postupné predlžovanie doby ochrany a paralelne aj rozširovanie okruhu chránených predmetov. Súčasná podoba autorského práva je preto značne odlišná od tej zo začiatku 18. storočia. Keď bol v roku 1709 v Anglicku prijatý historicky prvý autorský zákon – zákonník kráľovnej Anny, výlučné právo autora publikovať knihu uplynulo po 14 rokoch od dátumu prvej publikácie. Ak na konci tohto obdobia bol autor ešte stále živý, mohol predĺžiť toto výlučné právo o ďalších 14 rokov.²⁰ Treba ešte pripomenúť, že autorské právo plnilo v tom čase úlohu nástroja cenzúry, aby kráľ mohol kontrolovať vydávané texty.

Autorské právo 18. storočia v Anglicku možno charakterizovať dvomi základnými znakmi: relatívne krátka doba ochrany a registrácia diel. Každé dielo sa totiž muselo obligatórne, ešte pred publikovaním, registrovať v Stationers' Company, ktorú spravovala skupina vydavateľov s právom cenzurovať publikácie. Dôvod bol v tom čase prozaický – kráľ potreboval kontrolovať šírenie myšlienok v literárnych dielach, a preto bolo jeho cieľom obmedzovanie tlače kníh.

Vydavatelia (v jednej osobe aj predajcovia kníh) čoskoro pochopili ekonomický význam autorskoprávnej ochrany a už v polovici 18. storočia prebehol prvý významný boj o predĺženie doby ochrany: BATTLE OF BOOKSELLERS (zápas predajcov kníh). Tento zápas trval 30 rokov a jeho výsledok bol z hľadiska vydavateľov pozitívny. Doba ochrany sa predĺžila. Zaujímavý je z tých čias citát od neznámeho pamfletistu,²¹ ktorý znie (voľne preložený):

„Nevidím teraz žiaden dôvod na poskytnutie ďalšej doby ochrany, ktorý tiež nepovedie k ďalšiemu a ďalšiemu poskytnutiu vždy, keď staré doby ochrany uplynú v skutočnosti to bude zakladať večný monopol, vec nepochybne ohavnú v očiach práva, bude to veľká brzda obchodu, odrádzanie od učenia,

použiť len spôsobom neznižujúcim jeho hodnotu a musí sa uviesť meno autora alebo jeho pseudonym, ak nejde o anonymné dielo.

²⁰ LIPSZYC, D.: Copyright and Neighbouring Rights. Paríž: UNESCO, 1999, s. 253.

²¹ „I see no reason for granting a further term now, which will not hold as well for granting it again and again, as often as the old ones expire... it will in effect be establishing a perpetual monopoly, a thing deservedly odious in the eye of the law; it will be a great cramp to trade, a discouragement to learning, no benefit to authors, but a general tax on the public; and all this only to increase the private gain of booksellers.” (1735)

http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne (7.11.2010).

bez prospechu pre autorov, ale všeobecná daň verejnosti a toto všetko len preto, aby sa zvýšil súkromný zisk predajcov kníh.,, (1735)

Vyhlásenie z 18. storočia by určite mohlo nájsť svoje uplatnenie v rôznych obdobiach autorskoprávnej histórie a prednesené argumenty rozhodne obstoja aj v súčasnosti. Vypočuté by však zrejme opäť neboli.

Jeden z najznámejších národných prípadov predĺženia doby ochrany pochádza len z nedávnej minulosti a týka sa prijatia tzv. Sonny Bono Act (Copyright Term Extension Act) v USA.²² Spojené štáty americké prijali v roku 1790 „starý“ anglický model a základná doba ochrany trvala rovnako 14 rokov (s možnosťou predĺženia o ďalších 14 rokov). V roku 1831 to bolo už 28 rokov (s možnosťou predĺženia o 14 rokov) a od roku 1978 doba ochrany trvala počas života autora a 50 rokov post mortem auctoris. Kontroverzným zákonom Sonny Bono²³ sa v roku 1998 predĺžila doba ochrany zo „život+50“ na „život+70“ a pre kolektívne formy autorstva až na 120 rokov po vytvorení, resp. 95 rokov po publikovaní. Zákon sa pejoratívne označoval aj ako Mickey Mouse Protection Act. O predĺženie doby ochrany sa významne pričínili pozostalí po niektorých známych umelcoch (napr. vdova po spevákovi Sonny Bony, dedičia práv po skladateľovi Gershwinovi). Dokonca bol formulovaný aj návrh na predĺženie doby ochrany „navždy“, resp. (ak by to bolo v rozpore s Ústavu Spojených štátov amerických) aspoň „navždy mínus jeden deň“.

DOBA OCHRANY V MEDZINÁRODNOM A KOMUNITÁRNOM PRÁVE

Bernský dohovor o ochrane literárnych a umeleckých diel²⁴ z roku 1886 pôvodne neobsahoval žiadnu konkrétnu dobu ochrany. Bolo to z dôvodu, že národné právne úpravy sa značne líšili a z pôvodných desiatich signatárov tohto dohovoru len Belgicko a Francúzsko v čase pristúpenia k nemu

²² *Bližšie* RIMMER, M.: Digital copyright and the consumer revolution: hands off my iPod. Edward Elgar Publishing, 2007, s. 24 a nasl.

²³ *Pozri* rozhodnutie vo veci Eldred v. Ashcroft 537 U.S. 186 týkajúce sa ústavnosti Copyright Term Extension Act.

²⁴ Bernský dohovor o ochrane literárnych a umeleckých diel z 9. septembra 1886 (vyhl. č. 133/1980 Sb.); (ďalej Bernský dohovor).

aplikovali dobu ochrany „život+50“.²⁵ Z toho dôvodu Bernský dohovor upravoval dobu ochrany len v tom zmysle, že výkon práv v iných štátoch nesmie trvať dlhšie, ako je doba ochrany poskytnutá v štáte pôvodu, teda sa aplikoval princíp národného zaobchádzania. Princíp minimálnej doby ochrany „život + 50“ bol zavedený od roku 1948 a zohľadňoval rozličné doby ochrany pre určité kategórie diel. Už počas štokholmskej konferencie o revízii Bernského dohovoru v roku 1967 sa však diskutovalo o ďalšom predĺžení tejto doby ochrany.²⁶ V Rímskom dohovore o ochrane výkonných umelcov, výrobcov zvukových záznamov a vysielateľov²⁷ bola minimálna doba ochrany stanovená v článku 14 na 20 rokov (od vyhotovenia záznamu uskutočnenia výkonu alebo vysielania programu). Ženevský dohovor o ochrane výrobcov zvukových záznamov proti nedovolenému rozmnožovaniu ich zvukových záznamov²⁸ v zmysle čl. 4 ponecháva dobu ochrany na národných štátoch.

V Európe však zásadný moment pre trvanie doby ochrany znamenalo prijatie smernice 93/83/EHS,²⁹ ktorou sa harmonizovala doba ochrany autorského práva a práv súvisiacich s autorským právom. Prijatím smernice o zosúladení doby ochrany sa v roku 1993 urobil významný krok na poli harmonizácie autorskoprávných úprav. Bernský dohovor aj Rímsky dohovor dovtedy položili základ len minimálnej dobe ochrany a ponechali členským štátom voľnosť priznávať aj dlhšie doby. Značné rozdiely medzi vnútroštátnymi predpismi upravujúcimi trvanie práv tak vytvárali prekážky voľného pohybu tovarov a služieb a deformovali hospodársku súťaž na spoločnom trhu.

Na základe smernice o zosúladení doby ochrany autorského práva a niektorých súvisiacich práv sa doba ochrany autorských práv v štátoch EÚ stanovila na obdobie života autora a 70 rokov po jeho smrti. Ako sa uvádza v recitáli smernice, minimálne trvanie ochrany ustanovené Bernským dohovorom, t. j. počas života autora a 50 rokov po jeho smrti, bolo motivované ustanovením ochrany pre autora a pre prvé dve generácie jeho potomkov. Priemerná dĺžka života v Európskom spoločenstve sa však

²⁵ LIPSZYC, D.: *Copyright and Neighbouring Rights*. Paríž: UNESCO, 1999, s. 260.

²⁶ *Idem*, s. 262.

²⁷ Medzinárodný dohovor o ochrane výkonných umelcov, výrobcov zvukových záznamov a vysielajúcich organizácií (vyhl. č. 192/1964 Zb.); (ďalej Rímsky dohovor).

²⁸ Dohovor o ochrane výrobcov zvukových záznamov proti nedovolenému rozmnožovaniu ich zvukových záznamov (vyhl. 32/1985 Zb.).

²⁹ Smernica Rady 93/98/EHS z 29. októbra 1993 o harmonizácii trvania autorského práva a niektorých súvisiacich práv.

predĺžila tak, že táto doba už nebola postačujúca, aby pokryla dve generácie.³⁰ Trvanie súvisiacich práv bolo smernicou všeobecne upravené na obdobie 50 rokov. V prípade výkonných umelcov práva uplynuli po 50 rokoch od podania výkonu, resp. od uvedenia na verejnosti, v prípade výrobcov zvukových záznamov a výrobcov prvého záznamu filmu práva uplynuli 50 rokov po vyhotovení záznamu a pokiaľ išlo o vysielajúce organizácie – 50 rokov po prvom vysielaní.

V roku 2001 vznikla potreba zmeniť a doplniť predmetnú smernicu tak, aby bola v súlade so zmluvou WIPO o umeleckých výkonoch a zvukových záznamoch (WPPT),³¹ a to s ohľadom na práva výrobcov zvukových záznamov. Následne tak bolo publikované kodifikované znenie – smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/116/ES o dobe ochrany autorského práva a niektorých súvisiacich práv.³² V roku 2007 však Európska komisia začala opäť prezentovať názor, že sú tu dôvody na legislatívne zmeny v oblasti trvania práv súvisiacich s autorským právom – konkrétne na predĺženie doby ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov.³³

Európska komisia a mnohé lobistické skupiny³⁴ vynaložili za posledné roky veľké úsilie predĺžiť dobu ochrany. Návrh dlho brzdila tzv. blokačná menšina vytvorená zo štátov EÚ, avšak návrh nakoniec schválil – i keď s mnohými pozmeňovacími návrhmi – Európsky parlament (predĺženie doby ochrany na 70 rokov).³⁵ Vzhľadom na spolurozhodovaciu právomoc Európskej rady a Európskeho parlamentu sa teraz vlastne len „čaká“ až sa predsedníckym štátom stane krajina, ktorá bude návrh podporovať a dá predĺženiu doby ochrany voľný priechod. Počas celého tohto procesu možno v pozadí cítiť silné lobistické tlaky, čo je dôkazom, že otázka predĺženia doby ochrany nie je len otázkou právnou, ale skôr záležitosťou politiky a ekonomiky kreatívneho priemyslu. S istým nadhľadom by sa mohlo obdobie posledných rokov označiť ako BATTLE OF PHONOGRAM PRODUCERS, teda zápas výrobcov zvukových záznamov.

³⁰ Recitál 5 smernice 93/98/EHS.

³¹ Oznámenie č. 177/2006 Z. z.

³² Ú. v. ES L 167.

³³ Pozri návrh Európskej komisie (COM(2008)464 final).

³⁴ Pozri napr. Gowers Review of Intellectual Property. 2006, s. 48 a nasl.

<http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>
(7.11.2010).

³⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0282+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-64> (7.11.2010).

BATTLE OF PHONOGRAM PRODUCERS

V tlačovom vyhlásení zo 14. februára 2008 európsky komisár pre vnútorný trh a služby Charlie McCreevy oznámil svoj zámer predložiť návrh na predĺženie doby ochrany zvukových záznamov na 95 rokov.³⁶ Ako uviedol, „autorskoprávna ochrana pre európskych výkonných umelcov predstavuje morálne právo kontrolovať použitie svojich diel a užiť sa z umeleckých výkonov“. Podľa jeho vyhlásenia, tisícky anonymných štúdiových hudobníkov, ktorí prispeli k zvukovým nahrávkam v neskorých päťdesiatych a šesťdesiatych rokoch už viac nebudú dostávať odmeny za hranie svojich zvukových záznamov v rádiu.

V zmysle navrhovanej smernice sa mala predĺžiť doba ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov z 50 na 95 rokov po uverejnení zvukového záznamu a výkonu na ňom zaznamenaného (návrh bol neskôr upravený v zmysle predĺženia doby ochrany na 70 rokov; v tejto podobe ho aj schválil Európsky parlament). Mal by sa tiež zaviesť rad sprievodných prechodných opatrení s cieľom zabezpečiť, aby výkonní umelci, ktorí previedli svoje výhradné práva na výrobcov zvukových záznamov pred predĺžením doby ochrany, skutočne využívali výhody tohto predĺženia.

Prvé sprievodné opatrenie má spočívať v tom, že výrobcovia zvukových záznamov sú povinní aspoň jedenkrát do roka vyhradiť najmenej 20 percent z príjmov pochádzajúcich z výhradných práv na rozširovanie, rozmnožovanie a sprístupnenie zvukových záznamov. Tie by, pri neexistencii predĺženia doby ochrany, boli v dôsledku oprávneného uverejnenia alebo oprávneného predvedenia verejným majetkom. Takéto finančné prostriedky by sa mali individuálne rozdeľovať medzi iných ako prominentných výkonných umelcov, konkrétne medzi štúdiových hudobníkov. Druhé sprievodné prechodné opatrenie spočíva v tom, že práva na zaznamenanie výkonu bude opätovne vykonávať výkonný umelec, ak výrobca zvukových záznamov upustí od uvedenia do predaja dostatočného množstva rozmnoženín zvukového záznamu alebo upustí od ich sprístupňovania verejnosti (klauzula use it or lose it). Navyše, v niektorých členských štátoch sa na hudobné kompozície s textom uplatňuje jednotná doba ochrany, ktorá sa počíta od úmrtia posledného žijúceho autora, pričom v iných členských štátoch sa na hudbu a text uplatňujú rozdielne doby ochrany. Je zrejmé, že zosúladenie doby ochrany v prípade hudobných kompozícií s textom nie je kompletne, čím vznikajú prekážky voľného pohybu tovarov a služieb (napr. pri cezhraničných službách kolektívnej

³⁶ Tlačové vyhlásenie IP/08/240, Brusel, zo 14. 2. 2008, Charlie McCreevy, „Performing Artists – no longer be the „pour cousins“ of the music business.“

správy autorských práv). Harmonizácia tejto oblasti predstavuje tretie sprievodné opatrenie.

Krátko po zverejnení návrhu smernice sa začali ozývať prvé kritické hlasy tak zo strany zástupcov jednotlivých členských štátov EÚ, ako aj zo strany spotrebiteľov, nositeľov práv, akademických subjektov, niektorých poslancov Európskeho parlamentu, či paradoxne aj zo strany niektorých organizácií kolektívnej správy práv. Pripomienky zásadného významu prezentovali napríklad aj viaceré významné vedecko-výskumné pracoviská ako napr. Inštitút Maxa Plancka pre právo duševného vlastníctva, súťažné a daňové právo (ďalej MPI) v Mníchove,³⁷ Inštitút pre informačné právo (IViR) v Amsterdame, či viacerí poprední odborníci v oblasti autorských práv.³⁸ Všeobecne možno zhrnúť, že sa jednoznačne ocenil úmysel a snaha Európskej komisie podstatne zlepšiť situáciu výkonných umelcov, ale predĺženie doby ochrany pre „zvukové záznamy“, t. j. pre výkonných umelcov aj pre výrobcov zvukových záznamov, spolu so sprievodnými opatreniami väčšina subjektov nepovažuje za vhodný nástroj na dosiahnutie stanoveného cieľa.

PRIMERANÁ DĹŽKA DOBY OCHRANY

V návrhu smernice sa uvádza, že výkonní umelci vo všeobecnosti začínajú kariéru v mladosti a súčasná doba ochrany 50 rokov často nechráni ich výkony počas celej dĺžky ich života. Preto výkonní umelci na sklonku života čelia rozdielom v príjmoch. Ako sa však uvádza v stanovisku MPI, „ak majú v súčasnosti výkonní umelci problémy zarobiť si na slušné živobytie zo svojej práce, vrátane zvukových záznamov ku ktorým prispievajú, nemá to vôbec alebo to má len málo spoločné s dobou ochrany, ktorá je limitovaná na 50 rokov. Je to skôr dôsledok ich situácie ako slabšej strany pri zmluvných rokovaniach s nahrávacími spoločnosťami.“³⁹ Kvôli

³⁷ KLASS, N., DREXL, J., HILTY, R. M., KUR, A., PEUKERT, A.: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Concerning the Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings. IIC, 2008, 5, s. 586-596.

³⁸ Copyright extension is the enemy of innovation. Timesonline.

<http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/letters/article4374115.ece> (7.11.2010).

Pozri tiež HELBERGER, N., DUFFT, N., GOMPEL, S. van, HUGENHOLTZ, B.: Never Forever: Why Extending the Term of Protection for Sound Recording is a Bad Idea. E.I.P.R., 2008, 5, s. 174-181.

³⁹ KLASS, N., DREXL, J., HILTY, R. M., KUR, A., PEUKERT, A.: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Concerning the

slabej vyjednávacíj pozícii štúdiovní hudobníci zvyčajne dostanú len jednorazovú platbu, za čo prevedú všetky svoje práva.⁴⁰

Najväčšia miera kritiky sa však nezamerala na samotný fakt predĺženia doby ochrany, ale na jeho rozsah, ktorý je takmer dvojnásobný. Navrhovaná úprava vychádza z právnej úpravy USA, kde sú práva autorov a výkonných umelcov chránené 95 rokov. Právna úprava USA je však diametrálne odlišná od európskej, keďže zvukové záznamy sú chránené priamo autorským právom, čo so sebou prináša viaceré závažné dôsledky.⁴¹

Pravdou však je, že keďže všetci výkonní umelci zomrú počas 95 rokov od podania svojho výkonu, priamo budú výhody z tohto predĺženia čerpať len výrobcovia zvukových záznamov. Navyše len najúspešnejší výkonní umelci môžu teoreticky mať počas svojho života výhody plynúce z predĺženia doby ochrany, keďže len ich zvukové záznamy budú komerčne úspešné aj po uplynutí 50 rokov.⁴²

Druhým zásadným problémom je, že ustanovenia o predĺžení doby ochrany, rovnako ako aj smernica samotná, sa vzťahujú len na zvukové záznamy, teda vo vzťahu k tým výkonným umelcom, ktorých umelecké výkony sú zaznamenané na zvukovom zázname. Tým sa zavádza značná disproporcía medzi postavením výkonných umelcov pôsobiacich v rôznych oblastiach (s tým súvisí aj navrhované právo na dodatočnú odmenu, ktorej sa tento výkonný umelec nemôže vzdať).

V stanovisku MPI sa tiež poukazuje na nesprávne chápanie celkového konceptu autorského práva vo vzťahu k právam súvisiacim s autorským právom, na ktorom je postavená európska a medzinárodná právna úprava. Kým autorské právo je založené na tom, že hudobní skladatelia a autori textov vytvorili niečo nové, výkonní umelci len interpretujú niečo, čo vytvorili iní. Navyše, ekonomické štúdie, ktoré sú v stanovisku citované,

Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings. IIC, 2008, 5, s. 587.

⁴⁰ Návrh smernice vychádza z terminológie umožňujúcej prevod a postúpenie práv (*angl.* transfer and assignment).

⁴¹ Pozri tiež HELBERGER, N., DUFFT, N., GOMPEL, S. van, HUGENHOLTZ, B.: Never Forever: Why Extending the Term of Protection for Sound Recording is a Bad Idea. E.I.P.R., 2008, 5, s. 181.

⁴² KLASS, N., DREXL, J., HILTY, R. M., KUR, A., PEUKERT, A.: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Concerning the Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings. IIC, 2008, 5, s. 587.

poukazujú na to, že doba ochrany autorského práva môže byť v súčasnosti už príliš dlhá. Preto je dôležité, aby sa zabránilo rovnakým chybám s ohľadom na práva súvisiace s autorským právom.⁴³

Na záver sa možno aspoň teoreticky zamyslieť nad alternatívou skrátenia doby ochrany. Zaujímavý výskum v tejto oblasti uskutočnil R. Pollock z univerzity v Cambridge, ktorý vo svojom diele *Forever Minus One? Theory and Empirics of Optimal Copyright Term*,⁴⁴ prezentoval výpočet, že optimálna doba ochrany autorských práv by bola cca 15 rokov. Odhliadnuc od možnosti presne vypočítať optimálnu dobu ochrany, je takýto vedecký pokus zaujímavý minimálne z toho dôvodu, že asocioje dobu ochrany z čias, keď sa autorské právo ešte len rozvíjalo. Zákonník kráľovnej Anny, zákon USA z roku 1790 a mnohé ďalšie, na tomto mieste nespomenuté, právne predpisy kedysi vychádzali práve z takejto dĺžky doby ochrany.

V súčasnosti by už zrejme bola takáto krátka doba ochrany neobhájiteľná. Avšak ani neprímerane dlhá, či opakovane (aj retroaktívne) predĺžovaná, doba ochrany nie je vhodným riešením. Rozhodne je nevyhnutné zlepšiť sociálnu situáciu pôvodných nositeľov práv, najmä výkonných umelcov, prípadne i autorov. Avšak extrémne dlhá doba ochrany má veľmi negatívny vplyv na vyváženie záujmov medzi používateľmi a nositeľmi práv. Alternatívou oproti predĺžovaniu doby ochrany by mohlo byť napríklad zavedenie, resp. rozšírenie systému *domaine public payant*. Týmto spôsobom by bolo možné poskytnúť nositeľom práv počas určitej doby primeranú odmenu, avšak používanie by nebolo podmienené príslušným súhlasom, keďže by išlo o použitie voľných predmetov ochrany.

Čo sa týka návrhu smernice, ktorou by sa predĺžila doba ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov v EÚ, treba ho rezolútne odmietnuť. Ako možné riešenia sociálnej situácie výkonných umelcov treba spomenúť predovšetkým kvalitnejšie zmluvné právo, zlepšenie vymožiteľnosti práv výkonných umelcov, povinné sociálne poistenie výkonných umelcov atď. Najmä jednotlivé štáty, organizácie kolektívnej správy práv, ale aj samotní výkonní umelci, by v tomto smere mali hľadať nové možnosti na zlepšenia svojho sociálneho postavenia.

Dôležité však je, aby *public domain* bolo aj naďalej súčasťou nášho kultúrneho sveta a aby autorské diela, umelecké výkony a iné predmety duševného vlastníctva neostali len v dispozícií ekonomicky silných subjektov.

⁴³ *Idem*, s. 589.

⁴⁴ POLLOCK, R.: *Forever Minus One? Theory and Empirics of Optimal Copyright Term*. 2007, http://www.rufuspollock.org/economics/papers/optimal_copyright.pdf (7.11.2010).

Literature:

- ADAMOVIČ, Z.: Aktuálne z autorského práva. Duševné vlastníctvo. 2010, 4.
- ADAMOVIČ, Z.: Predĺženie doby ochrany práv výkonných umelcov a výrobcov zvukových záznamov. Duševné vlastníctvo, roč. 13, 2009, č. 1, s. 19 - 21.
- ADAMOVIČ, Z.: Príprava novej európskej smernice o kolektívnej správe autorského práva a súvisiacich práv: informácia o činnosti expertnej skupiny Európskej komisie pre autorské právo a súvisiace práva (European Commission High Level Experts Group on Copyright and Related Rights). Právny obzor, roč. 88, 2005, 1, s. 94 - 97.
- HELBERGER, N., DUFFT, N., GOMPEL, S. van, HUGENHOLTZ, B.: Never Forever: Why Extending the Term of Protection for Sound Recording is a Bad Idea. E.I.P.R., 2008, 5, s. 174-181.
- KLASS, N., DREXL, J., HILTY, R. M., KUR, A., PEUKERT, A.: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Concerning the Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings. IIC, 2008, 5, s. 586-596.
- LEWINSKI, S. von – WALTER, M. M.: European Copyright Law. Commentary. Oxford, 2010.
- LIPSZYC, D.: Copyright and Neighbouring Rights. Paríž: UNESCO, 1999.
- POLLOCK, R.: Forever Minus One? Theory and Empirics of Optimal Copyright Term. 2007, http://www.rufuspollock.org/economics/papers/optimal_copyright.pdf (11.7.2010).
- RIMMER, M.: Digital copyright and the consumer revolution: hands off my iPod. Edward Elgar Publishing, 2007.

Contact – email

zuzana.adamova@gmail.com

SOLIDARISM AS THEORETICAL FOUNDATION OF THE CONTRACT

BOJINCĂ MOISE

Faculty of Juridical Sciences and Letters, University „Constantin Brâncuși”
of Târgu-Jiu, Romania

Abstract in original language

Contractual solidarism as recent resurrection of that contract as well as the extension of its doctrine in legal theory became the basis of contract pleasing in the last years of an increasing number of followers who consider it necessary to raise with a principle of jurisprudence in contract law, the solidarity demands of loyalty and good faith in contractual mechanism resulting in the affirmation of the obligation of collaboration and cooperation between the parties. The co-contractual solidarism focused on collaboration and cooperation obligation of the parties thereto aims to distinguish the contractual performance of the contract making primarily affect its binding force. Being a relatively new and insufficiently developed theory which makes it sometimes impossible to be separate from the doctrine of usefulness and necessary fair, it continues to be contested today. However, his supporters believe it is not only possible but even necessary to do the reassessment of the three pillars of the legal regime of the contract, namely: freedom of contract, binding force of contract and its relativity effects. By situating the three principles under the contractual solidarism authority on trying to prove the existence and their actions are not put at risk in the context of current developments of positive law.

Key words in original language

Contract; freedom of contract; binding force of contract; relativity effects of contract.

Preliminaries

Indeed, nowadays, contract not only that does not know the crisis, as it was often affirmed in the specialty literature¹ - but moreover, it is permanently expanding. The affirmation is based, on one hand, on the appearance of an increasing number of contracts among which the non-named ones prevail

¹ See Liviu Pop, *Civil Law Treaty. Obligations, volume III, Contract*, Juridical Universe Press, Bucharest, 2009, p. 55, Paul Vasilescu, *Relativity of the Civil Juridical Document. Reference Points for a New General Theory of the Private Law Document*, Rosetti Press, Bucharest, 2003, p. 51.

and, on the other hand, on the diversification of the special legislation, in different juridical branches².

In parallel, we also assist to the enhancement of the role of the legislator and of the court regarding the contract forming and settling. Nowadays, the legislator has given up to his passive behaviour as a substitute of the contracting parts' will during the contract individualism, and he was happy to adopt disposing norms and he proceeds to the adoption and application of more and more imperative norms. The natural consequence of the new role undertaken by the legislator is the multiplication of the forced contracts and of the adhesion ones in relation to the negotiated ones.

At its turn, the court announces its presence in all the existential stages of the respective contract both in its concluding phase and during its existence when it follows the control of the behaviour of the parts and their obligation to a loyal and cooperating behaviour so that everyone could obtain the discounted advantages with minimum expenditures.

These changes that have appeared in the contractual mechanism made its evolution not to be explicit and understood in the highlight of the theory of the will autonomy. As a consequence, in the doctrine there were unleashed researches in order to find new fundamentals³ that could lead to understanding and explaining the contractual mechanism that should be generally accepted in the new developing context.

The theory of contractual solidarism subscribes in this sphere of concerns.

2. The content of the theory of contractual solidarism

Contractual solidarism starts from the finding that the voluntarist theory about the contract edifies its fundament only on the will of the parts, without considering their interest in the contract. Contractual solidarism considers interest as the concrete, constitutive element of the reports between the parts of the contract, and it affirms the necessity to accomplish the contract both on the will of the parts and on the interest they follow in order to conclude the contract.

² It is about the right to consume; the right to concurrence, the right to work and to have social security etc.

³ Therefore, beside the will autonomy theory and the one of contractual solidarism, there were also advanced the contract theory – an objective juridical situation and the theory of the common good and of the equity of the principles of social utility and commutative justice. For development, see Liviu Pop, *op. cit.*, p. 40-55.

Therefore, in the conception of social solidarism, the role of the juridical will consists of allowing the contracting parts to affirm their interest since concluding the contract and during their entire existence.

Contractual solidarism places interest in the centre of the reports between the contracting parts, offering it the main role in contractual mechanism. The analysis of the interest followed by the contracting parts makes possible the outlining of the real feature of the contractual relations. It considers that, as the parts express their consent to conclude the contract, each of them accepts to undertake the target to accomplish the other co-contractor's interest, who at his turn believes that this objective of concluding the contract and of its existence will be achieved.

Therefore, the contract generates between the parts a status of mutual dependence, fact that justifies and features the solidarity connection between them. By means of the contract, the parts manifest their interests, negotiate them and make them compatible, accomplishing a certain balance between them. The compatibilization of the interests of the contracting parts makes necessary the conciliation of their interests that are accomplished on the fair distribution of the losses and profits of the contracting parts basing on the principles of proportionality and coherence⁴.

The principle of proportionality has the value of a general rule between the targets and the advantages resulted from the contract, basing on and to the favour of the contracting parts.

The principle of coherence means the fact that the different clauses that form the contract content must be presented in a logical harmony, with no contradiction.

Contractual solidarism is the principle that imposes what contract must be, being endowed with a corrective function. It governs the contract content and, at the same time, the behaviour of the contracting parts.

During the existence of the contract, the parts accomplish a double role of contract authors and of actors in executing it.

Basing on the facts mentioned above, the authors of the theory of contractual solidarism consider that it is possible and even necessary to proceed to the reassessment of the three principles of the juridical system of the contract, namely: the contractual freedom, the mandatory force of the contract and the relativity of the contract effects.

⁴ See Vasile Patulea, Gheorghe Stancu, *Right of the Contracts*, CH Beck Press, 2008, p. 12.

By placing the three principles under the authority of the contractual solidarism, we are trying to prove that their existence and action are not endangered in the context of the current evolution of the positive law.

3. Contractual freedom and contractual solidarism

In time, the definition of the contractual freedom raised no problems. In exchange, the establishment of its limits has constituted and still constitutes a divergence source due to the evolutions in the contemporary positive law. The so-called contract “crisis” that is actually the will autonomy crisis – strongly manifested starting from the half of the 20th century, mainly occurs because of the number of legislative stipulations that have restraint the sphere of the contractual freedom, fact that lead to the affirmation of the “contractual dirigisme” assertion, in order to describe and qualify the new matrix applicable to the right of the contracts.

The contractual freedom is materialized in:

- the inexistence of the juridical obligation to conclude;
- every individual’s freedom to contract or not, by choosing his partner;
- the possibility of the parts to establish by their common will both the contract content and the meaning of the contractual clauses or stipulations⁵.

Contractual freedom defined as such appears as an absolute principle, with no limits, as it was considered by the principle of the will autonomy for which no restriction could and should be raised in order to hinder the freedom to contract. By means of suppletive norms that regulate the contract matter, the Civil Code largely respects this conception. However, the freedom to contract does not have an absolute feature, but a relative one, whereas both article 6 of the French Civil Code and article 5 of the Romanian Civil Code establish two restrictions, namely: public order and good manners⁶.

First of all, it is affirmed that contractual freedom finds its limit in the solidarity connection between the contracting parts, basing on which every

⁵ See Ion Dogaru, Nicolae Popa, Dan Claudiu Dănișor, Sevastian Cercel, *Bases of the Civil Law, volume I, General Theory*, CH Beck Press, Bucharest, 2008, p. 217.

⁶ Art. 1169 called “Freedom to contract” of the undertaken Romanian Civil Code – Law no. nr. 287/2009 specifies that: The parts are free to conclude any contracts and to determine their content, in the limits imposed by the law, by the public order and by the good manners”.

part must undertake the obligation to accomplish the co-contractor's interest. As a consequence, nobody should conclude unless they know they are able to accomplish their undertaken obligation.

From this obligation, we find certain obligations of the parts in the pre-contractual period, such as: the obligation to inform and the one to abnegation. In the Romanian legislation, the obligation to inform the professionals for the consumers' benefit is expressly regulated in art. 37-62 of law 296/2004 regarding the consumption code⁷ and consists of the necessity to provide the possibility of every co-contracting part to express advisedly its will.

The obligation to abnegation may be defined as being the duty not to contract, being the target of one of the parts, as a consequence of the incapacity of the other part to accomplish its contractual interest⁸. The solution is also the same regarding the client, namely by knowing his patrimonial situation, he must not contract an excessive credit that he will not be able to reimburse.

These correlative obligations are actually based on the solidarity connection between the contracting parts. According to the will autonomy theory, the contractual freedom is concretized in the possibility to choose the contract. But this side of the freedom to contract knows many imposed limitations, in the first place, by the forced contracts⁹.

Regarding the freedom of the parts to establish the contract content, it is affirmed that this appears under the authority of the contractual solidarism

⁷ Law 296/2004 regarding the consumption code was published in the Romanian Official Gazette, part I, No. 593 since July, 1st 2004.

⁸ For example, regarding the caution contract of a consumption credit operation art. L. 321-10 of the French Consumption Code stipulates that the credit institution cannot prevail this contract if when concluding the contract, the guarantor's commitment was disproportioned in relation to his goods and incomes. See Liviu Pop. op. cit, p. 62.

⁹ It is about the contracts of mandatory insurance of motor contractual responsibility whose conclusion cannot be rejected by the insurance society for which the insured future opted or by the estranged real estate for which it is stipulated a pre-emption right in favour of certain persons. Similarly, it is discussed the problem regarding the adhesion contracts.

whereas the respective content must constitute a conciliation of the interests of the contracting parts¹⁰.

At the same time, under the principles of proportionality and coherence, the judicial courts are closer to the contractors and to their commitment than the law and they have to right to proceed to checking the contract content, by limiting the contractual freedom by means of the solidarity connection that needs to exist between the contracting parts.

4. The mandatory force of the contract and contractual solidarism

The mandatory force of the contract¹¹ supposes two aspects tightly connected one to another. The first one consists of the fact that, since its valid conclusion, the contract has a definitely established content and it must be respected as the imperative legal prescriptions, namely the parts are kept to execute exactly the performances resulted from the contract.

The second one is the consequence of the first one and represents the irrevocability of the contract that concretizes in the fact that the concluded contract usually cannot be changed or unilaterally undone by the will of one of the contracting parts. Also, the contract has the same juridical force for the judicial court. This must force the parts to respect exactly the contract and, at the same time, it is kept to respect the legal contractual clauses.

Starting from this content, according to the will autonomy theory, the mandatory force of the contract has its fundament in the individual's will that legally connects by itself the contracting parts, without needing the interference of an outside factor. But the mandatory force of the contract is not actually based on its voluntarist origins, but on the law force.

¹⁰ The French doctrine refers to the renting contract, the work contract, the insurance contract, the consumption contract for which they establish juridical means able to provide a certain balance of the contract content, respectively the conciliation of the interests of the parts as an expression of the solidarity of the parts. See Liviu Pop, *op. cit.*, p. 64.

¹¹ In the Romanian law, the legal regulation of the principle of the mandatory force of the contract is found in art. 969, paragraph 1 of Civil Code that stipulates: "Legal conventions that were accomplished have law power between the contracting parties". This is the correlative of art. 1134 of the French Civil Code. The text of art. 969 of the Romanian Civil Code is also found in the Assumed Civil Code (Law no. 287/2009) in art. 1270, paragraph 1 called "Mandatory Force", having the following content: "The validly concluded contract has law power between the contracting powers".

As such, law and not the will of the parts is the one that impresses juridical force to the individual commitments. Other authors specified that the mandatory force of the contract is acknowledged by the legislator as the contract responds to the social justice and utility¹². Finally, other doctrinaires say that the mandatory force of the contract must be searched in the creditor's trust in his debtor or in the creditor's expectations that should be reasonable.

According to the social solidarism a validly concluded contract must be respected and executed exactly according to the agreed clauses. At the same time, it is appreciated as a first limit of the mandatory force the conciliation of the interests of the parts that is actually a condition of the contract existence. As a consequence, in order to have mandatory force, the contract must accomplish, beside the validated requirements appreciated when concluding the contract, the existence condition – namely the conciliation of the interests of the contracting parts that represent the contract content and that is appreciated during the entire contract. If, during the contract existence, imbalances interfere between the interests of the parts, it is necessary to interfere a new conciliation of the respective interests.

On this line art. 1271 of Law no. 287/2009 (Assumed Romanian Civil Code) specifies that: “(1) The parts are kept to execute their obligations, even if their execution has become more onerous. (2) However, the parts are forced to negotiate in order to adopt the contract or its cessation, if the execution becomes excessively onerous for one of the parts because of a change of circumstances:

That occurred after concluding the contract;

That could not be reasonably considered when concluding the contract and
Regarding which the injured part should not suffer the production risk”.

Referring to the rule of the unilateral undoing of the contract, it does not operate regarding the contracts concluded on a non-determined term. This exception does not result from the contractual solidarism, but from the fact that such commitments would give birth to perpetual contractual connections that are expressly forbidden by the law¹³.

In exchange, this rule is applicable regarding the contracts concluded on a determined term. Related to this, the question is if, by invoking contractual

¹² See Liviu Pop, op. cit., p. 66.

¹³ In this sense, art. 1471 of the Romanian Civil Code states that: “Nobody can put in another person's service its works, unless it is about a determined concerned or an a limited term.”

solidarism, we could admit though an exception from the rule when a part is not interested anymore to continue the contractual connection basing on the fact that it is less favourable for her whereas w third has offered it the possibility to conclude another contract whose execution would bring it a bigger profit. The answer of the supporters of the contractual solidarism theory is negative. Basing on the contractual solidarism, the contract content may be and should be corrected during its existence in order to provide the conciliation of the co-contractors' interests. As such, the rule registered in art. 1134, paragraph 2 of the French Civil Code and respectively 969, paragraph 2 of the Romanian Civil Code does not know limitations based on the social solidarism.

Regarding the judge's role in the contracts, it was shown that, according the contractual solidarism theory, he must impose to every contracting part to undertake the obligation to accomplish the contractual interest of the other part. Also, when it is imposed, the judge may order the conciliation of the interests of the parts.

In the name of this principle, its supporters consider that the judge should have the power to review the contract in case of lack of foreseeability in the limits needed in order to provide the conciliation of the interests and of the effective reestablishment of the solidarity connections.

The judge's intervention is not considered as an attempt to the principle of the mandatory force of the contract, but it is regarded as an action meant to provide the contract vigour and efficiency.

5. Relativity of the contract effects and contractual solidarism

Starting from the stipulations of art. 1165 of the French Civil Code and respectively 973 of the Romanian Civil Code, it was stated for a long time that the principle of the relativity of the contract effects is registered together with the contractual freedom and the mandatory force of the contract, in the logistics of the will autonomy.

In this sense, it was stated that any contract has its juridical force in the co-contractors' will and as such, it is natural and normal for him to produce mandatory effects only regarding them, without affecting the thirds.

Thus, the relativity of the mandatory effect of the contract is in harmony with the individualist doctrine of the will autonomy, stating that the stipulations. However, some authors have tried to prove the falsity of the affirmation according to which the principle of the relativity of the contract effects is based on the will autonomy theory, stating that the stipulations of art. 1165 of the French Civil Code and respectively, 973 of the Romanian Civil Code do not find their origins in the will autonomy principle, but in

the reality inspired from “res inter alios acta, alius neque nocere neque prodesse potest”¹⁴. The supporters of the social solidarism theory, basing on this last viewpoint, state that the relativity of the contract effects must be analysed and delimited by the will autonomy theory.

In this conception, the contract is seen and researched in the juridical environment where he belongs, a fact that makes any contract to be considered as an autonomous juridical entity in relation to the contracting parts. In the juridical environment, it is for everybody a juridical fact.

The principle of the relativity of the contract effects refers only to the solidarity connection between the contracting parts and includes the thirds. Contractual solidarism serves for determining the parts and the thirds. The defining of the parts is simpler if we consider the contractual interest that is a fundament of the solidarity connection between the contracting parts. The consideration of the interest for determining the notion of contracting part should be analysed from three viewpoints, namely:

- expressing the consent in order to accomplish the volitional agreement is made only by the person that wants to accomplish an interest of his;
- affirming the interest allows the analysing of the principle of relativity of the contract effects and of the principle of its opposability during the entire contract existence;
- the interest criterion allows the determination of each contracting part that is not always reduced to one person. Thus, the interest is unique even if the will may come from two or several persons¹⁵.

6. Conclusions

The supporters of the contractual solidarism theory consider that the funding of the contracts should consider both the will criterion and the interest one. Will represents the subjective criterion while the interest criterion represent

¹⁴ „The thing agreed between some people can be neither damaging, nor useful for others”. See, Felicia Stef, *Dictionary of Latin Juridical Expressions*, Oscar Print Press, Bucharest, 1998, p. 259.

¹⁵ See Liviu Pop, *op. cit.*, p. 71.

the objective one. Wills can be many, the interest is unique. Naturally the part notion may be defined only by report to the other co-contractor. Every part entrusts to the other part the accomplishment of its own interest so that the co-contractors' obligations become mutual.

The existence and the action of the solidarity connection between the contracting parts is manifested during the entire contract existence. During the execution of the contract, the accomplishment of the contractual interest may have difficulties due both to some subjective factors and to some objective ones. In such a situation, the parts, basing on the solidarism, must not stay passive, but they should act in order to conciliate their contractual interests. In this purpose, contractual solidarism generates two obligations, namely a tolerance one that should manifest when the difficulties to execute the contract occur due to the inadequate behaviour of one of the parts and a obligation to adapt the contract when the difficulties are generated by objective circumstances, above the will of the parts. The existence of the contractual solidarism is also beneficial when a part fails when accomplishing the co-contractor's interest.

The conciliation of the interests of the contracting parts imposes the affirmation of the "fair measure" as a corollary of the proportionality principle if the contract is not executed by one of the parts.

Contact – email

moisebojinca@yahoo.com

CONSIDERATIONS CONCERNING THE CONSTITUTIONAL AND EUROPEAN DIMENSIONS OF THE OWNERSHIP RIGHT AS STATED BY THE ROMANIAN JURIDICAL SYSTEM

SEVASTIAN CERCEL

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova,
Romania

Abstract

The Romanian Civil Code of 1864 defines the ownership right as: “the right somebody has to enjoy and dispose of a thing in an exclusive and absolute way, yet within the limits determined by the law”. The Romanian Constitution of 1991 (revised in 2003) contains cardinal stipulations regarding the private ownership (art. 44) and the public ownership (art. 136). It imposes, as a principle, that: “private ownership is equally guaranteed and safeguarded, in virtue of the law, whoever might be the right’s owner”. The European Convention on Human Rights has brought into the Romanian juridical system- since June 20-th 1994- the mechanism stipulated by the art.1 of the Additional Protocol nr.1, designed in order to generally protect the ownership right. Within this actual frame of norms, in the juridical Romanian system, the ownership right is a fundamental one, which is endowed with a particular construction of safeguarding means and which, ultimately, constitutes by itself the foundation of the whole system of the real civil rights.

Key words

Civil rights; ownership right; legal protection; safeguarding means.

1. Introduction

Ownership seems to be the central institution of the Romanian Civil Code, issued in 1864 (enforced since December 1-st, 1865). Of the three Books, two are concerned by “the goods” and “the ownership”. The II-nd Book is entitled: “About goods and various modifications of ownership” (arts. 461-643) while the III-rd Book is entitled: “About the various ways through which ownership is acquired” (arts 644-1911). But the truth is that, really, the II-nd title of the II-nd Book, entitled “About ownership”, reserved three articles only to the ownership right itself (arts 480-482).

Beyond statistics, the stipulations of the Romanian Civil Code, enforced and applied with no interruption for 145 years, do contain, in the matter of the ownership right, juridical solutions, which have preserved their full validity even nowadays. They do constitute the living expression of the ideas of constancy, stability and endurance, since they survived to the social and

political transformations, which in time have influenced the Romanian civil legislation.

At first, the Romanian Civil Code does define the ownership right in its art 481: “the right that somebody has of enjoying and disposing of a thing, in an exclusive and absolute way, yet within the limits determined by the law”.

(The art 544 of the French Civil Code stipulates: “Ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by statutes or regulations.”).

Doctrine and jurisprudence constantly sustain that the juridical care of the ownership right is determined by these legal stipulations through enumerating its assets: *jus utendi*, *jus fruendi* and *jus abutendi*. Through the phrase “enjoying” (of a thing), the legislator meant to signify the assets of “possession” and of “use made of”, while the asset of “disposing of” is mentioned separately.

Secondly, the art 481 Civil Code stipulates: “Nobody could be forced to give up on his ownership, except only for a cause of public utility and receiving a just and previous damage restoration”)

(art. 545 of the French Civil Code stipulates: “No one may be compelled to yield his ownership, unless for public purposes and for a fair and previous indemnity”).

Finally, the art 482 Civil Code rules the “accession principle” in the matter of ownership: “The ownership over a mobile or immobile thing gives right over everything which is produced by this thing and over everything that is, accessorially, united to this thing, either in a natural or artificial way.

(art. 546 of the French Civil Code stipulates: “Ownership of a thing, either movable or immovable, gives a right to everything it produces and to what is accessorially united to it, either naturally or artificially. That right is called right of accession.”).

As the stipulations of the Romanian Civil Code were applied and interpreted in time, the juridical assets of the ownership right came to be outlined: this right is considered to be: “absolute”, “exclusive” and “perpetual”. The absoluteness of the ownership right should be seen in the sense of the fact that its owner has the exercise of all prerogatives over the respective thing. He may take advantage from the entire usefulness provided by this thing and may conclude whatever juridical acts that would benefit to his own interests. Yet the legislator is able to establish the limits of the exercise allowed to the ownership right, aiming to ensure a just equilibrium between the owner’s interests and the general interest. Due to its exclusiveness, the ownership right appears, for its owner, as a “monopoly”, since the owner is entitled to exercise “alone” all the prerogatives provided by this right.

Finally, the ownership right does exist independently from its exercise by whoever, since, as a principle, the owner is free to make no use at all of his good. The perpetuality of this right bears the consequence that the most willful mean of protecting the ownership, juridically, namely the revendication lawsuit is not subject to extinctive prescription (as a principle, the passing of time does not affect it at all).

2. Constitutional stipulations able to guarantee and to preserve ownership

The Romanian Constitution in its II-nd Title: “Fundamental rights, freedoms and duties”, II-nd Chapter, “Fundamental right and freedoms”, contains stipulations, which guarantee for and preserve the private ownership right (art. 44) as well as the guarantee given to the inheritance right (art 46). On the other side, in its IV-th Title “Economy and public finances”, art 136-with the specific denomination: “The Ownership”-it contains general stipulations in the matter of ownership, regulations concerning the public ownership as well as the fundamental principle of the private ownership’s inviolability.

Initially, we will point out the fact that, since the Constitution places the private ownership right among the fundamental rights of the citizens, the restriction of this right’s exercise could operate “only in virtue of the law” and only if it would be imperative” due to the causes stipulated by the Constitution. Thus, according to the Constitution’s art 53, the exercise of some right may be restrained: “The exercise of certain rights or freedoms may solely be restricted by law, and only if necessary, as the case may be: to defend national security, public order, health, or morals, the citizens' rights and freedoms; to conduct a criminal investigation; to prevent the consequences of a natural calamity, disaster, or extremely severe catastrophe. Such restriction may only be ordered if necessary in a democratic society. The measure must be proportional to the situation which has engendered it and applied in a non-discriminatory manner, without prejudice to the existence of the right or freedom in question.”

Yet the respective restriction ought to be strictly suitable to the situation that has determined it and it could, in no way, trouble the existence itself of the respective right.

3. “The right to property and to debts which incur on the State shall be guaranteed. The content and limits of these rights are established by law”.(art 44 alin 1). “Private property is equally guaranteed and protected under the law, irrespective of its owner.”(art 44 alin 2).

The ownership right pertains to the domain of the constitutional protection, no matter if the goods concerned should be mobile or immobile. Even if the text should expressed by refer only to the “claims towards the state”, it would undoubtedly concern any other claim which: “was found or established by a judicial decision placed in *res judicata*”.

The doctrine admits that the ownership right bears a significant social function, which imposes for it to be exercised “in the conditions stipulated by the law”. The Constitutional Court has stated that, through the law, some limits and restraints could be established for this right, either concerning its object or some of its assets, for the purpose of protecting some general social and economical interests or of defending the rights of other persons.

However, it is essential that such restrictions should in no way effect the ground itself of this right, that the ownership right could never be completely annihilated.

4. No one may be expropriated except for a cause of public utility established subject to the law, with just compensation paid in advance.(art 44 par. 3).

Initially evoked by the art 481 Civil Code, the expropriation consists in the forced passage into the sphere of public ownership of some immobile goods that would be necessary for some works pertaining to the public interest, in exchange with an indemnification. For this, two defining conditions ought to be fulfilled: “the public utility cause, established according to the law”, “fair compensation paid in advance”.

It is important to underline that expropriation is decided and indemnification is established in its amount only through a judicial decision.

When public utility should pertain to the general interest, the expropriation’s beneficiary would be the state. For a local interest, the beneficiary would be the respective administrative-territorial unit.

In order to apply these constitutional stipulations the Law nb.33/1994 on expropriation for a cause pertaining to public utility. This law rules upon matters concerning:

- a)the sphere of the immobile goods which may constitute the object of expropriation;
- b)the concept of public utility and how it comes to be declared.
- c)the preliminary measures taken for the purpose of expropriation.
- d)the resolution of demands for expropriation by the judicial courts;
- e)the indemnification criteria and its effective payment in regards to the expropriated owner.

The indemnification ought to be: a)“fair” meaning that it should cover the immobile good’s real value, as well as the prejudice caused to the owner and to other persons involved; b)“previous” in the sense that it ought to be

effectively paid before the transfer operation concerning the ownership right.

The constitutional principle of guaranteeing the private ownership against undue expropriation does impose to this severe measure, which might be taken versus the private ownership, the features of equality and predictability.

5. Nationalization or any other measure of forcible transfer of assets into the public property on account of the owners' social, ethnic, religious, political affiliation or any other discriminative feature is prohibited (art. 44 par. 4)

The constitutional revision of 2003 has introduced the forbidding of nationalization. But even before this moment, the Constitutional Court has constantly stated against nationalization, and it pointed out that nationalization, as a juridical procedure, is not suitable to the constitution's stipulations.

From the constitutional value stated for the ownership right, it results that it's fundamental features and the transfer modalities pertain to the Constitution's level, not to the one of the law.

There from rises the conclusion that a law could not modify, add to or infringe the explicit Constitutional stipulation. Thus the unique possibility for a forced passage of some goods from private ownership to the public one is expropriation, since nationalization is excluded.

6. The possibility for the public authority to make use of the underground beneath whatever immobile property

According to the Constitution's art 44 par. 5:” For projects of general interest, the public authority may use the subsoil of any immovable property, having the obligation to pay compensation to its owner for the damages caused to the soil, plantations or buildings as well as for other damages imputable to the authority.”

This limiting of the ownership right takes the concrete form of a temporary real right of usage belonging to the state or to its administrative-territorial units granted for the duration then would be executed the works pertaining to the general interest. As a principle, this usage right should be exerted for free. Yet, if the utilization of the underground beneath the property should cause damages, the owner would be entitled to indemnification. It could be established through the involved sides' agreement (the owner and the public authority).

If such an agreement should lack, the judicial court would establish the indemnification.

7. The right to property compels to respect for the duties relating to environmental protection and assuring neighborliness, as well as to other duties binding on the owner in accordance with the law or as is customary. (art 44 alin 7)

The constitutional principle of preserving the ownership right does not exclude the respect owed to the “ownership’s charges.” The juridical protection reserved to ownership does admit restraints imposed by “its moral finalities, its economical efficiency and by the exigencies of the general interest. The constitutional norm does evoke the ownership’s “ecological function” and its juridical pertaining side effects. Thus, it imposes the respect of the “charges concerning the environment’s protection.” Urban aesthetics and the city’s specific interests could also create limits for the ownership right.

The ownership right obliges to the respect of the “charges concerning the assurance of a civilized neighborhood”. This constitutional stipulation gives an explicit form to the idea that the neighborhood relationships do impose a limit to the exercising of the ownership right, for the purpose to ensuring a common peacefully tolerance. To exert the ownership right “within the limits determined by the law”, involves as well the respect of the social convenience rules in the case of neighborhood relationships. The Civil Code establishes a series of limits for the features of the ownership right that are determined by neighborhood relationships.

8. The Confiscation. The art 44 par. 8 of the Constitution states that: “Lawfully acquired wealth may not be confiscated. Lawfulness of acquirement shall be presumed.” Similarly:” Any goods intended for, used, or resulting from criminal offences or misdemeanors may be confiscated only under the terms laid down by the law”(Art. 44 par. 9).

Alike expropriation, the confiscation represents more than a simple limiting of the private ownership right. Confiscating, as a taken action signifies even the depriving for the owner, of his ownership right. Under this circumstances, the confiscation action to be possibly taken-is ruled by constitutional norms:

The presumption of licitness for the acquired wealth is therefore instituted as a special protective shield. Until contrary evidence, whatever person is protected by this constitutional presumption. In a concrete situation, whoever assets the illicitness is an acquired wealth ought as well provide evidence to support his statement.

The legislation concerning criminal offences and contraventions does explicitly state the cases and circumstances required for the effectively given order to confiscate the goods that might be destined, used to or resulted from perpetrated crimes or contraventions.

9. Guaranteeing and preserving of the public ownership.

In a restrictive enumeration of the *tertium non datur*, type the constitution's art 136 par 1 establishes that Romanian specific taxonomy of the ownership right "Property may be public or private.". It continues by stating that "Public property is guaranteed and protected by law, and belongs to the State or territorial-administrative entities".

It is an admitted fact that as it results from the constitutional stipulations, the relationship between the two types of ownership is the following: private ownership constitutes the rule, while public ownership constitutes the exception.

The subjects of the public ownership right are restrictively determined by the constitutional norms. They are the state and its administrative-territorial units. When discussing of the public ownership's right owners in Romania, only other subject of law than the formers, either an individual or a juridical person, is excluded.

The administrative-territorial unites are: the communes, the cities and the departments. As moral persons pertaining to public law, they are the owners of the public ownership right over the goods pertaining to the public domain. The attributions regarding the management of these goods are exerted by the local councils, respectively by the Department's Council.

The art 136 par.3 of the Constitution draws the list of good which are, exclusively, the object of public ownership:

- a) the underground's richness, pertaining to the public interest;
- b) the air space;
- c) waters with an energy potential which may be utilized for purposes of national interest;
- d) the beaches, the territorial sea, natural resources in the economic zone and continental shelf;
- e) either goods, enumerated by the organic law.

The essential difference between the private and public laws consists in the different juridical regimes to which obey the two forms of the ownership right. Essentially, the goods which are the objects of public ownership are not to be alienated, are not subject to prescription or to seizure.

The inalienability of the goods in public ownership consists into the fact that they cannot be alienated through means that are specific to civil law, that is to say through juridical civil acts allowing the ownership translation. The juridical disposition exerted upon the goods in public ownership is

performed through procedures that are specific to administrative law. Under circumstances expressed by stated by the organic law, the goods in public ownership can be: “entrusted for administration”, “granted”, “located to” (“rented or leased”) or “given into free usage”.

The unprescriptiveness of the goods in public ownership consists in the fact that they could not be required by other persons through acquisitive prescription or through a bona fidae possession over the mobile goods.

Goods in public ownership are also enclashed which means that they could not be submitted to a forced seizure. The creditors of the state and / or of its administrative-territorial units are unable to initiate the procedure of forced seizure upon the goods in public ownership. Furthermore, the state and its administrative-territorial units are unable to constitute real pledges over these goods, in order to guarantee for their assumed obligations.

10. The European Convention on Human Rights and the protection of ownership in the Romanian law

About the juridical force of international regulations in respect to the internal juridical order of Romania, the Constitution, in its art 11 par 2 states:” Once ratified by Parliament, subject to the law, treaties shall be part of domestic law.” and the Constitution’s art 20 also states: “The constitutional provisions relative to the citizens' rights and freedoms shall be interpreted and applied in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties to which Romania is a party. Where inconsistency exists between the covenants and treaties on fundamental human rights to which Romania is a party, and national law, the international regulations shall prevail except where the Constitution or domestic laws comprise more favourable provisions.”

The European Convention on Human Rights was elaborated in the frame of the Council of Europe and signed in Rome, November 4th, 1950, was ratified by Romania through the law nr. 30 of May 18th 1994, published in the Official Monitor number 135 of May 31st, 1994. For Romania, the Convention was enforced since June 20th 1994, when the ratifying instruments were deposited at the General Secretariat of the Council of Europe.

According to the above-mentioned constitutional norms, after being gratified, the Convention has become an integrated part of the Romanian law system, thereby directly applicable. An eventual disagreement between an internal norm concerning a right protected by the Convention-as in the case of the ownership right-and the stipulations of the Convention itself could be, in matters of procedural means raised in front of whatever Romanian public authority which would be competent to apply the respective norm. Such a problem could be invoked, even more plausibly, in front of the judicial courts, on the ground of the principle establishing the

free access to justice. In such a situation, the internal norm that would be contrary to the Convention becomes inapplicable, the cause having to be solved in a direct respect of the Convention's stipulation.

On the other side, the norms contained by the Convention and by its Additional Protocols ought to be interpreted and applied in respect to ECHR, since they, together, form a "conventionality block". Under these circumstances, the stipulation of the Additional Protocol nr. 1 and the Court's jurisprudence in the matter of ownership's protection are directly applicable to the Romanian internal law. Through the interpretation of the art 44 from the Constitution corroborated with art 1 of the Additional Protocol nr. 1 and with the jurisprudence of the Strasbourg Court, the constitutional protection of the ownership right comes to be extended. The Court's jurisprudence had to decide on a particular question: How to apply the stipulation of Additional Protocol nr. 1, art 1, in the case of the restitution of goods, which, in various ways had come to be owned by the formal totalitarian states. Such was the Romanian case. A few rules may be retained in this matter. Firstly, the Convention does not explicitly guarantee, for an individual or a juridical person, the right to acquire a good. Secondly, the Convention's protection has to be applied only to "actual goods" what is to say to the goods that are, legally speaking, into the patrimony of the person which claims that his ownership right over this goods has been infringed. Finally the Convention does not protect the patrimonial value as, about which the respective person does not express "a legitimate hope" at least of acquiring them.

Literature:

- Corneliu Bîrsan, *Dreptul civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2007, 362pp, ISBN 978-973-1720-73-9;
- Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului, vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, 1273 pp, ISBN 973-655-573-9
- Eugen Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C H Beck, București, 2006, 368 pp, ISBN 978-973-655-979-2
- Radu Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, Ediția a II-a, Ed. CHBeck, București, 2008, 963pp, ISBN 978-973-115-476-3;
- Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. All Beck, București, 2003, 392pp, ISBN 973-655-305-1

- Liviu Pop, Liviu Marius Harosa, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. Universul Juridic, București, 2006, 392 pp, ISBN 973-7643-44-5
- Valeriu Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. C.H.Beck, București, 2009, 526 pp, ISBN 978-973-115-649-1
- Valeriu Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004, 622 pp, ISBN 973-50-0818-1

Contact – email

sevastiancercel@yahoo.com

NĚKTERÉ ASPEKTY ROZHODČÍ DOLOŽKY VE SPOTŘEBITELSKÉM PRÁVU

PATRICIA DAVID

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá některými problémy, které se týkají použitelnosti rozhodčích doložek ve spotřebitelském právu. Důraz je kladen na nepřiměřené podmínky ve spotřebitelských smlouvách.

Key words in original language

Rozhodčí doložka; spotřebitelské právo; nepřiměřené smluvní podmínky.

Abstract

The article deals with the certain problems concerning the application of arbitration clauses in consumer law. Emphasis is placed on unfair terms in the consumer contracts.

Key words

Arbitration Clauses; Consumer Law; Unfair Terms.

Otázka přijatelnosti či nepřijatelnosti využívání rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách se relativně nedávno stala výrazným tématem nejen s ohledem na jejich masivní rozšíření, na něž lze poukazovat i z pohledu mimo oblast práva¹ či pro spornost některých konkrétních kauz rozhodovaných rozhodci,² ale zejména pro některá dnes už nejspíše v kruzích zabývajících se spotřebitelským právem všeobecně známá rozhodnutí českých soudů.³ Tento příspěvek se ani zdaleka nezabývá všemi aspekty tohoto problému⁴ a zcela pomíjí např. – podle názoru autorky

¹ SLOVÁČEK, David. Ochrana spotřebitele a rozhodčí doložky. *Bulletin advokacie*. 2009, čís. 7–8, s. 46–48. ISSN 1210-6348.

² STRNADOVÁ, Michaela. Sjednávat či nesjednávat rozhodčí doložky? *Bulletin advokacie*. 2009, čís. 7–8, s. 53–54. ISSN 1210-6348.

³ Např. Rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 1 ze dne 15.12.2008, sp. zn. 21 C 151/2007-160; rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Cdo 2312/2007, ze dne 21. 1. 2009; usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 28.05.2009, sp. zn. 12 Cmo 496/2008 – 28; rozsudek Městského soudu v Brně ze dne 14.12.2009, sp. zn. 33 C 68/2008 a jiné.

⁴ Komplexním pojednáním o problému je např. HULMÁK, Milan; TOMANČÁKOVÁ, Blanka. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporu mezi dodavatelem

z hlediska současných problémů spotřebitelského práva v podstatě spíše právně formalistické – úvahy o jeho hmotněprávním, procesněprávním či kombinovaném rozměru.⁵ Autorka zde nezohledňuje ani otázku budoucích úprav a zcela ponechává stranou také problém garance lidsko-právní ochrany v rámci rozhodčího řízení; připouští ovšem, že v posledně zmíněném bodě se do značné míry ztotožňuje spíše se skeptickými stanovisky.⁶ V tomto příspěvku se zaměřuje výhradně na aktuálně hojně diskutovanou slučitelnost rozhodčích doložek s ustanoveními o nepřiměřených smluvních ujednáních ve spotřebitelských smlouvách v českém občanském zákoníku⁷ (dále jen ObčZ).

Nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách jsou v ObčZ upravena v § 55 a § 56. Pro potřeby tohoto článku není třeba podrobně připomínat genezi těchto ustanovení a nejspíše ani to, že alespoň některé hlavní nedostatky původní implementace příslušné směrnice o nepřiměřených smluvních podmínkách⁸ (dále jen směrnice 93/13) a interpretační nejasnosti (týkající se např. definice spotřebitele) byly odstraněny nedávnou novelizací.⁹ Rozhodně je ale třeba připomenout, co vlastně je účelem spotřebitelského práva: je jím ochrana spotřebitele jako slabší smluvní strany, přičemž tato ochrana je poskytována a garantována prostřednictvím regulace soukromoprávních vztahů zasahující do značné míry do autonomie vůle smluvních stran. Přitom platí, že podmínkou použití ustanovení o spotřebitelských smlouvách na určitý smluvní vztah je výlučně splnění požadavku § 52 odst. 1 ObčZ, tedy že jde o smlouvy, jejichž smluvními

a spotřebitelem. *Obchodněprávní revue*. 2010, čís. 6 a 7, s. 168–174 (1. část) a 189–202 (2. část). [Dále jen Hulmák a Tomančáková (2010)]. ISSN 1803-6554.

⁵ Viz např. ZOULÍK, František. Některé problémy rozhodčího řízení. *Bulletin advokacie*. 2007, čís. 1, s. 13–15. [Dále jen Zoulik (2007)]. ISSN 1210-6348.

⁶ KYSELOVSKÁ, Tereza. Rozhodčí doložky (nejen) ve spotřebitelských smlouvách a ochrana základních lidských práv. In DÁVID, Radovan; NECKÁŘ, Jan; SEHNÁLEK, David. (Editors). *COFOLA 2009: The Conference Proceedings*, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8.

⁷ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ObčZ).

⁸ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených smluvních podmínkách (dále jen směrnice 93/13).

⁹ Zákon č. 155/2010 Sb., kterým se mění některé zákony ke zkvalitnění jejich aplikace a ke snížení administrativní zátěže podnikatelů, s účinností od 1. 8. 2010. Novelou byla v úpravě ochrany spotřebitele v ObčZ mimo jiné dosavadní *relativní neplatnost* nepřiměřených smluvních ujednání nahrazena *neplatností absolutní* a současně byl pojem spotřebitel výslovně zúžen na *fyzické* osoby. Naopak nedošlo ke změně v díkci § 56, který tak nadále i přes určité kritické hlasy z řad právních civilistů definuje nepřiměřenost ujednání ve spotřebitelských smlouvách terminologicky ne zcela vhodně prostřednictvím rozporu s požadavkem *dobré víry*.

stranami jsou na jedné straně spotřebitel a na druhé straně dodavatel. Samotná definice těchto pojmů není pro potřeby tohoto článku důležitá; rozhodující je, že jejich určujícím znakem je vzájemné postavení stran, tedy v podstatě jen pouhá relace spotřebitel – dodavatel. Je-li tato podmínka splněna, bez dalšího je na smluvní vztah třeba aplikovat diskutovaná ustanovení, tedy zejména generální klauzuli ochrany spotřebitele v § 55, který dále mimo jiné stanoví jednostrannou kogentnost ve prospěch spotřebitele, a § 56 odst. 1 ObčZ, který je generální klauzulí vymezující nepřiměřená ujednání. Těmi jsou taková ujednání, která v rozporu s požadavkem dobré víry znamenají k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran.¹⁰ Uvedená ustanovení jsou důležitá zejména proto, že jsou spolu s § 52 ObčZ, který definuje spotřebitelské smlouvy a jejich subjekty, ve své podstatě obecnými ustanoveními o ochraně spotřebitele v soukromém právu.¹¹ Generální klauzule o nepřiměřených smluvních ujednáních je pak demonstrativně rozvinuta v § 56 odst. 3 ObčZ. Zákonodárce zde prohlašuje za nepřijatelná některá ujednání vztahená k určité specifické situaci nebo jiným zvláštním okolnostem.

Do českého právního řádu tak byla transponována směrnice 93/13 i její příloha obsahující informativní a nevyčerpávající seznam podmínek, které mohou být pokládány za nepřiměřené.¹² Zcela v jejím duchu je zde dobrá víra zpravidla vykládána odlišně od obvyklého významu pojmu v českém soukromém právu, kde se vztahuje k držbě podle § 130 ObčZ, a je interpretována jako dobré mravy ve smyslu § 3 ObčZ.¹³ Některé komentáře naproti tomu toto pojetí částečně odmítají jako příliš zužující a posouvají jej v tom smyslu, že jde o požadavek přiměřenosti s ohledem na všechny okolnosti konkrétního případu.¹⁴ Přiměřenost musí být posuzována vždy vzhledem k danému času, danému místu a všem okolnostem. Rovněž zahrnuje určité vědomí správnosti či nesprávnosti, které nemusí být nutně v rozporu se zákonem nebo jej obcházet, a přesto bude právní úkon, který je

¹⁰ § 56 odst. 1 ObčZ.

¹¹ SELUCKÁ, Markéta *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*. Praha : C. H. Beck [Praha], 2008. 134 s. ISBN 978-80-7400-037-9. s. 31.

¹² Čl. 3 odst. 3 směrnice 93/13.

¹³ Např. TOMANČÁKOVÁ, Blanka. *Ochrana spotřebitele v praxi se vzory a příklady*. Praha: Linde, 2008. 222 s. ISBN 978-80-7201-695-2. s. s. 20; podobně HULVA, Tomáš. *Ochrana spotřebitele*. Praha : ASPI, 2004. 452 s. ISBN 80-7357-064-5.

¹⁴ HULMÁK Milan. In ŠVESTKA, Jiří, et al. *Občanský zákoník: komentář I, II. 2. vydání*. Praha : C.H. Beck [Praha], 2009. 2471 s. [Dále jen Hulmák (2009)] ISBN 978-80-7400-108-6. s. 541.

s nimi v rozporu,¹⁵ pokládán za nežádoucí a bez právní ochrany, či dokonce neplatný. Preambule směrnice 93/13 zdůrazňuje, že v případech, na něž má dopadnout ustanovení o rozporu s takto pojímanou dobrou vírou, je třeba celkového hodnocení různých dotčených zájmů. Staví se tak do popředí požadavek přiměřenosti, při jejímž posuzování musí být brán zvláštní ohled na sílu vyjednávacích pozic stran, na to, zda měl spotřebitel nějakou pohnutku k tomu, aby souhlasil s podmínkou, a zda zboží bylo dodáno nebo služby poskytnuty na zvláštní objednávku spotřebitele.

ObčZ i v ostatním v podstatě zachovává strukturu uvedené směrnice, ne však ve zcela nezměněné podobě. Podstatnou změnou provedenou transpozicí je to, že v české úpravě je fakticky rozšířen rozsah nepřiměřených ujednání. Zatímco čl. 3 odst. 1 směrnice 93/13 podrobuje svému režimu jen takové podmínky, které nebyly sjednány individuálně, česká úprava v § 56 ObčZ dopadá na všechna ujednání splňující podmínky nepřiměřenosti bez ohledu na to, zda byla sjednána individuálně či nikoliv; navíc jsou na rozdíl od čl. 3 odst. 3 směrnice 93/13 za nepřiměřená pokládána vždy. Česká úprava proto také neobsahuje hmotněprávní kritéria pro posouzení nepřijatelnosti nepřiměřených ujednání, která jsou obsahem čl. 4 odst. 1 implementované směrnice: nepřiměřenost se posuzuje s ohledem na povahu zboží nebo služeb, pro které byla smlouva uzavřena, a s odvoláním na dobu uzavření smlouvy s ohledem na všechny okolnosti, které provázely uzavření smlouvy, a na všechny další podmínky smlouvy nebo jiné smlouvy, ze kterých vychází. Takový způsob implementace je v principu možný, neboť ve své podstatě neznamena nic jiného, než že Česká republika nepřijala pouze směrnici požadované minimum, ale ve prospěch spotřebitele úpravu přísnější.¹⁶ Jde-li tedy z hlediska české úpravy o posouzení nepřiměřenosti smluvních ujednání ve spotřebitelských smlouvách, je rozlišování takových ujednání na individuálně sjednaná a individuálně nesjednaná irelevantní.¹⁷

Česká úprava spotřebitelských smluv se výslovně otázkou rozhodčích doložek nezabývá a tak nelze i přes pochybnosti některých autorů o jejich místě ve spotřebitelských smlouvách obecně¹⁸ než přitakat závěru, že jejich

¹⁵ KNAPPOVÁ, Marta; ŠVESTKA, Jiří; DVORÁK, Jan, et al. *Občanské právo hmotné 2. 4. vydání. Praha : ASPI, 2005. 612 s. ISBN 80-7357-127-7. s. 120, 159.*

¹⁶ Čl. 8 směrnice 93/13.

¹⁷ K tomu je vhodné jako námět k zamyšlení uvést náhled Nejvyššího soudu ČR, který konkrétní rozhodčí doložku v rozhodnutí 23 Cdo 1201/2009 hodnotí tak, že se „blíží spíše individuálně sjednávaným smlouvám, než standardním adhezním smlouvám,“ aniž by ovšem dospěl k závěru, že nejde o smlouvu adhezní.

¹⁸ Např. SELUCKÁ, Markéta. In ELIÁŠ, Karel, et al. *Občanský zákoník : velký akademický komentář. Svazek 1. Praha : Linde, 2008. 1391 s. ISBN 978-80-7201-687-7. s. 377.*

využití při řešení sporů nelze bez dalšího přímo kategoricky vyloučit. Nelze tak učinit ani s odkazem na ustanovení úpravou implementované směrnice 93/13, protože ta nereguluje využití rozhodčího řízení obecně, ale pouze ve specifickém případě;¹⁹ z toho lze dovodit, že tedy rozhodčí doložky podle této směrnice zakázány nejsou.²⁰ Naopak je třeba připomenout, že předpisy Evropských společenství mimosoudní řešení spotřebitelských sporů v mnoha ohledech preferují.²¹ Žádný z těchto důvodů by ovšem na druhou stranu neměl vést k poněkud ukvapenému závěru, že případná nepřiměřenost rozhodčí doložky může spočívat jen v jednotlivostech konkrétního případu a že tedy „je nutné každou takovou rozhodčí doložku individuálně podrobit testu, zda naplňuje podmínky, se kterými zákon spojuje jejich nepřiměřenost.“²² Tato úvaha totiž zcela pomíjí skutečnost, že výčet ujednání ve směrnici 93/13 je pouze demonstrativní, resp. informativní a nevyčerpávající, a že sice užití rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách stejně jako česká úprava nezakazuje, ale že tyto mohou jakožto právní institut směřovat proti samotnému účelu úpravy spotřebitelských smluv, tedy proti ochraně spotřebitele jako slabší smluvní strany.

Hlavním argumentem ve prospěch přípustnosti rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách je jejich vznik zásadně na základě dohody.²³ Je ovšem třeba vzít v úvahu, že primárním předmětem zájmu a posuzování spotřebitele při uzavírání spotřebitelské smlouvy s dodavatelem není otázka, jak budou v budoucnu řešeny případné spory, ale právě tato smlouva hlavní. Tím se liší od dodavatele, neboť jeho zájmem je nejen uzavřít hlavní smlouvu (např. prodat), ale i připravit se např. na případnou reklamaci, neboť si je velmi dobře vědom svých soukromoprávních i veřejnoprávních povinností. Spotřebitel si je vědom toho, že ze smlouvy může vzniknout spor, na rozdíl od dodavatele ovšem není bezprostředně svým postavením nucen k tomu, zakomponovat jeho případné náklady do svých nákladů spojených s uzavřením hlavní smlouvy. Toto jednání dodavatele je neoddiskutovatelné – např. „obsah smluvních podmínek a garancí pro druhou stranu nepřímo ovlivňuje i cenu požadované služby nebo zboží.“²⁴ nebylo by pak ale nejlépe (v parafrázi závěru autorů předcházející citace) přijmout, že nejnižší ceny budou dodavatelé poskytovat tehdy, nebude-li

¹⁹ Čl. 1 písm. q) přílohy směrnice 93/13.

²⁰ Hulmák (2009), s. 547

²¹ Hulmák a Tomančáková (2010), s. 169.

²² Hulmák a Tomančáková (2010), s. 172.

²³ Např. Zoulík (2007); podrobněji Hulmák a Tomančáková (2010), s. 170.

²⁴ Hulmák a Tomančáková (2010), s. 170.

ochrana spotřebitele existovat vůbec? Důsledněji řečeno: spotřebitel nepřichází za dodavatelem proto, aby s ním uzavřel rozhodčí doložku, jak skrytě předpokládají zastánci rozhodčích doložek, ale jen a výhradně proto, aby si od něj něco např. koupil. Rozhodčí doložku „dostává“²⁵ jaksi „navíc“ k uzavřené hlavní smlouvě, přičemž nelze tvrdit, že je to on, či (potenciální) náklady na uzavření hlavní smlouvy zohledňuje. Nejde zdaleka jen o to, že „nekalost rozhodčí doložky není tak snadno odhalitelná (a že) rozhodčí doložka má na rozdíl od jiných nekalých ujednání specifické a spotřebitelem sotva předvídatelné právní důsledky;“²⁶ jde o spotřebitelovu nepřipravenost na rozdíl od připravenosti dodavatele, který využití tohoto institutu se znalostí věci navrhuje. Nespočívá tato zjevná nerovnost v samotném postavení stran? Připustíme, že povinností spotřebitele je se před uzavíráním spotřebitelské smlouvy připravovat osvojováním si speciálních právních znalostí?

Pokud platí, že i na ujednání obsahující rozhodčí doložku je třeba vztáhnout § 55 a § 56 ObčZ, pak je nutné připomenout, že jimi poskytovaná ochrana je pojímána jako „paušalizovaná“, platná bez výjimky pro všechny průměrné spotřebitele, a to dokonce bez ohledu na jejich vlastní vůli – ani spotřebitel sám se nemůže vzdát práv, která mu zákon poskytuje, nebo jinak zhoršit své postavení, pravděpodobně proto, že autonomie vůle by v tomto případě mohla být deformována spotřebitelovou slabostí nebo neznalostí danou už jen jeho postavením ve spotřebitelském vztahu. Protože česká úprava nerozlišuje ve věci ochrany před nepřiměřenými ujednáními ve spotřebitelských smlouvách mezi individuálně sjednanými a individuálně nesjednanými podmínkami, fakticky brání spotřebiteli přijmout individuální rozhodnutí určité míry ochrany se vzdát. Nejen odpůrci,²⁷ ale i zastánci²⁸ aplikace rozhodčího řízení ve sporech vznikajících ze spotřebitelských smluv připouštějí, že i průměrný spotřebitel, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán (Evropským) Soudním dvorem,²⁹ může

²⁵ *Autorka touto formulací ovšem ani v nejmenším netvrdí, že se tak děje zcela bez vůle spotřebitele a jeho souhlasu. Jde spíše o to, že tento souhlas, je-li spotřebitelem udělen, nejspíše nebude souhlasem informovaným, jak by dané situaci odpovídalo.*

²⁶ Např. NOVÝ, Zdeněk. *Nekalá rozhodčí doložka v českém právu*. In DÁVID, Radovan; KYNCL, Libor. *SEHNÁLEK, David; VALDHAUS, Jiří; Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009. [Dále jen *Nový (2009)*]. ISBN 978-80-210-4990-1. S. 1797–1818.

²⁷ *Nový (2009)*.

²⁸ Např. LÍBAL, Bořivoj. *Malé zamyšlení nad použitím rozhodčích doložek*. Dostupné online [Cit. 2010-11-01]: <http://www.epravo.cz/top/clanky/male-zamysleni-nad-pouzitim-rozhodcich-dolozek-60721.html>

²⁹ Tuto konkrétní definici průměrného spotřebitele poskytuje odst. 18) preambule směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních

být v českém prostředí s přihlédnutím ke všem jeho specifikám vystaven situaci, kdy už sama skutečnost, že místo „standardního“ řízení před soudem povede řízení před rozhodcem se zcela specifickými pravidly, nebude zahrnovat vědomí správnosti či nesprávnosti, což současně musí znamenat, že bude naplňovat podmínky nepřiměřenosti podle § 56 odst. 1 ObčZ. Může tomu tak být z mnoha důvodů – počínaje na straně spotřebitele neuvědoměním si toho, co rozhodčí řízení obnáší či omyl v této věci, a konče specifickými procesními pravidly, které nemusí být součástí právního povědomí a znalostí získaných na základě běžné pozornosti a opatrnosti. To vše je podle názoru zastávaného v tomto příspěvku nepřiměřenost splňující kumulativně všechny podmínky stanovené pro nepřiměřená smluvní ujednání a vyplývající v českém prostředí ze samotného institutu rozhodčího řízení. V konečném důsledku může spotřebitele odrazovat od uplatnění jeho práv nebo přímo způsobit, že neuspěje. Protože tato situace skutečně reálně nastává a protože kategorie spotřebitele je kategorií objektivní, je (v situaci, kdy není rozlišováno mezi individuálně sjednanými a individuálně nesjednanými podmínkami) objektivně součástí toho, před čím je spotřebiteli poskytována ochrana, a to bez ohledu na poměry jednotlivců a bez ohledu na jejich vůli se této ochrany případně vzdát. Lze se setkat také s (okrajovým) argumentem, že v důsledku změny procesních pravidel se koneckonců i řízení před soudy může posouvat více směrem k efektivitě a že tedy před soudem v konečném důsledku může být někdy postavení spotřebitele před rozhodcem i před soudem velmi obdobné.³⁰ To bychom ovšem spíše než jako argument ve prospěch upřednostnění rozhodčího řízení před řízením před soudem měli chápat (samozřejmě stejně okrajově) právě opačně – tedy pokud se řízení před soudem takovým skutečně stává. Spíše ale platí, že tomu tak bude jen v určitých případech.

Lapidárně řečeno – při současné české úpravě nelze podle zde zastávaného názoru než konstatovat, že rozhodčí doložku není možné ve spotřebitelských smlouvách platně sjednat, neboť s ohledem na české sociální a kulturní faktory lze mít za to, že v případě průměrného spotřebitele v rozporu s požadavkem dobré víry znamená k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran. Mimo téma tohoto příspěvku je třeba pro úplnost zmínit, že si samozřejmě lze představit takovou podobu rozhodčího řízení, která by generální klauzuli nepřiměřených smluvních ujednání v § 56 odst. 1 nenaplňovala (je nepochybně rozdíl např. mezi rozhodci ad hoc a stálými rozhodčími

praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách).

³⁰ Hulmák a Tomančáková (2010), s. 17.

soudy, jak naznačují např. vzpomenutá česká soudní rozhodnutí); ta by ovšem podle zde zastávaného názoru musela být stanovena jako výjimka z aplikace nepřiměřených smluvních ujednání obdobně ustanovení § 56 odst. 2 ObčZ.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, Alexander. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů: komentář. Praha : C.H. Beck, 2004. 679 s. ISBN 80-7179-629-8
- RŮŽIČKA, Květoslav. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005. 254 s. ISBN 80-86898-43-1
- HORSKÁ, Jana. BURIAN, Jakub. Rozhodčí doložka ve spotřebitelských smlouvách ve světle aktuální judikatury českých soudů a ESD. Bulletin advokacie. 2010, čís. 4, s. 22–24. ISSN 1210-6348
- HULMÁK, Milan; TOMANČÁKOVÁ, Blanka. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporu mezi dodavatelem a spotřebitelem. Obchodněprávní revue. 2010, čís. 6 a 7, s. 168–174 (1. část) a 189–202 (2. část). ISSN 1803-6554
- RABAN, Přemysl. Drobní dlužníci a zakázaná smluvní ujednání. Právní rádce. 2009, čís. 11, s. 20–25. ISSN 1210-4817
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008. 386 s. ISBN 978-80-7357-324-9

Contact – email

Patricia.David@seznam.cz

NÁVRH SPOLEČNÉHO REFERENČNÍHO RÁMCE - VYBRANÉ OTÁZKY SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA

EVA DOBROVOLNÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Ochrana spotřebitele tvoří významnou součást soukromého práva. Není proto divu, že zaujala důležité místo i v novém evropském projektu kodifikace soukromého práva - v Návrhu společného referenčního rámce (DCFR). Příspěvek by se měl pokusit okomentovat dvě vybrané otázky spotřebitelského práva, které se nachází především v knize II. DCFR, zejména otázku zakotvení ochrany spotřebitele jako zásady soukromého práva a její projevy a dále informační povinnost podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli.

Key words in original language

Spotřebitel; principy soukromého práva; Návrh společného referenčního rámce; informační povinnost.

Abstract

Consumer protection presents a significant component of private law. It is no wonder that consumer protection has take an important place in the new European codification project of private law - in the Draft Common Frame of Reference (DCFR). This contribution should try to comment on some selected questions of consumer law that are included in the book II. DCFR especially on the question of the anchorage and manifestation of the consumer protection as a principle of the private law and the information duties.

Key words

Consumer; principles of the private law; Draft Common Frame of Reference; information duties.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Kodifikačním projektům na poli evropského soukromého práva byla, je a i jistě nadále bude věnována značná pozornost¹. Chtěla bych se v tomto příspěvku věnovat, formou několika glos, pouze vybraným otázkám problematiky evropského spotřebitelského práva, a to ve velmi aktuálním

¹ Hurdík, J., Handlar, J., Fiala, J., Selucká, M., Vlasák, M.: Evropské unifikační projekty závazkového práva a české občanské právo, Brno: Masarykova univerzita, 2009, ISBN 9788021050426

kodifikačním projektu, kterým je Návrh společného referenčního rámce (dále i jen „Návrh“).

2. OCHRANA SPOTŘEBITELE V NÁVRHU SPOLEČNÉHO REFERENČNÍHO RÁMCE

Ochrana spotřebitele je fenoménem, který zahrnuje podstatnou část stávajících právních předpisů v rámci evropského soukromého práva a je jednou z mála oblastí soukromého práva, která je tak výrazně evropským právem dotčena². Ochrana spotřebitele jakoby prostupovala nejen každodenním společenským životem, ale i kodifikačním projektem takového významu, jakým je Návrh společného referenčního rámce. Ustanovení o ochraně spotřebitele tak nalézáme nejen v knize II. Návrhu, konkrétně např. v obecných ustanoveních, ustanoveních o informačních povinnostech podnikatele, ustanoveních o nevyžádaných službách a zboží či v kapitole o odstoupení od smlouvy, ale např. i v knize III. pojednávající o nediskriminaci v závazkových vztazích či v knize IV., která obsírněji upravuje spotřebitelskou smlouvu o prodeji či speciální pravidla pro osobní ručení spotřebitelů.

3. ZÁSADA ROVNOSTI A ZÁSADA OCHRANY SPOTŘEBITELE

Přestože je ochrana spotřebitele chápána obecně jako jeden z projevů ochrany slabší strany smluvního vztahu, který lze zase chápat jako právem vytvořený korektiv zásady autonomie vůle, jehož cílem je dosáhnout rovnosti, tedy vyvážení společenských, resp. právních vztahů, v právní vědě se pojem zásada či princip ochrany spotřebitele užívá velmi opatrně. V dokumentech evropského soukromého práva se s ním však lze setkat, např. sdělení Komise Radě a Evropskému parlamentu ze dne 12.2.2003, o jednotném evropském smluvním právu, používá pojem „zásada ochrany spotřebitele“ a dokonce i „zásada minimální harmonizace spotřebitelského práva“. Je tedy otázkou, zda vzhledem ke skutečnosti, že se k zásadě rovnosti jako k obecné zásadě nepřihlásil ani Návrh společného referenčního rámce, ani četné jiné projekty evropského smluvního práva, např. Principy evropského smluvního práva, není vhodné otevřeněji mluvit o zásadě ochrany spotřebitele. Ochrana spotřebitele by tedy nebyla nahlížena jako prostředek, jehož cílem je dosažení rovnosti v právních vztazích, ale sama by se tímto cílem stala. Je třeba však při zvažování nastíněné otázky vzít rovněž v potaz tu skutečnost, že ačkoliv se Návrh společného referenčního rámce k zásadě rovnosti výslovně nehlásí, není možno tvrdit, že „mezi jeho řádky“ není obsažena. „Sociální“ charakter Návrhu společného referenčního rámce a reflexe zásady rovnosti při řešení

² blíže k ochraně spotřebitele v evropském a českém právu např. Selucká, M.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, Praha: C. H. Beck, 2008, ISBN 9788074000379

dílčích problémů jako výraz aristotelovské korektivní, resp. distributivní spravednosti³ svědčí o opaku.

4. INFORMAČNÍ POVINNOSTI PODNIKATELE VE VZTAHU KE SPOTŘEBITELI

4.1 OBECNĚ

Další vybranou otázkou, jak bylo výše avizováno, je informační povinnost podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli v Návrhu společného referenčního rámce. Informační povinnost je považována za jeden z typických nástrojů ochrany spotřebitele v soukromém právu.⁴ Stávající česká právní literatura rozděluje informační povinnost podnikatele do 3 rovin – předmluvní, smluvní a posmluvní informační povinnost.⁵

Návrh společného referenčního rámce bohužel neobsahuje jednotný obecný základ informační povinnosti, nedefinuje ani pojem „informace“. Vzhledem k situaci, kdy jednotlivé „spotřebitelské“⁶ směrnice upravují na různých místech informační povinnost, se jeví jako nanejvýš vhodné, aby v takovém obecném kodexu bylo zakotveno východisko výkladu či alespoň pojmový aparát k řešení možných vzniklých situací v rámci informační povinnosti.

4.2 OBECNÁ INFORMAČNÍ POVINNOST

Informační povinnost je v Návrhu koncipována jako obecná informační povinnost a speciální informační povinnost (např. v knize IV. v ustanoveních o poskytování služeb a speciální informační povinnost vzhledem ke spotřebiteli). Dále je Návrh vystavěn tak, že reflektuje předmluvní povinnost a smluvní povinnost. Informační povinnost po uzavření smlouvy v Návrhu obsažena není.

³ Hurdík, J., Lavický, P.: *Systém zásad soukromého práva*, Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 110, ISBN 9788021050631

⁴ Shodně např. Rösler, H.: *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level*, in *European Review of Private Law*, 2010, č. 4, s. 735 a násl., ISSN 0928-9801

⁵ Selucká, M.: *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*, Praha: C. H. Beck, 2008, ISBN 9788074000379

⁶ Zejména směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES ze dne 19. května 1997 o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku, ve znění pozdějších předpisů, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/65/ES ze dne 23.9.2002 o uvádění finančních služeb pro spotřebitele na trh na dálku a o změně směrnice Rady 90/619/EHS a směrnic 97/7/ES a 98/27/ES či směrnice Rady 90/314/EHS ze dne 13.6.1990 o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy, směrnice Evropského parlamentu a Rady 94/47/ES ze dne 26.10.1994 o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitosti

4.2.1 PŘEDSMLUVNÍ INFORMAČNÍ POVINNOST

Co se týká předšmluvní povinnosti, předšmluvní informační povinnost v Návrhu společného referenčního rámce má však systematiku odlišnou. Odst. 3:101 v knize II. stanoví obecnou povinnost podnikateli před uzavřením smlouvy na dodávku zboží nebo služeb mezi ním a jinou osobou této jiné osobě oznámit takové informace týkající se zboží a služeb, které jiná osoba může přiměřeně očekávat, resp. ty, které by v dané situaci byly považovány za běžné. Jak je zřejmé z tohoto ustanovení Návrhu, předšmluvní informační povinnost v případě, že podnikatel dodává zboží či služby, má podnikatel nejen v případě, kdy je touto osobou spotřebitel, ale i obecně proti kterékoli jiné osobě, tedy, jak je možné dovodit, i proti jinému podnikateli. Pojmy informace, které osoba může očekávat či informace, které by za daných okolností byly považovány za běžné, jsou neurčité pojmy, které však, v souladu s koncepcí Návrhu, který obsahuje modelová pravidla, umožňují pružné posouzení situace dle konkrétních podmínek. Do předšmluvní informační povinnosti rovněž patří poskytnutí řady informací v případě, že je smlouva uzavřena prostřednictvím elektronických prostředků bez individuální komunikace pro její uzavírání, i identifikace a možnost opravy chyb v informacích předtím, než druhá strana učiní nebo akceptuje nabídku. Ve vztazích ke spotřebiteli nemůže být poskytnutí takových informací jakkoli vyloučeno.

Do okruhu obecné informační povinnosti pak dále patří informační povinnost při uzavírání smlouvy elektronickými prostředky.

4.3 SPECIÁLNÍ INFORMAČNÍ POVINNOST

Na obecnou informační povinnost podnikatele navazuje speciální informační povinnost vzhledem ke spotřebiteli. Tu je možné nalézt v odst. 3:102 - 104. V dosahu speciální předšmluvní informační povinnosti podnikatel, který na trh uvádí zboží či služby, které již předem jsou určeny pro spotřebitele, musí poskytnout takové významné informace, jaké průměrný spotřebitel potřebuje, aby v daném kontextu udělal informované rozhodnutí, zda smlouvu uzavřít. Důležitým měřítkem je zejména skutečnost, že podnikatel se musí přisunem informací postarat o to, aby se spotřebitel rozhodoval na základě skutečných a úplných informací, které dle odst. 3:106 musí mít i určitou kvalitativní hodnotu – musí být srozumitelné, jasné a přesné, obsahovat hlavní charakteristiky zboží a služeb, cenu, daně a jiné náklady, a dále např. informace o identitě podnikatele. Velmi lze přivítat povinnost podnikatele poskytnout informace při uzavírání smlouvy se spotřebitelem, který je ve specifické informační nevýhodě, tedy speciální informační povinnost smluvní. Tato nevýhoda se projevuje například v povaze použitého technického media pro uzavírání smlouvy či fyzické vzdálenosti mezi podnikatelem a spotřebitelem. Kromě obvyklých druhů informací jako je informace o základní charakteristice poskytovaného zboží či informací o identitě, resp. právní subjektivitě podnikatele, je tak třeba poskytnout spotřebiteli i informace o právech a závazcích obou smluvních

stran a o právu odstoupit od smlouvy. Pokud jde o odstoupení od smlouvy, je třeba mu v rámci Návrhu věnovat zvláštní pozornost a to z toho důvodu, že pokud má podnikatel poskytnout informace spotřebiteli před uzavřením smlouvy, od které má spotřebitel právo odstoupit, nepočíná lhůta pro odstoupení běžet, dokud tyto informace nebyly poskytnuty. Naproti tomu však směrnice 97/7/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku umožňuje pouze prodloužení lhůty pro odstoupení ze 7 dnů na tři měsíce. Zjevně zde Návrh zaručuje spotřebiteli vyšší míru ochrany než směrnice. Pokud bychom návrh považovali za soubor výkladových pravidel pro směrnice, dostáváme se v takovém případě do slepé uličky, neboť výkladové pravidlo překračuje obsah svého předmětu výkladu. Nicméně v případě, že budeme Návrh považovat za modelové pravidlo, modelový občanský zákoník, lze takový vstřícný krok směrem ke spotřebiteli přivítat.

5. ZÁVĚR

Zásada ochrany spotřebitele zaujímá významné místo v systému zásad, na kterých je vystavěn Návrh společného referenčního rámce. Informační povinnost podnikatele vzhledem ke spotřebiteli lze v rámci Návrhu rozdělit na obecnou a speciální, v rámci obou těchto podskupin potom i na předmluvní, smluvní a posmluvní. Některé z těchto podskupin však v návrhu nejsou zohledněny. Návrh zajišťuje spotřebiteli, jde-li o odstoupení od smlouvy, účinnější ochranu než směrnice 97/7/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku.

Literature:

- Hurdík, J., Handlar, J., Fiala, J., Selucká, M., Vlasák, M.: Evropské unifikační projekty závazkového práva a české občanské právo, Brno: Masarykova univerzita, 2009, ISBN 9788021050426
- Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, ISBN 9788021050631
- Rösler, H.: Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level, in European Review of Private Law, 2010, č. 4, s. 735 a násl., ISSN 0928-9801
- Selucká, M.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, Praha: C. H. Beck, 2008, ISBN 9788074000379

Contact – email

dobrovolna.eva@mail.muni.cz

VYBRANÉ ASPEKTY OCHRANY SPOTŘEBITELE PŘI UZAVÍRÁNÍ DISTANČNÍCH SMLUV

MILOSLAV HRDLIČKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá ochranou spotřebitele při uzavírání distančních smluv. Jedná se o způsob uzavírání smluv, který je v současné době velice populární a často využívaný. Česká právní úprava v této oblasti v podstatě reflektuje právní úpravu evropskou. Příspěvek diskutuje především současnou situaci z pohledu českého práva (včetně přístupu k této problematice z pohledu české judikatury).

Key words in original language

Spotřebitel; ochrana spotřebitele; distanční smlouvy; elektronické smlouvy; zaručený elektronický podpis.

Abstract

This contribution deals with consumer protection when concluding distance contracts. The distance contracts are currently very popular and widely used. Czech legislation in this area basically reflects the European legislation. The contribution especially discusses the current situation from the perspective of Czech law. The analysis of the Czech statutory law is complemented with the recent decision of the Supreme Court of the Czech Republic.

Key words

Consumer; consumer protection; distance contract; electronic contract; advanced electronic signature.

1. ÚVOD

Spotřebitel je v současné době obvykle právní teorií i praxí považován za slabší smluvní stranu (oproti druhé straně typicky označované jako "profesionál", který je nejčastěji charakterizován jako subjekt jednající v rámci své obchodní popřípadě jiné podnikatelské činnosti).¹ V této souvislosti je již obecně přijímán a uplatňován názor, že spotřebitel by měl v právních vztazích požívat jisté míry ochrany. Právní řády však spotřebiteli přiznávají ne vždy stejný stupeň této ochrany. Konkrétně je ochrana spotřebitele uskutečňována za pomoci celé řady institutů. Za všechny je

¹ Na tomto přístupu je založen i náš zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který v ustanovení § 52 charakterizuje nejen pojem spotřebitel, ale i dodavatel.

možné uvést speciálně upravené možnosti odstoupení od smlouvy nebo stanovení absolutní (popřípadě relativní) neplatnosti některých smluvních ujednání.² Taktéž na poli práva evropského je jasně patrná snaha o ochranu spotřebitele. Problematickým je ovšem často už samotný pojem spotřebitel, který není vždy chápán (a vymezován) zcela jednotně. Tato problematika ale nebude předmětem zde prezentovaného příspěvku.³

Samostatným problémem, který je někdy prezentován, je zdůvodnění speciálního postavení spotřebitele a zdůvodnění jeho ochrany. K tomuto je třeba dodat zejména následující závěry. Zásada ochrany slabší smluvní strany (např. spotřebitele⁴) je již delší dobu přijímána jako jedna ze zásad soukromého práva.⁵ Tento přístup se vyskytuje nejen v našem právním řádě, ale je prezentován i na úrovni evropské⁶. Ochrana slabší smluvní strany (spotřebitele) je typická pro dnešní soukromé právo. Diskutovanými otázkami je velice často to, jak konkrétně ochranu spotřebitele zabezpečit, popřípadě jaká míra ochrany spotřebitele bude dostatečná k ochraně jeho zájmů a naopak nebude bez zbytečného důvodu přehnaně vysoká. Tyto otázky nejsou v obecném pohledu zcela bez výhrad dořešeny.

Na závěr těchto úvodních poznámek je třeba ještě podotknout fakt, že ochrana spotřebitele je velice obsáhlou problematikou zahrnující řadu aspektů. Hned na tomto místě je třeba ale konstatovat, že tento příspěvek si nebere za cíl obsáhnout celou problematiku ochrany spotřebitele, ale bude zaměřen na okruh distančních a v užším pohledu elektronických smluv a ochranu spotřebitele při procesu uzavírání těchto smluv. Příspěvek se bude zabývat především současnou situací de lege lata v dimenzi českého práva.

2. KRÁTCE K POJMU "DÍSTANČNÍ SMLOUVA"

Pojem "distanční smlouva"⁷ je v dnešní době již poměrně bez výhrad používán jak teorií, tak praxí. Tento institut je nejčastěji chápán jako reakce

² Provedený výčet není konkrétní a nezahrnuje všechny možné prostředky ochrany. Blíže k této problematice viz. např.: SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379.

³ K této problematice blíže např.: SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379.

⁴ Nejedná se ovšem jen o spotřebitele, ale typicky např. o nájemce.

⁵ Ke studiu této problematiky např.: HURDÍK, J., LAVICKÝ, P. Systém zásad soukromého práva. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631.

⁶ Základem ochrany spotřebitele jako subjektu hodného ochrany je Hlava XV. části III. Smlouvy o fungování Evropské unie(OJ C 83, 30.3.2010).

⁷ S tímto pojmem pracuje dnes již běžně i odborná literatura - např.: FIALA, J., KINDL, M. a kol. Občanský zákoník : komentář I. díl. (§ 1 až 487). 1. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR,

na faktický vývoj lidské společnosti a používaných prostředků komunikace. Již samotný název vypovídá o obsahu tohoto pojmu. Při hledání definice distanční smlouvy je možné ve většině případů nalézt vymezení těchto smluv jako smluv uzavíraných prostřednictvím prostředků komunikace na dálku.⁸ Určující je zde právě způsob, jakým je smlouva uzavřena. Nejedná se o nový smluvní typ (stejně jako se nejedná o nový smluvní typ v případě spotřebitelských smluv) ale bude se jednat např. o smlouvu kupní (popřípadě i např. cestovní smlouvu - viz. dále v příspěvku), která ovšem bude uzavřena distančním způsobem⁹.

Dále je možné zdůraznit, že se jedná o pojem širší, než elektronická smlouva. Elektronickou smlouvu je možné charakterizovat jak smlouvu uzavřenou pomocí elektronických prostředků komunikace na dálku. Ne všechny myslitelné prostředky komunikace na dálku jsou zároveň prostředky elektronickými. Ne všechny distanční smlouvy jsou tedy zároveň smlouvami elektronickými. K bližšímu seznámení se s tzv. elektronickými smlouvami (jednotlivými typy, požadavky na platnost elektronické smlouvy, atp.) je možné odkázat na odbornou literaturu.¹⁰

3. NÁRODNÍ DIMENZE PRÁVA NA OCHRANU SPOTŘEBITELE PŘI UZAVÍRÁNÍ DISTANČNÍCH SMLUV DE LEGE LATA

V současné době je v našem právním řádu ochrana spotřebitele roztržena hned do několika právních předpisů. Jistou zajímavostí (která je ale právě pro oblast spotřebitelského práva pochopitelná - s ohledem na účel, kvůli

2009, 866 s., ISBN 9788073573959. Dále např.: ŠVESTKA, J. a kol. Občanský zákoník : komentář I. § 1 – 459. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009, 1373 s., ISBN 9788074001086.

⁸ Toto vymezení je v některých případech modifikované, podstata institutu distančních smluv je ale stejná.

⁹ Viz např. FIALA, J., KINDL, M. a kol. Občanský zákoník : komentář I. díl. (§ 1 až 487). 1. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 866 s., ISBN 9788073573959.

¹⁰ Obecně k orientaci v dané problematice např.: Elektronické smlouvy - část I: Obecně o uzavírání smluv elektronickou cestou. ITprávo [online]. Změněno 28.2.2002 [cit. 2010-11-20]. Dostupné z: <<http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=71656>>.

Dále pak: Elektronické smlouvy - část II: Click-through smlouvy. ITprávo [online]. Změněno 11.3.2002 [cit. 2010-11-20]. Dostupné z: <<http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=72344>>.

Z aktuálních zdrojů např.: LLOYD, I.J. Information Technology Law. 5th edition. Oxford : Oxford University Press, 2008, 597 s., ISBN 9780199299775.

Dále pak např.: REED, CH., ANGEL, J. Computer Law : The Law and Regulation of Information Technology. 6th edition. Oxford : Oxford University Press, 2007, 610 s., ISBN 780199205967.

němuž je vlastně spotřebitel chráněn) je to, že se nejedná pouze o předpisy soukromoprávní, ale také o řadu norem veřejnoprávních. Jako těžiště současné právní úpravy je ale zcela jistě třeba uvést zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský zákoník"), který je základním pramenem soukromoprávní ochrany spotřebitele. Jako příklad a současně asi nejdůležitější pramen veřejnoprávní je uváděn zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů. Dále je možné zmínit, že v nejširším pojetí pramenů, týkajících se ochrany spotřebitele, by bylo možné poukázat i na zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů a konečně i na zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

Problematika spotřebitelských smluv je upravena v občanském zákoníku v ustanovení § 51a a následujících. V první řadě je třeba zmínit ustanovení § 52 občanského zákoníku, kde je obsaženo samotné vymezení pojmu spotřebitel, dodavatel a spotřebitelské smlouvy tak, jak jsou tyto pojmy chápány právě z pohledu občanského zákoníku. Toto vymezení určuje, co je vlastně spotřebitelskou smlouvou a tím pádem tedy okruh smluv, na které je možné použít ustanovení týkající se ochrany spotřebitele.¹¹ Jak již bylo naznačeno v úvodu tohoto příspěvku, již samotné vymezení těchto zásadních pojmů není zcela jednotné a způsobuje tak v praxi problémy.¹²

V následujících ustanoveních je obsažena i právní úprava distančních (a v užším pohledu i elektronických smluv) spotřebitelských smluv. Nejzásadnější pro daný okruh smluv je především ustanovení § 53, § 53a a § 54 občanského zákoníku.¹³ Zde je obsažena přímo právní regulace distančních (a také elektronických smluv). Toto konstatování ale v žádném případě nevyklučuje použití i jiných ustanovení zakotvujících ochranu spotřebitele. Zejména se bude jednat o ustanovení § 55 a ustanovení § 56 občanského zákoníku, které budou jistě dopadat i na distanční smlouvy.

¹¹ § 52 občanského zákoníku

¹² Viz. např.: SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379.

¹³ Tento výčet není kompletní. Dále je možné uvést problematiku smluv o finančních službách uzavíraných jako smlouvy distanční. Jedná se o ustanovení § 54a a násl. občanského zákoníku. Smlouvy o finančních službách uzavíraných za pomoci prostředků komunikace na dálku jsou natolik specifické, že je jim věnována speciální úprava. Výklad dále provedený v tomto příspěvku se ale věnuje distančním smlouvám obecně. Většina obecných závěrů o distančních smlouvách je ale podle mého názoru použitelná i pro smlouvy o finančních službách uzavíraných jako smlouvy distanční. Pokud tedy speciální ustanovení § 54a a násl. nestanoví něco jiného, platí další obecné závěry i pro distanční smlouvy o finančních službách.

Ve výše uvedených ustanoveních je upravena celá řada speciálních institutů, práv a povinností, které jsou zde zakotveny speciálně pro oblast ochrany spotřebitele. Jen v krátkosti je třeba uvést zejména poměrně rozsáhlou informační povinnost ze strany dodavatele vztahující se nejen k samotnému uzavření smlouvy, ale nařizující dodavateli poskytnout spotřebiteli zákonem stanovené informace již v rámci předmluvní fáze, v níž dochází ke vzájemné komunikaci.¹⁴ Dalším specifickým institutem je možnost odstoupení od smlouvy uzavřené distančním způsobem bez udání důvodu a bez jakékoli sankce do 14 dnů od převzetí plnění¹⁵.

4. DISTANČNÍ SMLOUVY Z POHLEDU ČESKÉ JUDIKATURY

K problematice distančních smluv neexistuje velké množství judikatury českých soudů. Spíše je možné konstatovat, že není judikatura prakticky žádána. Tento stav je podle mého názoru zapříčiněn především tím, že se jedná o okruh otázek poměrně nový (ve srovnání s jinými instituty občanského práva, které existují již po celá desetiletí, či staletí). V budoucnu pravděpodobně frekvence sporů (a tedy i rozhodnutí soudů) vzroste, neboť distančních smluv je uzavíráno stále více a myslím si, že tento trend bude převládat i směrem do budoucna.

I přes výše uvedené je ale možné první případy již registrovat. Jedním z prvních rozhodnutí, které se této problematice dotýká, je rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 33 Cdo 3210/2007 ze dne 30.10.2009.¹⁶ Zde se Nejvyšší soud ČR vyjadřuje k elektronické smlouvě a okamžiku uzavření elektronické smlouvy.

Výše zmíněné rozhodnutí se konkrétně zabývalo problematikou uzavření cestovní smlouvy (podle ustanovení § 852a občanského zákoníku) distančním způsobem (v tomto případě elektronicky - prostřednictvím webové stránky). Dále bych chtěl k tomuto rozhodnutí přistoupit přímo z pohledu elektronické kontraktace. Nejvyšší soud ČR zde totiž konstatuje hned několik závěrů použitelných podle mého názoru i pro další elektronicky uzavírané smlouvy.

Prvním z důležitých závěrů prezentovaných v tomto rozhodnutí je to, že samotný formulář umístěný na nějaké www stránce není jako takový

¹⁴ Zejména se bude jednat o ustanovení § 53 odst. 4 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů a dále o ustanovení § 53a zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Viz. ustanovení § 53 odst. 7 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Plný text dostupný ze stránek Nejvyššího soudu ČR na adrese: http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/305808CAD49F174CC12576C500592AAF?openDocument

návrhem na uzavření smlouvy. Tento závěr je ve výše uvedeném rozhodnutí odůvodněn tím, že nespĺňuje požadavek adresnosti návrhu na uzavření jakékoli smlouvy obsažený v ustanovení § 43 odst. 1 občanského zákoníku, protože takovýto formulář (tento návrh) není určen konkrétní osobě. S tímto konstatováním je podle mého názoru možné souhlasit. Vyplněním tohoto formuláře vlastně konkrétní subjekt sděluje cestovní kanceláři svůj zájem o konkrétně určený zájezd. Na základě tohoto sdělení (vyplnění webového formuláře) cestovní kancelář získá obvykle konkrétní údaje o daném subjektu. Toto je poté v citovaném rozhodnutí pojmáno vlastně jako jakýsi impuls, na základě něhož by měla cestovní kancelář podat konkrétní návrh na uzavření konkrétní smlouvy.¹⁷

Dále podle ustanovení § 852b občanského zákoníku je nutné, aby cestovní smlouva byla uzavřena v písemné formě. K tomuto je třeba uvést, že podle ustanovení § 46 odst. 2 občanského zákoníku je požadavek písemné formy naplněn v případě, kdy je návrh na uzavření smlouvy učiněn písemně a následná akceptace návrhu též¹⁸.

Nejvyšší soud ČR se zabýval v tomto rozhodnutí právě i problematikou dodržení písemné formy smlouvy. Konstatuje, že samotný webový formulář nespĺňuje ani požadavek písemné formy, neboť nespĺňuje požadavky kladené na písemnou formu občanským zákoníkem. K těmto požadavkům se vyjadřuje zejména v souvislosti s ustanovením § 40 občanského zákoníku. Zde je stanoveno, že k platnosti písemného právního úkonu je nutné, aby byl písemný právní úkon podepsán jednající osobou. Dále je v tomto ustanovení v odst. 3 uvedeno to, že elektronicky učiněný právní úkon může být podepsán elektronicky podle zvláštního předpisu.¹⁹ Jako tento zvláštní předpis je uváděn zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů. Protože webový formulář není nijak podepsán, nespĺňuje ani tuto podmínku. V ustanovení § 40 odst. 4 občanského zákoníku je dále stanoveno, že pro zachování písemné formy u elektronicky učiněného právního úkonu (tedy např. při učinění návrhu na uzavření smlouvy) je třeba, aby byl uskutečněn způsobem, který umožní zachycení obsahu právního úkonu a určení konkrétní jednající osoby.²⁰ Tento požadavek může být podle mého názoru u webového formuláře naplněn. Nutné ale bude zkoumat konkrétní situaci v konkrétním případě.

¹⁷ Viz. odůvodnění rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007.

¹⁸ Toto se netýká smlouvy o převodu nemovitostí - viz. ustanovení § 46 občanského zákoníku.

¹⁹ Ustanovení § 40 odst. 3 občanského zákoníku.

²⁰ Viz. odůvodnění rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007.

Jsem toho názoru, že vzhledem k výše uvedenému, je možné i se závěrem Nejvyššího soudu ČR, týkajícího se dodržení písemné formy webového formuláře též souhlasit. Výše uvedené odůvodnění daného závěru (týkajícího se podpisu elektronicky učiněného právního úkonu) je podle mého názoru zcela správné a reflektuje můj osobní názor na danou problematiku. Navíc je ale s ohledem na výše uvedené možné konstatovat, že názor prezentovaný ve výše uvedeném rozhodnutí nijak nekoliduje s případným tvrzením, že i elektronický právní úkon může být považován za úkon učiněný v písemné formě. Současná právní úprava podle mého názoru tedy obecně umožňuje za splnění všech zákonem stanovených podmínek učinění elektronického právního úkonu v písemné formě.

Poslední poznámku je třeba věnovat prezentovanému názoru týkajícího se okamžiku uzavření smlouvy. Nejvyšší soud ČR zde uzavírá, že k uzavření smlouvy je třeba, aby byl podán písemný (v případě cestovní smlouvy) a podepsaný návrh na uzavření smlouvy. Tento návrh může být podle Nejvyššího soudu učiněn některým z elektronických prostředků a podepsán zaručeným elektronickým podpisem²¹. Pouze na základě tohoto návrhu, který je pak obdobným způsobem (za splnění stejných podmínek), může právě tímto přijetím dojít k uzavření smlouvy.²² S tímto názorem je též podle mého názoru možné vyslovit souhlas. Důležité je vyzdvihnout tvrzení, kdy Nejvyšší soud ČR výslovně říká, že elektronicky učiněný právní úkon má být podepsán pomocí zaručeného elektronického podpisu. Z mého pohledu je tento názor také naprosto v pořádku a to jak z pohledu právní teorie, tak z pohledu toho, že zákon č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů rozlišuje jednak zaručený elektronický podpis (viz. výše) a tzv. prostý elektronický podpis.²³ Zákon č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů neupravuje pouze tyto dva typy elektronického podpisu, ale pro potřeby této problematiky uvádím jen dva výše uvedené.²⁴ Jednoznačné určení podepisující osoby podle mého názoru umožní ale opravdu pouze zaručený elektronický podpis.

5. ZÁVĚR

Distanční smlouvy (popřípadě elektronické smlouvy) jsou dnes velice často využívány a ve značné míře se jedná právě o smlouvy spotřebitelské. Je to způsob uzavírání smluv, který v sobě skýtá řadu výhod (např. rychlost

²¹ Viz. ustanovení § 2 písmena b zákona č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

²² Viz. odůvodnění rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007.

²³ Viz. ustanovení § 2 písmena a zákona č. 227/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

²⁴ Blíže viz např. FIALA, J., KINDL, M. a kol. Občanský zákoník : komentář I. díl. (§ 1 až 487). 1. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 866 s., ISBN 9788073573959.

komunikace, možnost rychlého porovnání velkého množství zboží, možnost uzavřít smlouvu prakticky kdykoli a odkudkoli) i nevýhod (především nejistota ohledně druhé smluvní strany nebo ohledně obsahu jednotlivých ustanovení konkrétní smlouvy). Právní úprava v této oblasti spotřebitelského práva je zásadně ovlivněna evropským právem - pokud připustíme jistou míru zjednodušení, jedná se o transpozici několika směrnic Evropského parlamentu a Rady.

Současnou právní úpravu je podle mého názoru možné hodnotit kladně i přes některé dílčí problémy. Zásadní prvky, mezi které jistě patří poměrně široká informační povinnost dodavatele směrem ke spotřebiteli nebo možnost odstoupení od smlouvy do 14 dní od převzetí plnění bez udání důvodu a bez jakékoli sankce, jsou z mého pohledu žádoucí a vyhovují specifikům distančního uzavírání smluv.

Výše uvedené rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR je jedním z prvních týkajících se problematiky elektronických smluv. K nejdůležitějším zde prezentovaným závěrům je možné uvést konstatování, že samotný webový formulář není návrhem na uzavření smlouvy a nespĺňuje ani požadavek písemné formy. Dále je důležitým zmínit závěr, že elektronicky učiněný právní úkon je možné elektronicky podepsat, ale je třeba použít zaručeného elektronického podpisu, který je možné obecně považovat za institut bezpečnější než v případě prostého elektronického podpisu. S výše uvedenými názory prezentovanými v citovaném rozhodnutí souhlasím.

Literature:

- ELIÁŠ, K. a kol. Občanský zákoník : velký akademický komentář – 1. svazek § 1-487. Praha : Linde, 2008, 1391 s., ISBN 9788072016877.
- FIALA, J., KINDL, M. a kol. Občanský zákoník : komentář I. díl. (§ 1 až 487). 1. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 866 s., ISBN 9788073573959.
- HULVA, T. Ochrana spotřebitele. 1. vyd. Praha : ASPI, 2004, 451s., ISBN 8073570645.
- HURDÍK, J., LAVICKÝ, P. Systém zásad soukromého práva. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631.
- LLOYD, I.J. Information Technology Law. 5th edition. Oxford : Oxford University Press, 2008, 597 s., ISBN 9780199299775.

- REED, CH., ANGEL, J. Computer Law : The Law and Regulation of Information Technology. 6th edition. Oxford : Oxford University Press, 2007, 610 s., ISBN 780199205967.
- SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379.
- STONE, R. The Modern Law of Contract. 8th edition. London : Routledge-Cavendish, 2009, 675 s., ISBN 9780415481366.
- ŠVESTKA, J. a kol. Občanský zákoník : komentář I. § 1 – 459. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009, 1373 s., ISBN 9788074001086.
- Elektronické smlouvy - část I: Obecně o uzavírání smluv elektronickou cestou. ITprávo [online]. Změněno 28.2.2002 [cit. 2010-11-20]. Dostupné z: <<http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=71656>>.
- Elektronické smlouvy - část II: Click-through smlouvy. ITprávo [online]. Změněno 11.3.2002 [cit. 2010-11-20]. Dostupné z: <<http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=72344>>.
- K některým právním otázkám e-kontraktace. iPrávník [online]. Změněno 1.12.2004 [cit. 2010-11-20]. Dostupné z: <http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/ap_30/pd_4/txtexpresion_zm%C4%9Bn/art_3799/detail.aspx>.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007.

Contact – email

Hrdlicka.Miloslav@seznam.cz

BUDÚCNOSŤ SPOTREBITEĽSKÉHO PRÁVA VO SVETLE ACQUIS COMMUNAUTAIRE

MÁRIA IVANECKÁ - DUŠAN MARJÁK

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovensko

Abstract in original language

Autori sa v úvode príspevku zameriavajú na vývojové tendencie v oblasti spotrebiteľského práva na komunitárnej úrovni a výberu vhodného nástroja na revíziu spotrebiteľského *acquis*. Následne je pozornosť venovaná možnému dopadu spotrebiteľského *acquis* na právne poriadky členských štátov únie ako aj eventuálnemu rozsahu harmonizácie v návrhu tzv. horizontálnej spotrebiteľskej smernice.

Key words in original language

Harmonizácia; spotrebiteľské právo; smernica; *acquis communautaire*.

Abstract

At the beginning of the article, authors deal with tendencies in the area of consumer law according to *acquis communautaire* and choosing the best instrument for revision of the consumer *acquis*. Next part is focused on possible impact of consumer *acquis* on legal systems of the European Union's member states and possible scope of harmonization in the proposal of consumer directive, also known as horizontal.

Key words

Harmonisation; Consumer law; Directive; *Acquis communautaire*.

Úvod

V našom príspevku sa budeme venovať spotrebiteľskému právu, zameriame sa na prebiehajúci proces jeho revízie. Pre spracovanie tejto problematiky sme sa rozhodli z dôvodu jej aktuálnosti a veľkého vplyvu na vnútroštátne právne poriadky. Napokon, viacero posledných novelizácií Občianskeho zákonníka¹ sa týkalo práve spotrebiteľských zmlúv a potreby transponovania smerníc do vnútroštátneho právneho poriadku Slovenskej republiky. Svoju pozornosť upriamujeme na spotrebiteľské právo aj preto, že táto oblasť práva ovplyvňuje samotné zmluvné právo, má interdisciplinárny charakter a presahuje rámec občianskeho práva.

V prvej časti nášho príspevku sa zameriame na popis základných problémov, ktoré spôsobuje súčasný stav harmonizácie a tiež výberu

¹ Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník.

vhodného nástroja pre harmonizáciu spotrebiteľského *acquis*. Prostredníctvom tohto nástroja sa má v budúcnosti zabezpečiť účinnejšia ochrana spotrebiteľa a posilnenie vnútorného trhu.

Druhá časť príspevku bude venovaná rozsahu harmonizácie a jej dopadu na vnútroštátne právne poriadky, s dôrazom na v súčasnosti prerokúvaný návrh tzv. horizontálnej spotrebiteľskej smernice z roku 2008² (proposal for a Directive on Consumer rights, ďalej pDCR) v Európskom parlamente.

1.

Prístup orgánov Európskej únie k otázke výberu najvhodnejšieho nástroja pre harmonizáciu spotrebiteľského práva sa zdá byť pomerne nekonzistentný. Pri výbere vhodného nástroja na revíziu spotrebiteľského *acquis* je totiž potrebné zohľadniť niekoľko základných aspektov ako sú: vplyv výberu nástroja na vnútroštátne právo, do akej miery je daný nástroj schopný zabezpečiť sledovaný cieľ revízie a v neposlednom rade aj politickú priechodnosť zvažovaného nástroja.

S ohľadom na vyššie spomenuté považujeme za potrebné uviesť, že cieľom sledovanej revízie je predovšetkým zabezpečenie vysokej úrovne ochrany spotrebiteľa a zároveň podpora vnútorného trhu³. Vysoká úroveň ochrany, ktorá sa sleduje neznamená len precíziu a detailnejšiu úpravu práv spotrebiteľa, ale je potrebné mať na zreteli snahu Komisie o podporu cezhraničných obchodov.

Súčasný stav je možné zjednodušené popísať značnou nekonzistentnosťou vnútroštátnych právnych úprav, čo sa prejavuje v neochote podnikateľov predávať tovar mimo ich domovského štátu. Až 33% opýtaných spotrebiteľov v Eurobarometri uviedlo, že sa domnievajú, že predajcovia/dodávatelia často odmietajú predat' alebo doručiť tovar alebo služby, pretože spotrebiteľ nemá sídlo v štáte predajcu, resp. dodávateľa⁴. Dôvodom sú vysoké náklady v prípade možných žalôb spotrebiteľov, čo demotivuje mnohých predajcov a dodávateľov. Nariadenie Rím I totiž stanovuje, že za splnenia určitých podmienok sa spotrebiteľská zmluva

² KOM (2008) 614, v konečnom znení.

³ Tieto ciele sú vyjadrené napr. v Stratégii spotrebiteľskej politiky 2002–2006 (Consumer policy strategy 2002-2006), COM (2002) 208, final.

⁴ Prieskum z marca a februára 2006, dostupný na: http://ec.europa.eu/consumers/topics/eurobarometer_09-2006_en.pdf

spravuje právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu spotrebiteľa⁵. Predávajúci/dodávateľ teda musí poznať aj vnútroštátne právo krajiny spotrebiteľa, čo preňho znamená vysoké náklady na právne služby.

Úvahy o revízii *acquis* zmluvného práva začínajú naberať jasnejšie kontúry od roku 2001, kedy bolo vydané Oznámenie Komisie o európskom zmluvnom práve⁶. V tomto dokumente sa nastoľujú otázky divergencie zmluvného práva členských štátov a potreba riešenia týchto rozdielov vo vnútroštátnych právnych poriadkoch s ohľadom na zlepšenie fungovania vnútorného trhu a odstránenie prekážok cezhraničného obchodovania. Komisia v Oznámení popisuje štyri možnosti⁷ budúceho smerovania revízie zmluvného práva. Už na tomto mieste sa uvažuje o tvore nového komplexného predpisu/predpisov na úrovni ES a výberu vhodného nástroja, ktorý má byť závislý (okrem iných faktorov) najmä od predpokladaného stupňa harmonizácie.

Na pôde Komisie je diskutovaných viacero nástrojov na revíziu spotrebiteľského *acquis*. Ak začneme od najširších úvah, tak môžeme hovoriť o projekte tvorby Európskeho občianskeho zákonníka, ktorý by zahŕňal oblasť zmluvného práva, a teda aj nami skúmanú problematiku spotrebiteľského práva. Keďže úvahy o tomto nástroji vnímame prevažne v akademickej rovine, nebudeme sa nimi ďalej zaoberať. Táto myšlienka je pomerne častým predmetom diskusií na akademickej pôde. S ohľadom na práve prebiehajúce rekodifikácie súkromnoprávných kódexov v strednej Európe⁸ nadobúda ešte väčší význam. V súčasnosti však môžeme označiť práce na tvorbe Európskeho občianskeho zákonníka za právne i politicky nepriechodné. Stav rozdielnosti vnútroštátnych právnych poriadkov členských štátov neumožňuje prijatie takéhoto nástroja, resp. by sa jednalo len o nástroj nezáväzný, skôr inšpiratívny pre národných legislatívco, čo nerieši súčasné problémy spotrebiteľov členských štátov.

Viac reálnym prostriedkom harmonizácie sa zdá byť Spoločný referenčný rámec (CFR)⁹. Ide o nástroj, ktorého úlohou je priblížiť zmluvné právo členských štátov. Jeho vplyv na vnútroštátne právo je potrebné posudzovať s ohľadom na to, či by bol prijatý ako záväzný alebo či by mal mať len

⁵ Pozri článok 6 nariadenia ES 593/2008 zo 17. júna 2008 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (Rím I).

⁶ COM (2001) 398, final.

⁷ Bod 4 a nasl. COM (2001) 398, final.

⁸ Prípravné práce na rekodifikácii Občianskych zákonníkov prebiehajú v Českej republike, v Poľsku, Maďarsku aj na Slovensku.

⁹ Common Frame of Reference.

odporúčací charakter. Chceme poznamenať, že sa nezaobráme tzv. DCFR¹⁰, ktorý je len akademickým návrhom vypracovaným skupinou pod vedením prof. von Bara. V súvislosti s CFR je možné badať tendenciu začleniť doňho aj problematiku spotrebiteľského práva, najmä v počiatočných fázach jeho prípravy. Neskôr v roku 2005 dochádza k vyčleneniu tejto problematiky na samostatnú úpravu, čo bolo dané zrejme veľmi pragmatickým prístupom, keďže bolo uvážené, že spotrebiteľské právo je čiastočne harmonizované, a teda jeho ďalšia harmonizácia v rámci zmluvného práva by bola pomerne zdĺhavá. Došlo teda k vyčleneniu spotrebiteľského práva z CFR a táto oblasť bola ponechaná na samostatnú úpravu. Práce na príprave CFR a revízii spotrebiteľského acquis teda prebiehajú súčasne, avšak sú poznačené dvojkoľajnosťou a vzájomným nesúladam. Takýto postup hodnotíme negatívne.

S prijatím Zelenej knihy Komisie o možnostiach politik s cieľom dosiahnuť pokrok v oblasti európskeho zmluvného práva pre spotrebiteľov a podniky z roku 2010¹¹ a so zmenou exekutívy však možno badať opätovnú snahu o včlenenie spotrebiteľského práva do širšieho rámca zmluvného práva. Tento prístup možno z hľadiska určitej konzistentnosti tvorby práva považovať podľa nášho názoru za správny, avšak na druhej strane je potrebné vnímať aj časovú rovinu možného prijatia CFR ako nástroja so záväzným charakterom. Práce na tvorbe CFR sa dostali opäť na začiatok a pracuje sa na tzv. novom návrhu Spoločného referenčného rámca, ktorý má byť vypracovaný a predložený Komisii začiatkom roka 2011.

Ak postúpime ďalej v uvažovaní o výbere nástroja revízie spotrebiteľského acquis, ciele revízie v súčasnosti možno podľa nášho názoru najlepšie dosiahnuť prostredníctvom smernice ako najvhodnejšieho nástroja. Ďalej sa preto budeme zaoberať týmto nástrojom, možným prístupom k revízii prostredníctvom smernice a rozsahom v akom by sa mala realizovať.

Smernica ako nástroj harmonizácie dokáže zabezpečiť určitú mieru konzistentnosti právnych poriadkov členských štátov. Transponovanie smernice do vnútroštátnych právnych poriadkov členských štátov umožňuje tvorbu práva s ohľadom na špecifiká daného právneho poriadku a jeho zmluvného práva.

V súčasnosti sa v Európskom parlamente prerokúva návrh tzv. horizontálnej spotrebiteľskej smernice. Tento návrh chcel pôvodne revidovať osem spotrebiteľských smerníc¹². Keďže sa nenašla dostatočná politická dohoda,

¹⁰Draft Common Frame of Reference, dostupný na: <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFR.html>

¹¹ KOM (2010) 348, v konečnom znení.

¹² smernica 85/577/EHS o zmluvách uzatváraných mimo prevádzkových priestorov, smernica 90/314/EHS o balíku cestovných, dovolenkových a výletných služieb, smernica

napokon sú to štyri smernice¹³, ktoré sa spoja do jedného legislatívneho nástroja. Túto stratégiu môžeme označiť ako aplikáciu tzv. horizontálneho prístupu k revízii. Jej náprotivkom je vertikálna stratégia, ktorá znamená, že revízia spotrebiteľského práva by sa aj naďalej uskutočňovala prostredníctvom revízie jednotlivých smerníc. Takýto sektorový (odvetvový) prístup považujeme za menej výhodný. Neodstránil by súčasné problémy spočívajúce v právnej fragmentácii, naďalej by dochádzalo k prehlbovaniu existujúcich problémov a nenastala by podpora vnútorného trhu a cezhraničných obchodov, čo je samotným cieľom revízie. Proces revízie jednotlivých smerníc by bol taktiež legislatívne náročný, keďže by zahŕňal prijímanie a následnú transpozíciu veľkého množstva smerníc.

Na základe vyššie uvedeného sa prikláňame pri voľbe stratégie, ktorou má byť smernica tvorená k horizontálnemu prístupu pri revízii spotrebiteľského *acquis*. Podpora smernice tvorenej na základe horizontálnej stratégie môže pre vzdialenejšiu budúcnosť spotrebiteľského práva znamenať aj pomalé smerovanie k tvorbe tzv. Európskeho spotrebiteľského kódexu (European Consumer code).

Ideálnym stavom by podľa nášho názoru bolo prijatie jednej smernice, ktorá by sa pokúsila o spoločné vymedzenie pojmov, odstránenie medzier a nekonzistentností, ku ktorým došlo aj medzi samotnými smernicami. Tie totiž nepoužívajú spoločný pojmový základ, dokonca v nich nepanuje ani zhoda v základných pojmoch ako sú spotrebiteľ, predajca, či dodávateľ. O to väčšie rozdiely nachádzame v právnych úpravách v rámci jednotlivých členských štátov.

Všetky uvedené nedostatky majú negatívny vplyv na fungovanie vnútorného trhu. Súčasný návrh smernice však nepresvedčil ani ECCG (European Consumer Consultative Group)¹⁴, ktorá bola zriadená samotnou Komisiou. ECCG návrhu vyčíta dokonca to, že nebola preukázaná jeho potreba, a to aj z dôvodu, že nebol dostatočne preskúmaný vplyv pDCR na úroveň ochrany spotrebiteľov na národnej úrovni. Podľa nášho názoru je

93/13/EHS o nekalých podmienkach v spotrebiteľských zmluvách, smernica 94/47/ES týkajúca sa ochrany kupujúcich v súvislosti s niektorými prvkami zmlúv o kúpe práva na časovo vymedzené užívanie nehnuteľností, smernica 97/7/ES o zmluvách na diaľku, smernica 98/67/ES, smernica 98/27/ES o súdnych príkazoch na ochranu spotrebiteľských záujmov, smernica 99/44/ES o predaji spotrebného tovaru a zárukách.

¹³ smernica 85/577/EHS o zmluvách uzatváraných mimo prevádzkových priestorov, smernica 93/13/EHS o nekalých podmienkach v spotrebiteľských zmluvách, smernica 97/7/ES o zmluvách na diaľku, smernica 1999/44/ES o predaji spotrebného tovaru a zárukách.

¹⁴ ECCG zriadená Rozhodnutím Komisie 2003/709/ES a 2009/705/ES za účelom konzultácie všetkých otázok týkajúcich sa ochrany záujmov spotrebiteľov na komunitárnej úrovni.

však potrebné vytvoriť takú reguláciu, ktorá nebude len deklarovať určité práva, ale ktorá reálne podporí rozvoj vnútorného trhu. Pre spotrebiteľa to bude znamenať rozšírenie možností nákupu za rovnakých, resp. obdobných podmienok. Zároveň nájde prínos aj v predpokladanom znížení cien, ku ktorému by malo dôjsť pod vplyvom vyššej konkurencie na trhu.

Najschodnejšou, i keď s ohľadom na vyššie uvedené nie najlepšou cestou sa zdá byť prijatie smernice revidujúcej spotrebiteľské právo na horizontálnom princípe, ktorý je kombinovaný s vertikálnym. Tento prístup znamená riešenie špecifických sektorových otázok v osobitných smerniciach, zatiaľ čo základné otázky budú riešené spoločne v jednej smernici. Na tomto princípe je tvorený aj návrh spotrebiteľskej smernice z roku 2008. Ide o kompromis, ktorý je nutné uvítať, keďže by mal znamenať aspoň čiastočné dosiahnutie cieľov revízie a zlepšenie oproti súčasnému stavu.

2.

Pri identifikácii možného vplyvu komunitárneho práva v oblasti ochrany spotrebiteľa na právo členských štátov môžeme sledovať viaceré tendencie, a to od minimálnej harmonizácie (Minimum of Harmonisation) komunitárneho a vnútroštátneho práva až po harmonizáciu úplnú (Full/Complete Harmonisation).

Súčasný stav vplyvu komunitárneho práva zavedený tzv. spotrebiteľskými smernicami predstavuje, až na výnimky, systém minimálnej harmonizácie. Smernice zavazujú členské štáty v tom smere, že tie sú povinné do doby stanovenej smernicou transponovať jej ustanovenia do svojho právneho poriadku takým spôsobom, aby obsah transpozičného opatrenia presne významovo zodpovedal obsahu smernice¹⁵. Smernica však v danom prípade predstavuje len minimálny štandard, s ktorým sú členské štáty povinné zosúladiť ich právne poriadky, a to tak, aby bol dosiahnutý účel smernice, t.j. smernicokonformne. Na druhej strane členské štáty môžu svojimi opatreniami „presiahnuť“ rámec stanovený smernicou, a teda môžu prijať prísnejšie, resp. priaznivejšie opatrenia. Možnosť odchýliť sa od ustanovení smernice majú členské štáty len za predpokladu, že to smernica umožňuje a uvádza, za akých podmienok sa tak môže stať¹⁶.

¹⁵ Král, R.: *Zásady aplikace komunitárního práva národními soudy*, Praha: C. H. BECK, 2003, s. 18.

¹⁶ Kotoučová, J.: "Minimální harmonizace" v oblasti ochrany spotřebitele. In *Aplikované právo*, č. 2/2005, s.3. Dostupné na: <http://www.aplikovanepravo.cz/clanky-pdf/32.pdf>

Prípadoch kedy smernica (neobsahujúca tzv. harmonizačné ustanovenie) neumožňuje členským štátom prijať prísnejšie, resp. priaznivejšie opatrenia je napr. smernica Rady 85/374/EHS o zblížovaní právnych a správnych predpisov členských štátov týkajúcich sa zodpovednosti za vadné výrobky. Predmetná smernica obsahuje okrem iného ustanovenie, podľa ktorého dodávateľ zodpovedá za škodu spôsobenú vadou výrobku len v obmedzených prípadoch. Napriek tomu niektoré členské štáty zakotvili vo svojich právnych poriadkoch objektívnu zodpovednosť dodávateľa za škodu spôsobenú vadným výrobkom v rovnakom rozsahu ako zodpovednosť u výrobcu. Z dôvodu, že predmetná smernica neobsahuje ustanovenie umožňujúce členským štátom ísť nad jej rámec, ESD ju vo viacerých rozhodnutiach označil za smernicu založenú na báze plnej harmonizácie¹⁷. Ak teda členský štát po uplynutí transpozičnej lehoty ponechal v platnosti alebo prijal prísnejšie resp. priaznivejšie opatrenie, ktorým sa odchýlil od ustanovení smernice, nastúpili nepriame účinky smernice v podobe povinnosti vnútroštátneho súdu k eurokonformnému výkladu, prípadne zodpovednosť členského štátu za škodu spôsobenú jednotlivcovi porušením komunitárneho práva. Zároveň sa členský štát vystavuje riziku žaloby zo strany Komisie v konaní o porušenie Zmluvy o fungovaní Európskej únie¹⁸.

Mnohé členské štáty využili možnosť, ktorú im poskytli minimálne harmonizované smernice a vo svojich právnych poriadkoch prijali nadštandardné opatrenia, ako napr. ustanovením dlhších lehôt na zváženie než sú minimálne lehoty stanovené v smerniciach o predaji na diaľku, podomovom predaji a o kúpe práva na časovo vymedzené užívanie nehnuteľností,¹⁹ prípadne rozšírením ochrany na právnické osoby.

Ako príklad môžeme uviesť transpozíciu smernice č. 93/13/EHS o nekalých podmienkach v spotrebiteľských zmluvách do právneho poriadku Slovenskej republiky. Jedným zo základných cieľov smernice je zabezpečiť, aby zmluvy uzatvorené medzi dodávateľom a spotrebiteľom neobsahovali nekalé podmienky. V zmysle čl. 2 písm. b) smernice sa za spotrebiteľa považuje fyzická osoba, ktorá v zmluvách podliehajúcich tejto smernici koná s cieľom nevzťahujúcim sa k jej obchodu, podnikaniu alebo povolaniu. Definícia koncipovaná v tomto duchu bola prevzatá (avšak až prostredníctvom nedávnej novely Občianskeho zákonníka²⁰) aj do právneho poriadku Slovenskej republiky, konkrétne do ust. § 52 ods. 4 Občianskeho

¹⁷ Vec C - 183/00 *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*. ECR [2002] I - 03901.

¹⁸ Tak napr. Vec C - 52/00 *Komisia v. Francúzsko*, Vec C - 154/00 *Komisia v. Grécko*.

¹⁹ *Zelená kniha o revízii spotrebiteľského acquis*, KOM (2006) 744, v konečnom znení.

²⁰ Zákon č. 379/2008 Z. z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov.

zákonníka²¹. Občiansky zákonník teda v súčasnosti pred neprijateľnými podmienkami chráni výlučne fyzickú osobu. Slovenský zákonodarca však realizujúc ochrannú funkciu práva išiel nad rámec spomínanej smernice, nakoľko smernica umožňuje členským štátom prijímať priaznivejšie opatrenia, keď prostredníctvom zákona o ochrane spotrebiteľa²² rozšíril ochranu pred neprijateľnými podmienkami aj na právnické osoby. Táto skutočnosť vyplýva z dikcie § 2 písm. a) zákona o ochrane spotrebiteľa, v zmysle ktorého sa spotrebiteľom rozumie fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá nakupuje výrobky alebo používa služby pre osobnú potrebu alebo pre potrebu príslušníkov svojej domácnosti. V spojení s ust. § 3 ods. 3 citovaného zákona má každý spotrebiteľ právo na ochranu pred neprijateľnými podmienkami v spotrebiteľských zmluvách. Takto koncipovaným ustanoveniami zákonodarca vzťahol ochranu pred neprijateľnými podmienkami v spotrebiteľských zmluvách aj na osoby právnické²³. V podobnom duchu je ochrana právnických osôb garantovaná aj v právnych poriadkoch Francúzska či Švédska.

Bez ďalšieho však nemožno konštatovať, že členské štáty nie sú pri prijímaní takto koncipovaných ochranných opatrení, ako sa to na prvý pohľad môže zdať, nijako obmedzované. Nadštandardné opatrenia členských štátov totiž neustále prechádzajú akýmsi testom konformity s primárnym právom EÚ²⁴. Primárne právo je teda pre členské štáty limitujúcim faktorom. Ako najmarkantnejší príklad možno uviesť ustanovenia primárneho práva zabezpečujúce voľný pohyb tovaru, ako aj ustanovenia týkajúce sa zákazu kvantitatívnych obmedzení medzi členskými štátmi²⁵. ESD vo svojej skoršej judikatúre obraňoval takmer ničím neobmedzenú minimálnu harmonizáciu ako nevyhnutný predpoklad ochrany spotrebiteľov²⁶. Nedávna rozhodovacia činnosť ESD však nabrala kontúry odchýlne od vyššie načrtnutého postoja. ESD vo svojich rozhodnutiach týkajúcich sa otázky minimálnej harmonizácie v spotrebiteľských smerniciach²⁷ dospel k záveru, že členské štáty môžu

²¹ Spotrebiteľom je fyzická osoba, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy nekoná v rámci predmetu svojej obchodnej činnosti alebo inej podnikateľskej činnosti.

²² Zákon č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov.

²³ Porovnaj Csach, K.: Štandardné zmluvy, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 174.

²⁴ Vec C - 376/98 Tobacco Advertisement ECR [2000] I - 8419, Vec C - 210/03 Swedish Match ECR [2004] I - 1189.

²⁵ Porovnaj čl. 23, čl. 28 a čl. 29 ZES.

²⁶ Vec C - 484/08 Ausbanc.

²⁷ Vec C - 205/07 Gysbrechts ECR [2008] I - 9947.

zaviesť alebo naďalej uplatňovať prísnejšie ustanovenia k zaisteniu vyššej ochrany spotrebiteľa za predpokladu, že táto právomoc bude vykonávaná s riadnym ohľadom na Zmluvu²⁸.

Ako už bolo naznačené mechanizmus minimálnej harmonizácie predstavuje jeden z „najneškodnejších“ zásahov do zmluvného práva členských štátov a nevytvára silné väzby na európske právo. Členské štáty tak môžu v súlade s účelom smernice a aj pri jej dôslednom transponovaní prispôbiť svoje právne poriadky komunitárnemu právu, a to bez toho, aby sa to dotklo obsiahlejších častí ich zmluvného práva. Minimálna harmonizácia tak rešpektuje špecifiká národného práva a umožňuje členským štátom prijímať nadštandardné ochranné opatrenia.

Je však potrebné poznamenať, že spotrebiteľské *acquis* založené na minimálnej harmonizácii nedokázalo za vyše 20 rokov vytvoriť integrovaný vnútorný trh a v niektorých oblastiach predstavovalo čím ďalej tým väčšie prekážky vnútorného trhu. Aj z tohto dôvodu sa začali práce na jeho revízii, ktorých cieľom bolo prehodnotenie predchádzajúceho prístupu. Z týchto prác vzišiel návrh smernice o právach spotrebiteľov (pDCR), ktorý ako už bolo spomínané predstavuje horizontálny nástroj regulácie spotrebiteľských vzťahov a je postavený na báze plnej harmonizácie²⁹.

Systém plnej harmonizácie sa javí ako jeden z najlepších spôsobov na odstránenie prekážok cezhraničného obchodu a tvorbu bezbariérového vnútorného trhu. Ako vyplýva z ods. 8 recitálu pDCR úplná harmonizácia niektorých kľúčových regulačných aspektov podstatne zvýši právnu istotu pre spotrebiteľov i podniky. Vnútorný trh tak môže ťažiť z jednotných pravidiel.

V prvom rade treba poznamenať, že alternatíva plne harmonizujúcej smernice sa javí prijateľnejšia ako nariadenie. Kým nariadenie je bez ďalšieho priamo účinné na území členských štátov, kde zavádza jemu vlastnú euroterminológiu (spôsobujúcu najmä interpretačné problémy), smernica potrebuje na vyvolanie účinkov (samozrejme až na výnimku priamej účinnosti) transponovanie do národného práva. Štáty tak môžu v procese transpozície podľa potreby posúdiť zachovanie vnútroštátnych právnych pojmov a základných konceptov vnútroštátneho zmluvného práva.

Ďalším z argumentov v prospech plnej harmonizácie je reálna možnosť uplatnenia práv pre spotrebiteľov. Vysoká úroveň ochrany, ktorá sa

²⁸ Vec C - 322/01 Deutscher Apothekerverband ECR [2003] I - 14887.

²⁹ V zmysle čl. 4 pDCR členské štáty nesmú vo svojich vnútroštátnych právnych predpisoch ponechať v platnosti ani zaviesť ustanovenia, ktoré sa odchyľujú od ustanovení tejto smernice, vrátane viac alebo menej prísnych ustanovení, ktoré zabezpečujú odlišnú úroveň ochrany spotrebiteľa.

dosahuje prostredníctvom minimálnej harmonizácie neznamená, že spotrebiteľ bude mať skutočnú možnosť svoje práva uplatniť. Minimálna harmonizácia spôsobuje, že právne poriadky členských štátov sú do značnej miery divergentné a vykazujú znaky fragmentácie. To znižuje stav právnej istoty a odrádza obchodníkov od realizovania cezhraničných transakcií. Spotrebiteľ tak, napriek vysokej úrovni ochrany, nemôže realizovať svoje práva, nakoľko cezhraničné transakcie sú mu zo strany obchodníkov odopierané.

Návrh smernice sa snaží reagovať aj na súčasné vývojové tendencie v oblasti zmluvného práva. Jednou z týchto tendencií, ktorá zasahuje predovšetkým právne vzťahy so spotrebiteľským prvkom je štandardizácia. Obchodníci prostredníctvom štandardných zmlúv, resp. všeobecne koncipovaných obchodným podmienok zrýchľujú kontrakčný proces a znižujú transakčné náklady, čím prispievajú k ekonomickému rozvoju vnútorného trhu. Za súčasnej situácie, kedy právne poriadky členských štátov sú vo viacerých oblastiach natoľko odlišné, sú možnosti štandardizácie len minimálne. Jednou z výhod plnej harmonizácie by tak bola možnosť používať prvky štandardizácie zmluvných vzťahov.

Napriek týmto skutočnostiam je plná harmonizácia ako všeobecné pravidlo pDCR odmietaná členskými štátmi i odbornou verejnosťou (naopak veľmi razantne je podporovaná obchodníkmi). Prijatím pDCR v súčasnom znení by viaceré štáty boli nútené upustiť od svojej „ochranárskej línie“ a prijať jednotný európsky štandard ochrany, čo by v konečnom dôsledku ovplyvnilo ich právne a spoločenské tradície.

Ako najpriateľnejšie riešenie transpozície návrhu smernice o právach spotrebiteľov sa javí tzv. cieleňá plná harmonizácia (Targeted Full Harmonisation). Táto metóda by mala predstavovať akýsi kompromis medzi zabezpečením vysokej úrovne ochrany spotrebiteľa, požiadavkami vnútorného trhu a autonómiou členských štátov v oblasti zmluvného práva³⁰. Základom pDCR by v zmysle tejto koncepcie mala byť minimálna harmonizácia, a to v tých oblastiach, ktoré predstavujú základ spotrebiteľského *acquis*, a ktorých podriadenie plnej harmonizácii by malo negatívny dopad na úroveň ochrany spotrebiteľov. Plná harmonizácia by na druhej strane bola základom tam, kde prevažujú požiadavky vnútorného trhu bez toho, aby došlo k výraznému oslabeniu ochrany spotrebiteľov.

Záver

³⁰ Porovnaj Howells, G., - Reich, N.: *Extent of Harmonisation in Consumer Contract Law*. Brusel: European Parliament, 2010, s. 17.

Záverom je potrebné konštatovať, že európska a národná legislatívna integrácia na horizontálnej úrovni začína robiť svoje prvé kroky. Príkladom sú viaceré spomínané projekty, ako napr. CFR, PECL³¹, PETL³², ale aj v tomto príspevku rozoberaný pDCR. V tomto kontexte môžeme ponímať návrh smernice o právach spotrebiteľov ako vlajkovú loď na ceste k integrácii spotrebiteľského práva do súkromného práva členských štátov, ale aj k jednotnému Európskemu spotrebiteľskému kódexu. Integráciu práva však treba vnímať ako veľmi špecifický a citlivý proces, ku ktorému je potrebné pristupovať pozvoľne. Z tohto dôvodu sa autori príspevku prikláňajú skôr k cielenej plnej harmonizácii, ktorá vďaka rešpektovaniu tradícií a miernejšiemu dopadu na zmluvné právo členských štátov pripraví ich právne poriadky na v budúcnosti očakávané jednotné európske spotrebiteľské právo. So záujmom budeme sledovať ďalší vývoj prác na revízii spotrebiteľského *acquis*.

Literature:

- Král, R.: *Zásady aplikace komunitárního práva národními soudy*, Praha: C. H. BECK, 2003, 101 s., ISBN 80-7179-799-5.
- Csach, K.: *Štandardné zmluvy*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 331 s., ISBN 978-80-7380-199-1.

Contact – email

ivaneckam@gmail.com, dusan.marjak@gmail.com

³¹ Principles of European Contract Law. Dostupné na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm

³² Principles of European Tort Law. Dostupné z: <http://civil.udg.edu/tort/Principles/>

BUDÚCNOSŤ SPOLOČNÉHO REFERENČNÉHO RÁMCA

MONIKA JURČOVÁ - MARIANNA NOVOTNÁ

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Katedra občianskeho a
obchodného práva, SR

Abstract in original language

Ústrednou témou príspevku je úvaha o budúcnosti Spoločného referenčného rámca (CFR). Možno zámery Komisie označiť ako krok späť, výsledok triezveho realizmu alebo možno aj snahu o vytvorenie Voliteľného nástroja považovať v súčasnosti za projekt odsúdený na neúspech z hľadiska praktickej aplikácie? Príspevok sa zaoberá plánovanou vecnou a osobnou pôsobnosťou Voliteľného nástroja, jeho právnou povahou a možnosťami použitia vo vzťahoch s cudzím prvkom.

Key words in original language

Európske súkromné právo; Spoločný referenčný rámec; Voliteľný nástroj.

Abstract

The core of the contribution is the reflection about the future of the Common Frame of Reference (CFR). Could the plans of the Commission be seen as the step backwards, result of realistic consideration or would the Optional Instrument create a project leading to failure in regard to its practical application? The contribution deals with material and personal scope of the Optional Instrument, its legal nature and its applicability in cross-border and domestic transactions as well.

Key words

European Private Law; Common Frame of Reference; Optional Instrument.

1. ÚVOD

Na prelome rokov 2008/2009 skupina európskych právnych expertov odovzdala Komisii materiál všeobecne známy ako Návrh spoločného referenčného rámca (Draft Common Frame of Reference, ďalej len "DCFR").¹ Zavŕšenie tohto významného akademického projektu je zrejme

* Príspevok bol vypracovaný v rámci grantového projektu VEGA č. 1/0665/10 „Europeizácia slovenského súkromného práva na pozadí kreovania európskeho zmluvného a deliktneho práva ako spoločného základu súkromného práva európskych právnych poriadkov“.

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Sellier. 2009.

realizáciou prvej fázy aktivít Komisie na poli európskeho zmluvného práva, ktoré bolo naštartované najmä vydaním Oznámenia Európskej komisie Rade a Európskemu parlamentu o európskom zmluvnom práve v júli roku 2001.² Ciele a prostriedky tohto oznámenia boli neskôr bližšie špecifikované v Akčnom pláne Komisie "Súdržnejšie európske zmluvné právo".³ Akčný plán navrhoval tieto opatrenia: a) zlepšiť kvalitu *acquis* Európskej únie v oblasti zmluvného práva vytvorením Common Frame of Reference (CFR – Spoločný referenčný rámec) a neustálou snahou o vysokú kvalitu a konzistenciu EÚ *acquis* v oblasti zmluvného práva, b) podporiť vypracovanie štandardných zmluvných podmienok EÚ (Standard Contract Terms – SCT), c) uvažovať nad možnosťou vytvorenia všeobecného voliteľného právneho nástroja v oblasti zmluvného práva. Tento prostriedok mal zmluvným stranám poskytnúť moderný súbor pravidiel použiteľných pre cezhraničné obchody na báze širokej zmluvnej voľnosti.⁴

Prvé opatrenie sa priebežne realizuje, hoci Komisia na praktické využitie DCFR v celom rozsahu vecnej pôsobnosti nazerá skôr skepticky⁵, aj z tohto dôvodu sa tento návrh označuje najmä ako akademický.⁶ Aký bol účel vytvorenia DCFR? Okrem nepopierateľného prínosu DCFR právnej vede a skutočnosti, že tvorcovia nových civilných kódexov v demokraciách strednej a východnej Európy sú týmto dokumentom značne ovplyvnení, zrejme ostáva len prípravným dokumentom na poli zlepšenia *acquis* EÚ.

V oblasti spotrebiteľského *acquis* dost' nepochopiteľne súbežne s prípravou DCFR bol pripravený návrh smernice o právach spotrebiteľov.⁷ „Nepochopiteľne“ uvádzame z toho dôvodu, že snaha o zlepšenie *acquis* sa uskutočňovala a uskutočňuje súbežne na dvoch priamkach, ktoré sa doteraz nestretli: a) práce na DCFR, ktorý obsahuje aj návrhy na zlepšenie spotrebiteľského *acquis* a priamo z platného európskeho práva na ochranu spotrebiteľa čerpá, a b) aktivity zamerané výlučne na spotrebiteľské právo v návrhu smernice.⁸ Návrh smernice o právach spotrebiteľov bol spočiatku

² KOM(2001) 398 v konečnom znení.

³ KOM(2003) 0068 v konečnom znení.

⁴ Bližšie pozri Jurčová, M.: "The Common Frame of Reference (CFR)" - perspektívny zdroj na ceste k rekodifikácii občianskeho práva. Právny obzor: teoretický časopis pre otázky štátu a práva. - ISSN 0032-6984. - Roč. 89, č. 3 (2006), s. 227-238.

⁵ Pozri ďalšie časti venované pôsobnosti CFR a právnej povahe CFR.

⁶ Pozri čl.4 Rozhodnutie Komisie (2010/233/EÚ) zo dňa 26.4.2010 (2010/233/EÚ).

⁷ KOM(2008) 614 v konečnom znení.

⁸ Hesselink, M.: The consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart? *European Review of Contract Law* 3/2009, s. 290 a nasl.

založený na princípe plnej harmonizácie, ktorá však nebola v rámci diskusie kladne hodnotená.⁹ V priebehu prác na príprave smernice sa preferuje tzv. cieľená plná harmonizácia, ktorá znamená odklon od plnej harmonizácie v niektorých oblastiach ochrany spotrebiteľa (pozri zmenu v názve článku 4).¹⁰ Tento návrh možno rovnako ako vypracovanie DCFR považovať za postupnú realizáciu prvého opatrenia Akčného plánu v štádiu prípravných prác.

Určité odpovede na otázku, ako ďalej v európskom zmluvnom práve všeobecne, teda nielen v spotrebiteľskom práve, poskytuje Zelená kniha Komisie o možnostiach politík s cieľom dosiahnuť pokrok v oblasti európskeho zmluvného práva pre spotrebiteľov a podniky (ďalej len "Zelená kniha 2010")¹¹ a jej vydaniu predchádzajúce Rozhodnutie Komisie, ktorým sa ustanovuje skupina odborníkov pre spoločný referenčný rámec v oblasti európskeho zmluvného práva (ďalej len „Skupina odborníkov“ alebo „Expertná skupina“).¹²

Podľa Komisie pravdepodobne dozrel čas vážnejšie sa zaoberať tretím navrhovaným opatrením Akčného plánu z roku 2003, tj. na báze DCFR a iných projektov zmluvného práva vytvoriť Voliteľný nástroj. Toto rozhodnutie v značnej miere ovplyvnila skutočnosť, že „dva roky intenzívnych rokovaní v Európskom parlamente a Rade zvýraznili, že prístup založený na plnej harmonizácii má svoje hranice. V dôsledku toho zostanú rozdiely medzi úpravami zmluvného práva členských štátov aj po prijatí smernice o právach spotrebiteľov a podnikateľa, ktorí chcú predávať cez hranice, ich budú musieť rešpektovať.“¹³

⁹ Pozri Consumer Rights Directive might not feature UK right to reject, says Reding, <http://www.out-law.com/page-10834>, Parliament starts debate on Consumer Rights Directive.

<http://www.euractiv.com/en/food/parliament-starts-debate-consumer-rights-directive-news-494899>, (6.11.2010)

¹⁰

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/pr/819/819980/819980en.pdf (19.11. 2010)

¹¹ KOM (2010) 348 v konečnom znení (Zelená kniha 2010)

¹² Pozri Rozhodnutie Komisie (2010/233/EÚ) zo dňa 26.4.2010.

¹³ Zelená kniha 2010, str. 5.

2. ZELENÁ KNIHA 2010 A SKUPINA ODBORNÍKOV (EXPERTNÁ SKUPINA)

Zriadenie skupiny odborníkov s definovaným zadaním je odpoveďou Komisie na úlohu štokholmského programu¹⁴ na obdobie rokov 2010–2014 zaväzujúceho Komisiu predložiť návrh spoločného referenčného rámca v oblasti európskeho zmluvného práva, ktorý by mal byť nezáväzným súborom základných zásad, definícií a vzorových pravidiel. Na rozdiel od akademického DCFR, tento spoločný referenčný rámec (CFR) má byť návrhom politickým, t.j. tvorba jeho obsahu a rozsahu má byť priamo pod patronátom a kontrolou komisie. Podľa Článku 2 Rozhodnutia „Úlohou skupiny je pomáhať Komisii pri príprave návrhu spoločného referenčného rámca (CFR) v oblasti európskeho zmluvného práva vrátane spotrebiteľského a obchodného zmluvného práva, a najmä pri: a) výbere tých častí DCFR, ktoré so zmluvným právom priamo alebo nepriamo súvisia, a b) zmene štruktúry, revízií a dopĺňaní vybraných častí DCFR, pričom by mala takisto zohľadniť ostatné výskumné práce vykonané v tejto oblasti, ako aj *acquis* Únie“.

Túto úlohu má skupina odborníkov v intenciách Zelenej knihy 2010 plniť tak, aby jej výsledkom bolo posúdenie možnosti vytvorenia užívateľsky prístupného a právne istého nástroja európskeho zmluvného práva, ktorý by slúžil v prospech spotrebiteľov a podnikateľov a zároveň by poskytoval právnu istotu. Požiadavka používateľsky jednoduchého a právne istého nástroja je problematická. Vzhľadom na obmedzený rozsah úpravy politického CFR (vecnú pôsobnosť) sa vždy budú vyskytovať nevyriešené otázky späté s medzerami v úprave CFR.

Zo zápisníc zo zasadnutí Skupiny odborníkov vyplýva, že sa doteraz sústredili najmä na tieto body:

a) Tvorba štruktúry CFR, ktorá má kopírovať "životný cyklus zmluvy."¹⁵ Štruktúra CFR bude pravdepodobne bližšia PECL¹⁶ ako DCFR, keďže CFR má byť obmedzený len na zmluvné právo a nie na mimozmluvné záväzky, nadobúdanie vlastníctva a pod. Využitie iných zdrojov okrem DCFR ako napr. Princípov európskeho zmluvného práva (PECL), Viedenského dohovoru o medzinárodnej kúpe tovaru (CISG) alebo Zásad

¹⁴ Akt Rady z 2. decembra 2009 č. 17024/09.

¹⁵ Zápisnica zo zasadnutia Expertnej skupiny zo dňa 21.5.2010, pozri http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_06_16_en.pdf (19.11.2010)

¹⁶ Pozri Princípy európskeho zmluvného práva. 1. vyd. - Bratislava: Iura Edition, 2009. - 366 s. - ISBN 978-80-8078-301-3.

medzinárodných obchodných zmlúv UNIDROIT (PICC)¹⁷ alebo *Principes Contractuels Communs* (PCC) v práci Skupiny odborníkov znamená, že mnohokrát je výsledkom diskusie uprednostnenie iného riešenia ako v DCFR.¹⁸

b) Vo vzťahu k existujúcemu spotrebiteľskému *acquis* CFR má zabezpečovať vyššiu mieru ochrany slabšej strany, aká je garantovaná platným *acquis*, CFR má byť koherentný vo vzťahu k Smernici o právach spotrebiteľa, v tejto oblasti však skupina odborníkov nemôže zrýchliť svoj postup, pretože tento závisí od neukončenej podoby Smernice o právach spotrebiteľa.

c) Posledné stretnutia skupiny odborníkov sa viažu aj na použitie CFR ako voliteľného nástroja, a zaoberajú sa vzťahom voliteľného nástroja k normám medzinárodného práva súkromného, najmä k nariadeniu Rím I, Rím II (predzmluvné štádium), vo vzťahoch medzi podnikateľmi aj k zmluvám, ktoré sa inak spravujú CISG-om.

Tieto diskusie určitým spôsobom predbiehajú aktuálny politický vývoj. Zo Zelenej knihy 2010 jasne vyplýva, že diskusia o tomto dokumente je otvorená do konca januára 2011 a využitie CFR vo forme voliteľného nástroja je len jedným z možných mnohých riešení. Veď aj na stránke EU Komisie sa práca Expertnej skupiny označuje ako "the feasibility exercise". Tento pojem, ktorý možno voľne preložiť ako cvičenie, ktoré má otestovať skutočnosť, či máme vôbec túžiť po voliteľnom nástroji, pravdepodobne zásadne neovplyvní budúce rozhodnutie Komisie o potrebe a právnej forme nástroja zmluvného práva prijaté na základe prebiehajúcej verejnej diskusie. Diskusiu však môže ovplyvniť fakt, na ktorý tiež poukazuje Zelená kniha. Nariadenie Rím I (čl. 6) favorizáciou právneho režimu pobytu spotrebiteľa v skutočnosti nie je podľa tvrdenia Komisie voči spotrebiteľom priateľské, pretože niektorých podnikateľov odrádza od kontraktácie so spotrebiteľmi z niektorých krajín vôbec a tým spotrebiteľom znižuje dostupnosť tovarov a služieb na vnútornom trhu. Zelená kniha uvádza, že „Nástroj európskeho zmluvného práva by mal odpovedať na problémy rozdielnosti zmluvného práva bez ďalšej záťaže a komplikácií pre spotrebiteľov a podnikateľov... a zaručiť vysokú úroveň ochrany spotrebiteľov. V oblasti, ktorú pokrýva, by mal nástroj byť komplexný a samostatný v tom zmysle, že by obsahoval čo najmenej odkazov na vnútroštátne právo alebo medzinárodné nástroje.“

¹⁷ *Zásady medzinárodných obchodných zmlúv* / [preložil Ján Švidroň]; 1. vyd. - Bratislava: Iura Edition, 1996, 324 s. ISBN 80-88715-21-0.

¹⁸ <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8402>

V ďalšom texte sa budeme venovať otázkam možnej právnej povahy CFR ako nástroja európskeho zmluvného práva, jeho vecnej a osobnej pôsobnosti, ako aj otázke, či sa CFR bude používať na cezhraničné alebo aj domáce kontrakty, pričom uvedené otázky budú hodnotené z pohľadu reálnej dosiahnuteľnosti všeobecných cieľov načrtnutých dokumentmi orgánov EÚ. Kým však otvoríme túto diskusiu, treba poukázať na skutočnosť, že práca Skupiny odborníkov sa od začiatku stretáva s určitými prekážkami, ktoré veľmi výstižne pomenoval Vogenauer ako nedostatky v príprave DCFR a ktoré boli na ujmu jeho konečnej podobe:

- a) účel budúceho využitia CFR nie je jasný (pozri ďalej sedem možností využitia),
- b) zbytočne krátke časové obdobie na prípravu.¹⁹

Ak k tomu pripojíme nelogickú limitáciu v podobe 150 článkov, ako informoval z kuloárov člen skupiny profesor Beale, je otázne, či sa podarí dosiahnuť žiadaný výsledok.²⁰

3. PRÁVNA POVAHA CFR

Obdobne ako vo vzťahu k vecnej, osobnej príp. teritoriálnej pôsobnosti CFR nie je ani vo vzťahu k právnej záväznosti a forme jasné, aká právna povaha sa pro futuro pre CFR predpokladá. Komisia ponúkla v Zelenej knihe niekoľko do úvahy prichádzajúcich možností, pričom každá z nich má svoje klady a zápory, ako aj rozdielnu mieru naplnenia cieľov zbližovania zmluvných režimov členských štátov a odstraňovania bariér vnútorného trhu.

3.1 ZVEREJNENIE TEXTU CFR

Prvou z možností, ktorá je v Zelenej knihe navrhnutá, je zverejnenie výsledkov Expertnej skupiny na webových stránkach Komisie bez akéhokoľvek formálneho schvaľovania na úrovni EÚ.

Táto možnosť načrtnutá Komisiou neprináša vo vzťahu k naplneniu cieľa odstraňovania bariér vnútorného trhu výraznejší prínos. V Zelenej knihe proklamované využitie výsledkov práce Expertnej skupiny ako zdroja inšpirácie pre európskych a národných zákonodarcov ako aj pre zmluvné

¹⁹ Vogenauer, S.: Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? *European Review of Contract Law*. Volume 6, Issue 2, s. 143–183, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920, DOI: 10.1515/ERCL.2010.143, /May/2010

²⁰ http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/SitoPubblico_IT/Albero+di+navigazione/Home/Scuole+e+Programmi/Scuola+di+Giurisprudenza/Tavole+rotonde+e+seminari_Menin+2009+06+15+03+45.

strany pri koncipovaní štandardných ustanovení zmlúv nemožno bez určitej miery formalizácie zo strany Komisie považovať za nič iné, ako len za jeden z ďalších projektov na poli európskeho súkromného práva, cieľom ktorého je vytvorenie modelových pravidiel záväzkovoprávných vzťahov zmluvného charakteru. Obdobnú funkciu „modelového právneho predpisu“ plnia už vzhľadom na svoju skoršiu publikáciu projekty Landove Princípy európskeho zmluvného práva (PECL)²¹, Princípy UNIDROIT (UPICC), DCFR pričom možno konštatovať, že uvedené projekty možno v tomto ohľade považovať za nástroje, ktoré takúto funkciu dokáže naplniť dokonca v širšom kvantitatívnom (najmä akademický DCFR) ale aj kvalitatívnom rozsahu (napr. PECL).

Na jednej strane, v prípade realizácie zverejnenia výsledkov Expertnej skupiny nebude samozrejme možné uprieť textu jeho akademicko-komparatívny význam, na druhej strane si je Komisia samotná vedomá skutočnosti, že text, ktorý nemá žiadnu formálnu platnosť či určitý status voči súdom a zákonodarným orgánom príp. iným tvorcom právnych predpisov nedokáže odstrániť rozdiely v koncepčných prístupoch, východiskách a základných inštitútoch zmluvného práva členských štátov. V dlhodobjšom časovom horizonte by takáto forma publikácie mohla teoreticky aspoň v určitom minimálnom rozsahu prispieť k dobrovoľnému zblížovaniu vnútroštátnych úprav, pri realistickom pohľade na takéto riešenie je však nevyhnutné konštatovať, že z praktického hľadiska je jeho dopad na odstraňovanie diverzít národných právnych poriadkov členských štátov v oblasti zmluvného práva minimálny až zanedbateľný.

3.2 OFICIÁLNY SÚBOR NÁSTROJOV PRE EURÓPSKEHO ZÁKONODARCU

Druhou možnosťou je priznať výsledkom práce Expertnej skupiny postavenie oficiálneho súboru nástrojov o európskom zmluvnom práve, buď vo forme oznámenia alebo rozhodnutia Komisie alebo vo forme medziinštitucionálnej dohody medzi Komisiou, Parlamentom a Radou, pričom tento nástroj by bol použiteľný na úrovni komunitárnej normotvorby. Týmto spôsobom by mal byť vytvorený referenčný nástroj, ktorý by v rámci procesu prípravy a prijímania novej legislatívy príp. pri zmenách alebo doplnení už existujúcich právnych aktov v oblasti európskeho zmluvného práva boli povinné zohľadňovať Komisia (ak by nástroj bol prijatý vo forme oznámenia alebo rozhodnutia Komisie) alebo

²¹ Principles of European Contract Law, Parts I a II. Lando, O. - Beale, H. (eds), Kluwer: Hague/London/Boston 2000. Principles of European contract law. Part III. Lando, O. - Clive, E., Prum, A., Zimmermann, R. (eds.), Kluwer: Hague/London/Boston 2003. Kommission für Europäisches Vertragsrecht: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. Teile I und II. Sellier, München, 2002. Slovenský preklad PECL pozri pozn. č. 15.

všetky tri vyššie uvádzané európske inštitúcie (ak by nástroj bol prijatý vo forme medziinštitucionálnej dohody).

Uvedený referenčný rámec by vychádzajúc z jeho účelového určenia pravdepodobne nemal mať formu súboru právnych noriem priznávajúcich práva a ukladajúcich povinnosti, ale malo by ísť skôr o súbor definícií, právnych termínov a konceptov, ktoré by boli používané v rámci komunitárnej normotvorby.²²

Nevýhodou takto koncipovanej povahy súboru nástrojov je jeho nepriamy a vo výraznej miere rozsahovo a obsahovo obmedzený dopad na zmluvné právo členských štátov. Rozsahové a obsahové obmedzenia harmonizačných príp. unifikačných aktov v oblasti zmluvného práva na úrovni EÚ, ako aj charakter právnej záväznosti cieľov smernice a nie jej doslovného znenia logicky vedie k záveru, že vytvorenie oficiálneho súboru nástrojov európskeho zmluvného práva, ktoré by Komisia príp. i Parlament a Rada používali v rámci svojej normotvornej činnosti nebude mať v blízkej budúcnosti výraznejší dopad na situáciu na vnútornom trhu. Vo vzťahu k tým oblastiam resp. otázkam zmluvného práva, v ktorých by formou prijatia smernice alebo nariadenia, ktoré by zohľadňovali oficiálny súbor nástrojov, dokázal harmonizačnú alebo unifikačnú úlohu aspoň z teoretického hľadiska splniť, existuje z praktického hľadiska značne reálne riziko, že takýto súbor nástrojov nedokáže zabezpečiť konvergentnú aplikáciu a výklad komunitárneho zmluvného práva vnútroštátnymi súdmi.²³

3.3 ODPORÚČANIE KOMISIE O EURÓPSKOM ZMLUVNOM PRÁVE

Ďalšou z možností, ktorá by prichádzala do úvahy vo vzťahu k výsledkom práce Expertnej skupiny je vytvorenie nástroja, ktorý by vo forme odporúčania Komisie podnecoval členské štáty k jeho začleneniu do vnútroštátnych právnych poriadkov.²⁴ Odporúčanie Komisie by takýmto spôsobom umožnilo, aby členské štáty na fakultatívnom základe prijali nástroj buď formou, že ním nahradia svoje národné zmluvné právo²⁵ alebo

²² Porovnaj Beale, H.: The Common Frame of Reference in general – a resumé of the current status. In: Schulze, R. (ed.), *New Features in Contract law*. München: Sellier, European Law Publishers, 2007, s. 348.

²³ Porovnaj Zelená kniha 2010, s. 8

²⁴ Zelená kniha 2010, s. 8.

²⁵ Po vzore USA, kde bola snaha o zjednotenie niektorých oblastí obchodného práva zavŕšená tým, že Jednotný obchodný zákonník (Uniform Commercial Code), vypracovaný odborníkmi z oblasti obchodného práva, bol s výnimkou Louisiany prijatý vo všetkých štátoch USA.

formou prijatia nástroja európskeho zmluvného práva ako voliteľného právneho režimu, ktorý by tvoril alternatívu k národnému právu. V druhom menovanom prípade by tento nástroj mal obdobné postavenie ako iné alternatívne nástroje (napr. UPICC) dostupné pre reguláciu zmluvných vzťahov s cudzím prvkom na základe dohody zmluvných strán o tom, že sa ich právny vzťah bude spravovať ustanoveniami predmetného nástroja.

Relatívnou výhodou tohto riešenia (i keď vo vzťahu k jeho praktickému použitiu podľa nášho názoru úplne zanedbateľnou) by bolo, že právomoc uskutočňovať interpretáciu príslušných ustanovení odporúčania by mal Súdny dvor EÚ, čo by do istej miery zabezpečovalo konvergentný výklad.

Vo vzťahu k naplneniu cieľov stanovených Komisiou možno v rámci tohto riešenia identifikovať viac negatív ako pozitív. Základným nedostatkom je povaha odporúčania, ktoré ako také nemá vo vzťahu k členským štátom žiadny záväzný účinok.²⁶ Z tohto dôvodu ponecháva plne v rozhodovacej kompetencii členských štátov vyriešenie otázky, či vôbec, akým spôsobom a v akom časovom horizonte začleniť nástroj do vnútroštátneho práva. Proklamovanú dobrovoľnú možnosť úplného nahradenia národného zmluvného práva európskym nástrojom zmluvného práva považujeme v najbližšom časovom horizonte za utopické riešenie, ktoré by u väčšiny členských štátov narazilo na neprekonateľné bariéry politickej, ekonomickej, sociálnej a právnohistorickej povahy. Ako realistickejšia sa z hľadiska praktickej využiteľnosti javí možnosť alternatívneho nástroja k národnému právu, vo vzťahu ku ktorému však nie je v tejto fáze jasné v akej forme by sa prejavil vo vnútroštátnom právnom poriadku a aké by teda bolo jeho postavenie v rámci medzinárodného práva súkromného, či voľba tohto nástroja bude uskutočňovaná ako materiálna voľba práva alebo formálna voľba práva, aký by bol jeho vzťah k národnému právnomu poriadku, predovšetkým k jeho kogentným ustanoveniam.

3.4 NARIADENIE, KTORÝM SA ZRIAĐUJE VOLITEĽNÝ NÁSTROJ EURÓPSKEHO ZMLUVNÉHO PRÁVA

Najviac diskutovanou možnosťou vo vzťahu k povahe CFR, pravdepodobne z dôvodu najvyššej šance praktickej realizácie, je prijatie textu Expertnej skupiny vo forme nariadenia, ktorým by bol vytvorený voliteľný nástroj európskeho zmluvného práva.

Podstata tohto riešenia spočíva v tom, že na základe nariadenia by bol vytvorený voliteľný nástroj, koncipovaný v každom členskom štáte ako tzv. druhý režim, ktorým by sa do vnútroštátneho práva 27 členských štátov začlenil komplexný a čo možno najsamostatnejší súbor alternatívnych pravidiel zmluvného práva, ktoré by si zmluvné strany mohli zvoliť za

²⁶ Čl. 249 ods. 5 Zmluvy o EÚ

právo, ktorým sa bude spravovať ich zmluvný vzťah. Tento súbor pravidiel by mal postavenie akéhosi 28. právneho poriadku. Keďže tento súbor pravidiel zmluvného práva by tvoril súčasť vnútroštátneho práva jednotlivých členských štátov, zmluvné strany by takýmto spôsobom získali možnosť voľby jedného z dvoch systémov domáceho zmluvného práva.

Forma nariadenia ako záväzného aktu čo do svojho obsahu prináša so sebou viacero otázok, týkajúcich sa vzťahu voliteľného nástroja k národnému právnemu poriadku, vzťahu k existujúcim nástrojom medzinárodného práva súkromného na úrovni EÚ (nariadenie Rím I, nariadenie Rím II vo vzťahu k predzmluvnej zodpovednosti) ako aj na úrovni medzinárodnej (CISG, Dohovor Rím I) ako aj základnej otázky rozsahu pôsobnosti a charakteru jeho aplikácie formou opt-in alebo opt-out.

Voliteľná povaha nástroja (či už vo forme opt-in alebo opt-out) implikuje v sebe značné riziko, že čo do obsahu bude nevyhnutne sledovať kontraktačný model zmluvnej slobody²⁷, ktorú nemusí byť nevyhnutne a za každých okolností vhodným modelom.²⁸ V spotrebiteľských vzťahoch existuje reálne riziko, že zásadu zmluvnej slobody bude využívať predovšetkým „silnejšia strana“ vo vzťahu k formulácii štandardných zmluvných podmienok tak, aby zvýhodňovali túto stranu. V situácii, ak by voliteľný nástroj v súlade so zásadou rešpektovania slobody vôle zmluvných strán obsahoval menej kogentných noriem ako národné právne poriadky členských štátov, výber tohto nástroja zmluvnými stranami ako rozhodného práva by mohol vyústiť do nižšej miery ochrany,²⁹ pričom slabšia strana by v tomto prípade mohla mať značne nevýhodnejšie postavenie ako v prípade aplikácie kogentných ustanovení národného právneho poriadku. Tento stav môže viesť k tzv. social dumping, t.j. k situácii zníženej sociálnej ochrany³⁰ príp. môže mať

²⁷ V odbornej literatúre sa vo vzťahu ku konštrukcii európskeho zmluvného práva objavujú pochybnosti, či možno zmluvnú slobodu naďalej považovať za vedúci princíp zmluvného práva. Napr. Rutgers, J.: An Optional Instrument and Social Dumping. *European Review of Contract Law* 2/2006, s. 200.

²⁸ Study Group on Social Justice in European Private Law: Social Justice in European Contract Law: A Manifesto. *European Law Journal* 2004, 10, č. 6.

²⁹ Sefton-Green, R.: Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code. In: Hesselink, M.W. (ed.): *The Politics of a European Civil code*. Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 74.

³⁰ Rutgers, J.: An Optional Instrument and Social Dumping. *European Review of Contract Law* 2/2006, s. 199.

účinky tajnej premeny minimálnej harmonizácie³¹ na maximálnu harmonizáciu³².

Výhodou voliteľného nástroja by vďaka jednotnému odkazovaniu na spoločný súbor pravidiel predstavovala skutočnosť, že sudcovia a právnici by v prípadoch výlučnej aplikácie tohto nástroja nemuseli skúmať zahraničné právo, k čomu v súčasnosti dochádza v súlade s kolíznoprávnymi pravidlami medzinárodného práva súkromného pre zmluvné vzťahy s cudzím prvkom. Charakter 28. právneho poriadku fungujúceho v rámci systému vnútroštátneho práva popri národnom právnom poriadku predstavuje ďalej plus v tom, že takáto konštrukcia nevyžaduje žiadne dodatočné zásahy do vnútroštátneho práva, čo by z pohľadu členských krajín mohlo byť vnímané pozitívnejšie ako obligatórny „zhora oktrojovaný“ nástroj vstupujúci do ich národného právneho poriadku.

Voliteľná povaha nástroja ďalej redukuje náklady prispôbovania právnych poriadkov členských štátov obligatórnemu alebo fakultatívnemu modelu úpravy, umožňuje uspokojenie širšej škály potrieb,³³ prináša pozitíva vo vzťahu k cezhraničným transakciám relatívne nízkej hodnoty³⁴ tým, že znižuje náklady vynaložené na zistenie obsahu rozhodného práva pre jednu alebo obe zo strán, čo prináša výhody najmä vo vzťahu k malým a stredným podnikateľom (small and medium enterprises, ďalej len „SME“). Terminológia a koncepcné prístupy voliteľného nástroja by mohli prispieť aj budovaniu lingua franca európskeho zmluvného práva tým, že termíny a koncepcie by mohli byť akceptované ako pravdepodobné termíny a koncepty európskeho zmluvného práva.³⁵

Negatívna stránka voliteľného nástroja spočíva okrem už skôr spomínaných problémov nejasnej pôsobnosti, obsahu, nejasného vzťahu k iným

³¹ V prípade minimálnej harmonizácie ide o harmonizované pravidlá vymedzujúce minimálne požiadavky, pričom však členské štáty môžu prijať a aplikovať prísnejšie pravidlá.

³² V prípade maximálnej harmonizácie ide o to, že členské štáty nemôžu naďalej používať alebo prijímať prísnejšie pravidlá než aké ustanovia príslušné právne opatrenia EU.

³³ Grundmann, S.: *European Contract Law(s) of What Colour?* *European Review of Contract Law* 2/2005, s. 205.

³⁴ Beale, H.: *The Common Frame of Reference in general – a resumé of the current status.* In: Schulze, R. (ed.), *New Features in Contract law.* München: Sellier, European Law Publishers, 2007, s. 358.

³⁵ *Ibidem*, s. 361.

nástrojom³⁶, aj v tom, že ako paralelný systém k systémom vnútroštátneho práva členských štátov komplikuje existujúce právne prostredie.³⁷

3.5 SMERNICA O EURÓPSKOM ZMLUVNOM PRÁVE

Riešenie, v rámci ktorého sa uvažuje o prijatí smernice o európskom zmluvnom práve, predpokladá zblížovanie vnútroštátneho zmluvného práva členských štátov na základe spoločných minimálnych štandardov, ktoré by členské štáty boli povinné transponovať do svojho právneho poriadku.

Predstava Komisie vychádza v oblasti spotrebiteľských vzťahov z predpokladu vysokej úrovne ochrany spotrebiteľa, pričom takáto úprava by dopĺňala spotrebiteľské *acquis* vrátane ustanovení budúcej smernice o právach spotrebiteľov.

Napriek tomu, že smernica, obsahom ktorej by bol text CFR, by mohla do určitej miery redukovať rozdiely v zmluvnom práve členských štátov, ako problematický prvok sa javí charakter minimálnej harmonizácie, ktorá by nemusela viesť k jednotnej aplikácii a výkladu transponovaných pravidiel smernice.³⁸ Okrem toho, praktické skúsenosti o dopade súčasného spotrebiteľského *acquis* na reguláciu vnútroštátnych spotrebiteľských zmlúv poukazujú na fakt, že smernice uprednostňujúce minimálnu harmonizáciu znižujú rozdiely v právnej regulácii členských štátov v iba obmedzenej miere. Okrem toho nie je v tomto štádiu zrejmé, aký by bol v spotrebiteľských otázkach (business-to-consumers contracts „B2C“) vzťah uvedenej smernice k existujúcemu spotrebiteľskému *acquis* a k pripravovanej smernici a právach spotrebiteľa.³⁹

3.6 NARIADENIE O ZRIADENÍ EURÓPSKEHO ZMLUVNÉHO PRÁVA

Možnosť, v rámci ktorej sa uvažuje o prijatí nariadenia, obsahom ktorého by bolo európske zmluvné právo v zmysle zakotvenia súboru právnych noriem

³⁶ Pozri napr. Staudenmayer, D.: European Contract law – What does it mean and what does it not mean? In: Vogenauer, S. (ed.), *The Harmonisation of European contract law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*. Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, s. 238-240.

³⁷ Zelená kniha 2010, s. 10.

³⁸ *Ibidem*, s. 10

³⁹ Všeobecne k vzťahu politického CFR a horizontálneho nástroja o právach spotrebiteľa pozri napr. Fazekas, J.: Connection between the CFR and a possible horizontal instrument of consumer law. In: Schulze, R.: *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*. Munich: European Law Publishers, 2008, s. 297 a nasl.

priznávajúcich subjektívne práva a ukladajúcich subjektívne povinnosti, nie je, pokiaľ ide o osud politického CFR, v tomto štádiu a veľmi pravdepodobne ani v kratšom či dlhšom časovom horizonte považovaná za reálne riešenie. Prijatie nariadenia v tejto forme by viedla k tomu, že zmluvné právo členských štátov by bolo nahradené jednotným európskym súborom pravidiel, súčasťou ktorých by boli kogentné pravidlá zaručujúce slabšej zo strán vysokú úroveň ochrany.⁴⁰

Tak výrazný zásah do vnútroštátnych právnych poriadkov členských štátov vyvoláva nielen citlivé otázky subsidiarity⁴¹ a proporcionality^{42, 43}, ale kladie na právne prostredie členských štátov vysoké nároky vytvorenia vzájomných väzieb a zosúladenia požiadaviek jednotného zmluvného práva s koncepciami a pravidlami ostatných oblastí práva členských štátov, ktorých by sa unifikácia nedotýkala.

3.7 NARIADENIE O ZRIADENÍ EURÓPSKEHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

Posledné z riešení ponúknutých Komisiou ide ešte o krok ďalej ako predchádzajúca možnosť prijatia nariadenia o zriadení európskeho zmluvného práva v zmysle, že by došlo k rozšíreniu jeho vecnej pôsobnosti nielen na zmluvné právo, ale aj iné druhy záväzkových vzťahov mimozmluvného charakteru (napr. oblasť deliktneho práva a negotiorum gestio).

Toto riešenie sa jednoznačne nielen momentálne ale aj pro futuro javí ešte oveľa nepravdepodobnejšie ako predchádzajúce riešenie. Tak na akademickej ako aj na inštitucionálnej úrovni neexistuje v súčasnosti žiadny konkrétny plán pre prijatie CFR s tak široko formulovanou vecnou pôsobnosťou ako záväzného nástroja s priamym účinkom a priamou aplikovateľnosťou. Účelom CFR nie je podľa prof. von Bar nahradiť

⁴⁰ Porovnaj Zelená kniha 2010, s. 11.

⁴¹ Článok 5 ods. 3 Zmluvy o EÚ, podľa ktorého Únia v oblastiach, ktoré nepatria do jej výlučnej právomoci, koná len vtedy a v takom rozsahu, pokiaľ členské štáty nemôžu uspokojivo dosiahnuť ciele zamýšľané touto činnosťou na ústrednej úrovni alebo na regionálnej a miestnej úrovni, a preto ich vzhľadom na účinky alebo rozsah navrhovanej činnosti možno lepšie dosiahnuť na úrovni Únie.

⁴² V zmysle zásady proporcionality neprekračuje obsah a forma činnosti Únie rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľov Zmluvy o EÚ a Zmluvy o fungovaní EÚ.

⁴³ Zelená kniha 2010, s. 11.

existujúce národné zmluvné právo a tento nástroj ani nie je konštruovaný ako jednotný Európsky občiansky zákonník.⁴⁴

O tom, že toto riešenie nebolo navrhnuté Komisiou ako prakticky realizovateľné využitie textu CFR svedčí i fakt, že Rada výslovne uvítala opakované uistenia prezentované v nedávnej dobe Komisiou, že jej zámerom nie je ponúknuť „Európsky občiansky zákonník“, ktorý by harmonizoval zmluvné právo členských štátov.⁴⁵

4. PÔSOBNOSŤ CFR

4.1 OSOBNÁ PÔSOBNOSŤ

Ktorá je cieľová skupina na využitie CFR, strany spotrebiteľských zmlúv (B2C), obchodných zmlúv – podnikatelia (B2B) alebo bude jeho aplikácia všeobecne prístupná (C2C)?

Zelená kniha na túto otázku ešte vôbec nedáva odpoveď. Na jednej strane zdôrazňuje potrebu všezahrňujúceho nástroja, t.j. nástroja, ktorý by bol na báze všeobecného zmluvného práva aplikovateľný na vzťahy medzi podnikateľmi navzájom ako aj na vzťahy medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi, na druhej strane zdôrazňuje, že nástroj musí obsahovať osobitné ustanovenia, ktoré by vo vzťahoch so spotrebiteľmi mali kogentnú povahu a garantovali vysoký stupeň ochrany spotrebiteľa. Zelená kniha pripúšťa aj dvojkoľajnosť úpravy, ale zároveň ju nepovažuje za vhodné riešenie. Vysoký stupeň ochrany spotrebiteľa v nástroji má byť garantovaný začlenením obsahu smernice o právach spotrebiteľa. Vieme však, že niektoré krajiny aj po prijatí smernice budú mať v národnom právnom poriadku ešte stále v niektorých oblastiach vyšší stupeň ochrany, a z toho dôvodu v niektorých krajinách budú mať spotrebiteľia stále garantované výhodnejšie postavenie.

A čo je skutočne problémom, je odpoveď na otázku, aké dôvody by viedli strany B2B kontraktov k použitiu CFR? Profesor Beale prezentoval myšlienku, že CFR by mohol na úrovni obchodných zmlúv byť vhodným právom skôr pre tzv. SME - malých a stredných podnikateľov. Beale realisticky poukazuje na skutočnosť, že veľké firmy, s dostatočnými finančnými prostriedkami vo svojej činnosti jednak používajú rôzne formy obchodného zastúpenia, a najmä nákladné právne expertízy im dodatočne zmapovali národné právne poriadky, takže jednak volia právny poriadok, ktorý vyhovuje ich potrebám a záujmom a jednak ich neohrozuje riziko

⁴⁴ Von Bar, Ch.: Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference. *European Review of Contract Law* 3/2007, s. 352 a nasl.

⁴⁵ Press Release of 28–29 November 2005 to the 2694th Council Meeting Competitiveness (Internal Market, Industry and Research), 14155/05 (Presse 287).

neznalosti národného práva iného štátu. SME nemajú porovnateľné zdroje a z tohto dôvodu by bolo pre nich ekonomicky zaujímavé obchodovať v celej Európe v rovnakom zmluvnom režime, ktorý by sa zároveň zhodoval s režimom pre eventuálne uzavreté spotrebiteľské zmluvy.⁴⁶

Hoci na Slovensku (a podobne v Čechách a Maďarsku) sa len teraz v rámci rekodifikácie snažíme zbaviť dualizmu záväzkov v občianskom a obchodnom práve, ktoré sú pozostatkom tendencií z 19. storočia, treba upozorniť aj na iné názory. Tieto hlasy sa vyjadrujú proti integrácii spotrebiteľského práva do všeobecného zmluvného práva. Ak na jednej strane v rozvinutej trhovej spoločnosti nie je v zmluvnom práve diferenciacia právnej úpravy B2B a C2C zmlúv potrebná a špecifiká obchodných zmlúv si strany kreujú na báze zmluvnej voľnosti, spotrebiteľské právo a spotrebiteľské zmluvy svojim ochránarským charakterom do týchto vzorov nezapadajú. Tiež možno poukázať na „tzv. plíživý spotrebiteľizmus“ ako ho vtipne nazýva Vogenauer, ktorým sa do určitej miery dal strhnúť aj pripravovaný maďarský občiansky zákonník.⁴⁷ V tomto prípade ide o využitie spotrebiteľských ustanovení generálne pre celé zmluvné právo, obvykle ako kogentné ustanovenie pre spotrebiteľské zmluvy, v ostatných vzťahoch pomenované ako dispozitívna norma.

Vo vzťahu k osobnej pôsobnosti CFR treba mať na zreteli otázku „ako môže Skupina odborníkov tvoriť CFR bez znalosti komu bude tento nástroj určený“? Podľa vyjadrení členov skupiny ich práca je zameraná na spotrebiteľov a SME, je však otázne ako postupovať bez finálneho znenia Smernice o právach spotrebiteľa, ako ju následne pretaviť do článkov relatívne zrozumiteľnej a a jednoduchej podoby všeobecného zmluvného práva, akú obdivujeme v PECL.

4.2 CEZHRANIČNÉ ALEBO AJ DOMÁCE ZMLUVY?

Zelená kniha v zásade načrtáva tri možnosti. Prvou je aplikácia CFR len na cezhraničné zmluvy, ktorá by podľa Komisie významne prispela k hladkému fungovaniu vnútorného trhu. V tomto prípade by podnikatelia a spotrebiteľia pri kontraktácii spotrebiteľských zmlúv používali dva súbory pravidiel - jeden pre cezhraničné zmluvy a druhý pre tie domáce.

Pre strany obchodných zmlúv Komisia upozorňuje na možnosti voľby CFR bez ohľadu na to, či je zmluva uzavretá na domácom trhu alebo ide o cezhraničnú transakciu.

Poslednou možnosťou úvah v tomto smere je využitie CFR na zmluvy uzavreté na diaľku, menovite on-line zmluvy, v tomto prípade by bolo

⁴⁶ Ako v pozn. č. 20.

⁴⁷ Ako v pozn. č. 19.

podstatné uzavretie zmluvy na diaľku a nie obchod, ktorý tradične ponímame ako cezhraničný. Takáto možnosť má určitú logiku, keďže ako vyplýva z posledných revízií Návrhu smernice o právach spotrebiteľa, práve tieto vzťahy sa aj návrhu harmonizácie spotrebiteľského práva považujú za najnaliehavejší cieľ úpravy.⁴⁸ Voliteľný nástroj by v tomto prípade aktérom internetového obchodovania poskytol jednotný súbor pravidiel uplatniteľný v celoeurópskom rozsahu.

4.3 VECNÁ PÔSOBNOSŤ

Komisia z hľadiska vecnej pôsobnosti úpravy má len jeden pevný bod - CFR musí obsahovať kogentné spotrebiteľské zmluvné právo, avšak pravdepodobne len vo všeobecnom rozsahu a nie to, ktoré sa viaže výlučne k jednotlivým zmluvným typom.

Užší variant navrhuje v CFR upraviť pojem zmluvy, predzmluvné povinnosti, vznik zmluvy, právo na odstúpenie, zastúpenie, dôvody neplatnosti, výklad, obsah a účinok zmlúv, splnenie zmluvy, prostriedky nápravy pre nesplnenie, pluralitu dlžníkov a veriteľov, zmenu zmluvných strán, započítanie a splnutie pohľadávok, premlčanie, a z hľadiska spotrebiteľského práva najmä obsiahnuť neprijateľné podmienky. Širší variant, ktorý sa však pravdepodobne neuplatní a ani sa ním skupina odborníkov nezaobrá, by mohol pokrývať súvisiace témy, ktoré upravoval akademický DCFR, ako je reštitúcia, mimozmluvná zodpovednosť, nadobudnutie a strata vlastníctva a vecné zabezpečovacie prostriedky.

Skôr možno predpokladať, že okrem všeobecného zmluvného práva uvedeného v užšom návrhu, CFR bude aspirovať na úpravu kúpnej zmluvy. V Zelenej knihe sa síce poukazuje na dôležitosť služieb, avšak nepochopiteľne sa z nich vyberá len prenájom a poistenie. Konečné rozhodnutie je neznáme.

V časti venovanej vecnej pôsobnosti sa tiež načrtáva možnosť extrémne širokej vecnej pôsobnosti, ak by bola prijatá možnosť 7 – nariadenie, ktorým sa prijíma európsky občiansky zákonník. V úvahách o ňom sa takmer kopíruje tradičná vecná pôsobnosť národných civilných kódexov, takto široko koncipovaná vecná pôsobnosť je však značne nepravdepodobným riešením.

⁴⁸ „The way forward now seems to be "targeted full harmonisation" in distant contracts, MEPs said. Meanwhile, a minimum level of harmonisation would be sought for face-to-face contracts to allow member states to continue applying varying national rules on the matter.“ Citované podľa <http://www.euractiv.com/en/food/commission-backs-down-consumer-rights-harmonisation-news-448959> (19.11.2010)

5. ZÁVER

Prijatie politického (praktického) Spoločného referenčného rámca ako výsledku práce Expertnej skupiny na zjednodušení a užívateľskom sprístupnení akademického Návrhu spoločného referenčného rámca (za súčasného využitia iných zdrojov inšpirácie – PECL, UPICC, CISG) by malo podľa prof. Schulze vytvoriť premostenie medzi akademickými predstavami a aktuálnymi požiadavkami európskej legislatívy.⁴⁹

V tomto štádiu prác, kedy nie je zrejmé ani to, či vôbec k praktickému a do určitej miery formalizovanému využitiu CFR na úrovni EÚ vôbec dôjde a kedy možno s vyššou či nižšou mierou pravdepodobnosti iba predpokladať, aká bude jeho vecná a teritoriálna pôsobnosť, komu bude CFR určený príp. aký bude jeho vzťah k iným nástrojom komunitárneho práva a soft law, možno proces kreovania politického CFR považovať za minimálne diskutabilný.

Akékoľvek však bude v konečnom dôsledku rozhodnutie Komisie o povahe a využití CFR a od toho sa odvíjajúceho dosahu tohto nástroja na európske právo a vnútroštátne právo členských štátov, nebude mu možné uprieť minimálne akademický význam príp. význam ako ďalšieho z nástrojov soft law zmluvného práva.

Literature:

- Grundmann, S.: European Contract Law(s) of What Colour? European Review of Contract Law. Volume 1, Issue 2, 2005, s. 184-211, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920.
- Hesselink, M.: The consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart? European Review of Contract Law. Volume 5, Issue 3, 2009, s. 290–303, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920.
- Hesselink, M.W. (ed.): The Politics of a European Civil code. Hague: Kluwer Law International, 2006, ISBN 90 411 2410 1.

⁴⁹ Schulze, R.: The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law. In: Schulze, R. (ed.), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law. Munich: Sellier, European Law Publishers, 2008, s. 3.

- Jurčová, M.: The Common Frame of Reference (CFR) - perspektívny zdroj na ceste k rekodifikácii občianskeho práva. Právny obzor: teoretický časopis pre otázky štátu a práva. Roč. 89, č. 3, 2006, ISSN 0032-6984.
- Princípy európskeho zmluvného práva. 1. vyd. - Bratislava: Iura Edition, 2009, 366 s., ISBN 978-80-8078-301-3.
- Rutgers, J.: An Optional Instrument and Social Dumping. European Review of Contract law. Volume 2, Issue 2, 2006, s. 199–212, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920.
- Schulze, R. (ed.), New Features in Contract law. München: Sellier, European Law Publishers, 2007, ISBN 978-3-86653-036-2.
- Schulze, R. (ed.): Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law. Munich: European Law Publishers, 2008, 356 s, ISBN 978-3-86653-800-9.
- Study Group on Social Justice in European Private Law: Social Justice in European Contract Law: A Manifesto. European Law Journal. Volume 10, Issue 6, 2004.
- Vogenauer, S. (ed.), The Harmonisation of European contract law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice. Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, ISBN 978-1-84113-591-5.
- Vogenauer, S.: Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? European Review of Contract Law. Volume 6, Issue 2, s. 143–183, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920.
- Von Bar, Ch. et al. (edts.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Munich: Sellier. 2009, 396 s., ISBN 978-3-86653-774-3.

- Von Bar, Ch.: Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference. *European Review of Contract Law*. Volume 3, Issue 3, 2007, s. 350-362, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920.
- *Zásady medzinárodných obchodných zmlúv*. [preložil Ján Švidroň]; 1. vyd. Bratislava: Iura Edition, 1996, 324 s., ISBN 80-88715-21-0.

Contact – email

monika_jurcova@yahoo.co.uk, marianna.novotna@gmail.com

OCHRANA VLASTNICTVÍ V JUDIKATUŘE EVROPSKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

RADIM KOSTÍK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Ochrana vlastnictví podle článku 1 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod rozvádí judikatura Evropského soudu pro lidská práva. Na zajímavých případech interpretuje obsah předmětného článku a činí závěry, které mají dopad na vnitrostátní úroveň projevující se zejména v nálezech Ústavního soudu. Některé z uvedených případů jsou založeny na podobných skutkových okolnostech, které jsou dány zejména obdobným společensko-politickým vývojem v těchto zemích, jiné vycházejí ze specifické právní úpravy konkrétního státu a další jsou společné pro většinu evropských států, jejichž právní řád je založen na stejných právních zásadách.

Key words in original language

Ochrana vlastnictví; omezení vlastnického práva; majetek; legitimní očekávání; přiměřená náhrada; veřejný zájem.

Abstract

The paper deals with the protection of property in according to Article 1 subsection 1 additional protocol No 1 to Convention about protection of Human Rights and Fundamental liberties and especially in decisions of the European court of Human Rights to this rule. On interesting cases tries to interpret the content of the article and draw the conclusions, these can have the impact on national level and can influence the Constitutional Court. Some of cases are based on similar facts, these are given from analogous sociality-political evolution in these countries, other of them go from the specific legal regulations of the concrete state and next are common for most of the European countries, whose system of law is founded on the same legal principles.

Key words

Protection of property; limitation proprietary law; possession; lawful expectation; reasonable compensation; public interest.

1. ÚVOD

Podle článku 1 Dodatkového protokolu č. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod má každá fyzická nebo právnická osoba právo pokojně užívat svůj majetek. Nikdo nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva.

Obecnost shora uvedeného článku dává Evropskému soudu pro lidská práva (dále též Soud) možnost jeho aplikace na širokou škálu sporů, v nichž je dotčeno vlastnické právo stěžovatele. Z tohoto důvodu je tento příspěvek rozdělen do čtyř částí. První část se zabývá okolnostmi a podmínkami omezení vlastnického práva, vyvlastnění a přiměřeností náhrady za takové omezení, druhá zmiňuje ochranu restitučních pohledávek, ve třetí je řešena problematika omezení vlastnictví bytů a bytových domů a čtvrtá se zabývá omezením vlastnictví honebních pozemků. Každá část shrnuje právní závěry Soudu vztahující se ke konkrétní situaci nastalé v předestřeném sporu (věci), které jsou považovány za stěžejní pro řešení obdobných sporů.

2. OKOLNOSTI A PODMÍNKY OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA

Evropský soud pro lidská práva se zabýval kritérii stanovení náhrady za vyvlastnění nemovitosti ve věci Kozacioglu proti Turecku, v níž bylo třeba zohlednit historický charakter předmětné nemovitosti. Ze skutkových zjištění se podává, že stěžovatel se domáhal ochrany svého vlastnického práva z důvodu nesouhlasu s výší finanční náhrady za svůj dvoupatrový kamenný dům z roku 1906 v prefektuře Tarsus, který byl vyvlastněn v rámci „Projektu enviromentální a asanační reorganizace ulic v okolí studní Saint Paul.“

Soud v dané věci shledal, že v článku 1 Protokolu č. 1 Úmluvy jsou obsaženy tři rozdílné normy: první, vyjádřená v první větě prvního odstavce, mající obecný charakter formuluje zásadu respektování vlastnického práva, druhá, figurující v druhé větě stejného odstavce, je zaměřena na zbavení vlastnictví, pro něž stanovuje určité podmínky a třetí, uvedená v druhém odstavci, uděluje členským státům mimo jiné pravomoc právně upravit užívání nemovitostí ve veřejném zájmu. Nejedná se však o pravidla bez vzájemného vztahu mezi nimi. Druhá a třetí mají vazbu na zvláštní případy zásahu do vlastnického práva a musí být vykládány ve světle zásady upravené normou první.¹

Soud zdůraznil, že opatření zasahující do práva na ochranu vlastnictví musí dbát „spravedlivé rovnováhy“ mezi požadavky veřejného zájmu společnosti a imperativy ochrany základních práv jednotlivce. Starost zajistit tuto rovnováhu se odráží ve struktuře celého čl. 1 Protokolu č. 1, tedy rovněž v druhé větě, kterou je třeba podle Soudu číst ve světle zásady upravené ve větě první. Musí zde existovat rozumný poměr přiměřenosti mezi použitými prostředky a sledovaným cílem všech opatření učiněných státem, včetně těch zbavujících jednotlivce majetku.²

¹ Věc Kozacioglu proti Turecku, rozsudek Velkého senátu ESLP ze dne 19. 2. 2009, stížnost č. 2334/03.

² Srov. např. Pressos Comapnia Naviera S. A. a další proti Belgii či Bývalý řecký král a další proti Řecku.

K určení, zda sporné opatření respektuje zamýšlenou „spravedlivou rovnováhu“, zejména zda stěžovatele nezatěžuje nepřiměřeným břemenem, je namístě podle Soudu přihlédnout ke způsobům odškodnění, které vnitrostátní právní úprava předpokládá. V tomto ohledu Soud uvedl, že bez platby v rozumném poměru k hodnotě nemovitosti zakládá obecně zbavení majetku nadměrný zásah do vlastnictví. Článek 1 Protokolu č. 1 nicméně ve všech případech nezaručuje právo na úplné odškodnění. Objektivní cíle „veřejného zájmu“ mohou částku za toto odškodnění snížit oproti plné hodnotě vyvlastněné nemovitosti. Podle názoru Soudu je ochrana historického a kulturního dědictví součástí těchto cílů.³

Soud se v této souvislosti domnívá, že ochrana kulturního dědictví země je vhodným legitimním důvodem k vyvlastnění nemovitosti klasifikované jako „kulturní majetek“ státem. Soud též připomíná, že rozhodnutí přijmout zákony týkající se zbavení majetku obvykle předpokládá rozbor otázek politických, ekonomických a sociálních. Podle Soudu zákonodárce disponuje širokým prostorem pro provádění ekonomické a sociální politiky, jež mu nejvíce přísluší, a respektuje způsob, jakým chápe imperativ „veřejný zájem“ s výhradou případu, kdy jeho rozhodnutí zjevně postrádá rozumný základ. Totéž podle Soudu platí pro ochranu životního prostředí či historického nebo kulturního dědictví určité země.

Při omezení vlastnického práva či přímo vyvlastnění Soud sleduje, zda zásah do vlastnického práva je souladný s vnitrostátní právní úpravou a není svévolný. Nedostatek úplné náhrady nečiní podle Soudu samo o sobě zabránění sporného majetku nezákonným, pokud je přijato toto opatření vedoucí k omezení vlastnického práva, např. v rámci programu ochrany kulturního dědictví země. Při projednávání věci je třeba zjistit, zda při stanovení kritérií a způsobů odškodnění stěžovatele v dané věci vnitrostátní orgány nenarušily požadovanou spravedlivou rovnováhu a zda vlastník nemusel snášet nepřiměřenou a nadměrnou povinnost.

Soud v souvislosti s vyvlastněním specifických nemovitostí (kulturních, architektonických, historických či uměleckých) upozornil, že praxe některých států Rady Evropy v této oblasti ukazuje, že i přes nedostatek přesné právní normy či společných hodnotících kritérií není možnost přihlédnout ke specifickému charakteru posuzovaného majetku při určování adekvátní náhrady kategoricky vyloučena. Soud se tak domnívá, že k uspokojení požadavku přiměřenosti mezi zabavením nemovitosti a cílem sledovaným veřejným zájmem je namístě - v případě vyvlastnění klasifikované nemovitosti - přihlédnout při určování náležitého odškodnění

³ Věc Kozacioglu proti Turecku, rozsudek Velkého senátu ESLP ze dne 19. 2. 2009, stížnost č. 2334/03.

majitele k specifickému charakteru nemovitosti.⁴ V projednávané věci však podle tureckého zákona nebylo možné přihlédnout k nevšednímu architektonickému a historickému charakteru předmětné nemovitosti a na základě těchto okolností stanovit adekvátní výši náhrady za vyvlastnění. Soud tak dospěl k závěru, že čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy byl porušen.

3. OCHRANA VLASTNICTVÍ A RESTITUČNÍ POHLEDÁVKY

Otázkou, zda a v jaké míře se čl. 1 Protokolu 1 vztahuje na ochranu vlastnictví zkonfiskovaného majetku se Soud zabýval ve věci Kopecký proti Slovensku. V předmětné věci šlo o nárok právního nástupce původního vlastníka sbírky zlatých a stříbrných mincí numismatické hodnoty, která byla v návaznosti na uložení trestu odnětí svobody a pokuty původnímu vlastníkovu zkonfiskována. Právní předchůdce stěžovatele byl v roce 1992 rehabilitován za současného zrušení uvedeného trestního rozsudku, jakož i všech rozhodnutí návazných.

Soud v této souvislosti uvedl, že zbavení vlastnického práva je jednorázovým aktem, který nevytváří pokračující situaci „zbavení práva“, přičemž čl. 1 Protokolu č. 1 nezaručuje právo na nabytí majetku. Porušení předmětného článku lze podle Soudu namítat pouze tehdy, vztahuje-li se předmětné omezující rozhodnutí k „majetku“ ve smyslu ustanovení tohoto článku. Podle Soudu lze pod pojem „majetek“ zahrnout jak „existující majetek, tak majetkové hodnoty, včetně pohledávek, o nichž může poškozený tvrdit, že má přinejmenším „legitimní naději“ na získání skutečného vlastnického práva. Naproti tomu za „majetek“ ve smyslu čl. 1 Protokolu č. 1 nelze považovat naději, že bude uznáno původní vlastnické právo, které nemohlo být účinně vykonáváno; totéž platí o podmíněné pohledávce, která vznikla z důvodu nesplnění podmínky.⁵

Smluvní státy disponují širokou mírou uvážení, pokud jde o možnost vyloučit z práva na restituci některé kategorie bývalých vlastníků. Žádosti osob, které spadají do takové kategorie, potom nemohou zakládat "legitimní naději" chráněnou čl. 1 Protokolu č. 1. Pokud ovšem smluvní stát, poté, co ratifikoval Úmluvu i Protokol č. 1, přijme legislativu umožňující celkovou či částečnou restituci majetku zkonfiskovaného za předchozího režimu, lze takovou legislativu vykládat tak, že dává vzniknout novému vlastnickému právu chráněnému čl. 1 Protokolu č. 1 ve prospěch osob, které splňují restitुční podmínky. Stejný princip lze aplikovat ve vztahu k ustanovením o restituci či odškodnění obsaženým v zákonech přijatých před ratifikací

⁴ Viz Věc Kozacioglu proti Turecku, rozsudek Velkého senátu ESLP ze dne 19. 2. 2009, stížnost č. 2334/03.

⁵ Viz Gratzinger a Gratzingerová proti České republice, rozsudek ESLP ze dne 10. 7. 2002, stížnost č. 39794/98.

Úmluvy, pokud tyto zákony zůstávají v platnosti i po ratifikaci Protokolu č. 1.⁶

Pojem "legitimní naděje" v kontextu čl. 1 Protokolu č. 1 se poprvé objevil v rozsudku *Pine Valley Developments Ltd a další proti Irsku* (1991), ve které byl za majetkový prvek považován konečný dokument územního plánování. Ve věci *Stretch proti Spojenému království* (2003) vyjádřil Soud názor, že stěžovatel mohl mít legitimní naději na možnost prodloužit svou nájemní smlouvu; to znamená, že mu smlouva přiznávala právo připodobnitelné právu vlastnickému. V těchto případech mohly tedy dotčené osoby legitimně očekávat, že právní úkon, na základě kterého přijaly jisté finanční závazky, nebude v jejich neprospěch retroaktivně prohlášen za neplatný. "Legitimní naděje" vyplývala ze skutečnosti, že stěžovatelé se ospravedlnitelným způsobem opírali o právní úkon, jenž měl pevný právní základ a týkal se vlastnických práv.

Jiný aspekt pojmu "legitimní naděje" se objevil ve věci *Pressos Compania Naviera S. A. a další proti Belgii* (1995), týkající se pohledávek na odškodnění újmy způsobené nehodami zaviněnými nedbalostí belgických pilotů. Tyto pohledávky vznikaly v okamžiku, kdy došlo ke škodě, a Soud je označil za "majetkové hodnoty" chráněné čl. 1 Protokolu č. 1. Taková "legitimní naděje" však sama o sobě nevytvářela majetkový zájem; vztahovala se spíše ke způsobu, jakým bude s pohledávkou označenou za majetkovou hodnotu nakládáno ve vnitrostátním právu, konkrétně k presumpci, že konstantní judikatura vnitrostátních soudů bude nadále aplikována na škody vzniklé uvedeným způsobem.

V řadě jiných případů došel Soud k názoru, že stěžovatelé neměli "legitimní naději", nebylo-li možné se domnívat, že s dostatečnou jistotou vlastnilo ihned vymahatelnou pohledávku. Tak ve věci *Gratzinger a Gratzingerová proti České republice*, ve které šlo o odmítnutí restituční žádosti pro nesplnění jedné ze základních zákonných podmínek (občanství žalovaného státu), nebyla tato pohledávka považována pro účely čl. 1 Protokolu č. 1 za dostatečně konkrétní. Soud měl za to, že je třeba odlišit pouhou (třebaže pochopitelnou) naději na restituci od tzv. legitimní naděje, která musí mít konkrétnější charakter a musí se zakládat na právním ustanovení či aktu, jako je např. soudní rozhodnutí. Stejně tak nelze o "legitimní naději" hovořit v případě, kdy existuje spor o způsobu, jakým bylo vnitrostátní právo interpretováno a aplikováno, a kdy národní soudy s konečnou platností stěžovatelovy argumenty odmítly.⁷

⁶ Viz *Broniowski proti Polsku*, rozsudek ESPL ze dne 19. 12. 2002, stížnost č. 31443/96.

⁷ Viz *Jantner proti Slovensku*, rozsudek ESPL ze dne 7. 3. 2003, stížnost č. 39050/97.

O věcech Gratzinger a Gratzingerová a Jantner týkajících se restitučních žádostí lze říci, že skutečným jádrem sporu nebyla ani tak "legitimní naděje" ve smyslu zásad stanovených rozsudkem Pine Valley Developments Ltd a další proti Irsku, jako spíše otázka, zda stěžovatelé měli nebo neměli pohledávku představující "majetkovou hodnotu" ve smyslu popsáném ve věci Pressos Compania Naviera S. A. a další proti Belgii. V obou těchto záležitostech není možné konstatovat, že by stěžovatelé měli jakékoliv vlastnické právo jen proto, že se opírali o právní akt. Nesplňovali-li totiž zákonnou podmínku pro restituci požadovaného majetku, neexistoval ani dostatečně konkrétní majetkový zájem, se kterým by bylo možné "legitimní naději" spojit.

Lze tedy uzavřít, že judikatura Soudu nepokládá existenci skutečného sporu či hájitelného nároku za kritérium umožňující posoudit existenci "legitimní naděje" chráněné čl. 1 Protokolu č. 1. Domnívá se naopak, že pokud má dotčený majetkový zájem povahu pohledávky (restituční pohledávky), lze jej za majetkovou hodnotu považovat pouze tehdy, má-li dostatečný základ ve vnitrostátním právu, tj. je-li např. potvrzován ustálenou judikaturou soudů. Jinými slovy řečeno, existuje rozdíl mezi pouhou nadějí, jakkoliv může být věc pochopitelná, a legitimním očekáváním, které musí být konkrétnější povahy a zakládat se na ustanoveních právního předpisu nebo na ustálené judikatuře ve vnitrostátním právním řádu.⁸

K ochraně restitučních nároků prostřednictvím čl. 1 Protokolu č. 1 je třeba dodat, že Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod smluvním státům neukládá žádnou specifickou povinnost přistoupit k nápravě křivd a škod způsobených před ratifikací Úmluvy. Čl. 1 Protokolu č. 1 proto nelze vykládat tak, že omezuje svobodu smluvních států stanovit, za jakých podmínek může dojít k restituci majetku zkonfiskovaného před touto ratifikací. Skutečnost, že pole působnosti konkrétního restitučního zákona je omezené a že restituce podléhá jistým podmínkám, samo o sobě neporušuje právo poškozeného vyplývající z čl. 1 Protokolu č. 1.⁹

Ve shora uvedené věci Kopecký proti Slovensku neshledal Soud porušení čl. 1 Protokolu č. 1. Poukázal na to, že stěžovatelova restituční pohledávka byla od počátku pohledávkou podmíněnou a že otázka, zda pan Kopecký splňoval zákonné požadavky, byla předmětem soudního řízení před vnitrostátními soudy. V tomto řízení soudy s konečnou platností rozhodly, že podmínky uvedené v zákoně o mimosoudních rehabilitacích nebyly v jeho případě splněny. Soud uzavřel, že v okamžiku, kdy stěžovatel podal svou restituční žalobu, jeho pohledávka nebyla natolik určitá, aby mohla být považována za „majetkovou hodnotu“ chráněnou podle čl. 1 Protokolu č. 1.

⁸ Viz Kopecký proti Slovensku, rozsudek ESLP ze dne 28. 9. 2004, stížnost č. 44912/98.

⁹ Srov. tamtéž.

4. K OCHRANĚ VLASTNICTVÍ BYTŮ A BYTOVÝCH DOMŮ

Za stěžejní je třeba v souvislosti s ochranou vlastnictví uvést případ Hutten-Czapska proti Polsku¹⁰, který se stal pomyslnou „vlajkovou lodí“ boje proti regulaci nájemného. Šlo o případ, v němž bylo porušeno stěžovatelčino právo na pokojné užívání vlastnictví způsobené špatným fungováním vnitrostátního zákonodárství, které jí bránilo vybírat nájemné v hodnotě přiměřené nákladům na údržbu domu. Soud zde zároveň uložil Polsku, aby poskytlo vlastníkům domů mechanismus vedoucí ke zmírnění neblahých následků státní regulace nájemného. Vláda Polské republiky v reakci na to požádala podle čl. 43 Úmluvy o postoupení věci Velkému senátu, čemuž kolegium Velkého senátu vyhovělo.

Stěžovatelka tvrdila, že omezení jimiž byla jako vlastnice domu podrobena, vedla k tomu, že prakticky pozbyla vlastnického práva a byla vlastníkem jen formálně, kdy nemohla rozhodovat o tom, kdo bude v jejím domě bydlet a jak dlouho. Nájemní vztahy sice vznikly nezákonnými správními rozhodnutími, ona však fakticky neměla možnost je ukončit navíc nemohla ovlivnit výši placeného nájemného stanoveného bez jakéhokoli vztahu k výši nákladů na udržování domu v řádném stavu. Úhrnem se jednalo podle stěžovatelky o situaci blížící se vyvlastnění. Polská vláda oproti tomu odkázala na obtížnou ekonomickou transformaci v Polsku v 90. letech, včetně obtížné bytové situace, hrozby masového soudního vyklízení bytů po neregulovaném zvýšení nájemného, sociálního napětí a ohrožení veřejného pořádku. Vláda označila daný stav za dočasné řešení a upozornila, že podle statistik žije více než polovina obyvatel Polska pod hranicí chudoby.

Soud, vycházející z čl. 1 Protokolu č. 1, dovedl tři podmínky souladnosti zásahu orgánu veřejné moci do práv na pokojné užívání majetku a to :

souladnost se zákonem,

legitimní cíl v obecném zájmu, což v moderní společnosti může být i regulace bydlení jako základní sociální potřeby, zvláště při přechodu politického, právního a ekonomického systému od totalitního režimu k demokracii a

spravedlivá rovnováha mezi použitými prostředky a sledovým cílem, přičemž v případech týkajících se bydlení je podle Soudu třeba zohlednit nejen okolnosti blokování růstu nájemného, ale také procesní a jiné záruky toho, že fungování systému regulace nebude svévolné a nepředvídatelné.

V celkovém hodnocení vyšel Velký senát opět z předchozího hodnocení senátního, v němž byla státům obecně přiznána široká míra uvážení, což

¹⁰ Věc byla rozhodnuta rozsudkem Velkého senátu ze dne 19. 6. 2006, na základě stížnosti č. 35014/97.

platilo zvláště v případě Polska a jeho problémů při ekonomické transformaci, nicméně tato míra uvážení není neomezená a nesmí být v rozporu s požadavky Úmluvy, například – jako v daném případě – porušovat vlastnické právo přesunutím břemene vyplývajícího z této situace jen na vlastníky domů a porušovat princip předvídatelnosti zákona nesplněním příslibu dočasnosti regulace nájemného. Velký senát k tomu doplnil, že porušení vlastnického práva v daném případě neplynulo pouze z určení výše nájemného, ale z celého komplexu ustanovení omezujících vlastníky nemovitostí jak v otázce určení výše nájemného, tak ve vymezení možností skončení nájemního vztahu, finančního břemene uloženého zákonem a absenci nástroje vyrovnávajícího nebo zmírňujícího ztráty vzniklé při údržbě majetku. Omezení uvalená polskou vládou na vlastníky domů označil Velký senát za vážnější než v předchozích případech, jež Soud rozhodoval.¹¹

Vážnost posuzované situace byla dána jednak skutečností, že stěžovatelka se svými nájemci neuzavřela svobodně nájemní smlouvu, dále omezením možnosti ukončit nájemní vztah výpovědí a stanovením nájemného ve výši, v níž nebylo zaručeno, že pokryje nezbytné náklady na údržbu domu.

Celkově Velký senát vytkl polskému státu, že jakkoliv byla tamní bytové situace zděděná z dob komunistické minulosti, akutně problematická, měla být vyřešena při zachování spravedlivého rozložení sociálního a ekonomického břemene spojeného s reformou bytového hospodářství. Polský stát namísto tohoto nenalezl tuto spravedlivou rovnováhu mezi zájmy společnosti jako celku na ochranu vlastnického práva a uvalil toto břemeno pouze na jednu sociální skupinu, čímž způsobil porušení čl. 1 Protokolu č. 1.

Některé aspekty polské bytové situace byly shodné s těmi českými, zejména neuspokojivá situace na trhu s byty a nedostatek politické vůle ke skutečné reformě právní úpravy nájmu bytů, jež by odstranily relikty socialistické regulace, též důsledky takové situace spočívající tom, že zisk z nájemného nepokrýval mnohdy ani náklady na údržbu domů, o zisku nemluvě, v kombinaci s krajní obtížností ukončování nájemních vztahů vzniklých mimo svobodnou vůli jedné ze stran, či alespoň zabránění jejich přenosu na další osoby.

Český Ústavní soud po opakovaných výtkách zákonodárci zaměřil nyní svou pozornost a radu i na soudce obecných soudů. Učinil tak ve svém zásadním nálezu Pl. ÚS 20/05 ze dne 28. 2. 2006, v němž zareagoval na návrh Městského soudu v Praze na zrušení problematických ustanovení občanského zákoníku dotýkajících se nájmu bytů, přičemž přihlédl i k

¹¹ Např. Mellacher a ostatní proti Rakousku a rozsudek Spadea a Scalabrino proti Itálii, rozsudek ESLP ze dne 28. 9. 1995, stížnost č. 12868/87.

senátnímu rozhodnutí Soudu ve věci Hutten-Czapska proti Polsku, a to tímto právním názorem a doporučením směřovaným obecným soudům: „Dlouhodobá nečinnost Parlamentu České republiky spočívající v nepřijetí zvláštního právního předpisu vymezujícího případy, ve kterých je pronajímatel oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, úhradu za plnění poskytovaná s užíváním bytu, a změnit další podmínky nájemní smlouvy (§ 696 odst. 1 obč. zákoníku), je protiústavní a porušuje čl. 4 odst. 3, čl. 4 odst. 4 a čl. 11 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod. Ústavní soud opětovně upozorňuje na závěry své rozhodovací praxe ve věcech regulace nájemného, v nichž zdůraznil, že není přípustné přenášet sociální zátěž jedné skupiny lidí (nájemci) na skupinu druhou (pronajímatelé) a dodává, že není ani přípustné vytvářet různé kategorie pronajímatelů, v závislosti na tom, zda nájemné v bytech jedné skupiny podléhá regulaci, či nikoliv. Důsledky nečinnosti zákonodárce vedou Ústavní soud, při vědomí svého postavení jako orgánu ochrany ústavnosti, k nutnosti nahradit chybějící instrumenty právní ochrany pronajímatelů na úrovni „obyčejného“ zákona postupem s využitím principů ústavně právní regulace. Proto Ústavní soud trvá na naplnění základní funkce obecných soudů, tj. zajištění proporcionální ochrany subjektivních práv a právem chráněných zájmů, a požaduje, aby ji obecné soudy pronajímatelům poskytly tak, že nebudou zamítat jejich žaloby požadující určení zvýšeného nájemného s odkazem na nedostatek zákonné úpravy. To znamená, že obecné soudy, i přes absenci úpravy předvídané v § 696 odst. 1 občanského zákoníku, musí rozhodnout o zvýšení nájemného, a to v závislosti na místních podmínkách a tak, aby nedocházelo k diskriminacím různých skupin právních subjektů. Při takovém rozhodování se soudy musí vyvarovat libovůle; výrok se musí zakládat na racionální argumentaci a důkladném uvážení všech okolností případu, použití přirozených zásad a zvyklostí občanského života, závěrů právní nauky a ustálené ústavně konformní soudní praxe.“

Z novějších rozhodnutí ve věcech užívání a nájmu bytů lze zmínit věc Cleja a Mihalcea proti Rumunsku, v níž šlo o výměnu bytů mezi stěžovateli jako bývalými emigranty a současnými knihovními vlastníky bytu, jimž byl původně v rámci znárodnění bez náhrady zabaven byt, a nájemci bytu, kteří užívali byt na základě nájemní smlouvy z roku 1989 uzavřené se státem.

Soud vyslovil předně závěr k požadavku rovnováhy mezi veřejným zájmem, který může být v tak citlivé oblasti jako je bydlení přípustný, nicméně nesmí se přičítat příkazu ochrany základních práv jednotlivce. To se vztahuje i na oblast smluvní svobody na trhu s byty, ale rovněž na existenci procesních a dalších záruk určených k zajištění tohoto systému a jeho dopad na vlastnická práva. Takový projev veřejného zájmu státu, ať už cestou legislativy, či administrativními opatřeními, nemůže být ani nadřazený, ani nepředvídatelný. Je to faktor, který musí být brán do úvahy při chování státu. Pak ovšem, je-li ve hře veřejný zájem, musí státní orgány postupovat

v rozumném čase, správně a s větší provázaností. Při uznání oprávnění státu zasahovat do oblasti bytové politiky připomněl Soud rub povinnosti státu promítající se zřejmě (v dané věci) do oblasti justice.

Soud ve věci shledal porušení čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy spočívající v tom, že soudy vázány vnitrostátní právní úpravou neumožnily vlastníkům, aby se mohli ujmout práva bydlení ve svých (dřívějších, zřejmě odňatých) bytech v režimu žalob na vyklizení pod podmínkou zajištění náhradního bytu dosavadním nájemcům.

V podmínkách Československa, respektive České republiky, byla přijata řada restitučních předpisů, které měly za cíl zmírnění některých křivd z doby od 25. 2. 1948 do 31. 12. 1990. Za nejvýznamnější lze považovat úpravu provedenou zákonem č. 87/1991 Sb., o mimosoudních rehabilitacích. Příklad, srovnatelný s uvedeným rumunským případem, by se tak v podmínkách české úpravy koncentroval do oblasti působnosti právě tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že uvedený případ se netýká jen vydání věci nemovité (zapsané do pozemkových knih), nýbrž i práv nájemců a bytových náhrad.¹²

5. OMEZENÍ VLASTNICTVÍ HONEBNÍCH POZEMKŮ

K omezení vlastnického práva k pozemku došlo ve věci Schneiderová proti Lucembursku, týkající se nuceného zahrnutí honebního pozemku č. 16 honebního společenstva v Troisvierges (Lucembursko). Ono zahrnutí nezbavilo paní Schneiderovu jejího vlastnictví, ale pouze přineslo omezení jejího uživatelského práva k němu v souladu se zákonem z roku 1925. Z vlastnické triády tak bylo dotčeno pouze právo držby, přičemž brání užitků jakož i možnost zcizení či zničení věci dotčeny nebyly. Zákon z roku 1925 s cílem nahradit dočasné ztráty způsobené užíváním počítá s tím, že nájemné vybrané výborem honebního společenství bude rozděleno mezi vlastníky v poměru k pronajímaným pozemkům, jež v honitbě vlastní.¹³ Honební společenstvo se musí též každých devět let vyjádřit pro nebo proti přenechání práva myslivosti, a to tak, že většina vlastníků představujících nejméně dvě třetiny rozlohy pozemků nebo dvě třetiny členů honebního společenstva představující více než polovinu rozlohy honitby může takové rozhodnutí zvrátit. Systém tak, jak byl zákonem z roku 1925 zaveden, tedy předpokládá, že veškeré polní a lesní nezastavěné pozemky zahrnuté v katastrálním území obce budou tvořit honitbu, a že vlastníci ze zákona tvoří honební společenství, porušuje podle stěžovatelky spravedlivou

¹² Rakovský, J. Komentář k věci Cleja a Mihalcea proti Rumunsku, Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2008, č. 3, s. 173 a násl.

¹³ V projednávané věci byl Soud názoru, že suma ve výši 3,25 EUR za méně než 250 ha ročně nemůže být rozumně považována za opatření nahrazující hodnotu, jež mohla představovat pro stěžovatelku spravedlivé odškodnění.

rovnováhu mezi ochranou vlastnického práva a požadavky veřejného zájmu. Vedle nuceného zahrnutí předmětného pozemku do honitby vyplývá z předmětného zákona též virilní členství majitele takového pozemku v honebním společenstvu.

Soud ve vztahu k aplikaci čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy shledal porušení tohoto článku s odůvodněním, že přes legitimní cíle sledované zákonem z roku 1925 v době jeho přijetí systém povinného členství v honebním společenství, který tento zákon stanovil, uvedl stěžovatelku do situace, která porušuje spravedlivou rovnováhu mezi ochranou vlastnického práva a požadavky veřejného zájmu. Soud zde výslovně konstatoval, že tato úprava nutí malé vlastníky povolit na svém pozemku výkon práva myslivosti tak, aby ho třetí osoby užívaly zcela v rozporu s jejich přesvědčením. Tato situace podle soudu představuje nepřiměřené břemeno neospravedlnitelné z pohledu čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy. Zdá se být důvodný závěr, že zde Soud přece jen akceptoval uplatněný důvod stěžovatelky dovolávající se jejího přesvědčení jako odpůrkyně lovu z etických důvodů, byť tak učinil složitým zdůvodněním důsledků plynoucích z právní úpravy z roku 1925 a v rozporu s postavením tzv. malých vlastníků honebních pozemků.¹⁴

Ústavní soud ve svém rozhodnutí ze dne 13. 12. 2006, sp. zn. Pl. 34/2003, obsahující obšírné pojednání o výkonu práva myslivosti podle zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, odmítl srovnání české právní úpravy s věcí Chassagnou a další proti Francii¹⁵. Mimo jiné proto, že povaha práva myslivosti ve Francii, založená na povinném vkladu pozemků do příslušného francouzského honebního sdružení, se svojí podstatou liší od koncepce české právní úpravy. Lucemburský zákon z roku 1925,¹⁶ stanoví systém povinného členství, se od českého zákona o myslivosti také odlišuje. Oba přístupy však mají společné to, že rozhodnutí o tom, zda pozemek bude honebním či nikoli, je zcela mimo vůli vlastníka pozemku, byť by byl zapřísáhlým odpůrcem lovu. Česká právní úprava v tomto směru připouští, aby orgán státní správy myslivosti prohlásil pozemek za nehonební pokud je to v zájmu vlastníka. Pouze v případě, pokud pomine důvod, pro který byl pozemek prohlášen za nehonební, prohlásí orgán státní správy myslivosti se souhlasem vlastníka pozemku tento pozemek za honební.¹⁷

¹⁴ Srov. Rakovský, J. Věc Schneiderová proti Lucembursku. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2008, č. 1, s. 44.

¹⁵ Věc byla rozhodnuta rozsudkem ESLP ze dne 29. 4. 1999, na základě stížnosti č. 25088/94, 28331/95 a 28443/95.

¹⁶ Viz Schneiderová proti Lucembursku, rozsudek ESLP ze dne 10. 7. 2007, stížnost č. 2113/04.

¹⁷ Srov. § 17 odst. 3 zákona o myslivosti.

Sporů mezi vlastníky honebních pozemků, kteří si nebudou přát lov zvěře na svých pozemcích z etických důvodů, a honebními společenstvy, kterým byl výkon tohoto práva svěřen, bude v nejbližší době přibývat a to z důvodu vzrůstajícího počtu takto smýšlejících vlastníků. Při řešení těchto sporů by se měla nalézt ona „správná rovnováha“ mezi požadavkem veřejného zájmu a ochranou základních práv jednotlivce. Nutno také upozornit na skutečnost, že náhrada za užívání honebních pozemků příslušným mysliveckým sdružením by měla být přiměřená ve vztahu k velikosti pozemků a míře omezení vlastnického práva vlastníka, který není členem sdružení.¹⁸

V rozhodování Evropského soudu pro lidská práva očekávám u obdobných případů další posun ve prospěch ochrany majetku (čl. 1 Protokolu č. 1), neboť výkon práva myslivosti, které je realizováno třetími osobami v rozporu s přesvědčením vlastníka, se bude stále více jevit jako nepřiměřený zásah do výkonu vlastnického práva. Tyto tendence lze spatřit i v odůvodnění rozsudku ve věci Schneiderová proti Lucembursku.

6. ZÁVĚR

Evropský soud pro lidská práva má jen omezenou možnost přezkoumávat skutkové či právní závěry, které učinily vnitrostátní soudy, jimž náleží výklad a aplikace národního práva. Soud tak zejména přezkoumává to, zda postup vnitrostátních soudů nebyl svévolný. Pro oblast aplikace článku 1 Protokolu č. 1 Úmluvy Soud připomíná povinnost zákonodárce docílit „spravedlivé rovnováhy“ mezi rozdílnými zájmy a umožnit soudům, aby tento princip účinně uplatňovaly. Soud posuzuje soulad vnitrostátní právní úpravy a rozhodnutí vnitrostátních soudů s čl. 1 Protokolu č. 1 Úmluvy skrze princip, definovaný v judikatuře Soudu jako rovnováhu mezi veřejným zájmem - sledujícím legitimní společenské cíle - a ochranou základních práv jednotlivce. Při aplikaci uvedeného článku je třeba zohlednit zejména společenský, kulturní a politický vývoj v každém smluvním státě, z toho vychází zejména přístup Soudu k rozsahu a podmínkám restitucí, které jsou v zásadě věcí vnitrostátní právní úpravy.

Literature:

- Kostík, R. Členství v honebním společenstvu. Právní fórum, 2009, č. 1, s. 28 a násl.
- Rakovský, J. Věc Schneiderová proti Lucembursku. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2008, č. 1, s. 42 a násl.
- Rakovský, J. Komentář k věci Cleja a Mihalcea proti Rumunsku, Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2008, č. 3, s. 173 a násl.

¹⁸ Kostík, R. Členství v honebním společenstvu. Právní fórum, 2009, č. 1, s. 32.

- Věc Chassagnou a další proti Francii. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 1999, č. 7-8, s. 148 a násl.
- Věc Hutten-Czapska proti Polsku. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2006, č. 5, s. 325 a násl.
- Věc Kopecký proti Slovensku. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2005, č. 2, s. 71 a násl.
- Věc Kozacioglu proti Turecku. Soudní judikatura – Přehled rozsudků ESLP, 2009, č. 6, s. 313 a násl.

Contact – email

41762@mail.muni.cz

NOVÁ KONCEPCIA OCHRANY OSOBNOSTI ZAMESTNANCA Z POHĽADU PRIPRAVOVANEJ REKODIFIKÁCIE OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

MARTINA KOVALČÍKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Katedra
pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia, Slovenská republika

Abstract in original language

Súčasná úprava osobnostných práv v Občianskom zákonníku je nedostatočná. Podľa Legislatívneho zámeru nového Občianskeho zákonníka sa počíta s posilnením ochrany osobnosti. Osobnostné práva sa realizujú aj v súbehu s realizáciou sociálnych práv – pri výkone závislej práce. Uvedené naznačuje, že inštitút ochrany osobnosti je inštitútom, s ktorým sa stretávame aj v oblasti pracovnoprávných vzťahov. Európske súkromné právo presadzuje sociálny prvok v právnej úprave, preto aj nový kódex občianskeho práva má sledovať túto líniu. Týmto by sa zároveň mala zabezpečiť ochrana slabšej strany vo vzťahu. Čo je aj poslaním samotného pracovného práva. Avšak pre ochranu osobnostných práv zamestnanca je potrebné použiť ustanovenia Občianskeho zákonníka. Ako táto dvojnásobná sociálna ochrana prispeje k ochrane zamestnancovej osobnosti oproti súčasnému stavu?

Key words in original language

Európske súkromné právo; Občiansky zákonník; osobnostné práva; sociálna ochrana; pracovnoprávne vzťahy.

Abstract

The current regulation of personality rights in Civil Code is not sufficient. By legislative intent the new Civil Code have intent to make stronger the personality protection. Realization of personality rights related with realization of social rights - in the performance of dependent work. This indicates that institute of personality protection is institute which we can find in labour relation. European private law promotes the social element in legal regulation therefore the new code of civil law follows this conception. This should ensure the protection of weaker parties in relation. This is a role of labour law too. But for the protection of personality rights of employee we must use the provision of Civil Code. What this double social protection may bring for protection of employee's personality oposite the current situation?

Key words

European private law; Civil Code; personality rights; social protection; labour relations.

ÚVOD

Prípravy na novom kódexe občianskeho práva sa uskutočňujú na podklade Legislatívneho zámeru Občianskeho zákonníka (ďalej Legislatívny zámer) schváleného vládou Slovenskej republiky. Sľubujú nový kódex, ktorý by mal napomôcť realizácii cieľa Európskej únie, ktorým je v zmysle článku 3 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii vytvorenie sociálneho trhového hospodárstva s vysokou konkurencieschopnosťou.

Zmeny sa dotknú aj mnohých občianskoprávných inštitútov, keďže v podobe, v akej sú upravené teraz, nezodpovedajú požiadavkám vyplývajúcim zo súkromnoprávných vzťahov. Tak je to aj v prípade inštitútu ochrany osobnosti upraveného v ustanovení § 11 a nasl. Občianskeho zákonníka (ďalej aj OZ). S týmto inštitútom sa stretávame aj v oblasti pracovnoprávných vzťahov, nakoľko k realizácii jednotlivých osobnostných práv dochádza aj pri výkone závislej práce. Pritom je však nevyhnutné okrem pracovnoprávných predpisov použiť aj ustanovenia Občianskeho zákonníka, ktoré tieto práva upravujú. Podľa legislatívneho zámeru sa počíta s rozšírením ustanovení týkajúcich sa ochrany osobnosti.

Taktiež sa navrhuje, aby sa v Občianskom zákonníku do všeobecnej časti zakotvili „Základné zásady“ a poukázalo sa v úvode kódexu na ich nadväznosť na Ústavu Slovenskej republiky, hlavne na časť o základných ľudských právach a slobodách. Tieto základné zásady by mali mať postavenie základných zásad súkromného práva.

Pripravovaný Občiansky zákonník chce svojou úpravou sledovať aj súčasný trend vo vývoji európskeho súkromného práva. Týmto je poskytnutie ochrany slabšej strane v právnom vzťahu a zakotvenie sociálnych prvkov do nového kódexu, teda aj ustanovení o ochrane osobnosti. Tým by európska, ako aj národná dimenzia občianskeho práva mala nadobudnúť sociálny rozmer pri ochrane jednotlivca v súkromnoprávných vzťahoch.

V článku sa pokúsime o zhodnotenie pripravovanej koncepcie ochrany osobnosti jednotlivca v postavení zamestnanca, a to z pohľadu vyššie naznačených zmien a požiadaviek, ktoré by sa mali premietnuť do nového kódexu občianskeho práva.

1. OCHRANA OSOBNOSTI ZAMESTNANCA – „SÚČASNOSŤ A BUDÚCNOSŤ“

De lege lata sa ochrana osobnosti zamestnanca v súčasnosti odvíja od právnej úpravy obsiahnutej v Občianskom zákonníku. Úprava je z hľadiska

systematiky zaradená do jeho všeobecnej časti, konkrétne do druhej hlavy pojednávajúcej o účastníkoch občianskoprávných vzťahov.

Inštitút ochrany osobnosti je chápaný aj ako jeden z pilierov súkromného práva. Nadväzuje na základné zákony štátov, Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd a Chartu základných práv Európskej únie. Zaradenie tohto inštitútu do kódexu, či už občianskeho alebo súkromného práva, znamená pre príslušnú právnu úpravu zachovanie jej antropocentrického charakteru.¹ V pripravovanom slovenskom kódexe občianskeho práva by úprava ochrany osobnosti mala byť ponechaná a začlenená do jeho všeobecnej časti. Uvedené znamená, že aj slovenský Občiansky zákonník by si mal naďalej zachovať antropocentrický charakter² reprezentovaný inštitútom ochrany osobnosti. Je to dôsledne vyjadrené v časti Legislatívneho zámeru venujúcej sa hodnotovej orientácii nového kódexu. Poukazuje sa tu na základné hodnotové východiská, na ktorých bude nový kódex postavený. Sú to všeľudské hodnoty ako individuálna sloboda, ľudská dôstojnosť a iné. Tieto hodnoty majú svoje vyjadrenie aj v medzinárodných dokumentoch. To znamená, že nový kódex sa k týmto dokumentom jednoznačne hlási. Skutočnosť, že tieto hodnoty považuje za významné, preukazuje aj tým, že sa im rozhodol venovať zvýšenú pozornosť v podobe zabezpečenia lepšej ochrany osobám ako ľudským bytostiam, osobným právam a osobnostným právam. Uvedené tvorí obsah inštitútu ochrany osobnosti, toho inštitútu, o ktorého posilnenie podľa Legislatívneho zámeru by malo ísť v rámci budúcej právnej úpravy.

Súčasná úprava ochrany osobnosti sa opiera o päť paragrafových ustanovení. Legislatívny zámer počíta s rozšírením paragrafovej úpravy na tridsaťtri ustanovení. Dochádza aj k zmene názvu časti venujúcej sa ochrane osobnosti fyzickej osoby na „Osobnostné práva a ich ochrana“. Oprúť sa o samotný navrhovaný názov tejto časti s použitím gramatického výkladu môžeme dospieť k záveru, že dôraz sa bude klásť na úpravu jednotlivých osobnostných práv a na ich ochranu, nie na ochranu osobnosti ako celku. Navrhovaný názov zároveň naznačuje, že sa bude rozlišovať medzi osobnostnými právami a právom na ochranu každého z nich. Ide tu o veľmi významný posun oproti súčasnému stavu, v ktorom sa takéto rozlíšenie

¹Bližšie pozri: ŠVESTKA, J., ZOULÍK, F., KNAPPOVÁ, M., MIKEŠ, J. Nad vývojem i súčasným stavem rekodifikace českého soukromého práva. In Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1-2. Praha: Univerzita Karlova v Praze - nakladatelství Karolinum, 2003, s. 70.

² CIRÁK, J. Osobné a osobnostné právo v pripravovanom kódexe. In Návrh Legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, s. 177.

neuplatňuje.³ Súčasnému názvu „Ochrana osobnosti“ zodpovedá chápanie v zmysle, že ide o právo na ochranu osobnosti. Uvedené znamená, že úprava viac smeruje k poskytnutiu prostriedkov ochrany v prípadoch, keď už došlo k zásahu do osobnosti.⁴ Nerieši jednotlivé stránky osobnosti, resp. jednotlivé osobnostné práva ako subjektívne práva absolútnej povahy⁵. O potrebe chápať ustanovenie § 11 súčasného OZ ako ustanovenie upravujúce na jednej strane jednotlivé osobnostné práva a na strane druhej právo na ochranu osobnosti, hovorí aj P. Vojčík.⁶

Počíta sa s rozdelením jednotlivých ustanovení upravujúcich osobnostné práva a ich ochranu na všeobecné a osobitné. V rámci všeobecných ustanovení sa navrhuje vymedziť osobnostné právo vo forme generálnej klauzuly. Tento krok možno vnímať ako pomôcku pri určení, čo osobnostné právo je, a čo nie. Nadalej však nemožno hovoriť o legálnej definícii.

Zaujímavá je aj zavádzaná klasifikácia jednotlivých osobnostných práv. Jej podstatou je záujem, ku ktorému jednotlivé osobnostné práva smerujú. Ako podklad pre určenie týchto záujmov sa zrejme vychádzalo z demonštratívneho výpočtu v súčasnosti najtypickejších osobnostných práv. Uvedenú klasifikáciu môžeme ponímať jednak ako cestu pre rozšírenie počtu osobnostných práv alebo ako konkretizáciu už existujúcich, práve tých najtypickejších. Podľa druhej alternatívy by budúca úprava pozostávala zo všeobecného vymedzenia samotného osobnostného práva v podobe generálnej klauzuly s demonštratívnym výpočtom najtypickejších osobnostných práv. Keďže sa táto úprava predpokladá v rámci všeobecných ustanovení o ochrane osobnosti, môžeme hovoriť u najtypickejších osobnostných práv vymedzených demonštratívne ako o generálnych. A u práv, ktoré by vzišli z jednotlivej klasifikácie ako o právach, ktoré tieto generálne práva konkretizujú.

Podľa prvej alternatívy by išlo o cestu rozšírenia katalógu osobnostných práv o ďalšie, čo súvisí iba s príkladným určením súčasných práv. Myslíme si, že pripravovaná úprava osobnostných práv a ich ochrany smeruje k ich rozšíreniu. Súčasnú osobnostné práva sú inšpiráciou pre vymedzenie osobnostného práva v podobe generálnej klauzuly a pre

³ LAZAR, J. II. Osnova návrhu Občianskeho zákonníka. In Návrh Legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, s. 49.

⁴ CIRÁK, J. Ochrana osobnosti v slovenskom občianskom práve. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1994, s. 13 - 14.

⁵ K absolútnej a relatívnej povahe osobnostného práva pozri bližšie: CIRÁK, J., ref. 2, s. 180.

⁶ Bližšie pozri: VOJČÍK, P. Občianske právo hmotné I.. 4. Prepracované a doplnené vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, s. 102.

určenie okruhu záujmov, ku ktorým osobnostné práva smerujú. Vzhľadom na demonštratívny výpočet najtypickejších z nich aj okruh záujmov je stanovený demonštratívne. Navrhovaná klasifikácia tak vytvára cestu pre kreovanie ďalších, ktoré môžu lepšie vystihnúť jednotlivé stránky osobnosti jednotlivca v rôznych druhoch súkromnoprávných vzťahoch, napr. aj v pracovnoprávných vzťahoch. Napríklad právo zamestnanca na súkromie, na zachovanie zdravia pri práci, na rešpektovanie rodinného života⁷, na rešpektovanie zamestnancovej dôstojnosti. Uzatvárať tento okruh by vzhľadom na neustále sa vyvíjajúce spoločenské vzťahy nebolo prínosom pre ochranu osobnosti jednotlivca. Mohlo by sa stať, že by sa opomenula niektorá zo stránok osobnosti, čo by malo za následok, že by sa fyzická osoba nemohla domáhať ochrany a využiť prostriedky, ktoré sú pre tento účel určené.

Vo všeobecných ustanoveniach sa taktiež počíta s ustanovením pravidiel pre poskytovanie ochrany čiastkovým osobnostným právam. V týchto pravidlách by nemalo chýbať riešenie pre prípad ohrozenia viacerých osobnostných práv jedným konaním. Či by sa táto situácia posudzovala ako stret jednotlivých záujmov, ku ktorým smerujú jednotlivé osobnostné práva alebo by sa to odrazilo napríklad na výške peňažnej satisfakcie. V prípade, že by sa to posudzovalo ako stret záujmov, na riešenie otázky ktorý zo záujmov obetovať, by sa mohla využiť hierarchia uplatňovaná pri klasifikácii jednotlivých osobnostných práv. To by však mohlo znamenať, že nie všetkým osobnostným právam by sa priznala rovnaká právna sila, aj keď vychádzajú z jedného a toho istého, a to z telesnej a duševnej integrity jednotlivca.

Vzhľadom na existenciu doplnkovej úpravy ochrany jednotlivých osobnostných práv, ktoré sa vytvorili v jednotlivých odvetviach práva napr. pracovného práva⁸, je potrebné stanoviť, kedy by sa mali použiť prostriedky poskytované v OZ. V záujme poskytnutia účinnej ochrany by bolo žiaduce zakotviť, či je možné kombinovať ochranné prostriedky len z jedného odvetvia práva alebo aj z viacerých. Legislatívny zámer nespomína, či rozlišovanie medzi ohrozením alebo porušením osobnostného práva bude mať nejaký vplyv na uplatnenie pravidiel poskytnutia ochrany.

Vo všeobecných ustanoveniach sa počíta aj s výpočtom osobitných prostriedkov ochrany pre prípady neoprávnených zásahov. Tomuto zámeru môžeme rozumieť tak, že v rámci nového kódexu bude zakotvený univerzálny nástroj a osobitné nástroje určené k poskytnutiu ochrany pre

⁷ O potrebe rešpektovania rodinného života zamestnancov v pracovnoprávných vzťahoch bližšie pozri: BARINKOVÁ, M. Sociálna ochrana zamestnancov so zodpovednosťou za rodinu. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2007, s. 180.

⁸ JEHLIČKA, O. – ŠKÁROVÁ, M. – ŠVESTKA, J. – VODIČKA, A. et al. Občanský zákoník. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck: SEVT, 1994, s. 27.

ohrozené alebo porušené osobnostné právo neoprávneným zásahom. Prívlastok „osobitný“ v tomto prípade bude zviazaný s neoprávneným zásahom. Pokiaľ nepôjde o neoprávnený zásah, nebude možné použiť tieto osobitné prostriedky. Ale môžeme to vnímať aj z druhej stránky. Máme tu, síce príkladmo, ustanovené jednotlivé osobnostné práva vychádzajúce z toho istého, ale obsahovo navzájom odlišné. Každé z nich má svoje špecifiká, a preto aplikovanie univerzálneho prostriedku ochrany nemusí vždy priniesť svoje ovocie v podobe účinnej ochrany. Vzhľadom k tomu, zakotvenie prostriedkov rešpektujúcich tieto osobitosti by sa javilo ako žiaduce. Umožnilo by to poskytnutie takej ochrany, akú si príslušné osobnostné právo vyžaduje. Potom môžeme osobitné prostriedky ochrany chápať v zmysle, že pre každé z osobnostných práv bude určený iný prostriedok ochrany. Použitie tohto prostriedku však bude obmedzené, a to na prípad neoprávneného zásahu. Pri vymedzení oprávnenosti a neoprávnenosti zásahu sa počíta s využitím početnej judikatúry. Legislatívny zámer nekonkretizuje, či domácej alebo aj medzinárodnej.

V samotnom Legislatívnom zámere sa na viacerých miestach spomína potreba posilniť postavenie osôb tak fyzických, ako aj právnických. Ochrana osobnosti sa viaže k fyzickým osobám. Je chápaná predovšetkým ako ochrana intímnej sféry jednotlivca. Vstupom do právneho vzťahu nedochádza k jej zániku, ale môže dôjsť k zásahu do niektorého z jednotlivých osobnostných práv. Neoprávnený je zásah nesúladný s požiadavkami ustanovenými v príslušných právnych predpisoch. Tieto požiadavky vyplývajú z kogentných ustanovení. V súkromnoprávných vzťahoch prevládajú dispozitívne ustanovenia umožňujúce dojednanie si odlišnej úpravy svojho vzťahu. V danom prípade môže dôjsť k neoprávnenému zásahu do niektorého z osobnostných práv jednotlivca. Individuálne pracovnoprávne vzťahy vzhľadom na postavenie pracovného práva ako odvetvia súkromného práva sú súkromnoprávnymi vzťahmi. Potreba ochrany slabšej strany – zamestnanca si vyžaduje aj kogentné ustanovenia, čím dochádza aj k prieniku verejnoprávných prvkov. Hovoríme o ochrannej funkcii pracovného práva. K realizácii jednotlivých osobnostných práv jednotlivca – zamestnanca dochádza aj pri výkone závislej práce. Zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce (ďalej aj Zákonník práce alebo ZP) ako základný kódex v oblasti pracovného práva obsahuje ustanovenia, ktoré poskytujú ochranu niektorým osobnostným právam. Napríklad ustanovenie⁹ upravujúce postup pri výkone kontroly zamestnanca zamestnávateľom, ktoré prikazuje, že pri jej výkone nesmie byť znížená zamestnancova dôstojnosť. Alebo samotný článok 11 Základných zásad Zákonníka práce ustanovujúci, kedy môže zamestnávateľ narušať zamestnancovo súkromie na pracovisku a v jeho spoločných priestoroch. Jednotlivé ustanovenia Zákonníka práce však neupravujú otázky ochrany

⁹ Ustanovenie § 177 ods. 2 Zákonníka práce.

zamestnancovej osobnosti komplexne. Zameriavajú sa len na niektoré z osobnostných práv.

Pracovnoprávna úprava, pozostávajúca z niekoľkých ustanovení týkajúcich sa len niektorých osobnostných práv, predstavuje doplnkovú úpravu vo vzťahu k ustanoveniam OZ. Je preto potrebné použiť aj ustanovenia Občianskeho zákonníka. To je možné vďaka existujúcej subsidiárnej pôsobnosti Občianskeho zákonníka na individuálne pracovnoprávne vzťahy za podmienok daných v ustanovení § 1 ods. 4 Zákonníka práce. Toto umožňuje subsidiárne použitie ustanovení všeobecnej časti Občianskeho zákonníka na všeobecnú časť Zákonníka práce. Pokiaľ pôjdeme v intenciách dikcie § 1 ods. 4 Zákonníka práce, ustanovenia o ochrane osobnosti v OZ je možné aplikovať len na inštitúty obsiahnuté vo všeobecnej časti Zákonníka práce. No k realizácii jednotlivých osobnostných práv dochádza aj pri výkone pracovnoprávnych inštitútov, ktoré sú predmetom úpravy osobitnej časti Zákonníka práce. Uvedené znamená, že ustanovenia o ochrane osobnosti v Občianskom zákonníku je možné aplikovať len v prípade uplatňovania inštitútov zo všeobecnej časti Zákonníka práce. Pri inštitútoch z jeho osobitnej časti je potrebné sa uspokojiť s úpravou, ktorú poskytujú právne normy upravujúce daný inštitút. Pokiaľ v rámci úpravy príslušného inštitútu z osobitnej časti Zákonníka práce nie je upravená aj otázka ochrany príslušného osobnostného práva, nemožno pre úzke vymedzenie vzťahu ZP a OZ využiť občianskoprávnu úpravu. To znamená aj poskytnutie nižšej úrovne ochrany pre zamestnancovu osobnosť. Legislatívny zámer poukazuje na existenciu ďalších otázok, pre ktoré súčasné prepojenie vzťahu ZP a OZ neposkytuje dostatočnú právnu úpravu. Vzhľadom na vyššie uvedené sem môžeme zaradiť aj otázky týkajúce sa zabezpečenia ochrany zamestnancovej osobnosti. Zámerom je preto rozšírenie okruhu inštitútov upravených ZP, na ktoré by sa mala vzťahovať úprava v OZ. Toto rozšírenie by sa malo uskutočniť prostredníctvom zmeny paragrafového znenia v ZP. K. Eliáš takéto riešenie nezdieľa, a to s odôvodnením, že pokiaľ má mať nejaký zákon povahu kódexu nemôže voči inému kódexu vystupovať v pozícii *lex specialis*.¹⁰ Optimalizáciou vzťahu medzi týmito dvoma kódexmi sa zaoberá aj H. Barancová. Poukazuje na potrebu rozšírenia subsidiárnej pôsobnosti OZ na všeobecnú časť ZP, hoci nevylučuje po vzore českej úpravy aj zakotvenie delegovanej pôsobnosti.¹¹ V každom prípade sa má úprava týkajúca sa ochrany

¹⁰ Bližšie k tomu pozri: BĚLINA, M. Vztah nového Zákoníku práce k budoucí soukromnoprávní rekonstrukci. In *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica* 1 – 2. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2003, s. 125.

¹¹ Bližšie pozri: BARANCOVÁ, H. Rekonštrukcia Občianskeho zákonníka a optimalizácia vzťahu občianskeho práva a pracovného práva. In *Justičná revue*. 2003, roč. 60, č. 3, s. 376. O delegovanej pôsobnosti uvažuje aj THURZOVÁ, M. – MARKO, V. Vzťah medzi Zákonníkom práce a Občianskym zákonníkom. In *Policajná teória a prax*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2010, č. 1, s. 130.

osobnosti obsiahnutá v ustanoveniach nového Občianskeho zákonníka stať základom pre úpravu a ochranu osobnosti jednotlivca v oblasti súkromného práva¹², teda aj pracovného práva.

2. OCHRANA OSOBNOSTI JEDNOTLIVCA AKO ZÁSADA

Spomenuli sme, že nový kódex bude budovaný na všeludských hodnotách typických pre demokratické právne poriadky, čím sa prihlási aj k medzinárodným dokumentom upravujúcim tieto hodnoty. Pod ich vplyvom chce poskytovať zvýšenú pozornosť ochrane osobných práv, jednotlivcovi ako ľudskej bytosti ako aj osobnostným právam. Okrem prihlásenia sa k všeludským hodnotám sa v novom OZ počíta aj so zakotvením základných zásad. Vo všeobecnosti zásady slúžia na prehĺbenie myšlienkovvej a hodnotovej orientácie príslušnej právnej úpravy.¹³ V súčasnosti základné zásady nie sú priamo vyjadrené v normatívnej časti kódexu, je ich potrebné vyčítať z jednotlivých jeho ustanovení. Malo by ísť o tradičné zásady, ktoré už zakotvovali klasické občianskoprávne kódexy 19. storočia, ale s tým rozdielom, že by sa pri ich uplatnení mali využívať aj sociálne prvky. Ide tu o vplyv európskeho súkromného práva, ktorého požiadavkou je, aby sa aj v národných úpravách vo väčšej miere presadzovali tieto prvky. Prísľubom v Legislatívnom zámere je, že nový kódex bude dôsledne rešpektovať túto európsku sociálnu líniu. Ďalšou skupinou budú modifikované tradičné zásady, ktoré už v sebe inkorporujú sociálny prvok a ktoré sú zaužívané v európskom súkromnom práve (napr. antidiskriminačná zásada, zásada solidarity).

Okrem tradičných zásad a modifikovaných zásad Legislatívny zámer počíta aj so skupinou nových zásad. Napríklad zásady vyjadrujúcej rešpekt súkromného práva k osobnosti fyzickej osoby. Konkrétne ide o zásadu, podľa ktorej každý má právo na ochranu života, zdravia, cti, dôstojnosti a súkromia. Z hľadiska obsahového uvedená zásada má zhŕňať tie isté práva, ktoré sú demonštratívne uvedené už v ustanovení § 11 súčasného OZ. Túto zásadu by sme mohli nazvať aj „zásada ochrany osobnosti“.

Snahou Legislatívneho zámeru je, aby sa zásady zakotvené v novom OZ považovali za základné zásady pre celé súkromné právo. Možno túto zásadu považovať za základnú zásadu ochrany osobnosti v oblasti súkromnoprávných vzťahov, teda aj individuálnych pracovnoprávných

¹² LAZAR, J., ref. 3, s. 49.

¹³ Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, s. 40. Dostupné na internete: http://www.justice.gov.sk/h.aspx?pg=110&htm=http://www.justice.gov.sk/pi/index_09.htm.

vzťahov. Podľa Legislatívneho zámeru všeobecné zásady súkromného práva v oblasti pracovného práva platia v modifikovanej podobe. Demonštrujú to na príklade zmluvnej autonómie. Aj u tejto zásady je možné hovoriť o modifikácii, a to v prípadoch, keď by podľa Zákonníka práce bol zamestnávateľ oprávnený zasiahnuť do zamestnancových osobnostných práv (napr. otázka spracovania osobných údajov o zamestnancovi).

Zakotvenie zásad súkromného práva sa predpokladá v úvodných ustanoveniach nového kódexu, teda v jeho všeobecných ustanoveniach. Pri ich zakotvení sa má poukázať na ich previazanosť s Ústavou Slovenskej republiky, predovšetkým s časťou o základných právach a slobodách. O tom, ako by malo byť označené ustanovenie s ich obsahom, však Legislatívny zámer mlčí. Nemyslíme si, že ich zakotvenie v paragrafovom znení je optimálne, a to vzhľadom na ich postavenie, ktoré by mali mať ako „základné zásady pre celé súkromné právo“. Bolo by dobré nasledovať úpravu Základných zásad obsiahnutú v Zákonníku práce, kde nie sú zahrnuté ani do všeobecnej, ani do jeho osobitnej časti, ale sú zakotvené na začiatku kódexu. Týmto chcel zákonodarca naznačiť, že sa budú aplikovať pre celú oblasť pracovného práva a nie iba na inštitúty, ktoré sú obsiahnuté v Zákonníku práce. Alebo v rámci úpravy základných zásad v novom OZ naznačiť, že ide o zásady platné pre celú oblasť súkromného práva napríklad pomocou názvu.

Ak nedôjde k súčasnej úprave vzťahu OZ a ZP, pri zachovaní terajšej úpravy, by sa aj "zásada ochrany osobnosti", hoci by išlo o zásadu platnú pre celé súkromné právo, aplikovala len na všeobecnú časť ZP a na inštitúty tam obsiahnuté. K realizácii osobnostných práv dochádza aj pri uskutočňovaní inštitútov obsiahnutých v osobitnej časti ZP. Týmto by došlo k okliešteniu uplatnenia tejto zásady v oblasti individuálnych pracovnoprávných vzťahov. Uvedené by neznamenalos posilnenie ochrany zamestnancovej osobnosti.

Sme toho názoru, že pokiaľ by sa mali zásady v novom kódexe chápať ako základné zásady súkromného práva, potom by sa ani ich aplikácia nemala obmedzovať len na všeobecnú časť niektorého z právnych odvetví. Preto by bolo vhodnejšie uvažovať nad zakotvením základných zásad hneď v úvode nového kódexu. Týmto by sa dal priestor na ich uplatnenie aj na inštitúty z iných odvetví súkromného práva. Napríklad na pracovnoprávne inštitúty.

Zásady nielenže prehlbujú myšlienky a hodnoty, na ktorých je postavený kódex, ale zároveň sú prostriedkom správnej interpretácie a realizácie právnej normy. Využitie zásady ochrany osobnosti, by prišlo do úvahy v situáciách, keď by bolo potrebné dopátrať sa pri interpretácii právnej normy jej správneho významu, aby bolo možné zabezpečiť jej správnu realizáciu. Išlo by o prípady, kedy by priamo z príslušného ustanovenia ZP nevyplývalo, že je potrebné prihliadať aj na ochranu osobnosti zamestnanca. V tomto prípade by táto zásada znamenala podporu pri ochrane zamestnancových osobnostných práv jednak pri správnej realizácii

ustanovení ZP poskytujících doplňující úpravu, taktiež aj v prípadoch, ak by neexistovala úprava vôbec.

3. SOCIÁLNY PRVOK V OCHRANE OSOBNOSTI ZAMESTNANCA

Na viacerých miestach Legislatívneho zámeru sa hovorí o potrebe zabezpečenia prenikania sociálnych prvkov do nového kódexu súkromného práva. Ide o ďalšiu z požiadaviek európskeho súkromného práva. Súvisí to so snahou Európskej únie budovať sociálne orientovanú ekonomiku¹⁴, ktorá bude schopná vysokej konkurencieschopnosti. Nový kódex slovenského občianskeho práva sa zaväzuje dôsledne rešpektovať túto požiadavku. Táto povinnosť mu nevyplýva iba z európskeho súkromného práva, ale je k nej viazaný aj súčasným znením Ústavy Slovenskej republiky¹⁵.

Potreba vytvárania sociálne orientovaných civilných kódexov je reprezentovaná zásadou ochrany slabšej strany v právnom vzťahu. Ide o zásadu prezentovanú európskym súkromným právom, predovšetkým vo vzťahu podnikateľ a spotrebiteľ, ale je chápaná aj ako zásada v európskom súkromnom práve vo všeobecnosti. Preto o nej môžeme hovoriť aj ako o ťažiskovej zásade. Jej napĺňanie by sa malo zabezpečiť jednak cestou uplatňovania jednotlivých zásad súkromného práva. Pri ich uplatňovaní je potrebné rešpektovať ďalšiu požiadavku, a to použitie sociálnych prvkov. Požiadavka európskeho súkromného práva týkajúca sa zavádzania sociálnych prvkov sa neobmedzuje iba na zásady. Ďalšou cestou jej napĺňania môže byť včlenenie sociálnych prvkov do ustanovení upravujúcich jednotlivé inštitúty súkromného práva (napr. inštitútu osobnostných práv). Do úvahy by ešte pripadala možnosť využitia sociálnych prvkov z iných odvetví súkromného práva pri realizácii zásad a inštitútov z nového kódexu občianskeho práva v príslušnom druhu súkromnoprávneho vzťahu. Požiadavka európskeho súkromného práva stanovuje iba povinnosť zabezpečiť prienik sociálnych prvkov. Neurčuje odkiaľ by tieto prvky mali pochádzať a ani to ako sa má prienik zrealizovať. Jedine u zásad vyžaduje, aby sa použili, keď sa budú uplatňovať.

Filozofiou pracovného práva je taktiež ochrana slabšej strany vo vzťahu, a to zamestnanca. Hovoríme o jeho ochranej funkcii. Jej podstatou je taktiež zavádzanie sociálnych prvkov do právnej úpravy jednotlivých pracovnoprávných inštitútov, ktoré majú poskytnúť sociálnu istotu

¹⁴ Článok 3 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii v znení Lisabonskej zmluvy.

¹⁵ Podľa článku 55 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky "sa hospodárstvo Slovenskej republiky zakladá na princípoch sociálne orientovanej trhovej ekonomiky."

zamestnancovi pri realizácii jeho sociálnych práv. V pracovnoprávných vzťahoch však dochádza aj k realizácii základných ľudských práv a slobôd, ktorými osobnostné práva nepochybne sú. Tieto práva vstupom do pracovnoprávneho vzťahu zamestnanec nestráca. Zostávajú zachované, nakoľko sa upínajú k jeho osobnosti ako fyzickej osoby. Pri výkone závislej práce vplyvom ochrannej funkcie nadobúdajú nový charakter, nadobúdajú sociálny rozmer. Môžeme tak hovoriť aj o rozšírení katalógu osobnostných práv o ďalšie. Napríklad u práva na ochranu zdravia sa vplyvom tejto funkcie pracovného práva vytvára právo zamestnanca na ochranu zdravia pri práci, ktoré je obsahovou súčasťou práva na bezpečnosť a ochranu zdravia pri práci ako jedného zo sociálnych práv. Sociálnu tendenciu v inštitúte ochrany osobnosti aj J. Cirák vidí v rozširovaní katalógu osobnostných práv.¹⁶

Ako môžeme vidieť dva kódexy budú mať rovnaké zameranie – ochrana slabšej strany vo vzťahu. Zároveň aj rovnaký spôsob ako túto ochranu dosiahnuť – zavádzaním sociálnych prvkov. V žiadnom prípade to netreba vidieť ako snahu o konkurenciu a o oddeľovanie jednotlivých úprav. Podľa Legislatívneho zámeru by sa mal nový kódex občianskeho práva stať integrujúcim kódexom súkromného práva. Odmieta prílišné oddeľovanie jednotlivých odvetví súkromného práva. Nič na tom nemení ani skutočnosť, že sa nepočíta s inkorporáciou individuálnych pracovnoprávných vzťahov do nového kódexu. Sme toho názoru, že aj pri zavádzaní sociálnych prvkov by malo ísť o vzájomnú spoluprácu. Súkromnoprávny kódex by mal vytvoriť dobrý základ právnej úpravy inštitútu osobnostných práv a ich ochrany, k čomu návrh smeruje. Jednak sa počíta so zavedením zásady, podľa ktorej má každý právo na život, zdravie, česť, dôstojnosť a súkromie tzv. „zásady ochrany osobnosti“. Ďalej sa predpokladá konkrétnejšia a širšia úprava jednotlivých osobnostných práv. Ako nówum by sa mal v súlade s požiadavkami európskeho súkromného práva zaviesť sociálny prvok. Mal by sa aplikovať pri uplatňovaní jednotlivých zásad. Taktiež možno predpokladať včlenenie sociálnych prvkov do ustanovení o osobnostných právach. Na tejto úprave by mala pracovnoprávna úprava postaviť svoju špeciálnu úpravu zohľadňujúcu jej špecifiká a potrebnú mieru uplatnenia sociálnych prvkov. Pritom však bude potrebné rešpektovať aj sociálny prvok zakotvený základným súkromnoprávnym kódexom v úprave osobnostných práv, akúsi "všeobecnú sociálnu ochranu". Nemožno vylúčiť ani využitie sociálnych prvkov z pracovného práva pri realizácii jednotlivých ustanovení upravujúcich osobnostné práva.

Cestou vzájomnej spolupráce pracovného práva a občianskeho práva by sa mal naplniť hlavný smer, a to ochrana slabšej strany vo vzťahu, a tým aj sociálne smerovanie občianskeho práva. Môžeme potom hovoriť o posilnení

¹⁶ CIRÁK, J., ref. 2, s. 187.

ochrany zamestnancovej osobnosti cez novovytvorenú akúsi „všeobecnú sociálnu ochranu“ a už existujúcu pracovnoprávnu sociálnu ochranu.

ZÁVER

Z pohľadu pripravovanej rekodifikácie Občianskeho zákonníka je vidieť, že problematika zabezpečenia ochrany fyzickej osoby a zvlášť jej osobnosti sa prelína celým Legislatívnym zámerom. Posilnenie nespočíva iba v kvantitatívnom navýšení počtu ustanovení. Môžeme hovoriť aj o kvalitatívnej zmene spočívajúcej v zakotvení ustanovení obsahujúcich vymedzenie samotného osobnostného práva v podobe generálnej klauzuly. Ďalej možno spomenúť zavedenie klasifikácie osobnostných práv podľa záujmu, ku ktorému smerujú, čím sa vytvára priestor pre rozširovanie ich katalógu. Nemožno opomenúť zavedenie pravidiel poskytnutia ochrany osobnostným právam a taktiež špeciálnych prostriedkov ochrany. Nielen z navrhovaného názvu „Osobnostné práva a ich ochrana“, ale aj z navrhovanej úpravy možno badať, že dôraz sa bude klásť na jednotlivé osobnostné práva. Tým sa môže lepšie vystihnúť ich špecifickosť pri poskytnutí náležitej ochrany.

Obsahovou súčasťou nového kódexu občianskeho práva by malo byť aj zakotvenie základných zásad, ktoré by mali mať postavenie základných zásad súkromného práva. Okrem tradičných a modifikovaných sa počíta aj s novými, napríklad s tzv. „zásadou ochrany osobnosti“. Tu možno vysloviť obavu vychádzajúcu z ich predpokladaného zakotvenia, a to vo všeobecných ustanoveniach kódexu, ktoré môže naštrbiť ich predpokladané postavenie.

Do akej miery budú jednotlivé ustanovenia upravujúce osobnostné práva a ich ochranu a zakotvujúce „zásadu ochrany osobnosti“ uplatniteľné v individuálnych pracovnoprávných vzťahoch pri ochrane osobnosti zamestnanca bude závisieť aj od nájdenia optimálneho vzťahu medzi Zákonníkom práce a Občianskym zákonníkom.

Vzájomná spolupráca občianskeho práva a pracovného práva sa pri zavádzaní sociálnych prvkov a ochrany slabšej strany vo vzťahu javí byť jednou z ciest pri napĺňaní požiadaviek európskeho súkromného práva. Tou požiadavkou je vytvorenie sociálne orientovaného kódexu súkromného práva, ktorý môže napomôcť Európskej únii pri napĺňaní jej cieľa - vytvorení sociálneho trhového hospodárstva s vysokou konkurencieschopnosťou.

Literature:

- BARANCOVÁ, H. Rekodifikácia Občianskeho zákonníka a optimalizácia vzťahu občianskeho práva a pracovného práva. In *Justičná revue*. 2003, roč. 60, č. 3, 576 s., ISSN 1335 - 6461.
- BARINKOVÁ, M. Sociálna ochrana zamestnancov so zodpovednosťou za rodinu. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2007, 180 s., ISBN 9788070976777.
- BĚLINA, M. Vztah nového Zákoníku práce k budoucí soukromnoprávní rekodifikace. In *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1 – 2*. Praha: Univerzita Karlova v Praze - nakladatelství Karolinum, 2003, 292 s., ISBN 80-246-0741-7.
- CIRÁK, J. Osobné a osobnostné právo v pripravovanom kódexe. In *Návrh Legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva*. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, 295 s., ISBN 978-80-89363-14-8
- JEHLIČKA, O. – ŠKÁROVÁ, M. – ŠVESTKA, J. – VODIČKA, A. et al. *Občanský zákoník. Komentář. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, SEVT, 1994, 673 s., ISBN 80-7049-079-9
- LAZAR, J. II. Osnova návrhu Občianskeho zákonníka. In *Návrh Legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva*. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, 295 s., ISBN 978-80-89363-14-8
- ŠVESTKA, J., ZOULÍK, F., KNAPPOVÁ, M., MIKEŠ, J. Nad vývojem i současným stavem rekodifikace českého soukromého práva. In *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1-2*. Praha: Univerzita Karlova v Praze - nakladatelství Karolinum, 2003, 292 s., ISBN 80-246-0741-7
- THURZOVÁ, M. – MARKO, V. Vztah mezi Zákoníkem práce a Občanským zákoníkem. In *Policajná teória a prax*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2010, č. 1, 176 s., ISSN 1335 - 1370

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- VOJČÍK, P. Občianske právo hmotné I.. 4. Prepracované a doplnené vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010, 232 s., ISBN 9788070978160

Contact – email

martina.kovalcikova@student.upjs.sk

ČESKÝ CIVILNÍ PROCES Z POHLEDU AKTŮ RADY EVROPY

PETR LAVICKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá rezolucemi a doporučeními Rady Evropy, které se týkají civilního procesu.

Key words in original language

Civilní proces; Rada Evropy.

Abstract

The article deals with resolutions and recommendations of the Council of Europe concerning civil procedure.

Key words

Civil procedure; Council of Europe.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Pod "evropskými dimenzemi" práva si v současné době většina právníků zřejmě představí komunitární právo; to platí pro jakékoliv právní odvětví, civilní právo procesní nevyjímaje. Proti tomu nelze v zásadě nic namítat, neboť komunitární právo skutečně evropskou dimenzi práva představuje. Nelze však přehlížet, že má své limity, jakož i fakt, že vedle něj mohou ovlivňovat vnitrostátní právní řády i jiné evropské projekty.

V oblasti civilního práva procesního překročil vliv evropského komunitárního práva na vnitrostátní civilní proces oblast uznání a výkonu rozhodnutí, popř. spíše technicko-organizační otázky týkající se mezinárodní právní pomoci, a pozvolna se začíná věnovat i institutům ryze procesní povahy, jako je tomu u nařízení o evropském platebním rozkazu nebo u nařízení o řízení o drobných pohledávkách.¹ Stále však jde o nahodile vybrané dílčí otázky, v nichž se projevují přeshraniční dopady, a nikoliv o komplexní a systematickou regulaci, jež by byla hodna označení evropské civilní právo procesní. Tím jsou dány i limity této úpravy, neboť

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu, a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích.

naprostá většina vnitrostátní regulace civilního procesu zůstává komunitárním právem nedotčena.²

Daleko větší praktický vliv na její interpretaci a aplikaci, jakož i na sjednocení základních civilněprocesních principů, má judikatura Evropského soudu pro lidská práva, týkající se práva na spravedlivý proces. Rada Evropy, jejímž orgánem Evropský soud pro lidská práva je, se však na vytváření evropských standardů civilního práva procesního podílí i jinak, a sice vydáváním rezolucí a doporučení. Přístup Rady Evropy se přitom podstatně odlišuje od strategie Evropské unie: nevšímá si pouze dílčích otázek s přeshraničním prvkem, ale věnuje se také základním koncepčním otázkám civilního procesu, jež vytvářejí celistvý obraz toho, jak by měl civilní proces vypadat, aby respektoval všechny požadavky plynoucí z práva na spravedlivý proces, jak jej pojímá čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a jak byl dotvořen judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Právě těmito akty Rady Evropy se zabývají následující řádky.

2. PŘEHLEDY REZOLUCÍ A DOPORUČENÍ RADY EVROPY

Rezolucí týkajících se civilního procesu, resp. soudnictví obecně, je podstatně méně než doporučení. Konkrétně se jedná o tyto akty:

- rezoluce (76) 5 o právní pomoci v civilních, obchodních a správních věcech;
- rezoluce (78) 8 o právní pomoci a poradě.

Doporučení je výrazně více než rezolucí. Z těch, které mají význam pro civilní proces, lze jmenovat:

- doporučení č. R (81) 7 o opatřeních usnadňujících přístup ke spravedlnosti;
- doporučení č. R (84) 5 o principech civilního procesu navržených ke zlepšení fungování justice;³

² K těmto otázkám srov. Stavinohová, J. - Hurdík, J. - Lavický, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In *Východiška a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie : sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005, s. 262 a násl.

³ V. Steiner uvádí, že tímto doporučením se inspiroval český zákonodárce při přípravě novel z počátku devadesátých let, kdy upustil od uvažované koncepce dovolání jako řádného opravného prostředku (po vzoru Kleinova civilního řádu soudního) a omezil přípustnost odvolání proti některým rozhodnutím. Steiner, V. *Civilní proces z hledisek jeho*

- doporučení č. R (86) 12 týkající se opatření k zabránění a snížení nadměrného pracovního zatížení na soudech;
- doporučení č. R (93) 1 o účinném přístupu k právu a spravedlnosti pro velmi chudé;
- doporučení č. R (94) 12 o nezávislosti, výkonnosti a roli soudce;
- doporučení č. R (95) 5 týkající se zavádění a zlepšování funkčních odvolacích systémů a řízení v civilních a obchodních věcech;
- doporučení č. Rec (95) 11 týkající se výběru, zpracování, uveřejnění a uchovávání soudních rozhodnutí v právních informačních vyhledávacích systémech
- doporučení č. R (98) 1 o mediaci v rodinných věcech;
- doporučení č. R (2000) 21 o svobodě výkonu profese právníka;
- doporučení č. Rec (2001) 2 týkající se cenově přístupného navrhování a opětovného navrhování soudních systémů a právních informačních systémů;
- doporučení č. Rec (2001) 3 o soudním doručování a ostatních právních službách občanům za použití nových technologií;
- doporučení č. Rec (2002) 10 o mediaci v civilních věcech;
- doporučení č. Rec (2003) 14 o součinnosti informačních systémů v sektoru justice;
- doporučení č. Rec (2003) 15 o archivování elektronických dokumentů v právním sektoru;
- doporučení č. Rec (2003) 16 o výkonu správních a soudních rozhodnutí na poli správního práva;
- doporučení č. Rec (2003) 17 o vymáhání;

současného a dalšího vývoje. Právník, 1993, s. 1075. K tomu dodejme, že doporučení týkající se přímo odvolacího řízení, bylo přijato až v polovině devadesátých let – č. R (95) 5.

- doporučení č. Rec (2004) 16 o zdokonalování vnitrostátních prostředků nápravy;
- doporučení č. Rec (2005) 12 obsahující formulář žádosti o právní pomoc v zahraničí, určený k použití podle Evropské dohody o předávání žádosti o právní pomoc (CETS č. 092) a jejímu dodatkovému protokolu (CETS č. 179).

K těmto aktům je zapotřebí přiřadit i dva akty, které sice přímo neovlivňují procesní úpravu civilního procesu či jiných druhů soudnictví, avšak které se soudnictvím významně souvisejí. Jedná se o rezoluci č. Res (2002) 12, na základě níž vznikla Evropská komise pro efektivnost soudnictví; označuje se zkratkou CEPEJ, což odpovídá jejímu anglickému názvu "*European Commission for the Efficiency of Justice*". Druhým je Rámcový globální akční plán pro soudce v Evropě ze dne 7. 2. 2001, na základě nějž vyvíjí svou činnost Konzultativní rada evropských soudců (*Consultative Council of European Judges*; zkratka CCJE), zabývající se především postavením soudce, jeho rolí, nezávislostí a nestranností.

Z uvedeného přehledu je patrné, že všechny rezoluce a doporučení nemají stejný charakter. Některé se týkají skutečně základních koncepčních otázek civilního procesu, jiné se vztahují k otázkám dílčím, avšak neméně významným (např. právo na právní pomoc, nezávislost soudce či mediace), další mají povahu spíše technickou: to platí především pro doporučení týkající se zavádění informačních technologií do soudnictví. Následující text se nezabývá všemi doporučeními, ale všimá si jenom těch aktů, které se přímo vyjadřují k civilnímu soudnímu řízení u soudu prvního stupně a k opravným prostředkům. Tato řízení by však vůbec nemohla přijít ke slovu, pokud by procesním stranám bránily různé překážky v přístupu k soudu; proto je nutno nejprve se zabývat touto otázkou. Tomu odpovídá i systematika následujícího výkladu.

3. PRÁVO NA PŘÍSTUP K SOUDU

Práva na přístup k soudu se dotýká poměrně velké množství rezolucí a doporučení Rady Evropy. Jde zjevně o projev zcela logického poznatku, který Evropský soud pro lidská práva učinil ve své judikatuře již před mnoha lety: čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod sice nic explicitně neříká o právu na přístup k soudu, avšak veškeré garance spravedlivého procesu stanovené tímto článkem by byly k ničemu, pokud by ti, jejichž práva jsou porušena nebo ohrožena, neměli k soudu vůbec přístup.⁴

⁴ K tomu srov. klíčový rozsudek ve věci *Golder* proti Spojenému Království ze dne 21. 2. 1975. Dále srov. např. rozsudek ze dne 10. 5. 2001 ve věci *Z. a další* proti Spojenému Království a ve věci *T. P. a K. M.* proti Spojenému Království: „*Ve věci Golder proti*

Práva na přístup k soudu se týkají již vůbec první počiny Rady Evropy na poli civilního procesu, jimiž jsou obě shora zmíněné rezoluce z let 1976 a 1978. Jejich snahou je eliminovat ekonomické překážky, jež brání v přístupu k soudu osobám v ekonomicky slabé pozici. První z nich doporučuje vládám členských států Rady Evropy, aby za stejných podmínek jako svým státním občanům zajistily právní pomoc v civilních, obchodních a správních věcech pro fyzické osoby, jež jsou státními příslušníky kteréhokoliv členského státu, jakož i pro ostatní fyzické osoby, jež mají obvyklý pobyt na území státu, v němž se řízení koná.

Následující rezoluce sleduje stejný cíl, avšak jde mnohem dále, neboť neusiluje pouze o stejné podmínky přístupu k právní pomoci, ale týká se této významné složky spravedlivého procesu obecně. Připomíná, že zajištění právní pomoci již nelze dále chápat jako charitu pro nuzáky, ale jako závazek celé společnosti. V souladu s tím stanoví, že nikomu nesmí bránit ekonomické překážky v uplatňování nebo bránění práv před soudem projednávaným civilní, obchodní, správní, sociální nebo finanční věci. Za tím účelem mají mít všechny osoby (nejen fyzické, ale i právnické, a bez ohledu na státní příslušnost), právo na nezbytnou právní pomoc v řízení před soudem. Tato právní pomoc zahrnuje i zastupování kvalifikovaným právníkem v řízení před soudem (tj. zejména advokátem); je-li to praktické, může si jej účastník volně vybrat (srov. část I bod 5 písm. b.). Ve zmíněných věcech mají mít osoby nacházející se v ekonomicky špatné situaci právo na bezplatnou nebo částečně hrazenou právní radu. Odpovědnost za systém financování právní pomoci má mít stát.

Na tuto rezoluci navazuje doporučení č. R (81) 7 o opatřeních usnadňujících přístup k soudu. Vychází z myšlenky, že vedle systému právní pomoci je žádoucí ve všech vhodných případech učinit veškerá nezbytná opatření ke zjednodušení řízení a dokumentů v nich užívaných, a to právě s ohledem na usnadnění přístupu k soudu. Doporučení jsou roztržena do několika oblastí, týkajících se informování veřejnost, zjednodušení řízení, jeho zrychlení, nákladů a konečně zvláštních druhů řízení. Opatření směřující ke zjednodušení řízení zahrnují smírné způsoby řešení sporu, právo na právní pomoc, zjednodušení všech procesních dokumentů (včetně úkonů soudu), zabránění tomu, aby nedostatečná znalost jazyka byla nevýhodou v přístupu k soudu nebo překážela vyjadřování se nebo porozumění soudnímu jednání, a konečně též maximální omezení počtu znalců ustanovovaných soudem v témže řízení. Zrychlení řízení má být dosaženo především odstraněním archaických řízení, která již neplní žádný účel, adekvátním personálním

Spojenému království (1975) Soud uvedl, že procesní záruky obsažené v čl. 6, týkající se spravedlivosti, veřejnosti a rychlosti řízení, by neměly žádný smysl, kdyby nebyl chráněn přístup k soudům, jenž je předběžnou podmínkou pro užívání těchto záruk. S odkazem na principy výsadního postavení práva a zákazu veškeré svévolné moci, které stojí v pozadí značné části Úmluvy, tehdy dospěl k závěru, že přístup k soudům je inherentním aspektem záruk zakotvených v čl. 6.“

zabezpečením, rychlým vyřizováním nesporných nároků bez zbytečných formalit, nákladů a přítomnosti u soudu, či zavedením předběžné vykonatelnosti rozsudků. V oblasti nákladů řízení citované doporučení mj. požaduje, aby byly zmírněny nebo zrušeny ty soudní poplatky, které jsou zjevnou překážkou spravedlnosti. Zvláštní řízení zahrnují řízení o drobných nárocích a řízení ve věcech rodinného práva; zjednodušeně lze říci, že doporučení usiluje o to, aby tato řízení byla co nejjednodušší, nejrychlejší a nejméně nákladná, resp. u drobných nároků o to, aby náklady byly přiměřené hodnotě předmětu sporu.

K problematice právní ochrany velmi chudých osob se Rada Evropy vrátila po letech v doporučení č. R (93) 1 o účinném přístupu k právu a spravedlnosti velmi chudých osob.

Konečně je nutno zmínit, že nastíněné problematiky se dotkl rovněž princip IV doporučení č. R (2000) 21, který požaduje, aby byla učiněna všechna opatření nezbytná k tomu, aby všechny osoby měly účinný přístup k právním službám.

Při porovnání současného stavu českého civilního procesu s požadavky vyplývajícími ze shora uvedených rezolucí a doporučení lze v zásadě usuzovat, že právní úprava zmíněným nárokům odpovídá. Přinejmenším na tenkém ledě se však ocitá ve dvou momentech: první se týká historicky přežitých forem procesu a druhý nákladů řízení.

Shora bylo uvedeno, že doporučení č. R (81) 7 požaduje odstranění archaických řízení, která neplní žádný rozumný účel. V souvislosti s reformou správního soudnictví bylo zákony č. 150/2002 Sb. a č. 151/2002 Sb. zavedeno opětovné rozlišování pravomoci soudů jednajících a rozhodujících ve správním soudnictví a v civilním řízení soudním podle toho, zda správní orgán rozhodoval o subjektivním právu veřejném nebo soukromém. Důvody tohoto kroku jsou ryze historické: tak tomu bylo již za platnosti tzv. prosincové ústavy z roku 1867 a říjnového zákona z roku 1875. Argument, že si tuto úpravu vynutil i čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, nelze uznat za korektní, neboť soudní řád správní principu plné jurisdikce zcela odpovídá. Opětovné zavedení této historické předlohy do platného práva sice nevyloučilo zcela přístup k soudu, ale podstatně jej ztížilo, řízení prodloužilo a prodražilo. Nevhodnost soukromoprávní nebo veřejnoprávní povahy věci jako třídícího kritéria soudní pravomoci je přitom zcela zřejmá již jenom z toho, že hranice soukromého a veřejného práva nelze považovat za ostré.⁵ Pravomoc soudu

⁵ Srov. nález pléna Ústavního soudu ze dne 10. 1. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 33/2000: „*Meritorně vychází Ústavní soud z toho, že v současné době není soukromé a veřejné právo odděleno »čínskou zdí«.* Dochází k častějšímu a užšímu prolínání prvků soukromoprávních a veřejnoprávních.“

přítom nemůže být závislá na mlhavých kritériích; princip právní jistoty vyžaduje, aby byla upravena zcela jednoznačně a jednoduše.⁶

Druhý problém se týká nákladů řízení. Poslední rozsáhlá novela o. s. ř. provedená zákonem č. 7/2009 Sb. změnila rovněž ustanovení § 141 odst. 1, jež se týká zálohování nákladů dokazování. Nepovedené nové znění tohoto ustanovení přináší značné riziko nesprávné interpretace, která by mohla znamenat porušení práva na spravedlivý proces.⁷ To však není zdaleka vše: uvažuje-li se nyní o zvýšení soudních poplatků, je nutno mít na zřeteli, že jejich výše nemůže být nikdy taková, aby zabránila fyzickým či právnickým osobám v přístupu k soudu.

4. ŘÍZENÍ V PRVNÍM STUPNI⁸

4.1 ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKA

Problematikou řízení v prvním stupni se zabývá především doporučení č. R (84) 5 o principech civilního procesu navržených ke zlepšení fungování justice. Toto doporučení klade na jedné straně důraz na to, aby řízení bylo maximálně jednoduché, rychlé a flexibilní, ale zároveň aby na straně druhé byly zachovány procesní garance stanovené tradičními procesními úpravami ve prospěch účastníků řízení, aby byl zachován vysoký stupeň spravedlnosti nezbytný v demokratické společnosti, a konečně aby sporná strana byla chráněna před takovou taktikou druhé strany, jež má povahu zneužití nebo protahování řízení. Soud by proto měl být nadán pravomocí řídit proces účinněji, a to včetně možnosti ukládat sporné straně, která poruší své povinnosti, přiměřené sankce (sumární rozhodnutí, pokuta, prohlášení úkonu za neúčinný, náhrada škody, náhrada nákladů atd.).

Sledujeme-li vývoj podoby občanského soudního řádu, musíme konstatovat, že český zákonodárce se právě uvedenými náměty příliš neřídil a ani nadále se zřejmě řídit nehodlá. Již novela provedená zákonem č. 30/2000 Sb., která výrazně pozměnila občanský soudní řád, sice na straně jedné usilovala o zrychlení řízení, avšak na straně druhé tak učinila mnohdy prostředky a způsoby více než diskutabilními. Následující novelizace tuto problematickou tendenci ještě více prohlubují: srov. např. kuriózní úpravu

⁶ Na problematičnost této úpravy ostatně teorie upozorňovala již od samého počátku. Viz Winterová, A., Zoulík, F., Mikeš, J. Problémy nové části páté O. S. Ř. In Vopálka, V. (Ed.). *Nová úprava správního soudnictví*. Praha: ASPI Publishing, 2003, s. 199 a násl.

⁷ V tomto příspěvku není místo na rozvinutí této otázky. Proto srov. článek Lavický, P. *Záloha na náklady dokazování v českém civilním procesu*. *Právní fórum*, 2009, č. 12, s. 509 a násl.

⁸ Následující text zčásti využívá a rozvíjí některé dosud nepublikované myšlenky autora již vyslovené v práci Lavický, P. *Funkční vazby občanského práva hmotného a procesního*. *Disertační práce*. Brno, 2007.

elektronického platebního rozkazu⁹ nebo rozšíření fikce uznání nároku i na další situace.¹⁰

Zatímco zmíněné doporučení Rady Evropy vidí úzkou spojitost mezi jednoduchostí řízení a jeho rychlostí, představa českého zákonodárce je mnohdy zjevně zcela opačná a zakládá se patrně na úvaze, že čím precizněji a podrobněji budou jednotlivé instituty upraveny, tím rychlejší řízení bude. Jde však o představu zcela nesprávnou a neživotnou: lidstvo mnohokrát učinilo poznatek, že od určitého stupně podrobnosti a složitosti se právní úprava obrací proti svému tvůrci, a nejenže neplní to, co od ní očekával, ale mnohdy nefunguje vůbec, resp. pro svou složitost přímo vybízí k tomu, aby si praxe hledala jiné cesty, jimiž se prosadí. Je-li právo příliš složité, stává se dostupné pouze úzké vrstvě odborníků, případně – při dnešním legislativním tempu – navíc toliko určité části z těchto profesionálů, specializujících se na daný obor. V případě všech ostatních – jde-li o oblast procesního práva – způsobuje neznalost právní úpravy tápání v řízení, které vede v konečných důsledcích k průtahům, a tedy k oddalování konečného rozhodnutí; to platí nejen pro účastníky řízení a pro jejich zástupce, ale v nemenší míře též pro soudce samotné.

Jednoduchost procesní úpravy má samozřejmě svoje meze. Nikdy nesmí jít tak daleko, aby přehlížela kupř. objektivní rozdíly, jež existují mezi sporným a nesporným řízením atd. Takový přístup by představoval druhý extrém, který by rovněž nebyl správný.

Při vědomí tohoto rizika je nutno trvat na úpravě maximálně jednoduché, stručné, přehledné, a tedy i přístupné těm, o jejichž práva a povinnosti v řízení jde, jakož i ostatním aktérům civilního řízení soudního. Jedině úprava, která se vyhne zbytečným komplikacím, může být jedním z nutných předpokladů rozhodování věcí v přiměřené lhůtě.

Z hlediska celkového pojetí civilního řízení soudního je významné, že zmíněné doporučení Rady Evropy nepřiznává soudci roli pouhého pasivního pozorovatele, ale požaduje, aby v řízení hrál aktivní roli, a to kvůli zajištění rychlého postupu řízení, při respektování práv účastníků, včetně práva na rovné zacházení. Za tím účelem by měl soudce disponovat dostatečnými pravomocemi, týkajícími se především vysvětlovací povinnosti a úlohy soudu při dokazování (tradičně se hovoří o povinnosti dotazovací, vysvětlovací a poučovací), při jejichž výkonu by však – s ohledem na projednací a dispoziční zásadu – neměl překročit předmět řízení.

⁹ Viz Lavický, P. Elektronický platební rozkaz? Právní fórum, 2009, č. 2, s. 62 a násl.

¹⁰ K tomu srov. Lavický, P. Zmeškání účastníka a fikce dispozičních procesních úkonů. Právní fórum, 2009, č. 10, s. 401 a násl. Dále srov. zejména Macur, J. Rozsudek na základě fikce uznání nároku podle ustanovení § 114b o. s. ř. Bulletin advokacie, 2002, č. 2, s. 28 a násl.

Znovu se tedy potvrzuje, že dispoziční a projednací zásada, ovládající civilní řízení soudní, v žádném případě nemají být pojmány tak, že by vylučovaly aktivní roli soudu v projednávání a rozhodování sporu. Naopak vhodným způsobem uplatňovaný aktivní přístup soudu je nezbytným předpokladem toho, aby věc mohla být vyřešena v rozumné době.

Soudce by však neměl být zbytečně zatěžován úkony nesoudní povahy. Doporučení č. R (86) 12 navrhuje přenesení těchto úkonů či řízení na jiné orgány nebo osoby (např. vyšší soudní úředníky). Ke snížení pracovní zátěže soudců je nutno dále podporovat smírné způsoby řešení sporů či posílit samosoudcovské rozhodování v prvním stupni.

4.2 PŘÍPRAVA A PROJEDNÁNÍ VĚCI

Citované doporučení č. R (84) 5 dále klade důraz na omezení počtu jednání, které ve věci proběhnou. Vychází z koncepce, podle níž by jednání měla být maximálně dvě, přičemž jejich funkce by byla taková, že

- a) první jednání by bylo předběžné a mělo by přípravnou povahu;
- b) druhé jednání by bylo určeno k provádění dokazování, přednesení argumentů stran a pokud možno k vynesení rozsudku; odročení by mělo být možné pouze tehdy, vyjdou-li najevo nové skutečnosti, nebo za jiných výjimečných či důležitých okolností.

S obdobným přístupem se lze setkat i v tuzemském procesu. Vzhledem k tomu, že přípravy jednání i jednání samotného se výrazně dotkla poslední velká novelizace o. s. ř., je namístě se u těchto otázek zastavit.

Novela o. s. ř. provedená zákonem č. 7/2009 Sb. se snažila posílit význam přípravné fáze, a proto nově upravila v § 114c o. s. ř. tzv. přípravné jednání. Označení prvního roku jako přípravného jednání není právě vhodné, neboť – jak dovozuje A. Winterová – přípravné jednání není jednáním ve smyslu § 114 až § 119a o. s. ř., a proto pro něj ani neplatí pravidla pro průběh jednání a nelze v rámci něj ani věc rozhodnout.¹¹

Obsah přípravného jednání rámcově upravuje § 114c odst. 3 o. s. ř. Vyplývá z něj, že jeho účelem je buď smírné odklizení sporu [§ 114c odst. 3 písm. c) o. s. ř.] nebo příprava jeho meritorního projednání. Procesní úkony, které má soudce v rámci přípravy jednání učinit, jsou však určeny jenom rámcově. V souladu s principem materiálního vedení sporu je na soudci, aby určoval vzhledem k okolnostem konkrétního případu, jak bude postupovat.

¹¹ Winterová, A. Přípravné jednání v civilním soudním řízení. Právní fórum, 2009, č. 6, s. 232.

V rámci přípravného jednání by se však měl zásadně pokusit o dosažení smíru mezi stranami. Nepodaří-li se mu smíru dosáhnout - přestože věc se stranami probral po skutkové a právní stránce, a eventuálně stranám navrhl řešení -, musí v součinnosti se stranami a jejich zmocněnci stanovit tzv. program sporu.

Soud a strany si musí udělat jasno v otázce, které skutečnosti jsou mezi stranami sporné, a které nikoliv. Z nesporných skutečností bude soud (zásadně) vycházet, sporné učiní předmětem dokazování. Soud musí mít alespoň předběžnou představu o právní kvalifikaci uplatněného nároku, aby mohl stanovit, které ze sporných skutečností učiní předmětem dokazování a které nikoliv; ze sporných skutkových přednesů by měl provádět dokazování jenom ohledně těch, které mají význam pro rozhodnutí ve věci samé.

Již v této fázi stanovování předmětu dokazování musí mít soud na paměti princip materiálního vedení sporu (srov. § 139 ZPO a v dále uváděných souvislostech též § 118a o. s. ř.). Jestliže si soudce utvoří předběžnou představu o právní kvalifikaci uplatněného nároku, avšak žalobce z tohoto hlediska netvrdí všechny rozhodné skutečnosti, musí jej v tomto směru soudce poučit a vyzvat jej k doplnění skutkových přednesů a označení důkazních prostředků. Neučiní-li tak již v této fázi, může se stát, že podstatná část řízení bude probíhat zbytečně nesprávným směrem. Je zapotřebí připomenout, že z pohledu ústavního principu předvídatelnosti soudních rozhodnutí by měla i v českém civilním procesu platit zásada výslovně formulovaná ustanovením § 139 ZPO, podle níž soud může založit své rozhodnutí na okolnosti, kterou strana zjevně přehlédla nebo považovala za nepodstatnou, pouze tehdy, pokud na to stranu upozornil a dal jí příležitost vyjádřit se; stejně musí soud postupovat, má-li na věc jiný právní náhled.

Dospěje-li soud naznačeným postupem v součinnosti se stranami k závěru o předmětu dokazování, musí si v dalším kroku spolu s účastníky vyjasnit, jakými důkazními prostředky bude dokazování provádět. Tento postup je zcela nezbytný, neboť zjistí-li např. teprve při prvním jednání, že některá ze stran navrhuje k posouzení určitých odborných skutečností ustanovení znalce, nezbude zpravidla soudu - jde-li o skutečnosti pro věc významné - než jednání odročit, čímž se zbytečně protáhne délka řízení.

Obdobně to platí pro předvolávání svědků, vyžádání si listin atd. Výsledkem přípravného jednání (nedošlo-li ke smíru) by mělo tedy být, že soud i účastníci budou vědět, co je skutečně předmětem sporu, jaké pro věc podstatné skutečnosti jsou sporné a jak se budou dokazovat. Z tohoto hlediska se mohou na projednání věci samé náležitě připravit a neměli by být překvapeni meritorním rozhodnutím soudu.

Zatímco s nastíněným pojetím obsahu přípravného jednání lze zcela souhlasit a není nijak v rozporu se shora citovaným doporučením Rady

Evropy, velmi diskutabilní je úprava následků spojených s konáním přípravního jednání a s neúčasti stran na něm. Tyto následky spočívají v koncentraci řízení (o ní bude řeč v následující kapitole) a v dalším rozšiřování fikcí dispozičních procesních úkonů: nedostaví-li se k přípravnému řízení žalobce, soud řízení zastaví (zjevně se vychází z fikce zpětvzetí žaloby), nedostaví-li se žalovaný, uplatní se - ústavně a koncepčně zcela nepřijatelná - fikce uznání nároku žalovaným a soud rozhodne rozsudkem pro uznání.¹²

Doporučení Rady Evropy č. R (84) 5 dále stanoví, že s ohledem na povahu případu by měl být soudce oprávněn rozhodnout, zda – vyjma případů předepsaných zákonem – bude řízení probíhat písemně, ústně nebo zda budou obě formy kombinovány.

V souvislosti s tímto pravidlem je však nutno upozornit na limity vyplývající z článku 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, v němž se každému přiznává právo být přítomen projednání věci a vyjádřit se ke všem prováděným důkazům; stejně tak je zásadně nemyslitelné, že by soud mohl provádět dokazování mimo ústní jednání. S ohledem na to může být výlučná písemná forma vyhrazena pouze pro případy, kdy soud neprovádí dokazování (např. u platebního rozkazu nebo tam, kde skutková tvrzení stran budou nesporná a půjde pouze o posouzení právních otázek), a strany buď s absencí ústního jednání souhlasí, nebo alespoň je v jejich dispozici, zda posléze k řádnému projednání věci dojde (kupř. v důsledku podání odporu).

4.3 KONCENTRACE ŘÍZENÍ

Řízení by mělo být dle doporučení Rady Evropy č. R (84) 5 koncentrováno. Návrhy, vyjádření, námitky nebo obrany, a v zásadě i důkazní návrhy stran by měly být učiněny v co nejranější fázi řízení, v každém případě však nejpozději před koncem přípravné fáze (tj. před koncem prvního, předběžného jednání). Skutečnosti, které nebyly předneseny v prvním stupni, by zásadně neměly být v odvolacím řízení přípustné, ledaže

- a) nebyly na prvním stupni známé;
- b) osoba, která je předkládá v odvolacím řízení, nebyla účastníkem v první instanci;
- c) existují zvláštní důvody pro jejich připuštění.

Český civilní proces se v současnosti vypořádává s novou úpravou koncentrace řízení, kterou přinesla novela o. s. ř. provedená zákonem č.

¹² K problematičnosti této úpravy viz Lavický, P. Zmeškání účastníka a fikce dispozičních procesních úkonů. Právní fórum, 2009, č. 10, s. 401 a násl.

7/2009 Sb. Z § 118b odst. 1 o. s. ř. vyplývá zásadní význam konání či nekonání přípravného jednání pro určení okamžiku, k němuž se koncentrace váže. Platí tedy, že

a) tam, kde se konalo přípravné jednání podle § 114c o. s. ř., lze uvádět nové skutečnosti a činit důkazní návrhy:

- do skončení přípravného jednání, nebo
- do uplynutí lhůty, kterou soud účastníkům k tomu (a případně ke splnění dalších procesních povinností) podle § 114c odst. 4 o. s. ř. poskytl. Tato lhůta přitom nesmí být delší než 30 dnů, a to zřejmě ode dne konání přípravného jednání;

b) tam, kde se neuskutečnilo přípravné jednání podle § 114c o. s. ř., mohou procesní strany uvést nové skutečnosti o věci samé a označit důkazy k jejich prokázání

- do skončení prvního jednání, nebo
- do uplynutí lhůty, kterou soud účastníkům k tomu (a případně ke splnění dalších procesních povinností) poskytl. Na rozdíl od lhůty, kterou může soud poskytnout účastníkům při přípravném jednání, není tato soudcovská lhůta omezena maximální délkou. Je proto na uvážení soudce, aby zohlednil složitost konkrétní věci, a podle toho stanovil lhůtu, která bude adekvátní.

Ani koncentrace podle § 118b o. s. ř. však neplatí absolutně. Výjimky z tohoto pravidla stanovuje poslední věta prvního odstavce citovaného ustanovení; vyplývá z ní, že soud musí přihlídnout ke skutečnostem nebo důkazům:

a) jimiž má být zpochybněna věrohodnost provedených důkazních prostředků;

b) které nastaly po přípravném jednání. Vztahuje-li se však koncentrace k jednání, neboť se přípravné jednání nekonalo, měla by být tato výjimka interpretována tak, že se jedná o skutečnosti nastalé po prvním jednání. Jestliže soud – ať již při přípravném jednání nebo při prvním jednání – poskytl účastníkům lhůtu k dodatečnému splnění povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní, měla by se uvedená výjimka vykládat tak, že jde o skutečnosti nastalé po uplynutí soudcovské lhůty;

c) které účastník nemohl bez své viny včas uvést;

d) které účastníci uvedli poté, co byl některý z nich vyzván k doplnění rozhodujících skutečností podle § 118a odst. 2 o. s. ř.

Popsaná česká úprava koncentrace řízení zjevně omezuje procesní strany nad rámec toho, co je skutečně nezbytné. Účelem koncentrace řízení přitom není nikdy trestání účastníka za opožděné přednesy, ale urychlení řízení.¹³ Prekluzivní lhůty, v nichž mají účastníci uvádět rozhodné skutečnosti a činit důkazní návrhy, mají procesní strany přimět k tomu, aby se svými přednesy neotálely a proces tak zbytečně neprodlužovaly. Na druhou stranu je nutno vidět, že civilní sporné řízení, jež je postaveno na zásadě projednací, využívá protichůdného zájmu sporných stran k tomu, aby na ně přeneslo iniciativu a odpovědnost za shromáždění skutkového materiálu. Má-li tato - zcela správná - koncepce sporného procesu řádně fungovat, musí mít strany dostatečný prostor k tomu, aby mohly své přednesy učinit. Právě z tohoto hlediska je nová úprava koncentrace řízení v § 118b o. s. ř. problematická: řízení je velmi striktně a rigidně koncentrováno (konalo-li se přípravné jednání, nastává okamžik koncentrace dokonce ještě předtím, než soud začne dokazovat) a výjimky jsou formulovány velmi úzce. V důsledku toho může nastat situace, kdy kupř. průběh dokazování přinese nutnost, aby některá procesní strana uplatnila nové přednesy a k nim učinila důkazní návrhy, avšak nebude tak již moci učinit, protože moment, k němuž jsou vázány účinky koncentrace, už nastal, a pod žádnou zákonnou výjimku situaci nebude možno podřadit.

Tento nedostatek nové české úpravy koncentrace řízení je velmi závažný, neboť může vést k tomu, že v civilním sporném procesu nebude mnohdy řádně zjištěn skutkový stav, v důsledku čehož se budou rozsudky soudu rozcházet se skutečným hmotněprávním stavem. Civilní právo procesní by však mělo v maximální možné míře usilovat o opak, neboť civilní proces je povolán k tomu, aby hmotněprávním vztahům poskytoval ochranu a ne aby je přetvářel, či dokonce této ochraně kladl překážky.¹⁴ Náprava současného stavu je proto nevyhnutelná. Nelze jí však docílit účelovou interpretací, jež se někdy v praxi objevuje (např. že přípravné či první jednání lze "přerušit" a několikrát v něm pokračovat), ale jedině zrušením § 118b o. s. ř. a jeho nahrazením úpravou zcela novou.

5. OPRAVNÁ ŘÍZENÍ

Problematikou opravných prostředků se zabývá doporučení Rady Evropy č. R (95) 5 týkající se zavádění a zlepšování fungování odvolacích systémů a řízení v civilních a obchodních věcech. Pojednává jak o řádných, tak i o mimořádných opravných prostředcích (resp. o případech, kdy rozhodnutí je

¹³ K tomu srov. Macur, J. Koncentrace řízení a procesní prekluzivní lhůty podle novely o. s. ř. č. 30/2000 Sb. Bulletin advokacie, 2001, č. 1, s. 6 a násl.

¹⁴ Např. J. Macur konstatuje: "*Účelem procesu není konstrukce skutkového stavu, odlišného od stavu skutečného. Naopak se v důkazním právu uplatňuje jednoznačná tendence k tomu, aby skutkový stav byl zjištěn co nejlépe a nejvěrněji.*" Macur, J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: MU, 1993, s. 53.

přezkoumáváno nejen v odvolacím řízení, ale ještě dalším, vyšším soudem; takové opravné řízení zpravidla bude mít povahu mimořádnou, jako je tomu kupř. u současné české úpravy dovolání, může však mít i řádnou povahu, jako tomu bylo u dovolání prvorepublikového).

Základní zásadou je, že by měla existovat možnost v principu každé prvoinstanční rozhodnutí učinit předmětem kontroly vyšším soudem. Případné výjimky z tohoto pravidla musí být stanoveny zákonem (formální stránka) a musí být rovněž v souladu s obecnými principy spravedlnosti (materiální aspekt).

Za účelem zajištění toho, aby se odvolací soud zabýval jenom adekvátními věcmi, lze přijmout jistá omezující opatření. Mezi ně patří vyloučení určitého druhu věcí z odvolacího přezkumu; příkladem jsou bagatelní věci.¹⁵ Obdobným opatřením je vyloučení možnosti napadnout odvoláním rozhodnutí předběžné povahy s tím, že odvolání bude možno podat proti meritornímu rozhodnutí. Další možná omezení představují stanovení lhůty pro podání odvolání, případně též přivolení soudu k možnosti podat odvolání (*tzv. leave to appeal*), či přesunutí možnosti brojit proti některým dílčím rozhodnutím až do stadia odvolání proti meritornímu rozhodnutí.

Celkový ráz odvolacího řízení je určen principem koncentrace, vyžadujícím, aby předmět sporu byl stanoven již v řízení před soudem prvního stupně, a aby před tímto soudem byly předneseny všechny skutečnosti a důkazy, nejde-li o výjimečné případy.

Rychlému projednání by mělo napomáhat i omezení množství písemných podání, které strany adresují soudu např. tak, že každá ze stran může předložit pouze jednu sadu dokumentů. Takové opatření je rozumné, neboť kolotoč, v němž jedna strana zašle soudu písemnost, ten ji po určité době pošle druhé straně k vyjádření a stanoví jí za tím účelem lhůtu, atd. může řízení protáhnout o několik měsíců. Je však nutno dbát o to, aby nedošlo k porušení principu kontradiktornosti, jak jej chápe judikatura Evropského soudu pro lidská práva.

Konečně i v odvolacím řízení zdůrazňuje doporučení aktivní roli odvolacího soudu, a to jak před samotným jednáním, tak i při jednání. Soud by měl mít postup řízení ve svých rukou, aktivně jej ovlivňovat, mj. využíváním svého dotazovacího práva nebo vedením stran ke smírnému urovnání sporu.

Jako zábrana před možným zneužitím odvolacího řízení, nebo jeho využívání pouze k tomu, aby se řízení protáhlo, se v doporučení č. R (84) 5 navrhuje mj. využívání předběžné vykonatelnosti prvoinstančních rozhodnutí. Výjimkou jsou podle doporučení č. R (95) 5 situace, v nichž by

¹⁵ K nim srov. Winterová, A. Civilní proces, Evropa a my. Právo a zákonnost, 1990, s. 569.

předběžná vykonatelnost mohla způsobit straně, která v první instanci podlehla, nenapravitelnou nebo vážnou újmu, nebo kde by tím byl znemožněn výkon spravedlnosti v dalších fázích řízení.

Stejně tak by mělo být umožněno, aby odvolací soud v případech, v nichž je prvoinstanční rozhodnutí předběžně vykonatelné, jeho vykonatelnost odložil, a to ze stejných důvodů, které doporučení vypočítává pro případy nemožnosti přiznání předběžné vykonatelnosti. Jestliže odvolatel nerespektuje prvoinstanční předběžně vykonatelné rozhodnutí, jehož vykonatelnost nebyla odložena, případně odvolatel nesložil přiměřenou jistotu, měl by soud mít možnost odmítnout zabývat se věcí.

Citované doporučení pamatuje též na případy přezkumu rozhodnutí třetím článkem soudní soustavy, tj. v poměrech současné české úpravy civilního řízení soudního dovolacím soudem. Doporučení připomíná, že při úpravě řízení před těmito soudy je zapotřebí mít na paměti, že věc již projednávaly dvě soudní instance. Opravný prostředek by proto měl být omezen pouze na ty případy, které si přezkum dalším soudem zasluhují; může jít o věci, jimiž se vyvíjí objektivní právo, o případy přispívající k jednotné interpretaci práva, nebo o věci dotýkající se právní otázky obecné veřejné důležitosti.

Doporučení rovněž považuje za vhodné, aby zejména ve věcech, které by pravděpodobně stejně u vrcholu soudní soustavy skončily, existovala možnost, aby se jimi tento soud zabýval přímo. První variantou je rozhodování o předběžných otázkách (tj. jde o proceduru známou z činnosti Evropského soudního dvora), druhou je zavedení tzv. *leapfrog procedure*, tj. přeskočení druhoinstančního soudu.

Restriktivní náhled na přípustnost dalšího opravného prostředku se projevuje též v doporučení využívat systému *leave to appeal*, tj. vázat věcné projednání opravného prostředku na svolení soudu, nebo alespoň zavedení takových systémů, které zajistí, aby se soud zabýval jenom věcmi, které si to zasluhují.

V současné době jsou velmi aktuální doporučení, jež se týkají právě dovolacího řízení. Nynější vláda usiluje o jeho "reformu"; své představy načrtla v programovém prohlášení vlády takto: "*Vláda chce řešit chronickou přetíženost Nejvyššího soudu omezením dovolacích důvodů a preferencí jeho role sjednotitele judikatury*". Jinak řečeno, vedle omezení dovolacích důvodů má být omezena i přípustnost dovolání.

Nastíněná změna však není skutečným řešením problému, neboť směřuje pouze k vylepšení statistik nevyřízených věcí u Nejvyššího soudu, nikoliv však ke zkvalitnění systému soudnictví. Nelze však očekávat, že by vyšší kvalitu přinesla jakákoliv změna dovolacího řízení; tu může přinést pouze nová koncepce civilního procesu jako celku, do níž bude právní úprava dovolání organicky zapadat, a dále bude respektovat vazby na jiné prostředky nápravy (typicky ústavní stížnost).

Právě učiněný závěr lze zobecnit tak, že český civilní proces se nachází ve stavu, kdy neustálé novelizace jeho základního procesního předpisu (občanského soudního řádu), již nejsou způsobilé přinést mnoho pozitivního. Je proto nutno přistoupit k rekonstrukci civilního řádu soudního. Při úvahách nad jeho koncepcí mohou být cennými zdroji inspirace právě rezoluce a doporučení Rady Evropy, o nichž pojednával tento příspěvek.

Literature:

- Lavický, P. Elektronický platební rozkaz? Právní fórum, 2009, č. 2, s. 62 a násl.
- Lavický, P. Záloha na náklady dokazování v českém civilním procesu. Právní fórum, 2009, č. 12, s. 509 a násl.
- Lavický, P. Zmeškání účastníka a fikce dispozičních procesních úkonů. Právní fórum, 2009, č. 10, s. 401 a násl.
- Macur, J. Koncentrace řízení a procesní prekluzivní lhůty podle novely o. s. ř. č. 30/2000 Sb. Bulletin advokacie, 2001, č. 1, s. 6 a násl.
- Macur, J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: MU, 1993.
- Macur, J. Rozsudek na základě fikce uznání nároku podle ustanovení § 114b o. s. ř. Bulletin advokacie, 2002, č. 2, s. 28 a násl.
- Stavínohová, J. - Hurdík, J. - Lavický, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie : sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005, s. 262 a násl.
- Steiner, V. Civilní proces z hledisek jeho současného a dalšího vývoje. Právník, 1993, s. 1075.
- Winterová, A. Civilní proces, Evropa a my. Právo a zákonnost, 1990, s. 566 a násl.
- Winterová, A. Přípravné jednání v civilním soudním řízení. Právní fórum, 2009, č. 6, s. 232.

- Winterová, A., Zoulík, F., Mikeš, J. Problémy nové části páte O. S. Ř. In Vopálka, V. (Ed.). *Nová úprava správního soudnictví*. Praha: ASPI Publishing, 2003, s. 199 a násl.

Contact – email

petr.lavicky@law.muni.cz

LIMITY ROZMNOŽENINY PRO OSOBNÍ POTŘEBU

MATEJ MYŠKA

Ústav práva a technologií, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Paradigmatem současného „tradičního“ autorského práva je jeho krize a neschopnost čelit výzvám daným mu rozvojem informačních a komunikačních technologií. Extrémně se toto pnutí mezi pozitivně právní úpravou a faktickým stavem projevuje u výjimek z práva autorského, zejména u institutu rozmnoženiny pro osobní potřebu. Tématem příspěvku je analýza jeho dovolenosti a jeho zákonných limitů. Centrální roli hraje úprava komunitárním právem (směrnice 2001/29/ES), na jejíž rozbor se příspěvek zaměří. Diskutována bude i harmonizovaná národní pozitivně právní úprava rozmnoženiny pro osobní potřebu a relevantní judikatura jak Soudního dvora EU, tak národních soudů.

Key words in original language

Autorské právo; výjimky z práva autorského; rozmnoženina pro osobní potřebu; třístupňový test.

Abstract

The current paradigm of the copyright law is its crisis and inability to deal with the challenges of rapid development of information and communication technology. This tension between the de lege lata regulation and the factual state is extremely manifested in the field of the copyright exceptions, mainly the private copying exception. The topic of this contribution is the analysis of the scope and limits of this legal institute. The contribution shall mainly focus on the European Union law (The “InfoSoc” Directive 2001/29/EC) and the national regulation. Also, the relevant decisions of the Court of the EU, as well as the national courts, related to the topic of private copying exception shall be discussed.

Key words

Copyright law; copyright exceptions; private copying exception; three step test.

1. TECHNOLOGICKÉ VÝZVY AUTORSKÉMU PRÁVU

Možnost autorskoprávně chráněná díla digitalizovat, vytvářet jejich perfektní identické rozmnoženiny bez ztráty kvality a rozšiřovat je pomocí informační sítě Internet představují v současné době fundamentální výzvy autorskému právu. Nejmarkantněji se technologický rozvoj projevuje v rozporu mezi pozitivně právní úpravou a faktickým stavem u omezení a výjimek z práva autorského, které jsou v současné době označovány za centrální téma a zároveň neuralgický bod celého systému autorského práva.¹ Při identifikaci problémových míst lze zajít ještě dále a jako centrální problém lze označit institut rozmnoženiny pro osobní potřebu, který s rozvojem a dostupností kopírovacích technik začíná hrát centrální roli.

Prakticky lze tento stav demonstrovat na případě „stahování“ (downloadu) autorskoprávně chráněných děl z tzv. „filehostingových“ serverů. Zatímco názor na nabízení autorskoprávně chráněných děl v P2P sítích² je v případě uživatele poskytujícího obsah v právní vědě poměrně jasný,³ zůstává právní kvalifikace jednání uživatele, který obsah výlučně stahuje (tj. rozmnožuje), stále problematická. Typicky se takto chová v případě tzv. "one-click hosting" služeb, které začaly být populární od roku 2005.⁴ Tyto umožňují uživatelům nahrát jakýkoliv obsah na svoje servery a k danému obsahu poskytnout příslušný link. Tento link pak lze rozšířit pomocí různých komunikačních prostředků (e-mail, instant messenger), zejména pak ale na tzv. linkovacích stránkách/blozích.⁵ Po kliknutí na příslušný odkaz je

¹ DREIER, Thomas: Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 50, 2010, ISSN 2190-3387.

² K právním otázkám sdílení v P2P sítích obecně vizte např. RYŠÁNEK, Ondřej. Právní aspekty peer-to-peer sítí [online]. 2007. 72 s. Magisterská diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí Radim Polčák. [cit. 21-11-2010]. Dostupné z [www: <http://is.muni.cz/th/77044/pravf_m/Pravni_aspekty_peer-to-peer_siti_-_fin.pdf>](http://is.muni.cz/th/77044/pravf_m/Pravni_aspekty_peer-to-peer_siti_-_fin.pdf).

³ Vizte např. trestní příkaz Obvodního soudu pro Prahu 10 ze dne 29. září 2006, č.j. 3T 160/2006. [cit. 21-11-2010]. Dostupné z [www: <http://www.cpubfilm.cz/r1602006.html>](http://www.cpubfilm.cz/r1602006.html). K odpovědnosti poskytovatelů one-click hostingových služeb vizte: Polčák, Radim: Právo na internetu Spam a odpovědnost ISP. Brno: Computer Press, 2007, 160 s., 978-80-251-1777-4.

⁴ K one-click hostingovým službám více vizte např.: ANTONIADES, Demetris et al: One-Click Hosting Services: A File-Sharing Hideout. IMC '09: In Proceedings of the 9th ACM Conference Internet Measurement. November 2009, Chicago, Illinois, US. Dostupný z: [www: <www.ics.forth.gr/dcs/Activities/papers/imc093-antoniades.pdf>](http://www.ics.forth.gr/dcs/Activities/papers/imc093-antoniades.pdf).

⁵ Typickým zástupcem je např. stránka OneDDL, dostupná z: <http://www.oneddl.com/>.

uživatel přesměrován přímo na stránky poskytovatele „filehostingových“ služeb,⁶ odkud si může daný obsah přímo stáhnout protokolem HTTP.

One-click hosting služby mají oproti tradičním P2P sítím některé výhody, které pramení přímo z nedostatků P2P architektury. V první řadě jsou one-click hosting služby bezpečnější, jelikož se nedají tak jednoduše infiltrovat třetí stranou, typicky zástupcem majitele autorských práv. Další výhodou je i dostupnost obsahu, který je uložen v centrálním úložišti poskytovatele one-click hosting služeb. Poskytnutí obsahu tak není závislé na současné přítomnosti jiného uživatele, označovaného v P2P sítích jako „seeder“. Nevýhodou pak bývá celková uživatelská nepřívětivost, tedy zejména nutnost čekání na poskytnutí obsahu, dosti vysoké riziko infiltrace škodlivým software a jistá nestálost linkovacích stránek/blogů.⁷ Jak ale trefně poznamenal Roettgers,⁸ stahující jsou „za obsah ochotni platit *potem*“, tedy zvýšeným úsilím při jeho získávání zdarma.

Cílem tohoto příspěvku je pokusit se analyzovat zákonné podmínky, které je potřeba naplnit, aby mohlo být výše popsané jednání koncového uživatele kvalifikováno jako pořízování rozmnoženiny pro osobní potřebu a tedy jednání nezakládající autorskoprávní odpovědnost za zásah do výlučných práv autorských. Mimo to by měly být identifikovány relevantní problematické oblasti právní úpravy digitální rozmnoženiny pro osobní potřebu. První část příspěvku tak podává stručnou právní charakteristiku a zakotvení institutu rozmnoženiny pro osobní potřebu, přičemž je představena i pozitivně právní úprava na evropské a národní úrovni. Jako základní předpoklad aplikovatelnosti (a tedy limit) jakékoliv výjimky lze označit tzv. tříkrokový (třístupňový) test, jehož analýze se bude věnovat druhá část příspěvku. Třetí část se zaměří na problematiku právní povahy zdroje rozmnoženiny pro osobní potřebu, tedy na řešení otázky na kolik je při pořízování rozmnoženin limitující legálnost původního zdroje. Krátce se bude příspěvek zabývat i možností omezit počet rozmnoženin co do jejich počtu. V poslední části pak bude diskutována otázka spravedlivé náhradní odměny stanovené v § 25 autorského zákona.⁹ V závěru jsou pak, kromě

⁶ Nejčastěji se jedná o servery RapidShare či Megaupload. Tito poskytovatelé one-click hosting služeb zpravidla nenabízejí možnost vyhledávat přímo v obsahu na jejich serverech nahraných. Nejjednodušší cestou jak získat link je zadat do obecného internetového vyhledávače název hledaného díla a název one-click hostingového serveru (např. „madonna rapidshare“)

⁷ Linkovací stránky jsou tak logicky častým terčem žalob majitelů autorských práv.

⁸ ROETTGER, Janko: Piracy Beyond P2P: One-Click Hosters [online]. Gigaom, 2007. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://gigaom.com/video/one-click-hosters/>>.

⁹ Zákon č. 121/200 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů. Dále jen "AutZ".

zhodnocení právního stavu de lege lata, diskutovány i obrysy budoucí možné regulace rozmnoženiny pro osobní potřebu de lege ferenda.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA INSTITUTU ROZMNOŽENINY PRO OSOBNÍ POTŘEBY

Na evropské úrovni je základním pramenem právní úpravy směrnice č. 2001/29/ES Evropského parlamentu a Rady o harmonizaci některých aspektů autorského práva a práv souvisejících v informační společnosti¹⁰ (dále jen „Směrnice“), která ve svém čl 5. odst. 2 stanoví, že: *„Členské státy mohou stanovit výjimky a omezení práva na rozmnožování podle čl. 2 v těchto případech: ... b) u jakýchkoliv rozmnoženin na jakémkoliv nosiči vytvořených fyzickou osobou pro soukromé užití a pro účely, které nejsou přímo ani nepřímo komerční, a to za podmínky, že nositelé práv získají spravedlivou odměnu...“*.

Kriticky lze hned na začátek poznamenat, že harmonizační záměr se poněkud míjí účinkem, jelikož z celého seznamu výjimek a omezení práva autorského je pouze jedna mandatorní. Z toho pramení rozdílná regulace jednotlivých výjimek z práva autorského, tedy i výjimek dovolující pořízení si rozmnoženiny pro osobní potřebu v rámci Evropské unie, kdy například Irsko, Velká Británie a Lucembursko tuto výjimku nezavedly.

V českém právním řádu je institut rozmnoženin pro osobní potřebu chápán jako bezesmluvní užití díla a tedy jako výjimka z práva autorského. Pořízení si rozmnoženina pro osobní potřebu, a to na jakýkoliv podklad, je jedním z autorským zákonem aprobovaných případů tzv. bezesmluvního užití díla, specifitěji pak užitím volným. Podle § 30 odst. 1 AutZ se tak pořízení rozmnoženiny pro osobní potřebu fyzickou osobou za užití díla vůbec nepovažuje. Účelem tohoto užití dále nesmí být dosažení přímého nebo nepřímého hospodářského nebo obchodního prospěchu. Do práva autorského tak, dle §30 odst. 2 AutZ, nezasahuje ten, kdo pro svou osobní potřebu zhotoví záznam, rozmnoženinu nebo napodobeninu díla. Z této výjimky pak je v § 30 odst. 3 stanovena výjimka (sic!) z této zákonné dovolenosti.¹¹ Pro osobní potřebu si tak nelze zejména pořizovat digitální rozmnoženiny počítačových programů a elektronických databází. Zakázán je i specifický způsob pořizování si rozmnoženiny audiovizuálních děl a to při jejich provozování nebo přenosu provozování. Toto ustanovení konkrétně míří na tzv. bootleg recording, tedy nahrávání promítaného

¹⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů práva autorského a práv s ním souvisejících v informační společnosti (Úř. věst. č. L 167, 22. 6. 2001, s. 10).

¹¹ TELEČ, Ivo, TŮMA, Pavel: Autorský zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 345, ISBN 978-80-7179-608-4.

„filmu“ v kině.¹² Konečně posledním obecným předpokladem dovolenosti bezsmluvního užití díla, a tedy i pořízení se rozmnoženiny pro osobní potřebu, je zveřejnění předmětného díla. Prakticky demonstrováno, i pouhé „stažení“ filmu (audiovizuálního díla kinematografického) před jeho oficiálním zveřejněním („premiérou“) tak zakládá objektivní autorskoprávní odpovědnost. Častým omylem, který se vyskytuje zejména v populárně-naučné literatuře, je označování této výjimky za právo, tedy že koncový uživatel má „právo na pořízení si rozmnoženiny pro osobní potřebu. Nejčastěji se s tímto konstatováním lze setkat při kritice technických prostředků ochrany autorských práv, které efektivně zabráňují uživateli vykonávat jeho „zákonné právo na rozmnoženinu“. Jak doslovně uvádějí Telec a Tůma: „zákonem dovolené volné užití díla jeho rozmnožováním pro osobní potřebu nepředstavuje samo o sobě právní nárok vlastníka originálu, či rozmnoženiny díla vůči autorovi či jiným osobám na faktické umožnění pořízení rozmnoženiny“.¹³ Předmětem dalšího výkladu jsou jednotlivé specifické zákonné limity kladené na institut rozmnoženiny pro osobní potřebu.

3. TŘÍSTUPŇOVÝ TEST

Tříkrokový test¹⁴ byl poprvé zformulován ve stockholmské revizi Bernské úmluvě o ochraně literárních a uměleckých děl v roce 1967 jako obecný limit pro možnosti úpravy výjimek z exkluzivního autorského práva na rozmnožování díla jednotlivými členskými zeměmi Unie. S drobnými formulačními odchylkami se tento restriktivní korektiv promítl prakticky do všech významných mezinárodních a regionálních pramenů práva

¹² Anglicky se tato aktivita označuje též za „camcording“. V České republice je mediálně nejznámějším případem nahrání a následné rozšiřování audiovizuálního díla „Simpsonovi ve filmu“ z roku 2007. Ke kauze ve sdělovacích prostředcích více např.: MACICH, Jiří: Případ kinorip: od klukoviny k jedné z největších pirátských kauz [online]. Lupa.cz, 21. 1. 2008 [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.lupa.cz/clanky/pripad-kinorip/>>.

¹³ TELEC, Ivo, TŮMA, Pavel: Autorský zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 348, ISBN 978-80-7179-608-4. K problematice technických prostředků ochrany autorských práv lze odkázat na: DOBEŠ, Petr. Technické prostředky ochrany autorských práv z pohledu mezinárodního, evropského a českého práva po zásadní novele – 1. část. Právní rozhledy, 2006, č. 17, s. 619-623, ISSN 1210-6410. DOBEŠ, Petr: Technické prostředky ochrany autorských práv z pohledu mezinárodního, evropského a českého práva po zásadní novele – 2. část. Právní rozhledy, 2006, č. 18, s. 661-669, ISSN 1210-6410.

¹⁴ Pro komplexní analýzu a legislativní historii na mezinárodní a komunitární úrovni vizte zejména: SENFTLEBEN, Martin: Copyright, Limitations and the three-step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. The Hague: Kluwer Law International, 2004, 356 s., ISBN 9041122672. Z českých pramenů lze odkázat zejména na: DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu I. In Právní rádce, roč. 15, č. 4, s. 4-14, 2001, ISSN 1210-4817. DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu II. In Právní rádce, roč. 15, č. 5, s. 4-8, 2001, ISSN 1210-4817.

autorského, s tím, že postupem času se jeho aplikovatelnost rozšířila na všechna exkluzivní práva autorská i práva s autorským právem související.¹⁵ V nejvýznamnějším předpisu evropského autorského práva, tedy ve Směrnici, je třístupňový test zakotven v článku 5 odst. 5, který stanoví, že „výjimky a omezení... mohou být použity pouze ve zvláštních případech, které nejsou v rozporu s běžným způsobem užití díla nebo jiného předmětu ochrany a nejsou jimi nepřiměřeně dotčeny oprávněné zájmy nositele práv.“ Do úplného souladu se Směrnicí byl český autorský zákon uveden až „velkou novelou“ z roku 2006,¹⁶ která do § 29 AutZ zavedla prakticky doslovný překlad formulace ve Směrnici. Na okraj je možno poznamenat, že se nejednalo o splnění povinnosti českého zákonodárce, jelikož explicitně závazek implementovat třístupňový test do národního právního řádu ve Směrnici stanoven není. V odborných kruzích tak nepanuje shoda na tom, komu je vlastně trojstupňový test adresován – zda národním zákonodárcům nebo přímo národním soudcům.¹⁷ Poněkud vágním vodítkem může být ustanovení recitálu č. 44 Směrnice, které stanoví, že výjimky a omezení nesmí být **uplatňovány** v rozporu s třístupňovým testem.

V české právní doktríně je třístupňový test tradičně chápán inkluzivně, tedy jako „materiální podmínka bezesmluvního užití díla“.¹⁸ Dobeš k tomu pregnantně uvádí, že veškeré zákonné skutkové podstaty výjimek a omezení, tedy formální podmínky bezesmluvního užití díla, jsou pod „supervizí“ tříkrokového testu.¹⁹

Všechny tři podmínky testu je nutno splnit kumulativně a konsekutivně, pokud tedy není splněna byť jen jedna podmínka, nemůže se v daném konkrétním případě jednat o dovolené užití díla, na které dopadá výjimka. Důsledkem toho je vznik odpovědnosti za zásah do práva autorského.

¹⁵ Zejména se jedná o čl. 10 Úmluvy Světové organizace duševního vlastnictví o právu autorském, čl. 13 Dohody o obchodních aspektech práv duševního vlastnictví a čl. 16 Úmluvy Světové organizace duševního vlastnictví o výkonech výkonných umělců a o zvukových záznamech.

¹⁶ Zákon č. 216/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů a některé další zákony.

¹⁷ HUGHENHOLTZ, P. Bernt et al.: Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 113. ISBN 978-90-411-3130-0.

¹⁸ TELEČEK, Ivo, TŮMA, Pavel: Autorský zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 340, ISBN 978-80-7179-608-4.

¹⁹ DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu II. In Právní rádce, roč. 15, č. 5, s. 4-8, 2001, ISSN 1210-4817.

Konkrétně se tak jedná o následující stupně, resp. kroky.²⁰ První podmínka, tedy, že výjimky lze aplikovat pouze ve zvláštních případech, bývá v zemích kontinentální evropské právní kultury často splněna právě jejich zákonným zakotvením. Druhá podmínka, tedy že dovolené užití díla v rámci aplikované výjimky není v rozporu s běžným způsobem užití díla, je v podstatě ekonomickým kritériem. Nelze jej ovšem chápat zjednodušeně. Ze samé podstaty exkluzivních autorských práv je totiž každé neautorizované užití díla v rozporu s běžným užitím díla. V rámci druhého kroku je, dle Dobeše, nutno zkoumat účinky výjimky na relevantním trhu. Tedy zda „*rozmnoženiny vytvořené pro osobní...vstupují do soutěže s rozmnoženinami schválenými autorem takovým způsobem, že dochází ke ztrátě podstatných výnosů na straně autora.*“²¹ Třetí stupeň stanovuje, že užitím díla v rámci výjimky nesmí být nepřiměřeně dotčeny oprávněné zájmy autora. Jedná se tedy o vyjádření principu proporcionality. V rámci testování tohoto kroku musí být zkoumáno, zda je zásah do autorových práv odůvodněný a ospravedlnitelný zájmy společnosti a zda je přiměřený a nezbytný. Tento krok je, poněkud překvapivě, zařazen až za ekonomickým kritériem obsaženým v druhém kroku.

Je patrné, že třístupňový test představuje v současné době nejproblematictější limit dovolenosti institutu rozmnoženiny pro osobní potřebu a to zejména vzhledem ke svojí poměrně nejasné formulaci. I přes ni však je schopen okruh případů, kdy lze bezproblémově aplikovat tuto výjimku, drasticky omezit. Otázka, jak jej vhodně přeformulovat tak, aby více vyhovoval „digitálnímu prostředí“, je řešena v závěru tohoto příspěvku.

4. PRÁVNÍ POVAHA ZDROJE ROZMNOŽENINY A POČET ROZMNOŽENIN

Další problematickou oblastí při analýze institutu rozmnoženiny pro osobní potřebu je otázka právní povahy zdroje této rozmnoženiny, tedy zda je pro pořízení legální rozmnoženiny potřeba legálně nabytý zdroj. Ve Směrnici není otázka řešena, stejně tak česká pozitivně právní úprava se k tomuto problému nevyjadřuje. Zákon totiž v § 30 nehovoří o oprávněném uživateli, jako např. v případě záložního rozmnožování počítačových programů.²² Právě absence právní regulace byla základem argumentace Nejvyššího soudu ČR v trestní věci sp. zn. 5 Tdo 234/2009, která se mj. zabývala

²⁰ Výklad jednotlivých stupňů testu byl proveden podrobně Orgánem pro provádění dohody Světové obchodní organizace v řízení mezi Evropskými společenstvími a USA, sp. zn. WT/DS160. V podrobnostech lze odkázat na podrobný komentář tohoto rozhodnutí in DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu I. In Právní rádce, roč. 15, č. 4, s. 4-14, 2001, ISSN 1210-4817.

²¹ Tatmtéž.

²² Srovnejte § 66 AutZ.

diskutovanou otázkou právní povahy zdroje rozmnoženiny.²³ V kontextu tohoto příspěvku je relevantní zejména část týkající se právního posouzení části skutku kladeného obviněnému za vinu spočívající v tom, že „v době kolem 25. 3. 2004 přechovával v místě svého trvalého bydliště 236 kusů DVD-R a CD-R nosičů s kopiemi filmů, počítačových her, hudebních záznamů a počítačových programů ...“.²⁴ Obviněný v dovolání na svoji obhajobu uváděl, že se v tomto případě těchto konkrétních kusů jednalo o rozmnoženiny pro osobní potřebu, na rozdíl od dalších kusů neautorizovaných kopií autorskoprávně chráněných děl, které nabízel k prodeji na serveru annonce.cz. V druhém případě se evidentně jednalo o trestný čin porušování autorského práva dle § 152 tehdy platného trestného zákoníku,²⁵ o jehož „vymezení a právní kvalifikaci nevznikají žádné pochybnosti.“²⁶ V právním hodnocení přechovávání rozmnoženin se Nejvyšší soud ČR rozešel s názorem nalézacího i odvolacího soud, když judikoval, že „ze znění ustanovení § 30 odst. 1 písm. a) AutZ nelze dovozovat, že se omezení autorského práva pro pořizování rozmnoženiny díla pro osobní potřebu vztahuje pouze na pořízení rozmnoženiny z originálu díla nebo z jeho legálně zakoupené kopie pořizovatelem rozmnoženiny, neboť v rámci omezení autorského práva pro pořizování rozmnoženin pro osobní potřebu nestanoví toto ustanovení nic o právní povaze zdroje, ze kterého je možno rozmnoženinu díla pro osobní potřebu pořizovat.“ Podle názoru Nejvyššího soudu ČR se tedy může jednat „jak o originál, tak i o rozmnoženinu díla, přičemž není bez dalšího nikterak vyloučeno, aby zdrojová rozmnoženina, ze které si zhotovitel pořídí vlastní rozmnoženinu pro osobní potřebu, byla pořízena i na základě jednání, které je v rozporu s autorským zákonem.“ Tato skutečnost tak podle názoru Nejvyššího soudu ČR, který se odvolal v tomto bodě na zavedenou komentářovou literaturu,²⁷ „nemůže sama o sobě, pokud autorský zákon nestanoví jinak, změnit právní povahu aktu pořízení rozmnoženiny díla pro osobní potřebu, jež je autorským právem aprobované.“²⁸

Názor, že rozmnoženinu pro osobní potřebu lze pořizovat pouze z originálu, nebo legálně nabyté kopie autorskoprávně chráněného díla (resp.

²³ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 25. 3. 2009, sp. zn. 5 Tdo 234/2009. Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz>>.

²⁴ Tamtéž.

²⁵ Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

²⁶ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 25. 3. 2009, sp. zn. 5 Tdo 234/2009. Dostupné z: <<http://www.nsoud.cz>>.

²⁷ Tamtéž.

²⁸ Tamtéž.

autorizované rozmnoženiny díla) tak, vzhledem k výše uvedenému, nemá oporu v platné právní úpravě ani judikatuře. Stejně tak nelze vynášet definitivní soudy ohledně počtu rozmnoženin. Jak dále uvedl v citovaném rozhodnutí Nejvyšší soud ČR, z legálního výrazu v § 30 AutZ „zhotovit rozmnoženinu“ nelze dovozovat, že by se omezení autorského práva vztahovalo pouze na pořízení jedné rozmnoženiny, neboť „užití jednotného čísla v právním předpise je běžnou legislativní technikou a jednalo by se o výklad „ad absurdum“, tedy o výklad nedovolený.“²⁹

Pro hodnocení aplikovatelnosti institutu volného užití je v českém právním prostředí právní povaha rozmnoženiny a počet rozmnoženin relevantní jen v kontextu druhého a třetího kroku tříkrokového testu, jak byl analyzován výše. Kopírování z ilegálního zdroje per se tak a priori autorskoprávní (resp. trestněprávní) odpovědnost nezakládá.

Pro srovnání je zajímavé uvést autorskoprávní úpravu německou, která se s otázkou právní povahy zdroje rozmnoženiny vypořádala přímo na úrovni autorského zákona. Německý zákonodárce v rámci tzv. „druhého reformního koše“ v § 53 odst. 1 německého autorského zákona³⁰ přímo zakotvil, že rozmnoženina pro osobní potřebu je dovolená, jen pokud „k jejímu zhotovení nebyla použita zjevně protiprávně zhotovená nebo veřejně sdělená předloha“.³¹ One-click hostingové služby (zatím) evidentně nepatří mezi oficiální autorizované distribuční kanály autorskoprávně chráněných děl a tak v Německé spolkové republice i prosté stáhnutí např. „filmů“ bez dalšího zakládá autorskoprávní odpovědnost.

5. NÁHRADNÍ ODMĚNA

Dalším formálním předpokladem aplikovatelnosti diskutované výjimky je zavedení náhradní odměny za dovolené rozmnožování pro osobní potřebu. Tato *conditio sine qua non* je zakotvena členským státům Směrnicí v čl. 5. Nositelé práv tedy musí obdržet „přiměřenou náhradu, která bude brát v úvahu užití nebo neužití technických prostředků uvedených v čl. 6 (Směrnice) na příslušné dílo nebo předmět ochrany...“. Státy, které výjimku nezavedly, tak (logicky) nemusí regulovat ani systémy poskytování přiměřených náhrad. Česká republika, jejíž právní řád výjimku pro

²⁹ Tamtéž.

³⁰ "Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist" Dostupný z: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf>>.

³¹ V německém originále: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.“

rozmnožování pro osobní potřebu, upravila systém pro vybírání náhradních autorských odměn v § 25 AutZ a příslušné vyhlášce Ministerstva kultury.³² Vzhledem k obtížnosti praktického realizování vybírání náhradní odměny za dovolené pořízení si rozmnoženiny je náhradní odměna placena specifickým okruhem osob vymezeným v § 25 odst. 2 AutZ a to bez ohledu na to, zda jsou výrobky a média, na něž je tento poplatek uvalen, skutečně použit k rozmnožování autorskoprávně chráněných děl pro osobní potřebu. Tento fakt je logicky terčem časté kritiky – předmětnou vyhláškou se zabýval i Veřejný ochránce práv, který byl občany v roce 2006 opakovaně žádán, aby navrhl její zrušení pro její protiprávnost či "obecnou nesmyslnost". Těmto podáním ale nebylo vyhověno, jelikož, jak uvedl Veřejný ochránce práv ve svém vyjádření, „z pohledu českého ústavního práva se zvolené řešení nejeví být v rozporu s předpisy vyšší právní síly (Ústavou, Listinou základních práv a svobod) a aktuální znění vyhlášky není podle názoru veřejného ochránce práv v rozporu s principy přiměřenosti nebo zákazu diskriminace.“³³ Veřejný ochránce práv se ale do budoucna zavázal kontrolovat, zda se systém vybírání náhradních odměn do rozporu s těmito principy kvůli socioekonomickému a technologickému rozvoji nedostal.

Otázce institutu náhradní autorské odměny se dostalo pozornosti i před Soudním dvorem Evropské unie v jeho rozsudku ze dne 21. října 2010 ve věci C-467/08 ve věci Padawan. Žalovaná společnost Padawan uváděla na španělský trh v letech 2002 až 2004 média, která, jak tvrdila, nebyla určena pro účely pořizování rozmnoženin pro osobní potřebu. Tato média z toho důvodu (podle názoru žalované) nepodléhaly „poplatku za soukromé rozmnožování“, který tak žalovaná neplatila žalujícímu španělskému kolektivnímu správci Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) příslušnému pro jeho vybírání. V rámci tohoto sporu pak byla barcelonským Audiencia Provincial de Barcelona položena předběžná otázka podle čl. 234 ES, která se ve stručnosti zaměřila na základní otázku, jak musí být koncipován systém pro výběr „poplatku za soukromé rozmnožování“ a zda je neadresné uvalení poplatku na všechna média v souladu s konceptem „fair compensation“, tedy zda je takto vybraná odměna spravedlivá. Soudní dvůr Evropské unie ve svém rozsudku uvedl, že „...uplatnění poplatku za soukromé rozmnožování bez rozdílu, zejména na vybavení, přístroje a nosiče pro digitální rozmnožování, jež nebyly poskytnuty soukromým uživatelům a jsou zjevně vyhrazeny k jiným účelům

³² Vyhláška č. 488/2006 Sb., kterou se stanoví typy přístrojů k zhotovování rozmnoženin, typy nenahraných nosičů záznamů a výše paušálních odměn, ve znění pozdějších předpisů.

³³ Vyjádření veřejného ochránce práv k vyhlášce č. 488/2006 Sb., kterou se stanoví typy přístrojů ke zhotovování rozmnoženin, typy nenahraných nosičů záznamů a výše paušálních odměn [online]. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <http://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/7226/_s.155/10202?docid=108530>.

než pro pořízování rozmnoženin k soukromému užití, není v souladu se směrnicí 2001/29.“³⁴

Uvalení „slepého“ poplatku je tedy dle výše uvedeného rozsudku v rozporu se Směrnicí. E contrario ale rozsudek soudního dvora Evropské unie potvrdil dovolenost pořízování digitální rozmnoženiny a to na jakémkoliv médium, když stanovil, že: „,,přiměřená rovnováha“, kterou je třeba nalézt mezi dotyčnými osobami, předpokládá, že výše spravedlivé odměny bude nutně vypočtena na základě kritéria újmy způsobené autorům chráněných děl v důsledku zavedení výjimky pro soukromé rozmnožování. Úprava, podle které osobami, jež mají povinnost financovat spravedlivou odměnu, jsou osoby, které disponují vybavením, přístroji a nosiči pro digitální rozmnožování a které z tohoto důvodu právně nebo fakticky poskytují toto vybavení nebo rozmnožovací služby soukromým uživatelům, je v souladu s požadavky „přiměřené rovnováhy“, pokud tyto osoby mají možnost přenést skutečnou zátěž spojenou s tímto financováním na soukromé uživatele.“³⁵

Je tedy patrné, že současná obecná koncepce vybírání autorských odměn je dále neudržitelná. Zejména je na pováženou současná právní úprava technických prostředků ochrany autorských práv v § 43 AutZ, které jsou schopny efektivně vyloučit explicitně dovolené pořízení si rozmnoženiny pro osobní potřebu, a jejich vztah k vybírání náhradní autorské odměny. Ve schopnosti těchto technických prostředků kontrolovat užití díla adresně lze spatřovat další důvody pro nutnou celkovou změnu systému. Mají-li totiž autoři, resp. majitelé majetkových práv, k dispozici nástroj k individuální správě užití díla, není plošné vybírání náhradních autorských odměn dále ospravedlnitelné.³⁶

6. PRÁVNÍ NEJISTOTA A ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Mezi současnou technickou realitou a rigidním systémem autorského práva se rozevívá poměrně hluboká propast, do níž, jak konstatuje Philapitsch,³⁷ „padá právní jistota“. Nutno kriticky poznamenat, že se jedná o právní jistotu adresátů právních norem, tedy koncových uživatelů autorskoprávně chráněných děl. Kromě další eroze legitimacy autorského práva s sebou tento

³⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. října 2010 ve věci C-467/08.

³⁵ Tamtéž.

³⁶ K problematice technických prostředků ochrany autorských práv vizte dále např. HUGHENHOLTZ, P. Bernt et al.: The Future of Levies in a Digital Environment [online]. 2003, 75 s. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>.

³⁷ PHILAPITSCH, Florian: Die Digitale Privatkopie, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2007, s. 231, ISBN 978-3-7083-0479-3.

stav právní nejistoty přináší i další negativní efekty. Uživatel, který nemá dostatečně jasno v tom, co je a co není dovolené, a jak tedy může s autorskoprávně chráněnými díly nakládat, se např. stěží bude jakkoliv angažovat v kreativním přetváření již existujících děl.

Je tedy patrné, že autorské právo je nutno reformovat. Vzhledem k tomu, že současným paradigmatem tradičního „nedigitálního“ autorského práva je *cum grano salis* právě jeho krize a neschopnost čelit výzvam daným mu rozvojem informačních a komunikačních technologií,³⁸ vyznívá volání po nutné změně značně banálně. Podat však návrh komplexní reformy autorského práva je daleko za možnostmi, rozsahem i cílem tohoto příspěvku.³⁹ Je nutno ale upozornit na fakt, že případná budoucí regulace se bude muset s výjimkami adekvátně vypořádat. Paradoxně ony jsou totiž rozhodujícím právním činitelem, který definují exaktní kontury výlučnosti autorských práv a práv s autorským souvisejícím, jak správně uvádí Dreier.⁴⁰

Z hlediska *de lege lata* lze ale ke konkrétní výjimce z práva autorského uzavřít, že pořizování si digitální rozmnoženiny pro osobní potřebu je za splnění určitých, výše analyzovaných, podmínek *de lege lata* naprosto v pořádku. K podobnému závěru překvapivě⁴¹ dospívají i zástupci České protipirátské unie⁴²: *“Stažení filmu z internetu (tzv. download) není nutné protiprávní, neboť se na něj, v souladu s platnou právní úpravou, vztahuje výjimka upravující tzv. volné užití pro osobní potřebu. Vždy ale záleží na*

³⁸ Litmanová např. označuje systém autorského práva Spojených států za „*starý, nemoderní, neflexibilní a vykazující symptomy mnohonásobného systémového selhání*“. LITMAN, Jessica, Real Copyright Reform [online]. Iowa Law Review, Vol. 96, No. 1, s. 3., 2010. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://ssrn.com/abstract=1474929>>.

³⁹ Čtenáře tak lze z monografických publikací odkázat zejména na: LESSIG, Lawrence: *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Books, 2004, 368 s., ISBN 978-1594200069. Intellectual Commons. Z časopiseckých publikací pak: Menell, Peter S., *Envisioning Copyright Law's Digital Future* (September 3, 2002). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 95. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=328561>. LITMAN, Jessica, Real Copyright Reform [online]. Iowa Law Review, Vol. 96, No. 1, 2010. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://ssrn.com/abstract=1474929>>.

⁴⁰ DREIER, Thomas: *Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress*. Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law, roč. 1, č. 2., s. 51, 2010, ISSN 2190-3387.

⁴¹ Ostatní aktivity České protipirátské unie spíše naznačují, že v jejich chápání je nutno jakékoliv výjimky z autorského práva vykládat „extrémně“ restriktivně.

⁴² Česká protipirátská unie je zájmová organizace vzniklá za účelem ochrany autorských práv k audiovizuálním (filmovým) dílům a potírání všech forem pirátství v oblasti výroby, dovozu a šíření audiovizuálních děl filmových distributorů.

*konkrétních okolnostech případu. Když si někdo občas stáhne z internetu např. starší titul, který u nás není běžně dostupný, je to v pořádku.*⁴³

S výše uvedeným názorem nelze než souhlasit. Nelze tak jednoduše tvrdit, že „stahování“ autorskoprávně chráněných děl je naprosto bezproblémově legální a každý případ je skutečně řešit individuálně. Jak bylo naznačeno výše, právní povaha zdroje rozmnoženiny *per se* nehraje v českém právním řádu v posuzování dovolenosti tohoto jednání žádnou roli. Klíčovým limitem je pak výše rozebíraný třístupňový test. Tento je ovšem aplikačně velice náročný a předmětem obsáhlé publikační činnosti mnoha renomovaných akademiků.⁴⁴ Nelze tak důvodně očekávat, že by mu byli schopni porozumět právní laici. Třístupňový test je tak exemplární manifestací výše zmíněné právní nejistoty adresátů právních norem. Ostatně i české soudy kolem třístupňového testu spíše jen lehce „našlapují“, než aby jasně vymezily a vyjasnily, co se pod jeho vágní formulací vlastně skrývá.⁴⁵

Právě tento „interpretační potenciál“ třístupňového testu je dle názoru autora příspěvku možnou cestou, jak lépe vyvážit zájmy všech tří hlavních zainteresovaných skupin.⁴⁶ V současné době jsou výjimky z práva autorského chápány zejména „obsahovými zprostředkovateli“ jako nutné zlo, které je nutno interpretovat co nejúžeji.⁴⁷ V tomto pojetí je pak třístupňový test využíván jako vhodný nástroj k dalšímu omezování již tak poměrně úzce formulovaných výjimek z autorského práva. Přeformulováním,⁴⁸ resp. jeho vhodnější interpretací, by však šlo dosáhnout potřebné flexibility, lepšího vybalancování celého systému a zejména

⁴³ HEČKOVÁ, Lenka, PRCHALOVÁ, Markéta: Skripta k semináři „Ochrana autorských práv“ [online]. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.cpubfilm.cz/skripta.pdf>>.

⁴⁴ Vizte zdroje uvedené v pozn. pod čarou č. 14.

⁴⁵ Vypořádání se s tříkrokovým testem spočívá většinou v prosté rekapitulaci příslušných zákonných ustanovení, případně prosté citace ze základní komentářové literatury. Srovnejte např. rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 20. 12. 2006 sp. zn. 1 Co 27/2006-282 a s ním související zamítavé Usnesení Ústavního soudu ze dne 1. 4. 2010, sp. zn. II.ÚS 423/10, případně rozsudek Nejvyššího soudu ČR rozebíraný v části 4. tohoto příspěvku.

⁴⁶ Jedná se konkrétně o autory autorskoprávně chráněných děl, dále tzv. „zprostředkovatele obsahu“, tj. zejména nakladatelů, filmových distributorů a nahrávacích společností (majitelé práv s autorským právem souvisejících) a konečně samotných uživatelů – konzumentů autorských děl.

⁴⁷ K tomu vizte: DREIER, Thomas: Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 50-54, 2010, ISSN 2190-3387.

⁴⁸ K tomu více vizte: SENFTLEBEN, Martin: The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 67-82, 2010, ISSN 2190-3387.

nastavení systému tak, aby odpovídal technickému vývoji a faktickému stavu. První možností je chápání tříступňového testu jako generální dovolující klauzule. Skutkové podstaty jednotlivých bezesmluvních užití díla by pak měly pouze demonstrativní charakter. Dalším přístupem k reinterpetaci tříступňového testu by bylo jeho povýšení na obecný regulativ dovolenosti bezesmluvního užití autorských děl, při současném opuštění regulace jakýchkoliv konkrétních skutkových podstat výjimek z práva autorského. V podstatě by se jednalo o zavedení doktríny obdobné americkému „fair use“. Posledním, dalo by se říci až revolučním, využitím tříступňového testu by bylo jeho aplikace jako negativního kritéria omezujícího obecně dovolené volné užití autorských děl.⁴⁹ V tomto posledním případě se ale spíše jedná o idealistickou představu, jejíž realizace je vysoce nepravděpodobná. Realistickou tak zůstává zejména první, případně druhá alternativa k současnému chápání tříступňového testu. V takto nastaveném systému by pak konkrétní výčet výjimek měl výše zmiňovanou příkladnou hodnotu a samotný test by sloužil jako otevřená klauzule a vytříbený test proporcionality, který by, jak uvádí Dreier, „poskytl dostatečný prostor pro neautorizované užití děl v rámci rozumných limitů“.⁵⁰

Při všech návrzích právní regulace výjimek je nutné se neustále ptát *cui bono*, tedy komu to prospěje. Kritickým přehlednutím dosavadní legislativní praxe⁵¹ je možno vyzorovat snahu zejména „obsahových zprostředkovatelů“ o maximálně možné rozšíření exkluzivních autorských práv a co největší omezení výjimek. Otázkou zůstává, nakolik je toto jednání motivováno snahou udržet současné obchodní modely a výsadní postavení „obsahových zprostředkovatelů“. Vynaložené prostředky by bylo dle názoru autora příspěvku vhodné spíše alokovat do vývoje adekvátních

⁴⁹ Jak uvádí Polčák in: POLČÁK, Radim: Svatby a jejich alternativy – Hannover 2010. Revue pro právo a technologie, 2010, č. 1., 6, ISSN 1804-5383.

(to marry, not to marry, fair use nebo fair remuneration)

⁵⁰ Tamtéž, s. 78.

⁵¹ Např. již zmíněná problematika právní povahy zdroje rozmnoženiny v Německu. Kriticky k přijímání Směrnice např. HUGENHOLTZ, Hugenholtz, P. B. Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. *European Intellectual Property Review*, č. 11, 2000, s. 501-502. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html>>. Obecně k tomuto trendu pak srovnajte zejména: LESSIG, Lawrence: *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Books, 2004, 368 s., ISBN 978-1594200069. K alarmující dopadům připravované dohody ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) vizte: METZGER, Axel: *A Primer on ACTA: What Europeans Should Fear about the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 109-116, 2010, ISSN 2190-3387.

obchodních modelů, které by více odpovídaly vývoji informačních a komunikačních technologií a neignorovaly by sociální realitu.⁵²

Literature:

- ANTONIADES, Demetris et al: One-Click Hosting Services: A File-Sharing Hideout. IMC '09: In Proceedings of the 9th ACM Conference Internet Measurement. November 2009, Chicago, Illinois, US. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <www.ics.forth.gr/dcs/Activities/papers/imc093-antoniades.pdf>.
- Bernská úmluva o ochraně literárních a uměleckých děl (v Pařížském znění).
- DOBEŠ, Petr. Technické prostředky ochrany autorských práv z pohledu mezinárodního, evropského a českého práva po zásadní novele – 1. část. *Právní rozhledy*, 2006, č. 17, s. 619-623, ISSN 1210-6410.
- DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu I. In *Právní rádce*, roč. 15, č. 4, s. 4-14, 2001, ISSN 1210-4817.
- DOBEŠ, Petr: Rozmnožování autorských děl pro soukromou potřebu II. In *Právní rádce*, roč. 15, č. 5, s. 4-8, 2001, ISSN 1210-4817.
- DOBEŠ, Petr: Technické prostředky ochrany autorských práv z pohledu mezinárodního, evropského a českého práva po zásadní novele – 2. část. *Právní rozhledy*, 2006, č. 18, s. 661-669, ISSN 1210-6410.
- DREIER, Thomas: Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 50-54, 2010, ISSN 2190-3387.

⁵² Jako alternativu k současným distribučním modelům se nejčastěji uvádí tzv. „tarifní model“ K tomu blíže MYŠKA, Matěj: Flat Fee Music [online]. *Masaryk Journal of Law and Technology*, 2008, č. 1. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <http://mujlt.law.muni.cz/storage/1234798737_sb_06_myska.pdf>.

- HEČKOVÁ, Lenka, PRCHALOVÁ, Markéta: Skripta k semináři „Ochrana autorských práv“ [online]. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.cpufilm.cz/skripta.pdf>>.
- HUGENHOLTZ, Hugenholtz, P. B. Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid. *European Intellectual Property Review*, č. 11, 2000, s. 501-502. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html>>.
- HUGHENHOLTZ, P. Bernt et al.: *Harmonizing European Copyright Law The Challenges of Better Lawmaking*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, 374 s., ISBN 978-90-411-3130-0.
- HUGHENHOLTZ, P. Bernt et al.: *The Future of Levies in a Digital Environment* [online]. 2003, 75 s. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>.
- LESSIG, Lawrence: *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Books, 2004, 368 s., ISBN 978-1594200069.
- LITMAN, Jessica, *Real Copyright Reform* [online]. *Iowa Law Review*, Vol. 96, No. 1, 2010. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://ssrn.com/abstract=1474929>>.
- MACICH, Jiří: *Případ kinorip: od klukoviny k jedné z největších pirátských kauz* [online]. *Lupa.cz*, 21. 1. 2008. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://www.lupa.cz/clanky/pripad-kinorip/>>.
- MENELL, Peter S.: *Envisioning Copyright Law's Digital Future*. UC Berkeley Public Law Research Paper No. 95. 2002. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=328561>.
- METZGER, Axel: *A Primer on ACTA: What Europeans Should Fear about the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*, roč. 1, č. 2., s. 109-116, 2010, ISSN 2190-3387.

- MYŠKA, Matěj: Flat Fee Music [online]. Masaryk Journal of Law and Technology, 2008, č. 1. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <http://mujlt.law.muni.cz/storage/1234798737_sb_06_myska.pdf>.
- PHILAPITSCH, Florian: Die Digitale Privatkopie, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2007, 237 s., ISBN 978-3-7083-0479-3.
- POLČÁK, Radim: Právo na internetu Spam a odpovědnost ISP. Brno: Computer Press, 2007, 160 s., 978-80-251-1777-4.
- POLČÁK, Radim: Svatby a jejich alternativy – Hannover 2010. Revue pro právo a technologie, 2010, č. 1., 6, ISSN 1804-5383.
- ROETTIGERS, Janko: Piracy Beyond P2P: One-Click Hosters [online]. Gigaom, 2007. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <<http://gigaom.com/video/one-click-hosters/>>.
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. října 2010 ve věci C-467/08.
- SENFTLEBEN, Martin: Copyright, Limitations and the three-step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law. The Hague: Kluwer Law International, 2004, 356 s., ISBN 9041122672.
- SENFTLEBEN, Martin: The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation. Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law, roč. 1, č. 2., s. 67-82, 2010, ISSN 2190-3387.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/29/ES ze dne 22. května 2001 o harmonizaci určitých aspektů práva autorského a práv s ním souvisejících v informační společnosti (Úř. věst. č. L 167, 22. 6. 2001, s. 10).
- Smlouva Světové organizace duševního vlastnictví o právu autorském ze dne 20. prosince 1996 (sděl. č. 33/2002 Sb. m. s.).

- Smlouva Světové organizace duševního vlastnictví o výkonech výkonných umělců a o zvukových záznamech ze dne 20. prosince 1996 (sděl. č. 48/2002 Sb. m. s.).
- TELEC, Ivo, TŮMA, Pavel: Autorský zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, 989 s., ISBN 978-80-7179-608-4.
- Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist. Dostupný z: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf>>.
- Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 25. 3. 2009, sp. zn. 5 Tdo 234/2009. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z:
- Vyhláška č. 488/2006 Sb., kterou se stanoví typy přístrojů k zhotovování rozmnoženin, typy nenahraných nosičů záznamů a výše paušálních odměn, ve znění pozdějších předpisů.
- Vyjádření veřejného ochránce práv k vyhlášce č. 488/2006 Sb., kterou se stanoví typy přístrojů ke zhotovování rozmnoženin, typy nenahraných nosičů záznamů a výše paušálních odměn [online]. [cit. 21-11-2010]. Dostupný z: <http://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/7226/_s.155/10202?docid=108530>.
- Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 216/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů a některé další zákony.

Contact – email

matej.myska@law.muni.cz

VLASTNICTVÍ BYTŮ V ČR A EVROPĚ - VYBRANÉ PROBLÉMY

PAVEL PETR

Právnická fakulta UP

Abstract in original language

Na rozdíl od České republiky, je vlastnictví bytů upraveno v téměř všech evropských zemích již od poválečného období. Jakkoliv se jedná o etablovaný institut, i dnes přináší řadu problémů. Jejich řešení (ale také neřešení) může být inspirací pro českou právní úpravu, která se aktuálně nachází na rozcestí. Vlastnictví bytů totiž s sebou přináší i řadu mimoprávních aspektů, které výslednou normativní podobu ovlivňují.

Key words in original language

Vlastnictví bytů - byt - historický vývoj

Abstract

Unlike the Czech Republic, flat ownership is regulated in almost all European countries since the postwar period. Although it is a well-established institute, nowadays is still fraught with problems. Their solutions may be the inspiration for the Czech legislation, which is currently at a crossroads. Ownership of flats is also bringing a number of non-legal aspects that affect the final legislative form.

Key words

Flat ownership - flat - historical background

Bytové vlastnictví nebo vlastnictví bytů?

Dříve než zodpovíme výše uvedenou otázku, je zapotřebí nastínit, co lze chápat pod pojmem „vlastnické právo“. Mezi vlastnictvím (jako ekonomickou kategorií) a vlastnickým právem (jako kategorií právní) je rozdíl. Vlastnictví je souhrnem historicky určených majetkových vztahů držby, užívání a dispozic s věcmi, zatímco vlastnické právo představuje právními normami regulovaný právní vztah.¹ Právo vlastnit majetek je zakotveno, jako jedno ze základních lidských práv, v Listině základních práv a svobod. Jak je patrné hned z úvodních ustanovení, nečiní zákonodárce rozdíl mezi vlastnictvím osobním a státním, jak tomu bylo před rokem 1989. Přesto se dodnes pro byt ve vlastnictví dle zákona č.

¹ *Fiala, J.* in FIALA, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Brno : Doplněk, 2002. s. 105.

72/1994 Sb., o vlastnictví bytů, používá výraz osobní vlastnictví. To ovšem není správné.

Vlastnické právo k bytu vzniká toliko v režimu citovaného zákona. Jde tedy o věc v právním smyslu. Nelze ovšem hovořit, že by byl byt věcí v právním smyslu všeobecně, byt' ustanovení § 118 odst. 2 ObčZ k tomu svádí.² Zde je zapotřebí rozlišovat mezi předmětem a věcí v právním smyslu.³ Uvedené termíny nelze chápat jako synonyma. Byt byl předmětem⁴ právních vztahů (např. závazkových) již před účinností zákona o vlastnictví bytů. Věcí v právním smyslu se stal až s jeho účinností.⁵ Jinými slovy řečeno, a tím se konečně dostáváme k zodpovězení původní otázky, je zapotřebí rozlišovat o jaký byt se jedná, resp. zda je věcí v právním smyslu nebo pouhým předmětem.

K precizaci výše uvedeného, je možné poskytnout detailnější pohled na příkladu privatizace bytového fondu. Privatizace zahrnuje převody, ale i přechody majetku státu na jiné právnické nebo fyzické osoby. V případě bytového fondu, lze hovořit o dvou hlavních formách. Tou první je bezpochyby přechod vlastnického práva k bytům v bytových domech⁶ na základě zákona č. 172/1991 Sb., o přechodu některých věcí z majetku České republiky do vlastnictví obcí.⁷ Druhou, pak představují převody vlastnictví k jednotlivým bytům na základě zákona o vlastnictví bytů. Zdánlivě se jedná o totéž, ale není tomu tak. Skutečnou privatizací ve smyslu odstátnění představuje jen první forma, resp. druhá jen, když je převodcem stát. Srovnáme-li obě formy, dojdeme k nevyhnutelnému závěru, že v prvním případě, je obec vlastníkem bytového domu (nikoliv bytů v něm se nacházejících). Ve druhém, pak jednotlivé fyzické nebo právnické osoby

² Podobně i judikatura na začátku účinnosti zákona o vlastnictví bytů uvízla v pasti interpretace právního předpisu. Srov. rozhodnutí Krajského soudu v Brně čj. Ca 254/1993.

³ Fiala, J. in FIALA, J.; NOVOTNÝ, M.; OEHM, J.; HORÁK, T. *Zákon o vlastnictví bytů. Komentář*. 3. vyd. Praha : C. H. Beck 2005. s. 8.

⁴ Roz. nepřímým předmětem (objektem) právních vztahů.

⁵ De iure byl byt věcí v právním smyslu už v režimu zákona č. 52/1966 Sb., o osobním vlastnictví k bytům.

⁶ FRELICOVÁ, K. Exkurz do zákona o přechodu některých věcí z majetku ČR do vlastnictví obcí. *Aplikované právo*, 2007, č. 2, s. 114. Resp. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. února 2001, sp. zn. 30 Cdo

950/2000.

⁷ V tomto případě jde o privatizaci *stricto sensu*.

jsou již vlastníky bytu, přesněji jednotky ve smyslu zákona o vlastnictví bytů.⁸ Byt je věcí v právním smyslu jen v režimu zákona o vlastnictví bytů.

Bytové vlastnictví je užším pojmem než vlastnictví bytů. To, může mít podobu vlastnictví obytného domu, rodinného domku nebo jiné nemovitosti, v níž se nachází byty. Věcí zde ovšem nikdy není byt.

Bytové vlastnictví představuje zvláštní druh podílového spoluvlastnictví budovy (domu), v němž spoluvlastník budovy je zároveň vlastníkem bytu nebo nebytového prostoru, jakožto vymezené jednotky. Tato pluralita předmětů (byt – dům - případně i pozemek) je imanentní konceptu bytového vlastnictví.⁹ Nelze si tedy představit tuto formu vlastnictví v budově jen s jedním bytem, resp. nebytovým prostorem.

Na skok za hranice

Bytové vlastnictví v české podobě představuje realizaci dualistické koncepce vlastnictví bytů ve spoluvlastnickém pojetí.¹⁰ Někteří autoři označují tuto koncepci nepřesně za podsystém anglosasko-francouzského systému.¹¹

V právně blízkých zemích – Rakousku, Německu, Slovensku a Polsku – je situace podobně komplikovaná. Např. německý systém tzv. Dauerwohnrecht je založen na diametrálně odlišné koncepci. Ta souvisí s aprobací superficiární zásady v Německu. Věcí v právním smyslu je zde pouze pozemek, zahrnující vše co je na jeho povrchu, tedy i dům, resp. byt. Podílové vlastnictví pozemku je spojeno bezvýhradně s bytem. Ovšem nikoli s vlastnickým právem k bytu, nýbrž jen s užívacím právem ke konkrétnímu bytu. Němečtí autoři hovoří v nadsázce o „věcném“ nájemním právu (verdinglichte Miete). Jde tedy o zvláštní zcizitelné, dědičné, věcné užívací právo (Nutzungsrecht).¹² Polská právní úprava zase představuje

⁸ To zahrnuje vlastnictví k bytu (coby vymezené jednotce) a zároveň podílové spoluvlastnictví ke společným částem domu, resp. i pozemku.

⁹ Op. cit. sub 1., s. 149.

¹⁰ LUBY, Š. *Vlastnictví bytov.* Bratislava : Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 200.

¹¹ DVOŘÁK, T. Několik úvah k právní úpravě vlastnictví bytů a nebytových prostorů de lege ferenda. *Právní rozhledy*, 2007, č. 18., s. 671.

¹² H.Grziwotz in JENIßEN, G. et al. *Wohnungseigentumgesetz.* Köln : Dr. Otto Schmidt Verlag, 2008. s. 933.

výjimku¹³, z jinak platné zásady superficies solo cedit.¹⁴ Byt může být samostatnou nemovitostí.

Jak vidno, právní úprava vlastnictví bytů má různou podobu. Klíčové je, jak se zákonodárce vypořádá se superficiální zásadou. Jestli je byt zvláštní nemovitostí, věcným právem nebo věcí v právním smyslu je jen konsekvencí výše uvedených úvah.

Literature:

- CIOCH, H.; WITCZAK, H. Zásada superficies solo cedit w prawie polskim. *Rejent*, 1999, Nr. 5.
- DVOŘÁK, T. Několik úvah k právní úpravě vlastnictví bytů a nebytových prostorů de lege ferenda. *Právní rozhledy*, 2007, č. 18., s. 671.
- FIALA, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Brno : Doplněk, 2002. s. 105.
- FIALA, J.; NOVOTNÝ, M.; OEHM, J.; HORÁK, T. *Zákon o vlastnictví bytů*. Komentář. 3. vyd. Praha : C. H. Beck 2005. s. 8.
- FRELIHOVÁ, K. Exkurz do zákona o přechodu některých věcí z majetku ČR do vlastnictví obcí. *Aplikované právo*, 2007, č. 2, s. 114.
- JENIßEN, G. et al. *Wohnungseigentumsgesetz*. Köln : Dr. Otto Schmidt Verlag, 2008. s. 933.
- LUBY, Š. *Vlastnictví bytov*. Bratislava : Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 200.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. února 2001, sp. zn. 30 Cdo 950/2000.
- Rozhodnutí Krajského soudu v Brně čj. Ca 254/1993.

¹³ CIOCH, H.; WITCZAK, H. Zásada superficies solo cedit w prawie polskim. *Rejent*, 1999, Nr. 5.

¹⁴ Srov. § 2 odst. 1 Ustawy o własności lokali.

Contact – email
pavel.petr@upol.cz

OSOBNÍ POVAHA PRÁV A POVINNOSTÍ VZNIKAJÍCÍCH PORUŠENÍM PRÁVA NA OCHRANU OSOBNOSTI VS. PRÁVO NA ŽIVOT

MARIÁN ROZBORA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta Brno, katedra občanského práva

Abstract in original language

Právo na ochranu osobnosti je pojmově spjata s individualitou osobnosti. Právní praxe proto dovozuje, že i práva povinnosti vznikající porušením tohoto práva jsou spjata s těmito osobami a smrtí (zánikem) dotčené osoby, či „aktéra“ porušení osobnostního práva zanikají. K zániku dochází jak v rovině práva hmotného (§ 579 ObčZ), tak v rovině procesního, když nelze připustit procesní nástupnictví (§107 OSŘ). Takovýto výklad ovšem vede k zjevným nespravedlnostem, a to přinejmenším v situacích, kdy zásah do práva na ochranu osobnosti spočívá právě v usmrcení osoby, nebo ublížení na zdraví s následkem smrti. Proto se autor snaží řešit tuto otázku přímo v kontextu práva na život, a to především zohledněním judikatury ESLP. V kontextu českého národního práva pak poukazem na další výkladové alternativy.

Key words in original language

Ochrana osobnosti; právo na život.

Abstract

The right of protection of personality is conceptually linked to the individuality of personality. Legal practice, therefore, concludes that the rights and obligations arising from violations of these rights are bound up with these people and death (extinction) of the person concerned, or "player" violation of personal rights expire. The author seeks to address this question directly in the context of the right to life, especially taking into account the ECHR case law.

Key words

Protection of personality; right to life.

I. Úvod

I.I Předmět práce

Právo na ochranu osobnosti je pojmově spjata s individualitou osobnosti. Právní praxe proto dovozuje, že i práva a povinnosti vznikající porušením tohoto práva jsou spjata s těmito osobami a smrtí (zánikem) dotčené osoby, či „aktéra“ porušení osobnostního práva zanikají. K zániku dochází jak v rovině práva hmotného, tak v rovině procesního (nelze připustit procesní nástupnictví). Takovýto výklad ovšem vede k zjevným nespravedlnostem, a

to přinejmenším v situacích, kdy zásah do práva na ochranu osobnosti spočívá právě v usmrcení osoby, nebo ublížení na zdraví s následkem smrti.

I.II Metodologie

Tato práce nepředstavuje ambiciózní snahu vyřešení otázky, ale jen zamyšlení nad možnými podněty. Proto i obsahově jde pouze o nastínění možného řešení, a nikoli o vyčerpávající výčet alternativ možných řešení, či vyčerpávající zdůvodnění některého z názorů.

Tento záměr autora rovněž definuje i metodologický přístup, kdy je nejdříve stručně nastíněna současná soudní praxe a následně upozorněno na několik případů odlišného přístupu. Metodologicky se tedy jedná o přístup více-méně empirický.

II. Česká národní judikatura

Výstižnou charakteristiku názorové linie současné soudní praxe vyjadřuje mj. rozsudek Nejvyššího soud, sp. zn. 30 Cdo 1051/2005, když uvádí: *„Při určení subjektu, na nějž dopadají sankce podle § 13 o.z., se zákonná konstrukce tohoto ustanovení vymezuje vztahem vzniklým v důsledku neoprávněného zásahu do práva na ochranu osobnosti fyzické osoby, mezi touto osobou a osobou, které se zásah přičítá. To odůvodňuje dělení subjektů všeobecného osobnostního práva na subjekty oprávněné (t.j. nositele všeobecného osobnostního práva, kterými mohou být pouze fyzické osoby) a na subjekty povinné z taktó vzniklého vztahu (kterými mohou být jak fyzické, tak i právnické osoby)... Z konstrukce zmíněného ustanovení je třeba dovodit při neoprávněném dotčení osobnostních práv fyzické osoby bezprostřední vazbu mezi oprávněnou osobou na jedné straně a povinnou osobou na straně druhé. Jde tak o právo osobní, jehož jedním z atributů je, že ve smyslu ustanovení § 579 o.z. zaniká smrtí oprávněného nebo smrtí povinného (zde jako osoby, která má povinnost poskytnout příslušné zadostiučinění oprávněné osobě).“*

Při takovémto pojmání hmotně-právních otázek pak dochází k zániku odpovědnostního právního vztahu zánikem jeho subjektů. To jednak na straně osoby oprávněné (tj. poškozeného), ale též rovněž na straně povinné (tj. škůdce), jak např. plyne z rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1051/2005: *„To pak bylo nepochybně určující i při posouzení uplatněného nároku. V řízení nebylo zpochybňováno a ani zpochybněno, že zásah do osobnostních práv žalobců je spojován s úmrtím syna prvních dvou žalobců (resp. bratra třetího žalobce) při dopravní nehodě, kterou zavinil M. P., který na následky nehody též zemřel. Žalovaná však byla jako pojišťovna pouze účastníkem pojistného vztahu z odpovědnosti pojištění vozidla uzavřeného mezi ní a uvedeným M. P. Je nepochybné, že žalovaná sama nikterak nezasáhla do osobnostních práv žalobců (což žaloba ostatně ani netvrdí)... Jestliže tedy v souzeném případě osoba, u níž okolnosti odůvodňují posuzovat ji jako potencionálně povinnou osobu za tvrzený*

zásah do osobnostních práv žalobců, zemřela, zanikla tím s přihlédnutím k vyloženému ve smyslu ustanovení § 579 odst. 1 o.z. její případná povinnost vyvozovaná z ustanovení § 13 o.z. V tomto případě se jedná o výlučně osobní povinnost povinného subjektu. Kromě toho zákon sám nestanoví eventuální možnost případného přechodu této povinnosti na další osoby, jako osoby z tohoto vztahu povinné.“, nebo usnesení téhož soudu sp.zn. 30 Cdo 27/2009.

V úvodu příspěvku byla otázka vymezena rovněž v souvislosti s případy, kdy přichází ke smrti osoby oprávněné, tj. poškozené. Zde se sluší poukázat též na rozhodnutí soudní praxe, která reaguje na situaci, kdy k úmrtí poškozeného dochází až po podání žaloby. K tomu Vrchní soud v Olomouci v rozsudku sp. zn. 1 Co 315/2008 uvedl, že: *„Práva a povinnosti z odpovědnosti za protiprávní zásah do osobnostních práv fyzické osoby jsou vázány na osobu postižené fyzické osoby i na osobu původce protiprávního zásahu, nelze je převést na jiný subjekt, zanikají jak smrtí dotčené fyzické osoby, tak smrtí nebo zánikem původce zásahu a nepřechází na dědice či jiné právní nástupce. Pokud v řízení o ochranu osobnosti žalobce nebo žalovaný ztratí způsobilost být účastníkem řízení smrtí fyzické osoby nebo zánikem právnické osoby, povaha věci neumožňuje v řízení pokračovat s právním nástupcem (§ 107 odst. 5 o. s. ř.).“*, nebo též usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 27/2009 a další. V nalézacím soudním řízení není možný přechod práv a povinností, a to samé si je docela dost dobře možné představit i ve vztahu k řízení exekučnímu.

Pokud jde o názorovou tendenci Ústavního soudu, tak rovněž je možno shledat shodné stanovisko. Např. z usnesení sp. zn. I. ÚS 207/2000 pak plyne, že je rozdíl v tom, v jakém smyslu se případný žalobce domáhá ochrany osobnosti. Ačkoliv přímo takto jeho názor nezní, jeho rozhodnutí vyznívá v tom smyslu (ve shodě s názory obecných soudů), že je rozdíl mezi ochranou osobnosti poškozeného a osob s poškozeným spjatých. Nepřipustí-li obecný soud možnost žalobce domáhat se práv na ochranu osobnosti zemřelé osoby, tak se nejedná o zásah do práv žalobce. Důvod spočívá v tom, že takovýto žalobce má své vlastní právo na ochranu své vlastní osobnosti.

III. Evropská úmluva o ochraně lidských práv

Lze se ovšem ptát, zda současný kategorický přístup je věcně správný. Otázka nároků vznikajících z porušení práva na ochranu osobnosti spadá do rámce občanského práva. Občanské právo, i když je relativně samostatným právním odvětvím, není odtrženo od ostatních právních odvětví. Není tedy odtrženo ani od ústavního práva. V české právní vědě se více-méně ustálilo pojetí „prozařování“ ústavního práva právem občanským (či obecněji:

soukromým).¹ V případě práva na ochranu osobnosti navíc nelze odhlížet od té přímé souvztažnosti, že občanské právo přímo realizuje otázky ústavní povahy, či navazuje na ústavně-právní základ. Proto logicky lze k vytyčenému problému přistupovat nikoli pouze ze zdrojů, které jsou vlastní právu občanskému. Ale naopak je možné čerpat z podnětů typických pro právo ústavní.

Jednou výsostně ústavně-právní oblastí jsou lidská práva. Nejedná se jenom o lidská práva přímo zakotvená v pramenech ústavního práva, které mají formálně svůj původ ve vnitrostátních formách. Součástí ústavního pořádku jsou totiž i mezinárodní smlouvy o ochraně lidských práv. Takovýmto významným „hráčem“ v geopolitických podmínkách evropských států je právě Evropská úmluva o ochraně lidských práv, publikovaná ve sbírce zákonů pod č. 209/1992 Sb (dále jen „EÚLP“), o kterou se opírá značné množství judikatury štrasburského soudu. A právě ve štrasburské judikatuře lze dle mého názoru hledat impulsy k odlišnému nazírání na problematiku osobní povahy práva vznikajícího při zásahu do práva na ochranu osobnosti, alespoň pro případ, kdy poškozený v důsledku těchto zásahů zemře.

Ve věci Keenanová proti Spojenému království se u Štrasburského soudu domáhala pani Keenanová ochrany, když její syn Mark Keenan dne 15. května 1993 zemřel ve věku 28 let udušením po spáchání sebevraždy ve výkonu trestu odnětí svobody. Mark Keenan trpěl symptomy paranoie, agrese, násilí a úmyslného sebepoškozování, když jeho chování bylo dokonce někdy nepředvídatelné. V té souvislosti bylo u něj podezření ze sebepoškozování; dokonce byl v důsledku sebepoškození i dvakrát hospitalizován. V jeho zdravotní dokumentaci se nacházely záznamy o poruše osobnosti, paranoidní psychóze, hrozbách sebevraždou. Paní Keenanová se nedomáhala ochrany svého práva na ochranu osobnosti ve smyslu čl. 8 Úmluvy. Domáhala se ochrany v režimu čl. 2 Úmluvy, když její syn byl zbaven života. Z pohledu vytyčené otázky je důležité upozornit, že Štrasburský soud jednomyslně rozhodl, že žalovaný stát musí vyplatit „stěžovatelce 10 000 GBP jako náhradu morální újmy.“

V další věci Ramsahai a další proti Nizozemí se na Štrasburský soud v souvislosti s úmrtím pana Moravia Ramsahai obrátili tři stěžovatelé. První dva stěžovatelé, pan Renee Ghasuta Ramsahai a paní Mildred Viola Ramsahai, byli dědeček a babička zemřelého pana Moravii Ramsahai, přičemž byli opatrovníci svého vnuka do doby, než v 18 letech dospěl. Třetí stěžovatel, pan Ricky Moravia Ghasuta Ramsahai, narozený v roce 1960, byl otcem Moravii Ramsahai. Při zákroku policistů byl jmenovaný zastřelen, jelikož měl v návaznosti na předchozí konflikty policisty ohrozit zbraní. Ani ve zdejších případech – zcela logicky – nebyl jmenovaný

¹ Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva. 2. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 69

účastníkem řízení (ani vnitrostátního, ani před Štrasburským soudem); stížnost podali výlučně pozůstalí, a to s poukazem na právo na ochranu života zemřelého (tj. čl. 2 Úmluvy). Opětovně upozorním na část výroku, kdy mj. bylo uzavřeno, že žalovaný stát musí zaplatit stěžovatelům částku 20.000,- Eur za vzniklou morální újmu.

Dalším případem je věc McKerr proti Spojenému království. Dne 11. 11. 1982 Gervaise McKerr, řídil vozidlo, v němž se nacházeli další dva muži. Nikdo z nich nebyl ozbrojen. V Tullygally Road v East Lurganu bylo na vozidlo vypáleno nejméně 109 výstřelů policisty ze speciálně vycvičené mobilní jednotky patřící ke Královskému policejnímu sboru Ulsteru (Royal Ulster Constabulary, dále RUC). Všichni tři muži byli usmrceni. Stížnost ke Štrasburskému soudu podala manželka pana McKerr – paní Eleanor Creaney, která však v průběhu řízení o stížnosti zemřela. Na její místo nastoupil její syn – současně syn p. Gervaise McKerr – Jonathan McKerr. Z cíle této práce je pak zajímavý podnět jak „procesního nástupnictví“, tak rovněž i obdobný výrok, kdy soud přiznal stěžovateli náhradu za vzniklou nemateriální újmu. Opětovně bylo posuzováno právo na ochranu zemřelé osoby dle čl. 2 Úmluvy, a nikoli osobnostní právo stěžovatelky dle čl. 8 Úmluvy.

Z oblastí zeměpisně bližších lze poukázat na případ Kontrová proti Slovensku, kdy paní Kontrová žijící v Michalovcích podala na svého manžela trestní oznámení za domácí násilí, které však následně „vzala zpět“. V době dramatické situace pak byl policejní orgán informován jak oznámením paní Kontrové, tak i dalšími osobami, že manžel stěžovatelky vyhrožuje tím, že zabije jejich dvě děti i sebe. Bohužel se tyto výhrůžky naplnily, přičemž policejní orgán je bral na lehkou váhu. Ani paní Kontrová – podobně jako tomu bylo v předchozích věcech – neopírala svou stížnost o ochranu svého vlastního práva na ochranu osobnosti, ale o právo na ochranu života svých blízkých. Rovněž i zde bylo stěžovatelce přiznáno právo na náhradu nemateriální újmy v penězích.²

Z uvedeného přehledu několika z mnoha případů lze dle mého názoru dospět k zajímavému podnětu. Jak je totiž možné, že ESLP umožňuje, aby „osoba blízká“ se může domáhat přímo práv jiné osoby, která již zemřela?

Odpověď lze nalézt ve zvláštní povaze práva na život. Obecně totiž platí nezpochybnitelný přístup, že každý se může domáhat pouze ochrany svých práv tak, jak to má na mysli česká národní judikatura. V případě, že ale dochází k porušení práva na život, jedná se logicky o situaci jinou.

² Mnohé další obdobné případy lze nalézt též v práci Čapek, J.: Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod. I. část – Úmluva. Praha: Linde a.s., 2010, s. 15-44

Ochrana soukromí, resp. soukromého života je zakotvena normativně v čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (ústavní zákon č. 2/1993 Sb., dále jen „LZPS“), přičemž ale právo na život jednotlivce je naproti tomu „odděleně“ zakotven v čl. 5 LZPS. Obdobně je tomu v režimu EÚLP, kdy právo na ochranu soukromí nalezneme primárně v čl. 8, ale právo na život jako takové v čl. 2 EÚLP.

Toto „oddělení“ se promítá i do rozdílného přístupu v praktické realizaci. Při porušení práva na život je totiž logickým důsledkem, že pokud je právo nezvratně porušeno (tj. přijde k úmrtí osoby v důsledku protiprávního jednání), tak by význam práva na život jako takového (tj. čl. 5 LZPS a čl. 2 EÚLP) bylo pouhou filozofickou ozdobou lidsko-právních dokumentů. ESLP si je totiž vědom toho, že z povahy věci je nutno v případě úmrtí fyzických osob připustit, aby se ochrany práva na život osoby domáhala nějaká jiná „spřízněná“ osoba. Nelze přitom rovněž odhlížet od samotného práva na ochranu života. Rovněž nelze navzájem směšovat právo na ochranu života (např. právo na ochranu života otce) a právo na ochranu soukromého a rodinného života jiné osoby (např. právo dcery, aby její otec byl na živu).

Samozřejmě i ESLP narazil na otázku praktické realizace této vznešené myšlenky, přičemž se s ní vypořádal prostřednictvím pojmu tzv. nepřímě poškozené osoby. I ESLP totiž zastává názor o tom, že ochrany práv se může domáhat ten, do jehož práv bylo zasaženo. A právě v otázce ochrany práva na život připustil existenci institutu „nepřímě poškozený“. Jeho vymezení spočívá právě v tom, že bylo zasaženo do práv osob, které jsou s přímým poškozeným pevně spřízněny, resp. mají zájem na ochraně práv přímého poškozeného.³

IV. Peněžité zadostiučinění

Pro právní praxi má v souvislosti s touto otázkou rovněž výrazný význam problematika přiměřeného peněžitého zadostiučinění. Vyjdeme-li z možného řešení, že osoba v postavení žalobce má možnost chránit porušení práva na život „spřízněné“ osoby (na rozdíl od současné praxe), tak lze rovněž tato osoba v postavení žalobce má i právo na přiznání přiměřeného zadostiučinění. Ostatně ve všech citovaných rozsudcích ESLP bylo současně přiznáno i přiměřené zadostiučinění, ačkoli ve všech věcech se jednalo o stížnosti z titulu práva na život zemřelé osoby (tj. čl. 2 EÚLP), a nikoli o právo na ochranu vlastní osobnosti (tj. čl. 8 EÚLP).

Současná teorie rovněž kritizuje skutečnost, že „spřízněná“ osoba *de lege lata* nemůže požadovat přiznání přiměřeného zadostiučinění v penězích,

³ Blíže k této otázce srov. např. Hubálková, E.: *Evropská úmluva o lidských právech a česká republika*. Praha: Linde a.s., 2003, s. 29.

příčemž hovoří o „neodůvodněné prémii“. „Uvažováno de lege ferenda je tento stav neodůvodněnou premií pro toho, kdo do osobnostních práv zemřelé fyzické osoby neoprávněně zasáhl, a tím výhodou pro původce neoprávněného zásahu na úkor cizí fyzické osoby, které byla způsobena újma. Připravovaná úprava nového občanského zákoníku by proto měla i právo na náhradu nemajetkové újmy v penězích po zemřelé osobě přiznat osobám podle § 15, resp. jejich rozšířenému výčtu (srov. výklady u § 15). Část teorie ostatně již dnes uvažuje, že tomuto závěru platné znění § 15 svým obsahem nebrání; rovněž např. návrh novely rakouského deliktního práva u nároků na náhradu ideální škody výslovně stanoví, že je lze postoupit a dědit.“⁴ Citaci lze rozvinout i do extrémnější polohy. Za této situace totiž dochází k paradoxu, kdy je pro samotného rušitele lépe osobu usmrtit, než „jen“ zmrzačit, protože se tak konec-konců vymaňuje civilně-právní odpovědnosti.

Ostatně lze poukázat i nález Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 281/97 odkazující na Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (č. 120/1976 Sb.), a to jak na právo na život dle čl. 6, tak i na právo na ochranu soukromého života v režimu čl. 9. Nález je mj. zajímavý tím, že bez dalšího rozhodl o hmotně-právním a procesním nástupnictví, navzdory tomu, že nárok stěžovatele vycházel z titulu náhrady za ztížení společenského uplatnění, který je dle výslovného znění ust. § 579 odst. 2 ObčZ právem osobním. Ústavní soud konstatoval: „Dne 7. 6. 1999 se Ústavní soud dozvěděl, že stěžovatel J. Š. zemřel dne 27. 9. 1998. Usnesením, č. j. I. ÚS 281/97-32, ze dne 9. 6. 1999, Ústavní soud řízení přerušil s tím, že v řízení bude pokračovat s dědici stěžovatele, jakmile skončí řízení o dědictví. Usnesením Městského soudu v Brně, sp. zn. 58 D 846/98, ze dne 22. 5. 2000, pravomocným dne 14. 6. 2000, pominuly důvody pro přerušení řízení o ústavní stížnosti. Dle tohoto usnesení se dědici pozůstalého stali pozůstalá manželka L. Š. a nezl. syn J. Š. Ústavní soud tedy pokračuje v řízení s těmito dědici jako účastníky řízení.“ Ačkoliv tedy absentuje výslovná argumentace, celým případem se proplétá otázka obecných zásad spravedlnosti a právo na život. Proto je možné legitimně předpokládat aplikaci těchto hledisek i v otázce nástupnictví do práv zemřelé osoby.

Otázka přiznání přiměřeného zadostiučinění v penězích tedy je řešitelná, přičemž lze podpůrně odkázat mezinárodní lidsko-právní dokumenty. Eventuálně je možno poukázat též na jistou vývojovou tendenci obsahu sankcí v civilním právu, kdy lze zvolit takovou výkladovou alternativu, která neumožní škůdci zbavit se represivní složky sankce. Obecně je funkcí práva prevence, reparace a represe, proto i sankce (pojmový znak práva)

⁴ Švestka, J. In Švestka, J. Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I, 2. vydání, Praha 2009, s. 203.

disponuje složkou preventivní, reparační a represivní.⁵ V případě přiměřeného zadostiučinění v rámci institutu nekalé soutěže přitom soudní praxe dovozuje i represivní funkci sankce, nikoli výlučně reparační (ačkoli reparační je rozhodující).⁶ To dle mého názoru lze obdobně aplikovat i v režimu práva na ochranu osobnosti, což znamená volbu takové interpretace, která umožní přechod práv, a tím zároveň naplnění represivní funkce sankce.

V. Závěr

Cílem příspěvku není jednoznačné vyvrácení dosavadní národní praxe, či názorové tendence. Snahou je pouze poukázání na další možné podněty. Podněty jsou však zaměřeny jenom do oblasti porušení práva na život. V těchto případech se – alespoň autorovi – jeví být nespravedlivým, aby rušitel (škůdce atp.) požíval výhod z toho, že osobu usmrtí, a nikoli „pouze“ zmrzačí.

Autor neskrývá jistou dávku voluntarismu, nicméně rovněž nepovažuje judikaturní stanoviska za zcela neprůstřelná. Zvláštní povaha práva na ochranu života, resp. ta skutečnost, že osoba zbavená života se objektivně nemůže domáhat ochrany, a tím by toto právo ztratilo fakticky smysl, totiž dle podnětů z judikatury Štrasburského soudu dovoluje i jinou výkladovou alternativu.

Literature:

- Čapek, J.: Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod. I. část – Úmluva. Praha: Linde a.s., 2010, s. 887, ISBN 978-80-7201-789-4.
- Fiala, J. a kol.: Občanské právo hmotné. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2002, ISBN 80-210-2793-2 a ISBN 80-7239-111-9.

⁵ Blíže srov. Rozbora, M: Systém a struktura soukromého práva z pohledu sankcí. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings. 2010. Brno: Masarykova univerzita Brno, 2010, s. 1276-1303.

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 32 Odo 447/2006. „Výše peněžitého zadostiučinění z hlediska její přiměřenosti musí být posuzována jak z objektivních, tak i subjektivních hledisek. Peněžní satisfakce, z hlediska výše peněžitého zadostiučinění, má rovněž sankční povahu, neboť její zaplacení představuje pro rušitele nejen újmu morální, která má vyrovnat porušenou rovnováhu v postavení rušitele a postižené osoby, ale představuje i újmu finanční. Nemateriální stránka satisfakce je ovšem při poskytování zadostiučinění rozhodující.“

- Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 458, ISBN 8021025921.
- Hubálková, E.: Evropská úmluva o lidských právech a česká republika. Praha: Linde a.s., 2003, s. 743 ISBN 80-7201-417-X.
- Knap, K., Švestka, J., Jehlička, O., Pavlík, P., Plecítý, V.: Ochrana osobnosti podle občanského práva. 4. vyd. Praha: Linde a.s., 2004, s. 440, ISBN 80-7201-484-6.
- Rozbora, M: Systém a struktura soukromého práva z pohledu sankcí. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings. 2010. Brno: Masarykova univerzita Brno, 2010, s. 1276-1303, ISBN 978-80-210-5151-5.
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. 2. vyd. Praha 2009, s. 1394, ISBN 978-80-7400-108-6.

Contact – email

rozbora.marian@seznam.cz

OPČTNÍ NÁSTROJ - NOVÉ MOŽNOSTI SOUKROMÉHO PRÁVA

MARKÉTA SELUCKÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Rozhodnutím Komise 2010/233/EU ze 26. dubna 2010 došlo k zřízení skupiny odborníků pro společný referenční rámec v oblasti evropského smluvního práva, která se má zabývat opčním nástrojem a evropským smluvním (závazkovým) právem. Opční nástroj přinese nové možnosti pro přeshraniční obchod v EU.

Key words in original language

Evropské smluvní (závazkové) právo; opční nástroj; skupina expertů.

Abstract

The European Council at Tampere in October 1999 requested the Commission to study the need to harmonize legislation in the area of substantive civil law. The Commission set up a group of experts in the area of civil law, and in particular contract law, and to define its tasks and its structure.

Now the experts group prepares Optional Instrument. The Optional Instrument will bring a new possibility in market in EU.

Key words

Experts group; optional instrument; common frame of reference.

Mezi projekty, které se snaží o harmonizaci soukromého práva můžeme zařadit Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles of European Contract Law (PECL), Vídeňskou úmluvu OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), Principles Contractuels Communs (PCC) a Acquis Pravidla (Acquis Principles; ACQP¹). Směrnice o právech spotřebitelů [KOM(2008) 614 v konečném znění; Návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady o právech spotřebitelů]² rovněž prezentuje snahy o hramonizaci, nicméně pouze v oblasti spotřebitelského acquis. O návrhu směrnice se v současné době vede

¹ Acquis Group ještě neukončila práci na konečném znění Acquis Pravidel.

² Cílem návrhu je revize směrnice 85/577/EHS o smlouvách uzavřených mimo obchodní prostory, směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, směrnice 97/7/ES o smlouvách uzavřených na dálku a směrnice 1999/44/ES o prodeji spotřebního zboží a zárukách.

stále diskuse, takže není zcela zřejmé, zda povede k vytýčenému cíli, tj. zda se stane právem *de lege lata*.

Rada EU vyzvala Komisi [Stockholmský program na období 2010-2014 (Akt Rady ze dne 2. prosince 2009, č. 17024/09)], aby předložila návrh společného referenčního rámce. Komise dne 26. dubna 2010 zřídila skupinu odborníků pro společný referenční rámec v oblasti evropského smluvního práva (rozhodnutí Komise 2010/233/EU). Skupina odborníků začala pracovat společným referenčním rámcem, který by se měl stát právem *de lege lata*.

Opční nástroj by měl být založen na principu *opt-in*, kdy smluvní strany si budou moci zvolit jako rozhodné evropské smluvní (závazkové) právo, tj. nařízení, na kterém skupina odborníků pracuje, musí obsahovat opční nástroj a evropské smluvní (závazkové) právo.

Na internetu by to mohlo probíhat např. tak, že kupující si klikne na vlaječku EU a tímto způsobem zvolí režim práva EU; klikne-li však na vlaječku ČR, zvolí si režim právo České republiky.

Opční nástroj a evropské smluvní (závazkové) právo tak může přinést poměrně velké změny do vztahů B2C, B2B i případně P2P v rámci přeshraničního obchodu v EU.

Literature:

- Návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady o právech spotřebitelů [KOM(2008) 614 v konečném znění]
- Stockholmský program na období 2010-2014 (Akt Rady ze dne 2. prosince 2009, č. 17024/09)
- rozhodnutí Komise 2010/233/EU

Contact – email

Marketa.Selucka@law.muni.cz

VLIV EVROPSKÝCH UNIFIKAČNÍCH TENDENCÍ NA SOUČASNOU PODOBU NÁVRHU INSTITUTU BEZDŮVODNÉHO OBOHACENÍ

JAN SÝKORA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

V české právní doktríně je obecně patrná malá pozornost, věnovaná institutu bezdůvodného obohacení. Přitom jde o institut, který v soukromém právu obvykle zastává významnou systémovou úlohu. Cílem příspěvku je zhodnotit vliv evropských unifikačních snah v podobě DCFR na současné znění návrhu tohoto institutu v připravovaném občanském zákoníku.

Key words in original language

Bezdůvodné obohacení; DCFR; nový občanský zákoník.

Abstract

There is relatively a very few contributions to the institution of Unjustified Enrichment in the Czech jurisprudence, in spite of fact that Unjustified Enrichment represents substantial systemic part of any modern code of a private law. This contribution is (in that particular aspect) intended to evaluate influence of the DCFR on present drafted version of the Czech Civil Code.

Key words

Unjust enrichment; unjustified enrichment; DCFR; new civil code.

Institut bezdůvodného obohacení je v české právní doktríně překvapivě zpracován pouze v nemnohých monografiích, což může přispívat k dojmu, že jde o institut v českém soukromém právu pouze doplňující, druhotný a nehodný bližší pozornosti, zejména v kontextu přípravy rozsáhlé rekodifikace celého systému českého soukromého práva¹. Přestože bezdůvodné obohacení v praxi rozhodně nepředstavuje „spící“ institut a rozhodovací činnost českých i československých soudů se v průběhu platnosti jeho úpravy v současné podobě stačila vypořádat s velkým množstvím skutkových variant i procesních problémů², náležitého docenění

¹ Která ovšem díky politickým peripetiím, zmítána koncepční nestabilitou, dospěla do fáze schválení ministerského návrhu, posvěceného stanoviskem Legislativní rady vlády při svém 50. zasedání ve dnech 7. až 9. dubna 2009, a to vládním usnesením č. 510 ze dne 27. 4. 2009. Tehdy bylo uloženo ministru spravedlnosti návrh dopracovat do konečného znění, aby mohl být Vládou předložen k projednání v Parlamentu ČR.

² Přehled dosavadní judikatury uceleně podává publikace *Lavický, P. Přehled judikatury ve věcech bezdůvodného obohacení*. Praha: ASPI, a. s., 2006.

se mu dostává teprve v současnosti³. Vždyť i po značnou dobu průběhu rekodifikačních prací zůstávala podoba institutu oproti platné úpravě beze změn a k zásadnímu přehodnocení úpravy došlo až v roce 2008.

Zájem o teoretické zpracování bezdůvodného obohacení je však v jiných státech nepoměrně větší a můžeme vycházet z četných cizojazyčných monografií⁴ i komparativních studií⁵. Tomu se však nelze divit, neboť hlavní skutkové podstaty bezdůvodného obohacení pocházejí již z justiniánského práva a přestože angloamerická právní kultura tento institut historicky nikdy nepřevzala, v minulém století spontánně zformulovala principy takového institutu, které lze úspěšně komparovat s jeho protějšky kontinentálních právních systémů. I v samotné dopracované podobě Návrhu společného referenčního rámce (DCFR)⁶, představeného v roce 2008 jako odpověď na zadání Evropské komise k ustanovení nového modelového standardu soukromého práva v rámci *acquis*, je tomuto institutu věnována celá poslední VII. kniha o celkem 23 obsáhlých člancích.

Co činí bezdůvodné obohacení natolik implicitní součástí systému soukromého práva výstižně charakterizuje třeba právě citát J. Gordleyho v kontextu angloamerické právní vědy: „*I don't think it is helpful to speak about a law of restitution, as though it were a coherent entity, when it rests, not on some coherent principle, but on the need in disparate cases to fill the gaps left by other branches of law*“⁷. Ostatně i v systematice kontinentálního soukromého práva pocítujeme obdobné potíže, pokud se snažíme rozhodnout, zda vyvěrá více z práva závazkového či deliktního⁸.

³ Zejména ve stati *L. Tichého* Bezdůvodné obohacení, základní pojmy a návrh občanského zákoníka. In Sborník statí z diskuzních fór nad občanským zákoníkem. XI. Beroun, Eva Rozkotová – IFEC, 2008. Str. 75 an.

⁴ Za všechny např. *Gordley, J.* Foundations of Private Law: Property, Contract, Unjust Enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006.

⁵ Např. Unjust enrichment: the comparative legal history of the law of restitution. Ed. *Schrage, E. J. H.* 2. vyd. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.; vybrané kapitoly (zejm. 4 a 8) z řady International Encyclopedia of Comparative Law, X. svazek, editovaný *Peterem Schlechtriemem; Johnston, D. & Zimmermann, R.* (eds). Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁶ Překlad DCFR (verze leden 2008) do češtiny lze získat na této URL: „<http://www.vskv.cz/KPR/prehlc.php>“.

⁷ Gordley, J., cit. d., s. 417. Volně přeloženo (pozn. aut.): *Nemyslím, že lze hovořit o právu restituce, jako kdyby spočívalo na pevných zásadách, když ve skutečnosti pomáhá zaplňovat mezery v právu v nejrůznějších situacích jiných oblastí práva.*

⁸ Srov. *Tichý, L.*, cit. d., str. 85.

Přesto není univerzalita institutu bezdůvodného obohacení přijímána všeobecně a bezvýhradně, o čemž svědčí už sama historie jeho úprav na našem území, kde se opakovaně sváří tendence přesně vymezit přípustné situace restituce plnění na jedné straně s tendencí připustit univerzální subsidiaritu restituce na straně druhé. Jinými slovy přetrvává doktrinální dilema mezi kazuistickým řešením, zhojujícím jen vybrané situace neospravedlnitelného majetkového přesunu, a mezi demonstrativní úpravou, plnící více univerzálnější úlohu garanta ekonomické spravedlnosti s respektem k nevyhnutelnosti přetrvávání mezer v jakkoliv sofistikovaném systému soukromého práva. Z pohledu komparativního je napříč dalšími zejména evropskými právními řády patrná diferenciacie dle téhož kritéria, tedy od obnovení individuální ekonomické spravedlnosti, kde kodifikace bezdůvodného obohacení chybí zcela, přes model taxativního výčtu situací, až konečně po generální klauzuli bezdůvodného obohacení⁹, jejíž nejdůslednější podobu zřejmě představuje úprava nizozemského občanského zákoníku¹⁰.

Cílem tohoto příspěvku je zhodnotit dosavadní podobu úpravy bezdůvodného obohacení v návrhu nového občanského zákoníku ve vztahu k evropským pokusům ustavit modelovou podobu univerzálního soukromého práva. Pro úplnost je nutno zmínit již *Úmluvu OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží* (CISG), jejíž původ se datuje od roku 1968 pověřením UNCITRAL k vypracování sjednocujícího obchodního smluvního modelu, což vyústilo ve sjednání CISG v roce 1980. Přestože tato úmluva představuje pouze užší okruh obchodních závazkových vztahů a bezdůvodné obohacení jako takové neupravuje a věnuje se pouze následkům zaniklých smluv, souběžně s ní ale i na jejím základě byly vypracovány pozdější *Principy evropského smluvního práva* (PECL)¹¹, které s CISG sdílejí velké množství normativního textu.

PECL představuje iniciativu Evropských společenství vytvořit uniformní model obchodního závazku, aplikovatelný nejen na závazkové vztahy s mezinárodním prvkem, ale volitelně i na vztahy čistě vnitrostátní povahy, pokud si strany jejich použití určí a kolizní nebo jiné normy příslušného státu to připouští. Rovněž PECL výslovně neupravuje kategorii nároků z bezdůvodného obohacení. Stanovuje pouze různé nároky ze zrušené

⁹ Srov. *Tichý, L.*, cit. d., str. 87 an.

¹⁰ Která v čl. 6:212 bez dalšího stanovuje (pozn.: překlad aut.), že „*Kdo se na účet jiného bezdůvodně obohatí, je v přiměřené době povinen nahradit újmu poškozeného až do výše vlastního obohacení*“.

¹¹ Výsledky činnosti jednotlivých uskupení Komise pro evropské smluvní právo byly publikovány postupně ve třech verzích v letech 1995, 1998 (1999) a 2003 a kromě CISG její úpravu inspirovalo mezinárodní soukromé právo a v kompromisní podobě i právní řády jednotlivých zemí (pozn. aut.).

smlouvy a to samostatně pro případy její *neplatnosti* dle čl. 4, *zrušení* dle čl. 9 a *neučinnosti* dle čl. 15 PECL, které představují zcela oddělené situace. Ani toto vývojové řešení se nezdá být pro celistvou úpravu bezdůvodného obohacení nikterak významné¹².

Projekt Společného referenčního rámce je z podnětu Evropské komise rozvíjen skupinou vybraných akademiků od roku 2003 až do současnosti, přičemž koncem roku 2009 byla publikována jeho očekávaná rozsáhlá komentovaná verze. V jeho zadání bylo původně deklarováno celkem šest cílů¹³, které tento projekt relativně nejlépe charakterizují. Především je to (1)nástroj pro budoucí legislativní práce v rámci *acquis*, (2)interpretační nástroj pro rozhodování ESD, (3)nástroj pro národní legislativu členských států, (4)soubor pravidel pro kontraktační volbu práva ze strany jednotlivců, (5)pedagogicky zamýšlený soubor nejlepších a nejuniverzálnějších dostupných pravidel k řešení dané hmotněprávní otázky a konečně jako (6)výchozí stupeň pro případný ještě hlubší stupeň integrace evropského soukromého práva (zejm. *Evropský občanský zákoník*). Již nyní je zřejmé, že tvůrci dokonce přesáhli takto vymezené cíle a připravované konečné znění včetně poznámkového aparátu má spíše charakter systémové kodifikace závazkového práva¹⁴. Dlužno však podotknout, že takový poměrně ambiciózní cíl záhy narazil na nesouhlasná stanoviska Rady z roku 2008, která nepočítají s účely pod bodem 3 jinak, než na absolutně dobrovolné bázi, a především ani s bodem 6 jak v závazné tak v opční variantě.

Ačkoliv by bylo zdánlivě logičtější zabývat se spíše vztahem k návrhu *Evropského občanského zákoníku*, připravovaného *Studijní skupinou pro Evropský občanský zákoník* (v čele Ch. von Bar) ¹⁵, než-li úpravou v DCFR, s ohledem na téměř totožné znění a menší význam bude v tomto textu pominut. Stejně tak pro omezený rozsah příspěvku pominu další významné iniciativy, které však dosud k probíranému tématu ve svém postupu nedospěly¹⁶.

¹² Srov. *Tichý, L.*, cit. d., str. 84.

¹³ Podle *Whittaker, S.* The 'Draft Common Frame of Reference'. An Assessment. Z pověření Min. spravedlnosti UK, Simon Whittaker, 2008. Dostupné na URL: „http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf“.

¹⁴ Srov. *Whittaker, S.*, cit. d., str. 78 an.

¹⁵ Aktuální znění z prosince 2005 je dostupné na URL: „http://www.sgecc.net/pages/downloads/articles_27.02.06.doc“.

¹⁶ Celkový přehled je v české literatuře dostupný např. v textu *Břicháček, T.* Otazníky kolem Společného referenčního rámce pro evropské smluvní právo. In čas. *Jurisprudence*, ročník 2009, číslo 5, str. 20 (současně publikováno pod ASPI LIT33204CZ).

Prvním bodem zastavení při porovnání úpravy institutu bezdůvodného obohacení v DCFR a návrhu nového občanského zákoníku (dále jen *občanský zákoník*) je samotná základní koncepce jeho pojetí. Autoři občanského zákoníku ostatně i v důvodové zprávě DCFR jako jeden z inspiračních zdrojů uvádějí, byť rozhodně ne jako jediný ani jako nejvýznamnější. Zvolená úprava představuje v obou případech komplexní pojetí, založené na generální klauzuli, demonstrativním výčtu situací a jednotném systému předpokladů vzniku nároku. Autoři občanského zákoníku nicméně formulačně vyšli ze současné úpravy.

Významným rozdílem obou úprav je odmítnutí principu subsidiarity bezdůvodného obohacení (VII - 7:102) v DCFR, které tvůrci odůvodnili i přes obavy oponentů z toho, že budou obcházena jiná ustanovení o nárocích, poněkud lakonicky tím, že institut má koneckonců pouze doplňkový charakter¹⁷¹⁸. Tomu odpovídá systémové nezařazení nároku na vrácení plnění ze zrušení smlouvy či smlouvy, od které bylo odstoupeno, do VII. knihy DCFR, což lze ovšem spíše než nedůslednost v chápání skutkových podstat bezdůvodného obohacení ze strany jeho tvůrců připsat inspiraci ve zcela odlišné koncepci takového nároku¹⁹. Oproti tomu autoři občanského zákoníku zvolili v § 2853 model subsidiarity s tím, že s ohledem na quasideliktní povahu institutu je takové řešení vhodnější. Nepochybně tím reagují i na dosavadní stav koncepční nejasnosti vztahu žalob z bezdůvodného obohacení a jiných nároků²⁰.

Autoři DCFR zvolili k otázce tradičního členění skutkových podstat nediferencující přístup a neuplatní se tak v něm dělení po vzoru německého na *Leistungskonditionen* a *Nichtleistungskonditionen* a ani na *condictio indebiti* a ostatních typových nároků²¹. Ačkoliv takový přístup tradičně sdílí i česká platná úprava, autoři občanského zákoníku se k takovému dělení

¹⁷ *Zimmermann, R.* (ed.) *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. ISBN 9783161485473. Str. 277.

¹⁸ Ani já se nedomnívám, že by vyloučení subsidiarity představovalo významné rozkolísání integrity soukromého práva, jsou-li splněny skutkové znaky pro oba konkurující si nároky. Vybrané důsledky, např. v délkách promlčecí doby či nejrůznější procesní souvislosti, nepředstavují natolik závažný problém, aby se předešlo nezamýšleným důsledkům nota bene nové právní úpravy a vzniku mezer v právu, zvláště pokud je smyslem nové úpravy univerzalita.

¹⁹ Srov. výklad *Tichý, L.*, cit. d., str. 97 an.

²⁰ Podrobně např. *Spáčil, J.* Vztah vlastnické žaloby na vydání věci k žalobám z některých jiných právních vztahů. In čas. Právní fórum, ročník 2005, číslo 8, str. 305 (současně publikováno pod ASPI LIT27206CZ).

²¹ *Smits, J.* Bezdůvodné obohacení v návrhu českého občanského zákoníku – z evropské perspektivy. In Švestka, J., Dvořák, L., Tichý, L. (eds.) *Sborník statí z diskuzních fór nad občanským zákoníkem*. XI. Beroun, Eva Rozkotová – IFEC, 2008. Str. 71.

částečně vrací úpravou v § 2855 odst. 1 věta první. Není však zřejmé z jakého důvodu a čím je ospravedlněna konkurence s ustanovením § 2852 odst. 2, které již *condictio indebiti* obsahuje.

K naopak nepochybnému a výraznému přehodnocení platné úpravy došlo v otázce výluky vydání a rozsahu vydání předmětu bezdůvodného obohacení v § 2859 a násl. Autoři zde s výslovným odkazem na normativní text DCFR precizují výluky ze základního pravidla pro případ nežádoucího paradoxního následku²² a výši náhrady v různých situacích.

Téma lze tedy uzavřít s konstatováním, že evropské unifikační tendence se na kodifikačním úsilí českých autorů připravovaného občanského zákoníku konkrétně v institutu bezdůvodného obohacení odrazily a to nikoliv okrajově – zatímco zbytek občanského zákoníku je jimi (alespoň podle důvodové zprávy) takřka nedotčen. Samozřejmě to lze přisoudit především časové koordinaci příprav nejmladších pasáží a zveřejnění výstupů DCFR. Oproti jiným pasážím občanského zákoníku jsou relativně nejmladší a dosud ani nebyly vypořádány všechny výhrady²³ či alespoň odůvodněno, proč by měly být považovány za liché. Přirozeně je tak navrženým formulacím stále co vytknout, ale nikoliv ve smyslu vznášení požadavku na pouhou recepční nebo kompilační kodifikaci, jako spíše na důkladné promyšlení navržených konstrukcí, neboť i sebeověřenější formulace jsou činěny součástí zcela nového a nevyzkoušeného systémového celku kodexu.

Zatím nejčerstvější výsledek evropského úsilí o unifikace soukromého práva však může oslavit malé pomyslné vítězství, neboť v nikoliv nevýznamném rozsahu předčil i očekávání Rady a přímo ovlivnil legislativu členského státu.

Literature:

- Břicháček, T. Otazníky kolem Společného referenčního rámce pro evropské smluvní právo. In čas. *Jurisprudence*, ročník 2009, číslo 5, str. 20 an.
- Gordley, J. *Foundations of Private Law: Property, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 481 s. ISBN 0199291675

²² Zejm. připadá v úvahu absolutně neplatná kupní smlouva v případě již spotřebovaného zboží (pozn. aut.).

²³ *Tichý, L.*, cit. d., str. 106 an.

- Johnston, D. & Zimmermann, R. (eds). *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Lavický, P. *Přehled judikatury ve věcech bezdůvodného obohacení*. Praha: ASPI, a. s., 2006. 416 s. ISBN 8073572087
- Schrage, E. J. H. (ed.) *Unjust enrichment: the comparative legal history of the law of restitution*. 2. vyd. Berlin: Duncker und Humblot, 1999. ISBN 3428079825
- Schlechtriem, P. (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law*, X. svazek. ISBN 9041118055
- Smits, J. *Bezdůvodné obohacení v návrhu českého občanského zákoníku – z evropské perspektivy*. In Švestka, J., Dvořák, L., Tichý, L. (eds.) *Sborník statí z diskuzních fór nad občanským zákoníkem*. XI. Beroun, Eva Rozkotová – IFEC, 2008. Str. 66 an.
- Spáčil, J. *Vztah vlastnické žaloby na vydání věci k žalobám z některých jiných právních vztahů*. In čas. *Právní fórum*, ročník 2005, číslo 8, str. 305.
- Tichý, L. *Bezdůvodné obohacení, základní pojmy a návrh občanského zákoníka*. In Švestka, J., Dvořák, L., Tichý, L. (eds.) *Sborník statí z diskuzních fór nad občanským zákoníkem*. XI. Beroun, Eva Rozkotová – IFEC, 2008. ISBN 9788090420908 Str. 75 an.
- Whittaker, S. *The 'Draft Common Frame of Reference'. An Assessment*. Z pověření Min. spravedlnosti UK, Simon Whittaker, 2008. 168 s.
- Zimmermann, R. (ed.) *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. ISBN 9783161485473

Contact – email
77092@mail.muni.cz

ALTERNATÍVNY POHĽAD NA "SÚKROMNÉ" PRÁVO PO DVADSIATICH ROKOCH PRÁC NA NOVEJ KODIFIKÁCII OBČIANSKEHO PRÁVA V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

JÁN ŠVIDROŇ

Ústav štátu a práva SAV a Právnická fakulta Trnavskej univerzity

Abstract in original language

Proces transformácie našej spoločnosti, ktorý sa začal v novembri 1989, sa v rôznych hodnoteniach pokladá za úspešne naplnený. Na hľadanie riešení nás vyzývajú už iné problémy, než aké sa riešili pred dvadsiatimi rokmi. Avšak nemalo by sa zabúdať na podstatu zmien, ktorými sme prešli. Autor začleňuje otázky týkajúce sa ťažiskovo súkromného práva a prác na novej kodifikácii slovenského občianskeho práva do širších a hlbších právnohistorických, právnofilozofických, politicko-ekonomických, sociálnych i kultúrnych súvislostí.

Key words in original language

Transformácia po roku 1989; podstata zmien; nové výzvy pre občianske právo.

Abstract

The process of transformation of our society, which began in 1989, is viewed in various evaluations as successfully completed. We are already challenged to find solutions by other issues than twenty years ago. However, the essence of the changes that we have overcome should not be forgotten. The author incorporates the questions about the main themes of private law and work on a new codification of Slovak civil law into wider and deeper legal-historic, legal-philosophic, politico-economic, social and cultural contexts.

Key words

Transformation after 1989; essence of changes; new challenges for civil law.

Ctené auditórium,

20 rokov predstavuje obdobie, ktoré uplynulo od roku 1948 do rokov 1968-69 a od rokov 1968-69 do roku 1989; ani sme sa nenazdali a uplynulo ďalších 20 rokov. Týchto 60 rokov zahŕňa zhruba život mojej generácie. Ale ak „dvadsiatku“ budem pokladať približne aj za „medzigeneračný odstup“, prelínajú sa nám v tomto období životy až štyroch generácií: tých ešte skorších, narodených okolo roku 1928, teda za prvej Československej republiky, ktorí sú ešte medzi nami, nazvem ich „seniormi“, a tých najmladších, narodených už po „nežnej revolúcii“, nazvem ich „juniorami“;

tie dve generácie v strede (1948-1989) by som potom pre účely tohto príspevku voľnejšie nazval „mediátormi“ medzi „seniormi“ a „juniormi“.

Čím všetkým, v akých politicko-mocenských súvislostiach a s akými spoločenskými následkami, aj veľmi tragickými, prešlo v tomto časovom rozpätí naše súkromné právo, je tomuto auditóriu známe. Známý je aj stav, v akom sa nachádza súkromné právo v Českej republike a v Slovenskej republike dnes. Nechcem sa tu venovať konkrétnostiam platného práva ani dosiahnutému stavu rekodifikačných prác v jednej aj druhej republike, ale zamyslieť sa všeobecnejšie nad podstatou a zmyslom súkromného práva v Európe, a možno aj pokúsiť sa preniknúť trochu hlbšie do jeho podstaty nekonvenčným spôsobom. Tak, ako v mojom príspevku o mravných dimenziách občianskeho práva, ktorý som predniesol na pôde tejto fakulty pred tromi rokmi,¹ aj tu mám na prvom mieste na zreteli – ako ústredný problém i záujem nielen občianskeho, resp. súkromného práva, ale práva vôbec – človeka a jeho slobodu. Myslím, že nemusím zdôrazňovať, aký veľký význam má hodnota slobody osobitne pre tie z dnešných generácií, ktoré podstatnú časť svojho života prežili pred rokom 1989. V akej „občianskoprávnej slobode“ však žijeme dnes, po dvadsiatich rokoch, najmä toto je otázka, nad ktorou sa tu chcem zamyslieť.

Uvažovať o podstate súkromného práva pre mňa totiž naozaj na prvom mieste znamená uvažovať o slobode individuálneho človeka v spoločnosti, ktorú má právo umožňovať a podporovať. Z tohto východiska sa mi stráca aj rozdiel medzi tzv. verejným a tzv. súkromným právom, lebo tomuto cieľu má slúžiť celý právny poriadok, všetko právo v knihách a najmä v praktickom uplatňovaní. To však nie je otázka, ktorú by som tu chcel rozvádzať, lebo tak teoretická problematickosť tohto členenia, ako aj jeho istá praktická užitočnosť pre základnú orientáciu v oblasti práva je takisto známa. Bližšie sa jej venuje veľa autorov v rozmanitých prácach, ale ako je tiež známe, bez presvedčivo jasného výsledku v riešení tejto otázky. Treba tiež dodať, že najmä v posledných rokoch pribudlo k tejto téme v Českej republike i v Slovenskej republike viacero nových teoretických prác s dôrazom práve na to hodnotové východisko, ktoré aj ja tu zdôrazňujem. Napriek tomu si myslím, že práve z tohto hodnotového hľadiska sme sa v značnej miere ešte stále celkom neoslobodili od daností, ktoré nám v možnostiach „slobodného“ právneho myslenia boli nanucované najmä počas tých štyroch desaťročí pred rokom 1989.

Ak zdôrazňujem hodnotu slobody individuálneho človeka, mám samozrejme na zreteli aj svoju osobnú slobodu „tu a teraz“; význam „ega“ u každého jednotlivca je pre mňa nespochybniteľný i pri tom najaltruistickejšom a najsolidárnejšom sociálnom cítení a praktickom

¹ Švidroň, J. Mravné dimenzie občianskeho práva. In Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M. Tradice a inovace v občanském právu. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

konaní. Nestaviam do antagonizmu individualizmus a univerzalizmus, ktoré podľa mojej mienky môžu existovať separátne iba v teoretických abstrakciách a ideologicko-politických konštrukciách, nie však v realite sociálneho života, v ktorom sa vždy nejakým spôsobom prelínajú, možno v niektorých oblastiach života aj priamo splývajú, „fúzujú“. Nakoľko je však ich pomer v realite sociálneho života celkovo vyvážený, to je práve problém podmienok a priestoru slobody individuálneho človeka v zdravo fungujúcom spoločenskom organizme, ktorý majú zabezpečovať aj štát a právo.

Ak chcem ponúknuť „alternatívny“ pohľad na súkromné právo, musím pochopiteľne najskôr vysvetliť, voči čomu „alternatívny“: bude alternatívny voči tomu, čo pokladám za – či už priamo chcené alebo mimovoľne pokračujúce – pretrvávanie výlučne sekulárneho a materialistického prístupu k riešeniu otázky slobody jednotlivca v spoločnosti a k chápaniu spoločenského poslania práva v štátne organizovanom spoločenstve.²

Vrátil som sa k rôznym slovenským a českým učebniciam občianskeho, resp. súkromného práva, ktoré mali vo svojom období smerodajný vplyv na formovanie nových právnikov, vydaným od dvadsiatych rokov minulého storočia po súčasnosť, aby som si v nich pripomenul vymedzenie občianskeho, resp. súkromného práva ako pedagogickej disciplíny na právnických fakultách i ako vedného a praktického právneho odboru. Oproti stavu pred rokom 1989, keď tu počas štyroch desaťročí dominovali pod vtedajšou marxisticko-leninskou ideologickou kontrolou pripravené celoštátne učebnice občianskeho práva, používané v českej aj slovenskej jazykovej verzii ako jednotná učebnica na všetkých vtedajších právnických fakultách v Československu, po roku 1989 pribudol celý rad samostatných učebníc občianskeho práva rozmanitejších koncepcií a aj úrovni podania výkladu látky.

Tiesnivo na mňa pôsobí, ak na jednej strane chcem vidieť ako „ústredný problém i záujem“ občianskeho práva v človeku a jeho slobode, a na druhej strane – aj po dvadsiatich rokoch od verbálneho opustenia marxisticko-

² Do kontextu svojej témy chcem uviesť ako pre mňa inšpiratívny najmä článok Hrdina, I. A. Kánonické právo v proměnách času (*Leges multae, ius unum*). In Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narodeninám. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, s. 120 – 129.

Z autorov najmladšej generácie sa na cestu vlastného civilistického hľadania vydali najnovšie napr. Kropaj, M., Pastrnáková, P. Cesta k francúzskej kodifikácii súkromného práva – sekulárne právo ako vhodná inšpirácia pre slovenské súkromné právo? (*Historickoprávna a filozofická štúdia*). Zaradené na uverejnenie v najbližšej Ročenke Právnickej fakulty Trnavskej univerzity, 2010 (v tlači).

leninskej ideológie v oblasti našich právnych vied – vnímam, akú pozoruhodnú životnosť preukazuje i dnes zotrvačnosť či poplatnosť voči marxisticko-leninskej politickej ekonómii v niektorých najnovších výkladoch základných otázok občianskeho práva s dôrazom na prvom mieste stále iba na majetkové práva a majetkové právne vzťahy. Vôbec nepopieram ich význam, uvediem však, čo má od ich prvoradého zdôrazňovania pri vymedzovaní predmetu občianskeho práva odpudzujúce.

Myslím, že seniori a mediátori do konca svojho života len tak ľahko nezabudnú na elementárne „poučky“ marxizmu-leninizmu, ktoré sa po roku 1948 premietli aj do celej našej teórie štátu a práva a samozrejme ovládli aj naše občianske právo. Ale keďže juniorom tieto „poučky“ už nie sú tak dôverne známe, spravidla nevedia rozlíšiť, čo v tom, čo aj v dnešných učebniciach občianskeho práva čítajú, je stále ešte poplatné po roku 1989 verbálne opustenej marxisticko-leninskej ideológii, ktorá po roku 1948 totalitne prenikla do všeobecnej teórie štátu a práva i do teórie a legislatívnej náplne občianskeho práva, a čo je už výsledkom od tohto ideologického dedičstva oslobodeného právneho myslenia, ktoré umožnil november 1989.

Logika rozvíjania mojej témy ma teda hneď v ďalšom kroku vedie najskôr k otázkam vlastníctva, vlastníckeho práva a vlastníckych vzťahov; keďže vlastníctvo ako ekonomická kategória, vlastnícke právo ako právna kategória a vlastnícky vzťah ako sociálny vzťah sa v oblasti majetkových práv a vzťahov upravovaných normami občianskeho práva zdôrazňujú ako najdôležitejšie, pokladám za logické sústrediť sa z veľmi širokého predmetu občianskeho práva aj v tomto svojom príspevku na nich na prvom mieste. Najmä však tiež preto, lebo na nich ako na „majetkovej základni občianskeho práva“ možno po 20 rokoch nášho ponovembrového vývoja najlepšie porovnať, čo sa u nás v tej oblasti spoločenského života a života jednotlivcov, ktorá podlieha úprave normami občianskeho práva, skutočne zmenilo k lepšiemu, čo sa iba pseudo-zmenilo, a čo sa zmenilo priamo k horšiemu.

Po druhej svetovej vojne bolo Československo a ďalšie štáty strednej a východnej Európy začlenené do dlhodobého internacionálneho ideologicko-politického projektu, mocensky zastrešovaného po roku 1917 Sovietskym zväzom, na začiatku ktorého bol v polovici 19. storočia Marxov a Engelsov Manifest komunistickej strany. V ich prácach a v ďalšom nadväzovaní na ich práce bola sformulovaná „filozofia dejín“ nazývaná historický materializmus. Do služieb tejto ideológie a „filozofie dejín“, s vedúcou spoločenskou silou robotníckou triedou a ako jej „najuvedomejším predvojom“ komunistickou stranou, boli postavené aj štát a právo u nás po roku 1948, pričom celkom otvorene sa vo vtedajšej teórii štátu a práva hlásalo, že „štát“ je diktatúrou vládnucej robotníckej triedy („diktatúrou proletariátu“) a „právo“ vôľou vládnucej triedy povýšenou na zákon. Celé zákonodarstvo vrátane občianskeho práva bolo

podľa vtedajších ideologických kliše zamerané na smerovanie k spravodlivej spoločnosti, založenej na materiálnom dostatku pre všetkých, a na touto ideológiou živý ideál všestranne rozvinutého a mravne ušľachtilého „človeka komunizmu“, ktorý bude natoľko uvedomelý, že bude vedieť rozumne posudzovať aj mieru svojich potrieb v rámci materiálneho dostatku utváraného pracujúcimi pre všetkých.

Dejinami európskeho myslenia sa ako dve prepletené nite tiahnu počas stáročí dva protichodné pohľady na človeka.³ Ak ich na zvýraznenie toho podstatného vo vzťahu k téme svojho príspevku vyjadrím maximálne zostručnene, jedna z nich spočíva na predstave, že človek sa rodí so sklonom k dobrému, ale pomery, v ktorých rozvíja svoj život, ho kazia a robia zlým, druhá naopak, človeka od samého základu pokladá za bytosť zlú, hriešnu, ktorú k dobru treba skôr nútiť ako ju od neho spontánne očakávať. Marxizmus (ako výsostne materialistická filozofia) chcel túto dilemu riešiť po ekonomickej stránke na prvom mieste násilnou, revolučnou likvidáciou súkromného vlastníctva predovšetkým výrobných prostriedkov a ich zospoločenščením.⁴ Treba v tom vidieť aj ideologický súboj medzi individualizmom a univerzalizmom, resp. v inej terminológii medzi liberalistickým kapitalizmom a štátno-direktívnym socializmom, resp. ešte z iného zorného uhla aj medzi totalitnou diktatúrou či priamo tyraniou a pluralitnou demokraciou. Keď som sa nad týmito otázkami začal asi pred štyrmi rokmi trochu hlbšie zamýšľať, citoval som hneď vo svojom prvom príspevku k tomu myšlienku prof. Imricha Karvaša, uverejnenú v jeho učebnici *Základy hospodárskej vedy* z roku 1947: „Otázka, či postavenie človeka k spoločnosti vysvetľuje správne univerzalizmus alebo individualizmus, je predmetom stáleho sporu, ba dejiny nám ukazujú, že tento spor sa z času na čas vyostreje do revolučného alebo vojnového konfliktu.“⁵

„Nežná revolúcia“ v Československu bola našťastie nekrvavá, bez fyzického násilia. Práve pre takýto jej priebeh sa aj prechod od takých dvoch antagonistických protirečivostí, ako som ich práve pomenoval, v našej populácii všeobecne vnímal a dodnes vníma ako jednoducho

³ Aj do pozornosti študentov práva možno odporučiť prehľadovú publikáciu Weischedel, W. *Zadní schodiště filosofie – myšlenky a všední život 34 velkých filosofů*. Praha: Votobia, 1995.

⁴ Sumárne bližšie najmä Lazar, J. *Buržoázne vlastnícke koncepcie z hľadiska marxistickej právnej vedy*. Bratislava: Veda, 1984.

⁵ Švidroň, J. Hodnotové zakotvenie slovenského občianskeho práva. In Štefanková, N. (zost.) *Vzťahy a interakcia vnútroštátneho práva, medzinárodného práva a európskeho práva z hľadiska krajín Vyšehradskej štvorky po ich vstupe do Európskej únie*. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej 23. a 24. 11. 2006 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave. Žilina: Poradca podnikateľa, 2007.

„evolúcia“: po štyridsiatich rokoch používania „revolučného násilia“ a ideologicko-mocenského a kádrového upevňovania komunistickej diktatúry z jedného dňa na druhý „demokraticky nenásilne“ k slobode vo všetkom...

Inde som k tomuto zjednodušenému pohľadu podal svoje kritickejšie rozbor. ⁶ Tu však chcem vniesť do naznačených politicko-ekonomických a politicko-právnych otázok opäť výraznejšie aj hľadisko mravnosti.

Z dôvodu jej prvoradej významnosti v týchto mojich úvahách, sústredím sa na občianskoprávnu inštitúciu vlastníctva aj v súvisi s uvedenou ideologickou dilemou antagonistickej povahy, ktorú ešte bližšie spresním touto konkretizáciou: „buržoázne súkromné vlastníctvo a jeho zospoločenšenie po roku 1948“ verzus „socialistické spoločenské vlastníctvo a jeho privatizácia po roku 1989“.

Marxistická metodológia vedy nám zdôrazňovala, že verifikácia každej teórie sa uskutočňuje praxou. Teda verifikujme aj marxisticko-leninskú teóriu o potrebe násilnej likvidácie súkromného vlastníctva ako základu pre vybudovanie spravodlivej spoločnosti a formovanie mravne ušľachtilého človeka jej konfrontáciou s ideologicko-politicko-mocenskou praxou, uskutočňovanou v Rusku od roku 1917 a u nás od roku 1948. Dlhú sa touto verifikáciou zdržiavať nemusíme, lebo roky 1989–1991 priniesli jej jednoznačnú „verifikáciu“ v praxi – v Československu aj v Sovietskom zväze. (Ale naozaj krachla táto teória úplne aj so všetkými „revolučnými odnožami“, do ktorých sa rozvinula od polovice 19. storočia po dnešok? S kladnou odpoveďou na túto otázku treba byť opatrný a nestrácať ju zo zreteľa. ⁷)

Čo sa však sľubovalo od okamžitej likvidácie počas štyroch desaťročí utváraného socialistického spoločenského vlastníctva jeho divokou privatizáciou po roku 1989, to už je ťažšie exaktne verifikovať na základe praxe vo vzťahu k rovnako jasnej teórii, ak nechcem brať za východiskovú teóriu na verifikáciu iba onen spev na námestiach v novembri a decembri 1989: „Sľúbili sme si lásku, sľúbili sme si vydržať!“, resp. vtedajší slogan: „Pravda a láska zvíťazí nad ľží a nenávisťou.“

⁶ Okrem publikácií uvedených v predchádzajúcich poznámkach bližšie tiež Švidroň, J. Technická tvorba a právo na Slovensku v premenách šiestich desaťročí. In Právny obzor, 2008, č. 4; Švidroň, J. Rozvíjanie tradície česko-slovenskej vedeckej spolupráce v oblasti autorského práva (s mozaikou osobných spomienok). In Právny obzor, 2010, č. 4 – monotematické zborníkové vydanie príspevkov z II. česko-slovenského vedeckého seminára o autorskom práve na tému „Vyváženie záujmov v autorskom práve“.

⁷ Porov. napr. BLAHA, E. Späť k Marxovi (sociálny štát, ekonomická demokracia a teória spravodlivosti). Bratislava: Veda, 2009 (527 strán).

Ako hodnotiace hľadisko tu však môže pomôcť kritérium mravnosti. Seniori a mediátori majú dostatočnú životnú skúsenosť i poznanie, aby mohli porovnať, či revolučná zmena najdôležitejších vlastníckych vzťahov po roku 1948 („deprivatizácia“) a rovnako revolučná zmena vlastníckych vzťahov po roku 1989 („reprivatizácia“), jedno alebo druhé, naplnilo ideologické očakávania vo vzťahu k zušľachtovaniu človeka, ak by aj o to malo ísť. Verifikácia vo vzťahu k teórii marxizmu-leninizmu je do očí bijúca priamo v praxi života našej spoločnosti po 60 rokoch od roku 1948. Ponovembrový sekulárny liberalizmus však svoju ideologickú odpoveď má okamžite naporúdzi: veď jemu ani pred rokom 1948 ani po roku 1989 nešlo o to, čo mali vo svojom programe ideológovia a politici materialistickej komunistickej utópie u nás v období rokov 1948 až 1989 (v súťažení medzi kapitalizmom a socializmom mal podľa materialistického obrazného vyjadrenia Nikitu S. Chruščova zvíťaziť „ten, kto dá viac mäsa do guláša“), ani o to, o čo ide – rovnako na Marxovom učení založenej – sekulárnej sociálnej demokracii v Európe i inde vo svete... Liberalizmu ide o iné: vôbec nie ani o „formovanie komunisticky uvedomelého človeka“, ani o jeho „mravné zušľachtovanie v zmysle naplňania biblickej cesty k spásu“, ale o „slobodu človeka“. A tá nám u nás po roku 1989 bola všetkým rovnako daná...

Typickým pre túto dilemu je široko medializovaný názorový protiklad, vyjadrený v známych slovách top-predstaviteľa nášho ponovembrového liberalizmu Václava Klauza a smerovaný voči Václavovi Havlovi (v čase, keď bol ešte prezidentom) s jeho mnohokrát a pri rôznych príležitostiach obmieňaným postulátom mravnosti: „Niektorým ľuďom nestačí, že ľudia sú slobodní, chceli by, aby boli lepší.“

Avšak hľadisko mravnosti tu chcem uplatniť predovšetkým z tohto zorného uhla:

Jasne sa aj v našich najnovších dejinách ukázalo, že z hľadiska mravnosti povaha vlastníckych vzťahov sama osebe, či je to súkromné vlastníctvo alebo spoločenské vlastníctvo, zásadne neovplyvňuje povahu vlastníka pri zaobchádzaní so svojím vlastníctvom. Rovnako súkromný vlastník, ako aj správca či spoluvlastník spoločného majetku, môže s ním nakladať mravne alebo nemravne: so zreteľom iba na svoje egoistické záujmy alebo aj so zreteľom na sociálnu funkciu vlastníctva (zakotvenú aj v Ústave Slovenskej republiky). Praxou sa verifikovalo, že riešenie nespočíva v násilnej likvidácii súkromného vlastníctva, ako to tvrdila materialistická marxistická politická ekonómia a ateistická teória „vedeckého komunizmu“. Ale 20 ponovembrových rokov nám ukazuje, že uspokojivé a mravné riešenie nepriniesla ani po roku 1989 mimoriadne rýchla opätovná privatizácia predtým násilne zospoločenšteného majetku. Priniesla iba také „nové preliatie“ majetku (v marxistickej terminológii „preliatie kapitálu“), o ktorého spravodlivosti a mravnosti budú zaiste inak hovoriť tí, ktorí v ponovembrových privatizáciách z predtým „spoločného“ majetku získali

v značnej miere, a inak tí, ktorí z neho získali minimálne alebo nič a dnes sa topia iba v stále väčších sociálnych neistotách.

Priamo sa natíska dávna skúsenosť, ktorú renesančný politický mysliteľ a historik zovšeobecnil takto:

„Pozorujte konanie ľudí a uvidíte, že všetci, ktorí dosahujú veľké bohatstvo a veľkú moc, docieľujú to násilím alebo podvodom. To, čo pre seba urvali zákernosťou a násilím, zakrývajú potom klamnými slovami výboj a zisk, aby zakryli mrzkosť tohto prírastku.“⁸

Nejde tu teda iba o vzťah vlastníka k veciam, ide predovšetkým o vzťah vlastníka k iným ľuďom, ako sa prejavuje obzvlášť výrazne v oblasti pracovných vzťahov. Ani tu nezávisí správanie sa zamestnávateľa voči zamestnancom iba od povahy vlastníctva, ktorým majiteľ či zamestnávateľ disponuje, ale od mravnosti a kultúrnosti majiteľa či zamestnávateľa pri zaobchádzaní so zamestnancami. Samozrejme, vstupuje tu do hry aj celý komplex súťažných súvislostí v konkurenčnom prostredí ekonomického podnikania, ale aj v nich je vždy prítomná tiež otázka mravného zušľachtovania človeka. O tú však sekulárnemu liberalizmu nejde, jemu stačí, že „ľudia sú slobodní“, zatiaľ čo marxizmus-leninizmus chcel človeka mravne zušľachtovať „revolučným násilím“...

Stručne sa dotknem aj problematiky tzv. duševného vlastníctva. Napriek tomu, že v súvislosti s ním sa veľmi často skloňuje „tvorivosť“ a v istom rozsahu sa v ňom uplatňujú aj „osobné“ či „osobnostné“ práva („droit moral“), v praktickom efekte aj v oblasti duševného vlastníctva dominujú výlučne majetkové práva a vzťahy. A to už aj najčastejšie celkom oddelené od osoby tvorcu a veľmi často aj od akýchkoľvek kritérií mravnosti, osobitne v mediálnej oblasti, ale i v oblasti vedy a techniky. To, že po roku 1989 došlo u nás k rovnako radikálnemu obratu v majetkových vzťahoch týkajúcich sa „duševného vlastníctva“ (pred rokom 1989 odmietaného pojmu) na tzv. nehmotné statky, ako k nemu došlo v majetkových vzťahoch týkajúcich sa „hmotného (vecného) vlastníctva“, si dodnes mnohí neuvedomujú. Aj v tejto oblasti sa z jedného dňa na druhý prešlo akoby „evolučne“ od jedného ekonomicko-právneho systému, ktorého základom bolo „zospoločenšenie výrobných prostriedkov“, k druhému ekonomicko-právnomu systému, ktorého základom je „negácia zospoločenšenia výrobných prostriedkov“, hoci ich vzájomná protirečivosť vylučuje akýkoľvek „evolučný“ prechod medzi nimi.⁹ V majetkových vzťahoch týkajúcich sa duševného vlastníctva došlo takisto k radikálnej „revolučnej“

⁸ Machiavelli, N. Florentské letopisy. Praha: Odeon, 1975, s. 151. (Cit. tiež in Švidroň, J. Machiavelli, machiavellizmus a súčasnosť. Rigorózna práca. Bratislava: PF UK, 1977.)

⁹ Bližšie najmä Švidroň, J. Technická tvorba a právo na Slovensku v premenách šiestich desaťročí. In Právny obzor, 2008, č. 4.

zmene, ako k nej došlo vo vzťahoch týkajúcich sa hmotného vlastníctva.¹⁰ Verifikujme teda efekt, ktorý ako následok tejto radikálnej zmeny môžeme konštatovať po 20 rokoch.

Bezprostredne pred krachom komunistickej doktríny a v prvých rokoch po ňom som dúfal, že oslobodenie jednotlivca i spoločnosti od doktríny založenej na násilnom donucovaní podporí u nás kreativitu vo všetkých oblastiach života na prospech všetkých. Dúfal som, že to, čo sa pred rokom 1989 podnikalo na podporu rozvoja tvorivosti v oblasti vedy, umenia i techniky, môže po oslobodení od ideologických a politicko-mocenských jednostranností a po prispôbení novým podmienkam priniesť ovocie pre lepší život všetkých našich občanov. Nepredpokladal som vtedy ešte pravý opak: totiž, že až toľko z toho, čo sa tu v období rokov 1948 až 1989 vytvorilo, bude totálne zničené, tak, ako k tomu čoskoro po roku 1989 došlo – akože „právne čistým“ spôsobom, veď právo je „prispôsobivé“ – vytunelovaním „sprivatizovaných“ socialistických organizácií s ich „hmotným“ i „nehmotným“ majetkom.

Žiaľ, už pomerne skoro som poznal, že „to sa iba vietor obrátil“ a po 20 rokoch sa mi ako najvýstižnejšie vyjadrenie toho, čo pociťujem, kdekoľvek sa dnes obzriem, vybaví predovšetkým tento citát zo svetoznámej knihy vplyvného amerického politika z obdobia šesťdesiatych rokov J. W. Fulbrighta „Arrogance of Power“:

„Až keď dokážeme pochopiť ľudské dôsledky hlbokého rozporu medzi americkým bohatstvom a chudobou väčšiny ostatného ľudstva, pochopíme, prečo americký spôsob života, ktorý je nám taký drahý, poskytuje málo ponaučenia a má obmedzenú prítťažlivosť pre väčšinu ľudstva postihnutého chudobou.“¹¹

Tento citát vôbec nie je odťažitý od problematiky duševného vlastníctva, vyjadruje úplne presne to, čo chcem povedať: lebo práve za pomoci radikálneho obratu v systéme práv na duševné vlastníctvo sme sa z jednej jednostrannosti, ktorá nám bola po II. svetovej vojne nanútená „z východu“ ako „socialistický spôsob života“, podriadili druhej jednostrannosti, ktorá nám po roku 1989 bola aj pre oblasť súkromného, resp. občianskeho práva, vrátane práv na duševné vlastníctvo, nanútená „zo západu“ v sekulárnom liberalistickom štýle „amerického spôsobu života“, ktorý sa už po II. svetovej vojne udomácnil aj v západnej Európe.

¹⁰ Bližšie Švidroň, J. Právnohistorické a právnoteoretické základy práva duševného vlastníctva a jeho miesto v systéme slovenského práva. In Švidroň, J., Adamová, Z., Návrat, M., Škreko, A. Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: Veda, 2009.

¹¹ V českom preklade FULBRIGHT, J.W. Pýcha moci. Praha: Svoboda, 1969, s. 24–25.

Keď sme v prvom polroku tohto roka uviedli na interdisciplinárnom vedeckom seminári našu novú knihu, na charakteristiku svojho príspevku v nej som povedal: „Kto si trpezlivo prečíta moju monografickú časť, môže byť aj zhrozený z toho, ako politická a štátna moc dokáže priamo nivočiť spoločnosť, a pritom tvrdí, že ju riadi a vedie.“¹²

Ak by to, čo v nej uvádzam, bolo pre niekoho argumentačne nepresvedčivé, ponúkam najmä svojim generačným „súputníkom“ na ich vlastnú „verifikáciu“ toho, v čom sme žili vtedy, s tým, čoho sme sa dožili dnes, tieto slová skvelého českého tvorcu filmov pre deti i dospelých, ktoré moju generáciu obohacovali od detských čias – Karla Zemana. Vyriekol ich na Kultúrnom fóre v Budapešti v roku 1985 a nimi svoj príspevok aj ukončím:

„... nie som žiadnym rečníkom, nerád hovorím slovom, radšej obrazom. Predsa som prišiel, lebo sa domnievam, že vec, s ktorou prichádzam, by mohla fórum zaujímať. Mám prehľad o svetovom filme a treba povedať, že mnohé nové filmy majú vysokú technickú úroveň. Ale sú aj filmy, ktorých tvorcovia by sa mali zamyslieť nad etikou filmárskej profesie. Hovorím o filmoch, plných koncentrovanej negácie, pornografie, bezohľadnej brutality a sadizmu. Najhoršie je, že mnoho týchto filmov sa vyrába so zjavným úmyslom predávať ich na videokazetách, vnieť ich do súkromia ľudí, do intimity rodiny. Navyše s možnosťou opakovať si jednotlivé výjavy... Kto nechce, nemusí tieto filmy pozerieť, môže ich aj odsudzovať. Ale človek, a najmä dieťa je zvedavé. A na jeho dušičku, srdiečko to pôsobí inak ako na dospelého, zmrzačuje ho. Deti si zaslúžia, aby sa nad týmto problémom niekto zamyslel. Zákaz nepomôže, ide o to, robiť pre deti dobré filmy, naučiť ich prijímať krásu, naučiť ich rozlišovať dobro od zla ... Hrozím sa videodisciplíny, ale myslím si, že ide o kvalitu a hodnotu tejto novej umeleckej sféry, ktorej cieľom by malo byť obohacovať a zušľachtľovať city detí.“¹³

Ďakujem Vám za pozornosť.

Literature:

- Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M. (Editoři), Tradice a inovace v občanském právu. Zborník príspevku z konferencie konanej na PrfMU dne 25. září 2007. Brno: Masarykova univerzita, 2007, 194 strán, ISBN 978-80-210-4490-6.

¹² Bližšie <http://iuridica.truni.sk/index.php/sk/katedry/struktura/ustav-pdv> (7.11.2010)

¹³ Cit podľa Pravda, 30. októbra 1985, s. 7. (Cit. tiež in Švidroň, J. Úvod do jogy; neuvverejnené dielo, 1986, s. 68.)

- Švidroň, J., Adamová, Z., Návrat, M., Škreko, J. (Ed. Švidroň, J.), Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: Veda, 2009, 678 strán, ISBN 978-80-224-1035-5.
- Lazar, J. a kolektív, Občianske právo hmotné. Bratislava: Iura edition, 2010, 1. diel 732 strán, 2. diel 552 strán, ISBN 978-808078-346-4.

Contact – email

svidronjan@mail.t-com.sk

EVROPSKÁ DIMENZE NEPŘIMĚŘENÝCH UJEDNÁNÍ V ČESKÉM SPOTŘEBITELSKÉM PRÁVU

BLANKA TOMANČÁKOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

Článek se zabývá seznamem nejtypičtějších příkladů nepřiměřených ujednání, který byl do českého právního řádu vložen na základě Směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených ujednáních ve spotřebitelských smlouvách. S ohledem na minimální charakter směrnice se mohou členské státy rozhodnout, zda se tento demonstrativní seznam nepřiměřených ujednání stane přímo součástí právního řádu a ujednání v nich budou neplatná bez dalšího, nebo zda je například zahrnout jako ucelený seznam do důvodové zprávy k právnímu předpisu, společně s doplňujícím komentářem. [1]

Key words in original language

Nepřiměřená ujednání; spotřebitelské smlouvy; spotřebitel; směrnice 93/13/EHS.

Abstract

The article deals with the list of the typical examples of unfair terms, which has been included in the Czech Civil Code due to the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. Given the minimal character of the Directive, member states may decide whether the indicative list of unfair terms becomes directly part of the legal order and will be considered invalid, or to include the complete list of unfair terms in the explanatory memorandum to the legal act along with some explanatory comments.

Key words

Unfair terms; consumer contracts; consumer; Directive 93/13/EEC.

1. ÚVOD

Problematika nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách je poměrně rozsáhlá a široká [2], proto se v tomto článku zaměřím pouze na

1 Tento příspěvek byl napsán v rámci grantu GAČR č. P408/10/0914.

2 O nepřiměřených ujednáních více např. SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele v soukromém právu. Praha: C.H. Beck, 2008.; SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele: nenápadná změna se zásadními dopady. Právní rozhledy. 2010, č. 14, s. 513-517.; FIALA, J., SELUCKÁ, M. Evropské spotřebitelské acquis a české občanské (spotřebitelské) právo. In Evropské unifikační projekty závazkového práva a české občanské právo. Brno: Masarykova univerzita, 2009.; EBERS, M. Consumer Law Compendium. Comparative Analysis. s. 385. [cit. 5.11.2011]. Dostupný z <http://www.eu-consumer->

určitou část, kterou je demonstrativní seznam nepřiměřených ujednání v českém občanském zákoníku.

Tento seznam nejtypičtějších případů nepřiměřených ujednání byl do českého právního řádu vložen na základě směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených ujednáních ve spotřebitelských smlouvách, kde je kromě obecných ustanovení o nepřiměřených ujednáních a způsobu jejich zkoumání uvedena také příloha, která obsahuje informativní a nevyčerpávající seznam ujednání, která mohou být pokládána za nepřiměřená. Důležité je, že se dle směrnice jedná pouze o informativní a demonstrativní výčet konkrétních ujednání poskytujících návod, která ujednání je možno v určitých případech považovat za nepřiměřená. Rozhodně to však neznamena, že jsou tato ujednání nepřiměřená automaticky. Směrnice sama uvádí, že pro její účely může mít soupis podmínek v příloze pouze platnost příkladu, a s ohledem na minimální harmonizaci směrnice může být rozsah těchto podmínek členskými státy v jejich vnitrostátních právních předpisech rozšířen nebo zúžen.

V souvislosti se seznamem těchto nepřiměřených ujednání rozhodoval v několika případech rovněž Evropský soudní dvůr, který v několika případech shledal transpozici této části směrnice nedostatečnou. Došel k závěru, že členské státy nemohou ve svých vnitrostátních právních předpisech vyloučit určitá ujednání nebo formulovat je úžeji, pokud by to bylo v neprospěch spotřebitele [4]. Ani Česká republika nepatří mezi státy, které by měly tuto část implementovanou zcela totožně se směrnicí 93/13/EHS.

2. DEMONSTRATIVNÍ VÝČET NEPŘIMĚŘENÝCH UJEDNÁNÍ

Seznam nepřiměřených ujednání obsažený v příloze směrnice 93/13/EHS představuje ilustrativní a nezávazná ujednání, která mohou reprezentovat nejtypičtější smluvní ujednání. Nicméně i ujednání, která v seznamu uvedena nejsou, mohou být prohlášena za nepřiměřená v konkrétním případě. Bude na příslušném soudu, aby posoudil, zda jsou – s ohledem na konkrétní případ, smluvní podmínky skutečně nepřiměřené či nikoli. Kritériem pro posouzení je pak nerovnováha v právech a povinnostech,

law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf., NEBBIA, P. Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

3 K tomu např. stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ve sporu C-237/02 Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ulrike Hofstetter and Ludger Hofstetter 237/02.

4 Stanovisko generálního advokáta Geelhoed ze dne 31.1. 2002 v případě Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden. Case C-478/99.

k tíži spotřebitele a rozpor s principem dobré víry[5], resp. poctivosti (někdy označovaný jako dobré mravy v užším smyslu resp. mravnost[6]).

2.1 NEPŘIMĚŘENÁ UJEDNÁNÍ VE SMĚRNICI 93/13/EHS

Jak již bylo výše řečeno, členské státy nemusí směrnici implementovat doslovně, záleží na nich, zda ochranu spotřebitele ve svém vlastním právním řádu ještě rozšíří či nikoli. Článek 8 směrnice jasně uvádí, že směrnice je založena na principu minimální harmonizace. V tomto případě mohou členské státy v oblasti působnosti této směrnice přijmout nebo ponechat v platnosti přísnější ustanovení, která nabízejí vyšší úroveň ochrany spotřebitele. Členské státy mohou seznam provést jako celek a zahrnout jej do svého národního právního předpisu, mohou jednotlivá ujednání formulovat ještě přísněji anebo formulovat další ujednání, která je možno považovat za nepřiměřená.

Některé členské státy přistoupily k rozlišení jednotlivých nepřiměřených ujednání a začlenění do tzv. černého a šedého seznamu. Černý seznam obsahuje ujednání, která jsou považována za nepřiměřená vždy, a soudy nemohou jejich nepřiměřenost vůbec posuzovat. Naopak ujednání, která jsou vyjmenována v šedé listině, jsou ujednání, která se považují za nepřiměřená, ale u kterých je důkazní břemeno v podstatě obrácené. Další možností (tak jak to udělalo např. Švédsko, Dánsko a Finsko) je zahrnout kompletní seznam nepřiměřených ujednání do důvodové zprávy k právnímu předpisu, společně s doplňujícím komentářem. V tomto případě pak bude na soudech (případně na dalších institucích na ochranu spotřebitele – např. spotřebitelský ombudsman, finanční arbitř), aby jednotlivá ujednání vyložili a s ohledem na nepřiměřenost (k čemuž jim může seznam sloužit jako interpretační vodítko), je prohlásili za neplatná.

Zůstává však otázkou, který z výše uvedených způsobů implementace je správný a zda seznam nepřiměřených ujednání obsažený v příloze směrnice, který je pouze orientačním a demonstrativním seznamem příkladů nepřiměřených ujednání, musí být uveden přímo v právním předpisu implementující tuto směrnici, nebo zda může členský stát zvolit jiné řešení. V obou případech je možné nalézt pro a proti. Jedním z hlavních argumentů pro zavedení seznamu přímo do právního řádu státu je fakt, že evropské právo (a právo na ochranu spotřebitele zejména) klade velký důraz na informovanost slabší strany. Z tohoto důvodu je vhodnější, pokud je

5 K subjektivnímu pojetí dobré víry např. HURDÍK, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s.118.; HURDÍK, J. *Dobrá víra*. *Právník*. 2007, č. 5, s. 568.; WHITTAKER, S., ZIMMERMANN, R. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s.17.

6 SELUCKÁ M. In ELIÁŠ, K. *Občanský zákoník*. Velký akademický komentář. Praha: Linde a.s., 2008, s. 382.

spotřebiteli v právním předpisu poskytnut i ilustrativní seznam příkladů, který jasně formuluje, jaká práva spotřebitel má. Dotčeným osobám totiž musí být v rámci právní jistoty známa všechna jejich práva a v případě jejich porušení musí mít možnost uplatnit je před vnitrostátními soudy.

Jako jeden z možných argumentů pro by mohl být rovněž fakt, že čl. 3 odst. 1 směrnice stanovuje obecná kritéria pro posouzení nepřiměřenosti, která mohou být konkretizována příklady dle přílohy, a tím se zvyšuje právní jistota nejen pro spotřebitele, ale rovněž pro podnikatele, protože se při interpretaci bude vycházet z jednotného přístupu. Tento seznam tedy může být velice užitečným nástrojem i při formulování samotných smluv uzavíraných se spotřebitelem a může eliminovat vznik případných budoucích sporů.

Žádný z členských států však nemůže být nucen, aby uzákonil ve svých právních řádech automatickou neplatnost ujednání uvedených v příloze směrnice, protože dle principu minimální harmonizace má stát povinnost pouze zajistit výsledek předpokládaný směrnicí. To však neznamená, že by státy mohly nechat seznam bez všimnutí. Seznam je totiž důležitým zdrojem informací, zejména pro dodavatele, státy by tedy na něj určitým způsobem měly reflektovat.

I samotný proces přijímání směrnice naznačuje, že by seznam měl mít nezávazný charakter. Původní návrh Komise totiž obsahoval definici nepřiměřených ujednání v čl. 2 odst. 1, a čl. 2 odst. 2 stanovil, že seznam typů nepřiměřených ujednání je obsažen v příloze. Ze znění přílohy pak jednoznačně vyplývalo, že předkladatelé návrhu chtěli, aby ujednání vyjmenovaná v této příloze byla považována za nepřiměřená vždy. Podle odůvodnění původního návrhu Komise je žádoucí stanovit určité druhy pojmů, které nesmí být použity ve smlouvách uzavíraných se spotřebiteli. Rada však nakonec stanovila (bez ohledu na stanovisko Komise a Parlamentu), že seznam bude mít pouze orientační charakter.

Evropský soudní dvůr se několikrát zabýval právem členských států, které neprovedly seznam přímo do právního předpisu, a které se rozhodly zvolit takovou formu, která by veřejnosti zajišťovala dostatečnou možnost seznámit se se seznamem. Jedním z příkladů takového státu je Švédsko, které přistoupilo k zahrnutí tohoto kompletního seznamu do důvodové zprávy včetně podrobného komentáře k tomuto seznamu. Ve Švédsku je totiž obvyklé, že se důvodová zpráva využívá jako interpretační nástroj k právnímu předpisu, a komentář vysvětluje rozsah a povahu této úpravy. Důvodová zpráva se vždy veřejně publikuje a je veřejně přístupná na internetu, navíc většina ujednání uvedených v příloze směrnice již byla dříve ve Švédsku prohlášena za nepřiměřené a tudíž neplatné, takže k této

problematicke existuje poměrně rozsáhlá judikatura. ESD tedy rozhodnul [7], že výčet ujednání uvedených v příloze směrnice v důvodové zprávě a odkazy na seznam v jiných dokumentech a brožurách, které jsou k dispozici veřejnosti, je dostačující. Výhodou navíc je, že tím, že jsou tyto informace k dispozici na internetu, jsou rovněž dostatečně přístupné pro jednotlivce z ostatních členských států.

2.2 NEPŘIMĚŘENÁ UJEDNÁNÍ V ČESKÉM OBČANSKÉM ZÁKONÍKU

Členské státy sice v rámci minimální harmonizace mohou přijmout přísnější opatření než ta, která jsou stanovena ve směrnici, je však nutno zvážit, zda budou taková přísnější omezení vhodná pro růst trhu. Je potřeba si uvědomit, že každé přísné omezení podnikatelů může vést k dalším finančním nákladům, které v konečném důsledku zaplatí spotřebitelé.

Co se týče české úpravy nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách obsažených v občanském zákoníku, je předně potřeba říci, že český zákonodárce zneplatnil všechna ujednání vyjmenovaná v § 56 odst. 3 OZ, a to aniž by reflektoval některé výjimky stanovené směrnicí. Znamená to, že všechna ujednání uvedená v tomto seznamu tvoří tzv. „black list“, a jsou automaticky neplatná, a to od 1. 7. 2010 absolutně, aniž by soud musel jejich nepřiměřenost zkoumat [8].

Jednotlivá ujednání obsažená v občanském zákoníku, která jsou jako nepřiměřená neplatná, je možné rozdělit do několika skupin, přičemž některá z nich se mohou zdát nadbytečná, protože jsou kryta některými obecnými ustanoveními občanského zákoníku, např. v případě náhrady škody.

První skupinu tvoří ujednání, která vylučují nebo omezují spotřebitelova práva z vadného plnění nebo na náhradu újmy. Jedná se o klasické nepřiměřené ujednání ve smlouvě, které by mělo za cíl spotřebitele ochudit o možnost domáhat se práva z odpovědnosti za vady nebo na náhradu škody [9]. Zároveň je výslovně vypíchnuto nepřiměřené ujednání, které by vylučovalo nebo omezovalo odpovědnost dodavatele za smrt či újmu na zdraví.

7 Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 7. května 2002, C-478/99 *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden*.

8 K tomu více SELUCKÁ, M. Ochrana spotřebitele: nenápadná změna se zásadními dopady. *Právní rozhledy*. 2010, č. 14, s. 513-517.

9 Újmou se rozumí jak újma majetková tak i nemajetková.

Další skupina ujednání se týká plnění, ať už plnění samotného (ujednání, která zavazují spotřebitele plnit, zatímco podnikateli vznikne povinnost plnit splněním podmínky závislé na jeho vůli), nebo takového, kdy spotřebitel vlastně neví, co by měl plnit (ujednání, které zavazuje spotřebitele k plnění podmínek, s nimiž se neměl možnost seznámit před uzavřením smlouvy). Do této skupiny je možné rovněž zařadit zákaz ujednání, která umožňují, aby podnikatel nevydal spotřebiteli, co mu spotřebitel vydal, a to i v případě, že spotřebitel smlouvu neuzavře či od ní odstoupí, a rovněž ujednání, která přikazují spotřebiteli, aby splnil všechny závazky i v případě, že dodavatel nesplnil závazky, které mu vznikly.

Další skupinu tvoří ujednání týkající se změny či skončení závazkového vztahu odstoupením od smlouvy nebo vypovězením smlouvy, kdy se zakazují ujednání, která zakládají podnikateli právo odstoupit od smlouvy bez důvodu, zatímco spotřebitelé nikoli, a zakládají podnikateli právo vypovědět smlouvu na dobu neurčitou bez důvodu hodného zvláštní zřetele bez přiměřené výpovědní doby. V případě změny závazku jsou to ujednání, která dovolují podnikateli, aby ze své vůle jednostranně změnil práva či povinnosti stran, bez důvodu sjednaného ve smlouvě.

Předposlední skupinu tvoří ujednání týkající se ceny, kdy se zakazují ujednání, která odkládají určení ceny až na dobu plnění nebo umožňují podnikateli cenu zvýšit, aniž bude mít spotřebitel právo při podstatném zvýšení ceny právo od smlouvy odstoupit.

Poslední v zákonném demonstrativním výčtu uvedeným nepřiměřeným ujednáním je ustanovení o postoupení pohledávky, které dovoluje dodavateli převést práva a povinnosti ze smlouvy bez souhlasu spotřebitele, pokud dojde převodem ke zhoršení dobytosti nebo zajištění pohledávky spotřebitele.

Jak již bylo výše dovozeno, seznam nepřiměřených ujednání uvedený v příloze směrnice 93/13/EHS je pouze ilustrativní. Český zákonodárce nicméně nepřistoupil k transpozici celkového seznamu přílohy směrnice (včetně výjimek tam stanovených), ať už z důvodu "ochrany podnikatelů" nebo z důvodu, že se příslušná ustanovení vyskytují na jiných místech občanského zákoníku. Je však otázkou, zda je taková transpozice vhodná. Směrnice ukládá členským státům, aby přijaly všechna možná opatření vhodná k tomu, aby byly cíle a metody směrnice transformovány do národních řádů a aby byli spotřebitelé o svých právech informováni.

Můžeme však polemizovat o tom, zda je spotřebitel dostatečně o svých právech informován v případě, že jsou mu jeho práva garantována sice jinými ustanoveními v občanském zákoníku, spotřebitel však o nich neví a

nedočte se o nich ani v důvodové zprávě [10]. Ujednání, která český zákonodárce netransponoval do občanského zákoníku vůbec, anebo která jsou obsažena v jiných ustanoveních občanského zákoníku, je hned několik. Patří sem následující ustanovení přílohy směrnice 93/13/EHS:

odst. 1 písm. b) dle kterého je neplatné nepřiměřené zbavení spotřebitele zákonných práv vůči prodávajícímu nebo poskytovateli nebo jiné straně nebo omezení těchto práv v případě celkového nebo částečného neplnění nebo nedostatečného plnění některého ze smluvních závazků ze strany prodávajícího nebo poskytovatele, včetně možnosti vyrovnání dluhu vůči prodávajícímu nebo poskytovateli případným nárokem, který proti němu spotřebitel může mít,

odst. 1 e) dle kterého je neplatný požadavek na spotřebiteli, který neplní svůj závazek, aby platil nepřiměřeně vysoké odškodné,

odst. 1 h) dle kterého je neplatné automatické prodloužení smlouvy s platností na dobu určitou, pokud se spotřebitel nevyjádřil jinak, a když termín stanovený spotřebiteli k tomu, aby vyjádřil přání neprodlužovat smlouvu, je nepřiměřeně krátký,

odst. 1 m) dle kterého je neplatné vyhrazení práva prodávajícímu určovat, zda dodané zboží nebo poskytnutá služba je v souladu se smlouvou, nebo vyhrazení výlučného práva prodávajícímu vykládat jakékoli ujednání smlouvy,

odst. 1 n) dle kterého je neplatné omezení povinnosti prodávajícího nebo poskytovatele dodržovat závazky, na které přistoupili jeho zástupci, nebo podmiňovat tyto závazky dodržením jiné zvláštní formality,

odst. 1 q) dle kterého je neplatné zbavení spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek, zejména požadovat na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů, nebo bránění uplatnění tohoto práva, nepřiměřené omezování důkazů, které má spotřebitel k dispozici, nebo ukládání důkazního břemene, které by podle použitelných právních předpisů mělo příslušet druhé smluvní straně, spotřebiteli [11]

10 DZ pouze stanoví, že co lze za takové nepřiměřené podmínky považovat stanoví prováděcí předpis jejich příkladným výčtem; tento výčet se může stát východiskem pro soudní judikaturu, neboť nepřiměřená podmínka způsobuje neplatnost ujednání (výjimečně i celé smlouvy).

11 K tomu více HULMÁK, M., TOMANČÁKOVÁ, B. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporů mezi dodavatelem a spotřebitelem (1. část). *Obchodněprávní revue*, 2010, č.6.; HULMÁK, M., TOMANČÁKOVÁ, B. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporů mezi dodavatelem a spotřebitelem (2. část). *Obchodněprávní revue*, 2010, č.7.

a částečně i písmeno f) které zakazuje možnost, aby si prodávající nebo poskytovatel v případě, že sám zrušuje smlouvu, ponechal částky zaplacené za služby, které ještě neposkytl.

Odstavec druhý přílohy směrnice, který stanovuje některé výjimky v rámci písm. g), j) a l) výčtu nepřiměřených ujednání ve směrnici, pak zákonodárce – pokud nepočítáme poněkud zvláštní úpravu v § 54d odst. 2 OZ nereflektoval.

3. ZÁVĚR

S ohledem na minimální charakter směrnice se mohou členské státy rozhodnout, zda se orientační seznam nepřiměřených ujednání uvedených v příloze směrnice 93/13/EHS stane přímo součástí právního předpisu a ujednání v nich budou neplatná bez dalšího, nebo zda jej implementuje jiným vhodným způsobem.

Ze systematiky směrnice 93/13/EHS je patrné, že je rozdělena na samotný normativní text (včetně preambule) a nezávazný příkladný seznam nepřiměřených ujednání, ze kterého práva a povinnosti jednotlivcům ze seznamu v příloze přímo nevyplývají. Tento seznam není závazný ani pro zákonodárce v jednotlivých členských státech, ani nemá horizontální účinek mezi jednotlivci. Jednotlivec se tedy nemůže dovolávat svých práv čistě na základě seznamu v příloze, protože takový výklad by byl v rozporu se zněním článku 3 odst. 3 této směrnice [12]. Posuzování nepřiměřenosti jednotlivých ujednání neuvedených v seznamu tedy vyžaduje posouzení a zohlednění všech okolností případu (nerovnováhy v právech a povinnostech stran k tíži spotřebitele), a to na základě požadavku dobré víry (poctivosti).

Příloha směrnice zde může plnit pouze interpretační funkci, která je využita při zjišťování, zda je určité ujednání nepřiměřené či nikoli. Je však otázkou, zda by nebylo vhodnější, kdyby bylo zvoleno jiného způsobu, než formu přílohy ke směrnici, tak aby byla tato skutečnost patrná. Do budoucna – pokud tedy nebude přijata směrnice o ochraně spotřebitele s principem maximální harmonizace, by tedy bylo možné stanovit tento seznam například formou doporučení, případně jiného nezávazného způsobu, např. interpretačního sdělení.

Literature:

- EBERS, M. Consumer Law Compendium. Comparative Analysis. s. 385. [cit. 5.11.2011]. Dostupný z http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf.

12 Jak bohužel nesprávně v současné době formulují některé české soudy ve svých rozhodnutích, viz např. rozhodnutí Městského soudu v Brně 33 C 68/2008.

- FIALA, J., SELUCKÁ, M. Evropské spotřebitelské *acquis* a české občanské (spotřebitelské) právo. In Evropské unifikační projekty závazkového práva a české občanské právo. Brno: Masarykova univerzita, 2009.
- HULMÁK, M., TOMANČÁKOVÁ, B. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporů mezi dodavatelem a spotřebitelem (1. část). *Obchodněprávní revue*, 2010, č.6.
- HULMÁK, M., TOMANČÁKOVÁ, B. Rozhodčí řízení jako vhodný prostředek řešení sporů mezi dodavatelem a spotřebitelem (2. část). *Obchodněprávní revue*, 2010, č.7.
- HURDÍK, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s.118.
- HURDÍK, J. *Dobrá víra*. *Právník*. 2007, č. 5, s. 568.
- NEBBIA, P. *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.
- SELUCKÁ M. In ELIÁŠ, K. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*. Praha: Linde a.s., 2008, s. 382.
- SELUCKÁ, M. *Ochrana spotřebitele v soukromém právu*. Praha: C.H. Beck, 2008.
- SELUCKÁ, M. *Ochrana spotřebitele: nenápadná změna se zásadními dopady*. *Právní rozhledy*. 2010, č. 14, s. 513-517.
- WHITTAKER, S., ZIMMERMANN, R. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s.17.

Contact – email

blanka.tomancakova@upol.cz

EUROPEAN PROPERTY – NEW FORM OF CIVIL OR ADMINISTRATIVE ONE

MARIUS VACARELU

Faculty of Public Administration, National School of Political and Administrative Studies Bucharest, Romania

Abstract in original language

Dintotdeauna dreptul civil a avut o importanță covârșitoare pentru economie, văzută ca un proces normal de dezvoltare a posibilităților de acțiune a unei societăți. La baza acestei ramuri de drept stă instituția proprietății, analizată, până în ultimii ani, doar din perspectiva națională.

Totuși, europenizarea dreptului, noțiune la modă astăzi, trebuie analizată și în perspectiva proprietății, în sensul în care ea este însoțită cumva și de o nouă formă a acesteia, și anume proprietatea europeană. La această întrebare vom căuta să oferim un răspuns.

Key words in original language

Proprietate națională; proprietate europeană; forme ale proprietății.

Abstract

In legal theory, a legal person must respect (to exist) few conditions. One of them is the existence of a patrimony, of property.

Every state has private property and public property. If EU has its own property, is it a private property, or only a public property? After this question, there are other ones: which goods belong to EU, as single legal person? Only their buildings from Brussels, or even for them EU pay rent to Belgian state? And who's the person that administrates this kind of property? To these questions we try to have an answer in our text.

Key words

National property; European property; forms of property.

1. When comparing various models of market integration, whether of a federal origin (such as can be found in the U.S.) or not (such as the European Union), it becomes apparent that market integration inevitably demands or, perhaps one should say: unavoidably results in, legal integration. Maybe?

Lisbon treaty creates a single Europe, with a single legal personality, this one of the most important conclusions of 2007, when a lot of people describe this treaty as the key for a real and coherent European state.

In legal theory, a legal person must respect (to exist) few conditions. One of them is the existence of a patrimony, of property. That's because it is very important to understand the importance of economic, patrimonial dimension of any legal subject.

However, in this property dimension we must find a strong wall, a strong resistance opposed by the national law.

In fact, no one can ignore this attitude. For example, professor Sief van Erp underlined this:

“Particularly in the area of property law the differences between the various legal traditions are substantial. Even within the civil law tradition considerable divergence exists between the French, German and Scandinavian legal traditions. Property law is therefore an area where legal integration demands careful comparative analysis, taking into account the results of multidisciplinary cooperation.”¹

In the same time, we cannot deny few attempts to create a real European state, with a single European law, in whole branches. In this way, in 2009 it was written: “Although it is not entirely clear yet what the work of the European Commission on the Common Frame of Reference (CFR) will lead to, it is sure that it does contribute to the making of European private law. The unclear political status of the CFR leads the drafters of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to conclude that DCFR should at least function as a legislator's guide or toolbox for future European legislation.”²

2. As we underlined in another article³, the starting moments of this debate is soon after the First World War, when Woodrow Wilson imposed in Europe and in whole world a new principle of political affairs: principle of nationalities. From this moment it started a wave of independency movements (officially or secret), wars and negotiations: finalization of this political process was in 1976, after red revolution of Portugal.

In the same time, international relations receive a new face in 1919 – 1920; super powers disappeared, and inside “black hole of power” new national and independent states tried to create a new style of international relations,

¹ Sief van Erp: Deconstruction and Reconstruction of European Property Law: A Research Agenda, electronic available at: <http://ssrn.com/abstract=1572574>, pg. 2

² Bram Akkermans: Property law and the internal market, electronic available at <http://ssrn.com/abstract=1436496>, pg. 1

³ Marius Vacarelu: National constitutional law resistance against European integration, *Dny práva proceedings*, 2009, Brno, pg. 667

when agreements between states are respected and morality represent supreme law and behavior between states, politicians and citizens. After the great and universal war (between states and systems), history stopped to be inspiration for politicians: television and radio appeared, so, it was time for propaganda.

In this propaganda war, the 1989 was decisive: the official victory of capitalist economy makes a new arrangement, and European Union appears like the perfect institution for human rights, economy and not only for human race: a global model, good to impose to Heaven itself.

3. Analyzing the official history of European Union⁴, we can observe this manner of presentation:

“A peaceful Europe – the beginnings of cooperation.

The European Union is set up with the aim of ending the frequent and bloody wars between neighbors, which culminated in the Second World War. As of 1950, the European Coal and Steel Community begin to unite European countries economically and politically in order to secure lasting peace. The six founders are Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. The 1950s are dominated by a cold war between east and west. Protests in Hungary against the Communist regime are put down by Soviet tanks in 1956; while the following year, 1957, the Soviet Union takes the lead in the space race, when it launches the first man-made space satellite, Sputnik 1. Also in 1957, the Treaty of Rome creates the European Economic Community (EEC), or Common Market.”

In all books who describe this political entity, it is added the historical significance of this construction, but it is presented in a continuous tradition with former European kingdoms and empires. Unfortunately, today reading is not famous – for many young people internet represent education. There is one site very important tin internet equation, considered by many people as “quite – official” handbook: Wikipedia. It is used not only by simple people, but also by diplomats in official meetings⁵, and this means that they try to offer a legal role of this site.

On Wikipedia, the European Union description for the beginning moments is⁶:

⁴ http://europa.eu/abc/history/index_en.htm

⁵ Watch few presentations on Institute of Cultural Diplomacy from Berlin: <http://www.culturaldiplomacy.org/index.php?en>

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_European_Union

“Pre-1945 ideas on European unity.

Large areas of Europe had previously been unified by empires built on force, such as the Roman Empire, Byzantine Empire, Frankish Empire, Holy Roman Empire, Ottoman Empire, the First French Empire and Nazi Germany.

A peaceful means of some consolidation of European territories used to be provided by dynastic unions; less common were country-level unions, such as the Polish-Lithuanian Commonwealth and Austro-Hungarian Empire.

Largely due to the devastating effects of war many people turned to the idea of some form of unified Europe, notably William Penn, Abbot Charles de Saint-Pierre, Victor Hugo, Richard Coudenhove – Kalergi and Giuseppe Mazzini.

Such ideas became greater in Western Europe following World War I, with the massive loss of life it entailed, but it was not until after World War II that real steps were taken in Western Europe. An example of an organization formed to promote the association of states between the wars to promote the idea of European Union is the Pan-Europa movement.”

About the years 2000 the official history speaks about:

“The euro is the new currency for many Europeans. 11 September 2001 becomes synonymous with the 'War on Terror' after hijacked airliners are flown into buildings in New York and Washington. EU countries begin to work much more closely together to fight crime. The political divisions between east and west Europe are finally declared healed when no fewer than 10 new countries join the EU in 2004. Many people think that it is time for Europe to have a constitution but what sort of constitution is by no means easy to agree, so the debate on the future of Europe rages on.

The 27 EU countries sign the Treaty of Lisbon, which amends the previous Treaties. It is designed to make the EU more democratic, efficient and transparent, and thereby able to tackle global challenges such as climate change, security and sustainable development.”

About this treaty we must note that it is in a direct connection with the project of European constitution.

But the population didn't accepted, so, they reject this kind of act. Lisbon treaty it was a “replacement”, but not with the same image. However, the text of the treaty has an important significance, especially for our ideas.

The Preamble of this document underlines the psychological and political reasons for European Union:

“..... RESOLVED to mark a new stage in the process of European integration undertaken with the establishment of the European Communities,

DRAWING INSPIRATION from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law,

RECALLING the historic importance of the ending of the division of the European continent and the need to create firm bases for the construction of the future Europe,

..... DESIRING to enhance further the democratic and efficient functioning of the institutions so as to enable them better to carry out, within a single institutional framework, the tasks entrusted to them,

RESOLVED to achieve the strengthening and the convergence of their economies and to establish an economic and monetary union including, in accordance with the provisions of this Treaty and of the Treaty on the Functioning of the European Union, a single and stable currency,

DETERMINED to promote economic and social progress for their peoples, taking into account the principle of sustainable development and within the context of the accomplishment of the internal market and of reinforced cohesion and environmental protection, and to implement policies ensuring that advances in economic integration are accompanied by parallel progress in other fields,

RESOLVED to establish a citizenship common to nationals of their countries,

RESOLVED to implement a common foreign and security policy including the progressive framing of a common defence policy

..... RESOLVED to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe,

.....IN VIEW of further steps to be taken in order to advance European integration,

HAVE DECIDED to establish a European Union”.

In this kind of text, we can see the purposes of this treaty. Despite of any opinion, an official text had a target, which it is more obvious or not, according with the used sentences by the Higher Parts who sign the document.

After this important preamble, the first article of the Lisbon treaty speaks:

“By this Treaty, the HIGH CONTRACTING PARTIES establish among themselves a EUROPEAN UNION, hereinafter called "the Union" on which the Member States confer competences to attain objectives they have in common.

This Treaty marks a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as openly as possible and as closely as possible to the citizen.

The Union shall be founded on the present Treaty and on the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as "the Treaties"). Those two Treaties shall have the same legal value. The Union shall replace and succeed the European Community.”

4. The author don't change the official text, and, of course, the letters. If the dimension of letters is very important for communication⁷, for us the legal significance is clear.

establish among themselves a EUROPEAN UNION, hereinafter called "the Union" on which the Member States confer competences to attain objectives they have in common;

a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe.

For that, we must consider today in Brussels a new capital, of a different state. This is a state without history, with great handicap in legitimacy, but with a main political purpose. And, if the politicians – our rulers – decide in this way, we must consider a new state. And this new state is not only a state with a single citizenship, but its dimension is not only reducing to constitutional law.

In fact, when you create a state, you make too the administrative law and civil law. And, among them, a strong and old institution: right of property. The property belongs to normal citizens, but also to the state.

Understanding this, few questions about the European Union functioning appears:

Which goods belong to EU, as single legal person? Only their buildings from Brussels, or even for them EU pay rent to Belgian state?

Who is the person ho administrate this kind of property?

⁷ Edward L. Rubin: *Beyond Camelot : rethinking politics and law for the modern state*, Princeton University Press, 2005, pg. 36

Which is the real situation of goods where EU has its representations in the member states? Who's the owner - the national state, the EU? And if EU rent that houses, in what name? In a name of member states, of in itself position?

If somebody wants to make a donation to EU, who will accept this donation in the name of EU?

5. In this dimension, we must underline the answer of the Lisbon Treaty:

Article 335: “In each of the Member States, the Union shall enjoy the most extensive legal capacity accorded to legal persons under their laws; it may, in particular, acquire or dispose of movable and immovable property and may be a party to legal proceedings. To this end, the Union shall be represented by the Commission. However, the Union shall be represented by each of the institutions, by virtue of their administrative autonomy, in matters relating to their respective operation.”

This text, as we can see, doesn't speak directly about European property, but it can be considered as existing. But we must underline something: last part of the article speaks about the representation made by each of the institutions, by virtue of their administrative autonomy, in matters relating to their respective operation.

So, for this question, if exists a European property, our answer is simple: despite of this regulation, the absence of a real, coherent institution in every member state, after the national model offer a negative answer. Few central institutions are not important to create a real state, when national member states had such a history and legal tradition. Anyway, in this dimension we can speak only about a civil law property of European Union. The administrative form of property is not possible today, and, for sure, not in next decades – economy is stronger than politicians.

This idea is strength by the disposition of article 19 of the Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 of 25 June 2002, on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities:

“1. The Commission may accept any donation made to the Communities, such as foundations, subsidies, gifts and bequests.

2. Acceptance of donations which may involve some financial charge shall be subject to the authorization of the European Parliament and the Council, which shall act on the matter within two months of the date of receipt of the request from the Commission. If no objection has been made within that period, the Commission shall take a final decision in respect of acceptance.”

To administrate the European property (or, more precisely, the property of a political entity to few goods in Benelux and Strasbourg), the Commission is

represented by the “Office for Infrastructure and Logistics in Brussels” (OIB), which in turn is represented by the Director of the OIB.

Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities, hereinafter ‘the Financial Regulation’, provides a framework for the establishment of a new type of administrative office.

The results of the analysis undertaken by the Planning and Coordination Group on Externalisation, after taking stock of the situation in the Commission and at inter-institutional level across a number of areas, highlight the main advantages that the creation of Commission offices could bring and the areas where special attention is needed, such as, for example, the need to ensure that operations at the various sites are consistent and to define the minimum critical size of each office.

The type of office selected consists of administrative entities aimed at providing support for the activities of other Commission departments and/or potentially of other Community institutions.

The analysis carried out more specifically in the area of infrastructure and logistics sets out the advantages of entrusting to a single structure the execution of decisions involving administrative support. That structure is particularly suitable for making efficient and economic use of resources while improving the visibility of the services provided, refocusing effective operational responsibilities and keeping pace with the needs and demands of users.

So, the Commission Decision of 6 November 2002 had established the “Office for infrastructure and logistics in Brussels”, which attributions are detailed in the third article, paragraph 1:

- (a) Administering the acquisition, leasing and maintenance of the moveable and immovable property of the Commission together with the associated inventories and questions relating to VAT;
- (b) organizing removals and space management;
- (c) administering:
 - (i) transport services for staff and goods for internal purposes;
 - (ii) incoming and outgoing mail and the internal distribution of documents for the Commission's directorates general;
 - (iii) the reproduction services;
 - (iv) office supplies.

As we can see, the dimension of property in European law is minimum, because we can speak about property of citizens (older than state creation), of about the national state properties.

If the debate about European citizenship is in such dimension that no one is really satisfied about the results, let's imagine a debate about property, when the economic – and, of course, the richness possibilities are evaluated – purposes will dominate the main position. Energy itself and pipelines creates a different member states inside European Union, a real property of EU is a too long dream!

Literature:

- Bram Akkermans: Property law and the internal market, 33 pages, electronic available at <http://ssrn.com/abstract=1436496>.
- Emil Balan, Instituti administrative / Administrative institutions, Bucharest, C.H. Beck, 2008, 240 pages, ISBN : 978-973-115-269-1.
- Sjef van Erp: Deconstruction and Reconstruction of European Property Law: A Research Agenda, 17 pages, electronic available at: <http://ssrn.com/abstract=1572574>.
- Edward L. Rubin: Beyond Camelot : rethinking politics and law for the modern state, Princeton University Press, 2005, 480 pages, ISBN 0-691-11808-6.
- Marius Vacarelu: National constitutional law resistance against European integration, Dny prava proceedings, 2009, Brno, ISBN 978-80-210-4990-1.
- <http://www.culturaldiplomacy.org/index.php?en>
- http://europa.eu/abc/history/index_en.htm, consulted on 18 November 2010.
- http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_European_Union, consulted on 18 November 2010.

Contact – email

marius123vacarelu@gmail.com

**OBČANÉ A CIZINCI V KONTEXTU
VÝVOJE VNITROSTÁTNÍHO,
MEZINÁRODNÍHO A
EVROPSKÉHO PRÁVA**

***CITIZENS AND ALIENS IN THE
CONTEXT OF NATIONAL,
INTERNATIONAL AND EUROPEAN
LAW PROGRESS***

DUAL CITIZENSHIP AS A NEW CONSTITUTIONAL PROBLEM IN THE SLOVAK REPUBLIC

BORIS BALOG

Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Bratislava, Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok sa venuje prijatým, ale aj zamýšľaným právnym úpravám štátneho občianstva Slovenskej republiky z roku 2010. Teto úpravy sa dotýkajú dvojitého štátneho občianstva. Jednotlivé právne úpravy sú konfrontované s ústavnou úpravou štátneho občianstva.

Key words in original language

Ústava Slovenskej republiky; občianstvo Slovenskej republiky; dvojité občianstvo.

Abstract

The article discusses about the adopted, but also intended legal adjustments of the Citizenship of the Slovak Republic from the year 2010. This adjustments affects dual Citizenship. The various legal arrangements are confronted with constitutional adjustment of the Citizenship.

Key words

The Constitution of the Slovak Republic; the citizenship of the Slovak Republic; dual citizenship.

1. ÚVOD

Problematika dvojitého štátneho občianstva nevyvolávala v Slovenskej republike od jej vzniku v roku 1993 žiaden osobitný problém. Táto vec sa ale stala vysoko aktuálnou, a to aj v rovine ústavnej a legislatívnej, začiatkom roku 2010, a to v dôsledku legislatívnych aktivít Maďarskej republiky v oblasti štátneho občianstva Maďarskej republiky a snahy, či dokonca potreby Slovenskej republiky nielen politicky a diplomaticky, ale aj legislatívne na ne reagovať.

Pri hľadaní vhodnej legislatívnej reakcie musela Slovenská republika vziať do úvahy nielen cieľ, ktorý chcela svojou prípadnou legislatívnou aktivitou dosiahnuť, ale aj zásady medzinárodného práva v oblasti štátneho

občianstva a najmä vlastné ústavné limity (možnosti) úpravy štátneho občianstva.

Predložený príspevok preto poskytuje pohľad na ústavnú úpravu štátneho občianstva v Slovenskej republike a v nadväznosti na vyššie uvedené aj na prijaté a zamýšľané zmeny v zákone Národnej rady Slovenskej republiky č. 40/1993 Z. z. o štátnom občianstve Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o štátnom občianstve“).

Domnievam sa, že v tejto oblasti môžu Slovenskej republike dobre poslúžiť aj skúsenosti s uplatňovaním § 17 príslušného českého zákona a skúsenosti z Českej republiky všeobecne.

Štátne občianstvo je vo všeobecnosti definované ako trvalý (relatívne trvalý) právny vzťah fyzickej osoby k určitému štátu. Subjektom štátoobčianskeho vzťahu sú fyzická osoba a konkrétny štát. Práve subjekt tohto právneho vzťahu (fyzická osoba) je rozlišovacím kritériom medzi štátnym občianstvom a štátnou príslušnosťou ako v podstate širším pojmom, ktorý zahŕňa ako fyzické osoby tak aj osoby právnické. Obsahom štátoobčianskeho právneho vzťahu sú vzájomné práva a povinnosti ustanovené vnútroštátnymi predpismi každého štátu. Vyplýva to zo suverenity každého štátu. V tomto zmysle je štátne občianstvo inštitútom vnútroštátneho práva. Aj keď je štátne občianstvo inštitútom vnútroštátneho práva, má pre jednotlivca - štátneho občana konkrétno štátu právny význam, resp. dôsledky v oblasti práva medzinárodného. Zákonodarstvo konkrétno štátu preto musí (rovnako ako aj v iných oblastiach) v právnej úprave štátneho občianstva zachovávať princípy medzinárodného práva a záväzky vyplývajúce pre štát z medzinárodných zmlúv. Zo zásady medzinárodného práva, že určenie osôb, ktoré štát považuje za svojich štátnych občanov patrí do jeho výlučnej právomoci vyplýva aj určenie podmienok pre vznik a zánik štátneho občianstva a to bez ohľadu na to, či konkrétna osoba je štátnym občanom aj iného štátu.

Rešpektovanie práva štátu na vlastnú a suverénnu úpravu štátneho občianstva môže priniesť aj stav, keď jedna fyzická osoba získa na základe rôznych právnych úprav dvoch štátov ich štátne občianstvo a bude tak mať dve, resp. dvojité štátne občianstvo.

Rôznosť vnútroštátnych právnych úprav jednotlivých suverénnych štátov spôsobuje, že niektoré osoby majú (nadobudnú) štátne občianstvo dvoch, prípadne aj viacerých štátov. Názory na dvojaké, či viaceré štátne občianstva prešli a stále prechádzajú vývojom v závislosti od rôznych historických, spoločensko-ekonomických podmienok. Faktom však zostáva, že s takýmto stavom sú často spojené aj nežiaduce situácie, a to najmä pre samotného štátneho občana. Nežiaduce situácie vznikajú jednak v oblasti plnenia povinností občana voči štátu, napr. plniť vojenskú službu, odvádzať (platiť) dane, dodržiavania právnych predpisov, podliehania trestnoprávnej jurisdikcii, ale aj práv, ktoré vnútroštátne právo priznáva len svojmu štátnemu občanovi, napr. právo voliť, zastávať určité funkcie v štátnych orgánoch, dovoľávať sa diplomatickej ochrany v štáte pobytu, mimo štátu, ktorého je štátnym občanom a pod. Prax štátov v tejto oblasti (obyčajové právo) sa ustálilo do princípu, že osoba s niekoľkými štátnymi občianstvami sa nemôže odvolávať na štátne občianstvo k inému štátu. Pokiaľ ide o tretí štát, tento považuje osobu s viacerými štátnymi občianstvami za občana len jedného štátu, ktorým je podľa zásady efektivity štát, ku ktorému má osoba najužší faktický vzťah, spravidla trvalé bydlisko, zamestnanie, výkon určitých funkcií viažucich sa len na štátne občianstvo, prípadne štátne občianstvo nadobudnuté naposledy. Zásadou efektivity pri posudzovaní štátneho občianstva iného štátu nie je dotknutá zásada suverénnej právomoci štátu upraviť podmienky a spôsoby nadobudnutia a straty štátneho občianstva, resp. koho bude štát považovať za svojho štátneho občana, samozrejme pri rešpektovaní princípov medzinárodného práva a záväzkov vyplývajúcich z medzinárodných zmlúv.

2. ÚSTAVNÁ ÚPRAVA

Všetky legislatívne úpravy v Slovenskej republike, a to či už prijaté, alebo zamýšľané je potrebné podrobiť testu ich súladu s ústavnou úpravou štátneho občianstva. V tejto súvislosti nie je ani tak významný čl. 5 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“), pretože v podstate obsahuje len blanketovú normu, podľa ktorej nadobúdanie a stratu štátneho občianstva Slovenskej republiky ustanoví zákon. Z hľadiska zákonnej úpravy straty štátneho občianstva je rozhodujúci čl. 5 ods. 2 ústavy, podľa ktorého „Nikom nemožno odňať štátne občianstvo Slovenskej republiky proti jeho vôli.“ Táto úprava zodpovedá čl. 12 ods. 2 Ústavy Českej republiky, čo umožňuje aplikovanie rovnakých ústavných zásad na zákonnú úpravu štátneho občianstva, osobitne, ak ide o jeho stratu. Čl. 5 ods. 2 ústavy vytvára základnú ústavnú bariéru pre zákonodarcu pri úprave podmienok a okolností ukončenia štátneho občianstva Slovenskej republiky.

V prvom rade je potrebné uviesť, že k porušeniu základného práva uvedeného v čl. 5 ods. 2 ústavy môže dôjsť len u tých osôb, ktoré nadobudli štátne občianstvo Slovenskej republiky na základe zákona o štátnom občianstve a niektorým zo spôsobov v ňom uvedeným.

Ústava v súlade s demokratickým chápaním inštitútu štátneho občianstva nedovoľuje odňatie štátneho občianstva Slovenskej republiky proti vôli občana ako sankciu. Zánik štátneho občianstva si bezpodmienečne vyžaduje prejav vôle občana smerujúci k zániku štátneho občianstva a až na základe tohto prejavu vôle občana a splnenia ďalších zákonných podmienok dochádza k zániku štátneho občianstva. Len s takýmto jednoznačným a všetkým náležitostiam prejavu vôle zodpovedajúcim úkonom môže ústavne konformná zákonná úprava spájať stratu štátneho občianstva Slovenskej republiky. Takýmto článkom súčasne ústavodarca obmedzuje zákonodarcu a jeho trestnú legislatívu, pretože zákonodarca už nemá možnosť stanoviť medzi inými trestami aj trest straty štátneho občianstva.¹

Práve ako rozhodujúci kritický moment sa tu javí otázka prejavu vôle. K zániku štátneho občianstva by malo dôjsť v súlade s ústavou vtedy, ak štátny občan Slovenskej republiky urobí dobrovoľný prejav vôle, obsahom ktorého je jednoznačná a nespochybniteľná vôľa vystúpiť zo štátnoobčianskeho zväzku. Alebo je možné z obsahovej stránky za ústavne postačujúci pokladať aj taký prejav vôle, ktorý primárne nesmeruje k zániku štátneho občianstva, ale jeho obsahom je iná skutočnosť, napr. snaha o získanie iného štátneho občianstva, a takýto prejav vôle sa (len) na základe zákonnej úpravy pokladá za taký prejav vôle, ktorý smeruje (aj) k zániku existujúceho štátneho občianstva Slovenskej republiky?

Práve tieto úvahy viedli k spochybneniu ústavnosti zákonnej úpravy uvedenej v nasledujúcom texte a vyvolali potrebu jej revízie.

¹ K tomu pozri tiež rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky sp. zn. Pl. ÚS 5/95.

3. DVOJITÉ ŠTÁTNE OBČIANSTVO SLOVENSKEJ REPUBLIKY A JEHO RIEŠENIE ZÁKONOM Č. 250/2010 Z. Z.

Ako bolo uvedené vyššie, ústava rešpektuje výslovným zákazom odňatia štátneho občianstva Slovenskej republiky proti vôli samotného občana, medzinárodný štandard úpravy štátneho občianstva a zásady z neho vyplývajúce.

Okrem princípu nemožnosti odňatia štátneho občianstva proti vôli štátneho občianstva je ale iným uznávaným a aplikovaným princípom tiež princíp, že dobrovoľné nadobudnutie štátneho občianstva iného štátu môže byť legitímnym dôvodom na stratu (ale nie odňatie) doterajšieho štátneho občianstva.

Práve tento princíp sa premietol do úpravy zákona o štátnom občianstve a bol doň doplnený jeho novelou č. 250/2010 Z. z. s účinnosťou od 17. júla 2010.

Týmto zákonom bolo doplnené doterajšie ustanovenie § 9 zákona o štátnom občianstve v tom zmysle, že popri dovtedy jedinom spôsobe straty štátneho občianstva Slovenskej republiky na základe prepustenia zo štátnoobčianskeho zväzku na vlastnú žiadosť, bola doplnená aj strata štátneho občianstva Slovenskej republiky nadobudnutím cudzieho štátneho občianstva na základe výslovného prejavu vôle štátneho občana Slovenskej republiky.

Zákon súčasne ako dôsledok takejto straty štátneho občianstva Slovenskej republiky vyslovil, že štátny občan Slovenskej republiky stráca štátne občianstvo Slovenskej republiky dňom, ktorým na základe výslovného prejavu vôle, ktorým je žiadosť, vyhlásenie alebo iný úkon smerujúci k nadobudnutiu cudzieho štátneho občianstva, dobrovoľne nadobudne cudzie štátne občianstvo. K strate štátneho občianstva ale nedôjde, ak štátny občan Slovenskej republiky nadobudol cudzie štátne občianstvo v súvislosti s uzavretím manželstva so štátnym občanom cudzieho štátu, a to za predpokladu, že cudzie štátne občianstvo manžela nadobudol za trvania spoločného manželstva. K strate štátneho občianstva nedôjde ani vtedy, ak bolo cudzie štátne občianstvo nadobudnuté narodením.

Ten, kto stratil štátne občianstvo, je povinný bezodkladne túto skutočnosť oznámiť obvodnému úradu v sídle kraja. Dňom straty štátneho občianstva Slovenskej republiky zaniká štátnozamestnanecký pomer, služobný pomer alebo obdobný právny vzťah zakladajúci funkciu, zamestnanie alebo povolanie, výkon ktorých je podmienený štátnym občianstvom Slovenskej republiky a súčasne zaniká oprávnenie na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami.

Takáto úprava nebola pôvodne predmetom úpravy zákona o štátnom občianstve a jej doplnenie (až) v roku 2010² viedlo k pochybnostiam o súlade s ústavou, osobitne, či nejde o prípad odňatia občianstva Slovenskej republiky proti jeho vôli.

Ústavná pochybnosť tkvie práve v tom, či prejav vôle smerujúci k získaniu iného štátneho občianstva je dostatočným prejavom vôle smerujúcim k dobrovoľnej strate štátneho občianstva Slovenskej republiky?

K strate štátneho občianstva Slovenskej republiky dochádza na základe výslovného prejavu vôle, ktorým je žiadosť, vyhlásenie alebo iný úkon, ktorým sa nadobudlo cudzie štátne občianstvo. Takýto úkon je potrebné odlíšiť od tzv. voľby štátneho občianstva. Zákon o štátnom občianstve umožňoval v § 3 nadobudnutie štátneho občianstva Slovenskej republiky voľbou - osoba, ktorá bola k 31. decembru 1992 štátnym občanom Českej a Slovenskej Federatívnej Republiky a nebola štátnym občanom Slovenskej republiky podľa § 2 zákona o štátnom občianstve, si mohla zvoliť štátne občianstvo Slovenskej republiky. Voľbu štátneho občianstva bolo možné vykonať do 31. decembra 1993 písomným vyhlásením podaným na obvodnom úrade na území Slovenskej republiky, v cudzine na diplomatickej misii alebo na konzulárnom úrade Slovenskej republiky, podľa miesta pobytu. Manželia mohli vyhlásenie o voľbe urobiť spoločne. Z vyhlásenia muselo byť zrejmé

- totožnosť osoby, ktorá vyhlásenie podáva,

- skutočnosť, že osoba, ktorá vyhlásenie podáva, bola k 31. decembru 1992 štátnym občanom Českej a Slovenskej Federatívnej Republiky,

² Na rozdiel od dlhších skúseností Českej republiky s uplatňovaním § 17 českého zákona č. 40/1993 Sb. o nabývaní a pozbyvaní štátného občianstva Českej republiky.

- miesto narodenia a miesto pobytu k 31. decembru 1992.

V skúmanom prípade ale nejde o prípad voľby štátneho občianstva iného štátu. Voľba štátneho občianstva - opcia (vnútroštátna) je právom (možnosťou) fyzickej osoby, prejavom vlastnej vôle určiť si príslušnosť k určitému štátu. Uplatňuje sa spravidla pri zmene suverenity štátu. Opcia ako forma nadobúdania a straty štátneho občianstva jednostranným prejavom vôle je výnimočné, časovo ohraničené opatrenie, ktorým je štát viazaný len v prípade, ak bol urobený v ustanovenej lehote. Inštitút voľby štátneho občianstva a jeho nadobudnutie na základe vlastnej žiadosti je potrebné dôsledne rozlišovať. Voľba je vo svojej podstate jednostranným aktom, kým žiadosť predpokladá konsenzus druhej strany. Pre nadobudnutie štátneho občianstva voľbou nie je možné pokladať za nadobudnutie štátneho občianstva na základe žiadosti podľa zákona iného štátu.³

Ako je teda možné na základe vyššie uvedeného hodnotiť novú právnu úpravu straty štátneho občianstva Slovenskej republiky z hľadiska čl. 5 ods. 2 ústavy? Na jednej strane je potrebné konštatovať, že ústava nevyklučuje bipolitizmus a podľa ústavného princípu vyjadreného v čl. 2 ods. 3 ústavy, že každý môže konať všetko, čo zákon nezakazuje a nikoho nemožno nútiť, aby konal niečo, čo zákon neukladá, teda každý môže požiadať dobrovoľne o štátne občianstvo iného štátu, ak to tento štát umožňuje. V tejto súvislosti si ale každý štátny občan Slovenskej republiky musí byť vedomý dôsledku, ktorý takéto jeho konanie vyvolá vo vzťahu k jeho štátnemu občianstvu Slovenskej republiky. Tento dôsledok je v zákone o štátnom občianstve presne stanovený a v prípade splnenia zákonom stanovených podmienok ex lege nastane. Na druhej strane ale ústava aj svojou terminológiou rozlišuje medzi stratou štátneho občianstva a odňatím štátneho občianstva. Tento rozdiel vyplýva nepochybniteľne aj z terminológie použitej v čl. 5 ods. 1 ústavy – „podmienky straty“ – a z čl. 5 ods. 2 ústavy – „odňatie“. Tento rozdiel nie je ale iba terminologický, ale ústavodarca ním vyjadril hlavne rozdiel obsahový a odlíšil zmysel postupu straty štátneho občianstva na základe získania iného štátneho občianstva na základe vlastného prejavu vôle a odňatím štátneho občianstva ako sankcie proti vôli štátneho občana. Zákonná úprava straty štátneho občianstva musí obsahovať požiadavku jednoznačného a nepochybného prejavu vôle iného ako voľba, teda takého prejavu vôle, s ktorým je spojené konanie druhej strany o akceptovaní alebo neakceptovaní prejavu vôle, a následné nadobudnutie iného štátneho občianstva. Takáto zákoná úprava rešpektuje tiež princípy medzinárodného

³ K bližšiemu rozlíšeniu pozri aj rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky sp. zn. IV. ÚS 34/97.

práva v oblasti štátneho občianstva, a preto nenaráža na limity dané čl. 5 ods. 2 ústavy.

4. DVOJITÉ ŠTÁTNE OBČIANSTVO SLOVENSKEJ REPUBLIKY A JEHO RIEŠENIE OSTATNÝM NÁVRHOM NOVELY ZÁKONA O ŠTÁTNO M OBČIANSTVE

Z medzinárodného práva verejného vyplýva v otázke dvojitého štátneho občianstva tiež princíp, že konkrétnym štátom nemusí byť akceptovaný prípad udelenia štátneho občianstva fyzickej osobe, ktorá nie je v blízkom vzťahu ku štátu udeľujúcemu občianstvo.⁴

Práve tento princíp medzinárodného práva sa stal základom pre ostatný návrh novely zákona o štátnom občianstve. Národná rada Slovenskej republiky dňa 5. novembra 2010 rozhodla, že prerokuje v druhom čítaní takú novelu zákona o štátnom občianstve, ktorá je postavená na kombinácii dvoch prvkov – definovaní štátneho občianstva na základe faktických väzieb medzi jednotlivcom a štátom a následne na princípe neuznania udelenia štátneho občianstva iným štátom v rozpore s medzinárodným právom, najmä pri absencii faktickej väzby medzi jednotlivcom a štátom, ktorého občianstvo nadobudol.

Konkrétne to znamená, že sa navrhuje nasledovná definícia štátneho občianstva – „Slovenská republika považuje štátne občianstvo za trvalý zväzok, na základe ktorého vytvára podmienky pre život každého svojho občana rovnako, bez rozdielu na rasu, národnosť či náboženstvo. Slovenská republika garantuje svojmu občanovi v súlade s Ústavou Slovenskej republiky uplatňovanie jeho ľudských, politických, kultúrnych a hospodárskych práv, poskytuje mu ochranu v zahraničí. Zo strany občana Slovenskej republiky štátne občianstvo zaväzuje dodržiavať ústavnosť a právny poriadok Slovenskej republiky.“⁵

⁴ K tomu pozri – rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky sp. zn. Pl. ÚS 9/94.

⁵ Pozri na www.nrsr.sk, číslo parlamentnej tlače 149.

Slovenská republika neuznáva účinky udelenia štátneho občianstva cudzieho štátu štátnym občanom Slovenskej republiky, pokiaľ toto štátne občianstvo bolo udelené v rozpore s medzinárodným právom, medzinárodnou obyčajou a všeobecne uznávanými zásadami medzinárodného práva týkajúcimi sa občianstva a to najmä v rozpore s podmienkou, že občianstvo je založené na silnejších faktických väzbách medzi jednotlivcom a štátom, za ktoré sa považuje obvyklý pobyt jednotlivca, centrum záujmov jednotlivca, jeho rodinné väzby a jeho účasť na verejnom živote.

Cieľom takejto úprav je vyjadriť obsah ústavného pojmu „štátne občianstvo“ a základné postuláty jeho fungovania v praxi.

Keďže Slovenská republika sa svojim právnym poriadkom pripojila k uznávaniu všeobecných princípov, ktoré sa majú zachovávať v záujme demokratického vývoja vo svete, v odseku 2 sa deklaruje vôľa Slovenskej republiky uznávať tieto princípy a zároveň neuznávať také konania iných subjektov, ktoré tieto princípy obchádzajú.

Túto zákonnú úpravu riešenie dvojitého štátneho občianstva možno bez pochybností pokladať za súladnú s Ústavou Slovenskej republiky, pretože predmetom jej riešenia nie je ukončenie existencie štátno-občianskeho zväzku so Slovenskou republikou toho štátneho občana, ktorý by inak na základe vlastného konania stratil štátne občianstvo Slovenskej republiky.

5. ZÁVER

Súčasťou zákonnej úpravy štátneho občianstva v Slovenskej republike 17 rokov nebola úprava, ktorá by radikálne zasahovala do problematiky dvojitého štátneho občianstva. V roku 2010 došlo k doplneniu zákona o štátnom občianstve a súčasne hneď v tom istom roku bol predložený aj ďalší návrh novely tohto zákona.

Obe legislatívne riešenia sa niesli v rovnakom duchu – snahou/potrebou vysporiadať sa s nežiadúcim javom, a to dvojitým štátnym občianstvom. Pri týchto snahách bola Slovenská republika a jej zákonodarný orgán limitovaný dvoma podstatnými faktormi – medzinárodným právom a jeho

princípmi v oblasti dvojitého štátneho občianstva a vlastnou ústavou a jej limitmi pri ukončovaní štátneho občianstva Slovenskej republiky.

Napriek tomu, že obe zákonné riešenia sú podľa autora tohto príspevku v súlade s ústavou, predstavuje prvá a v súčasnej dobe⁶ aj účinná právna úprava rigoróznejší zásah do existujúceho štátneho občianstva Slovenskej republiky v tom zmysle, že v medziach ústavy občan o svoje štátne občianstvo Slovenskej republiky za zákonom stanovených podmienok prichádza.

Navrhovaná právna úprava nie je taká prísna a predstavuje tiež jeden z možných prístupov štátu k tomuto problému. Ako jej potenciálnu nevýhodu je možné vidieť neurčitosť mnohých pojmov, ktoré sa v jej legislatívnom vyjadrení používajú – napr. kto a ako odmeria a posúdi „silu“ faktických väzieb medzi jednotlivcom a štátom, aká je tá sila dnes, aká by mala byť, čo je „silnejšie“ a v porovnaní s čím a pod.

Až čas ukáže tak opodstatnenosť, ako aj efektivitu takejto právnej úpravy.

Contact – email

boris.balog@uninova.sk

⁶ V čase spracovania príspevku v novembri 2010.

PŘÍSTUP ŽADATELŮ O AZYL K ÚSTAVNÍMU SOUDU

JAROSLAV BENÁK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zabyvá hľadáním právnických překážek přístupu žadatelů o azyl do řízení o ústavních stížnostech před českým Ústavním soudem. V situaci, kdy není ústavně garantované právo na azyl, se autor zabyvá otázkou, kterých jiných ústavně zaručených práv se mohou žadatelé o azyl dovolávat.

Key words in original language

Azylové právo; ústavní stížnost; Ústavní soud; právo na přístup k soudu; právo na život; právo nebýt mučen; právo na spravedlivý proces; právo na respektování rodinného a soukromého života.

Abstract

Author is looking for legal barriers of possibilities of asylum seekers to lodge a constitutional complaint to the Czech Constitutional Court. Because there is not constitutionally guaranteed right to get an asylum, author is trying to find, which other constitutionally guaranteed rights can asylum seekers rely on.

Key words

Asylum law; constitutional complaint; Czech constitutional court; right to an access to the court; right to life; prohibition of torture; right to fair trial; right to respect for private and family life.

Zatímco u správních soudů představuje agenda mezinárodní ochrany významnou část nápadu¹, rozhodnutí Ústavního soudu vztahujících se k problematice azylu lze nalézt jen poskrovnu.² Tento jev má několik příčin, které lze třídit do dvou základních skupin. V první řadě jde o příčiny neprávni, tedy takové, které mají svůj původ ve faktické situaci, v níž se nacházejí potenciální stěžovatelé (tedy neúspěšní žadatelé o mezinárodní ochranu, již byli odmítnuti ve správním řízení i v následném řízení před

¹ Například v roce 2009 rozhodl Nejvyšší správní soud celkem 3191 věcí, přičemž věcí mezinárodní ochrany (tj. věcí zařazených do rejstříku Azs) bylo 649, tedy přes 20 %. Podle údajů ve vyhledávači na webu Nejvyššího správního soudu (<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=AnonymZneniList&menuactive=;ml119>; navštíveno dne 15. 11. 2010).

² Během roku 2009 rozhodl Ústavní soud o dvou ústavních stížnostech žadatelů o mezinárodní ochranu. Obě odmítl jako zjevně neopodstatněné. Podle údajů ve vyhledávači NALUS. <http://nalus.usoud.cz/Search/Results.aspx> (navštíveno 15. 11. 2010).

krajským a Nejvyšším správním soudem. Dále pak jde o důvody právní dané rozdílnou povahou správního a ústavního soudnictví.

FAKTICKÉ PŘEKÁŽKY PŘÍSTUPU K ÚSTAVNÍMU SOUDU

Za nejvýznamnější překážku přístupu neúspěšných žadatelů o mezinárodní ochranu k Ústavnímu soudu pokládáme skutečnost, že možnost podat ústavní stížnost přichází do hry až po marném vyčerpání všech opravných prostředků v předchozích řízeních. U žadatelů o mezinárodní ochranu má tato podmínka (která se vyskytuje i v právních úpravách ústavního soudnictví v jiných státech a kterou pokládáme za legitimní) za následek, že možnost podat ústavní stížnost přichází zpravidla v době, kdy je žadatel vyhoštěn do země původu (tedy do země, z níž dříve uprchl a tvrdil, že mu v ní hrozí pronásledování) a má velmi pravděpodobně jiné starosti než pokračovat v dosud neúspěšném tažení za získáním azylu v České republice.

Dalším faktický problém vidíme v současné situaci na poli poskytování právní pomoci. Žadatelem o mezinárodní ochranu je z povahy věci cizinec, který zpravidla neovládá český jazyk a též nemá k dispozici prostředky na úhradu služeb advokáta. Pro řízení před správními soudy je tento nedostatek částečně zhojen tím, že o možnosti podat správní žalobu je neúspěšný žadatel správním orgánem poučen a v řízení o žalobě mu soud může ustanovit advokáta. Naproti tomu o možnosti podat ústavní stížnost nikdo nikoho nepoučuje a advokáta ustanovit možné není. Existuje sice možnost požádat o určení advokáta Českou advokátní komoru, nicméně jde o cestu poměrně trnitou.³

PŘÁVNÍ PŘEKÁŽKY PŘÍSTUPU K ÚSTAVNÍMU SOUDU

Za hlavní právní problém pokládáme fakt, že právo na mezinárodní ochranu nepatří mezi ústavně zaručená práva. Je-li ústavní stížnost koncipována jako prostředek ústavně zaručených práv stěžovatele, je nezbytné v každém konkrétním případě najít nějaké jiné ústavně zaručené právo, jehož by se mohl příslušný žadatel o mezinárodní ochranu domáhat.

Těžiště celého příspěvku spočívá ve zmapování možností, které před sebou potenciální stěžovatel má. Postupně projdeme ústavně zaručená práva, která by mu teoreticky mohla svědčit a posoudíme, jaká je u jednotlivých práv šance, že by ústavní soud mohl stěžovatelo argumentaci přijmout a ústavní stížnost meritorně projednat.

³ Předně je zapotřebí, aby neúspěšný žadatel o mezinárodní ochranu o této možnosti vůbec věděl, a následně musí splnit zákonné podmínky § 18 odst. 2 zákona o advokacii. Tedy neúspěšně požádat dva advokáty o poskytnutí právní služby a adresovat žádost ČAK.

PROČ JE DOBRÉ BÝT BIT PROCESNĚ?

Drtivá většina vyhovujících nálezů Ústavního soudu (stejně jako rozsudků Evropského soudu pro lidská práva⁴) konstatuje, že bylo ve stěžovatelské věci porušeno jeho právo na spravedlivý proces. Jakkoliv Ústavní soud opakovaně prohlašuje, že není další instancí v řadě nýbrž orgánem ochrany ústavnosti, fakticky se svou judikaturou v oblasti práva na spravedlivý proces pasoval do role "dalšího pokusu" pro ty, kteří neuspěli v řízení před obecnými soudy.

Lze se tedy domnívat, že existuje-li v "anamnéze" neúspěšného žadatele o azyl nějaký závažný procesní faul, bude se Ústavní soud jeho stížností meritorně zabývat. Do budoucna ovšem může být zajímavé, jak se judikatura Ústavního soudu vyrovná s poněkud odlišným pojetím ochrany procesních práv, které zastává Nejvyšší správní soud při rozhodování o přijatelnosti kasační stížnosti.

Judikatura Ústavního soudu vychází, dle našeho názoru, z pojetí, že procesní práva jednotlivce jsou hodna ochrany sama o sobě. Jinými slovy již sama možnost účastníka řízení před soudem účastnit se provádění dokazování je hodna ochrany a byla-li účastníku odepřena, jde o důvod pro zrušení rozhodnutí obecného soudu. Naproti tomu Nejvyšší správní soud ve věcech mezinárodní ochrany chápe procesní právo jako nástroj pro ochranu práv hmotných. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu není kasační stížnost přijatelná, pokud vytyká pouze porušení procesních práv bez přesahu do práv hmotných. Například ve věci vedené pod sp. zn. 2 Azs 50/2009⁵ vytykal stěžovatel krajskému soudu, že neumožnil jeho advokátovi účast při jednání tím, že ho řádně neobeslal a následně nevyhověl stěžovatelské návrhu na odročení jednání. Nejvyšší správní soud konstatoval, že stížnost by byla přijatelná toliko tehdy, pokud by bylo možné, že by řízení mohlo dopadnout jinak, pokud by k chybě krajského soudu nebylo došlo. Tedy pokud by například stěžovatel uvedl, jakou argumentaci mínil advokát přednést a jaký by to mělo dopad na stěžovatelův případ, kdyby tuto možnost měl.

EXISTUJE PRÁVO NA SPRÁVNÉ ROZHODNUTÍ?

V předchozí části příspěvku jsme vyložili, že Ústavní soud "slyší" na argumentaci právem na spravedlivý proces. Ne každému se však "poštěstí", že obecný soud chyboval právě v procesním právu. Mnohdy se stává, že soud rozhodne nesprávně proto, že na skutkový stav aplikuje nevhodnou právní normu nebo vhodnou právní normu nesprávně vyloží. Otázkou tedy

⁴ Dále též jen "ESLP".

⁵ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 9. 2009, č. j. 2 Azs 50/2009-92, dostupné na www.nssoud.cz

je, zda žadatelům o mezinárodní ochranu svědčí ústavně zaručené právo na to, aby v jejich věcech bylo rozhodováno v souladu s hmotným právem.

Na první pohled by se mohlo zdát, že toto právo je garantováno čl. 95 Ústavy (vázanost soudu zákonem) a čl. 2 odst. 2 LZPS⁶ (státní moc smí činit pouze to, co jí zákon výslovně povoluje). Některá rozhodnutí Ústavního soudu dokonce jako by tomuto výkladu dávala za pravdu.⁷

Většinový proud judikatury však stojí na stanovisku, že obě citovaná ustanovení pouze upravují postavení státních orgánů a nezakládají veřejná subjektivní práva jednotlivcům.

ZÁSTUPNÉ HMOTNÉ PRÁVO

Další možná cesta k Ústavnímu soudu vede přes tvrzení, že správní orgán i obecné soudy tím, že stěžovateli (v rozporu s právem) nepřiznaly právo na azyl či na doplňkovou ochranu, mu zároveň odepřely přístup k jinému základnímu právu, kterého by se mu jinak jako azylantovi dostalo.

Tato koncepce vede k tomu, že se stěžovatel nedomáhá azylu, ale onoho jiného práva, když tvrdí, že splňuje zákonné podmínky pro udělení azylu či doplňkové ochrany a zároveň pro každého azylanta existuje zákonná záruka, že se mu dostane tohoto jiného práva.

Jde prakticky o podobnou situaci, jako když se ekologické organizace o soudu "tváří", že nechtějí chránit přírodu, ale svá vlastní procesní práva.⁸ Podle judikatury Ústavního soudu se totiž tyto organizace nemohou domáhat práva na zdravé životní prostředí, neboť jim jako právníckým osobám nepřísluší.⁹

Tato na první pohled poměrně nadějná koncepce ovšem naráží na to, že momentálně není k dispozici vhodné zástupné právo, kterého by se bylo lze domáhat. Teoreticky je možno tvrdit, že azylant získá (stejně jako občan ČR) možnost domáhat se určitých plnění ze systému sociálního zabezpečení. Nicméně toto plnění je vázáno na existenci dalšího správního

⁶ Listina základních práv a svobod, vyhlášena pod č. 2/1993 Sb.

⁷ Srov. Nález Ústavního soudu ze dne 8. 7. 2010, sp. zn. I. ÚS 1283/10, dostupný na nalus.usoud.cz.

⁸ Srov. Podnět Ekologického právního servisu Výboru pro dodržování Aarhuské úmluvy dostupný na internetových stránkách Ekologického právního servisu : http://aa.ecn.cz/img_upload/98a9a0fe3779d35f22dc8d93fe87df89/Stiznost_Aarhus_CC_C_Z_cl9_preklad.pdf [citováno dne 18. 11. 2010] ; bod 33 podnětu.

⁹ Poprvé se tento názor objevil v Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 1. 1998 sp. zn. I. ÚS 282/97.

rozhodnutí, které nemusí být vydáno. Není tedy přímá závislost typu "kdybych byl azylant, dostal bych plnění; protože jím nejsem bylo mi to plnění upřeno".

EXTERITORIÁLNÍ ÚČINEK ZÁVAZKŮ Z EVROPSKÉ ÚMLUVY

Dosud probrané možnosti přístupu k Ústavnímu soudu se ukázaly jako poměrně obtížně využitelné. Poslední z představovaných možností je dle našeho názoru funkční cesta jak dosáhnout meritorního přezkumu Ústavním soudem. Tato koncepce je založena na doktríně exteritoriálního účinku některých ustanovení Úmluvy o ochraně základních práv a svobod¹⁰ tradičně nazývané Evropská úmluva.¹¹

Podstatu exteritoriálního účinku lze shrnout tak, že smluvní stát, který někoho vypovídá ze svého území do jiného státu, odpovídá za to, že v tomto jiném státu nebudou porušována práva vypovídaného jednotlivce vyplývající z příslušného exteritoriálně účinného ustanovení. Tedy pokud například stát vyhošťuje neúspěšného žadatele o mezinárodní ochranu do státu jeho původu s vědomím, že v tomto státě hrozí vyhošťovanému mučení, hledí se na smluvní stát, jako by se porušení zákazu mučení dopustil on sám.

Koncepce exteritoriálního účinku byla poprvé rozvinuta v rozsudku ESLP Soering proti Spojenému Království¹², kde se jednalo o exteritoriální účinek článku 3 Úmluvy.

V dalším vývoji judikatura ESLP postupně přiznala exteritoriální účinek též čl. 2, čl. 1 Protokolu 6 a čl. 1 Protokolu 13¹³ (všechna tři ustanovení v různé míře omezují trest smrti) a čl. 8¹⁴ (právo na respektování rodinného a soukromého života).

¹⁰ Vyhlášena pod č. 209/1992 Sb.

¹¹ V tomto textu o ní budeme dále mluvit pouze jako o "Úmluvě".

¹² Rozsudek pléna ESLP ze dne 7. 7. 1989 ve věci Soering proti Spojenému Království, stížnost č. 14038/88.

¹³ Rozsudek čtvrté sekce ESLP ze dne 2. 3. 2010 ve věci Al-Sadoon a Mufdhi proti Spojenému Království, stížnost č. 61498/08. Za upozornění na tento rozsudek autor děkuje Mgr. Haně Lupačové.

¹⁴ Například rozsudek první sekce ESLP ze dne 11. 7. 2002 ve věci Amrollahi proti Dánsku, stížnost č. 56811/00.

Dosud není žádná judikatura k otázce, zda je dán exteritoriální účinek čl. 4 (zákaz nucené práce) a čl. 7 (zákaz retroaktivity trestního zákonodárství)¹⁵.

Zajímavá je situace ohledně použití čl. 8 Úmluvy. V minulosti totiž Nejvyšší správní soud judikoval, že překážku vycestování (podle tehdy účinného ustanovení § 91 odst. 1 písm. b) zákona o azylu) pro případ, že by vycestování žadatele o azyl bylo v rozporu s mezinárodními závazky České republiky, je třeba chápat tak, že odkazuje toliko na ty závazky České republiky, jejichž porušení by bylo pro žadatele srovnatelně tíživé jako porušení zákazu mučení. Výslovně pak Nejvyšší správní soud vyloučil, že by oním "žádoucím" mezinárodním závazkem mohl být čl. 8 Úmluvy.¹⁶ Tohoto rozporu si všímá i David Kosař v komentáři k zákonu o azylu a dochází k závěru, že hrozba možného porušení čl. 8 Úmluvy zakládá právo na doplňkovou ochranu podle § 14a odst. 2 písm. d) zákona o azylu.¹⁷

Je tedy pravděpodobné, že relevantní argumentace čl. 8 Úmluvy by stěžovateli zaručila přístup k meritornímu přezkumu jeho věci Ústavním soudem.

ZÁVĚR

Projitím různých cest, které mohou vést k Ústavnímu soudu, docházíme k cimrmanovskému závěru, že mnohé z objevených uliček jsou slepé. V současnosti vidíme jako nejnadějnější možnost spočívající ve vytýkání porušení práva na spravedlivý proces. Do budoucna však patrně nejde o progresivní variantu. Domníváme se totiž, že časem převládne i u Ústavního soudu shodný pohled na procesní práva, jaký zastává Nejvyšší správní soud ve věcech mezinárodní ochrany. Tedy že chránit právo na spravedlivý proces má smysl pouze tehdy, pokud existuje šance, že při respektování stěžovatelových procesních práv by jeho věc mohla dopadnout jinak

Za "nejprogresivnější" tak pokládáme možnosti opírající se o exteritoriální působení článků 3 a 8 Úmluvy. Článek 3 zmiňujeme s ohledem na trend rostoucí humanizace společnosti, s níž se některá jednání dříve běžná či "na hraně" postupem času stávají "krutým a ponižujícím zacházením". Článek 8 je pak zmíněn pro případ, že by Nejvyšší správní soud setrval na svém stanovisku, že toto ustanovení nezakládá právo na doplňkovou ochranu.

¹⁵ Podle MOLE, Nuala. *Asylum and the European convention on human rights*. Strasbourg : Council of Europe publishing, 2007, s. 55-57.

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 5. 2006, č. j. 2 Azs 177/2005-65, dostupný na www.nssoud.cz

¹⁷ David Kosař in KOSAŘ, David; MOLEK, Pavel et al. *Zákon o azylu : komentář*. Vyd. 1. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 196-198.

Literature:

- KOSAŘ, David; MOLEK, Pavel et al. Zákon o azylu : komentář. Vyd. 1. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010. 683 s. ISBN 978-80-7357-476-5.
- MOLE, Nuala. Asylum and the European convention on human rights. Strasbourg : Council of Europe publishing, 2007. 149 s. ISBN 978-92-871-6217-5
- Podnět EPS Výboru pro dodržování Aarhuské úmluvy [on-line]. dostupný na:
http://aa.ecn.cz/img_upload/98a9a0fe3779d35f22dc8d93fe87df89/Stiznost_Aarhus_CC_CZ_cl9_preklad.pdf [citováno dne 18. 11. 2010].

Contact – email

Jaroslav.benak@gmail.com

SEKURITIZACE MIGRACE: OD JAZYKA PRÁV K JAZYKU BEZPEČNOSTNÍCH HROZEB

TOMÁŠ BLAŽEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Príspevek se zaměřuje na narůstající provázanost mezi migrační a bezpečnostní problematikou, k níž v poslední době dochází v řadě evropských zemí. Představuje politologický koncept "sekuritizace migrace" jako vhodný analytický nástroj k porozumění uvedenému procesu a jeho možným negativním důsledkům. Argumentuje, že významnou roli při omezování těchto důsledků může sehrát justice.

Key words in original language

Sekuritizace migrace; kodaňská škola mezinárodních vztahů; vztah bezpečnost-svoboda; soudní aktivismus.

Abstract

The paper focuses on the process of increasing interconnectedness between migratory and security issues which is currently ongoing in many European countries. The concept of "securitization of migration" is introduced as a useful analytical tool for understanding this process and its possible negative consequences. It is argued that judiciary might play an important role in reducing such consequences.

Key words

Securitization of migration; Copenhagen school of international relations; security-liberty nexus; judicial activism.

1. ÚVOD

V roce 2008 Itálie přijala sérii zákonů a dalších opatření tvořících tzv. bezpečnostní balíček, z nichž mnohá výrazně zpřísňují režim zacházení s přistěhovalci. Zavedla např. trestný čin nezákonného vstupu a pobytu na území Itálie, trestný čin pronájmu bytových prostor nelegálním přistěhovalcům, výrazně prodloužila dobu, během níž mohou být přistěhovalci zadrženi v detenčních střediscích, podmínila přístupu k některým službám předložením platného povolení k pobytu (zdravotní péče byla z tohoto omezení po protestech lékařů vyňata, ti však mají povinnost každého nelegálního přistěhovalce nahlásit policii ihned po té, co jej ošetří) atd.¹ Zřejmě nejkontroverznějším a mediálně nejvíce známým je

¹ MERLINO, Massimo. The Italian (In)Security Package. Security vs. Rule of Law and Fundamental Rights in the EU. *CHALLENGE Research Paper*. 2009. Dostupné z

zahájení úzké spolupráce s Libyí, v jejímž rámci Itálie veškeré přistěhovalce zadržené na moři bezodkladně navrací do této severoafrické země, aniž by jim umožnila požádat o udělení mezinárodní ochrany. A to v situaci, kdy Libye nemá vybudovaný vůbec žádný azylový systém a kdy touto cestou ve velkém množství přicházejí přistěhovalci z natolik problematických zemí, jako je Eritrea, Somálsko či Súdán. Ti jsou po návratu do Libye buď bez dalšího vraceni do svých zemí původu, nebo jsou zde vězněni. Itálie tak činí i navzdory protestům ze strany UNHCR a řady nevládních organizací, podle nichž tímto postupem flagrantně porušuje zásadu *non-refoulement*.²

Itálie přitom není zdaleka jedinou zemí, která v posledních letech zavádí vysoce restriktivní opatření vůči přistěhovalcům, imigrace se stává ožehavým politickým tématem i v mnoha jiných částech Evropy. Cílem předkládaného příspěvku však nebude podrobný rozbor takových opatření v jednotlivých zemích, jako spíše načrtnutí určitého většího "obrázku", kontextu, v kterém k jejich přijímání dochází. Za tímto účelem představím koncept "sekuritizace migrace", jakožto analytický nástroj sloužící k popsání procesu narůstající provázanosti mezi migrační a bezpečnostní problematikou a jeho možných negativních důsledků. Uvedený koncept má totiž v podání autorů, kteří s ním pracují, často zřetelně normativní podtón. Ti tak upozorňují na nebezpečí, která nastoupený trend nahlížení migrace především bezpečnostní optikou přináší.

V práci nejprve představím základní teorii sekuritizace migrace, s níž přišli představitelé tzv. Kodaňské školy. Poté popíší její optikou vývoj (postupné sekuritizace) francouzské imigrační politiky ve druhé polovině 20. století. Následně představím některé práce, které koncepty Kodaňské školy dále rozvíjejí. V závěru poukážu na některá rizika plynoucí z procesu sekuritizace migrace. Kromě zhoršení postavení přistěhovalců samých se lze setkat i s varováním před postupnou erozí liberálního státu založeného na vládě práva, která by se v budoucnu mohla dotknout standardu ochrany práv všech jeho občanů.

2. KONCEPT SEKURITIZACE MIGRACE

2.1 SEKURITIZACE V PODÁNÍ KODAŇSKÉ ŠKOLY

Koncept sekuritizace migrace je poměrně novým analytickým nástrojem, jehož vznik lze datovat do 90. let 20. století. Což úzce souvisí se

<<http://www.ceps.eu/book/italian-insecurity-package-security-vs-rule-law-and-fundamental-rights-eu>>.

² TONDINI, Matteo. Fishers of Men? The Interception of Migrants in the Mediterranean Sea and their Forced Return to Libya. *INEX Paper*. 2010. Dostupné z <http://www.inexproject.eu/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=54&&Itemid=72>.

skutečností, že je zaměřen na fenomén, který bezpečnostní studia v předchozím období příliš nezařazovala do oblasti svého zájmu. V průběhu studené války zaměstnávala bezpečnostní analytiku především problematika bezpečnosti státu jako takového, která byla zároveň nahlížena zejména jako bezpečnost vůči hrozbám vojenského charakteru. K výrazné proměně bezpečnostních studií a k z ní plynoucímu rozšíření záběru uvedeného oboru dochází až po skončení bipolárního soupeření mezi Spojenými státy americkými a Sovětským svazem.³

V této době skupina autorů označovaných za představitele tzv. „Kodaňské školy“ (Barry Buzan, Ole Wæver, Jaap de Wilde a další) začíná pracovat s širším pojetím bezpečnosti, v němž lze za referenční považovat i jiné objekty než stát, typicky určité kolektivní identity (národ, etnikum atd.). V pojetí pojmu bezpečnosti, tedy v odpovědi na otázku „Co je to bezpečnost?“, však navazuje Kodaňská škola na její tradiční vojensko-politické chápání, pro něž byla bezpečnost vztažena k úsilí o přežití, o zachování existence. Tato povaha bezpečnostních hrozeb pak ospravedlňovala použití mimořádných prostředků, bez nichž by bylo jen velice obtížné, ne-li nemožné, se s těmito hrozbami vypořádat. Důležitými pojmy tedy byla „existenční hrozba“ a „mimořádná opatření“. Uvedené pojmy je přitom dle Kodaňské školy možné přenášet i do dalších, nevojenských sektorů. Výrazné přistěhovalecké toky mohou být a často také bývají považovány za zdroj ohrožení kmene, etnika, národa, náboženské komunity, někdy dokonce celého civilizačního okruhu. A to se všemi důsledky, které to má. Sekuritizaci lze totiž považovat za radikálnější verzi politizace, za krok, kterým se politika dostává mimo zavedená „pravidla hry“. Sekuritizace tématu, zavěšení Damoklova meče existenčních hrozeb, zpravidla ospravedlňuje konání vybočující ze standardních mantinelů politických či právních procedur.⁴

Pohyb lidí přinášejících odlišné identity však vždy do jisté míry narušuje stávající definující režimy „my“ a „oni“. Na tomto poznatku není nic objektivního. Ovšem pouze v některých případech dochází ke skutečné sekuritizaci migrace, k aktivaci oné bezpečnostní optiky vůči migrantům. Otázkou je, jak a proč se tak děje. Kodaňská škola na tuto otázku odpovídá z pozic sociálního-konstruktivismu. Koncept sekuritizace tedy nevyhovává příliš o tom, nakolik jsou dané hrozby „reálné“, či „objektivně existující“, ale o tom, že je určité téma takto prezentováno prostřednictvím patřičného diskurzu a že je taková prezentace přijata cílovým publikem. Při analýze sekuritizace migrace jsou tak často využívány rozbory řečových aktů

³ WAISOVÁ, Šárka. *Bezpečnost – vývoj a proměny konceptu*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, s. 25-28, 61-76.

⁴ BUZAN, B., WÆVER, O., DE WILDE, J. *Bezpečnost. Nový rámec pro analýzu*. Brno : Centrum strategických studií, 2005 [1998], s. 31-34.

sekuritizujících aktérů namířených na imigranty (politických lídrů, vlivných nátlakových skupin atd.), a reakcí publika (nejčastěji veřejnosti v dané společnosti).

Takové pojmání bezpečnosti odráží vývoj v oboru mezinárodní vztahy, v němž se počínaje 80. lety 20. století začínají proti dosavadnímu převážně pozitivisticky orientovanému akademickému "mainstreamu" prosazovat konstruktivisticky zaměřeni autoři (Alexander Wendt, Nicholas Onuf a další). Tento vývoj navazuje na obecný trend v sociálních vědách jako takových, označovaný pojmem lingvistický obrat. Podstata sociálního konstruktivismu spočívá ve zdůraznění sociální konstruovanosti jevů v mezinárodních vztazích, tedy jejich závislosti na percepci a interpretaci aktérů. Tím samozřejmě nemá být popřena reálná existence materiálních jevů – jak je někdy sociální konstruktivismus jeho kritiky vulgarizován –, pouze se akcentuje, že tyto jevy získávají pro aktéry sociálních vztahů nějaký význam až v kontextu sociálních pravidel.⁵ Ve vztahu k teorii sekuritizace právě uvedená znamená, že se tato snaží vyhnout definici bezpečnosti stavící jak čistě na jejím objektivním, tak na ryze subjektivním charakteru: „O zařazení určitého tématu do kategorie bezpečnostních problémů nerozhodují jednotky systému samy, izolovaně od ostatních. Jedná se o intersubjektivní a sociálně konstruovaný proces ... o úspěšnosti sekuritizace nerozhoduje její autor, nýbrž publikum, jemuž je tento řečový akt adresován ... podstatu bezpečnosti ... musíme tedy nakonec hledat nikoliv u objektů nebo subjektů, nýbrž *mezi* subjekty.“⁶

2.2 PŘÍPADOVÁ STUDIE: SEKURITIZACE MIGRACE VE FRANCII

Velice dobře lze výše popsany přístup, rozvinutý Kodaňskou školou, použít například k popisu sekuritizace migrace ve Francii. Vývoj, který prodělala francouzská imigrační politika v období od konce druhé světové války po současnost, lze v duchu terminologie Kodaňské školy charakterizovat jako pozvolný posun imigrační problematiky ze sféry politicky nezajímavých, přes oblast vysoce politizovaných, až do sféry sekuritizovaných témat.

Pro období od konce druhé světové války do přibližně poloviny 60. let je ve Francii charakteristická výrazná depolitizace migrační problematiky. Krátce po válce se sice téma přistěhovalectví krátce dostává do centra politického zájmu, a to především v souvislosti s výrazným nedostatkem lidských zdrojů, kterým Francie trpí. Takto je také diskurzivně zarámováno v jednom z projevů Charles de Gaulla, který považuje imigraci za jeden z klíčových

⁵ WAISOVÁ, Šárka. *Bezpečnost – vývoj a proměny konceptu*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, s. 77-78.

⁶ BUZAN, B., WÆVER, O., DE WILDE, J. *Bezpečnost. Nový rámec pro analýzu*. Brno : Centrum strategických studií, 2005 [1998], s. 43.

nástrojů obnovy poválečné Francie.⁷ V následujících letech však ve vztahu k přistěhovalcům převládá politická lhostejnost. Imigrace je tak ovlivňována především ekonomickou logikou. Příliv přistěhovalců ovládá poptávka podniků po (převážně levné) pracovní síle. Stát na jakoukoli kontrolu a regulaci rezignuje, vítězí v podstatě *laissez-faire* přístup. Pokud se již téma imigrace dostane do politického diskurzu, pak převážně v ekonomickém kontextu, jako pozitivní ekonomický faktor („Přistěhovalci je prostředkem k uvolnění napětí na trhu práce“, Georges Pompidou, 1963⁸). S tím souvisí také skutečnost, že přistěhovalci jsou vnímáni především jako pracovní síla, která přichází dočasně, a až jich nebude potřeba, tak se navrátí do zemí svého původu - což se velice brzy ukáže jako nereálná představa. Uvedené vnímání přistěhovalců má přirozeně výrazné dopady v oblasti zanedbání snah státu o jejich integraci do francouzské společnosti.

Veřejná moc někdy od poloviny 60. let čím dál víc zjišťuje, že neregulované přistěhovalce představuje problém, který je třeba řešit. Lze tak hovořit o postupné politizaci imigrace. Na diskurzivní úrovni demonstruje na několika případech proměnu přístupu politických elit země C. Wihtol de Wenden.⁹ Zjevné je zaměření pozornosti na imigraci a snaha o její výraznější regulaci. Imigrace představuje také jedno z témat prezidentských voleb v roce 1974 a v dalších letech se stane předmětem pravidelného soupeření mezi pravíci a levíci. Konkrétním projevem tohoto nového zájmu je např. aktivní snaha o zastavení pracovní imigrace počínaje rokem 1974, v dalších letech pak projekty více či méně nuceného „navracení“ pracovníků do zemí jejich původu, které však končí vesměs neúspěšně. V debatě se objevují již také identitární témata (např. začíná diskuze o vhodné integrační politice Francie), nicméně převážně je celý migrační diskurz stále rámován ekonomicky (zastavit přistěhovalce je ekonomická nutnost apod.). Za spolehlivý indikátor lze v tomto směru považovat rétoriku Jean-Marie Le Pena (který jistě netrpí přehnanou politickou korektností, již by snad bylo možné vytýkat francouzskému politickému establishmentu). Ten ve svém čtyřstránkovém materiálu, se kterým se obracel na občany ve zmíněných prezidentských volbách, neučinil o přistěhovalce ani jednu zmínku.¹⁰

⁷ WEIL, Patrick. *La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*. Paris : Gallimard, 2005, s. 68-69.

⁸ Citováno dle WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Une tentative de politique de l'immigration, In LEQUIN, Yves (ed.). *Histoire des étrangers et de l'immigration en France*. Paris : Larousse, 2006, s. 451.

⁹ Tamtéž, s. 455-458.

¹⁰ WEIL, Patrick. *La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*. Paris : Gallimard, 2005, s. 101-107.

Zejména od 80. let se pak začíná o imigraci hovořit čím dál více ve spojitosti s bezpečností. Politické straně Front National (FN), v jejímž čele stojí již zmiňovaný Le Pen, se daří resuscitovat dlouhou dobu živořící francouzskou krajní pravici (začíná pravidelně dosahovat dvouciferných volebních výsledků), přičemž přistěhovalectví představuje jedno z témat, na němž se profiluje. FN si v souvislosti s imigranty osvojuje otevřeně antisemitistickou a rasistickou rétoriku. Např. Le Pen hrozil v jednom televizním interview (v roce 1984): „Již brzy se přistěhovalci usadí ve vašem domě, budou jíst u vašeho stolu, spát s vaši ženou, dcerou a synem“¹¹. FN ve svých oficiálních dokumentech systematicky vytváří spojitost mezi imigrací, zločinem, nezaměstnaností, městským úpadkem a šířením AIDS. Často používá termíny jako „okupace“, či „rozplynutí francouzského národa“. Ve svých „50 návrzích k přistěhovalectví“ (oznámených v Marseille v roce 1991) požaduje zavedení „národní preference“ v práci a bydlení, masovou deportaci imigrantů (včetně těch již naturalizovaných), či návrat k principu *ius sanguinis* při nabývání občanství.¹² Za zásadní je pak třeba považovat skutečnost, že určité elementy tohoto diskurzu jsou přebírány i dalšími francouzskými politickými stranami, a to jak těmi pravicovými, tak do jisté míry i levicovými.¹³ Téma ohrožení národní identity bývá také zmiňováno, byť poněkud zastřenější a ne tak otevřeně xenofobní formou. Typičtější je spíše spojování imigrantů a kriminality, od devadesátých let asociace islámu (nikoli pouze islamistů) s nebezpečím terorismu apod.¹⁴ Podrobnou analýzu diskurzu relevantních politických aktérů (rozbory debat v parlamentu apod.) v souvislosti s přijímáním jednoho ze zákonů výrazně zpřísňujících režim přistěhovalců ve Francii (tzv. *loi Debré* z roku 1997) podala Charlotte Lessana¹⁵. Její práce výmluvně dokumentuje symbolickou konstrukci

¹¹ Citováno dle KNAPP, Andrew. *Parties and the Party System in France. A Disconnected Democracy?* Basingstoke : Palgrave, 2004, s. 298.

¹² Tamtéž, s. 289-299.

¹³ Zejména komunisté se dostávají do výrazně schizofrenní situace, kdy na jedné straně hlásají internacionalismus a mezinárodní solidaritu, na druhé musí čím dál více soupeřit o hlasy voličů v dělnických čtvrtích s FN. Komunisté toto dilema většinou vyřešili volbou antiimigrantských postojů, zejména pak na lokální úrovni. „Slavnými“ jsou dva případy z let 1980 a 1981, kdy komunističtí starostové Vitry a Montigny bránili na buldozerech skupinám afrických přistěhovalců v usazení v jejich čtvrtích. (WEIL, Patrick. *La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*. Paris : Gallimard, 2005, s. 195-197).

¹⁴ KNAPP, Andrew. *Parties and the Party System in France. A Disconnected Democracy?* Basingstoke : Palgrave, 2004, s. 299-300. WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Une logique de fermeture, doublé de la question de l'intégration, In LEQUIN, Yves (ed.). *Histoire des étrangers et de l'immigration en France*. Paris : Larousse, 2006.

¹⁵ LESSANA, Charlotte. *Loi Debré : la fabrique de l'immigré. Cultures & Conflits*. 1998, č. 29-30. Dostupné z <<http://www.conflits.org/index549.html>>.

přistěhovalců coby problematického elementu narušujícího národní kohezi Francie, na něž je možné svalit vinu za existenci celé řady neduhů trápících francouzskou společnost.

Dalším významným sekuritizačním aktérem, byť možná ne tak viditelným, jsou ve Francii bezpochyby vojenská elity. Pro účely této práce je z diskurzů rozvíjených v těchto kruzích zajímavý zejména diskurz týkající se „vnitřního nepřítele“, někdy se také hovoří o „doktríně revoluční války“. Uvedená doktrína původně strukturovala myšlení v době válek v Alžírsku a Indočíně, později byla vracujícími se vojenskými kádry přenesena do francouzských podmínek. Její podstatou je četné užívání medicínských metafor, kdy armáda je viděna jako lékař, který má za úkol imunizovat chátrající národní tělo. Mimořádnost situace volá po výjimečných opatřeních, které spočívají např. v zásazích armády do sfér, které byly původně vyhrazeny civilním a policejním složkám.¹⁶ Mathieu Rigouste (2008) na základě analýzy hlavních francouzských vojenských tiskovin a archivů nejvýznamnější francouzské vojenské školy demonstroval výrazný vliv těchto konceptů v myšlení vojenských elit. Konstrukce přistěhovalectví jako výrazně bezpečnostní hrozby nabývá na intenzitě zejména od 70. let. Obraz „rudého teroristy“ je postupně nahrazován obrazem „muslimského teroristy“ (v souvislosti s přistěhovalci jsou běžně užívány pojmy jako „invaze“, „kolonizace naruby“ apod.). „Výjimečný stav“ (*état d'exception*), jako průvodní jev tohoto diskurzu, je transformován do obrazu „výjimečné populace“ (*population d'exception*), představované „pátou kolonou“, muslimy ve Francii. V souvislosti s nepokoji na předměstích francouzských velkoměst (největší v letech 1990 a 2005) se pak v rámci této komunity formuje vědomí o jakýchsi „výjimečných teritoriích“ (*territoires d'exceptions*). Vliv lidí z těchto sfér se pak neomezuje zdaleka pouze na vojenský sektor. Řada z nich nachází uplatnění v médiích, v politických stranách, či ve státní správě jako různí bezpečnostní experti apod., kde pak se sebou přinášejí uvedenou racionalitu.¹⁷

Za projev popsanych diskurzů v praxi lze považovat celou sérii legislativních a exekutivních opatření přijímaných postupně od 80. let, měnících režim zacházení s přistěhovalci, a to obecně dosti restriktivním způsobem.¹⁸ Za konkrétní příklad může posloužit způsob vyrovnávání se

¹⁶ PÉRIÈS, Gabriel. Du corps au cancer : la construction métaphorique de l'ennemi intérieur dans le discours militaire pendant la Guerre Froide. *Cultures & Conflits*. 2001, č. 43. Dostupné z <<http://www.conflits.org/index864.html>>.

¹⁷ RIGOUSTE, Mathieu. L'ennemi intérieur, de la guerre coloniale au contrôle sécuritaire. *Cultures & Conflits*. 2008, č. 67. Dostupné z <<http://www.conflits.org/index3128.html>>.

¹⁸ BARŠA, P., BARŠOVÁ, A. *Přistěhovalectví a liberální stát. Imigrační a integrační politiky v USA, západní Evropě a Česku*. Brno : IIPS, 2005, s. 100-104. WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Une logique de fermeture, doublé de la question de l'intégration, In

s již zmíněnými problémovými čtvrtěmi na předměstích. Za účelem zasahování na jejich území jsou formovány speciální policejní jednotky a speciální justiční struktury. Jak ukazují průzkumy z prostředí těchto jednotek, metody jejich činnosti a fungování, stejně jako způsob myšlení jejich příslušníků se výrazným způsobem militarizují. Jedná se tak o jeden z příkladů přijímání mimořádných opatření v reakci na pocíťovanou bezpečnostní hrozbu.¹⁹

2.3 SEKURITIZACE Z FOUCAULTOVSKÉ PERSPEKTIVY

Kodaňská škola se brzy po svém ustavení stala předmětem kritiky vycházející z různých pozic, v této práci se však budu zabývat především reakcemi autorů, jako je Didier Bigo, Elspeth Guild, či Jef Huysmans, kterým je společná návaznost na dědictví francouzského filosofa Michela Foucaulta.²⁰ Vztah uvedených autorů ke Kodaňské škole však není založen výhradně na negaci, v mnohém na ni naopak navazují (např. v chápání bezpečnosti jako fenoménu, který je sociálně konstruován). V zásadě se tak pokouší spíše o rekonceptualizaci a o doplnění jejich závěrů.

Předně polemizují s klasickým pojetím bezpečnosti, založeném na definici hrozbou. Podle Huysmanse je však taková definice příliš svazující. Jako příklad uvádí Strategický plán britského *Home Office* na roky 2004-2008.²¹ Ten byl prezentován jako krok směrem od výrazně liberálního konsensu

LEQUIN, Yves (ed.). *Histoire des étrangers et de l'immigration en France*. Paris : Larousse, 2006.

¹⁹ BONELLI, Laurent. The Control of the Enemy Within? Police Intelligence in the French Suburbs (banlieues) and its Relevance for Globalization. In BIGO, D., GUILD, E. (eds.). *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*. Aldershot : Ashgate, 2005.

²⁰ Foucaultův vliv je u nich patrný zejména v tom, jakým způsobem nahlíží na fenomén moci. Jak uvádí Bigo, moc nelze studovat pouze skrze legitimní a stabilní formy, moc nepřichází shora a nejde přímočaře dolů, moc, řečeno s Foucaulem, „nemůže být analyzována ve svých záměrech; ale právě naopak tam, kde je v přímém vztahu se svými cíli, kde se pohybuje, kde, v extrémních případech, jde za právo, kde lze analyzovat techniky a taktiky dominance“ [FOUCAULT 1996, citováno dle BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease. *Alternatives*, Special Issue (Special English-Language Issue of *Cultures & Conflicts*), February 2002, s. 68)]. Takové pojetí moci se konkrétně projevilo např. v tom, že Foucault k porozumění mocenských vztahů raději „analyzoval směrnice a administrativní oběžníky, než velké autory dané doby (...) jeho práce s vězni v GIP (Skupina pro informování o věznicích) byla založena na této schopnosti naslouchat a rozumět političnu v místech, kde spočívá, ve stížnostech na životní podmínky, nedostatek místa ke spánku, nedostatek jídla, urážky, a ne v rétorice o svobodě uvnitř vězení nebo o právech, která vězni mají“ [BIGO, D., GUILD, E. (eds.). *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*. Aldershot : Ashgate, 2005. s. 2]

²¹ *Confident Communities in a Secure Britain. The Home Office Strategic Plan 2004-08*. Dostupné z <on-line: <http://www.statewatch.org/news/2004/jul/uk-strategicplan.pdf>>.

šedesátých let v oblasti „práva a pořádku“ (*law and order*) a obsahoval projekty na zavedení represivnějších politik v boji proti zločinu, asociálnímu chování či terorismu. Některé části plánu se pak výslovně věnovaly imigračním a azylovým politikám (zejména sekce 4 plánu). Jak by se s tímto plánem měla vypořádat teorie sekuritizace? Kdybychom se přidrželi schémat Kodaňské školy, pak bychom zřejmě museli dospět k závěru, že jeho relevance z hlediska bezpečnostních studií není vysoká. Azyl nikde v tomto dokumentu ani ve veřejném diskursu, který jeho přijetí provázal, nebyl výslovně prezentován jako hrozba pro stát či pro společnost. Jedná se toliko o položku na seznamu politických priorit vypracovaném *Home Office*. Podle Huysmans je však třeba daný plán nahlížet jako víc než pouhý seznam: „zahrnutí azylu do plánu, který je v zásadě bezpečnostní odpovědí na sociální problémy a zločinnost, rámuje azyl odlišně od plánu, který se zaměřuje na usnadnění reintegrace, s důrazem na svobodu a lidská práva“. Z toho vyvozuje závěr, že „azyl nemusí být explicitně definován jako významná hrozba pro společnost, aby se stal bezpečnostní otázkou. Jeho bezpečnostní modulace může vyplynout také z kontextu, v němž je začleněn ... azyl se může stát bezpečnostní otázkou už tím, že je institucionálně a diskursivně integrován do politických rámců (*policy frameworks*), které zdůrazňují dozor (*policing*) a ochranu (*defence*).“²²

Namísto definice hrozbou proto Huysmans navrhuje pracovat s konceptem „sfér nebezpečí“ (*domains of insecurity*), odkazujícím k určitému politickému a institucionálnímu zarámování politických otázek. Tento přístup jednak zdůrazňuje skutečnost, že k přenosu určité „bezpečnostní racionality“ může dojít již jen tím, že se azylová politika stane součástí stejných administrativních procedur, jako opatření v „boji proti terorismu“ či proti kriminalitě. Zároveň obohacuje důraz Kodaňské školy na „mimořádná opatření“ a „diskontinuitu“ v podobě existenčních hrozeb akcentem „kontinuity“ a „běžné praxe“ v podobě institucionální historie či administrativní rutiny. Teorie Kodaňské školy dokáží zdánlivě výborně vysvětlit např. události odehrávající se v reakci na 11. září 2001, kdy došlo k výrazné politizaci imigračních a azylových politik a k následnému přijímání „mimořádné“ legislativy zasahující tuto oblast. Jak ale upozorňuje Huysmans, zdaleka ne vše z toho, co lze pozorovat po „9/11“, je něčím naprosto novým. Určitý institucionální a administrativní „hardware“, v jehož rámci docházelo a dochází k propojení azylu a terorismu, fungoval už dávno předtím.²³

Právě uvedené úzce souvisí s dalším bodem, a to s významem profesionální a byrokratické rutiny. Huysmans tak činí krok od diskurzivní k více

²² HUYSMANS, Jef. *The Politics of Insecurity. Fear, migration and Asylum in the EU*. London, New York : Routledge, 2006, s. 3-4.

²³ Tamtéž, s. 4-6.

technokratické interpretaci bezpečnosti. Pro diskurzivní přístup je typická analýza řečových aktů sekuritizačních aktérů. Huysmansovo pojetí nepředstavuje jeho popření, Huysmans je autorem akceptujícím dopady lingvistického obratu v sociálních vědách. Pouze zdůrazňuje, že vedle něj je třeba věnovat pozornost také tomu, jak jsou „sféry nebezpečí“ ovlivňovány ze strany technologických a technokratických procesů, rozvoje a implementace různých technických nástrojů (počítačových sítí, databází, čipových karet atd.), bezpečnostních expertů apod. Tyto technické nástroje nejsou dle něj pouhou implementací politických rozhodnutí vycházejících z diskursivního zarámování nedávných událostí, naopak mohou existovat do značné míry nezávisle a dokonce mohou předcházet a ovlivňovat politizaci některých témat. Žijeme v natolik byrokratizované a profesionalizované společnosti, že nestačí analyzovat diskursy čelních politiků a dalších osobností, které se výrazně projevují ve veřejném prostoru, neméně důležitou roli hrají bezpečnostní experti (odborníci působící na ministerstvu vnitra, v rámci policie, v rozvědkách apod.). Relevantní střety se neodehrávají pouze v rámci medializovaných debat o nalezení vhodného kompromisu mezi bezpečností a lidskými právy, ale také během soutěžení o moc mezi různými státními institucemi, odborníky a dalšími obdobnými aktéry.²⁴

V tomto ohledu Huysmans výrazně navazuje na francouzské politology Didier Biga a Virginii Guiraudon, kteří ve svých pracích detailně analyzovali vliv těchto „byrokratických“ a v zásadě nepolitických aktérů na proces sekuritizace migrace, a to zejména na evropské úrovni. Bigo ve své studii *Polices en Réseaux*²⁵ zevrubně popsal fungování kvaziformálních či neformálních skupin a „klubů“ (např. Bernský klub, Vídeňský klub, skupina Trevi, klub Quantico a další), v jejichž rámci probíhá od 70. let minulého století setkávání policejních důstojníků, zástupců tajných služeb, představitelů celních správ a dalších bezpečnostních expertů z různých evropských zemí. Oficiálním cílem těchto schůzek bylo prohloubení mezinárodní spolupráce v boji proti zločinu, pašování drog, terorismu apod. Bigo si však zároveň všímá formování jistého modu nahlížení na otázky evropské vnitřní bezpečnosti, kdy v rámci těchto skupin postupně docházelo k úzkému provázání problematiky boje proti zločinu či terorismu s migrační problematikou a k vytvoření určitého „bezpečnostního kontinua“. To umožnilo přenos jazyka a racionality, stejně jako technických prostředků, vyvinutých za účelem potýkání se se zločinci do oblasti nakládání s přistěhovalci a uprchlíky. A to dávno před tím, než vůbec Evropská společenství zformovala byť i jen základy své migrační a azylové politiky. Tato institucionalizace spolupráce mezi policejními a dalšími

²⁴ Tamtéž, s. 6-9.

²⁵ BIGO, Didier. *Polices en Réseaux. L'expérience européenne*. Paris: Presses de Sciences Po, 1996.

bezpečnostními aktéry vedla k ustavení určité „sítě“ (*réseau*, na což odkazuje již název Bigovy knihy), fungující jako speciální semi-autonomní entita, představující mnohem víc než pouhou agregovanou sumu zájmů jednotlivých do ní zapojených aktérů. Tato síť dokázala zásadně předurčit pozdější podobu evropské migrační a azylové politiky.

V argumentaci, podle níž výše popsaná struktura bezpečnostních expertů a její aktivity měli výrazný vliv na proces formování evropské migrační a azylové politiky, později podpořili Biga další autoři, např. Guiraudon, či Huysmans. Podle nich lze vysledovat zřejmou kontinuitu mezi uvedenými aktivitami na úrovni „byrokratů“ a směrem, kterým se ubíral následný „politický“ vývoj ústící v uzavření Schengenské úmluvy v roce 1985 a Dublinské úmluvy v roce 1990 (odehrávající se formálně ještě mimo rámec ES), k ustavení tzv. „III. pilíře“ Evropské unie, tedy oblasti justice a vnitra (do něž byla včleněna rovněž přistěhovalecká problematika) a k intenzivnímu rozvoji migrační a (zejména) azylové politiky, k němuž dochází po zasedání Evropské rady v Tampere v roce 1999. Silně restriktivní charakter těchto politik (projevující se v převažující orientaci na boj proti nelegální migraci, v přijímání tzv. readmisních dohod apod.) je tak do značné míry důsledkem jejich „předstrukturace“ z dřívější doby. Obrazně řečeno, řešení byla nalezena ještě před definováním problému, řešením je přitom posilování policejní spolupráce a zintenzivňování kontrol přistěhovalců.²⁶

3. NAMÍSTO ZÁVĚRU: ROLE JUSTICE

V různé intenzitě probíhající proces sekuritizace migrace byl již popsán v řadě západoevropských zemích - ve Francii, Itálii, Německu, Nizozemí, či Velké Británii.²⁷ Otázkou je, zda se jedná o proces, který bychom měli vítat, či o trend, který by nás měl znepokojovat. Lze totiž očekávat, že s narůstajícím přílivem přistěhovalců se s ním v budoucnu setkáme také v České republice, pokud se tak již v určité míře neděje dnes. Jak jsem již naznačil v úvodu práce, hlásím se k těm pozorovatelům, kteří k němu přistupují spíše kriticky. A to z více důvodů.

Předně, vyjdeme-li z předpokladu, že je v zájmu každého liberálně-demokratického státu, aby se z přistěhovalců stali plnohodnotní občané, kteří budou co nejlépe integrováni do společnosti v daném státě (jazykově,

²⁶ GUIRAUDON, Virginie. The constitution of a European immigration policy domain: a political sociology approach. *Journal of European Public Policy*, 2003, č. 2, s. 263-282. HUYSMANS, Jef. *The Politics of Insecurity. Fear, migration and Asylum in the EU*. London, New York : Routledge, 2006, s. 65-72.

²⁷ Kromě výše citovaných studií týkajících se zejména Itálie a Francie lze odkázat např. na práci BALDACCINI, A., GUILD, E (eds.). *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

schopností uplatnit se na trhu práce, akceptací základního hodnotového rámce hostitelské země atd.), pak se nelze zbavit dojmu, že mnohá opatření přijímaná vůči přistěhovalcům v důsledku popsaných procesů působí spíše kontraproduktivně. Jinak řečeno, evropské země jako by spíše kladly překážky integraci přistěhovalců, než aby ji podporovaly, čímž však dále prohlubují problémy, které stojí u kořene těchto bezpečnostních opatření. Na příkladu výše popsaného vývoje přístupu k imigraci ve Francii lze ukázat, že za mnohé dnešní problémy s přistěhovalci si tato země může v zásadě sama. Stát zde na jednu stranu dlouho vycházel vstříc poptávce svých podniků po přílivu levné pracovní síly, na druhou stranu dlouho nedělal vůbec nic pro začlenění takových přistěhovalců do společnosti. Umožnil tak nárůst obrovských ghett na předměstích měst, která kombinují charakteristiky sociálně vyloučených oblastí s pocitem kulturního odcizení od většinové populace, což vytváří velice třaskavou směs (explozí této směsi jsme čas od času svědky i v českých médiích). Od ekonomistického stát plynule přešel k dosti represivnímu přístupu k přistěhovalcům, což konflikty mnohdy pouze eskaluje. Obdobně došlo k utvoření početné vrstvy přistěhovalců žijících dlouhodobě v určité "šedé zóně" v Itálii. Také zde lze vyslovit pochybnost, zde je rozumnou strategií vůči těmto lidem, kteří již zpravidla mají velmi slabé vazby ke svým zemím původu (jejich potomci narození v Itálii pak nemají vazby žádné), jejich kriminalizace, znemožňování přístupu do škol či k lékaři apod. Lze předpokládat, že to povede k jejich ještě hlubší separaci od majoritní společnosti, se všemi důsledky, které z toho plynou. Jak bude stát reagovat na tento vývoj? Dalším zintenzivněním represe?

Nicméně podle některých autorů je v tomto procesu ve hře více než, než "pouhá" podoba migrační politiky jednotlivých zemí; bezpečnostní opatření namířená původně proti přistěhovalcům mohou ovlivnit podobu politického systému jako takového. Jak například ukázal Huysmans, ve Velké Británii docházelo v období po 11. září 2001 k četným třenicím mezi exekutivou a justicí o přípustnou míru omezení práv přistěhovalců z bezpečnostních důvodů, kdy čelní politici zpochybňovali některá soudní rozhodnutí s tím, že podřívají národní bezpečnost. Podle Huysmanse se jednalo ze strany exekutivy o využití bezpečnostních argumentů v dlouhodobém institucionálním soupeření s justicí. Jazyk národní bezpečnosti má totiž potenciál k vychýlení rovnováhy v tomto soupeření na stranu exekutivy. Pokud dochází k jeho užití tímto způsobem opakovaně, pak již v daných sporech přestává jít pouze o práva přistěhovalců, ale "hraje se" o limity liberální demokracie založené na vládě práva.²⁸

Důležitou pointou sociálně-konstruktivistického náhledu na proces sekuritizace je, že to, zde se sekuritizační krok uskuteční, není žádnou

²⁸ HUYSMANS, Jef. *The Politics of Insecurity. Fear, migration and Asylum in the EU*. London, New York : Routledge, 2006, s. 10-13, 124-159.

historickou daností, jedná se naopak o výsledek interakce relevantních sociálních aktérů, který není predeterminovaný. Aktivita či naopak pasivita dotčených aktérů může tento výsledek do jisté míry ovlivnit. Jedním z takových aktérů je pak také justice. Podle Nicholase Sitaropoulose tak např. Evropský soud pro lidská práva v posledních letech dokázal, že dokáže být efektivním ochráncem lidských práv v sérii případů týkajících se antiteroristických opatření přijímaných v různých evropských zemích.²⁹ Přáním autora tohoto příspěvku je, aby takovou aktivitu byly schopny projevit v případě potřeby rovněž české soudy.

Literature:

- BALDACCINI, A., GUILD, E (eds.). *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- BARŠA, P., BARŠOVÁ, A. *Přistěhovalectví a liberální stát. Imigrační a integrační politiky v USA, západní Evropě a Česku*. Brno : IIPS, 2005.
- BIGO, Didier. *Polices en Réseaux. L'expérience européenne*. Paris: Presses de Sciences Po, 1996.
- BIGO, Didier. *Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease*. *Alternatives, Special Issue (Special English-Language Issue of Cultures & Conflits)*, February 2002, s. 21-40.
- BIGO, D., GUILD, E. (eds.). *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*. Aldershot : Ashgate, 2005.
- BONELLI, Laurent. *The Control of the Enemy Within? Police Intelligence in the French Suburbs (banlieues) and its Relevance for Globalization*. In BIGO, D., GUILD, E. (eds.). *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*. Aldershot : Ashgate, 2005.
- BUZAN, B., WÆVER, O., DE WILDE, J. *Bezpečnost. Nový rámec pro analýzu*. Brno : Centrum strategických studií, 2005 [1998].

²⁹ SITAROPOULOS, N. *The Role and the Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Affecting Aliens' Rights*. In BALDACCINI, A., GUILD, E (eds.). *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 87.

- GUIRAUDON, Virginie. The constitution of a European immigration policy domain: a political sociology approach. *Journal of European Public Policy*, 2003, č. 2, s. 263-282.
- HUYSMANS, Jef. *The Politics of Insecurity. Fear, migration and Asylum in the EU*. London, New York : Routledge, 2006.
- KNAPP, Andrew. *Parties and the Party System in France. A Disconnected Democracy?* Basingstoke : Palgrave, 2004.
- LESSANA, Charlotte. Loi Debré : la fabrique de l'immigré. *Cultures & Conflits*. 1998, č. 29-30. Dostupné z <<http://www.conflits.org/index549.html>>.
- MERLINO, Massimo. The Italian (In)Security Package. Security vs. Rule of Law and Fundamental Rights in the EU. CHALLENGE Research Paper. 2009. Dostupné z <<http://www.ceps.eu/book/italian-insecurity-package-security-vs-rule-law-and-fundamental-rights-eu>>.
- SITAROPOULOS, N. The Role and the Limits of the European Court of Human Rights in Supervising State Security and Anti-terrorism Measures Affecting Aliens' Rights. In BALDACCINI, A., GUILD, E (eds.). *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 85-120.
- TONDINI, Matteo. Fishers of Men? The Interception of Migrants in the Mediterranean Sea and their Forced Return to Libya. INEX Paper. 2010. Dostupné z <http://www.inexproject.eu/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=54&&Itemid=72>.
- WAISOVÁ, Šárka. *Bezpečnost – vývoj a proměny konceptu*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005.
- WEIL, Patrick. *La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*. Paris : Gallimard, 2005.

- WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Une tentative de politique de l'immigration, In LEQUIN, Yves (ed.). Histoire des étrangers et de l'immigration en France. Paris : Larousse, 2006, s. 449-459.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Une logique de fermeture, doublé de la question de l'intégration, In LEQUIN, Yves (ed.). Histoire des étrangers et de l'immigration en France. Paris : Larousse, 2006, s. 461-500.

Contact – email

tomas.blazek@gmail.com

NABÝVÁNÍ ČESKOSLOVENSKÉHO OBČANSTVÍ OBČANY POLSKÉ NÁRODNOSTI NA ÚZEMÍ ČESKOSLOVENSKA PO PRVNÍ SVĚTOVÉ VÁLCE

DANUTA DUDA

Slezská univerzita v Opavě Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné,
katedra práva, Česká republika

Abstract in original language

Ve svém článku se zaměřím na problematiku osob polské národnosti, které po první světové válce v důsledku rozdělení Těšínska musely přijmout československé občanství. Ve zkratce představím rovněž historický ráz této problematiky či práva národnostních menšin, samozřejmě se zaměřením na polskou národnostní menšinu, po první světové válce na území Československé republiky.

Key words in original language

Československé občanství; nabývání československého občanství; polská národnostní menšina; první světová válka; rok 1920; Těšínsko.

Abstract

In my article I will focus on the issues of people of polish nationality, which after the First World War due to the split of Těšínsko, they had to accept the Czechoslovak citizenship. Briefly introduce also the historic character of the issues and the right of ethnic minorities, of course focusing on the Polish national minority, after the First World War in Czechoslovakia.

Key words

Czechoslovakia citizenship; acquisition of Czechoslovak citizenship; Polish national minority; First World War; year 1920; Těšínsko.

Polská národnostní menšina na území bývalého Československa vznikla v 1920 roce v důsledku rozdělení Těšínska. Počet Poláků na území Těšínska přiřčenému Československu bezprostředně po rozdělení byl 120-150 tisíc. Těšínsko vzniklo jako slezské piastovské knížectví koncem 13. století. Bylo v té době okrajovou součástí Polska. Na Těšínsku se díky jeho poloze projevoval silný český ale i německý vliv. Jazyk, kultura a zvyky místního obyvatelstva se zde vyvíjely nezávisle na změnách státní příslušnosti. Toto malé území sehrálo důležitou úlohu v česko-polských vztazích a prakticky vždy procházelo velkými hospodářskými, sociálními, politickými a národnostními změnami. Mnohokrát měnilo svou státní příslušnost. Do roku 1918 bylo součástí Rakouska - Uherska, v letech 1918-1920 bylo sporným územím mezi Československem a Polskem, v letech 1920-1938 bylo součástí Československa, v letech 1938 až 1939 na základě Mnichovské dohody bylo připojeno k Polsku, během druhé světové války bylo okupováno Německem, po druhé světové válce se opět stalo součástí

Československa, od 1993 roku Těšínsko je součástí České republiky. Z tohoto důvodu vznikalo i mnoho problémů týkajících se nabývání a pozbývání občanství. Ve svém článku bych se chtěla zaměřit právě na tuto problematiku, a to konkrétně na nabývání československého občanství občany polské národnosti v roce 1920. Rozdělení Těšínska bylo pro jeho občany velmi bolestivé, nejvíce nepříjemné bylo rozdělení města Těšína, které bylo provázáno mnohými protesty.

Po první světové válce bylo možno nabýt občanství: narozením, sňatkem, legitimací dítěte, opcí či udělením. V roce 1920 nabyl účinnosti ústavní zákon ze dne 9. dubna 1920, kterým se doplňují a mění dosavadní ustanovení o nabývání a pozbývání státního občanství a práva domovského v republice Československé č. 236/1920 Sb. Dle § 1 tohoto ústavního zákona státními občany československými byli:

1) ode dne 28. října 1918 osoby, které nejpozději dnem 1. ledna 1910 získaly a od té doby nepřetržitě mají domovské právo v území někdejšího mocnářství Rakousko-Uherského, jež náleží nyní Československé republice

2) bývalí státní občané říše Německé, kteří mají své řádné bydliště na územích, která náležela dříve k říši Německé a která od ní případnou k republice Československé

3) bývalí státní občané němečtí, rakouští a uherští, kteří se narodili na území Československé republiky jako děti státních občanů německých, majících na tomto území řádné bydliště, nebo státních občanů rakouských nebo uherských, majících tam právo domovské, i když osoby, o něž jde, samy nemají v době, kdy tento zákon vejde v platnost, bydliště nebo domovského práva v republice Československé.

4) ode dne 28. října 1918 ti, kdož před tímto dnem měli právo domovské v některé obci bývalého mocnářství Rakousko - Uherského mimo území republiky Československé a stali se skutečnými úředníky nebo zřízenci Československého státu, nebo některého československého státního ústavu nebo podniku.

Pokud se jedná o občany polské národnosti, kteří díky rozdělení Těšínska zůstali na území Československé republiky, tak ti získali bez ohledu na svou národnost automaticky československé občanství. Otázky státního občanství v území těšínském byly upraveny ve Smlouvě mezi Československou a Polskou republikou v otázkách právních a finančních ze dne 23.4.1925, 56/1926 Sb. Čl. 1 této smlouvy zní: Otázky státního občanství na území těšínském, v Oravě a Spiši byly upraveny usnesením československo-polské delegace pro Těšínské Slezsko, Oravu a Spiš v Opavě dne 16. června 1922 na základě rozhodnutí velvyslanecké konference ze dne 28. července 1920.

Nabytí státního občanství ipso iure. Státní občanství ipso iure nabývají osoby, které na bývalém území plebiscitním, tvořícím nyní součást

Československa nebo Polska, mají domovské právo ode dne 1. ledna 1914 nebo mají tam bydliště od dne 1. ledna 1908. Právo státního občanství mají tyto osoby ve státě, v němž leží nyní jejich obec domovská, resp. obec bydliště. Ty osoby, které nabývají státního občanství na základě domicilu, nepotřebují žádat o slib domovské příslušnosti. Osoby mající domovské právo v obcích, jichž území je rozděleno hranicí obou států, stávají se občany toho státu, kterému připadla část obce, v nichž měly bydliště dne 28. července 1920. Jestliže pak takové osoby neměly bydliště v rozdělené obci zmíněného dne, nabudou občanství státu, jemuž připadla ta část obce, v níž měly bydliště naposled před vystěhováním se z obce. Jako důkaz o právu domovském nebo domicilu budou kromě výtahů ze záznamů o pobytu nebo ze seznamů obecních příslušníků přípustné i jiné důkazy, např. svědectví osob. V případě současnosti domovského práva i domicilu jako titulů pro nabytí státního občanství *ipso iure* je dlužno v první řadě vzít zřetel na domovské právo jako titul nabytí státního občanství.

Nabytí státního občanství se souhlasem vlády. Osoby, které na území bývalého Těšínského Slezska, Oravy nebo Spíše nabyly po 1. lednu 1914 domovského práva nebo si zvolily po 1. lednu 1908 stálé bydliště, mohou podat o žádost o nabytí československého státního občanství nebo polského státního občanství. V případě zamítnutí bude současně podána služební cestou ministerstvu vnitra zpráva o důvodech zamítnutí. Na požádání velvyslanectví druhého státu sdělí mu příslušné ministerstvo zahraničních věcí důvody definitivního zamítnutí. V případě zamítnutí žádosti jednou z vlád bude mít osoba, žádající o státní občanství, právo obrátit se během tří měsíců ode dne, kdy obdrží písemně zamítavé rozhodnutí, s tou samou žádostí na druhou vládu. V případě opětovného zamítnutí řídí se státní občanství dotyčné osoby mírovými smlouvami. Žádosti o udělení státního občanství již podané mají být vyřízeny do jednoho měsíce ode dne, kdy toto ustanovení nabude působnosti.

Opce. Opční prohlášení mají být vyřízena do jednoho měsíce ode dne, kdy toto ustanovení nabude působnosti. V případě formálních nedostatků opčních prohlášení mají úřady, nařizující doplnění takových prohlášení, určit k tomu přiměřenou lhůtu a doplněná prohlášení, podaná znovu v této lhůtě, považovat za podaná včas. Opční prohlášení, podaná na konzulátu, nepodléhají kolkovnému. Za ženu optuje muž, za děti do 18 let rodiče, případně poručníci.

Pravděpodobně nejdůležitějším motivem pro získání československého občanství byly samozřejmě obavy ze ztráty zaměstnání. V některých případech byly žádosti o udělování československého státního občanství zamítány, a to např. z politických důvodů (např. pro působnost v komunistické straně) nebo již ze zmíněných z existenčních důvodů, aby občané mohli vykonávat své povolání.

Dle čl. 3 Smlouvy mezi Československou a Polskou republikou v otázkách právních a finančních ze dne 23.4.1925, 56/1926 Sb. Republika Polská

uděluje dnem, kdy tato smlouva nabude působnosti, a republika Československá udělí v tentýž den milost osobám, které: a) v době od 28. října 1918 do 10. srpna 1920 se dopustily činů stíhaných z moci úřední trestními soudy, jestliže činy ty byly v souvislosti s politickou agitací, která byla prováděna v otázce působnosti Těšínského Slezska, Oravy a Spíše nebo b) majíce na bývalém plebiscitním území řádné bydliště nebo trvalý pobyt nebo majíce tam až do dne sjednání této smlouvy domovskou příslušnost sběhly před 31. prosincem 1921, nebo i potom až do dne podpisu smlouvy jinak vyhnuly se splnění branné povinnosti, pokud uprchly z území jedné smluvní strany na území druhé nebo tam se již zdržovaly. Na základě čl. 4 se tato amnestie vztahuje na: a) promíjení hlavních i vedlejších trestů již uložených a dosud nevykonaných, jakož i veškeré následky odsouzení, b) odčínáje odsouzení a trest vymazuje z rejstříku trestů, c) zastavuje trestní řízení již zahájené a dosud neskončené, nové řízení nezahájí.

Ústava Československé republiky (zákon 121/1920 Sb. ze dne 29. února 1920, kterým se uvozuje Ústavní listina Československé republiky) v hlavě šesté Ochrana menšin národních, náboženských a rasových zajišťovala národním menšinám, tedy i polské národní menšině poměrně široká práva. V § 128 byla zajištěná plná rovnost před zákonem a používání stejných práv občanských a politických bez ohledu na rasu, jazyk nebo náboženství. Rozdíl v náboženství, víře, vyznání a jazyku nemá být žádnému státnímu občanu republiky Československé na závadu, zejména pokud jde o přístup do veřejné služby, k úřadům a hodnostem, aneb pokud jde o vykonávání jakékoli živnosti nebo povolání. Státní občané republiky Československé mohou volně užívat jakéhokoli jazyka ve stycích soukromých a obchodních, ve věcech týkajících se náboženství, v tisku a jakýchkoli publikacích nebo ve veřejných shromážděních lidu. Tímto však nejsou dotčena práva, jež státním orgánům v těchto směrech přísluší podle platných nebo v budoucnu vydaných zákonů z důvodů veřejného pořádku a bezpečnosti státní i účinného dozoru. Dále v § 130 ústavy československé republiky z roku 1920 je obsaženo, že pokud státním občanům přísluší podle všeobecných zákonů právo zakládat, řídit a spravovat vlastním nákladem ústavy náboženské, sociální, školy a jiné ústavy výchovné, jsou státní občané, nehledíc k národnosti, jazyku, náboženství a rase, sobě rovni a mohou v těchto ústavách volně používat svého jazyka a vykonávat svoje náboženství. Následující § 131 ve městech a okresech, v nichž je usedlý značný zlomek státních občanů československých jiného jazyka než československého, zaručuje se dětem těchto československých občanů ve veřejném vyučování v mezích všeobecné úpravy přiměřená příležitost, aby se jim dostalo vyučování v jejich vlastní řeči, při čemž vyučování československé řečí může být stanoveno povinným. V § 132 můžeme najít ustanovení, že pokud ve městech a okresích, v nichž je usedlý značný zlomek státních občanů československých náležících k menšinám náboženským, národním a jazykovým, mají být určité částky vynaloženy na výchovu či náboženství z veřejných fondů podle rozpočtu státního, rozpočtu obecních nebo jiných veřejných, zabezpečuje se těmto menšinám v mezích

všeobecných předpisů pro veřejnou správu platných přiměřený podíl na požitku a používání. V § 134 můžeme najít ustanovení, že jakýkoli způsob násilného odnárodňování je nedovolený. Nešetření této zásady může zákon prohlásit za trestné jednání.

Ochranu národnostních menšin řešila rovněž již zmíněna Smlouva mezi Československou a Polskou republikou o otázkách právních a finančních ze dne 23.4.1925, čl. 11 této smlouvy zní, že: Příslušníci republiky Československé národnosti polské budou užívat v Československu všech práv, která by jim podle jejich počtu mohla příslušet na základě předpisů ústavy, zákonů i nařízení československých o menšinách, jakož i ustanovení této smlouvy. V čl. 12 obě smluvní strany prohlašují souhlasně, že jsou rozhodnuty nakládat blahovolně: Republika Polská s menšinou československou a republika Československá s menšinou polskou. Obě smluvní strany uznávají povinnost loajality menšin proti státu, v němž se nalézají. Přitom nebude se za nelojalnost považovat obrana práv menšinových. Čl. 13 stanoví, že jakýkoliv způsob odnárodňování je nedovolený. Zejména prohlašují obě smluvní strany, že považují za protizákonný každý nátlak na rodiče, aby posílali děti do škol jiného jazyka vyučovacím, než je jejich jazyk mateřský. V čl. 14 jsou vyjmenovávány případy, kdy se smí používat mateřského jazyka menšiny, jsou to: soudní i administrativní projednávání a protokolování se stranami, doručování obsílek, obžalovacích spisů, rozsudků a nálezů, přijímání a vyřizování podání, zápisy do pozemkových knih, vnější označování úředních budov, vydávání veřejných vyhlášek a prohlášení v obvodech, které vykazují kvalifikovanou menšinu národní. Čl. 15 stanoví, aby menšině bylo umožněno fakticky užívat jazykových práv před soudy, úřady a orgány státními, měl by tam být zajištěn dostatek personálu, který vedle státního jazyka ovládá i jazyk polský. Čl. 16 hovoří o zajištění rovnoprávnosti příslušníkům menšin v těchto oblastech: při udělení koncesí, oprávnění, úředních povolení, udělení subvencí, státních přidělů a jakýchkoli oprávnění výdělečných v Československé republice. V čl. 17 se obě strany zavazují, že v obvodech, kde menšina podle platných předpisů nemá nárok na zřízení samostatných veřejných škol národních, povolí zřízení soukromých škol s vyučovacím jazykem dotyčné menšiny s právem veřejnosti, budou-li splněny zákonné podmínky, a udělí jim podle možnosti též podpory. Dle čl. 18 osoby zaměstnané při vyučování, čítaje v to i správce škol a rovněž osoby, které se zabývají bezprostředně dozorem ve školách, by měli mít národnost polskou a mají mít i předepsanou jazykovou a odbornou kvalifikaci. Čl. 19 dovoloval učitelům, kteří vystudovali v Polské republice, že mohou být přijímáni do učitelské služby v polských školách v Československé republice, ale musí složit doplňovací zkoušku. S těmito učiteli bude, složí-li doplňovací zkoušku, jednáno stejně jako s učiteli, kteří nabyli učitelské kvalifikace v Československé republice. Na základě čl. 20 by měly být pro polské národní školy v Československé republice zřízeny v rámci předpisů zvláštní bezprostřední orgány správní. Čl. 21 zabezpečoval v polských školách potřebné a vhodné čítanky, učebnice a pomůcky učebné,

jež jsou předepsané a nezbytné pro pravidelný chod vyučování v polském jazyce. Dle čl. 22: Úmluva obsažená v této části zůstává v platnosti, pokud nebude vypovězena. Nemůže být vypovězena před uplynutím dvanácti let, bude-li vypovězena, pozbývá působnosti šesti měsíců po výpovědi. Tyto právní normy měly zajistit občanům polské národnosti žijícím na území Československa pocit bezpečí. K těmto právním normám chyběla ale výkonná opatření, proto nebyly stanoveny a ani vymáhány sankce. Často docházelo k obcházení a zneužívání těchto právních norem.

Pokud se jedná o projevy činnosti polské národnostní menšiny na Těšínsku v Československu, tak prakticky ihned po rozdělení Těšínska polská národnostní menšina rozvinula bohatou kulturní, společenskou a ekonomickou činnost. Existovaly základní školy s polským jazykem vyučovacím např. v Karviné, Českém Těšíně, Třinci, Havířově či Jablunkově, ze středních škol s polským jazykem vyučovacím existovalo např. Gymnázium Juliusze Słowackého v Orlové na Obrocích, které bylo založeno již v roce 1909. Postupně během let vznikaly polská divadla, kulturní spolky, noviny atd.

Ve svém článku jsem se snažila přiblížit problematiku nabývání československého občanství občany polské národnosti na Těšínsku, jak rovněž práva této národnostní menšiny v době po první světové válce. Do dnešního dne na území České republiky žije mnoho občanů, kteří se k této národnostní menšině hlásí, já sama k ní náležím i z tohoto důvodu je mi tato problematika velmi blízká. Na závěr bych chtěla podotknout, že do dnešního dne polská národnostní menšina na Těšínsku rozvíjí velice bohatě svou kulturu, ať už se jedná o polské noviny (*Głos ludu*), časopisy (*Zwrot*) divadla (Polská scéna Těšínského divadla), základní školy s polským jazykem vyučovacím, Gymnázium s polským jazykem vyučovacím v Českém Těšíně, polské spolky (např. PZKO) atd.

Literatura:

- Gawrecki Dan, Politické a národnostní poměry Těšínském Slezsku 1918 - 1938, Muzeum Těšínska, Český Těšín 1999, 403 str., ISBN 80-902355-4-9
- Kadłubiec Karol Daniel a kol., Polská národní menšina na Těšínsku v České republice, Universitas Ostraviensis, 1997, 315 str., ISBN 80-7042-479-6
- Smlouva mezi republikou Československou a Polskou republikou o otázkách právních a finančních ze dne 23.4.1925, 56/1926 Sb.

- Ústavní zákon ze dne 9. dubna 1920, kterým se doplňují a mění dosavadní ustanovení o nabývání a pozbývání státního občanství a práva domovského v republice Československé, č. 236/1920 Sb.
- Zákon ze dne 29. února 1920, kterým se uvozuje Ústavní listina Československé republiky 121/1920 Sb.

Contact – email
duda@opf.slu.cz

VE VLEKU EVROPEIZACE - UTVÁŘENÍ PŘÍSTĚHOVALECKÉ POLITIKY ČR

DANIELA DVORÁKOVÁ

Mendelova univerzita

Abstract in original language

Česká republika po pádu komunistické režimu intenzivně usilovala o navázání kontaktů se západní Evropou a později i o plnoprávné členství v Evropské unii. Reformy demokratického a liberálního stříhu postupně zlepšovaly životní úroveň a Česká republika se od 2. poloviny 90. let začíná čím dál intenzivněji setkávat s novým fenoménem - přistěhovalectvím. V 90. letech dochází k prohlubování oblastí evropské integrace a přistěhovalecká politika ČR je tak utvářena v mantinelech daných společnou přistěhovaleckou politikou Evropské unie. Nezbytná komplementarita je dosahována transpozicí směrnic a následnými reformami cizineckého zákona. Česká republika se také pokouší o formování vlastních strategií, její manévrovací prostor je však omezen.

Key words in original language

Imigrační politika ČR; evropeizace; cizinecký zákon; společná přistěhovalecká politika EU.

Abstract

After the fall of the communist regime the Czech Republic sought to establish intensive contacts with Western Europe and later, to reach a full membership in the European Union. Undertaken democratic and liberal reforms gradually improved standard of living and the Czech Republic began from the 2nd half of the 90's be more intensely confronted with a new phenomenon - immigration. In the 90's the deepening of European integration proceeds, and the Czech immigration policy is so shaped within the constraints of the common immigration policy. The necessary complementarity is achieved through the transposition of Directives and subsequent reforms of the Aliens Act. The Czech republic also tries to launch its own strategies, but the space is restricted.

Key words

Czech immigration policy; Europeanization; Aliens Act; Common Immigration Policy.

1. ÚVOD

Území České republiky patřilo od poloviny 19. století až po 90. léta 20. století k vystěhovaleckým krajům a nebylo před rokem 1989 konfrontováno s rozsáhlejším zahraničním přistěhovalectvím.¹ Převažovala hospodářsky a později politicky podmíněná emigrace.

Po pádu komunistického režimu a v souvislosti s prováděnými liberálními a demokratickými reformami v 90. letech postupně začalo na území ČR cizinců přibývat a situace si vyžadovala novou právní úpravu. V roce 1992 byl přijat zákon č. 123/1992 Sb. o pobytu cizinců na území ČSFR, který podrobněji upravoval práva a povinnosti cizinců, zároveň však představoval značně liberální přístup k imigraci a umožňoval „téměř každému, aby vstoupil na území a dělal zde, co chce“².

Od druhé poloviny 90. let se začínají objevovat některé negativní jevy neřízeného přistěhovalectví, dochází k nárůstu nezaměstnanosti a Česko se snaží vyhovět požadavkům na přistoupení k Evropské unii. V Evropské unii se od druhé poloviny 90. let postupně krystalizovala koncepce společné imigrační politiky a ukázalo se, že pokud chce Česká republika splnit podmínky členství, bude muset svou legislativní úpravu změnit a upustit od koncepce vytváření zcela autonomní imigrační politiky.

2. EVROPEIZACE PŘISTĚHOVALECKÉ POLITIKY ČR

Česká republika podepsala již v roce 1993 asociační dohodu s Evropským společenstvím.³ Součástí smlouvy byl také závazek sladit právní řád ČR s právem EU, tj. převést jednotlivé *acquis* do právního systému ČR a provést implementaci komunitárních norem. Pro účely vyjednávání bylo *acquis* rozděleno do 31 tematických oblastí, tzv. kapitol. V otázkách transpozice jednotlivých právních aktů bylo možné vyjednat časově omezené výjimky, tzv. přechodná období.

¹ S výjimkou dvou návratových vln po skončení světových válek (Barša, P., Baršová, A. : Přistěhovalectví a liberální stát. Imigrační a integrační politiky v USA, západní Evropě a Česku, Brno: Masarykova univerzita, 2005, s.205).

² Drbohlav, D.: The Czech Republic, in. Wallace, D., Dariusz, S. (eds.): Patterns of Migration in Central Europe, New York: Pgrave, 2001, pp. 203-226.

³ Přijetí nové dohody se vyžádal rozpad Československa. K zahájení bilaterálních vztahů bývalé ČSFR s EU a podpisu Evropské dohody o přidružení došlo již 16.12.1991.

V roce 1996 požádala Česká republika oficiálně o členství v EU. Evropská unie reagovala v roce 1997 předložením dokumentu Agenda 2000. Tento program strategie rozšíření vypracovaný Evropskou komisí obsahoval posudky na 10 kandidátských zemí střední a východní Evropy. Kandidátské státy zde byly upozorněny na konkrétní nedostatky, které je třeba odstranit a dále na to, že budou muset před vstupem do Evropské unie přijmout veškeré dosud schválené normy *acquis*, včetně změn v souvislosti s projednávanou Amsterodamskou smlouvou, zahrnující i nová pravidla pro oblast přistěhovalecké politiky. Kandidátské státy tedy před svým vstupem musely významně harmonizovat své právní řády a závazně přijmout i politiky, na jejichž vzniku a podobě se neměly možnost podílet. Některé politiky přitom byly komunitarizovány během přístupových vyjednávání, ale bez možnosti kandidátských zemí mít na jejich podobu jakýkoliv vliv.

2.1. JEDNOSTRANNÝ DOWNLOADING

Česká republika se na plné členství v Evropské unii připravovala několikaletým přístupovým vyjednáváním. Maximální sladění právních řádů a vyřešení potencionálních konfliktů byly nezbytnými podmínkami vstupu. Na základě adaptačního tlaku Evropské unie vláda iniciovala tzv. Národní programy přípravy České republiky na členství. Evropská komise hodnotila přípravu prostřednictvím každoročního dokumentu „Pravidelná zpráva o pokroku České republiky v přípravách na členství v EU.“ V těchto zprávách se vyjadřovala k pokroku, který Česká republika dosáhla v jednotlivých přístupových kapitolách, a ve kterých oblastech je potřeba provést další reformy. Již v posudku z roku 1997 Komise vyzývá k novelizaci zákonů v souvislosti s požadavky Společenství a závazkem (po vstupu Amsterodamské smlouvy v platnost) vytvořit z Unie „prostor svobody, bezpečnosti a práva.“⁴

Evropská unie výrazně jednostranně určovala, jaké reformy je nezbytné provést a v souladu s koncepcí tzv. východního stylu rozšíření používala nejrůznější formy materiálních stimulů a pobídek. V případě harmonizace to byla třeba finanční pomoc na soulad s *acquis* z programu Phare.⁵ Posudky v letech 1997-1999 nebyly pro Českou republiku v oblasti Justice a vnitřních věcí, kam spadá i imigrace příliš pozitivní. Obrat nastal až s přijetím zákona č. 326/1999 Sb. o pobytu cizinců, který začal platit od roku 2000. Zde došlo k první výraznější harmonizaci přistěhovalecké politiky s požadavky

⁴ Posudek Komise k žádosti České republiky o přijetí do Evropské unie, 1997.

⁵ Například v roce 1999 bylo z programu Phare na harmonizaci oblasti Justice a vnitřních věcí pro Českou republiku vydáno 4 mil. Eur. Viz např. Posudek Komise k žádosti České republiky o přijetí do Evropské unie, 1999.

komunitárního práva. V následujících letech pak byly prováděny další nezbytné novely cizineckého zákona, jejichž hlavním smyslem bylo zajistit inkorporaci v oblasti imigrace přijatých a přijímaných směrnic. Společná přistěhovalecká politika byla zavedena sice již smlouvou o EU, nicméně až Amsterodamská smlouva schválená v roce 1997 zavedla její postupnou komunitarizaci a koncem 90. let a začátkem 21. století se pak také objevují první směrnice a nařízení z oblasti společné přistěhovalecké politiky. Státy tzv. východního rozšíření se ale do plného vyjednávacího procesu mohly zapojit až po svém plném členství, tedy po 1.5.2004. Vyvrcholením vyjednávacího procesu bylo vydání "Souhrnné monitorovací zprávy o přípravách České republiky na členství" v roce 2003, ve které Evropská komise konstatovala úspěšné dokončení základní nezbytné harmonizace.

2.2. VÝCHODNÍ STYL ROZŠÍŘENÍ

Na posledním východním rozšíření můžeme pozorovat velmi rozdílné vzory integrace a evropeizace, pro které Klaus Goetz používá pojem „východní styl rozšíření“.⁶ Pro tento východní styl jsou typické zejména autoritativní hierarchická perspektiva evropeizace (autoritativní top-down přístup), podmíněnost postupu přístupových vyjednávání splňováním různých kritérií a podmínek, vysoký tlak EU na plnou adaptaci a implementaci komunitárních norem a relativní slabost institucí vůči adaptačním tlakům, pramenící z jejich nezralosti a slabé demokraticko-politické zkušenosti. Goetz spatřuje hlavní rozdíl mezi východním rozšířením a předchozími v tom, že zatímco státy původní EU 15 *acquis* aktivně vytvářely a ovlivňovaly, státy v poslední vlně *acquis* pouze „nuceně“ pasivně přijímaly. Důvody pro tento jednostranný *downloading* spatřuje ve velikosti a politické váze nově přístupujících států,⁷ slabé intraregionální koordinaci a reprezentaci různorodých zájmů. Politické vazby mezi zeměmi střední a východní Evropy jsou slabé, někdy dokonce

⁶ Goetz, K. H. : *The New Member States and the EU: Responding to Europe*, in: Bulmer, S. J., Lequesne, Ch. (eds.): *The Member States of the European Union*, Oxford: OUP, 2005, pp. 254-284.

⁷ Politická váha je tvořena faktory, jako jsou velikost populace, geopolitická pozice, historická pozice, síla ekonomiky, délka členství apod. (blíže Wallace, H.: *Exercising Power and Influence in the European Union: The Roles of Member States*, in: Bulmer, S. J., Lequesne, Ch. (eds.): *The Member States of the European Union*, Oxford: OUP, 2005 pp. 25-44.

napjaté.⁸ Další slabinou vyjednávacího procesu bylo, že přístupové státy vůči EU nevytvořily určitou společnou strategii, vedly se pouze bilaterální jednání. Možnosti vyjednávání jednotlivých států tak byly velmi omezené. Česká republika byla postavena před situací, kdy pokud se chtěla stát členem “klubu“, musela změnit charakter řady svých politik. Míra nesouladu v oblasti imigrace a cizinců byla značná - Česká republika byla nucena přijmout zcela nový zákon upravující tuto problematiku kvalitativně výrazně odlišným způsobem od předchozích úprav a provést řadu novelizací. Zavedla různé typy pobytových režimů, rozlišila cizince na občany a neobčany Evropské unie, na rodinné příslušníky občanů Evropské unie, na občany třetích zemí, zavedla vízovou povinnost se třetími státy dle seznamu EU, podnikla rozsáhlé přípravy na vstup do Schengenského prostoru, implementovala a stále implementuje řadu směrnic apod.. Míru evropeizace můžeme označit jako značně vysokou, jedná se o případ transformace. Došlo ke kompletnímu nahrazení dřívější přistěhovalecké politiky, institucí a procesů novými, zcela podle evropského vzoru, došlo ke změně esenciálních znaků a redefinici identit aktérů. Vstupem do Unie jsme se stali občany Unie a získali nova práva a povinnosti. Občané ze států mimo Unii se stali občany třetích států, byla zavedena vízová povinnost se státy, které dříve tuto povinnost neměly, a v některých případech došlo k částečnému narušení určitých přirozených vazeb.⁹ Rozhodování a podoba imigrační politiky se dostala ze suverénních kompetencí České republiky, aby byla spoluformovaná spolu s dalšími státy na evropské úrovni. Evropské normy se staly nadřazené českým zákonům.

Evropeizační zprostředkující faktory tlak na změnu významně podporovaly. V celé české společnosti byl v 90. letech 20. století a v prvních letech 21. století pozorovatelný značný entuziasmus pro vstup do struktur Evropské unie, struktur „Západu“. Víceméně napříč politickým spektrem a občanskou společností tak panoval široký konsenzus o vstupu do Evropské unie. V ČR dominovaly konsenzuální a kooperativní politické a organizační kultury a chyběly multiple veto points, resp. byly značně slabé, prezentované euroskeptickým křídlem kolem bývalého premiéra a současného prezidenta Václava Klause¹⁰ a některými krajně pravicovými stranami. Celospolečenský konsenzus a entuziasmus bohužel oslabovaly způsob vyjednávání České republiky, která tak v některých kapitolách značně absentovala od výraznějších požadavků. Ladislav Cabada uvádí, že

⁸ Jako příklad lze uvést maďarsko-polské vztahy. Pokusy vytvořit užší vazby prostřednictvím nadnárodní regionální integrace, například formací Visegrádské skupiny, mají zatím pouze velmi limitovaný úspěch.

⁹ Například se státy býv. Sovětského svazu nebo Balkánského poloostrova.

¹⁰ Goetz, K. H. : The New Member States and the EU: Responding to Europe, in: Bulmer, S. J. , Lequesne, Ch. (eds.): The Member States of the European Union, Oxford: OUP, 2005, pp. 254-284.

„poličtí aktéři poměrně nekonfliktně akceptovali předpoklad, že se „hlásíme do klubu“, a proto je naším úkolem pravidla přijmout a ne o nich diskutovat...“, „...chceme-li být členy klubu musíme přijmout i nerozumné požadavky“.¹¹

Ač strukturální změny učiněné v důsledku evropeizace české imigrační politiky vedly k redistribuci síly mezi relevantními aktéry, do schválení Lisabonské smlouvy si státy držely v oblasti přistěhovalecké politiky poměrně silné postavení. Lisabonská smlouva však rozšířila rozhodování na základě kvalifikované většiny a v rámci procedury spolurozhodování s Parlamentem do většiny oblastí přistěhovalectví a formace vlastních strategií tak byla ještě více omezena.

3. ZÁKLADNÍ NASTAVENÍ RÁMCE SPOLEČNÉ PŘISTĚHOVALECKÉ POLITIKY PO PŘIJETÍ LISABONSKÉ SMLOUVY

Oblast společné přistěhovalecké politiky je dynamicky se rozvíjející oblastí integrace. Lisabonská smlouva přinesla další rozšíření kodicize a tedy odstranění práva veta národních států v celé řadě oblastí. Hlava IV. s označením „Vízová, azylová a přistěhovalecká politika a jiné politiky týkající se volného pohybu osob“ se změnila na hlavu V s názvem „Prostor svobody, bezpečnosti a práva“. Nový čl. 63a SES (čl. 79 SFEU) pak vymezuje pravomoci Unie v oblasti přistěhovalectví, které byly převedeny pod řádný legislativní postup. Dle čl. 63a Unie vyvíjí společnou přistěhovaleckou politiku a pro tyto účely přijímá Rada spolu s Evropským parlamentem opatření určující (čl. 63a, odst. 2, písm. a-d) :

1. Podmínky vstupu a pravidla, podle nichž členské státy udělují dlouhodobá víza a vydávají dlouhodobá povolení k pobytu, včetně těch, které jsou vydávána za účelem slučování rodin.
2. Vymezení prav státních příslušníků třetích zemí oprávněně pobývajících v členském státě, včetně podmínek upravujících svobodu pohybovat se a pobývat v ostatních členských státech.
3. Nedovolené přistěhovalectví a nedovolený pobyt včetně vyhoštění.
4. Boj proti obchodu s lidmi.

¹¹ Cabada, L. : Česká politika a perspektiva evropeizace – několik úvah, in: Dančák, B., Hloušek, V. (eds.):Parlamentní volby 2006 a česká politika, Brno: IIPS, 2006, s. 140.

Unie přijetím Lisabonské smlouvy získala značnou kontrolu nad koncepcí imigrace s cílem postupného sjednocení pravidel pro vstup a pobyt příslušníků třetích států v Evropské unii. Procedura spolurozhodování byla rozšířena do celé agendy přistěhovalecké politiky. V pravomoci národních států zůstaly pouze integrační politiky (č. 63a odst. 4) a možnost stanovit objem vstupů státních příslušníků třetích států (čl. 63a odst. 5). Státy ztratily důležitou suverénní pravomoc určovat podmínky vstupu příslušníků třetích států na své území, nicméně možnost stanovit objem vstupů má sloužit jako určitý regulační mechanismus ochrany vnitřního trhu proti nežádoucímu přílivu příslušníků třetích států.¹² V pravomoci Unie je nyní určení podmínek pro udělení dlouhodobých i krátkodobých pobytů, včetně pobytů za účelem sloučení rodiny a vymezení práv oprávněně pobývajících přistěhovalců. Tyto procedury by měly být postupně platné a shodné ve všech členských státech.

Z hlediska ochrany základních práv a svobod se přijetím Lisabonské smlouvy stala právně závaznou Listina základních práv a svobod Evropské unie v rámci pravomocí, které má Unie vymezeny smlouvami (nový čl. 6 SEU). Dále Unie dle čl. 6 odst. 2 SEU přistoupila k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, která by měla tvořit obecné zásady práva Unie (čl. 6 odst. 3 SEU). I když byla Listina až do ratifikace Lisabonské smlouvy právně nezávazná, unijní instituce se na ni při tvorbě legislativy často odvolávaly a Listina byla používána zejména generálními advokáty a Soudem první instance. Soudní dvůr naopak delší dobu na Listinu nereflekoval a odkaz na Listinu poprvé použil až v červnu 2006, v rozsudku C-540/03 *Evropský parlament v. Rada*, který se týkal směrnice o právu na spojení rodin legálních příslušníků třetích států – oblasti společné imigrační politiky.¹³

V souvislosti s potenciálním budoucím používáním Listiny v oblasti společné přistěhovalecké politiky lze souhlasit s tvrzením, že „sekundární legislativa zůstane hlavním zdrojem definice, zpřesnění a konkretizace jednotlivých práv individua i po nabytí právní závaznosti Charty, jelikož tento ucelený katalog lidských práv ze své samotné podstaty je způsobilý

¹² Pítrová, L. a kol.: *Když se řekne Lisabonská smlouva*, Praha: Odbor informování o evropských záležitostech, Úřad vlády České republiky, 2008, s.98.

¹³ Otázkou je, zda má tento první rozsudek s odkazem na Listinu učiněný v oblasti přistěhovalecké politiky nějaký symbolický význam, či zda důvodem bylo, že na Listinu odkazovala již samotná směrnice, jejíž legalita byla přezkoumávaná.

artikulovat práva jen velice obecně, rámcově a stručně, bez uvedení podmínek pro jejich realizaci.“¹⁴

4. PROSTOR PRO VLASTNÍ STRATEGIE ČESKÉ IMIGRAČNÍ POLITIKY

Po dosažení základní nezbytné harmonizace se otevřel nový prostor pro formulaci vlastních konceptů a strategií v mantinelech daných společnou imigrační politikou. Tento prostor byl dlouhou dobu zaplňován spíše sporadicky. Zejména v posledních letech můžeme zaznamenat zvýšenou snahu prosazovat zájmy v komplikované struktuře evropské multi-level governance. Je to nanejvýš důležité, protože schválení Lisabonské smlouvy odebralo možnost veta národním státům v Radě v celé řadě důležitých oblastí. Za jeden z úspěchů vyjednání ČR lze označit například vytvoření účelové koalice států z nové vlny rozšíření, jejímž cílem bylo posunout platnost modrých karet až na rok 2011.¹⁵ Další ukázkou vzrůstající aktivity je dílčí úspěch české strany, které se v návrhu směrnice o podmínkách vstupu a pobytu vysoce kvalifikovaných migrantů dostalo ujištění, že směrnice nebude harmonizovat některé normy, které jsou v současnosti ještě výhradním právem jednotlivých států.¹⁶

Jako příklad nedávné samostatné iniciativy můžeme uvést projekt zelených karet. Omezený výběr zemí, nadstandardní administrativní vyřizování i špatné načasování v době vrcholu hospodářské krize však odsoudilo projekt k neúspěchu. Od roku 2009, kdy byly karty zavedeny, mluvíme pouze o desítkách případů, kdy cizinci možnost získat zelenou kartu využili. V současné době byl tento projekt překonán implementací směrnice Rady 2009/50 ES o podmínkách pro vstup a pobyt státních příslušníků třetích zemí za účelem výkonu zaměstnání, vyžadujícího vysokou kvalifikaci, jedná se o tzv. modré karty. Došlo k zavedení nového rámce pro výkon práce a možnost získání pracovního povolení, který dříve připravené zelené karty překonal.

¹⁴ Šišková, N.: *Dimenze ochrany lidských práv v EU*, Praha: ASPI Publishing, 2003, s.67.

¹⁵ ČR se spolu s některými dalšími státy z nové vlny rozšíření zasazovala o posunutí jejich platnosti na rok 2011, tj. do doby, kdy skončí pro nové členské země tzv. přechodná období na některých pracovních trzích v EU. *Ihned.cz: Česko brání zavedení modrých karet, Euractiv.cz(2008): Nečas má výhrady k modrým kartám, 2008.*

¹⁶ Jednalo se o výši platu a sociálního zabezpečení pro kvalifikované pracovníky třetích států.

V oblasti formulace přistěhovalecké politiky je dále patrný posun od liberální politiky až ke značně restriktivním stanoviskům, které jdou nad rámec úpravy požadované Bruslem. Řada subjektů na domácí politické scéně se staví k imigraci podezíravě a s obavami,¹⁷ což nás může vést až k interpretaci, že Česká republika v současné době inklinuje k imigrační strategii zadržování¹⁸ a mnohdy vnímá přistěhovalectví spíše jako hrozbu než příležitost. S tímto tvrzením koresponduje i nedostatek strategií, které by lépe odpovídali geopolitické pozici České republiky, jejím ekonomickým zájmům a demografickým prognózám.

5. ZÁVĚR, IMPLIKACE PRO ČESKOU PŘISTĚHOVALECKOU POLITIKU

Česka republika z hlediska své historické zkušenosti nedisponovala vlastní nezávislou imigrační politikou a v této oblasti neměla ani mnoho zkušeností. Od podání přihlášky do Evropské unie se imigrační politika ČR vyvíjela pod silným tlakem evropských struktur ve směru její kompletní změny a redefinice. Tato změna vzhledem k relativní slabosti institucí vůči adaptačním tlakům, slabé politické váze a všeobecnému společenskému konsenzu proběhla poměrně hladce. V případě způsobu evropeizace české imigrační politiky byla až do roku 2004 uplatněna koncepce top-down přístupu. Charakter evropeizace výstižně popisuje Goetzův koncept tzv. autoritativního východního stylu. Míra nesouladu v oblasti imigrace a postavení cizinců byla značná a vedla ke kompletnímu nahrazení dřívější přistěhovalecké politiky, institucí a procesů novými, zcela podle evropského vzoru. Další výrazný zásah do státní suverenity pak přinesla Lisabonská smlouva. Přistěhovalecká politika získala ještě větší supranacionální charakter, komunitarizace byla rozšířena i do podmínek legálního přistěhovalectví.

Evaluace přistěhovaleckých strategií pak ukazuje na nedostatky vlastních národních strategií,¹⁹ které by reflektovali geopolitické postavení, ekonomické zájmy a potřeby trhu a konečně také reflektovaly nově se objevující demografické problémy- stárnutí obyvatelstva a postupný úbytek produktivní pracovní síly. Další rovinou je pak specifické postavení v rámci

¹⁷17 Například vyjádření bývalého ministra vnitra v nálezů ÚS 26/07, postoj k cizincům v době ekonomické krize nebo komentáře hlavních politických představitelů v diskuzi o zavedení zelených karet.

¹⁸18 Blíže viz Barša, P., Baršová, A.: Přistěhovalectví a liberální stát. Imigrační a integrační politiky v USA, západní Evropě a Česku. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s.244 a násl.

¹⁹19 Blíže k přistěhovaleckým strategiím ČR viz. Dvořáková, D. ,2009: Nové přístupy v imigračních politikách Francie a České republiky, Diplomová práce, MU.

struktury společné přistěhovalecké politiky a ztráta práva veta v celé řadě oblastí.. Pokud chce mít Česká republika nadále vliv nejen na tuto politiku, musí se učit formovat koalice a hledat spojence na nadnárodní, národní i subnárodní úrovni v souladu s koncepcí multi-level governance EU.

Použité zkratky:

- SEU- Smlouva o Evropské unii
- SES- Smlouva o založení evropského společenství
- SFEU- Smlouva o fungování Evropské unie.

Literature:

- Barša, P., Baršová, A.: Přistěhovalectví a liberální stát. Imigrační a integrační politiky v USA, západní Evropě a Česku, Brno: Masarykova univerzita, 2005.
- Barša, P., Baršová A.: Česká republika jako přistěhovalecká země. Policy paper. Praha: Ústav mezinárodních vztahů, 2006.
- Bulmer, S. J., Lequesne, Ch.(eds.): The Member States of the European Union, Oxford: OUP, 2005, pp. 97-118.
- Bulmer, S. J. ,Radaelli, C. M.: The Europeanization of National Policy, in: Bulmer, S. J., Lequesne, Ch. (eds.): The Member States of the European Union, Oxford: OUP, 2005, pp. 338-359.
- Cabada, L. Česká politika a perspektiva evropeizace – několik úvah, in: Dančák, B., Hloušek, V. (eds.):Parlamentní volby 2006 a česká politika, Brno: IIPS, 2006.
- Dančák, B., Fiala, P., Hloušek, V. (eds.): Evropeizace: Nové téma politologického výzkumu, Brno: IIPS, 2005.

- Drbohlav, D.: The Czech Republic, in: Wallace, D., Dariusz, S. (eds.): Patterns of Migration in Central Europe, New York: Palgrave, 2001, pp. 203-226.
- Drbohlav, D. Immigration and the Czech republic, International Migration Review, 2003, Vol. 37, No1, pp. 194-224.
- Cowles, M. G. , Caporaso, M., Risse, J. T. (eds.): Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change, London: Cornell University Press, 2001.
- Goetz, K. H. : The New Member States and the EU: Responding to Europe, in: Bulmer, S. J. , Lequesne, Ch. (eds.): The Member States of the European Union, Oxford: OUP, 2005, pp. 254-284.
- Pítrová, L. a kol.: Když se řekne Lisabonská smlouva, Praha: Odbor informování o evropských záležitostech, Úřad vlády České republiky, 2008.
- Wallace, H.: Exercising Power and Influence in the European Union: The Roles of Member States, in: Bulmer, S. J., Lequesne, Ch. (eds.): The Member States of the European Union, Oxford: OUP, 2005 pp. 25-44.
- Šišková, N. : Dimenze ochrany lidských práv v EU, Praha: ASPI Publishing, 2003.

Právní předpisy:

- Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, 2009, Úřední věstník EU, Brusel.
- Listina základních práv Evropské unie , 2000, Úřední věstník EU, Brusel.
- Smlouva o založení Evropského společenství (SES), konsolidované znění z roku 2006, Úřední věstník EU, Brusel.

- Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie, 2010, Úřední věstník EU, Brusel.
- Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky ve znění posledních novel , dostupné z: (http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/azyl/migrace/legislativa/326_99.pdf).

Elektronické zdroje:

- Agenda 2000, 1997, dostupné z <http://www.mzv.cz/wwWo/mzv/default.asp?id=17437&ido=218&idj=1&amb=1> .
- Idnes.cz: Cizinci k nám zavlečou tuberkulózu a AIDS, strašil ve Sněmovně Rath, 2008
- Idnes.cz : Nečasovy karty posílí organizovaný zločin, 2008.
- Posudek Komise k žádosti České republiky o přijetí do Evropské unie (<http://ec.europa.eu/ceskarepublika/pdf/posudek97.pdf>).

Contact – email

daniela.dvo@seznam.cz

MEZINÁRODNÍ OCHRANA V ROZHODOVACÍ ČINNOSTI ROZŠÍŘENÉHO SENÁTU NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

JANA FILIPOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá rozhodovací činnosťou rozšíreného senátu Nejvyššího správního soudu na poli institutu mezinárodní ochrany. Nejprve obecně vymezuje význam a podstatu rozhodování rozšíreného senátu Nejvyššího správního soudu coby garanta jednotnosti právních názorů ve správním soudnictví. Hlavní pozornost je věnována jednotlivým otázkám, které byly řešeny rozšířeným senátem v oblasti azylu a doplňkové ochrany. Príspevek v této souvislosti rovněž poukazuje na aktuální hmotněprávní i procesní aplikační problémy v azylovém právu.

Key words in original language

Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu; sjednocování judikatury; mezinárodní ochrana; azyl; doplňková ochrana.

Abstract

The paper deals with decision-making activities of an extended board of the Supreme Administrative Court in the field of the international protection. First, it generally defines the scope and the nature of the activity of an extended bench of the Supreme Administrative Court, which is the guarantor of the consistency of decisions in the administrative justice. The main attention is paid to the particular issues of asylum and subsidiary protection that were decided by an expanded bench. In this context, the contribution points out to the current substantive and procedural application problems in asylum law as well.

Key words

Extended bench of the Supreme Administrative Court; Unity of decision-making; International protection; Asylum; Subsidiary protection.

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je vymezit a přiblížit rozhodovací činnost rozšíreného senátu Nejvyššího správního soudu na poli institutu mezinárodní ochrany. Tato činnost se neomezuje toliko na "vlastní" rozhodování o poskytování azylu nebo doplňkové ochrany, ale vyjadřuje se i k mnoha procesním institutům, které se aplikují v rámci přezkumu rozhodnutí ve správním soudnictví. Na rozhodování ve věcech mezinárodní ochrany nemá přirozeně vliv pouze zákonodárná složka moci a jí přijímané právní předpisy či praxe správních orgánů, ale rovněž i složka moci soudní,

jejíž význam je zcela nezpochybnitelný, a je proto třeba věnovat soudnímu rozhodování patřičnou pozornost.

2. OBECNĚ K VÝZNAMU ČINNOSTI ROZŠÍŘENÉHO SENÁTU NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU A JEHO PRÁVNÍ ZAKOTVENÍ

Soudce je vázán zákonem.¹ Nelze však mít pochyb, že je při svém rozhodování poután rovněž i judikaturou, a to i přesto, že se české právo řadí do kontinentálního právního systému, ve kterém soudní judikatura sice nemá povahu formálně závazného precedentu, nýbrž má normativní právní sílu. Jestliže soud dovodí aplikovatelnost judikatury kupř. skrze právní principy, musí právní závěry v předmětné judikatuře vyslovené respektovat a tudíž i aplikovat.² Jednotné a předvídatelné rozhodování soudů je předpokladem důvěryhodnosti soudní moci obecně i právní jistoty účastníků řízení. Ostatně jedním z projevů zásady legitimního očekávání je, aby rozhodovací praxe (zde Nejvyššího správního) soudu byla jednotná a aby nezaváděla příčinu k pochybnostem, jaký právní názor soud skutečně zastává. Ustálený právní názor vtělený do většího počtu rozhodnutí nadto podstatně zvyšuje přesvědčivost soudního rozhodování jako celku. Nejvyšší správní soud, byť jeho rozhodovací činnost probíhá v jednotlivých senátech, je jedním tělesem, které by vůči „vnějším“ subjektům, zejména pak účastníkům řízení a krajským soudům, mělo působit jednotně a nerozporně.

Jednou z funkcí Nejvyššího správního soudu je funkce integrační³ spočívající ve sjednocování a dohledu nad zákonností judikatury. Jednotnost soudního rozhodování je zajišťována několika nástroji, přičemž je třeba rozlišovat mezi dohledem nad jednotností a samozřejmě i zákonností rozhodování ve správním soudnictví jako celku a dále pak jednotností rozhodovací činnosti Nejvyššího správního soudu samotného. Zatímco v prvním případě se tak děje obecně prostřednictvím rozhodování Nejvyšším správním soudem o kasačních stížnostech proti pravomocným rozhodnutím krajských soudů ve správním soudnictví⁴, jednota právních názorů

¹ Čl. 95 odst. 1 Ústavy České republiky.

² Kühn, Z. Bobek, M. Polčák, R. Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce judikaturou. Praha: Auditorium, 2006, s. 41.

³ R. Pomahač rozlišuje tři funkce Nejvyššího správního soudu, a sice funkci adjudikační, integrační a administrativní. Srov. Pomahač, R.: Nejvyšší správní soud. s. 58- 65. In. Vopálka, V.: Nový správní řád, zákon č. 500/2004 Sb., 500/2004 Sb. ACT of 24th June 2004 Code of Administrative Procedure. Praha : ASPI, a.s. 2005.

⁴ Předmětná funkce ve vztahu ke krajským soudům nachází své legislativní zakotvení v ustanovení § 12 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (s. ř. s.).

Nejvyššího správního soudu⁵ je zajišťována zejména prostřednictvím rozšířeného senátu, jehož působnost je vymezena v § 17 s. ř. s.⁶ a konkretizace postupu při jeho činnosti pak v § 68 an. jednacího řádu Nejvyššího správního soudu.⁷

Dále je možno rozeznávat pravidelné i nepravidelné prostředky sloužící k naplňování integrační funkce kasačního soudu. Prostředkem pravidelným a "řádným" je vydávání Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, v níž se uveřejňují vybraná zásadní rozhodnutí krajských soudů i Nejvyššího správního soudu. K publikaci rozhodnutí ve Sbírce je třeba schválení plénem⁸, čímž je správnost vyjádřeného právního názoru stvrzena podstatnou částí soudců, nejenom rozvrhem práce přiděleným senátem, a je tak deklarován jeho význam i pro budoucí rozhodovací praxi. Sjednocování judikatury Nejvyššího správního soudu prostřednictvím rozšířeného senátu je prostředkem nepravidelným, lze říci působícím ad hoc. Jestliže není určitý právní názor obsažený v konkrétním rozhodnutí Nejvyššího správního soudu v souladu se zákonem, a nebyl odstraněn např. skrze ústavní stížnost, soudní řád správní nabízí možnost nápravy nastalého negativního jevu, a to právě skrze rozšířený senát. Toto těleso coby garant jednoty rozhodování představuje v oblasti správního soudnictví základní prostředek ke sjednocování rozporné judikatury nebo k překonávání nesprávných či již nevyhovujících právních názorů⁹; pojem „právní názor“ je přitom obecně třeba chápat ve smyslu *ratio decidendi* a nikoliv jako

⁵ S podobnými sjednocovacími mechanismy se lze setkat i u Nejvyššího soudu (dospěje-li senát při rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího soudu, postoupí věc ve smyslu § 20 zákona o soudech a soudcích k rozhodnutí velkému senátu příslušného kolegia) i Ústavního soudu (§ 13 a § 23 zákona o Ústavním soudu). Tím, že je proces sjednocování právních názorů u všech typů "nejvyšších" soudů založen na obdobném principu, stává se tento sjednocující mechanismus obecným prostředkem v soudnictví jako celku.

⁶ Ustanovení § 17 odst. 1 s. ř. s.: „*Dospěl-li senát Nejvyššího správního soudu při svém rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu postoupí věc k rozhodnutí rozšířenému senátu. Při postoupení svůj odlišný právní názor zdůvodní.*“

⁷ Jednací řád Nejvyššího správního soudu je v elektronické formě rovněž dostupný na: http://www.nssoud.cz/dokumenty/jednaci_rad_01_2007_1.doc.

⁸ Tj. nadpoloviční většinou přítomných soudců.

⁹ Stav, kdy je právní názor vyjádřený v soudním rozhodnutí předložen k posouzení rozšířenému senátu, automaticky neznamená, že je založen na nesprávných výchozích úvahách. Judikatura správních soudů není a nemůže být rigidní a neměnná. To, že nevyhovuje, může být rovněž způsobeno společenským vývojem, který již není kompatibilní s daným rozhodnutím. Tedy, tak jak jsou proměnlivé společenské poměry, měly by být proměnlivé i právní závěry soudů.

obiter dictum.¹⁰ Rozhodování v rozšířeném senátu by mělo být chápáno jako mimořádný mechanismus. Senát zvažující postoupení věci rozšířenému senátu by měl nejprve důkladně posoudit, zda nastolená právní otázka skutečně koliduje s již vysloveným právním názorem, nebo zda se nejedná toliko o akademický – abstraktní - problém.¹¹

Rozšířený senát zpravidla rozhoduje usnesením, kdy posléze věc vrátí předkládajícímu senátu k dalšímu projednání a rozhodnutí. V některých případech je možné, aby nejenom zaujal potřebný právní názor, ale aby např. z důvodů hospodárnosti sám rozhodl i o věci samé. Rozšířený senát rozhoduje rozsudkem tehdy, jestliže se ztotožní s právním názorem, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí soudu. Usnesením rozhoduje, jestliže se předkládajícímu senátu nepodařilo přesvědčit o důvodnosti změně stávajícího názoru a setrvá tak na právním názoru již dříve vyjádřeném.¹²

Výsledné rozhodnutí rozšířeného senátu a v něm vyjádřený právní názor má sice stejnou "sílu" jako (nezpochybněný) právní názor klasického senátu, nicméně skutečnost, že k určité právní otázce zaujal názor právě rozšířený senát, přináší zvlášť významné argumenty ve prospěch setrvání na takto vytvořeném právním názoru.¹³ Jednotlivé senáty mají přirozeně povinnost jej respektovat.¹⁴ Na druhou stranu však výsledné závěry rozšířeného senátu musí být ústavně konformní¹⁵.

¹⁰ I zde mohou samozřejmě existovat výjimky. Každou věc je třeba posuzovat individuálně, se zřetelem k tomu, jakým způsobem byl právní názor ve zpochybňovaném rozhodnutí pojat.

¹¹ Tak se stalo např. v usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 12. 2008, čj. 1 Azs 52/2007-98, v němž vyslovil, že v případě, kdy jsou dány důvody pro odmítnutí návrhu nebo zastavení řízení (neboť místo pobytu neúspěšného žadatele je neznámé), není namístě se zabývat samotnou spornou právní otázkou.

¹² Viz § 71 jednacího řádu Nejvyššího správního soudu.

¹³ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2009, čj. 1 Afs 140/2008-77.

¹⁴ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 9. 2010, čj. 1 As 77/2010-95, všechna rozhodnutí tohoto soudu jsou dostupná též na www.nssoud.cz, dle kterého: „Pokud tříčlenný senát Nejvyššího správního soudu nevezme při svém rozhodování v úvahu rozhodnutí rozšířeného senátu, jež na rozhodování v dané věci dopadá, jedná se o exces proti povinnosti respektovat rozhodnutí rozšířeného senátu (§ 17 odst. 1 s. ř. s. a contrario). Takové opomenutí, resp. pochybení jednoho senátu však bez dalšího nezakládá konflikt judikatury, a tím pádem ani povinnost dalšího tříčlenného senátu předložit věc k posouzení rozšířenému senátu, aplikuje-li posléze uvedený tříčlenný senát právní závěr vyjádřený v předchozím rozhodnutí rozšířeného senátu.“

¹⁵ Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2009, čj. 2 As 35/2008-56: „Dojde-li po postoupení věci tříčlenným senátem rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu ke změně poměrů v tom, že o sporné právní otázce rozhodne

3. ROZŠÍŘENÝ SENÁT A JEHO VLIV NA INSTITUT MEZINÁRODNÍ OCHRANY

Předkládání právních otázek k posouzení rozšířeným senátem představuje relativně využívaný nástroj. Nejinak je tomu v případě řízení o mezinárodní ochraně:¹⁶ rozhodování rozšířeného senátu se zde nevztahuje toliko na hmotně právní instituty azylového práva (ve smyslu § 12 - § 16 zákona o azylu¹⁷), ale vyjadřuje se i k souvisejícím sporným procesně právním instrumentům. Význam rozšířeného senátu na tomto poli lze chápat jednak jako sjednocovací a kontrolní mechanismus a jednak jako autoritativní stvrzení určitého právního názoru na věc, kdy nastolená právní otázka není posuzována klasickým pětičlenným senátem, nýbrž fórem devítičlenným.¹⁸ Skutečnost, že je věc předložena a posuzována rozšířeným senátem, často souvisí s obsahovou kvalitou azylového zákona, který umožňuje vícero navzájem nesouladných výkladů či kvalitou transpozice tzv. procedurální a kvalifikační směrnice do azylového zákona.¹⁹

3.1 HMOTNĚPŘÁVNÍ ASPEKTY MEZINÁRODNÍ OCHRANY PŘEDLOŽENÉ PŘED ROZŠÍŘENÝ SENÁT

Hmotně právní aspekty azylového práva, které nebyly či stále nejsou jednotlivými senáty Nejvyššího správního soudu pojímány jednotným způsobem, se v současné době²⁰ nesou zejména v linii posuzování vztahu

Ústavní soud nálezem závazným pro všechny orgány a osoby (§ 89 odst. 2 Ústavy České republiky), zanikne příslušnost rozšířeného senátu k rozhodování (...), a ten věc bez dalšího vrátí tříčlennému senátu k projednání a rozhodnutí.“

¹⁶ Otázky vztahující se k institutu mezinárodní ochrany a řízení o ní byly prozatím rozšířenému senátu předloženy ve čtrnácti případech, přičemž o dvou věcech nebylo doposud pravomocně rozhodnuto.

¹⁷ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii ČR, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Viz § 6 odst. 3 a § 8 odst. 3 písm. a) jednacího řádu Nejvyššího správního soudu. Dříve, kdy azylové otázky byly posuzovány klasickým tříčlenným senátem, rozšířený senát rozhodoval v klasickém sedmičlenném složení.

¹⁹ Směrnice Rady č. 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odnímání postavení uprchlíka a směrnice Rady č. 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004, o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany.

²⁰ Stranou zájmu je pro svou neaktuálnost ponecháno usnesení rozšířeného senátu ze dne 23. 5. 2006, čj. 8 Azs 21/2006-164, dle kterého „výrok rozhodnutí správního orgánu o tom, že na neúspěšného žadatele o udělení azylu se vztahuje nebo nevztahuje překážka vycestování (§ 28 a § 91 zákona o azylu) je podmíněn jen tím, že musí být učiněn současně s rozhodnutím o neudělení nebo odnětí azylu; jen potud jde také o výrok závislý. Soud ve

doplňkové ochrany ke zjevně nedůvodným žádostem o mezinárodní ochranu. Nutno hned úvodem konstatovat, že tato nejednost je s ohledem na komplikovanost a provázanost dané problematiky s unijním právem, i pochopitelná. V tomto směru bylo rozšířeným senátem přijato několik rozhodnutí, která na sebe částečně navazují a vytvářejí rámec chápání a vzájemných vztahů mezi § 12 – § 16 zákona o azylu.

Prvním z tohoto řetězce rozhodnutí je, dle současné podoby azylového zákona již neaktuální, usnesení rozšířeného senátu ze dne 28. 1. 2009, čj. 1 Azs 96/2006-80. Tímto usnesením byl překonán dosavadní striktní jazykový výklad § 28 zákona o azylu, a naopak nastolen výklad systematický a objektivně – teleologický (e ratione legis), neboť jím bylo vysloveno, že „*ustanovení § 28 zákona o azylu, ve znění účinném do 31. 8. 200621, je nutno vyložit tak, že pojem rozhodnutí „o neudělení nebo odnětí azylu“ zahrnuje také rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné (§ 16 zákona). V tomto případě je správní orgán povinen rozhodnout též o překážce vycestování“.*

Citované rozhodnutí bylo přijato těsně před zavedením nového zásadního institutu celého azylového práva, a sice doplňkové ochrany,²² a proto je jeho aplikační dopad malý. Přesto je jeho význam, s ohledem na další vývoj chápání azylového práva, nepopíratelný, neboť, byť se vyjadřuje k již neexistujícímu institutu překážek vycestování, představuje základní východisko současné aplikační praxe v přístupu ke zjevně nedůvodným žádostem, a to v tom smyslu, že i rozhodnutí podle § 16 zákona o azylu je rozhodnutím, jímž se rozhoduje o mezinárodní ochraně, a dále v přístupu při posuzování možného udělení doplňkové ochrany v případě zjevně nedůvodných žádostí. Toto usnesení tak působí jako jeden z překlenovacích můstků mezi institutem překážek vycestování a doplňkovou ochranou, a to jednak ve vztahu ke koncipování výroku a obsahu rozhodnutí a jednak k pojmání zjevně nedůvodných žádostí o mezinárodní ochrany.

Současné znění § 28 zákona o azylu již neumožňuje výklad, podle něhož by bylo možné zamítnout žádost o mezinárodní ochranu jako zjevně nedůvodnou, aniž by byly posouzeny důvody pro udělení doplňkové

správním soudnictvím proto může zamítnout žalobu proti výroku o neudělení azylu a současně zrušit výrok o tom, že se na žadatele nevztahuje překážka vycestování a v této části vrátit věc k dalšímu řízení správnímu orgánu.“

²¹ „*Pokud bude rozhodnuto o neudělení nebo odnětí azylu, ministerstvo v rozhodnutí uvede, zda se na cizince vztahuje překážka vycestování (§ 91).“*

²² Stalo se tak ke dni 1. 9. 2006, novelou azylového zákona č. 165/2006 Sb. Institut doplňkové ochrany obsažený v čl. 15 kvalifikační směrnice byl transponován do § 14a a § 14b zákona o azylu.

ochrany.²³ Posouzení mezinárodněprávní zásady non-refoulement vtělené právě do institutu doplňkové ochrany sice nemusí být obsaženo ve výroku rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné, nicméně správní orgán má povinnost se s ní vyrovnat v rámci odůvodnění svého rozhodnutí. Jinou otázkou ovšem je, kdy a v jakém rozsahu tak má správní orgán učinit, a jakým má být postup v případě, kdy tak neučiní. Tendencí správního orgánu zpočátku bylo, že se v případě rozhodování dle § 16 zákona o azylu k otázce neudělení doplňkové ochrany vůbec nevyslovil (příp. tak učinil obecným a velmi stručným způsobem). Právě tato problematika představuje současný trend rozhodování rozšířeného senátu na poli mezinárodní ochrany.

Na tomto místě je třeba předně poukázat na rozhodnutí „klasického“ senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2009, čj. 1 Azs 107/2008–78, podle kterého by důvody pro udělení doplňkové ochrany měly být zkoumány samostatně po vyslovení závěru, že jsou zde důvody pro aplikaci a rozhodnutí dle § 16 odst. 2 zákona o azylu. Krajský soud má dle tohoto rozsudku povinnost přihlížet k nepřezkoumatelnosti správního rozhodnutí z moci úřední, tedy aniž by žalobce nepřezkoumatelnost ve své žalobě musel konkrétně namítat. V případě, kdy krajský soud přezkoumá rozhodnutí žalovaného, které pro absenci odůvodnění nebylo přezkoumání vůbec způsobilé, zatíží vadou nepřezkoumatelnosti i své rozhodnutí. V posuzované věci první pětičlenný senát shledal rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelným proto, že soud nezrušil z moci úřední rozhodnutí žalovaného, jímž byla zamítnuta žádost žadatele o mezinárodní ochranu jako zjevně nedůvodná podle § 16 odst. 2 zákona o azylu, aniž by se v odůvodnění tohoto rozhodnutí zabýval otázkou možné vážné újmy, která by mohla stěžovateli hrozit v případě návratu do země původu. Žaloba přitom neobsahovala výtky vztahující se k pochybení při posuzování možného udělení doplňkové ochrany.

Oproti těmto striktním požadavkům pak stojí zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2008, čj. 5 Azs 24/2008 – 48, zabývající se zejména kvalitou transpozice kvalifikační směrnice a posouzením vztahu § 16 odst. 2 na jedné straně a § 12 a § 14a zákona o azylu na straně druhé. Soud zde odvodil, že přezkum důvodů možného udělení doplňkové ochrany, je již obsažen v třístupňovém testu pro aplikaci § 16 odst. 2, a není třeba důvody pro udělení doplňkové ochrany zkoumat posléze (znovu). Jinak řečeno, dle tohoto rozhodnutí je zamítnutí žádosti o mezinárodní ochranu jako zjevně nedůvodné možné jen tehdy, pokud je žádost zjevně nedůvodná jak z hlediska důvodů ve smyslu § 12, tak i § 14a zákona o azylu.²⁴ Na toto

²³ Viz Kosař, D. [et al.]. Zákon o azylu – komentář. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 341.

²⁴ Viz Kosař, D. [et al.]. Zákon o azylu – komentář. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 257 – 259 a s. 341.

rozhodnutí navazující judikatura dovodila, že závěry vyslovené v tomto rozhodnutí je třeba aplikovat i na jednotlivé důvody obsažené v § 16 odst. 1 azylového zákona.

Shora vymezený názor prvního pětičlenného senátu napadl před rozšířeným senátem druhý pětičlenný senát a přednesl mu otázku, „*zda je krajský soud povinen vyslovit nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí, která spočívá v nedostatku důvodů rozhodnutí vždy ex officio nebo pouze tehdy, jestliže tento nedostatek důvodů brání věcnému přezkumu správního rozhodnutí a posouzení důvodnosti žalobních námitek.*“ Učinil tak z důvodu, že v jím posuzovaném případě žaloba neobsahovala bod vztahující se k neudělení doplňkové ochrany, neboť prostý odkaz na to, že žadateli měl být udělen azyl, resp. doplňková ochrana, nepovažoval za řádně uplatněný žalobní bod. Rozšířený senát byl však při posuzování existence žalobního bodu opačného názoru a v usnesení ze dne 23. 2. 2010, čj. 2 Azs 10/2009 – 61, vyslovil, že ve věci rozhodované druhým pětičlenným senátem žaloba obsahovala alespoň v nejhrubších obrysech dostatečně formulovaný žalobní bod a v důsledku toho nedošlo ke vzniku rozporu mezi jím projednávanou věcí a věcí, v níž rozhodoval první pětičlenný senát pod sp. zn. 1 Azs 107/2008.

S ohledem na fakt, že rozšířený senát předmětnou problematickou otázku meritorně neposoudil, nadále platí, že i v případech absence žalobního bodu ve vztahu k doplňkové ochraně je krajský a potažmo i Nejvyšší správní soud povinen zrušit takové správní rozhodnutí o zjevně nedůvodné žádosti, které se nevypořádává s § 14a azylového zákona. Nicméně, v podstatě dva měsíce po vydání daného usnesení, byl týž závěr prvního pětičlenného senátu opětovně zpochybněn, a to sedmým pětičlenným senátem, který usnesením ze dne 15. 4. 2010, čj. 7 Azs 79/2009 – 76, postoupil rozšířenému senátu tu samou otázku jako předtím druhý senát, ovšem zdůraznil, že účastník řízení ve vztahu k neudělení doplňkové ochrany v žalobě ničeho nenamítal. Předložení téže otázky představuje již druhý pokus o překonání v podstatě překvapivého rozhodnutí sp. zn. 1 Azs 107/2008. To zajisté není situace obvyklá a nepochybně poukazuje na značnou problematičnost závěrů v tomto rozsudku vyslovených. Jestliže žaloba v případě posuzovaném sedmým pětičlenným senátem skutečně neobsahovala žalobní bod, měl by se rozšířený senát k nastolené aktuální otázce meritorním způsobem vyjádřit.

Nejednotný aplikační přístup při posuzování žádostí jako zjevně nedůvodných dokládá i další, dosud nerozhodnutá, právní otázka v nedávné době předložená před rozšířený senát: pátý pětičlenný senát, zpochybňujíc zejména rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Azs 47/2003-125, a ze dne 10. 2. 2004, čj. 4 Azs 35/2003-71, vznesl otázku, zda má správní orgán povinnost, v případě, kdy rozhodoval podle § 16 odst. 2 zákona o azylu, posuzovat tvrzené důvody pro udělení humanitárního azylu dle § 14 zákona o azylu a své závěry k této otázce řádně odůvodnit.

S touto oblastí souvisí i další otázky, které byly předmětem posuzování rozšířeného senátu, konkrétně pak v jeho usnesení ze dne 7. 9. 2010, čj. 4 Azs 60/2007-119. Rozšířený senát se zde zabýval aplikační předností, potažmo vztahem, ustanovení § 15 a § 15a zákona o azylu²⁵ k vedení řízení a zjišťování skutečností dle § 12 a 14a zákona o azylu.²⁶ Zkoumal zde, zda i v případě zjištění skutečností dle § 15 a § 15a zákona o azylu je nutné se zabývat zjišťováním důvodů pro udělení některé z forem mezinárodní ochrany. Nakonec, dle mého názoru správně, uzavřel, že pokud bude v řízení zjištěn některý z důvodů dle § 15 nebo § 15a, správní orgán mezinárodní ochranu neudělí a dále se ve svém rozhodnutí již není povinen zabývat možnou existencí důvodů dle § 12 a § 14a zákona o azylu (pokud nemají vztah k § 15 zákona o azylu), neboť takový postup by postrádal racionální základ.²⁷ Na druhou stranu ale v opačném smyslu zdůraznil, že § 12 a § 15 se spolu úzce prolínají, což je třeba zohlednit při sumě a obsahu otázek pokládaných žadateli při pohovoru, což následně „*umožní komplexní posouzení žádosti a zabrání situacím, aby po případném zrušení rozhodnutí správního orgánu aplikujícího § 15 zákona o azylu bylo nutné začít řízení v podstatě od samého začátku.*“ Předmětná ustanovení azylového zákona nejsou v praxi příliš často užívána, a tudíž nebudilo takové diskuze jako výše uvedená problematika.

3.2 PROCESNĚPRÁVNÍ ASPEKTY MEZINÁRODNÍ OCHRANY PŘEDLOŽENÉ PŘED ROZŠÍŘENÝ SENÁT

Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu se přirozeně ve své rozhodovací praxi neomezuje jenom na hmotně právní otázky spojené s azylovým právem, ale pochopitelně se vyjadřuje i k problematickým otázkám řízení ve věci mezinárodní ochrany. Neúspěšní žadatelé o udělení mezinárodní ochrany jsou častými²⁸ stěžovateli před Nejvyšším správním soudem. S ohledem na fakt, že zpravidla neovládají český jazyk, neorientují se v českém právním řádu a prostředí a nedisponují dostatečným množstvím prostředků, aby mohly být po celou dobu soudního řízení zastoupeny kvalifikovaným právním zástupcem, je přirozené, že za takovéto situace

²⁵ Tato ustanovení jsou v podstatě exkluzivními klauzulemi, taxativním způsobem vymezujícími případy, kdy v řízení není možné udělit azyl či doplňkovou ochranu.

²⁶ V posuzovaném případě existovalo důvodné podezření, že se žadatel jako člen organizované zločinecké skupiny s mezinárodními vazbami dopustil trestného činu obchodování s lidmi.

²⁷ Svůj závěr opřel mimo jiné o Úmluvu o právním postavení uprchlíků, která se jako celek nevztahuje na osoby vymezené v exkluzivní klauzuli této úmluvy, a to ani v případě čl. 33 zakotvující zásadu *non-refoulement*.

²⁸ Byť s klesající tendencí.

vzniká množství aplikačních problémů, které nebyly jednotlivými senáty řešeny stejným shodným způsobem.

Jednou z těchto potíží, v praxi častou a problematickou, je otázka obsahové a formální kvality žaloby či kasační stížnosti (jinak řečeno dostatečnosti či nedostatečnosti žalobních a kasačních bodů) neúspěšného žadatele o mezinárodní ochranu, a to zejména ve vztahu k § 71 odst. 1 písm. d) a § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s.²⁹ Hranice mezi bezobsažným konstatováním bez uchopitelné výtky vůči správnímu či soudnímu rozhodnutí a „přezkoumatelným“ žalobním, resp. kasačním bodem je tenká a ne vždy příliš jasná. Vodítko se pokusil poskytnout rozšířený senát v rozsudku ze dne 20. 12. 2005, čj. 2 Azs 92/2005-58, ve kterém zdůraznil význam konkretizace a individualizace skutkových okolností případu pro vytýčení mezí, v nichž se soud může v souladu s dispoziční zásadou ovládající správní soudnictví pohybovat. V tomto ohledu je žalobce (stěžovatel) povinen vylíčit, *„jakých konkrétních nezákonných kroků, postupů, úkonů, úvah, hodnocení či závěrů se měl správní orgán vůči němu dopustit v procesu vydání napadeného rozhodnutí či přímo rozhodnutím samotným, a rovněž je povinen ozřejmit svůj právní náhled na to, proč se má jednat o nezákonnost.“* Tento požadavek však nelze chápat v tom smyslu, že by každý žalobní bod musel žalobce subsumovat pod konkrétní právní normu.³⁰ Na druhou stranu však nepostačí obecný odkaz na určitá ustanovení azylového zákona, správního řádu či soudního řádu správního bez souvislosti se skutkovými výtkami.³¹ Není dostačujícím ani povšechné konstatování nedostatečně zjištěného nebo nesprávně hodnoceného skutkového stavu zachyceného ve správním či soudním spise.

V tomto směru je nutno vyzdvihnout význam a kvalitu tohoto rozhodnutí na posuzování jednotlivých žalob i kasačních stížností. Citované rozhodnutí je v současné době korigováno dalším, z mého pohledu poněkud abstraktním, rozhodnutím rozšířeného senátu ze dne 24. 8. 2010, čj. 4 As 3/2008 – 78, které ve svých důsledcích snižuje požadavek kvalitně a jasně formulovaného podání a usnadňuje tak pozici i neúspěšným žadatelům o mezinárodní ochranu.

Další z oblastí, kterou se zabýval rozšířený senát na poli procesních otázek řízení o mezinárodní ochraně, je určování místní příslušnosti krajského soudu k projednání a rozhodování o žalobě proti nepříznivému - zamítavému rozhodnutí správního orgánu a rovněž i otázka splnění

²⁹ Dle předmětného ustanovení musí být z žalobních bodů patrné, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí za nezákonné či nicotné.

³⁰ Ústavní soud v nálezu ze dne 13. 1. 2000, sp. zn. III. ÚS 236/99, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>, takový požadavek označil za přepjatý formalismus.

³¹ Tak se ovšem děje v mnohých formulářových žalobách.

podmínek dle § 106 odst. 4 s. ř. s., tj. (řádného) místa podání kasační stížnosti.

Příčinou vzniklé problematiky je častá fluktuace žadatelů o mezinárodní ochranu ústící v časté měnění místa hlášeného pobytu v průběhu jednotlivých fází (správního i soudního) řízení. Legislativní základ místní příslušnosti v soudním řízení je dán v § 32 odst. 4 zákona o azylu.³² První senát Nejvyššího správního soudu³³ položil rozšířenému senátu k posouzení otázku, zda skutečnost, že se neúspěšný žadatel o udělení azylu v době podání žaloby nachází ve vydávací vazbě, znamená, že: „a) nepřichází v úvahu stanovení místa hlášeného pobytu takového žadatele podle § 77 zákona o azylu a místní příslušnost musí být za takové situace určena Nejvyšším správním soudem podle § 11 odst. 3 o. s. ř. ve spojení s § 64 s. ř. s., nebo b) místem hlášeného pobytu je pro účely určení místní příslušnosti sídlo věznice, v níž žalobce v rozhodné době vykonává vydávací vazbu, nebo c) místní příslušnost sice nelze určit podle speciálního ustanovení o místní příslušnosti (§32 odst. 4 zákona o azylu), ale lze ji určit podle obecné úpravy místní příslušnosti obsažené v § 7 odst. 2 o. s. ř.“ Rozšířený senát v usnesení ze dne 22. 4. 2004, čj. Nad 98/2003-36, ovšem neshledal rozpor v dosavadní judikatuře Nejvyššího správního soudu a věci se meritorně nezabýval. První senát naopak zavázal, aby se sám³⁴ zabýval otázkou, zda lze věznici (vydávací vazbu) považovat za místo, kde je žalobce hlášen k pobytu ve smyslu § 32 odst. 4 zákona o azylu a v případě, že nikoliv, postupovat podle obecného pravidla určování místní příslušnosti krajského soudu obsaženého v § 7 odst. 2 s. ř. s.

³² K řízení o žalobě je podle § 32 odst. 4 zákona o azylu místně příslušný krajský soud, v jehož obvodu je žadatel o udělení mezinárodní ochrany (žalobce) v den podání žaloby hlášen k pobytu. Zatímco zákon o azylu obsahuje v ustanovení § 9 explicitní taxativní výčet výjimek z užití správního řádu, v případě soudního řádu správního soudu se tak neděje; tato skutečnost ovšem v praxi nečiní potíže. Byť stanovení aplikačních výjimek má spíše informativní charakter, při zásadě *superflua non nocent* nepochybně přispívá k větší přehlednosti právní úpravy a zabraňuje výkladovým problémům o (subsidiární) použitelnosti *legis generalis*. Tak se ostatně stalo v usnesení ze dne 15. 8. 2006, čj. 6 Azs 184/2005 – 93, v němž se rozšířený senát vyjadřoval ke vztahu „starého“ správního řádu (tj. zákona č. 71/1967 Sb.) a zákona o azylu, který v § 9 v tehdy účinném znění konstatoval, že na řízení o udělení nebo odnětí azylu se nevztahuje oddíl 1 části čtvrté správního řádu. Rozšířený senát zde meritorně vyslovil, že ustanovení § 24 zákona o azylu, upravující doručování, představuje speciální úpravu doručování, která je natolik komplexní, že subsidiární použití správního řádu jako předpisu obecného vylučuje.

³³ Žalobce v žalobě sice uvedl své přechodné bydliště, nicméně v době jejího podání prokazatelně na této adrese nepobýval, neboť se nacházel ve vydávací vazbě nacházející se v oblasti příslušející pod působnost jiného krajského soudu; oba krajské soudy, jejichž místní příslušnost přicházela do úvahy, tuto popřeli.

³⁴ Nejvyšší správní soud následně v usnesení ze dne 12. 5. 2004, čj. Nad 98/2003-40, rozhodl, že vazební věznice není místem hlášeného pobytu ve smyslu § 77 zákona o azylu.

K posuzování místní příslušnosti lze rovněž poukázat na usnesení rozšířeného senátu ze dne 22. 4. 2004, čj. Nad 138/2003-26, v němž se restriktivním způsobem vyjádřil k institutu vhodné delegace dle § 9 odst. 2 s. ř. s., a to způsobem aplikovatelným nejenom v případech řízení ve věci mezinárodní ochrany. Rozšířený senát zde vyslovil, že k tzv. vhodné delegaci místní příslušnosti nepostačuje sama o sobě změna místa pobytu žalobce, ale naopak k nastolení této výjimečné procesní možnosti je třeba *"přistoupení dalších okolností, v nichž by projednání věci jiným než místně příslušným soudem znamenalo z komplexního pohledu hospodárnější, rychlejší či po skutkové stránce spolehlivější a důkladnější posouzení věci."*

K druhé vymezené otázce, tj. k situacím, kdy stěžovatel podal kasační stížnost u místně nepřislušného soudu,³⁵ se rozšířený senát vyjádřil v usnesení ze dne 18. 12. 2008, čj. 1 Azs 51/2007-55. Odmítl, aby za včasnou a řádně podanou byla považována taková kasační stížnost, která nebyla podána ve lhůtě u krajského soudu, jenž napadené rozhodnutí vydal, případně u Nejvyššího správního soudu. Současně vyloučil právní závěr Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2004, čj. 1 Azs 48/2004 – 56, dle kterého byla lhůta pro podání kasační stížnosti zachována, jestliže nepřislušný soud stihl podání ještě do konce běhu lhůty doručit soudu příslušnému.

Další, v praxi často řešenou otázkou řízení o mezinárodní ochraně, jsou aspekty právního zastoupení žadatelů před správními soudy, a to jak ustanovování právních zástupců ex officio, tak zastupování na základě plné moci. Rozšířený senát se v rozsudku ze dne 21. 12. 2009, čj. 7 Azs 24/2008-141³⁶, zabýval rozsahem § 35 odst. 8 s. ř. s., tedy tím, zda právo na ustanovení zástupce je třeba vykládat jako právo na (jakéhokoliv) zástupce, tak jak toto bylo dosud pojímáno, anebo jako právo na konkrétního zástupce, kterého neúspěšný žadatel o mezinárodní ochranu v návrhu označil. Rozšířený senát se přiklonil k druhé uvedené možnosti, tedy k právu neúspěšného žadatele na ustanovení konkrétního zástupce. Současně však odmítl pojetí tohoto práva jako práva absolutního. Naopak, právo na konkrétního zástupce je nutné korigovat racionalitou a odůvodněností návrhu.³⁷ Ony racionální důvody mohou spočívat např. v situaci, kdy požadovaný právní zástupce žadatele v minulosti již řádně zastupoval nebo je obeznámen, více než jiné osoby, s jeho věcí či s jejími významnými

³⁵ Tzn. u jiného soudu, nežli u takového krajského soudu, který vydal kasační stížností napadené rozhodnutí, nebo Nejvyššího správního soudu.

³⁶ Sedmý senát výslovně rozporoval právní závěry vyslovené v rozsudku šestého senátu ze dne 8. 9. 2005, čj. 6 Ads 64/2005 – 25.

³⁷ Jak výstižně uvádí D. Kosař: „*tento rozsudek nelze vykládat ve stylu "já chci Sokola, dostanu Sokola"*“. Srov. <http://jinepravo.blogspot.com/2009/12/vanocni-soudni-nadilka.html>.

aspekty. Za jistě další takový rozumný důvod lze považovat to, že účastníkem řízení označený zástupce se specializuje na azylové právo a je tak s touto problematikou náležitě obeznámen. Není tedy dána ani absolutní povinnost soudu vždy ustanovit požadovaného právního zástupce; soud je však povinen své rozhodnutí přezkoumatelným a přesvědčivým způsobem odůvodnit.

Pro úplnost lze dále poukázat, že druhým pólem zastupování neúspěšných žadatelů o mezinárodní ochranu, kterým se zabýval rozšířený senát v rozhodnutí ze dne 18. 12. 2008, čj. 8 Azs 16/2007-158³⁸, je chápání rozsahu - formulářové (z větší části předtištěné)³⁹ – plné moci udělené advokátovi k zastupování v řízení o kasační stížnosti, a to za situace, kdy Nejvyšší správní soud napadené rozhodnutí krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Nastalá rozporná otázka spočívala v tom, zda je daný advokát oprávněn žadatele zastupovat i v následném řízení o správní žalobě a tím pádem, s kým je povinen krajský soud v řízení jednat. Rozšířený senát, v souladu se zásadou „ve prospěch zastoupení“ na tuto otázku odpověděl kladně a vyslovil, že „*plná moc udělená advokátovi k tomu, aby účastníka ve všech právních věcech zastupoval před soudy, obsahující též výslovné zmocnění k zastupování v řízení o kasační stížnosti v konkrétní věci, opravňuje advokáta k zastupování v řízení o žalobě podle soudního řádu správního před krajským soudem i poté, kdy původní rozhodnutí krajského soudu bylo ke kasační stížnosti zrušeno.*“

V tomto směru je možné taktéž poukázat na ne vždy jednotnou praxi jednotlivých senátů při určování odměny soudem ustanoveného advokáta ve smyslu § 35 odst. 8 s. ř. s.⁴⁰ Zde se již nejedná o rozpory na poli závazných právních názorů, nýbrž o nejednotný aplikační přístup. Předseda Nejvyššího správního soudu podal pro sjednocení v této oblasti návrh na zaujetí

³⁸ Osmý senát zpochybnil přístup k formulářovým plným mocím, tak jak je pojal čtvrtý senát v rozhodnutí ze dne 23. 3. 2005, čj. 4 Azs 199/2004 – 95.

³⁹ V posuzovaném případě tato velmi obecně koncipovaná plná moc zmocňovala advokáta k tomu, aby žadatele „obhajoval, resp. i ve všech právních věcech zastupoval před soudy, orgány státní správy, podnikatelskými subjekty, a aby vykonával veškeré úkony, přijímal doručované písemnosti, podával návrhy a žádosti, uzavíral smíry a narovnání, uznával uplatněné nároky, neodmítal, jmenoval rozhodce a sjednával rozhodčí smlouvy, to vše i tehdy, když je podle zvláštních právních předpisů zapotřebí zvláštní plné moci. Tuto plnou moc uděluje i v rozsahu práv a povinností podle trestního řádu, občanského soudního řádu a zákoníku práce a jako zvláštní plnou moc k zastupování v řízení o kasační stížnosti proti usnesení Krajského soudu v Brně č. j. 55 Az 758/2003 - 38 ze dne 31. 8.2004“

⁴⁰ Advokáti ustanovováni ex officio jsou nejčastěji, vedle věcí na poli sociálního zabezpečení, ustanovováni právě ve věcech mezinárodní ochrany.

stanoviska plénem⁴¹ podle § § 12 odst. 2, 19 odst. 2 a 20 s. ř. s., ve spojení s § 50 an. jednacího řádu Nejvyššího správního soudu, a to kupř. v otázce přiznání odměny za úkon právní služby spočívající v převzetí a přípravě zastoupení podle § 11 odst. 1 písm. b) advokátního tarifu v případě, kdy advokát pouze převezme usnesení o ustanovení zástupcem, avšak se svým klientem neuskuteční první poradu.⁴²

4. ZÁVĚR

Výsledek činnosti rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu nemá vliv toliko na sjednocení vzešlého rozporu v konkrétní věci, ale rovněž ovlivňuje aplikaci a interpretaci práva v budoucích případech. Slouží tedy nejenom jako vodítko pro rozhodování jednotlivých soudů, ale rovněž i pro samotné správní orgány. Na druhou stranu nelze rozhodnutí rozšířeného senátu automaticky považovat za to „nejzásadnější“, co bylo v konkrétní posuzované materii (zde v azylovém právu) vysloveno, neboť nepochybně zásadní rozhodnutí mohou vzejít i z nerozporuplné, popř. dosud neexistující, prejudikatury, kdy tudíž nebylo v dané otázce co sjednocovat. Jinak řečeno, skutečnost, že byla věc posouzena rozšířeným senátem, sama o sobě nepoukazuje na důležitost a zásadnost zkoumaných právních názorů, ale může signalizovat zejména nekvalitu aplikované právní úpravy či různá možná pojetí interpretace nastolené otázky.

Z výše podaného výčtu rozhodovací činnosti rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu řešícího otázky institutu mezinárodní ochrany plyne, že podstatná část procesně právních aspektů má široké využití, a to nejenom v rámci aplikace zákona o azylu, ale naopak je možné je využít v celé škále otázek přezkoumávaných v režimu správního soudnictví. Žadatelé o mezinárodní ochranu často, byť nechtěně, v podstatě přispívají k „prověřování“ kvality a odhalování nedostatků soudního řádu správního, který by měl být schopen pružně reagovat na nestandardní situace spojené s tím, že žalobce či stěžovatel není již od počátku řízení řádně zastoupen advokátem na základě plné moci, mění místa pobytu, není schopen jednat a komunikovat v českém jazyce, nemá povědomí o řádné podobě opravného prostředku apod.

Na druhou stranu, hmotněprávní otázky předložené před rozšířený senát jsou pak otázkami specializovanými, (interně) zaměřenými výhradně do oblasti mezinárodní ochrany a jednotlivých forem nástrojů ochrany žadatele

⁴¹ K tomu srov. Součková, M.: Prověra rozhodování senátů Nejvyššího správního soudu o náhradě nákladů řízení v agendě kasačních stížností. Správní správo č. 6/2007, str. 403 – 407. Celé znění návrhu je dostupné na http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=60.

⁴² Tato snaha o zajištění jednotného přístupu ovšem (snad prozatím) ustrnula a v současné době se nelze setkat s formalizovanými ucelenými výsledky v podobě požadovaného stanoviska.

před refoulement. Proto jako snad nejvýraznější prvek na tomto poli lze nepochybně označit chápání podstaty rozhodování o zjevně nedůvodných žádostech o mezinárodní ochranu (které jsou v praxi běžně užívaným způsobem rozhodnutí) k dalším institutům azylového práva, zejména institutu doplňkové ochrany, ztělesňující právě pravidlo non-refoulement. Aniž by byl jakkoli předjímán výsledek rozhodnutí v dosud nerozhodnutých věcech, je třeba konstatovat, že aktuální tendence rozšířeného senátu na poli mezinárodní ochrany se vesměs vztahují k zjevně nedůvodným žádostem o mezinárodní ochranu. Tuto skutečnost považují za negativní jev, který současně nastoluje otázku, zda by jednotlivé aspekty rozhodování dle § 16 zákona o azylu neměly být předmětem úvah zákonodárce de lege ferenda.

Literature:

- Kühn, Z. Bobek, M. Polčák, R.: *Judikatura a právní argumentace : teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Vyd. 1. Praha : Auditorium, 2006. 234 s. ISBN 8090378609.
- Kosař, D. [et al.]: *Zákon o azylu – komentář*. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 736. 9788073574765.
- In. Vopálka, V.: *Nová úprava správního soudnictví : soudní řád správní*. Vyd. 1. Praha : ASPI, 2003. 407 s. ISBN 8086395650.
- <http://jinepravo.blogspot.com/2009/12/vanocni-soudni-nadilka.html> [cit. 2010-11-11].
- Nejvyšší správní soud [online]. [cit. 2010-11-11]. Dostupné z: <http://www.nssoud.cz/>.

Contact – email

102839@mail.muni.cz

PŘÍSTUP CIZINCŮ K BEZPLATNÉ ZDRAVOTNÉ PÉČI NA ZÁKLADĚ VEŘEJNÉHO ZDRAVOTNÍHO POJIŠTĚNÍ

JANA KOLÁČKOVÁ

Právnická fakulta, Katedra ústavního práva a politologie

Abstract in original language

Článek se věnuje problematice přístupu cizinců k bezplatné zdravotní péči na základě veřejného zdravotního pojištění a jeho aktuálním problémům.

Key words in original language

Bezplatná zdravotní péče; cizinci; veřejné zdravotní pojištění.

Abstract

The article describes the Czech system of public health insurance of foreigners. It draws attention to actual problematic issues in this field.

Key words

Free health care; foreigners; public health insurance.

Listina základních práv a svobod ve svém čl. 31 zakotvuje právo každého na ochranu zdraví. Stanoví také, že občané mají na základě veřejného zdravotního pojištění právo na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky za podmínek, které stanoví zákon.

1.1 PRÁVO NA OCHRANU ZDRAVÍ

Právo na ochranu zdraví náleží podle tohoto článku každému, tedy nejen občanům, ale i cizím státním příslušníkům. Ochrana zdraví je nezbytným předpokladem existence člověka, úzce souvisí s právem na život (čl. 6 Listiny) a zachováním fyzické a duševní integrity jedince, kterou garantuje čl. 7 Listiny. Speciální normou k čl. 31 je článek 35 Listiny, jež upravuje právo na příznivé zdravotní podmínky; jejich vzájemným pojítkem je pak čl. 41, podle kterého se práv v těchto ustanoveních obsažených lze dovolávat pouze v mezích zákonů, které je provádějí.

Klíma¹ z čl. 31 dovozuje povinnost státu zajišťovat občanům dostatečnou ochranu před faktory ohrožujícími jejich zdraví a veřejnou zdravotní péči. Filip² hovoří o nároku na provádění opatření ke zdravému vývoji každého

¹ Klíma K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, 2. vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 861.

² Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita, Brno, 2004, s. 161.

jedince na území státu, opatření ke snižování potratů, kojenecké úmrtnosti, zajišťování prevence chorob a provádění hygienických opatření, podporu rozvoje tělesné výchovy atd.

1.2 PRÁVO NA BEZPLATNOU ZDRAVOTNÍ PÉČI

Subjektem práva na bezplatnou zdravotní péči a zdravotní pomůcky jsou na rozdíl práva na ochranu zdraví jen občané ČR, a to na základě veřejného pojištění. Účelem tohoto ustanovení je, aby byla zajištěna zdravotní péče pro všechny občany ČR bez rozdílu.³ Listina v čl. 31 garantuje bezplatnou⁴ zdravotní péči pouze občanům, neboť výše finančních prostředků, které jsou pro tento účel vyhrazeny ve státním rozpočtu nejsou neomezené a stát se musí primárně postarat o své občany.⁵ Děje se tak prostřednictvím systému veřejného zdravotního pojištění, který je upraven v zákoně č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů ve znění pozdějších předpisů. Koncepce českého zdravotnického systému vychází z povinnosti zdravotních pojišťoven zajistit svým pojištěncům poskytování zdravotní péče. Tuto povinnost plní zdravotní pojišťovny prostřednictvím zdravotnických zařízení, se kterými uzavřely smlouvu o poskytování a úhradě zdravotní péče. Tento systém by měl zajistit teritoriální dostupnost a kvalitu poskytované zdravotní péče.⁶ Fakticky se však tento režim nevztahuje pouze na občany ČR, ale i na různé skupiny cizích státních příslušníků, kterým Česká republika umožnila přístup do systému veřejného zdravotního pojištění. Seznam těchto skupin cizinců, kteří mohou požívat výhod veřejného zdravotního pojištění, se postupně zvětšuje. Důvody, které vedou resp. vedly k zařazení určité skupiny cizinců na tento seznam se liší, v některých případech je zapotřebí i tlaku (mezinárodních) organizací dohlížejících na dodržování lidských práv.

³ Klíma K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, 2. vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 861.

⁴ Tzv. bezplatnost zdravotní péče se stala předmětem zkoumání Ústavního soudu ve věci Pl. ÚS 1/08, vyhlášeném ve Sbírce zákonů pod č. 251/2008 Sb., kde za použití testu racionality aproboval zavedení regulačních poplatků ve zdravotnictví.

⁵ Klíma K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, 2. vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 861.

⁶ Ústavní soud se k systému zdravotní péče vyjádřil blíže např. v usnesení č. 33/1999 Sb. ÚS (Pl.ÚS 23/98).

1.3 SKUPINY OSOB ZAPOJENÝCH DO SYSTÉMU VEŘEJNÉHO ZDRAVOTNÍHO POJIŠTĚNÍ

V současné době spadají do systému veřejného zdravotního pojištění tyto skupiny osob:⁷

1) Osoby s trvalým pobytem v ČR

Ze zákona je v České republice povinně zdravotně pojištěna každá osoba, která má na území ČR trvalý pobyt, tzn. i cizinec, který má na území ČR povolen trvalý pobyt. Zdravotní pojištění vzniká těmto osobám získáním trvalého pobytu na území ČR a zaniká úmrtím pojištěnce nebo jeho prohlášením za mrtvého nebo ukončením trvalého pobytu na území ČR.

2) Osoby bez povolení k trvalému pobytu v ČR

a) Cizinec ze zemí mimo Evropskou unii (a země Evropského hospodářského prostoru plus Švýcarsko) bez trvalého pobytu je na území ČR účasten veřejného zdravotního pojištění pouze jako zaměstnanec zaměstnavatele, který má sídlo nebo trvalý pobyt na území ČR. Stejně jako nástupy a ukončení zaměstnání ostatních zaměstnanců je zaměstnavatel povinen oznámit zdravotní pojišťovně i vznik a ukončení účasti v nemocenském pojištění zaměstnance, který je cizincem bez trvalého pobytu. Zdravotní pojišťovna vystaví pro tohoto pojištěnce průkaz zelené barvy. Cizinec bez trvalého pobytu má v měsících, kdy není účasten ve veřejném zdravotním pojištění z titulu zaměstnání, možnost uzavřít si smluvní zdravotní pojištění.

b) Cizinec z EU, EHP a Švýcarska bez trvalého pobytu v ČR může být účasten českého veřejného zdravotního pojištění i z jiných důvodů, než je zaměstnání (např. OSVČ vykonávající samostatnou výdělečnou činnost pouze na území ČR, nezaopatření rodinní příslušníci osoby z EU, která v ČR pracuje aj.).

3) Zvláštní případy

V některých zvláštních případech se považují zákonem vymezené skupiny osob za cizince s povoleným trvalým pobytem. Jedná se o:

- azylanty po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu,
- děti, narozené azylantkám po dobu než bude rozhodnuto o azylu nebo jiném druhu pobytu dítěte,

⁷ Zpracováno podle informací uveřejněných na stránkách Všeobecné zdravotní pojišťovny. Dostupní zde: http://www.vzp.cz/cms/internet/cz/Klienti/Zdravotni/Pojisteni_cizincu/, citováno dne 19. 11. 2010.

- cizince svěřené do náhradní výchovy rozhodnutím příslušného orgánu, je-li alespoň jedna fyzická osoba, jíž je cizinec svěřen, přihlášená k trvalému pobytu na území ČR nebo se na území ČR nachází ústav, ve kterém je dítě umístěno,
- děti cizinců od okamžiku narození do právní moci rozhodnutí o povolení pobytu, jde-li o děti rodičů, kteří mají povolen trvalý pobyt a podají v zákonem stanové lhůtě žádost o udělení povolení k pobytu dítěte,
- cizinci požívající dočasné ochrany,
- cizinci, kteří obdrželi rozhodnutí o neudělení azylu, ve kterém byla vyslovena překážka pro vycestování podle zákona o azylu; takovému cizinci udělí Policie vízum k pobytu do 90 dnů, které cizince opravňuje k pobytu na území po dobu 15 pracovních dnů ode dne udělení víza,
- cizinci, kterým bylo uděleno vízum k pobytu nad 90 dnů za účelem strpění pobytu v případech uvedených v § 32 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, ve znění pozdějších předpisů (např. pokud vycestování brání překážka na jeho vůli nezávislá); dobu platnosti víza stanoví Policie na dobu nezbytně nutnou, nejdéle na dobu 1 roku,
- cizinci, kterým bylo uděleno povolení k dlouhodobému pobytu za účelem strpění pobytu, pokud jejich pobyt na území bude delší než 1 rok a trvalí-li důvody, pro které bylo uděleno vízum k pobytu nad 90 dnů za účelem strpění pobytu na území.

1.4 AKTUÁLNÍ PROBLÉMY PŘÍSTUPU CIZINCŮ K BEZPLATNÉ ZDRAVOTNÍ PÉČI

Již po dlouhou dobu upozorňuje veřejný ochránce práv,⁸ ale i nevládní organizace, které se zabývají cizineckou agendou na neuspokojivě řešenou situaci **rodinných příslušníků zaměstnaných cizinců z třetích zemí**. Takoví rodinní příslušníci (typicky manžel, manželka, děti, prarodiče) nemají po dobu pěti let pobytu v ČR přístup k veřejnému zdravotnímu pojištění. Po celou dobu jsou odkázáni pouze na komerční zdravotní pojištění, které nepokrývá celý rozsah zdravotní péče a je smluvní. Pojišťovny nemají povinnost cizince pojistit a v praxi jsou běžně odmítáni starší lidé, nemocní a také cizinci, kterým se např. narodí dítě s vrozenou vadou či závažným onemocněním. Jak správně podotkla zástupkyně ochránce: *„smluvní svoboda nesmí být v rozporu se zásadou rovného*

⁸ Viz například v tiskové zprávě z července 2010, dostupné zde: <http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2010/nerovne-postaveni-cizincu-nemusi-byt-diskriminaci-presto-vyzaduje-reseni/>, citováno dne 19. 11. 2010.

zacházení. Jestliže pojišťovna paušálně uplatňuje pravidlo, podle kterého neuzavírá smlouvy s klienty nad 70 let, jedná se o přímou diskriminaci v přístupu ke službám z důvodu věku“⁹

Dalším negativem komerčního pojištění je, že pojišťovny požadují uhrazení ceny celého pojištění při podpisu smlouvy, aniž by umožňovaly zaplacení ve splátkách. Komerční pojištění je obecně finančně náročně, a pokud ho musí uzavřít celá rodina, např. se třemi dětmi, může se jednat i o částky k řádech desítek tisíc korun. Taková situace staví cizince do nevýhodné situace a může nabádat některé pracovní agentury ke zneužívání.

Tato situace je v rozporu s Aktualizovanou koncepcí integrace cizinců v ČR,¹⁰ která již od roku 2005 upozorňuje na nezbytnost zapojení cizinců do systému veřejného zdravotního pojištění, jako podmínky jejich sociálně-ekonomické integrace. V souladu s touto koncepcí by měl být rodinným příslušníkům cizinců z třetích zemí, kteří dlouhodobě legálně v ČR žijí a pracují, umožněn vstup do systému veřejného pojištění co nejdříve.

Jiným problémem¹¹ zůstává **rozdílné postavení rodinného příslušníka občana EU a rodinného příslušníka ČR** ve vztahu k přístupu do systému veřejného zdravotního pojištění. Cizinec, který je rodinným příslušníkem občana EU, je v České republice v lepším postavení, než cizinec, který je rodinným příslušníkem občana ČR. Typicky se jedná o manžele či manželky. Zatímco rodinní příslušníci občana EU mají po celou dobu pobytu v ČR přístup do systému veřejného pojištění, rodinní příslušníci občana ČR jsou po dobu prvních dvou let odkázáni pouze na komerční pojištění. I když nejde o diskriminaci podle antidiskriminačního zákona, měly by být vnitrostátní předpisy upraveny tak, aby bylo postavení rodinných příslušníků občanů ČR a EU rovnocenné.

Na mezinárodní půdě bylo nejaktuálněji diskutováno téma nedostatečného **přístupu migrantek ke zdravotní péči v ČR**. Při projednávání čtvrté a páté periodické zprávy České republiky o plnění Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen (CEDAW) v říjnu 2010 upozornila Česká ženská lobby na problém migrantek, které nesplňují podmínky pro vstup do systému veřejného zdravotního pojištění a zároveň jim zákon č. 326/1999

⁹ Viz tisková zpráva dostupná zde: <http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2010/nerovne-postaveni-cizincu-nemusi-byt-diskriminaci-presto-vyzaduje-reseni/>, citováno dne 19. 11. 2010.

¹⁰ Oficiální dokumenty týkající se Koncepce integrace cizinců včetně usnesení vlády k jejímu plnění jsou dostupné zde: <http://www.cizinci.cz/clanek.php?id=35&lg=1>. Citováno dne 19. 11. 2010.

¹¹ Opět na ni ukazuje veřejný ochránce práv, např. zde: <http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2010/nerovne-postaveni-cizincu-nemusi-byt-diskriminaci-presto-vyzaduje-reseni/>.

Sb., o pobytu cizinců dává povinnost prokázat, že mají na celou dobu svého plánovaného pobytu uzavřeno (smluvní) zdravotní pojištění (viz výše). Jedná se o ženy, které zatím nedostaly povolení k trvalému pobytu nebo nejsou zaměstnány. Problém se týká i cizinců mužského pohlaví, nicméně tíživěji dopadá na ženy, a to hlavně na ženy těhotné, neboť péče o ně a o novorozence je finančně velmi náročná. Zároveň platí, že pokud žena neprokáže, že má uzavřenou smlouvu o zdravotním pojištění, mohou ji české úřady vyhostit. Do systému veřejného zdravotního pojištění nespádají ani děti, které se těmito migrantkám narodí, ty proto musí uzavřít komerční pojištění i pro ně. Česká ženská lobby ve své stínové zprávě uvedla, že jsou známy případy, kdy soukromé zdravotní pojišťovny odmítly pojistit novorozence se zdravotními problémy.

Výbor pro odstranění všech forem diskriminace žen považoval tvrzení České ženské lobby za závažné, a proto v závěrečných doporučeních vyzval Českou republiku, aby migrantkám ponechal stávající právní status i během mateřské a rodičovské dovolené, tj. aby jim na tuto dobu úřady prodloužily pracovní povolení, a aby byly pokryty zdravotním pojištěním a aby měly přístup ke zdravotní péči:

„33. The Committee recommends that the State party ensure that migrant women retain their legal status when taking maternity and parental leave, i.e. by extending the duration of their work permit for the period of parental leave, that the central and regional labour inspection offices investigate abusive labour practices against migrant women and labour offices provide job counselling and re-qualification to them prior to obtaining permanent residence, and that all migrant women and their children are covered by health insurance and have access to affordable health care services, irrespective of their residence status and employment.“¹²

Jak totiž Výbor správně podotkl, popsaná situace zvyšuje riziko, že tyto ženy budou vystaveny zneužívajícím praktikám v zaměstnání.

Samostatnou kapitolou zůstává **přístup nelegálních migrantů ke zdravotní péči**. Jedná se většinou o tyto skupiny osob:¹³

- osoby, které pobývají v ČR nelegálně a nelegálně tu i pracují;

¹² Celý text Závěrečných doporučení v angličtině dostupný zde: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-CZE-CO-5.pdf>. Neoficiální český překlad je dostupný na stránkách Ligy lidských práv zde: http://www.llp.cz/_files/file/k%20tiskovk%C3%A1m/CEDAW_zaverecna_doporuceni_fin.pdf. Obě stránky navštíveny dne 19. 11. 2010.

¹³ Viz Jelínková, M.: Přístup (ne)legálních migrantů ke zdravotní péči. Článek zveřejněný na serveru www.migraceonline.cz. Dostupné zde: <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=1973899>, citováno dne 19. 11. 2010.

- osoby, které zde obývají legálně a nelegálně tu pracují;
- novorozené děti cizinců s dlouhodobým pobytem do doby, než je jejich rodiče mohou pojistit;
- děti rodičů-cizinců, kteří si nemohou dovolit platit jim zdravotní pojištění (a většinou platí velmi levné pojištění, které pokrývá minimum událostí, nebo jsou pojištěny u fiktivní pojišťovny);
- osoby, které zfalšovaly potvrzení o zdravotním pojištěním nebo jsou pojištěny u pojišťovny, která reálně nefunguje/je fiktivní.

Průzkumy ukazují, že tito lidé mají výrazně odlišné potřeby pokud se týká zdravotní péče, než jaké má majoritní společnost. Jedná se především o zvýšený výskyt pracovních úrazů způsobený nedostatečnou znalostí jazyka a bezpečnostních předpisů u práce, která je často odlišná od původní profese migranta; zvýšený výskyt některých duševních poruch – zvláště posttraumatické stresové poruchy, a dále poruchy adaptační, výskyt některých tělesných chorob v souvislosti se zvýšenou tělesnou i adaptační zátěží a vyšší výskyt některých infekčních a parazitních chorob.¹⁴ Tito lidé jsou nuceni využívat různé legální, ale i pololegální či zcela nelegální strategie, jak se v případě, kdy potřebují zdravotní péči, mají zachovat. Jde především o platbu v hotovosti, využití pojištění známého, využití zfalšované či neplatné karty pojištěnce, vytvoření splátkového kalendáře, absence prostředků a následná úhrada velké části v hotovosti, požádání o azyl nebo požádání o pomoc nevládní organizaci.¹⁵

1.5 ZÁVĚR

Přístup cizinců k bezplatné zdravotní péči na základě veřejného zdravotního pojištění je živou a citlivou otázkou. Nejistota v otázkách přístupu ke zdravotní péči vystavuje cizince značné nejistotě a zabraňuje jejich hladké integraci, která by měla být cílem cizinecké politiky každé země. Zároveň však vždy platí, že objem finančních prostředků, které stát může poskytnout do systému veřejného zdravotního pojištění, je a vždy bude omezený a že úkolem státu je postarat se primárně o vlastní občany. Protichůdnost těchto zájmů je o to markantnější v současné době, kdy vláda v této oblasti navrhuje razantní škrtů i pro vlastní občany. Ekonomické důvody by však nikdy neměly ospravedlnit státem tolerované či aprobované zásahy do práv cizinců žijících u nás.

¹⁴ Tamtéž.

¹⁵ Tamtéž.

Literature:

- Klíma K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, 2. vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 861-862.
- Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita, Brno, 2004, s. 161.
- Jelínková, M.: Přístup (ne)legálních migrantů ke zdravotní péči. Článek zveřejněný na serveru www.migraceonline.cz. Dostupné zde: <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=1973899>, citováno dne 19. 11. 2010.

Contact – email

76867@mail.muni.cz

VEŘEJNOPRÁVNÍ ASPEKTY POSTAVENÍ CIZINCŮ V PRACOVNĚPRÁVNÍCH VZTAZÍCH

JANA KOMENDOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra pracovního práva a
sociálního zabezpečení, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá postavením cizinců v pracovněprávních vztazích a podmínkami legálního výkonu závislé práce cizími státními příslušníky. Státní orgány přijaly celou řadu pravidel, které upravují zejména vznik a skončení pracovněprávních vztahů mezi cizinci a jejich zaměstnavateli, a systém sankcí, jež mohou být uloženy za porušení těchto pravidel. Účelem právní úpravy je zejména ochrana vnitrostátního trhu práce před nekontrolovatelným přílivem pracovní síly ze zahraničí.

Key words in original language

Státní občané; cizinci; osoby bez státní příslušnosti; právo na práci; omezení práva na práci; pracovněprávní vztahy; pracovní poměr; povolení k zaměstnání; povolení k pobytu; uplynutí doby; trest vyhoštění; zrušení povolení k pobytu; nelegální práce.

Abstract

The paper deals with the position of foreigners in employment relations and the conditions of legal performance of dependant work by foreign citizens. The state authorities have adopted number of rules regulating especially establishment and termination of employment relations between foreigners and their employers and system of sanctions that may be imposed for breach of these rules. The purpose of the regulation is protection of the national labour market against multitude of workforce beyond control from abroad.

Key words

State citizens; foreign citizens; stateless persons; right to work; limitation of the right to work; labour relations; employment relationship; work permit; residence permit; expiry of period; punishment of expulsion; withdrawal of residence permit; illegal work.

Úvod

Ačkoli jsou pracovněprávní vztahy považovány za právní vztahy soukromoprávní povahy, je jejich charakteristickým rysem silný veřejnoprávní zásah ze strany státu. Účelem tohoto zásahu je ochrana účastníků pracovněprávních vztahů zejména zaměstnance, který je považován za slabší stranu. Veřejnoprávní zásah ze strany státu nabývá další rozměr ve vztahu k cizím státním příslušníkům, kteří vykonávají nebo chtějí vykonávat závislou práci na území ČR. Pracovněprávní vztahy mezi touto skupinou osob a jejich zaměstnavateli podléhají poměrně striktní regulaci.

Cílem přísnější úpravy v oblasti zaměstnávání cizích státních příslušníků je ochrana vnitrostátního trhu práce před nekontrolovatelným přílivem pracovní síly ze zahraničí. K dosažení tohoto cíle vytváří stát systém pravidel, které upravují zejména podmínky vzniku, změny a skončení pracovněprávních vztahů mezi cizími státními příslušníky popřípadě osobami bez státní příslušnosti a jejich zaměstnavateli, a veřejnoprávních sankcí, které mohou být uloženy za jejich porušení. Tento příspěvek se zaměřuje na ústavněprávní, správně právní a případné trestněprávní souvislosti založení, existence a skončení pracovněprávních vztahů mezi cizími státními příslušníky a jejich zaměstnavateli.

1. ÚSTAVNÍ ZÁKLAD PRÁVA NA PRÁCI

Výkon výdělečné činnosti představuje pro většinu fyzických osob nejen způsob získávání prostředků k zajištění obživy ve formě odměny za práci, ale také možnost účasti v systému sociálním zabezpečení, zejména důchodového a nemocenského pojištění, které je předpokladem hmotnému zajištění v případě sociálních událostí, jakými jsou nemoc, stáří, či invalidita, které výkon výdělečné činnosti znemožňují. Právo na práci patří mezi základní lidská práva stanovená mezinárodními úmluvami, kterými je ČR vázána. Jako příklad lze uvést Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech, nebo Evropskou sociální chartu.¹ Je rovněž garantováno Listinou základních práv a svobod (dále jen Listina), jež je součástí ústavního pořádku ČR.

„Právo na práci je základem pro realizaci ostatních lidských práv a tvoří nedělitelnou a ucelenou součást lidské důstojnosti.“² Tradičně bývá chápáno tak, že zahrnuje jednak právo na práci vlastním jménem a na vlastní odpovědnost, jednak právo na práci pod vedením jiného subjektu, jeho jménem a na jeho odpovědnost. *„Právo na práci je dnes již historickou kategorií, bylo formulováno jako konkrétní sociální požadavek již v průběhu buržoazních revolucí, prošlo složitým vývojem a postupně se měnil jeho význam i obsah až k současnému výrazně humanistickému pojetí.“³*

Jak mezinárodní dokumenty, tak Listina řadí právo na práci mezi sociální práva. Ta sice spolu s občanskými a politickými právy tvoří celek nezadatelných lidských práv, ale ve srovnání s těmito právy se vyznačují

¹ Srov. čl. 6 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech vyhlášeného jako vyhláška ministra zahraničních věcí č. 120/1976 a čl. 1 Evropské sociální charty vyhlášené jako sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 14/2000 Sb.m.s.

² Obecného komentáře č. 18 k čl. 6 Mezinárodního paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech přijatý 24. září 2005, odst. 1.

³ Píchová I. in Galvas, M. a kol. Pracovní právo, 2. aktualizované a doplněné vydání, Brno, Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2004, s. 172.

určitými specifiky. Z hlediska historického vývoje zakotvení lidských práv byla sociální práva uznána mnohem později než občanská či politická práva. Sociální práva se od občanských a politických práv odlišují rovněž tím, že ve většině případů potřebují ke své realizaci aktivní jednání ze strany státu a zakotvují tak určité nároky vůči státu. Proto bývají občanská a politická práva někdy nazývána jako negativní základní práva a sociální práva spolu s hospodářskými a kulturními jako pozitivní základní práva. „*Zakotvení sociálních práv v Ústavě je natolik všeobecné, že z něj není možné vyvodit přímý právní nárok. Bezprostředně však platí pro příslušné státní orgány, které jsou povinné vytvářet základní podmínky pro jejich realizaci.*“⁴ K realizaci sociálních práv je většinou zapotřebí přijetí právních norem nižší právní síly, které konkrétní sociální právo blíže rozvádí a upřesňují.

Velmi závažným důsledkem odlišného pojetí sociálních práv je otázka zakotvení jejich vynutitelnosti, která se odráží i v textu Listiny. Ustanovení čl. 41 taxativně vyjmenovává články Listiny obsahující jednotlivá práva, mezi které patří i právo na práci, jichž se lze domáhat pouze v mezích zákonů, které je provádějí. „*Ustanovení je v první řadě pokynem zákonodárci k tomu, aby práva zaručená Listinou byla konkretizována prováděcím zákonem.*“⁵ Podoba zákona, který dané sociální právo blíže rozvádí, však zároveň stanoví meze jeho vynutitelnosti. „*Vzhledem k tomu, že tato práva jsou povinně zprostředkována zákonem, jakýkoli návrh musí být posuzován prostřednictvím konkrétních vztahů definovaných zákonem.*“⁶

Právo na práci upravené čl. 26 Listiny zahrnuje, jak již bylo uvedeno výše, právo na práci vlastním jménem a na vlastní odpovědnost i právo na práci pod vedením jiného subjektu, jeho jménem a na jeho odpovědnost, tedy právo na zaměstnání. „*Právo na práci je nejčastěji chápáno jako subjektivní právo každého občana na uplatnění vlastních schopností v pracovním procesu prostřednictvím využití své pracovní síly jako souhrnu duševních a fyzických vlastností člověka i právo na získání prostředků k uspokojení svých základních potřeb.*“⁷ Ve vztahu k osobám, které nejsou státními příslušníky ČR, je však toto právo výrazně modifikováno. Listina v čl. 26 odst. 4 výslovně uvádí, že zákon může stanovit odlišnou úpravu pro cizince. Umožňuje tak zákonodárci, aby poskytl ochranu vnitrostátnímu trhu práce

⁴ Barancová, H.: Ústavnoprávní problémy sociálních práv v pracovníprávních vztazích, Bratislava, Vydavateľske oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995, s. 13.

⁵ Klíma, K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s r.o., 2005, s. 988.

⁶ Tamtéž.

⁷ Píchová I. In Galvas, M. a kol.: Pracovní právo, 2. aktualizované a doplněné vydání, Brno, Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2004, s.174.

mimo jiné přijetím opatření za účelem omezení zaměstnávání zaměstnanců ze zahraničí a upřednostnění zaměstnávání státních občanů ČR.

2. VYMEZENÍ CIZINCE PRO ÚČELY PRACOVNĚPRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Právními předpisy, které blíže upravují právo na práci, resp. jeho užší chápání v podobě práva na zaměstnání, jsou zejména zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákoník práce) a zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o zaměstnanosti). Před rozborem jednotlivých veřejnoprávních aspektů postavení cizinců v právních vztazích vznikajících při výkonu závislé práce popřípadě v právních vztazích s výkonem závislé práce souvisejících je nejprve třeba vymezit okruh osob, které jsou pro tyto účely považovány za cizince.

Pokud jde o předpoklady legálního výkonu závislé práce na území ČR fyzickými osobami, které nejsou jejich státními příslušníky, je třeba vycházet ze zákona o zaměstnanosti, který v části čtvrté upravuje zaměstnávání zaměstnanců ze zahraničí. Z ustanovení § 85 lze dovodit, že pro účely zaměstnávání zaměstnanců ze zahraničí se za cizince nepovažuje občan Evropské unie (dále jen EU) a jeho rodinný příslušník. Za cizince se pro uvedené účely nepovažuje rovněž rodinný příslušník občana ČR, který není státním příslušníkem ČR ani jiného členského státu EU. Obdobné postavení jako občané EU požívají pro tyto účely občané ze států Evropského hospodářského prostoru. Výhodnější režim platí rovněž pro občany Švýcarska.

Při vymezení rodinného příslušníka je třeba vycházet z definice uvedené v ustanovení § 15a zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o pobytu cizinců). Jedná se o manžela, rodiče, jde-li o občana EU mladšího 21 let, kterého vyživuje a se kterým žije ve společné domácnosti, dítě mladší 21 let nebo takové dítě manžela občana EU a nezaopatřeného přímého příbuzný ve vzestupné nebo sestupné linii nebo takové příbuzné manžela občana EU.⁸

Ustanovení zákona o pobytu cizinců týkající se rodinných příslušníků občana EU se dle jeho ustanovení § 15a odst. 4 obdobně použijí i na cizince,

⁸ Za nezaopatřenou osobu se v tomto smyslu považuje občanem EU nebo jeho manželem vyživovaný cizinec, který se soustavně připravuje na budoucí povolání nebo který se nemůže soustavně připravovat na budoucí povolání nebo vykonávat výdělečnou činnost pro nemoc nebo úraz, anebo z důvodu dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu není schopen vykonávat soustavnou výdělečnou činnost.

který hodnověrným způsobem doloží, že je příbuzným občana EU neuvedeným výše, pokud ve státě, jehož je občanem, nebo ve státě, ve kterém měl povolen trvalý či dlouhodobý pobyt, žil s občanem EU ve společné domácnosti, je občanem EU vyživovaný, nebo se o sebe z důvodu dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu nedokáže sám postarat bez osobní péče občana EU, anebo má s občanem EU trvalý vztah obdobný vztahu rodinnému a žije s ním ve společné domácnosti. Zákon o pobytu cizinců bere v potaz rovněž institut registrovaného partnerství dvou osob stejného pohlaví, a to v ustanovení § 180f. Pokud je v zákoně o pobytu cizinců uveden pojem „manžel“, „manželství“ nebo „dítě manžela“, rozumí se tím i partner, partnerství, dítě jednoho z partnerů nebo dítě svěřené do péče partnera. Za partnera se pro účely tohoto zákona považuje osoba, která prokáže, že vstoupila do úředně potvrzeného trvalého společenství dvou osob stejného pohlaví.

Všechny uvedené osoby mají v právních vztazích upravených zákonem o zaměstnanosti stejné právní postavení jako občané ČR, pokud tento zákon nestanoví jinak. Pro jiné účely, než je zaměstnávání zaměstnanců ze zahraničí však výše uvedené pojetí nelze použít. Například v souvislosti se skončením pracovního poměru cizince nebo osoby bez státní příslušnosti upraveném v zákoníku práce je třeba vycházet z definice cizince podle ustanovení § 1 odst. 2 zákona o pobytu cizinců, jež za cizince považuje fyzickou osobu, která není státním občanem ČR včetně občana EU.

3. PODMÍNKY PRO VÝKON ZÁVISLÉ PRÁCE CIZINCŮ

V současné době se lze v souvislosti se změnami na trhu práce způsobenými zčásti zvýšenou poptávkou po pracovní síle ze zahraničí v některých odvětvích hospodářství a zčásti nárůstem tzv. ekonomické migrace obyvatelstva stále častěji setkat s případy výkonu práce fyzickými osobami, které nejsou státními příslušníky ČR. Úlohou státu v této oblasti je reagovat na zvýšenou poptávku po pracovní síle ze strany zaměstnavatelů, která nemůže být dostatečně pokryta zaměstnáváním českých státních příslušníků ať už z důvodu nedostatku pracovníků splňujících požadovaná kvalifikační kritéria, nebo z důvodu nedostatku zájmu českých občanů o tato volná pracovní místa, a umožnit tak cizincům výkon práce na území ČR legální cestou. Na druhou stranu je však třeba chránit národní trh práce před nekontrolovatelným přílivem často levnější pracovní síly ze zahraničí. *„Napětí mezi jasně existující nabídkou a poptávkou po levné pracovní síle, kterou migranti představují, a administrativními překážkami ve formě restriktivní migrační politiky a politiky zaměstnávání cizinců vytváří prostor pro vykořisťování těch, kteří v tomto vztahu představují nejslabší článek, a to jsou pracující migranti. Proto je důležité, aby nabídka a poptávka po*

*pracovní síle migrantů byla zohledněna v migrační a sociální politice stejně tak jako v politice zaměstnanosti.*⁹

Pracovněprávní vztahy cizinců, kteří vykonávají závislou práci, a jejich zaměstnavatelů jsou upraveny zákoníkem práce. Postavení cizinců jako zaměstnanců se až na výjimku spočívající ve specifických způsobech skončení pracovního poměru, o kterých bude pojednáno níže, neliší od českých státních občanů. Před vznikem pracovněprávního vztahu, ve kterém dochází k výkonu závislé práce, tedy pracovního poměru nebo pracovněprávního vztahu založeného některou z dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, však musí být u některých skupin cizinců splněna podmínka existence platného povolení k zaměstnání nebo povolení k dlouhodobému pobytu za účelem zaměstnání na území ve zvláštních případech tzv. zelené karty. Ustanovení § 89 zákona o zaměstnanosti výslovně stanoví, že cizinec může být přijat do zaměstnání a zaměstnán jen tehdy, má-li platné povolení k zaměstnání a platné povolení k pobytu na území ČR nebo je-li držitelem zelené karty, pokud tento zákon nestanoví jinak.¹⁰

O povolení k zaměstnání musí cizinec sám nebo prostřednictvím zaměstnavatele, u kterého má být zaměstnán, písemně požádat úřad práce příslušný podle místa, kde má být práce vykonávána. Na udělení povolení k zaměstnání není právní nárok, záleží na správním uvážení úřadu práce, zda jej udělí, či nikoli. Ustanovení § 92 zákona o zaměstnanosti dále stanoví podmínky, za kterých může úřad práce povolení k zaměstnání vydat. Musí se jednat o ohlášené volné pracovní místo ve smyslu ustanovení § 35 zákona o zaměstnanosti, které nelze s ohledem na požadovanou kvalifikaci nebo nedostatek volných pracovních sil obsadit jinak. Při vydávání povolení k zaměstnání úřad práce rovněž přihlíží k situaci na trhu práce. Úřad práce vydá povolení k zaměstnání na dobu, která je v něm uvedena, nejdéle na dva roky.

Povolení k dlouhodobému pobytu za účelem zaměstnání na území ve zvláštních případech tzv. zelená karta je upraveno v ustanovení § 42g zákona o pobytu cizinců. Tento typ povolení k pobytu byl do českého právního řádu zaveden s účinností od 1. ledna 2009. Je vydáváno

⁹ Burčíková P.: Obchodování s lidmi v jiných sektorech, než je sexuální průmysl – problémy a nejasnosti z pohledu La strada ČR, In Sborník z konference Obchodování s lidmi, problematika nucené práce pořádané Ligou lidských práv a Radou Evropy 15.12.2006 v Brně, Brno, Liga lidských práv, Rada Evropy, 2007, s 59.

¹⁰ Pro tyto účely považuje zákon o zaměstnanosti za zaměstnání i plnění úkolů vyplývajících z předmětu činnosti právnické osoby zajišťovaných společníkem, statutárním orgánem nebo členem statutárního nebo jiného orgánu obchodní společnosti pro obchodní společnost nebo členem družstva nebo členem statutárního nebo jiného orgánu družstva pro družstvo.

Ministerstvem vnitra na základě žádosti cizince a opravňuje jej jak k pobytu na území ČR, tak k výkonu zaměstnání po dobu, která je v něm uvedena.

U některých cizinců taxativně uvedených v ustanovení § 98 zákona o zaměstnanosti se povolení k zaměstnání ani zelená karta nevyžadují. Jedná se mimo jiné o cizince s povoleným trvalým pobytem, cizince kterému byl udělen azyl nebo doplňková ochrana, zaměstnance v mezinárodní dopravě, pokud je k výkonu práce na území ČR vyslán svým zaměstnavatelem, zaměstnance akreditovaného v oblasti mezinárodních sdělovacích prostředků, cizince, který vykonává na území ČR soustavnou vzdělávací nebo vědeckou činnost jako pedagogický pracovník nebo akademický pracovník vysoké školy nebo vědecký, výzkumný nebo vývojový pracovník veřejné výzkumné instituce nebo jiné výzkumné organizace, cizince, který získal střední nebo vyšší odborné vzdělání nebo vyšší odborné vzdělání v konzervatoři podle školského zákona nebo vysokoškolského zákona podle zákona o vysokých školách či cizince, který se na území ČR soustavně připravuje na budoucí povolání.¹¹

4. SANKCE ZA NESPLNĚNÍ ZÁKONEM STANOVENÝCH PODMÍNEK PRO ZAMĚSTNÁVÁNÍ CIZINCŮ

Pokud dojde k uzavření pracovní smlouvy popřípadě některé z dohod o práci konané mimo pracovní poměr s cizincem bez povolení k zaměstnání nebo zelené karty nebo v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo zelenou kartou, ačkoli zákon o zaměstnanosti tyto dokumenty vyžaduje, je tento právní úkon v rozporu se zákonem. Tato skutečnost však neznamená, že by pracovní poměr nebo právní vztah založený dohodou o práci konané mimo pracovní poměr nemohl vzniknout. Rozpor právního úkonu se zákonem, v tomto případě rozpor právního úkonu upraveného zákoníkem práce se zákonem o zaměstnanosti, má totiž vzhledem k ustanovení § 20 zákoníku práce za následek jeho relativní neplatnost. Ačkoli se tedy jedná o právní úkon, který se svým účelem přičí zákonu, považuje se za platný, jde-li o důvod jeho neplatnosti, pokud se ten, kdo je takovýmto úkonem dotčen neplatnosti nedovolá. Kromě toho ustanovení § 20 zákoníku práce vylučuje, aby se neplatnosti právního úkonu dovolal ten, kdo ji sám způsobil. Původní znění ustanovení § 20 zákoníku práce rozlišovalo absolutní a relativní neplatnost právních úkonů.¹² Toto pojetí neplatnosti právních úkonů však

¹¹ Soustavnou přípravou na budoucí povolání se ve smyslu ustanovení § 5 písm. d) zákona o zaměstnanosti rozumí doba denního studia na střední škole, konzervatoři, vyšší odborné škole a jazykové škole s právem státní jazykové zkoušky a doba prezenčního studia na vysoké škole, a to včetně prázdnin, které jsou součástí školního nebo akademického roku.

¹² Případy absolutní neplatnosti se však netýkaly důvodu, pro který by měl být právní úkon neplatný, nýbrž následkům, které měl vyvolat. Jednalo-li se o právní úkon vedoucí k založení pracovního poměru nebo dohodu o práci konané mimo pracovní poměr, způsobovala vada právního úkonu jeho absolutní neplatnost.

bylo s účinností k 14.4.2008 zrušeno nálezem Ústavního soudu ze dne 12.3.2008, kterým se ruší některá ustanovení zákoníku práce.¹³

Pokud jde o úpravu neplatnosti právních úkonů podle zákoníku práce výhradně jako neplatnosti relativní dospěl Ústavní soud k závěru, že: „Uplatnění absolutní neplatnosti právních úkonů směřujících ke vzniku základních pracovněprávních vztahů by ve svém důsledku znamenalo aprobaci existence tzv. faktických pracovních vztahů, protože absolutně neplatný právní úkon nemůže platný právní vztah založit. Je proto z i hlediska sociální a právní jistoty účastníků třeba ponechat i zde neplatnost relativní; ta na jedné straně umožní účastníkům dovolat se neplatnosti takového právního úkonu, na druhé straně však - není-li neplatnost uplatněna - existuje zde (i přes vady právního úkonu) základní pracovněprávní vztah, který poskytuje jeho účastníkům dostatečnou právní ochranu.“¹⁴

Právní úkon vedoucí k uzavření pracovněprávního vztahu s cizincem bez povolení k zaměstnání, zelené karty nebo v rozporu s povolením k zaměstnání či zelenou kartou tedy není zákoníkem práce postižen neplatností, nicméně výkon závislé práce v takovémto pracovněprávním vztahu naplňuje znaky nelegální práce ve smyslu ustanovení § 5 písm. e) bod 2 zákona o zaměstnanosti. Výkon nelegální práce uvedeným způsobem je považován za obzvláště nežádoucí. „Přísun pracovních sil formou nelegální migrace deformuje pracovní trh a podvazuje snahu o účinnou regulaci pracovní migrace. Nelegální migranti představují též nezanedbatelné bezpečnostní riziko, a to nejen z hlediska trestné činnosti, ale též pro systém prevence před sociálními riziky, jako je nemoc, nedostatek příjmů či negramotnost.“¹⁵ Právní úprava proto stanoví poměrně přísné sankce zejména pro subjekty, jež výkon nelegální práce umožňují nebo zprostředkují. Fyzická osoba, která umožní výkon nelegální práce, se dopouští přestupku ve smyslu ustanovení § 139 odst.1 písm. d) zákona o zaměstnanosti, za což jí může být udělena pokuta až do výše 500 000 Kč. Právnícká osoba nebo podnikající fyzická osoba, která umožní výkon nelegální práce, se dopouští správního deliktu ve smyslu ustanovení § 140 odst. 1 písm. c) zákona o zaměstnanosti, za což jí může být udělena pokuta ve stejné výši. Pokud takovýto subjekt zprostředkuje zaměstnání bez povolení nebo jiným způsobem poruší při zprostředkování tento zákaz nebo dobré mravy, dopouští se správního deliktu dle ustanovení § 140 odst. 1

¹³ Tento nález byl vyhlášen ve Sbírce zákonů pod č. 116/2008.

¹⁴ Nálež Ústavního soudu ze dne 12.3.2008, který se ruší některá ustanovení zákoníku práce, k § 20, odst. 227.

¹⁵ Štefko, M.: Výkon závislé práce nelegálními migranty a s tím spojené právní důsledky, Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2010, Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno, s. 123.

písm. b) zákona o zaměstnanosti, za což mu může být udělena pokuta až do výše 2000 000 Kč.

V souvislosti s výkonem nelegální práce nelze opomenout rovněž trestněprávní souvislosti. Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen trestní zákoník) upravuje v ustanovení § 342 trestný čin neoprávněného zaměstnávání cizinců. Naplnění jeho skutkové podstaty se dopustí ten, kdo ve větším rozsahu neoprávněně zaměstná nebo zprostředkuje zaměstnání cizinců zdržujících se neoprávněně na území ČR, nebo kdo ve větším rozsahu neoprávněně zaměstná nebo zprostředkuje zaměstnání cizinců, kteří nemají platné povolení k zaměstnání podle jiného právního předpisu. „*V tomto případě jde o nový trestný čin, který je promítnutím evropské legislativy, jejímž cílem je zabránit napomáhání k nedovolenému vstupu, tranzitu a pobytu na území označeném jako schengenský prostor.*“¹⁶

Kromě subjektů, které zaměstnávají nebo zprostředkovávají zaměstnání nelegální formou, stanoví právní úprava postih, i když v mírnější formě, rovněž pro cizí státní příslušníky nebo osoby bez státní příslušnosti, jež takovouto práci vykonávají. Uvedené fyzické osoby se podle ustanovení § 139 odst. 1 písm. c) dopouštějí přestupku výkonu nelegální práce, za což jim může být uložena pokuta do výše 10 000 Kč. Pokud cizinec povolení k zaměstnání má, ale vykonává práci v rozporu s tímto povolením, může mu úřad práce již vydané povolení k zaměstnání odejmout. Trestněprávní postih osob vykonávající nelegální práci právní předpisy neupravují.

5. SKONČENÍ PRACOVNĚPRÁVNÍHO VZTAHU CIZINCE

Specifické předpoklady, které právní úprava pro zaměstnávání cizinců vyžaduje, se promítají i do právní úpravy skončení pracovního poměru cizince popřípadě osoby bez státní příslušnosti. Skončení pracovního poměru způsobuje zánik většiny práv a povinností, které tvoří jeho obsah. Zaniká především povinnost zaměstnance konat pro zaměstnavatele práci a jí odpovídající právo zaměstnavatele od zaměstnance výkon práce požadovat. Skončení pracovního poměru podléhá poměrně striktním pravidlům. Pracovní poměr může skončit pouze způsobem, který je výslovně uveden v zákoně, respektive pouze na základě právní skutečnosti, se kterou právní úprava tento následek spojuje. Jejich taxativní výčet je uveden v ustanovení § 48 zákoníku práce. Jedná se o dohodu, výpověď, okamžité zrušení, zrušení ve zkušební době, uplynutí doby, na kterou byl pracovní poměr sjednán, smrt zaměstnance a ve stanovených případech i smrt zaměstnavatele, který je fyzickou osobou. U cizinců nebo osob bez

¹⁶ Fenyk, J. a kol.: Trestní zákoník a trestní řád - průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou 1. díl, Praha, Linde, 2010, s. 1172.

statní příslušnosti může dojít ke skončení pracovního poměru kromě výše uvedených způsobů rovněž

1. Dnem, kdy nabytí právní moci rozsudek ukládající těmto osobám trest vyhoštění z území ČR,
2. Dnem, kdy má skončit jejich pobyt na území ČR podle vykonatelného rozhodnutí o zrušení povolení k pobytu,
3. Uplynutím doby, na kterou bylo vydáno povolení k zaměstnání nebo zelená karta.

V prvních dvou uvedených případech končí pracovní poměr na základě úředního rozhodnutí. Jedná se o rozhodnutí orgánů státní správy týkající se jiných oblastí, nicméně zákoník práce s nimi spojuje rovněž zánik soukromoprávního vztahu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem. Jedním z těchto úředních rozhodnutí je rozsudek soudu v trestní věci ukládající fyzické osobě trest vyhoštění. „*Bezprostředním účelem trestu vyhoštění je zabránit pachateli v páchání další trestné činnosti na území republiky, pokud z jeho strany hrozí nebezpečí lidem majetku nebo jinému obecnému zájmu.*“¹⁷ Tento trest je upraven v ustanovení § 80 trestního zákoníku. Soud jej může uložit ve výměře od jednoho roku do deseti let, anebo na dobu neurčitou s přihlédnutím k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu, možností nápravy a poměrům pachatele a ke stupni ohrožení bezpečnosti lidí, majetku nebo jiného obecného zájmu. „*Vyhoštěním se rozumí odnětí práva cizinců na další pobyt na území ČR a jeho fyzické přemístění na území cizího státu nebo jeho předání příslušným orgánům jiného státu.*“¹⁸ Pro skončení pracovního poměru je rozhodující den nabytí právní moci rozsudku, který ukládá cizinci trest vyhoštění, skutečnost, zda dojde k jeho vykonání či nikoli, již v této souvislosti není relevantní.

Druhým z úředních rozhodnutí, která mají za následek skončení pracovního poměru cizince popřípadě osoby bez státní příslušnosti, je rozhodnutí o zrušení povolení k pobytu. To vydává Ministerstvo vnitra z důvodů uvedených v zákoně o pobytu cizinců pro daný typ povolení k pobytu. V rozhodnutí určí Ministerstvo vnitra lhůtu, ve které je cizince povinen vycestovat z území ČR. Pracovní poměr cizince končí posledním dnem této lhůty. Uvedený způsob skončení pracovního poměru lze považovat za ochranu zaměstnavatele, neboť cizinec, jemuž bylo zrušeno povolení k pobytu, nemá právo legálně pobývat na území ČR, čímž zároveň ztrácí základní předpoklad, který je stanoven zákonem o zaměstnanosti, pro legální výkon práce na území ČR.

¹⁷ Kratochvíl, V. a kol.: Trestní právo hmotné, obecná část, Brno, Masarykova univerzita, 2002, s. 432.

¹⁸ Kuchta, J.: Vyhoštění - komentář, ASPI, komentář ze dne 5.10.1999, [cit. 3.11.2010].

Posledním ze specifických způsobů skončení pracovního poměru cizince nebo osoby bez státní příslušnosti je uplynutí doby, na kterou bylo vydáno povolení k zaměstnání nebo zelená karta. Pracovní poměr v tomto případě končí na základě právní události, kterou je uplynutí času. Rovněž tento způsob skončení pracovního poměru představuje prostředek ochrany zaměstnavatele, neboť pracovní poměr končí ze zákona uplynutím doby, aniž by zaměstnavatel musel činit právní úkony vedoucí k jeho rozvázání.

„Z povahy ustanovení § 48 zákoníku práce vyplývá, že se od něho nelze v žádném případě odchýlit ve smyslu § 2 odst. 1 zákoníku práce.“¹⁹ Není tedy možné použít jiných způsobů skončení pracovního poměru než těch, které jsou uvedeny v zákoně. Zároveň ale není možné vyloučit právní účinky výše uvedených úředních rozhodnutí a právní události. Pokud by například zaměstnanci, který je cizincem, byla doručena výpověď a v průběhu výpovědní doby by nabyl právní moci rozsudek ukládající tomuto cizinci trest vyhoštění, skončil by pracovní poměr na základě této skutečnosti ještě před uplynutím výpovědní doby. Povaha ustanovení § 48 rovněž nepřipouští, aby smluvní ujednáním, kterým by se strany odchýlily od specifických způsobů skončení pracovního poměru cizince, například formou uzavření dohody o rozvázání pracovního poměru, v níž by bylo datum skončení pracovního poměru sjednáno na den, jenž by následoval po uplynutí doby, na kterou bylo vydáno povolení k zaměstnání, vyloučily uvedené způsoby skončení pracovního poměru. Na závěr je třeba zdůraznit že specifické způsoby skončení pracovního poměru cizinců nebo osob bez státní příslušnosti nelze vzhledem k ustanovení § 77 odst. 1 písm. d) zákoníku práce aplikovat na pracovněprávní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr.

Závěr

Přestože právo na práci patří mezi základní lidská práva, je toto právo významným způsobem omezeno vůči osobám, které nejsou občany ČR. V průběhu několika posledních let byly podmínky pro legální výkon zaměstnání na území ČR zmírněny zejména rozšířením okruhu cizinců, u kterých není povolení k zaměstnání vyžadováno, prodloužením doby, na kterou lze povolení k zaměstnání vydat, a zavedením zelených karet, zaměstnávání cizinců však stále podléhá poměrně přísným pravidlům. V současné době se hlavní pozornost zaměřuje na boj proti nelegálnímu zaměstnávání cizinců. Kromě stanovení sankcí ve formě pokut, jež mohou být uloženy oběma účastníkům pracovněprávního vztahu, byla do českého právního řádu zavedena nová skutková podstata trestného činu neoprávněného zaměstnávání cizinců.

¹⁹ Jakubka, J.: Skončení zaměstnání racionálně a bez emocí, ASPI, výklad ze dne 15.6.2010 [cit. 14.11.2010].

Literatre:

- Barancová, H.: Ústavnoprávne problémy sociálnych práv v pracovnoprávných vzťahoch, Bratislava, Vydavateľske oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995; 113 s., ISBN 8071600687;
- Bělina, M. a kol.: Zákoník práce - komentář, 2. vydání, Praha, C-H-Beck, 2010, 1123 s., ISBN 9788074003172;
- Burčíková, P.: Obchodování s lidmi v jiných sektorech, než je sexuální průmysl – problémy a nejasnosti z pohledu La strada ČR, In Sborník z konference Obchodování s lidmi, problematika nucené práce pořádané Ligou lidských práv a Radou Evropy 15.12.2006 v Brně, Brno, Liga lidských práv, Rada Evropy, 2007, 88 s., ISBN 9788090347328;
- Fenyk, J. a kol.: Trestní zákoník a trestní řád - průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou 1. díl, Praha, Linde, 2010, 1317 s., ISBN 9788072018024;
- Galvas, M. a kol.: Pracovní právo, 2. aktualizované a doplněné vydání, Brno, Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2004, 671 s., ISBN 8021035587;
- Jakubka, J.: Skončení zaměstnání, racionálně a bez emocí, ASPI výklad ze dne 15.6.2010, [cit. 14.11.2010];
- Klíma, K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s. r.o., 2005, 1019 s., ISBN 808689844X;
- Kuchta, J.: Vyhoštění - komentář, ASPI komentář ze dne 5.10.1999, [cit. 3.11.2010];
- Kratochvíl, V. a kol.: Trestní právo hmotné, obecná část, Brno, Masarykova univerzita, 2002, ISBN 8021029854;
- Nález Ústavního soudu ze dne 12.3.2008, kterým se ruší některá ustanovení zákoníku práce, publikován pod č. 116/2008;
- Obecný komentář č. 18 k čl. 6 Mezinárodního paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech přijatý 24. září 2005;

- Steinichová, L. a kol.: Zákon o zaměstnanosti - komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2010, 293 s., ISBN 9788073575014;
- Štefko, M.: Výkon závislé práce nelegálními migranty a s tím spojené právní důsledky, Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2010, Masaryková univerzita, Právnická fakulta, Brno, 8 s. ISSN 12109126.

Contact – email

Jana.Komendova@law.muni.cz

DUAL CITIZENSHIP IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL, EUROPEAN AND CONSTITUTIONAL LAW

ANDRÁS PÜNKÖSTY

Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Science,
Department of European Law and Public International Law, Budapest

Abstract

This paper outlines the recent changes of the approach concerning dual or plural citizenship from the perspectives of international, European as well as constitutional law. The examination relies on rather diverse viewpoints dealing with variant subject matters. Recently, the concept of dual nationality has undergone significant changes. However, no common understanding thereof has been achieved so far. The present paper will first examine and draw up a brief overview of the development of the concept of dual nationality, in the context of international law with special regard to the human rights doctrine. As a second step an analysis and assessment is presented in relation to the potential influence of the European law regarding the legal feature of dual citizenship. Finally, an evaluation gives a brief overview of the law-making process that has occurred recently in certain states of Central- and Eastern Europe.

Key words

Dual citizenship; international law; European law; human rights.

It is necessary to clarify the terminologies used in the above context. In the literature, *nationality* is used as the international legal definition, which has to be clearly distinguished from the constitutional legal terminology of *citizenship*. The topic of *ethnicity* falls out of the scope of our discussions. Despite the direct link between the two above-mentioned concepts – since today the group of *nationals* and that of *citizens* are generally considered identical – they do not mean the same thing. The former one is a mechanism devised by the international community to assign individuals to a given state and it has little to do with rights accorded directly to individuals. Although at international level the scope of rights are limited like diplomatic and consular protection. Accordingly, collision of rights, which are designated to the states, may occur in this area at this level, when more than one state claims to exercise the protection over an individual. This happens especially when the individual holds the nationalities of the conflicting states. However, it is a clear principle of international law that consular protection of the sending state may be performed only with the consent of the receiving state. On the other hand, citizenship is determined by the scope and quality of the rights it entails within a given territory. This is basically a constitutional legal phrase. Thus, whilst nationality is used to define the

bond between an individual and a state at international level, citizenship determines the internal content of that bond.¹ In certain cases, the two concepts may be separated from each other, as for instance instate the international law recognises someone as a national, but it does not grant him the rights of a citizen, or on the contrary, when a state treats someone as a citizen but the international law does not recognises this relationship.² There are examples for both cases: for the first, the status of former British Commonwealth citizens could be mentioned, while for the second, the well-known Nottebohm case is a case in point.³ Conflicts may arise from plural citizenship, as it can confer conflicting rights and obligations in respect of different states (military service, social benefits, voting rights, etc.) The basic question to be answered in order to dissolve the possible conflict is whether rights and obligations are the subject of severance or not. Habitual residence is a plausible reference point for the separation (i.e. citizens are entitled to certain rights and obligations, without being effected by other citizenship relation, if habitual residence is located there.) However, the German Bundesverfassungsgerricht (Federal Constitutional Court) took the position that this status [nationality as a gateway to citizenship] cannot be parcelled out gradually, but [instead] always represents a decision about “all or nothing”.⁴

Dual nationality in international law: from the evil until recognition as a human right?

In the early 20th century, dual nationality was treated by international law as a phenomenon that is better to avoid and advised to fight against. Thus, when national status was the sole link, embodying loyalty and protection between the individual and the state at international level, it was appropriate for each individual to have only one nationality.⁵ At the Hague conference of the Codification of Conflict of Nationality Laws in 1930, there was made a reference to the desired ideal state of the “abolition of all cases of the statelessness and double nationality “. The framework of the legal context has become definitely more complex. The complexity of international relations stemming from the huge number of bi- and multilateral agreements and the practices to transfer of certain state powers on international organisations have resulted in the transformation of even such doctrines as state sovereignty, as well as the link between the individual and the state.

¹ Enikő Horváth, *Mandating identity*, 2008, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 4.

² Jakab András (ed), *Az alkotmány kommentárja II.*, 2009, Budapest, pp. 2439.

³ Ibid.

⁴ Enikő Horváth and Ruth Rubio-Marín: “*Alles oder Nichts*”? *The outer boundaries of the German citizenship debate*, I●CON, International Journal of Constitutional Law, New York, Vol. 8. (2010) No.1. p. 73.

⁵ Ruth Donner, *Dual nationality in Internatinal Law*, 2006, Acta Juridica Hungarica, Vol. 47, No. 1. pp. 16.

In recent years, it become more common for the countries to acknowledge the status of dual nationality, while recognising that their nationals may also possess the nationality of an another state. Also, one does not lose one's nationality by operation of law when acquiring another one. Likewise, the expatriation mechanism connoted the practice applied earlier, when a woman acquired the nationality of her husband by marriage.⁶ There are examples of this acceptance-orientated law-making process in Europe. According to Enikő Horváth's study in 2007, there were 22 states in Europe that generally allowed plural nationality, 19 that allowed it in a restrictive way, and 6 countries that expressly prohibited it.⁷ New, more permissive laws have been adopted, among others, in Spain (2002), Finland (2003), Ireland (2002), Iceland (2003), Malta (2002), Armenia (2007), and Romania (1991, 2007).⁸ There are some examples also outside Europe, for instance, Mexicans naturalized in the United States have also been able to retain their Mexican nationality since 1998.

The recent acceptance of dual national status in national law has resulted in a renewed interest in dual nationality as a sociological factor, and as a research topic within political science. Also, an actual concern is as to how far modern developments in human rights law are relevant to the topic in question.⁹ Very recently, a symposium there has been organised by NYU Law School, where highly interesting distributions have been released regarding this topic. Peter J. Spiro analysed the arguments of a novel claim that dual (and plural) citizenship should be protected as a human right. He admits that "there is growing evidence from the state practice that dual citizenship is appropriately situated in a human rights framework".¹⁰ The basis of his argumentation reflects the concept of freedom of association and liberal autonomy values. In this respect, the right to maintain plural citizenship is derived from the concept of citizenship as an identity matter and as a form of association. Spiro observes that citizenship comprises both a form of association and a vehicle for individual identity. On the other hand, citizenship is necessary to pursue political rights of self-government. Basically, the individual interests are at the core of the rights, which should be unattached by the liberal state. The liberal state has nothing to do with obstructing alternate national ties in the absence of compelling interest. That interest existed to the extent that dual nationality destabilized interstate relations which were mainly understood in a historical framework. Spiro

⁶ Ruth Donner, *Dual nationality in Internatinal Law*, Acta Juridica Hungarica, 2006, Vol. 47, No. 1. pp. 16.

⁷ Enikő Horváth, *Mandating identity*, 2008, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 240.

⁸ *ibid.*

⁹ Ruth Donner, *Dual nationality in Internatinal Law*, Acta Juridica Hungarica, 2006, Vol. 47, No. 1. pp. 16.

¹⁰ Peter J. Spiro: *Dual citizenship as human right* I●CON, International Journal of Constitutional Law Vol. 8. (2010) No.1. pp.111.

admits that if the incidence of the dual citizenship is constrained by legal instruments, it may pose unjustifiable burdens to the existence of political rights. According to him, there is no more such a risk (if any) today, which could justify the suppressing of the status of plural citizenship. However, in his contribution, Spiro makes reference to the “complex cases” articulated by Bauböck, who argues that extending citizenship of a kin state to trans-border minorities is a “different matter” to the extent that is affecting “clearly demarcated” territorial jurisdictions.¹¹ Two main objections may be addressed against the plural citizenship being positioned in the framework of the human rights doctrine. Firstly, as the consequence of the plural citizenship, the equality will injure within the political community, and on the other hand, it undermines state solidarity. Sipro refuses these concerns. The arguments are supported by institutional logic, and while no one can be resident in two states, his power is more formal similar to the others’. However, Spiro admits that acquiring double citizenship in an extraordinary volume may dilute solidarity.¹² It is interesting to note that Spiro does not use the term “nationality” while supporting the recognition of the concept of double citizenship, but he uses the term “citizenship” on purpose, which is used mainly referring to the constitutional legal framework in each state.

Plural citizenship as being a contender to European citizenship?

The basic inspiration of European Union citizenship, which was introduced in the Treaty on the European Union in Maastricht, arises from the repeatedly mentioned question: how to bring ‘citizens closer to the European design and European institutions?’¹³ The development of the concept cannot be understood without estimating the legal, political and psychological aspects. The provision of the Treaty in Maastricht stipulates that “this treaty marks a new stage in the process of an ever closer union among the *peoples* of Europe”. Professor Weiler ascribes a deep meaning to this plural case, hence “not the creation of one people, but the union of many”.¹⁴ In his understanding, this wording describes authentically the affective crisis of the European citizenship. The citizenship clause in the Maastricht Treaty was provided as follows: “Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union.” The Amsterdam Treaty, however, modified the clause by adding the phrase: “citizenship of the Union shall complement and not replace national citizenship”. The citizenship regulation was renewed at the time of drafting the Constitutional Treaty, but finally the Lisbon Treaty formulates that “Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall

¹¹ *ibid.* pp.121.

¹² *ibid.* pp. 126.

¹³ Laeken declaration, Laeken 14 and 15, December 2001.

¹⁴ *The Constitution of Europe: J. H.H. Weiler* Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 327

be additional to and not replace national citizenship". Nevertheless, the rights and duties attached to EU citizenship found in both TEU and TFEU, showing the signs of constitutional conceptualization of EU citizenship and a tendency to make a direct link between EU citizens and their political representation on EU level. In its jurisprudence, the ECJ is putting more emphasis to recognise fundamental rights attached to the European citizenship only if it is supported by economic reasons, derived mainly from worker, or work-seeker status (i.e. Baumbast, Collins). After all, there is no common understanding that the development of the European citizenship may ever replace the national citizenship. In addition, the regulation regarding the national citizenship status remained at a national level. The ECJ does not indicate any willingness to intervene, as long as national regulation is in conformity with the non-discrimination practice in connection with the worker status.

Recent changes of the citizenship acts in Central Europe

There are certain instruments of constitutional law that aim at supporting national identity. Firstly, there are the so called "status laws". In the framework of status laws, the state offers rights to the individuals, who are not the citizens of the state, and are not legible to acquire the citizenship. For example, from 2008 Poland issues a "Polish card" to the Polish nationals outside the country. The other feature of the constitutional law is the granting of citizenship under easier conditions. Article 18 of the Citizenship Act of the Serbian Republic stipulates: "An emigrant and his *descendant* can be admitted to citizenship of the Republic of Serbia if they are 18 and if they are not deprived of working capacity and if they submit a *written statement* that they consider the Republic of Serbia their own state." The Romanian legislation is even more liberal regarding double citizenship. The Article 11 (1) on Romanian Citizenship Act No. 21/1991 stipulates "Persons who have acquired Romanian citizenship by birth or adoption and have lost it for reasons that are *not imputable* to them or whose Romanian citizenship has been withdrawn against their will, as well as their *descendants to the third degree*, may apply for reacquisition of Romanian citizenship or it may be granted to them, and they may keep their foreign citizenship also, and either establish their domicile in Romania or *keep their domicile abroad (...)*". The recent amendment of the Hungarian citizenship act basically follows the line of the Romanian legislation.

Closing remarks

This article tried to outline the feature of double citizenship from three different points of view. Firstly, it discussed the concept from the international legal point of view. It is important to distinguish the definitions of nationality, citizenship, and ethnicity. The paper made a short summary regarding the development of the concept of dual nationality, and the very recent discussion that plural citizenship should be accepted as a human right. Also, the article examined implications of the European law. Finally,

there have been some examples of the legislature cited that support the concept of plural nationality as an instrument of maintaining national identity. It is necessary to add that any such intention is acceptable under mutual understanding and cooperation.

Literature:

- Enikő Horváth, *Mandating identity*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 9789041126627
- *Rights and duties of dual nationals*, Kluwer Law International, David A. Martin and Kay Hailbronner (eds.), The Netherlands, 2003, 90-411-1932-9
- J.H.H. Weiler, *The constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 0521 584736
- *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe*, Berghahn Books, Randall Hansen and Patric Weil (eds), 2002, 1-57-181-804-9
- Peter J. Spiro, *Dual citizenship as human right*, I●CON, International Journal of Constitutional Law, New York, Vol. 8. (2010) No.1.
- Liav Orgad, 'Cultural Defence' of Nations, *Cultural Citizenship in France, Germany and the Netherlands*, European Law Journal, Vol. 15, No.6, November 2009, pp. 719-737.
- Editorial comments, *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty close the gap?*, Common Market Law Review, Kluwer Law International, The Netherlands 2008 45: 1-11, 2008
- Annette Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: any change at all?*, Maastricht Journal of European Comparative Law, 2008, Vol. 15, No.1
- Enikő Horváth and Ruth Rubio-Marín: "Alles oder Nichts"? The outer boundaries of the German citizenship debate, I●CON, International Journal of Constitutional Law, New York, Vol. 8. (2010) No.1.

- Az Alkotmány Kommentárja, Jakab András (ed), Századvég Kiadó, 2009, Budapest, 978 963 7340 16 1
- Ruth Donner, Dual Nationality in International Law, Acta Juridica Hungarica, Budapest, Akadémiai Kiadó, 2006, 47, No. 1, pp. 15-25.

Contact – email

punkosty@jak.ppke.hu

POROVNANIE ŠPANIELSKÉHO A SLOVENSKEHO AZYLOVÉHO ZÁKONA V KONTEXTE POSLEDNÝCH NOVELIZÁCIÍ

SOŇA RAKUŠANOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika, Košice, SR

Abstract in original language

Tento článok bude porovnávať problematiku azylového práva Španielskeho kráľovstva a Slovenska v kontexte novelizácií zákonov o azyle. Novelizácie prebehli v dôsledku potreby harmonizovať právne poriadky členských štátov prostredníctvom smerníc. Tak sa zabezpečí vznik Spoločného európskeho azylového systému v Európskej únii.

Článok má predstaviť inštitút azylu vo všeobecnosti, právnu úpravu v medzinárodnom a európskom meradle a následne porovnať úpravy jednotlivých štátov. Cieľom je preskúmať príčiny týchto rozdielov poprípade zistiť postup krajín pri odstránení nedostatkov.

Key words in original language

Azylové právo; harmonizácia; CEAS; španielska azylová politika; zákon o azyle; porovnanie.

Abstract

This article is going to compare asylum policy of Spanish kingdom and Slovak republic in context of the revision of statuses about asylum. Revisions were made due to demand of harmonization member countries' legal order through the directives. This way can be secured creation of the Common(United) European asylum system in European Union.

The article introduces an institution of asylum in general, legal regulation in international and European criterion and consequently compares legal regulations of each state. The main goal is to explore reasons of differences or find out techniques of the countries that try to get rid of the imperfections.

Key words

Asylum law; harmonization; CEAS; Spanish asylum policy; asylum act; comparison.

Úvod

Španielsko sa vďaka svojmu pomerne rýchlemu procesu transformácie na fungujúcu demokraciu, stalo cieľovou stanicou pre tisíce utečencov z rozličných kútov sveta, predovšetkým zo španielsky hovoriacich území, bude mať azylovú politiku upravenú spôsobom čo najviac približujúcim sa pravidlám Európskej únie a samozrejme ďalších vyspelých štátov.

Prekvapením však bola správa Amnesty International, ktorá v roku 2010 kritizovala španielsku vládu ohľadom nedodržiavania ľudských práv utečencov prichádzajúcich do štátu tzv. „morskou cestou“ z Afriky alebo iným spôsobom pričom počet žiadateľov o azyl v Španielsku alarmujúco klesá. V roku 2009 žiadalo o azyl v Španielskom kráľovstve 2999 osôb, čo predstavuje pokles o 34% oproti roku 2008.¹

I. Stručný pohľad na azyl ako pojem medzinárodného práva

Azyl – z hľadiska zamerania tejto práce je potrebné osvetliť azyl ako inštitút, ktorý má svoje miesto v prirodzenoprávnom ponímaní ľudskej existencie. V antickom Grécku mali utečenci možnosť ukryť sa do náboženských svätostánkov v celej krajine a ich ochrana do veľkej miery pripomínala dnešný inštitút azylu. Starí Rimania poznali azyl – „asylum“ ako miesto bezpečné pred lúpežou, ktoré im zabezpečovalo ochranu a útočisko.

Azyl mal už od počiatku okrem politickej aj humanitárnu funkciu pretože poskytnutie napr. dočasného azylu na posvätných miestach poukazovalo na rešpekt k Bohu a cirkvi. Azyl priznaný kráľovi, republike či slobodným miestam, bol jasným prejavom suverenity. S nárastom kráľovskej moci bola postupne oslabovaná náboženská charakteristika.

Azyl ako právo na ochranu sa začalo považovať až začiatkom 20 storočia, pretože aj napriek jeho pojmovému vymedzeniu v roku 1725 sa považoval viac za výsadné právo panovníka. Menovať však všetky medzinárodné právne dokumenty týkajúce sa fungovania udeľovania ochrany utečencov a pod. nie je na tomto mieste prípustné z dôvodu pomerne úzkeho tematického zamerania tejto štúdie, je však potrebné uviesť aspoň tie najvýznamnejšie.

Dohoda o medzinárodnom postavení utečencov (Convention Relating to the international Status of Refugees), ktorá bola prijatá 28. októbra 1933 zjednotila dohody, ktoré boli doposiaľ uzatvorené ako čiastkové a obsahovala predpisy týkajúce sa osobného postavenia azyllanta, možnosťami zamestnania, vzdelávania a iných sociálnych práv, ale aj

¹ Na porovnanie : v tom istom roku stúpol počet žiadateľov o azyl vo Francúzskej republike a v Spolkovej republike Nemecko medziročne o takmer 35% resp. 49 %

obmedzovala možnosť vyhostenia z krajiny. Podobným dokumentom bola Dohoda o postavení utečencov z Nemecka bola prijatá v roku 1938. Pre úplnosť treba povedať, že tieto dohody nemali žiadnu záväznosť a boli upravené vo forme odporúčaní napriek tomu je možné oceniť ich historickú hodnotu.

Všeobecná deklarácia ľudských práv, ktorá v článku 14 deklaruje, že „každý má právo vyhľadať si v inej zemi útočisko pred prenasledovaním a používať tam azyl.“ položila základ záväzného postavenia utečencov a osôb požadujúcich azyl od krajiny do ktorej sa v dôsledku nepriaznivých životných situácií dostali. Druhá svetová vojna vyvolala celý rad humanitárnych otázok, ktoré bolo potrebné súrne riešiť predovšetkým z hľadiska realizácie a zabezpečenia ochrany utečencov a prenasledovaných osôb pred represiami zo strany štátnej moci.

Štáty si uvedomovali potrebu spoločného postupu pri organizovanom riešení tejto problematiky. Organizácia spojených národov intenzívne pracovala v rokoch 1947 – 1950 na zabezpečení lepších podmienok pre danú skupinu osôb, prostredníctvom dočasnej Medzinárodnej organizácie pre utečencov (IRO). Tú v roku 1951 nahradil Úrad Vysokého komisára OSN pre utečencov – UNHCR

Dohovor o právnom postavení utečencov, tiež označovaný aj ako Ženevský dohovor ² - predstavuje jeden z najdôležitejších dokumentov upravujúcich komplexným spôsobom základné otázky života utečencov. Možno však povedať, že jeho základným a najdôležitejším prínosom je vymedzenie a pojmov ako utečenec, definovanie právneho postavenia utečencov a ich práv a povinnosti v hostiacom štáte a zásady non-refoulement,³ zákaz diskriminácie.

Dohovor sa vymedzením pojmu utečenec posunul do individuálnej roviny skúmania statusu každého jedného cudzinca, ktorého štát ako utečenca prijíma. Z dôvodov uvedených v ženevskom dohovore sa osobe udelí alebo neudelí označenie utečenec a štát sa teda musí postarať o definovanie jeho individuálnych práv, ktoré mu z tohto stavu prináležia.

² Bol formálne prijatý na Konferencii splnomocnených zástupcov Spojených národov v Ženeve dňa 28. júla 1951 a vstúpil do platnosti 22. apríla 1954. Pre Českú a Slovenskú federatívnu republiku nadobudol platnosť 24. februára 1992. Dohovor obsahuje preambulu, štyridsaťšesť článkov zaradených v siedmich kapitolách a dodatok.

³ Čl. 33 Ženevského dohovoru - Zákaz vyhostenia alebo vrátenia : Žiadny zmluvný štát nevyhostí utečenca akýmkoľvek spôsobom alebo ho nevráti na hranice územia, na ktorých by jeho život alebo jeho osobná sloboda boli ohrozené z dôvodov jeho rasy, náboženstva, národnosti, príslušnosti k určitej sociálnej skupine alebo zastávania určitých politických názorov.

Aj napriek nespornej zaujímavosti a významu ustanovení Dohovoru nie je predmetom tejto štúdie podrobne sa nim zaoberať a preto mu budem venovať len krátku poznámku o jeho časovom a územnom obmedzení pôsobnosti, ktorej ustanovenia boli hlavným nedostatkom Dohovoru.

Bol odstránený Protokolom týkajúcim sa postavenia utečencov, ktorý bol prijatý v roku 1967 v New Yorku a samozrejme ratifikovala ho aj česko-slovenská vláda ako ďalší z dokumentov upravujúcich utečenecké a azylové právo.⁴

Opätovne pre nedostatok priestoru nie je možné venovať sa komplexnej právnej úprave na medzinárodnej úrovni avšak je samozrejme nevyhnutné otvoriť otázku európskeho azylového práva. Tá bude zároveň bližšie spomínaná v nasledujúcich statiach.

II. Európska úprava azylového práva

Až do roku 1986 spadala problematika v oblasti azylovej a imigračnej politiky výhradne do jurisdikcie členských štátov, prijatím Jednotného európskeho aktu a neskôr Maastrichtskou a Amsterdamskou zmluva sa tieto otázky prepracovávali postupne spod „oblasti spoločnej politiky“ až po súčasný stav, kedy je táto otázka takmer prioritnou a je prirodzenou súčasťou právneho poriadku aquis

Európska únia je jedným zo základných pilierov fungovania Európy a preto je len dobré, že sa snaží čoraz viac presadzovať aj v oblasti ľudských práv. Nedá mi na tomto mieste nespomenúť Lisabonskú zmluvu, ktorá mení systém doterajšieho nazerania na túto problematiku v rámci Európske únie. Ľudské práva sa totiž vďaka Charte základných práv a slobôd stanú súčasťou právneho poriadku Európskej únie.

Právo na azyl v čl. 18 a ochrana osôb v prípade vyhostenia alebo vydania sa po platnosti Lisabonskej zmluvy stane súčasťou referenčného rámca právnych úprav jednotlivých štátov. Treba len dúfať, že zámer vytvorenia spoločného azylového systému prispeje ku kvalitatívne lepšiemu uplatňovaniu týchto zatiaľ len teoreticky vyzeraúcich ustanovení Lisabonskej zmluvy.

Stručne sa zmienim o niektorých kľúčových pojmoch, ktoré tvoria piliere azylovej politiky v EU.

⁴ Uverejnený v Zbierke zákonov pod č. 319/1996 a platnosť nadobudli pre Českú a Slovenskú Federatívnu Republiku: 26. novembra 1991

Dublinský systém predstavuje označenie pre mechanizmus, ktorým je určený štát zodpovedný za posúdenie žiadosti o azyl (medzinárodnú ochranu) podanej na území členských štátov EU príslušníkom tretieho štátu- hlavnou podstatou je aby žiadosť azylanta bola preskúmaná len v štáte prostredníctvom ktorého, žiadateľ vstúpil na územie EU. Dublinský systém tvoria nariadenie Dublin II⁵ (ktoré nahradilo tzv. dublinskú zmluvu Dublin I. - tá však naďalej platí v prípade styku EU a Dánska) a špecifikovalo niektoré problémy z pôvodnej úpravy napr. okruh rodinných príslušníkov, v podstate je rozdiel minimálny.

Pre možnosť aplikácie tohto systému do praxe sa prostredníctvom nariadenia 2725/ 2000⁶ vytvoril tzv. EURODAC – systém na povinné snímanie odtlačkov prstov žiadateľov o udelenie azylu a cudzincov nelegálne prekračujúcich vonkajšiu hranicu EU.

Spoločný európsky azylový systém (SEAS) predstavuje veľkolepé plány a dlhodobú víziu do budúcnosti, ktorou sa Európska rada prezentovala na stretnutí lídrov vo fínskom Tampere v roku 1999. Bolo prijaté rozhodnutie podľa ktorého sa do konca roku 2010 vytvorí prostredníctvom harmonizácie právnych predpisov členských štátov zjednotí nazeranie EU na utečencov prichádzajúcich v masovom meradle do členských krajín a postupom času dochádzalo k prijímaniu nových predpisov, ktoré tomu napomáhali. Spomením napr. Haagský program, ktorý plynulo nadviazal na stretnutie v Tampere- tzv.– päťročný plán, s cieľom vytvoriť priestor slobody, bezpečnosti a spravodlivosti, rozličné komunitárne rozvojové plány (program Aeneas ⁷) a tiež napr. tzv. Zelenú knihu o spoločnom európskom azylovom priestore, ktorú v roku 2007 prijala Európska komisia ako víziu potvrdzujúcu úspešné smerovanie zjednocovania právneho poriadku členských štátov.

Do platnosti už totiž vstúpili základné smernice⁸, ktoré stanovujú kritéria a mechanizmy na vytváranie SEAS, všetky však majú formu minimálnych

⁵ Nariadenie Rady (ES) č. 343 / 2003, ktorým sa stanovujú kritéria a postupy pre určenie členského štátu príslušného na posudzovanie žiadostí o azyl podané štátnym príslušníkom tretieho štátu v niektorom z členských štátov EU

⁶ Nariadenie Rady (ES) č. 2725/ 2000 o zriadení systému EURODAC

⁷ Nariadenie EP a Rady (ES) č. 4911/2004 o zavedení programu finančnej a technickej pomoci tretím krajinám v oblasti migrácie a azylu

⁸ Smernica Rady 2001/ 55/ES o minimálnych štandardoch na poskytovanie dočasnej ochrany v prípade hromadného prílevu vysídlených osôb a o opatreniach na podporu rovnováhy úsilia medzi členskými štátmi pri prijímaní takýchto osôb a znášaní z toho vyplývajúcich dôsledkov.

štandardoch čo v praxi znamená, že ak má štát určitý inštitút upravený prijateľnejšie pre subjekty tohto práva, bude platiť táto úprava.

Smernica Rady 2001/55/ES

Smernica Rady 2003/9/ES – recepčná smernica

Smernica Rady 2003/86 – zlúčenie rodinných príslušníkov

Smernica Rady 2004/83/ES- kvalifikačná smernica

Smernica Rady 2005/85/ES- procedurálna smernica

Vyššie uvedený termín však nebude možné dodržať- podľa správy EP⁹-

„ vzhľadom na zmeny právneho základu, ktorý nastane v dôsledku nadobudnutia platnosti Lisabonskej zmluvy čím sa plánuje odsunúť dátum dokončenia druhej fázy SEAS, ktorou sa mali odstrániť nezdravé rozdiely medzi azylovými systémami členských štátov, na rok 2012“.

V tej istej správe sú konštatované pretrvávajúce rozdiely medzi členskými štátmi v počte odmietnutých žiadateľov o azyl aj napriek postupujúcej harmonizácii práva jednotlivých štátov. Práve týmto rozdielom má zabrániť precíznejšia úprava spoločnej azylovej politiky, ktorá sa viaže aj na už fungujúce zavedenie schengenského systému na vonkajších hraniciach Európskej únie napr. aj na východnej hranici Slovenskej republiky.

Európsky pakt o prisťahovalectve a azyle zo 16. októbra 2008

V tomto právnom dokumente je deklarované, že cieľom EU je taká organizácia legálneho prisťahovalectva, ktorá zohľadňuje priority a

Smernica Rady 2003/9/ES ktorou sa ustanovujú minimálne normy pre prijímanie žiadateľov o azyl.

Smernica Rady 2004/83/ES o minimálnych ustanoveniach pre oprávnenie a postavenie štátnych príslušníkov tretej krajiny alebo osôb bez štátneho občianstva ako utečencov alebo osôb, ktoré inak potrebujú medzinárodnú ochranu, a obsah poskytovanej ochrany

Smernica Rady 2005/85/ES o minimálnych štandardoch pre konanie v členských štátoch o priznávaní a odnímaní postavenia utečenca

⁹ Uznesenie Európskeho parlamentu z 10.3 2009 o budúcnosti spoločného európskeho azylového systému (2010/C 87 E/03)

potreby každého členského štátu a podporuje integráciu. Zefektívni sa kontrola vonkajších hraníc EU prostredníctvom organizácie Frontex.¹⁰

III. Právna úprava azylového práva na Slovensku

Táto časť článku sa bude venovať zákonu o azyle¹¹, ktorý je v súčasnosti platnou právnou úpravou rozoznávaný ako jeden zo zákonov upravujúcich postavenie cudzincov resp. azylantov teda osôb žiadajúcich o azyl v Slovenskej republike. Azylové právo je na SR poznačené ponovembrovým vývojom, ktorý sa odrazil predovšetkým v prijímaní právnej úpravy, ktorá by zodpovedala demokratickým požiadavkám Európskej únie.

Predovšetkým je potrebné sa na slovenské azylové právo pozrieť z hľadiska ústavného práva, ktoré sa azylom zaoberá ako subjektívnym právom jednotlivca na ochranu, nie je však nárokovateľné z hľadiska povinnosti štátu udeliť azyl, jedná sa skôr o všeobecné právo osoby na ochranu – v podobnom duchu sa nesie aj ustanovenie čl. 53 Ústavy SR - hovorí o azyle ako o zároveň jediné právo, ktoré je priznané výlučne cudzincom prenasledovaným za uplatňovanie politických práv a slobôd. Musí existovať príčinná súvislosť medzi prenasledovaním a uplatnením týchto práv. Právo na azyl sa priznáva každému cudzincovi, ktorý spĺňa ústavou určenú podmienku, pričom taxatívne vymedzené práva budú v 2. oddiele Druhej hlavy Ústavy.

Pre SR tu vyvstáva povinnosť rozhodovať o každom prípade jednotlivo, zároveň dôkazné bremeno o tom, že uchádzač o azyl konal v rozpore so základnými ľudskými právami a slobodami zaťažuje SR, ak táto negatívna podmienka uvedená v druhej vete čl. 53 nebola splnená, azyl jej nemožno odoprieť.

Je ho potrebné sledovať v kontexte medzinárodných úprav, ktoré chápu právo na azyl ako právo na nevyhnutnú ochranu pred prenasledovaním v krajine svojho pôvodu. S medzinárodnou úpravou súvisí aj fakt, že tak ako v iných štátoch aj u nás platí, že dôvody pre poskytnutie azylu sú týmto zákonom prísne vymedzené a teda sa nebudú demonštratívny spôsobom vzťahovať na všetky ľudské práva a slobody, ktoré sú upravené v rozličných chartách a dokumentoch. Podobne sa vyslovil Ústavný súd SR v rozhodnutí z roku 2002.¹²

¹⁰ http://europa.eu/agencies/community_agencies/frontex/index_sk.htm

¹¹ zákon č. 480/ 2002 o azyle a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

¹² II. ÚS 7/02-25.

V SR je okrem Ústavy zakotvené azylové právo aj v Listine základných práv a slobôd v čl. 43, ktorá je však v súčasnosti skôr historickou právnou normou a na rozdiel od českej úpravy je Ústava nadradeným právnym dokumentom a preto sú jej ustanovenia z hľadiska tohto článku bezpredmetné.

Spomínaný zákon o azyle (ďalej „ zákon“) ten tvorí spolu s tzv. cudzineckým zákonom¹³ právnú úpravu postavenia cudzincov v slovenskom právnom poriadku. Jeho prijatím sa v roku 2002 splnili požiadavky ES/ES pre vstup Slovenska do Európskej únie.

Pri jeho tvorbe sa začalo s implementáciou právnych aktov Európskych spoločenských a Európskej únie v oblasti azylu, a to napr. akceptovaním Rezolúcie o minimálnych zárukách pri azylovom konaní, Rezolúcie o zjavne neopodstatnených žiadostiach o azyl a Rezolúcie o maloletých bez sprievodu, čím sa v súlade s európskou úpravou nanovo vymedzili pojmy súvisiace s azylovou procedúrou.

Slovensko je na rozdiel od iných európskych štátov len tranzitnou krajinou čo znamená, že utečenci resp. žiadatelia o azyl, ktorých príslušníci Hraničnej a cudzineckej polície prichytia pri nelegálnom prechode hraníc a sú umiestňovaní do záchytných stredísk, nemajú tendenciu požiadať o azyl.

Tento fakt potvrdzuje aj správa Slovenského národného strediska pre ľudské práva z roku 2009¹⁴, v ktorej sa konštatuje, že v roku 2009 zaznamenal Migračný úrad klesajúci počet osôb žiadajúcich o azyl – v roku 2009 požiadalo o azyl 822 osôb pričom azyl bol získalo 14 žiadateľov (1, 7 %), 98 osôb dostalo tzv. doplnkovú ochranu (11, 92 %). Ako uvádza správa najviac žiadateľov pochádzalo z Pakistanu, Gruzínska, Moldavska, Ruskej Federácie, Indie a Vietnamu.

Azylový zákon v platnom znení bol od svojho prijatia v roku 2002 pomerne často novelizovaný čo súvisí predovšetkým s už spomínaným vplyvom európskeho práva na harmonizáciu práva členských štátov v rámci SEAS. Tieto novelizácie sú v podstate priamym odrazom povinnosti transponovať do slovenského právneho systému smernice EU, ktoré sme uviedli vo všeobecnej časti tejto štúdie. Spomenieme len tie najdôležitejšie (prvé novelizácie sa týkali napr. zavedenia pravidiel pre zabezpečenie fungovania už spomínaného Dublinského systému).

- novela zákona 1/2005 Z.z s účinnosťou od 1.2.2005 začala proces implementácie rozhodujúcich smerníc- v tomto prípade tzv. recepčnej

¹³ zákon č. 48/ 2002 o pobyte cudzincov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

¹⁴ <http://www.snsfp.sk/files/sprava-dodrziavanie-lp-2009.pdf>

smernice do právneho poriadku SR, pričom sa splnila povinnosť transponovať ju do 6.2. 2005

Cieľom novely bolo precíznejšie upraviť minimálne podmienky na prijatie žiadateľov o azyl.

- novela zákona 696/ 2006 Z.z prostredníctvom ktorej sa do nášho právneho poriadku zaviedla tzv. doplnková ochrana ako nová forma medzinárodnej ochrany cudzinca. V tomto prípade hovoríme o transponovaní tzv. kvalifikačnej smernice do azylového práva SR, čím sa začal proces zosúlad'ovania právnych poriadkov.

- novela zákona č. 643/ 2007 Z.Z, ktorá nadobudla účinnosť 1.januára 2008 – táto priniesla transponovanie smernice označovanej aj v tomto článku ako tzv. procedurálna smernica. Cieľom tejto novely bolo upraviť dôvody zamietnutia žiadosti o udelenie azylu ako neprípustnej a zjavne neopodstatnenej, zamerala sa na postup pri pohovore so žiadateľom a tiež nanovo stanovila pravidlá pre bytie azylanta na území SR.

Úprava postupu podľa par. 19 zákona pri ktorom štátny orgán zastaví preskúmanie podstaty prípadu, ak žiadateľ o azyl neposkytne presné a ucelené informácie vyvolali značnú kritiku zo strany Vysokého komisára OSN pre utečencov.

- novela zákona 451/ 2008 Z.z – najnovšia novela, ktorá nadobudla účinnosť 1.12.2008 zabezpečila transponovanie čl. 15 zo spomínanej procedurálnej smernice

- Právo na právnu pomoc a zastúpenie- inštitút ktorý zabezpečil žiadateľom o azyl možnosť získať bezplatnú právnu pomoc v prípade opravného konania. Právne služby v tomto prípade zabezpečuje Centrum právnej pomoci na ktoré sa žiadatelia obracajú formou podania žiadosti na predpísanom tlačive.

IV. Právna úprava azylového práva v Španielskom kráľovstve

Historicky zažili obidve krajiny – Španielsko aj Slovensko obdobia totalitných režimov, ktoré určili ďalší vývoj ich právnych poriadkov. Hovoríme o období socialistického vládnutia na našom území v rokoch 1948 – 1989 a v prípade Španielska sa samozrejme jedná o éru diktátora Francisca Franca, ktorá trvala bez prestávky od občianskej vojny v 1939 až do roku 1975 kedy sa moci ujal demokraticky orientovaný kráľ Juan Carlos I. a z pohľadu vývoja spoločnosti, znamenal začiatok jeho vlády zmenu krajiny na jeden zo štátov s kľúčovou pozíciou v EU.

Španielsko je z pohľadu utečeneckého a azylového práva krajinou s omnoho väčšou zodpovednosťou z hľadiska počtu žiadateľov o azyl, problémy prináša obrovské množstvo utečencov z Afriky a Ázie, ktorí sa chcú

najčastejšie prostredníctvom tzv. južnej cesty po mori dostať za hranice krajiny a vstúpiť tak do EÚ, problematickou je tiež silná migrácia prisťahovalcov z Latinskej Ameriky a pod. To všetko súvisí predovšetkým s výhodnou geografickou polohou štátu, s jeho kultúrou a tiež výhodným jazykovým ekvivalentom pre utečencov a žiadateľov o azyl z južnej časti amerického kontinentu.

Ako rýchlo rozvíjajúca sa ekonomika, stalo Španielsko pred rozhodujúcou úlohou – upraviť právne postavenie imigrantov resp. žiadateľov o azyl a zabezpečiť ochranu ich ľudských práv v rámci všetkých medzinárodných dokumentov. Je dôležité si uvedomiť, že vďaka zmene systému a relatívnej otvorenosti hraníc, sa krajina stala cieľom masívneho prílevu utečencov a zažila koncom 80-tych a začiatkom 90-tych rokov silnú migračnú vlnu. Dovoľujem si preto tvrdiť, že vývoj španielskeho právneho poriadku má oproti nášmu poriadku výhodu skúsenosti a prepojenosti s praxou.

V rámci rozsahu tejto štúdie nie je možné rozobrať podrobne spôsob prijímania právnych aktov v Španielskom kráľovstve, je však potrebné predstaviť právnu úpravu azylového práva, ktoré predstavuje paralelu k slovenskej legislatíve.

Legislatíva upravujúca azyl v Španielsku

Tak ako v SR, je základným zákonom štátu Ústava z roku 1978¹⁵, ktorá upravuje právo na azyl v čl. 13 ods.4 pod oddielom s názvom O Španieloch a cudzincoch takto „Zákon určí podmienky za ktorých môžu obyvatelia iných štátov a bezdomovci (apatridi) užívať azylové právo v Španielsku.

Zákon 12/2009¹⁶ – odborníci sa zhodujú, že táto kontroverzná norma priniesla mnoho negatívnych ustanovení a že pozitíva napr. ustanovenie o rozšírení právnej pomoci nevyvažujú celkovo reštriktívny charakter zákona. Ten nahradil doterajší právny predpis 5/ 1984¹⁷ ktorý zostal v platnosti až do novembra 2009.

Tento zákon bol síce viackrát novelizovaný avšak bol v predchádzajúcom znení liberálnym a progresívnym právnym predpisom. Prvá rozsiahla novelizácia zákona 5/ 1984, ktorá sa uskutočnila v roku 1994, mala vyriešiť časté zneužívanie systému a vysoký počet nelegálnych prisťahovalcov, avšak naďalej zostala v platnosti doterajšia právna úprava. Podarilo sa však

¹⁵ Ústava z roku 1978 publikovaná v Úradnom vestníku Štátu (BOE) 29. decembra 1978 kedy zároveň vstúpila do platnosti

¹⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

¹⁷ La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

presadiť výslovné uznanie právneho nároku na udelenie azylu, aj keď obmedzil okruh subjektov, ktoré oň môžu požiadať.

Ďalšie čiastočné zmeny sa udiali v nasledujúcich rokoch v prípade transponovania smerníc EU. Treba poznamenať, že v prípade harmonizácie práva EU so španielskou legislatívou, zostávalo Španielsko dlho na čele zoznamu nezodpovedných štátov a s prijímaním opatrení na transponovanie smerníc sa veľmi oneskorilo.

Výsledkom bola napr. žaloba¹⁸ zo strany EK z 24. júna 2008 za nesplnenie termínu prijatia kvalifikačnej smernice, na rozdiel od Slovenska, ktoré všetky smernice zakomponovalo do svojho právneho poriadku v súlade s termínmi v smernici.

Týmto s dovoľujem tvrdiť, že napriek prepracovanejšiemu systému orgánov a úradov zaoberajúcich sa touto problematikou, malo Španielsko omnoho väčšie problémy so splnením podmienok EU a tým bránilo k dovŕšeniu prvej etapy SEAS.

Dôvodom tohto oneskorenia bola široká diskusia, ktorá sa v krajine strhla najmä kvôli pripravovanej, kontroverznej zmene v zákone, ktorá napokon prešla hlasovaním v Senáte - zrušenie možnosti žiadať o azyl v Španielskom kráľovstve aj na ambasádach a konzulátoch mimo územia štátu, čím sa podľa viacerých odborníkov zmarí možnosť žiadať azyl predovšetkým azylantom zo štátov Latinskej Ameriky – prevažne z Kolumbie a Ekvádoru.

Súčasný zákon 12/2009 predstavuje novú úpravu pretože ako uvádza dôvodová správa k zákonu, bolo dôležité miesto doterajších čiastkových novelizácií pristúpiť ku komplexnej zmene azylového zákona prostredníctvom prijatia nového, čo je výhodné hlavne po legislatívno – technickej stránke.

Hlavným cieľom bolo konečné začlenenie normatívnych aktov EU do španielskeho právneho poriadku a zároveň reflektovať nové doktríny a výklad nadštátnych orgánov typu Súdneho Dvora Európskych Spoločenstiev alebo Európskeho súdu pre ľudské práva. Právo EU sa do zákona premieta prostredníctvom komplexnej inkorporácie smernice 2004/83 a smernice 2005/85.

Neskorá a nedostatočná harmonizácia práva medzi členskými štátmi mohla spôsobiť asymetriu v rámci poskytovania minimálnych štandardov na ochranu práv žiadateľov o azyl. Zákonom 12/ 2009 sa učinilo zadosť tomuto nedostatku a smernice ukončujúce prvú etapu vytvorenia

¹⁸ Rozsudok ESD C- 59/07 a rozsudok ESD C- 58/ 07

Spoločného európskeho azylového systému boli zákonným spôsobom transponované do právneho poriadku aj tohto štátu.

Jediným sekundárnym aktom, ktorého komplexné prijatie sa nevzťahuje na tento zákon je tzv. recepčná smernica, pretože jej inkorporácia sa uskutočnila Kráľovským dekrétom 2393/2004 – vykonávací právny predpis k Organickému zákonu 4/ 200 o právach a slobodách cudzincov v Španielsku a ich sociálnej integrácii – táto skutočnosť nebola šťastným riešením aj napriek tomu, že novelizácia zákona na cudzincoch nebola na španielske pomery tak dlho odkladanou záležitosťou.

V. Novelizácia španielskeho zákona a porovnanie niektorých inštitútov

1) Terminológia

Je zrejmé, že obidva spomínané kľúčové zákony majú spoločný základ, predovšetkým vďaka ich v súčasnosti už kompletnej naviazanosti na európske právo a teda rozdiely budú spočívať predovšetkým v rozdielnom kultúrnom nazeraní na utečencov resp. na žiadateľov o azyl.

Reštriktívnejšie opatrenia v španielskom zákone, kritizované Amnesty international sú výsledkom celkovej zmeny klímy v EU, ktorá považuje nelegálnu migráciu a prechod cez hranice členských štátov za jednu z hrozieb svojej bezpečnosti. Médiami často propagované príbehy utečencov uviaznutých v záchytných strediskách, odrážajú realitu existencie programov ako Frontex na ochranu vonkajších hraníc EU a pod. Vďaka zosilnenej kontrole hraníc a programom na urýchlené deportácie osôb do štátov pôvodu sa viaceré organizácie na ochranu utečencov zhodujú, že Európska únia stavia bezpečnosť svojich hraníc nad dodržiavanie práv utečencov.

Tento odsek slúži ako príklad na rozdiel medzi problematikou azylu v týchto krajinách. Ten spočíva nielen v rozdielnom ponímaní právnej úpravy, ale aj v kvantite a kvalite odborníkov, ktorí sa tejto téme venujú. Španielska verejnosť sa o tento problém intenzívne zaujíma a tak aj prijímanie právnych predpisov je časovo a ľudsky náročnejším procesom.

U nás je azylová problematika ešte neprebádanou oblasťou a z toho dôvodu je aj právna úprava pomerne skromná. V nasledujúcej stati sa pokúsím poukázať na základné zmeny, ktoré obohatili alebo naopak ochudobnili právnu úpravu v Španielskom zákone.

Azyl – vo vyššie uvedenom zákone 12/2009 je v čl. 2 tento pojem vymedzený ako ochrana poskytovaná príslušníkom tretích krajín (

nekomunitárnym príslušníkom) a osobám bez národnosti, ktoré splňajú podmienku na uznanie statusu utečenca v súlade s týmto zákonom, v súlade so Ženevským dohovorom o právnom postavení utečencov z roku 1951 a Newyorského protokolu z roku 1967.

Podobným, menej precíznym spôsobom, je tento inštitút vymedzený aj v slovenskom zákone o azyle - ten definuje azyl ako ochranu cudzinca pred prenasledovaním z dôvodov uvedených v medzinárodnej zmluve alebo v osobitnom predpise. Rozdiel v novelizovaných právnych úpravách je viditeľný napr. v počiatočných ustanoveniach, pretože slovenský právny predpis explicitne nevyjadruje pojem UTEČENEC- v prechodných ustanoveniach je uvedené, že tam kde sa vo všeobecne záväzných predpisoch používa slovo azylant., rozumie sa tým utečenec. Podľa môjho názoru je citelným nedostatkom novelizovaného zákona o azyle, že tento pojem nie je podobne ako v španielskom zákone (čl.3 zákona) presne vymedzený.

Myslím si, že práve toto chýbajúce pojmové vymedzenie je jasnou ukážkou nízkeho prepojenia slovenskej právnej úpravy na medzinárodne právne dokumenty, pretože nerozlišuje vo svojich ustanoveniach osoby, ktoré žiadajú o azyl v dôsledku zúfalej situácie a prenasledovania štátnou mocou, naopak ich postavenie generalizuje spoločne s osobami, ktoré žiadajú o azyl v dôsledku ekonomického nedostatku. Na Slovensku je pojem utečenec spájaný len s ustanoveniami Ženevského dohovoru o právnom postavení utečencov¹⁹

2) Dôvody poskytnutia azylu

¹⁹ Utečencom podľa kritérií Ženevského dohovoru je osoba, “ktorá má opodstatnené obavy z prenasledovania z

- *rasových,*
- *náboženských,*
- *národnostných,*
- *politických dôvodov alebo*
- *z dôvodu príslušnosti k určitej sociálnej skupine*

a z dôvodu týchto obáv sa nemôže alebo nechce vrátiť do krajiny pôvodu, ani využiť ochranu tejto krajiny”.

(Článok 1A Ženevského dohovoru o právnom postavení z roku 1951)

Počas štúdia právnych dokumentov k tejto problematike sa ukázala jedna odlišnosť, ktorá je elementárnou z hľadiska uplatňovania základných práv a slobôd ale aj z hľadiska procesu odstraňovania diskriminácie. Zmluva o fungovaní EU – Únia sa zameriava na boj proti diskriminácii z dôvodu pohlavia, rasy alebo etnického pôvodu, náboženstva alebo viery, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie.

Je zaujímavé sledovať ako sa s touto podmienkou vyrovnali dva odlišné štáty ako Španielsko a Slovensko.

Naša právna úprava stanovuje poskytnutie azylu z dôvodov sexuálnej orientácie len na základe pomerne vágneho výkladu pojmu sociálna skupina – ten je obsiahnutý v smernici 2004/ 83- čo môže, ale prakticky nemusí znamenať možnosť poskytnúť azyl osobe, ktorá vyhlási, že je prenasledovaná z dôvodu príslušnosti k určitej sexuálnej orientácii alebo pohlaviu. Je zrejmé, že žena ako príslušníčka pohlavia by sa mohla uchádzať o azyl na základe tohto ustanovenia len preto, že považuje svoje ďalšie zotrvanie v krajine pôvodu za ohrozujúce jej telesnú integritu, je to ale výlučne na štátnom orgáne, ktorý môže ale ani nemusí subsumovať svoje rozhodnutie pojmom „sociálna skupina“.

Španielska úprava poskytuje týmto omnoho pevnejšie záruky a smeruje nad rámec komunitárnej právnej úpravy pretože poskytuje statusu utečenca širšie a presné vymedzenie. V ustanovení čl. 3 vyslovene explicitne vyjadruje ako podmienku získania statusu utečenca aj príslušnosť k určitej sexuálnej skupine alebo pohlaviu. Podľa nášho názoru je toto ustanovenie silnou možnosťou na ochranu, ktorá je v slovenskom právnom poriadku len neisto vyjadrená, aj napriek tomu, že fakticky prebrala ustanovenie zo smernice 2004/83. Španielska právna úprava šla v tomto smere nad rámec európskeho ustanovenia.

3) Doplnková ochrana

Nový zákon priniesol do španielskeho zákona aj nové inštitúty. Ako príklad možno uviesť inštitút tzv. doplnkovej ochrany (*protección subsidiaria*).

Doplnková ochrana – čl.4 zákona ŠP - spočíva v tom, že medzinárodná pomoc sa poskytne aj v prípadoch ak existuje skutočné nebezpečenstvo vážnych útrap v dôsledku odsúdenia na trest smrti alebo jeho výkon, mučenie alebo tresty a neľudské a ponižujúce zaobchádzanie so žiadateľom o azyl v krajine svojho pôvodu, alebo vážne hrozby proti životu alebo telesnej integrite občana v dôsledku svojvoľného násillia v situáciách ozbrojeného medzinárodného alebo vnútroštátneho konfliktu.

Doplnková ochrana sa bude poskytovať osobe ak bude spĺňať všetky tieto uvedené podmienky a zároveň jej nebude priznaný status utečenca alebo nebude možnosť aby podľa podmienok podľa zákona získala azyl.

Španielsky zákon má v názve „ zákon o azyle a doplnkovej ochrane. Všetky práva poskytované žiadateľom azyl sa poskytujú aj osobám s doplnkovou ochranou. Doplnková ochrana bola do novelizácie zákona zakomponovaná explicitne v Kapitole I., pretože doteraz nebola zakotvená, ale v azylovej problematike fungovala ako inštitút sui generis bez definovania jej vlastných ústavných atribútov. Tento zákon nedostatok odstraňuje.

V slovenskom zákone (par. 13a) je doplnková ochrana uvedená ako tradičná ochrana takejto osoby - Ministerstvo poskytne doplnkovú ochranu žiadateľovi, ktorému neudelilo azyl, ak sú vážne dôvody domnievať sa, že by bol v prípade návratu do krajiny pôvodu vystavený reálnej hrozbe vážneho bezprávia, ak tento zákon neustanovuje inak. Jej znenie bolo výlučne prebraté zo spomínanej smernice.

4) Vymedzenie predmetu zákona ŠP.

V španielskom zákone (čl. 2) je uvedené, že azyl sa poskytuje osobám no comunitarias – voľne preložené ako osoby ktoré sú príslušníkmi tretích krajín (čiže nie sú európskymi občanmi) ...občania Európskej únie teda a contrario nemajú v tomto prípade právo požiadať o azyl. Je to dôsledkom toho, že sa predpokladá, že v EU nie sú porušované základné práva a slobody? V nasledujúcich odsekoch sa ukáže, že práve táto premisa je rozhodujúcou v nasledujúcich krokoch EU pri riešení spoločnej azylovej politiky.

Je zrejmé, že nový zákon vymenil pôvodne ustanovenie o „osobách s obavami“ za termín, ktorý je plne v súlade s kvalifikačnou smernicou a tiež s Protokolom o azyle avšak s menšími problémami – protokol totiž neobmedzuje štát v možnosti opierať sa o ustanovenia medzinárodných dohovorov, naopak predstavuje len spôsob ako upraviť svoju legislatívu. Španielsko v čl. 20 uviedlo, že „žiadosť o azyl bude neprípustná ak osoba žiadateľ a je príslušníkom členského štátu EU v súlade s Protokolom....“

Európska legislatíva EU vychádza z domnienky, že EU tvoria demokratické štáty, ktoré sa nedejú žiadne neprávosti a prenasledovania. Táto premisa je vyjadrená v Protokole č. 29 pripojenom k zmluve o fungovaní EU. Je to však v priamom rozpore s čl.14 Všeobecnej deklarácie ľudských práv.

Analýza problému

Kvalifikačná smernica hovorí v čl. 2 o utečencovi ako o príslušníkovi tretej krajiny alebo osobe bez štátnej príslušnosti– európske právo teda opäť predpokladá, že Ženevský dohovor (konkrétne čl. 1 A) tu bude obmedzený na príslušníkov tretích krajín a tým vlastne vylučuje občanov EU z možnosti žiadať o ochranný charakter azyl v členských krajinách EU.

Smernica však len kopíruje ustanovenie Protokolu o azyle príslušníkov členských štátov EU²⁰, ktorý vo svojom ustanovení jediného článku hovorí, že všetky členské štáty EU sú štátmi bezpečnými.

Podľa toho je možné brať do úvahy, resp. pokladať za prípustnú žiadosť o azyl podanú štátnym príslušníkom členského štátu iba v prípadoch výnimiek, ktoré sú pre túto štúdiu rozhodujúce – protokol totiž ponecháva na štáte možnosť splniť svojich medzinárodnoprávných záväzkov vyplývajúcich preňho zo Ženevskej konvencie – konkrétne čl.3 o nediskriminácii z dôsledku národnosti. Rovnako existuje možnosť prehodnotiť žiadosť každého príslušníka členského štátu jednotlivo.

Preto vylúčenie osôb z členských štátov v par.1,2, 16 španielskeho zákona je neprípustným obmedzením komunitárneho práva a teda podľa CEAR²¹ v priamom rozpore s čl. 56 Ústavy Španielska, ktorý ustanovuje, že predpisy komunitárneho práva sú súčasťou práva španielskeho a obmedzovať sa môže len prostredníctvom presne určených medzinárodných pravidiel. Aj napriek spomínanému ustanoveniu čl.20 zákona nie je možnosť výnimočných situácií a prijatia žiadosti vyjadrená priamo v zákone a teda je na pováženie, či by nebolo vhodné dané ustanovenie pretransformovať.

Preto som toho názoru, že úprava v našom aj španielskom zákone ohľadom definície utečenca resp. ohľadom preskúmania žiadosti reštriktívna a vo svojej podstate smeruje proti záväzkom medzinárodného zmluvného práva o nevyhlásení osôb z azylového práva v dôsledku národnosti.

U nás zákon o cudzincoch 48/2002 určuje v ods. 2) Cudzincom je každý, kto nie je štátnym občanom Slovenskej republiky. Na toto ustanovenie nadväzuje ods. (3). Tento zákon sa vzťahuje aj na cudzincov, ktorí požiadali o udelenie azylu alebo o poskytnutie doplnkovej ochrany na území Slovenskej republiky, ktorým bol udelený azyl na území Slovenskej republiky, ktorým bola poskytnutá doplnková ochrana na území Slovenskej republiky, ktorí požiadali o poskytnutie dočasného útočiska na území Slovenskej republiky alebo ktorým bolo poskytnuté dočasné útočisko na území Slovenskej republiky, ak osobitný zákon¹) neustanovuje inak.

²⁰ Protokol o azyle príslušníkov členských štátov EU²⁰ č. 29 z roku 1998 čl. 1 „Berúc do úvahy úroveň ochrany základných práv a slobôd členskými štátmi Európskej únie, považujú sa členské štáty za bezpečné krajiny pôvodu vo vzájomných vzťahoch pri všetkých právnych a praktických dôvodoch týkajúcich sa záležitostí azylu“

²¹ Comision española de ayuda al refugiado (CEAR) La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2010 pag. str.272, návrh na Ústavný súd Španielskeho kráľovstva nebol v čase písania práce zatiaľ podaný

Aj napriek celkovo povzbudzujúcemu zneniu prvotných ustanovení zákona, neobišla ani nášho zákonodarcu chuť do bodky sledovať právnu úpravu EU a dôvodoch pre zamietnutie azylu hovorí o zamietnutí žiadosti ako neprípustnej pokiaľ ide o občana EU. Ale oproti španielskemu ustanoveniu je naša právna úprava vo korektnejšia a plne sleduje dôležitú výnimku protokolu.

Zamietnutie žiadosti o udelenie azylu ako neprípustnej je síce povinne dané v prípade štátneho príslušníka členského štátu EU, ale existuje výnimka prijatia žiadosti ak nastanú skutočnosti uvedené v spomínanom Protokole.

5) Strata možnosti žiadať o azyl na ambasáde resp. zastupiteľstve

V španielskom zákone bola vypustená kapitola o možnosti cudzinca požiadať o azyl mimo španielskeho územia čím sa vlastne osoba prinúti dostaviť sa fyzicky na územie Španielska. Článok 39 síce umožňuje možnosť domáhať sa ochrany na veľvyslanectve alebo inom zastupiteľskom úrade občanovi tretieho štátu, rozhodnutie o prijatí jeho žiadosti na pôde konzulátu je výlučne na rozhodnutí veľvyslancov, aj to len v prípade ak je ohrozená fyzická integrita osoby. Ostatné veci určí vykonávací právny predpis- kontroverzné ustanovenie, ktoré je najviac kritizované zo strany mimovládnych organizácií.

Ďalšie novelizácie, ktoré nový španielsky zákon priniesol

- možnosť priznať status utečenca aj členovi rodiny, právo na bezplatnú právnu pomoc a na tlmočníka, odklad procesu navrátenia, právo na zdravotnú službu, právo obrátiť sa na Úrad vysokého komisára pre utečencov a jeho účasť v konaní.

Záver

Azylové zákony v Španielsku a na Slovensku sú súčasťou súčasného stavu, odrazom európskej reality vytvárania spoločného azylového systému, ktorý by mal priniesť jednotné pravidlá pre fungovanie prijímania azylantov spoza hraníc EU. Podľa môjho názoru je však potrebné mať na zreteli, že jednotné pravidlá nemusia znamenať pre každú kultúru rovnaký výsledok.

Tak ako má každý štát svoj vlastný právny poriadok ovplyvnený rozličnými faktormi vyplývajúcimi z historických, kultúrnych, jazykových a iných špecifik, tak je potrebné k týmto odlišnostiam pristupovať. Španielsko a Slovenská republika sú štátmi s odlišnou mentalitou a právnou kultúrou, ale ako súčasť EU majú dnes svoje zákony týkajúce sa azylového práva odlišné len v určitých ustanoveniach a tak je výsledkom tejto štúdie hodnotenie, že vytvorenie spoločného azylového systému EU je na dobrej ceste.

Literature:

- Comisión española de ayuda al refugiado (CEAR)- La situación de las personas refugiadas en España. Madrid Informe 2009, ISBN : 790-10-139-7
- Comisión española de ayuda al refugiado (CEAR)- La situación de las personas refugiadas en España. Madrid Informe 2010, ISBN : 978-84-8198-828-4
- Polák, P.: K některým aspektům transpozice recepční, kvalifikační a procedurální směrnice do právního řádu Španělského království. In: Sborník stanovisek veřejného ochrance práv - Společný evropský azylový systém: transpozice směrnic, Praha: ASPI, 2008, pages 194, ISBN : 9788025436158
- Hosnedlová, R; Lucena Piquero, D: Regularizace nelegální migrace ve Španělsku: (Vývoj, dopad a ohlas ze strany Evropské unie). Migraceonline.cz [online]. prosinec 20007 Dostupné na <http://aa.ecn.cz/img_upload/224c0704b7b7746e8a07df9a8b20c098/RHosnedlovaDLPiquero_RegularizacenelegalnimigraceveSpanelsku_2.pdf>.
- Gil- Bazo, M.T, Refugee Status, Subsidiary Protection and the Right to be Granted Asylum Under EC Law, In: New Issues in Refugee Research, research Paper No. 136- Working Paper No. 54 / 2006, University of Oxford Faculty of Legal Studies Research Paper Series, pages November 2006, pages 30, ISSN: 1020- 7473
- Divinský, B.: Migračné trendy v Slovenskej republike po vstupe krajiny do EÚ (2004 - 2008), IOM Bratislava 2009, 109 strn, ISBN: 978-80-970274-2-1

Contact – email

sonia_rakusanova@hotmail.com

NĚKTERÉ ASPEKTY POBYTU OBČANŮ ČLENSKÝCH STÁTŮ EU NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY, ZEJMÉNA Z POHLEDU PRÁVA ÚSTAVNÍHO A SPRÁVNÍHO

JIŘÍ ZEMAN

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá ústavněprávní rovinou občanství ve vztahu ke členství České republiky v EU a dále se zaměřuje na vybrané aspekty tohoto takzvaného „evropského občanství“ v rámci několika právních odvětví. V podústavní rovině si tento příspěvek všímá zejména pobytu občana EU na území České republiky

Key words in original language

Občanství České republiky ve vztahu ke členství v EU; evropské občanství; pobyt občanů EU na území České republiky.

Abstract

The text focuses on the constitutional aspect of citizenship in relation to the Czech Republic EU membership, and further on selected questions concerning „European citizenship“ from the perspective of certain branches of law. On the under-constitutional level it deals mainly with the residence of an EU citizen in the Czech Republic.

Key words

Citizenship in relation to the Czech Republic EU membership; European citizenship; residence of an EU citizen in the Czech Republic.

1. ÚVOD

Institut evropského občanství se vyvíjel společně s evropským (tehdy rovněž komunitárním) právem, kdy hnacím motorem byl (a je), jak známo Evropský soudní dvůr (nyní Soudní dvůr EU – dále jen „Soudní dvůr“ nebo též „SD“). Nepřekvapí proto, že původně byl občan evropského integračního projektu redukován pouze na „člověka obchodujícího“,¹ jenž byl nositelem jednotlivých (evropských) práv a svobod slučujících se s tehdy vznikajícím evropským trhem, resp. sloužících k jeho vlastnímu

¹ V německé teorii se hovoří o takzvaných „Marktbürgers“.

uskutečňování.² Teprve mnohem později se jednotlivec jako jedinečná lidská bytost dostal do popředí zájmu evropské integrace s cílem zajistit mu obecně rovné zacházení – srov. k tomu například rozsudek ve věci C-184/99 (2001) Sb. rozh., kde se mj. říká: „*Občanství Unie je totiž určeno k tomu, být základním statusem státních příslušníků členských států, které umožňuje (...) požívat, bez ohledu na (...) státní příslušnosti a s výhradou výjimek výslovně stanovených v tomto ohledu, stejného právního zacházení*“.³ Na druhou stranu – aniž bych tento aspekt chtěl v následujícím příspěvku jakkoli podrobně rozebírat – musím již zde upozornit na to, že ona deklarovaná obecná rovnost zacházení není omezena toliko Soudním dvorem deklarovanými výslovně stanovenými výjimkami, ale rovněž jednotlivými právními řády členských států, a to hned ve dvou základních rovinách. Občanství EU je totiž koncipováno jen jako doplňkové, je „nadstavbou“ ke státní příslušnosti (k občanství státu). Přitom platí obecně známé pravidlo plynoucí z čl. 17 SES, resp. z čl. 20 odst. 1 SFEU, že každý kdo má státní příslušnost členského státu EU, je občanem EU – jsou to tedy ve svém důsledku sama „národní“ pravidla členského státu,⁴ která určují, kdo má jakou státní příslušnost a kdo tedy je nebo není občanem EU (toť tedy zmíněná rovina první). Rovinu druhou (demonstrovanou níže na příkladu místa trvalého pobytu), jež značně ovlivňuje konkrétní podmínky realizace onoho evropského občanství, tvoří národní pravidla [jež jsou součástí právního řádu českého státu] stanovící podmínky výkonu práv a povinností tvořících konkrétní obsah evropského občanství. V této souvislosti je pak otázkou – což ostatně plyne z právě uvedeného – do jaké míry je promyšleno (resp. domyšleno) používání slovních spojení „občanství EU“ (jež patrně koresponduje s obratem „být občanem EU“) a „být občanem členského státu“ (mít jeho občanství), resp. mít „státní příslušnost“ členského státu. Obecná teorie⁵ totiž rozlišuje právě mezi

² Srov. k tomu např. Grabitz, E. *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*. Köln : Europa-Union Verlag, 1970, s. 65 a násl.

³ Citováno a přeloženo z němčiny podle rozsudku SD z 20. září 2001, ve věci *Rudy Grzelczyk vs. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, Sb. rozh. s. I-06193, marginální číslo 31: *Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen*. Citované rozhodnutí je dostupné také online například v internetové databázi European Navigator [databáze online]. Château de Sanem (France) : Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, 2004 – 2010 [citováno 31. 10. 2010]. Dostupné z URL <<http://www.ena.lu/>>. Databáze ke studiu evropské integrace.

⁴ Tato pravidla přitom jsou – a to je zásadní – uznávána ostatními členskými státy.

⁵ Srov. např. Grawert, R. *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, *Der Staat : Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*. 1984, svazek 23, s. 179 a násl.

občanstvím a příslušností, kdy státní příslušnost je chápána jako právní vztah mezi státem a jednotlivcem, kdežto občanství je souborem práv (povinností) jedince, která jsou odvozena (vyplývají) ze státní příslušnosti. Pokud tedy čl. 20 SFEU říká, že občanem EU je každý, kdo má státní příslušnost členského státu EU, pak to znamená, že jedinec nemusí být nadán „národními právy a povinnostmi“ plynoucími ze státního občanství členského státu a přesto mu svědčí práva a povinnosti, jež jsou obsahem občanství evropského. Proto tedy nelze hledat paralelu mezi státní příslušností a občanstvím EU.⁶

2. INSTITUT MÍSTA TRVALÉHO POBYTU OBČANA ČESKÉ REPUBLIKY

Byť se v příspěvku chci zabývat primárně některými aspekty (trvalého) pobytu občanů EU a jejich rodinných příslušníků na území České republiky, musím se nejprve dotknout institutu místa trvalého pobytu občana České republiky tak, jak je upraven v zákoně č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o evidenci obyvatel“). Je obecně známo, že úprava trvalého pobytu podle zákona o evidenci obyvatel je poměrně liberální zvláště ve srovnání se zákonem č. 135/1982 Sb. Ze současné právní úpravy plyne, že občan České republiky může mít pouze jedno místo trvalého pobytu, jenž má ovšem zásadně evidenční charakter.⁷ Místo trvalého pobytu se musí nacházet v objektu určeného k bydlení, označeného číslem popisným, evidenčním nebo orientačním. Právo na zvolení místa trvalého pobytu je v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu veřejným subjektivním právem, kdy součástí tohoto práva je podle Nejvyššího správního soudu i to, aby na zvolené adrese trvalého pobytu nebyly evidovány osoby, které pro to – již – nesplňují podmínky.^{8 9}

⁶ Srov. Klemens, Fischer, H. Der Vertrag von Lissabon : Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag mit einem Geleitwort von Benita Ferrero-Waldner. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos, 2008, s. 198, ISBN 978-3-8329-3218-3.

⁷ Platná právní úprava zásadně nepočítá s možnou přímou sankcí například za to, že se občan nepřihlásí k trvalému pobytu v místě, kde se skutečně zdržuje. Se sankcemi v této souvislosti (alespoň prozatím) počítají ovšem jiné právní předpisy – například zákon o občanských průkazech stanoví povinnost občana nechat si vyhotovit nový občanský průkaz, změní-li se údaje v něm zapisované – srov. ustanovení § 14 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona č. 328/1999 Sb., ve znění zákona č. 227/2009 Sb. účinném od 1. 1. 2012 [zákon č. 227/2009 Sb., o základních registrech mění citovaný zákon o občanských průkazech v tom směru, že již nezmiňuje explicitně změnu trvalého pobytu jako důvod pro vydání nového občanského průkazu, nicméně tento údaj zahrnuje do údajů zapisovaných do příslušného registru].

⁸ Parafrazováno podle Šimíček, V. Trvalý pobyt – vybrané aspekty. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikaeni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 5.

Možnost zvolit si místo trvalého pobytu nepatří explicitně mezi základní subjektivní práva, nicméně toto veřejné subjektivní právo je viditelně „součástí“ například práva na ochranu lidské důstojnosti, soukromého a rodinného života, je součástí svobody pobytu a pohybu atd. Souvisí rovněž s volebním právem, s některými sociálními dávkami, s ochranu vlastnictví¹⁰

⁹ Srov. k tomu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, čj. 2 As 64/2005-108, dostupné v internetové databázi Nejvyššího správního soudu – {Databáze rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší správní soud, 2003 [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=AnonymZneniList&menuactive=;ml120;ml119;ml119;ml120;>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího správního soudu} – kterým Nejvyšší správní soud reagoval svou dřívější judikaturou, „podle níž rozhodnutím ohlašovny o zrušení údaje o místě trvalého pobytu nezakládají, nemění, ruší ani závazně neurčují práva a povinnosti. Proto takovéto rozhodnutí ohlašovny bylo – podle judikatury překonanému zmíněným rozhodnutím rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu – nepřezkoumatelné ve správním soudnictví – srov. k tomu opět Šimíček, V. Trvalý pobyt – vybrané aspekty. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 5 a také Fiedler M., Fiedlerová, D. Trvalý pobyt a jeho právní dopady, Bulletin advokacie. 2006, č. 5, s. 19 – 21, ISSN 1210-6348.

¹⁰ Zmíněná ochrana vlastnického práva má v tomto pohledu minimálně dvojí rozměr. Jde jednak o ochranu vlastnictví toho, kdo na uvedené adrese má trvalý pobyt. Jde ale také o ochranu vlastnictví například majitele bytu, kde je zmíněný pobyt hlášen. Současná právní úprava (říjen 2010) od 1. 7. 2008 opět neumožňuje [§ 10 odstavec 8 zákona o evidenci obyvatel ve znění zákona č. 239/2008 Sb.] sdělovat údaje o osobě mající místo trvalého pobytu ve vymezené části objektu (rozuměj například v bytě) vlastníkoví takové vymezené části objektu; osobní údaje o osobě [jméno, příjmení, datum narození] jsou sděleny pouze vlastníkoví objektu [tedy rozuměj nikoli například vlastníkoví vymezené části objektu – bytu]. Novelizace provedená zákonem č. 239/2008 Sb. je přitom důvodovou zprávou vysvětlována potřebou chránit osobní údaje, které byly takto v minulosti poskytovány. Nadto podle důvodové zprávy je evidence obyvatel založena na přihlášení se k adrese objektu, nikoli k adrese vymezené části takového objektu – srov. k tomu důvodová zpráva k zákonu č. 239/2008 Sb. – zvláštní část – K ČÁSTI ŠESTÉ – Změna zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel – bod 23; viz sněmovní tisk č. 395/0, část č. 1/2, 5. volební období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky. Zákon o evidenci obyvatel i po této změně však počítá s tím, že to bude i vlastník vymezené části objektu, kdo bude moci ohlašovně navrhnout zrušení údaje o místě trvalého pobytu (§ 12 odst. 2 citovaného zákona). Jednou z možností, jak se vlastník bytu bude moci dozvědět, že v jeho bytě někdo bydlí – když podle § 10 odst. 8 zákona o obyvatel je mu to zapovězeno – je ustanovení § 689 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“). Podrobněji k ustanovení § 689 odst. 2 OZ viz též Fiedler M., Fiedlerová, D. Trvalý pobyt a jeho právní dopady, Bulletin advokacie. 2006, č. 5, s. 19 – 21, ISSN 1210-6348. Takovýto stav je však pro majitele bytů značně nepříznivý. V této souvislosti stačí připomenout § 33a odst. 1 písm. b) [údaje z agendového informačního systému evidence obyvatel podle zákona o evidenci obyvatel] a písmeno c) téhož odstavce [údaje z agendového výpomocného systému cizinců podle § 158 zákona č. 326/1999 Sb.], dle nichž jsou exekutorovi poskytovány údaje pro provádění exekucí. Úsměvné v této souvislosti rovněž je, že v případě cizinců (tedy i občanů EU) Policie České republiky sdělí údaje ve shora uvedeném slova smyslu i vlastníkoví vymezené části objektu (srov. § 159 odst. 10 zákona o pobytu cizinců).

a s mnoha dalšími aspekty každodenního života. Kapitoulou samu pro sebe je v tomto ohledu například doručování v občanském soudním řízení, a to zvláště za účinnosti zákona č. 7/2009 Sb. – srov. § 46 písm. a) o.s.ř.

V souladu s právě uvedeným lze tedy podle mého učinit dílčí závěr svědčící o tom, že institut trvalého pobytu občana České republiky má – ač se to tak díky současné liberální právní úpravě nemusí na první pohled jevit – velký význam a může se velmi negativně projevit do osobní sféry každého z nás. A to nejen přímo, ale třeba i neblahým ovlivňováním výsledků obecních voleb, v minulosti praktikovaným kupčením s trvalým pobytem zvláště sociálně slabých občanů za účelem dosažení většího množství finančních prostředků v rámci rozpočtového určení daní pro jednotlivé obce,¹¹ zneužíváním některých výhod, kde kritériem pro jejich dosažení je právě místo trvalého pobytu (jako je například možnost parkovat ve vyhrazených částech obce podle § 23 zákona č. 13/1997 Sb.)¹² atd.

¹¹ Srov. Jirsa, Z. Získávání občanů finančně motivovanou změnou místa trvalého pobytu. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>,[dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 10 – 12.

¹² Srov. Dellin, L. Některé praktické dopady současného systému hlášení místa trvalého pobytu. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>,[dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 51 – 54.

3. INSTITUT MÍSTA TRVALÉHO POBYTU OBČANA EU A JEHO RODINNÝCH PŘÍSLUŠNÍKŮ^{13 14}

Zmiňovaný zákon o pobytu cizinců na území České republiky upravuje (společně se zákonem o azylu) pohyb cizinců na území České republiky. Přitom, jak ostatně plyne z logiky naznačeného, právní řád České republiky rozeznává tři velké skupiny cizinců pobývajících na jejím území: 1) azylanté (podmínky jejich pobytu upravuje zvláštní zákon), 2) občané EU a jejich rodinní příslušníci, 3) cizinci ze třetích zemí. V následující části příspěvku se budou zabývat toliko právě vymezenou druhou skupinou, resp. přesněji toliko vybranými aspekty místa trvalého pobytu těchto osob na území České republiky, tak jak ho zná současná právní úprava, tedy zejména zákon o pobytu cizinců. Využiji přitom jistého srovnání s trvalým pobytem občana České republiky – ostatně proto jsem se jím výše alespoň schematicky zabýval.

Pokud tedy bylo u trvalého pobytu občana České republiky konstatováno, že má toliko evidenční charakter, pak u cizinců – tedy i u občanů EU a jejich rodinných příslušníků – platí, že tito musí změnu trvalého pobytu hlásit (srov. § 93 zákona o pobytu cizinců). Nenahlášení změny trvalého pobytu totiž vede ke zrušení platnosti průkazu u povolení k trvalému pobytu (§ 87z odst. 2 citovaného zákona). Cizinec k objektu, jeho části, musí prokázat vlastnický vztah nebo oprávněnost jeho používání. Takový objekt označený číslem popisným, evidenčním či orientačním musí být určen k bydlení nebo rekreaci. Ač se tyto podmínky mohou, už právě ve srovnání se zákonem o evidenci obyvatel, zdát triviální, je naopak skutečností, že právní úprava těchto náležitostí se v rámci zákona o pobytu cizinců, vyvíjela složitě a byla značně proměnlivá. Příslušná zákonná ustanovení oscillovala například mezi situací, kdy občan EU nemusel doložit svůj vlastnický či jiný vztah k místu

¹³ Pobyt občana EU a jeho rodinných příslušníků je upraven zejména v hlavě IVa zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“). Hlava IVa byla do zákona o pobytu cizinců včleněna zákonem č. 217/2002 Sb. a od té doby byla několikrát novelizována. Pokud je Díl 1 této hlavy nadepsán jako „Pobyt občana EU a jeho rodinných příslušníků“, je dobré vědět, že se jedná toliko o zastřešující pojem, kdy se občanem EU myslí i občan členského státu Schengenské dohody – srov. k tomu důvodová zpráva [srov. k tomu důvodová zpráva k zákonu č. 217/2002 Sb. – zvláště obecná část; viz sněmovní tisk č. 1164/0, 3. volební období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky]. Aktuálně se tedy jedná o osoby mající státní příslušnost některého z členských států EU a dále o osoby se švýcarskou, norskou, lichtenštejnskou a islandskou státní příslušností.

¹⁴ Tato část příspěvku byla zpracována podle referátu JUDr. Pavla Pořízka, Evidence trvalého pobytu cizince a občana (některé problémové momenty cizinecké právní úpravy): Pořízek, P. Evidence trvalého pobytu cizince a občana (některé problémové momenty cizinecké právní úpravy). In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL <<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 23 – 29.

svého trvalého pobytu buď vůbec (nemusel totiž k získání trvalého pobytu předložit doklad o zajištění ubytování), nebo toliko tak, že zákon sice vyžadoval doklad o tomto vztahu, ale náležitosti dokladu nespécifikoval. Rovněž poměrně dlouho zákon o pobytu cizinců nespécifikoval nároky kladené na kvalitu ubytování v místě trvalého pobytu cizince (tedy mj. občana EU).¹⁵ Nápravu v tomto ohledu přinesl až zákon č. 379/2007 Sb., kterým byl novelizován § 71 odst. 2 [citované ustanovení dopadá na cizince ze třetích zemí] a § 87i odst. 2 zákona o pobytu cizinců [citované ustanovení dopadá na občany EU a jejich rodinné příslušníky]. Věnoval-li jsem se výše některým aspektům trvalého pobytu občana České republiky podle zákona o evidenci obyvatel a zmínil-li jsem poněkud problematické postavení vlastníků vymezené části objektu – tedy vlastníků bytu, kdy se tito mohou stát lehce „součástí“ exekučního řízení, jež je vedeno například proti jejich (bývalému) nájemci, který měl v jejich bytě trvalý pobyt, pak tato situace může samozřejmě nastat i v případě, že nájemcem je občan EU. Alespoň částečné řešení v tomto směru přinesl již shora citovaný zákon č. 379/2007 Sb., který do zákona o pobytu cizinců včlenil § 98a. Podle tohoto ustanovení může vlastník objektu (jeho vymezené části) či osoba oprávněná k užívání objektu (jeho vymezené části) navrhnout ministerstvu výmaz údaje o hlášení místa pobytu. Je přitom zjevné, že ustanovení § 98a zákona o pobytu cizinců bylo zjevně inspirováno § 12 zákona o evidenci obyvatel.

4. ZÁVĚR

Evropská integrace je fenomén, o kterém se dnes mluví na každém kroku. Jak příznivci, tak odpůrci tohoto integračního projektu často plameně (a více či méně zasvěceně) hovoří o nových principech a institutech, které evropské právo do českého právního řádu vneslo, resp. o institutech, jež český právní řád již znal, ale které mají nyní zcela nový – evropský – rozměr. Na institutu trvalého pobytu se přitom naznačené aspekty interakce mezi českým a evropským právem výrazně projevují, přitom mnohdy právě až konkrétní národní úprava reagující na tu, kterou část evropského práva skutečně odhalí, jaká ta naše sjednocená Evropa skutečně je.

¹⁵ Zákon znal (a stále zná) toliko podmínku přiměřeného ubytování poskytovaného ubytovatelem za úhradu [§ 100 písm. d) zákona o pobytu cizinců]. Ona přiměřenost je přitom odvozována z úrovně, jakou poskytují běžně ostatní ubytovatelé.

Literatura a prameny:

- Dellin, L. Některé praktické dopady současného systému hlášení místa trvalého pobytu. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 51 – 54.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 217/2002 Sb. – zvláště obecná část; viz sněmovní tisk č. 1164/0, 3. volební období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 239/2008 Sb. – zvláštní část – K ČÁSTI ŠESTÉ – Změna zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel – bod 23; viz sněmovní tisk č. 395/0, část č. 1/2, 5. volební období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky.
- European NAVigator [databáze online]. Château de Sanem (France) : Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, 2004 – 2010 [citováno 31. 10. 2010]. Dostupné z URL <<http://www.ena.lu/>>. Databáze ke studiu evropské integrace.
- Fiedler M., Fiedlerová, D. Trvalý pobyt a jeho právní dopady, Bulletin advokacie. 2006, č. 5, s. 19 – 21, ISSN 1210-6348.
- Grabitz, E. Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft. Köln : Europa-Union Verlag, 1970, 117 s.
- Grawert, R. Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft, Der Staat : Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. 1984, svazek 23, s. 179 a násl.
- Jirsa, Z. Získávání občanů finančně motivovanou změnou místa trvalého pobytu. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni->

- cinnost/sborniky-z-konferenci/>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 10 – 12.
- Klemens, Fischer, H. Der Vertrag von Lissabon : Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag mit einem Geleitwort von Benita Ferrero-Waldner. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos, 2008, 543 s., ISBN 978-3-8329-3218-3.
 - Pořízek, P. Evidence trvalého pobytu cizince a občana (některé problémové momenty cizinecké právní úpravy). In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 23 – 29.
 - rozsudek SD z 20. září 2001, ve věci Rudy Grzelczyk vs. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, C-184/99, Sb. rozh. s. I-06193.
 - Šimíček, V. Trvalý pobyt – vybrané aspekty. In Sborník z konference Trvalý pobyt pořádané 25. října 2007 v Kanceláři veřejného ochránce práv [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.ochrance.cz/dalsi-cinnost-ochrance/publikacni-cinnost/sborniky-z-konferenci/>>, [dostupné pouze online, ISBN nepřiděleno], str. 5.
 - usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, čj. 2 As 64/2005-108, dostupné v internetové databázi Nejvyššího správního soudu – Databáze rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší správní soud, 2003 [citováno 15. 10. 2010]. Dostupné z URL<<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=AnonymZneniList&menuactive=;ml120;ml119;ml119;ml120;>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

Contact – email
110303@mail.muni.cz

**PRÁVO PROTI DOMÁCÍMU
NÁSILÍ**

***LAW PROTECTION AGAINST
DOMESTIC VIOLENCE***

PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTUPU POLICIE ČESKÉ REPUBLICKY V PŘÍPADECH DOMÁCÍHO NÁSILÍ

PAVEL ANDRLE

Právnická fakulta, katedra občanského práva, Masarykova univerzita, Česká
republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá problematikou domáceho násilí, a to zvlášť s ohľadom na právny rámec pôsobení Policie České republiky, včetně interních pokynů policejního prezidenta. V příspěvku je sledován vývoj právní úpravy od doby předlistopadové do současnosti.

Key words in original language

Domáci násilí; vykazání; předběžné opatření.

Abstract

The article deals with the issue of domestic violence, particularly with regard to the legal framework for the intervention of the Czech Police, including the internal guidelines of the Police President. The article follows the progression of the access rules from the period before 1989 to the present.

Key words

Domestic violence; deportation; relief.

1. POJEM A DEFINICE

Domáci násilí je jev, který je přítomen ve všech společnostech a který má hluboké historické kořeny. V minulosti byl tento jev považován za soukromý problém¹, do kterého by okolí nemělo zasahovat. V současnosti je problém domáceho násilí považován za závažný společenský problém, který má negativní dopady nejen v oblasti sociální, ale i ekonomické a politické.

Při definování pojmu domáceho násilí se zpravidla vychází z obecných definic násilí, za něž je považováno „zlé nakládání, tělesné útoky, pohružky obdobným násilím, nebo jednáním, které působí újmu na fyzickém,

¹ Růžička, M. Domáci násilí - impulsy ze zahraničních trestněprocesních úprav, návrhy de lege ferenda pro trestní právo. Praha : Trestněprávní revue. 2003, č. 8 : “se postupně daří překonat dosavadní převládající přístupy ve společnosti, které většinou vycházely z toho, že domáci násilí je problémem soukromým, přičemž platná právní úprava tomuto lhostejnému přístupu k obětem domáceho násilí nezřídka odpovídá.”

sexuálním, nebo psychickém zdraví.²“, kde cílem je ublížit, poranit nebo zabít³. Typické pro domácí násilí je to, že se projevuje jako násilí nikoliv mezi osobami, které se náhodně setkaly a třeba se ani neznají, ale naopak k němu dochází v těch nejužších komunitách, jakými jsou rodiny a jim podobné formy soužití osob ve společné domácnosti⁴. Pachatel zneužívá postavení, které má ve vztahu k osobám, jež jsou s ním spojeny materiální nebo citovou závislostí⁵.

Domácí násilí, neboli násilí v rodině, je velmi závažným patologickým společenským jevem s vysokou latencí. Má řadu různých projevů a forem: psychické násilí, fyzické násilí a sexuální násilí a jejich kombinace, zahrnující všechny členy rodiny: ženy, děti, muže, seniory⁶.

Podle Metodického pokynu ředitele Úřadu služby kriminální policie a vyšetřování Policejního prezidia České republiky č. 2/2004 se „Domácím násilím rozumí opakované, dlouhodobé a stupňující se násilí, kterého se dopouštějí dospělí nebo mladiství na svých blízkých (obětí mohou být manžel/manželka, druh/družka, rozvedení manžel/manželka, dítě, rodič, prarodič). Domácí násilí má podobu fyzického, psychického, sexuálního, ekonomického či jiného násilí, nejčastěji jejich kombinace. Domácí násilí se liší od ostatních forem delikventního chování tím, že je násilím ve vztahu osob, vytváří vztah závislosti oběti na pachateli a je zaměřeno na získání moci pachatele nad obětí.“

2. ZNAKY DOMÁCIHO NÁSILÍ

Oproti jiným druhům násilí je pro domácí násilí charakteristické místo, osoby a okolnosti, za nichž je pácháno.

Za charakteristické znaky tak můžeme za prvé považovat jeho opakování a dlouhodobost. Příležitostný a ojedinelý skutek (útok) tak nemůže být subsumován pod pojem (hypotézu) domácí násilí, byť by následky byly sebedestruktivnější. Druhým znakem je eskalace násilí, tj. Postupný nárůst intenzity násilí, jako typicky přechod od psychického násilí k násilí

² Huňková, M., Voňková, J. a kol. Domácí násilí v českém právu z pohledu žen. Praha : proFem, 2004, s. 11. dále např. Králíčková, Z., Dávid, R. Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum. 2008, č. 10.

³ Králíčková, Z. Občanskoprávní aspekty domácího násilí de lege ferenda. Bulletin advokacie. 2003, č. 8.

⁴ Baxa, J. Domácí násilí a právní možnosti jeho řešení. Praha : Trestněprávní revue. 2002, č. 10. Shodně např. Vantuch, P. Domácí násilí. Právní rádce. 2003, č. 12.

⁵ Op. cit 1).

⁶ Vykopalová, H. Násilí v rodině. Kriminalistika, 2001, č. 4.

fyzickému, potažmo až k ohrožení života. Třetím znakem je jasné rozdělení rolí, tj. pachatele a poškozené(ho), kdy pachatelem je vždy jedna osoba, poškozenou(ným) je osoba druhá⁷. Posledním, čtvrtým znakem domácího násilí je považováno místo, kde k němu dochází, tj. v místě společného obydlí.

Podle policejní metodiky⁸ musí být výše uvedené znaky kumulativně splněny, aby se jednalo o domácí násilí.

Jako další znaky, jež však nemusí být splněny, jsou uváděny cykličnost domácího násilí a vzájemný blízký vztah oběti a pachatele.

3. VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY

3.1 PŘED ROKEM 1989

Jelikož komunistická ideologie byla mimo jiné postavena na hesle „rodina – základ státu“ a komunistický režim všeobecně popíral vše, co bylo mimo „normu“, nelze se divit, že právní úprava zcela chyběla a samotné téma bylo tabuizované⁹. Žádná právní ochrana tak neexistovala, vyjma skutků, které naplnily hypotézu jiného trestného činu, jako např. vražda.

3.2 DO 31.5.2004

Bohužel, ani po převratu nenastal obrat k lepšímu, a to po více než 14 let. Domácí násilí bylo většinou Policií ČR řešeno v rámci přestupkového řízení, typicky podle § 49 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, jako přestupek proti občanskému soužití. V nejzávažnějších případech bylo možno potrestat pachatele v režimu trestního zákona. Jak uvedl J.Fenyk¹⁰, v úvahu přichází (řazeno chronologicky podle ustanovení tehdy platného a účinného trestního zákona¹¹) celá řada skutkových podstat trestných činů, např. maření výkonu úředního rozhodnutí (§ 171), křivé obvinění (§ 174), křivá výpověď (§ 175), nedovolené ozbrojování (§ 185), násilí proti skupině

⁷ Čírtková, L. Soužití s násilným partnerem. *Právo a rodina*, 2006, č. 10, Hovoří se o asymetrickém vztahu mezi partnery.

⁸ Závazný pokyn policejního prezidenta č. 179/2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí a Závazný pokyn policejního prezidenta č. 200/2008 ze dne 22. prosince 2008, o provádění vykázaní.

⁹ Čírtková, L., Domácí násilí. *Policejní akademie*. Citováno 27.10.2010. Dostupný z <http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf>

¹⁰ Fenyk, J. Některé úvahy o postizitelnosti „domácího násilí“ z hlediska současného trestního práva i záměru „de lege ferenda“. *Právní rozhledy*, 2002, č. 12. Trestné činy dle zákona č. 140/1961 Sb., Trestní zákon.

¹¹ Zákon č. 140/1961 Sb., Trestní zákon, účinný do 31.12.2009.

obyvatelů a proti jednotlivci (§ 197a), výtržnictví (§ 202), ohrožování mravnosti (§ 205), pomluva (§ 206), zanedbání povinné výživy (§ 213), týrání svěřené osoby (§ 215), únos (§ 216), ohrožování mravní výchovy mládeže (§ 217), podávání alkoholických nápojů mládeži (§ 218), vražda (§ 219), ublížení na zdraví (§ 221, 222), účast na sebevraždě (§ 230), omezování osobní svobody (§ 231), zbavení osobní svobody (§ 232), loupež (§ 234), vydírání (§ 235), porušování domovní svobody (§ 238), znásilnění (§ 241), pohlavní zneužívání (§ 242 a 243), soulož mezi příbuznými (§ 245), krádež (§ 247), neoprávněné užívání cizí věci (§ 249), neoprávněný zásah do práva k domu, bytu nebo nebytovému prostoru (§ 249a), poškozování cizí věci (§ 257) atd. Hlavním problémem bylo ustanovení o souhlasu poškozeného s trestním stíháním¹², kterýžto mohl být po celou dobu trestního řízení vzat zpět, což vyšetřovatele Policie ČR nemotivovalo, ba právě naopak. Je nasnadě, že mnohé vzetí zpět souhlasu se stíháním nebylo učiněno dobrovolně.

3.3 OD 1.6.2004

Zákonem č. 91/2004 Sb. byla do zákona č. 140/1961 Sb., Trestní zákon, s účinností od 1.6.2004, zakotvena v § 215a nová skutková podstata trestného činu „Týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě“, čímž konečně došlo ke kriminalizaci tohoto závadného jednání pachatelů domácího násilí; na druhou stranu, právo poškozených nebylo nijak řešeno, což se však z povahy trestního zákona ani neočekávalo.

3.4 OD 1.1.2007

Zákonem č. 135/2006 Sb. byla s účinností od 1.1.2007 komplexně upravena problematika domácího násilí v mimo trestní oblasti, když zcela nově zakotvil institut vykázání a upravil vznik intervenčních center. Zákon tak řeší palčivé otázky domácího násilí z prevenčního úhlu pohledu.

4. PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTUPU POLICIE ČR PŘED 1.6.2004

Postavení, práva a povinnosti Policie ČR byly v rozhodné době upraveny v zákoně č. 283/1991 Sb., o Policii ČR.

Policie v případech, kdy bylo oznámeno domácí násilí, musela postupovat zcela shodně jako u jiných oznámení, což znamenalo, že měla pravomoc vstupovat do obydlí a zasáhnout pouze v případě, kdy došlo v místě samém k protiprávnímu jednání vůči objektu chráněného trestním zákonem, tedy k jednání ohrožujícímu život, právo a majetek občanů.

¹² Op. cit. 10, „Zkušeni policisté zpravidla nespěchají s trestním stíháním tam, kde vědí, že poškozený může kdykoliv (tedy až do doby, kdy se odvolací soud odebere k závěrečné poradě) jejich práci "vynulovat". Tento "demotivující" faktor sám o sobě přispívá ke snížené účinnosti trestního postihu domácího násilí.

Policie tak mohla využít pouze obecných institutů zakotvených v zákoně, jako např. § 6 zákona, podle něhož měl policista povinnost jednat jak s obětí tak i s pachatelem tak, aby v souvislosti s policejním zákrokem nevznikla bezdůvodná újma. Musela být zachována přiměřenost zásahu do práv a svobod. Dále § 7, který zakotvoval povinnost policisty provést služební zákrok, služební úkon, popřípadě opatření nezbytná k provedení služebního zákroku nebo služebního úkonu, je-li páčán trestný čin, přešupek, či existuje-li důvodné podezření z jejich páčání. Zde je si nutné uvědomit, že domácí násilí se v době před zakotvením trestného činu § 215a Trestního zákona, se málokdy vyznačovalo takovou intenzitou, aby byla naplněna skutková podstata jiného trestného činu. Dále podle § 12 zákona bylo zakotveno oprávnění policisty požadovat vysvětlení od osoby, která může přispět k objasnění skutečností důležitých pro odhalení přešupku (nikoli trestného činu) a povinnost policie předem poučit osobu o možnosti odepřít vysvětlení. Policista byl podle § 14 zákona oprávněn zajistit osobu (pachatele, podezřelého), a to na dobu nejdéle 24 hodin od okamžiku omezení osobní svobody. Dále oprávnění ve smyslu § 16 zákona k omezení pohybu agresivních osob. Volný pohyb mohl být osobě omezen do té doby, dokud od svého jednání neupustí nebo může být umístěna nejdéle na 2 hodiny v policejní cele. Policista podle § 17 zákona měl oprávnění odebrat zbraň. Policista byl oprávněn se přešvedčit, jestli u sebe zajištěná či předvedená agresivní osoba, nemá zbraň. Po předchozí marné výzvě na vydání zbraně byl taktéž oprávněn ji odebrat. Policie měla podle § 21 zákona oprávnění otevřít byt nebo jiný uzavřený prostor, oprávnění k použití donucovacích prostředků (hmaty a chvaty, pouta, pes,..) ve smyslu § 38 zákona, oprávnění k použití zbraně podle § 39 zákona.

V mnoha případech pak docházelo k tomu, že policisté přivolání na místo činu řešili věc opětne pouze domluvou, neboť o problematice domácího násilí vůbec nevěděli, nebyli informováni a přeškoleni.

5. PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTUPU POLICIE ČR PO 1.6.2004

Jak již bylo výše uvedeno, dne 1.6.2004 nabyly účinnosti zákon č. 91/2004 Sb., kterým byl novelizován a doplněn zákon č. 140/1961 Sb., Trestní zákon a který upravil nový trestný čin, nazvaný „Týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě“. Zákonodárce¹³ v důvodové zprávě správně uvedl, že „nebezpečnost a specifčnost jevu domácího násilí vyžaduje zavedení nové skutkové podstaty trestného činu, založené na jiné podstatné, sjednocující náležitosti (znaku), než na jakých spočívají možnosti platné právní úpravy. Takovým rozhodným znakem je nepochybně místo trestného činu, tzn. společně obývaný, ve kterém se "za zavřenými dveřmi", tj. se zneužitím privátnosti tohoto prostoru, odehrává (často zcela skrytě) týrání

¹³ Senát Parlamentu ČR. Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění trestní zákon. Informační systém ASPI, č. LIT23780CZ.

osob, především osob blízkých.“ Zákonodárce tak vytvořil samostatnou skutkovou podstatu zahrnující pouze „domácí násilí“, vyjadřující specifický znak tohoto trestného činu, tj. páčání trestného činu vůči osobám blízkým, vzájemná závislost pachatele a oběti a ztížená možnost toto společné obydlí opustit. Trvalost pachatelova jednání je nutno posuzovat v závislosti na intenzitě zlého nakládání. Nevyžaduje se, aby šlo o jednání soustavné nebo delší dobu trvající nebo aby oběť měla následky na zdraví. Zvláštností tohoto trestného činu je, že se nevyžaduje souhlas poškozené osoby.

Doposud tak neexistovala soukromoprávní ochrana obětí tohoto trestného činu¹⁴.

6. PRAVOMOCI POLICIE ČR PO ÚČINNOSTI ZÁKONA Č. 91/2004 SB.

Bohužel, přijetím zákona č. 91/2004 Sb. se pravomoci a oprávnění Policie ČR vůbec nezměnili. Stále byl účinný zákon č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, který však zůstal nezměněn, snad vyjma skutečnosti, že oběť nemusela s trestním stíháním souhlasit ve smyslu § 163 zákona č. 141/1960 Sb., trestní řád.

Policisté se tak museli naučit rozpoznat nový trestný čin, k čemuž jim však zákonodárce nijak nepomohl. Neexistoval totiž zpočátku žádný závazný (metodický) pokyn¹⁵.

Až dne 10.9.2004 byl ředitelem úřadu SKPV PP ČR Petrem Želáskem vydán Metodický pokyn ředitele Úřadu služby kriminální policie a vyšetřování Policejního prezidia České republiky č. 2/2004 (dále též „Metodický pokyn 2004“), který upravoval postup Policie ČR při řešení případů domácího násilí.

Metodický pokyn 2004 měl 14 článků. Nejprve byly osvětleny specifika § 215a trestního zákona (zák. č. 140/1961 Sb.), jako např. pojmy, znaky, formy domácího násilí a jeho možné příčiny. Dále je popsán pachatel domácího násilí a jeho chování, pak následuje pokyn ohledně oběti. Klíčovými pro postup Policie ČR v případech domácího násilí však byl podle mého názoru čl. 10 až 14, kde byly uvedeny jednak úkoly policie v případech přijetí oznámení o domácím násilí, postupem policie na místě činu, jejich povinnostmi a oprávněními, dále pokyny ohledně dokumentace a pokyn ohledně spolupráce se státními orgány i neziskovými organizacemi. Podle Metodického pokynu byli policisté povinni zkoumat u konkrétního

¹⁴ Králíčková, Z. Civilněprávní postih domácího násilí – utopie nebo efektivní budoucí právní úprava. *Právo a rodina*. 2004, č. 12.

¹⁵ Závazný pokyn policejního prezidenta č. 179/2006 ze dne 27.11.2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí.

případu domácího násilí, zda se jedná o útok jednorázový, nebo zda se jedná o dlouhodobější činnost, a to z důvodu znaku § 215a zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon. Metodický pokyn 2004 správně upřednostnil ochranu oběti před postihem pachatele.

7. PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTUPU POLICIE ČR PO 1.1.2007

Zákonem č. 135/2006 Sb., který nabyl účinnosti 1.1.2007, byl mimo jiné¹⁶ stanoven postup Policie ČR přímo do zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky. Nová právní úprava byla zakotvena v § 21a až § 21d, která umožňovala Policii ČR rozhodovat o vykázaní ze společného obydlí a vstupu do něj.

Vykázání je aktem netrestní povahy, který jednak chrání oběť, které dává čas k řešení nastalé situace dalšími procesními prostředky¹⁷ (prevence) a jednak znemožňuje pachateli v jeho konání dále pokračovat¹⁸.

Policie ČR tak získala pravomoc vykázat na dobu 10 dnů pachatele ze společné domácnosti a nejbližšího okolí a zamezit mu vstupu do obydlí, a to (i) bez souhlasu oběti, případně, nebyl-li pachatel při zákroku přítomen, mu vstup do společného obydlí zakázat.

Nejbližším okolím se v zákoně rozumělo okolí obydlí, byť zákon umožňoval podle mého soudu rozsah širší, neboť „Územní rozsah vykázaní se určí podle míry požadavku účinné preventivní ochrany osoby ohrožené útokem (...)“, což je vymezení neurčité, vhodné pro volnou úvahu při zákroku samém.

Problémem, který však není právní povahy, je schopnost na místě zasahujícího policisty se kvalifikovaně rozhodnout, tj. určit, zda se oznámením nesleduje jiný účel, popř. zda jsou splněny podmínky pro vykázaní.

Policista zasahující na místě musel do 24 hodin od vstupu do společného obydlí vyhotovovat písemné rozhodnutí o vykázaní ve správním řízení, na což měl připraven formulář. Toto rozhodnutí o vykázaní bylo vykonatelné od okamžiku sdělení osobě, proti které směřovalo, resp. od chvíle, kdy se o něm dozvěděla. Vykázaný měl možnost podat proti rozhodnutí odvolání,

¹⁶ V části druhé byly do zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, zakotvena možnost předběžného opatření v případech domácího násilí, a v části čtvrté byly do zákona č. 100/1988 Sb., o sociálním zabezpečení, zakotvena intervenční centra.

¹⁷ Předběžné opatření ve smyslu § 76b OSŘ.

¹⁸ Kočová, K. Domácí násilí a tzv. Vykázání – nový institut právního řádu ČR. Bulletin advokacie. 2007, č. 10.

kteřé však nemělo z pochopitelných důvodů odkladný účinek. Policista měl povinnost ve stejné lhůtě, tj. do 24 hodin od vstupu do obydlí, rozhodnutí o vykázání doručit příslušnému intervenčnímu centru.

Vykázaný musel odevzdat policistovi všechny klíče od společného obydlí a směl si za asistence Policie ČR odnést věci sloužící její osobní potřebě, osobní cennosti a dokumenty a ve lhůtě 24 hodin od výkonu rozhodnutí další osobní věci a věci nezbytné pro podnikání nebo povolání vykázaného.

Policista byl povinen poskytnout vykázanému informace o možnostech ubytování a poskytnout mu i součinnost¹⁹, poučit jej o jeho právech a povinnostech a o dalším postupu ve věci a vyžádat si od vykázaného adresu pro doručování.

Policista musel poučit ohroženou osobu o možnosti podání návrhu na vydání předběžného opatření podle zákona č. 99/1963 Sb., a o možnosti využití psychologických, sociálních nebo jiných služeb v oblasti pomoci obětem násilí.

Pokud ohrožená osoba podala ve lhůtě 10 dnů od data vykázání návrh na vydání předběžného opatření, trvalo vykázání (minimálně) do doby rozhodnutí soudu o návrhu. V případě kladného rozhodnutí trvá předběžné opatření jeden měsíc od jeho vykonatelnosti²⁰. Bylo-li před uplynutím trvání předběžného opatření zahájeno řízení ve věci samé, mohl předseda senátu rozhodnout o prodloužení doby trvání předběžného opatření, a to až na jeden rok od okamžiku jeho nařízení²¹.

Police měla povinnost do tří dnů provést u ohrožené osoby kontrolu, zda je vykázání dodržováno, a to jak osobou vykázaného, tak osobou ohroženého.

Dne 27.11.2006 byl k provedení vykázání vydán interní pokyn – Závazný pokyn policejního prezidenta č. 179/2006 ze dne 27.11.2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí.

Postup policejního orgánu byl založen na sedmi základních principech. Za prvé, úkolem policie je nejen vyšetřování trestného činu nebo přestupku, ale i ochrana ohrožené osoby, dále, v případech domácího násilí musí policie zaměřena na pomoc ohrožené osoby a zastavení dalšího násilí; v případě, že

¹⁹ Mates, P. Příspěvek k právnímu řešení problému domácího násilí. Právní zpravodaj. 2007, č. 5.

²⁰ K předběžnému opatření ve věcech vykázání viz Čuhelová, K. Počátek lhůty trvání předběžného opatření podle § 76b OSŘ. Právní rozhledy. 2008, č. 22.

²¹ Současná právní úprava je shodná.

ve společném obydlí bydlí i nezletilá osoba, je policista povinen zkoumat, zda nedošlo k naplnění skutkové podstaty trestného činu týrání svěřené osoby podle § 215 zák. č. 140/1961 Sb., příp. § 217 zák. č. 140/1961 Sb. Dále, vykázání je opatřením netrestní povahy, nenahrazuje sankci. Pod pátým bodem je zařazen klíčový princip, který stanoví, že vykázání je přípustné pouze tehdy, je-li to nezbytné k ochraně života, zdraví, práv a svobod ohrožené osoby a je přípustné i proti její vůli. V dalším bodě je stanoveno, že při použití institutu vykázání je upřednostněno právo na ochranu zdraví, života a lidské důstojnosti před právem vlastnickým a právem na nedotknutelnost obydlí. V posledním bodě je de facto opětovně citován § 6 zák. č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, který stanoví, že policista měl povinnost jednat jak s obětí, tak i s pachatelem tak, aby v souvislosti s policejním zákrokem nevznikla bezdůvodná újma a byla zachována přiměřenost zásahu do ústavně zaručených práv a svobod.

8. PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTUPU POLICIE ČR PO 1.1.2009

Dne 1.1.2009 nabyl účinnosti zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, jímž byl (staro)nově upraven institut vykázání (Hlava VII, § 44 až § 47).

Hlavní procesní změna spočívala ve zrušení nutnosti vyhotovovat rozhodnutí ve správním řízení; vykázání má tak povahu opatření, což znamená administrativní odbřemenění policistů.

Vykázaná osoba má namísto opravného prostředku ve formě odvolání možnost podat námitky, a to krajskému ředitelství, a to buď zasahujícímu policistovi, nebo písemně. Shledá-li odvolací orgán vykázání nedůvodným, vykázání ukončí.

Policista musí oproti úpravě předešlé vyrozumět do 24 hodin od vstupu do společného obydlí nejenom příslušnému intervenčnímu centru, ale i soudu, který je příslušný k rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření podle zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád. Tato úprava reflektuje praktickou zkušenost, kdy soudy potřebují mít maximum informací²² k řízení o předběžném opatření²³.

Byla zrušena povinnost Policie ČR kontrolovat, zda i ohrožená osoba dodržuje podmínky vykázání.

²² Viz také Svoboda, K. Soudní praxe při vykazování násilníka k bytu. Právní rozhledy. 2007, č. 5.

²³ Vláda ČR. Důvodová zpráva k návrhu zákona o Policii České republiky. Informační systém ASPI, č. LIT30547CZ.

Změnil se i rozsah zákazu pro vykázanou osobu, neboť v účinné právní úpravě je zakázáno kontaktovat a setkávat se s osobou ohroženou²⁴.

V dalším zůstaly povinnosti Policie ČR shodné, jako v předešlé právní úpravě.

8.1 METODICKÉ POKYNY K PROVEDENÍ VYKÁZÁNÍ

K provedení vykázání byl vydán policejním prezidentem interní předpis – Závazný pokyn policejního prezidenta č. 200/2008 ze dne 22. prosince 2008, o provádění vykázání²⁵.

Tak jako v Metodickém pokynu z roku 2004, i zde jsou na jeho začátku vysvětleny základní pojmy, postup pro vyhodnocení útoků. Dále je podrobně metodicky upraven institut vykázání, a to podrobněji, než je uvedeno v zákoně o Policii ČR č. 273/2008 Sb. V ostatním se Závazný pokyn z r. 2008 příliš neliší od Metodického pokynu z r. 2004, nebudu je proto dále rozvádět.

9. ZÁVĚR

Společnost urazila od dob komunismu velice dlouhou cestu; v této souvislosti je velmi pozitivní, že se Česká republika dokázala přiřadit ke státům, které v oblasti ochrany zdraví a lidské důstojnosti vytvořily účinnou ochranu proti trestné činnosti, jež byla a je páchána za zdmi bytů a domů a která byla v minulosti zcela přehlížena, resp. její přítomnost dokonce aktivně popírána.

Do roku 2004 měla Policie ČR shodné nástroje k řešení domácího násilí, jako v případě jiné trestné činnosti, resp. přestupků; tyto nástroje se však ukázaly být zcela nedostačujícími.

Od 1.6.2004 se Česká republika zařadila po bok států, které se alespoň svojí sankční politikou zařadila po bok vyspělých států, když zakotvila do Trestního zákona nový trestný čin domácího násilí. Stále však chyběla právní úprava, která by umožňovala prevenci v rovině občanskoprávní (soukromoprávní) a ochránila tak oběť před dalším působením pachatele před tím, než nastoupí sankce v podobě trestního postihu pachatele.

²⁴ K protiprávnímu kontaktování a setkávání se s ohroženou osobou viz Visinger, R. Jak postihovat stalking. Zamyšlení nad novou právní úpravou. *Trestněprávní revue*. 2009, č. 11. Nebo Čuhelová, K., Právní nástroje před neoprávněným sledováním a obtěžováním. *Právní rozhledy*. 2010, č. 15.

²⁵ Závazný pokyn z r. 2008 zrušil Závazný pokyn policejního prezidenta č. 179/2006 ze dne 27.11.2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí, který měl podobný obsah.

Prevence ve formě vykázání pachatele a možnosti podat návrh na předběžné opatření, které může trvat až rok od jeho vyhlášení, byla do českého právního řádu zakotvena až od 1.1.2007. Prevence se tak účinně pojí se sankcí, umožňuje komplexní řešení problému de facto od jeho počátku a může tak účinně zabránit jak rozvinutí domácího násilí, tak řešit již situaci vyhrocenou.

Problémem, který je však v lidské společnosti neřešitelný, neboť vychází právě z povahy člověka jakožto nedokonalého subjektu, je rozhodovací pravomoc policisty při řešení konkrétního skutku. Je pouze na zasahujícím policistovi, aby správně vyhodnotil situaci, což je však nutné podpořit jeho adekvátním vzděláním a neustálým školením. K tomu pomáhají policistům pokyny policejního prezidenta, jako Závazný pokyn policejního prezidenta č. 200/2008 ze dne 22. prosince 2008, o provádění vykázání. Tento pokyn za klíčové priority stanovil upřednostnění ochrany ohrožené osoby oproti vyšetřování trestného činu nebo přestupku, prioritou zaměření policie na pomoc ohrožené osoby a zastavení dalšího násilí, stanovení přípustnosti vykázání pouze tehdy, je-li to nezbytné k ochraně života, zdraví, práv a svobod ohrožené osoby, přípustnost vykázání i proti vůli ohrožené osoby, upřednostnění institutu vykázání jako práva na ochranu zdraví, života a lidské důstojnosti před právem vlastnickým a právem na nedotknutelnost obydlí, princip jednání policisty s obětí i s pachatelem tak, aby v souvislosti s policejním zákrokem nevznikla bezdůvodná újma a byla zachována přiměřenost zásahu do ústavně zaručených práv a svobod.

Současná právní úprava tak umožňuje spojit prevenci v rovině soukromoprávní se sankční, trestní politikou státu, což v tomto směru zařadilo Českou republiku mezi státy s vyspělou právní kulturou.

Literature:

- Baxa, J. Domácí násilí a právní možnosti jeho řešení. Praha : Trestněprávní revue. 2002, č. 10.
- Čírtková, L. Soužití s násilným partnerem. Právo a rodina, 2006, č. 10
- Čírtková, L., Domácí násilí. Policejní akademie. Citováno 27.10.2010. Dostupný z <http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf>
- Čuhelová, K. Počátek lhůty trvání předběžného opatření podle § 76b OSŘ. Právní rozhledy. 2008, č. 22.
- Čuhelová, K., Právní nástroje před neoprávněným sledováním a obtěžováním. Právní rozhledy. 2010, č. 15.

- Fenyk, J. Některé úvahy o postižitelnosti „domácího násilí“ z hlediska současného trestního práva i záměrů „de lege ferenda“. Právní rozhledy, 2002, č. 12.
- Huňková, M., Voňková, J. a kol. Domácí násilí v českém právu z pohledu žen. Praha : proFem, 2004, s. 11.
- Kočová, K. Domácí násilí a tzv. Vykázání – nový institut právního řádu ČR. Bulletin advokacie. 2007, č. 10.
- Králičková, Z. Občanskoprávní aspekty domácího násilí de lege ferenda. Bulletin advokacie. 2003, č. 8.
- Králičková, Z. Civilněprávní postih domácího násilí – utopie nebo efektivní budoucí právní úprava. Právo a rodina. 2004, č. 12.
- Králičková, Z., Dávid, R. Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum. 2008, č. 10.
- Mates, P. Příspěvek k právnímu řešení problému domácího násilí. Právní zpravodaj. 2007, č. 5.
- Metodický pokyn ředitele Úřadu služby kriminální policie a vyšetřování Policejního prezidia České republiky č. 2/2004 ze dne 10.9.2004.
- Růžička, M. Domácí násilí - impulsy ze zahraničních trestněprocesních úprav, návrhy de lege ferenda pro trestní právo. Praha : Trestněprávní revue. 2003, č. 8
- Senát Parlamentu ČR. Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění trestní zákon. Informační systém ASPI, č. LIT23780CZ.
- Svoboda, K. Soudní praxe při vykazování násilníka k bytu. Právní rozhledy. 2007, č. 5.
- Vantuch, P. Domácí násilí. Právní rádce. 2003, č. 12.
- Visinger, R. Jak postihovat stalking. Zamyšlení nad novou právní úpravou. Trestněprávní revue. 2009, č. 11.
- Vláda ČR. Důvodová zpráva k návrhu zákona o Policii České republiky. Informační systém ASPI, č. LIT30547CZ

- Vykopalová, H. Násilí v rodině. Kriminalistika, 2001, č. 4
- Závazný pokyn policejního prezidenta č. 179/2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí
- Závazný pokyn policejního prezidenta č. 200/2008 ze dne 22. prosince 2008, o provádění vykázaní.

Contact – email

mgr.pavel.andrle@gmail.com

DOMÁCÍ NÁSILÍ Z POHLEDU TRESTNÍHO PRÁVA

PETR AULICKÝ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá problematikou domáceho násilí z pohľadu trestného práva. Porovnáva predchádzajúcu právnu úpravu, pred prijatím špeciálnych ustanovení dopadajúcich na prípady násilí, s úpravou aktuálnou. Ďalej sa zaoberá štatistickým rozborom tejto činnosti najmä z pohľadu činnosti štátneho zastupiteľstva. Rovnako sa v krátkosti venuje problematike tzv. stalkingu, ktorý je s problematikou domáceho násilí často spojený.

Key words in original language

Domáci násilí; štátny zastupiteľstvo; stalking; nebezpečné pronásledovanie; týranie osoby žijúcej v spoločnom bydlí.

Abstract

The paper focuses on the issue of domestic violence from the criminal law point of view. It compares the previous legislation, before an enactment of special provisions for cases of a domestic violence, with the current legislation. The contribution after it deals with statistical analysis of this crime, particularly in terms of activity of public prosecutor's office. It also briefly concerns with the so-called stalking crime, which is often closely connected with issues of a domestic violence.

Key words

Domestic violence; the Public Prosecutor Office; stalking; dangerous pursuit; cruelty to a person living in a common dwelling.

1. ÚVOD

Domáci násilí patrí dlhodobě k nejnávážnějším společenským problémům; výsledky výzkumu, který v loňském roce opakovaně po pěti letech provedla agentura STEM pro Bílý kruh bezpečí a Philip Morris ČR a.s., potvrdily, že v České republice musí během svého života opakovanému násilí ze strany blízké osoby čelit minimálně 16 % dospělých lidí.

Ačkoliv se jedná o problém spíše obecně kriminologický, mající významné přesahy do oblasti sociologie, psychologie či sociální antropologie, pro naše účely budou klíčové zejména jeho aspekty právní.

Obrazně se dá říci, že české právo se s tímto sociálně patologickým jevem potýká na několika frontách. Za prvé jde o oblast trestně právní, za druhé správně právní a za třetí civilně právní.

Před přistoupením k těmto jednotlivým oblastem je však třeba nejprve připomenout ústavní zakotvení, z něhož všechny tyto instituty vychází. Bude se jednat v první řadě o právo na život a právo na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí, jak jsou zakotveny v čl. 6 a čl. 7 Listiny základních práv a svobod. Tato obecná pravidla pak nacházejí svůj odraz i v několika mezinárodních dokumentech, z nichž za nejvýznamnější je možné považovat čl. 5 Evropské Úmluvy o lidských právech a část třetí Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Důležité je také zmínit rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva ve věci *Irsko vs. Velká Británie* z roku 1978., dle kterého je domácí násilí „špatné zacházení, které má u oběti vzbudit pocit strachu, úzkosti a podřazenosti a které je schopné pokořit ji, ponížít a případně zlomit její fyzický nebo morální odpor“. Ponižující zacházení pak definoval Evropský soud pro lidská práva ve svém rozhodnutí ve věci *Dánsko, Francie, Norsko, Švédsko a Nizozemí vs. Řecko*, 1969 jako „zacházení, jež hrubým způsobem pokořuje jednotlivce před jinými osobami nebo ho nutí jednat proti své vůli nebo proti svému svědomí“

2. TRESTNÍ PRÁVO

Ohledně trestního práva se dá říci, že v systému ochrany proti domácímu násilí zastává zejména roli represivní. I zde je dobré se přidržit tradičního dělení a zabývat se zvláště instituty trestního práva hmotného a trestního práva procesního; významné však budou v tomto případě především ustanovení hmotněprávní.

Nejprve je třeba si uvědomit, že české trestní právo pojem „domácí násilí“ nezná; v trestním právu hmotném tak půjde o naplnění znaků konkrétních skutkových podstat jednotlivých trestných činů, přičemž půjde zejména o trestné činy proti životu a zdraví a trestné činy proti majetku. Za „nejspeciálnější“ skutkovou podstatu je možné považovat ustanovení § 199 zákona č. 40/2009 Sb. (dále jen Tr. zák.) nazvané týrání osoby žijící ve společném obydlí. Tento trestný čin byl do předcházejícího trestního zákona č. 140/1961 Sb (dále jen „TrZ“). vložen poměrně nedávno, a to novelou č. 91/2004 Sb. právě pro potřeby boje proti domácímu násilí, a to do ustanovení § 215a pod názvem týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě a byla mu určena trestní sazba odnětí svobody do tří let. V rámci přijetí nového trestního zákoníku pak byla tato sazba zvýšena na v současnosti platných šest měsíců až čtyři léta odnětí svobody. Pojem týrání pak v souvislosti s tímto trestným činem definoval Nejvyšší soud ve svém usnesení ze dne 14.9.2005, sp. zn. 3 Tdo 1160/2005 jako „takové jednání pachatele, které se vyznačuje zlým nakládáním buď s blízkou

osobou, nebo i jinou osobou, s níž pachatel žije ve společném bytě či domě, a současně se vyznačuje i určitou mírou trvalosti a dosahuje takové intenzity, aby bylo způsobilé vyvolat stav, který pociťuje postižená osoba jako těžké příkoří, resp. psychické nebo i fyzické útrapy. Zákon přitom nevyžaduje, aby týrání mělo povahu fyzického násilí, popřípadě též spojeného s následky na zdraví týrané osoby. Použití fyzického násilí může mít v takovém případě vliv na stupeň nebezpečnosti činu pro společnost, popřípadě (dojde-li k zákonem předpokládanému následku) i na právní závěr o souběhu trestného činu podle § 215a TrZ s některým dalším trestným činem.“ O dobrém legislativním nastavení této skutkové podstaty svědčí i její praktické využívání orgány činnými v trestním řízení - v roce 2008 došlo k 524 případům spáchání tohoto trestného činu, přičemž 446 osob bylo obžalováno, proti 12 byl podán návrh na potrestání, v osmi případech došlo k podmíněnému zastavení trestního stíhání a v jednom případě bylo schváleno narovnání, v roce 2009 pak došlo k 469 případům spáchání tohoto trestného činu, přičemž 407 osob bylo obžalováno, proti 10 byl podán návrh na potrestání, v šesti případech došlo k podmíněnému zastavení trestního stíhání a v žádném případě nebylo schváleno narovnání, Mezi ostatní skutkové podstaty dopadající na danou problematiku pak může patřit trestný čin násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci dle § 352 Tr. zák. (§ 197a TrZ), trestný čin ublížení na zdraví dle § 146 resp. 145 Tr.zák. (§ 221 TrZ resp. § 222 TrZ), trestný čin týrání svěřené osoby dle § 198 Tr. zák. (§ 215 TrZ), trestný čin vraždy dle § 140 Tr. zák. (§ 219 TrZ), trestný čin omezování osobní svobody dle § 171 Tr. zák. (§ 231 TrZ), trestný čin vydírání dle § 175 Tr. zák. § 235 TrZ), trestný čin porušování domovní svobody dle § 178 Tr. zák. (§ 238 TrZ), trestný čin znásilnění podle § 185 Tr. zák. (§ 241 TrZ), či trestný čin neoprávněného zásahu do práva k domu, bytu nebo nebytovému prostoru dle § 208 Tr. zák. (§ 249a TrZ). Přesto, že nový trestní zákoník není již oficiálně stavěn na materiálně formálním pojetí trestnosti, ani v současné době není možné materiální stránku tak zcela přehlížet. Došlo totiž k jejímu vtělení do tzv. materiálního korektivu, který je zakotven v § 12 Tr. zák, přičemž většina autorů¹ se shoduje na tom, že i nadále zde neexistuje čistě formální pojetí. U všech těchto trestných činů tak není možné opomenout, že kromě formálního naplnění znaků skutkové podstaty musí daný skutek obsahovat taktéž určitý stupeň nebezpečnosti pro společnost, přičemž splnění této podmínky nemusí být vždy zcela bezproblémové - jako srovnání může posloužit rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 7.2.2001, sp. zn. 5 Tz 20/2001, v němž soud v řízení o stížnosti pro porušení zákona přisvědčil tvrzení státní zástupkyně, že stupeň nebezpečnosti chování obviněného pro společnost „není vysoký a to zvláště s přihlédnutím k okolnostem, za kterých byl trestný čin spáchán – tedy v okamžiku, kdy žádal poškozenou – svoji manželku, aby se snažila nalézt společné řešení jejich manželské krize“. Zde je dobré připomenout,

¹ V. Kratochvíl, P. Šámal.

že nový trestní zákoník, jenž má vstoupit v platnost 1. 1. 2010 již nevychází z principu materiálně-formální trestní odpovědnosti, nýbrž pouze formální a zkoumání materiální stránky trestných činů tak nově již nebude relevantní. Co naopak v novém trestním zákoníku přibude, je skutková podstata trestného činu zabití, jež je konstruována jako alternativa k trestnému činu vraždy, pokud pachatel splní určitá zákonná kritéria, z nichž jedním je právě možnost, že jedná v důsledku předchozího zavrženíhodného jednání poškozeného - typicky tedy např. dlouhodobého týrání či jiného domácího násilí.

Ohledně trestního práva procesního je pak možné *de lege ferenda* zmínit návrh nového trestního řádu, který počítá se zavedením předběžných opatření i do trestního řízení. Tato předběžná opatření by byla použitelná v případě dostatečně odůvodněného podezření ze spáchání trestného činu a zároveň potřeby ochránit poškozeného či společnost před opakováním či pokračováním trestné činnosti. Jelikož by takovýmto předběžným opatřením bylo možné uložit obviněnému např. zákaz styku s poškozeným či zákaz návštěv určitých míst, je jasně patrné, že tato ustanovení by byla velice dobře využitelná právě v boji s domácím násilím.

3. STÁTNÍ ZASTUPITELSTVÍ

S vědomím, že boj s problematikou domácího násilí je možné vyhrát pouze v případě koordinovaného úsilí všech zainteresovaných složek, byla právě tato trestná činnost určena jako jedna z priorit činnosti státního zastupitelství. To by se mělo projevit zejména ve větším důrazu na dohledovou činnost a také v koordinaci činnosti na úrovni všech stupňů státního zastupitelství za metodického a odborného vedení Nejvyššího státního zastupitelství.

Chceme-li zodpovědět otázku, jak se s trestnými činy obsahujícími v sobě prvek domácího násilí vypořádávala státní zastupitelství v přecházejících letech, je nutné se zaměřit na několik statistických analýz. Pro základní orientaci je možné v jednoduché tabulce nejprve uvést celkový počet případů domácího násilí za roky 2007 a 2008 – bohužel za minulý rok nemá autor tyto statistiky k dispozici, avšak pro provedené analýzy to není nezbytně nutné.

Počet případů domácího násilí dle jednotlivých krajů v letech 2007 a 2008

2007	2008
------	------

Městské státní zastupitelství v Praze	44	30
Krajské státní zastupitelství v Praze	24	39
Krajské státní zastupitelství v Českých Budějovicích	68	64
Krajské státní zastupitelství v Ústí nad Labem	71	63
Krajské státní zastupitelství v Hradci Králové	69	42
Krajské státní zastupitelství v Plzni	41	40
Krajské státní zastupitelství v Brně	114	112
Krajské státní zastupitelství v Ostravě	184	126
Česká republika celkem	615	516

Z této tabulky je seznatelné, že v posledních dvou letech se počet státními zastupitelstvími vykázaných případů domácího násilí pohybuje okolo pěti až šesti set ročně. Tento počet velmi dobře koresponduje s rámcovým počtem vykázaní dle zákona o policii mezi lety 2007 a 2008, k němuž došlo v 862, respektive v 679 případech. Rovněž lehce klesající meziroční křivka počtu případů domácího násilí ze statistik státního zastupitelství odpovídá klesajícímu trendu využívání oprávnění vykázaní. Již méně korespondující hodnotou je pak rozložení dle typu oběti - zatímco trestněprávní statistiky státního zastupitelství uvádějí ženu jako oběť přibližně desetkrát častěji než muže, počet vykázaných mužů byl v loňském roce vyšší téměř patnáctkrát (v roce 2007 dokonce pětadvacetkrát).

Zajímavé jsou pak také odchylky v počtu případů mezi jednotlivými obvody krajských státních zastupitelství; zatímco v obvodu Krajského státního zastupitelství v Ostravě bylo v loňském roce evidováno 126 případů, v nichž došlo k domácímu násilí, v případě obvodu Městského státního zastupitelství v Praze to bylo pouze 30 případů; bohužel z těchto údajů nelze paušálně dovodit, že některá státní zastupitelství jsou v tomto směru vytíženější než jiná, jelikož tyto statistiky vychází ze statistických listů trestních, kde je sice uveden jako jeden z podstatných znaků rovněž znak pro domácí násilí, avšak z technické povahy systému není možné stoprocentně dovodit, zda skutečně byl daný znak vyplněn jako NE, či zda byl pouze ignorován.

Při bližším statistickém rozboru je dále možné zjistit, že v celkovém počtu případů domácího násilí skutečně dochází nejčastěji ke kvalifikaci jednání

jako trestného činu dle § 215a TrZ, týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě, a to v např. v obvodu Krajského státního zastupitelství v Brně v 80,4 % případů v roce 2008, respektive dokonce ve více než 85 % případů v roce 2007. Ostatní trestné činy se objevují již v míře daleko nižší - okolo 10 % dochází ke kvalifikaci jednání jako trestného činu týrání svěřené osoby dle § 215 TrZ a násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci dle § 197a TrZ a pouze přibližně v 7 % k trestnému činu ublížení na zdraví dle § 221 či dle § 222 TrZ. Ostatní trestné činy se uplatňují pouze sporadicky a není třeba je tedy znovu vypočítávat; za zmínku snad stojí pouze skutečnost, že v roce 2008 ve dvou a v roce 2007 dokonce téměř ve třech procentech byl případ domácího násilí spojen s trestným činem vraždy dle § 219 TrZ.

Dále je nutné připomenout, že nelze samozřejmě ztotožňovat vykázaný počet případů domácího násilí s počtem případů, v nichž byla podána obžaloba či návrh na potrestání - na druhou stranu s ohledem na specifčnost této trestné činnosti jde o procento velmi vysoké - v obou sledovaných letech přesáhlo 80 % hranici. Další přibližně 3 % pak tvořil počet případů, jež byly podmíněně zastaveny dle § 307 TrZ. Z důvodu, že některé zmiňované trestné činy spadají do kategorie, kde je trestní stíhání podmíněno souhlasem poškozeného, je velice důležitým ukazatelem počet věcí, u nichž došlo k zastavení trestního stíhání dle ustanovení § 172 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 11 odst. 1 písm. i) trestního řádu, respektive k odložení věci dle § 159a odst. 2 ve spojení s § 11 odst. 1 písm. i), tedy z důvodu, že souhlas nebyl dán nebo byl vzat zpět. Relativně vysoké procento případů (více než třetina), kdy k tomuto postupu došlo, se objevuje v případě trestného činu násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci dle § 197a TrZ a dále pak v případech ublížení na zdraví dle § 221 či dle § 222 TrZ. Nelze ovšem ani ignorovat skutečnost, že tento postup se uplatnil i u tak závažných trestných činů, jakým je trestný čin znásilnění dle § 241 TrZ. Za velice pozitivní lze považovat fakt, že trestných čin týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě dle § 215a do této kategorie nepatří; avšak ani v případě tohoto trestného činu si nelze nevšimnout, že zde dochází v poměrně vysokém procentu (přibližně 11%) případů k zastavení trestního stíhání či postoupení věci, tedy k postupu, jež naplňuje znaky § 174a trestního řádu a podléhá tak přezkumu nejvyššího státního zástupce. Je třeba přiznat, že Nejvyšší státní zastupitelství shledalo v několika případech, že byl nedostatečně zjištěn skutkový stav, čímž došlo k porušení § 2 odst. 5, 6 trestního řádu a usnesení nižších státních zastupitelství zrušilo jako nezákonné. Jako typický příklad je možno uvést situaci, kdy zastavení trestního stíhání následuje bezprostředně poté, co poškozený odmítne vypovídat na základě § 100 tr. řádu, aniž by byly zajišťovány další důkazy a prověřeny okolnosti, které vedly k odepření výpovědi. K odepření výpovědi dochází často v tísní, pouze ze strachu z obviněného. Například v jednom případě poškozená odepřela výpověď tři hodiny poté, co byl podezřelý propuštěn z vazby. Následně bylo trestní stíhání zastaveno, i když vše nasvědčovalo tomu, že došlo k trestnému činu týrání osoby žijící ve

společně obývaném bytě podle § 215a tr. zákona. Dalším problematickým momentem pak bývá vypořádání se s nutností vzniku tzv. syndromu týrané osoby, v jehož rámci není občas důsledně dodržován judikaturou jasně formulovaný závěr, že vznik syndromu týrané osoby není součástí skutkové podstaty trestných činů podle § 215 a § 215a tr. zákona; toto ovšem nelze zaměňovat s možností úplné absence určité míry trvalosti týrání, jak judikoval Nejvyšší soud. V situaci, kdy bylo např. zjištěno, že obviněná opakovaně udeřila rukou do obličeje svého jedenáctiměsíčního syna, přičemž z psychologického a psychiatrického posudku vyplynulo, že „její rodičovské předpoklady jsou ztížené“ a nezletilý byl svěřen do péče svých prarodičů a nad jeho výchovou byl stanoven dohled, bylo zastavení trestního stíhání z důvodu, že jednání obviněné bylo impulzivní a nenaplnilo tak vyšší stupeň hrubosti a delší dobu trvání, zcela na místě.

Nakonec je možné říci, že počty vykázané státními zastupitelstvími jsou řádově nižší, než ty, které jsou udávány různými neziskovými organizacemi. Tento rozdíl je bezesporu dán vysokou latencí tohoto druhu kriminality a nelze v něm proto spatřovat pochybení ze strany státního zastupitelství. Jasně patrný je tento rozdíl zejména na problematice domácího násilí páchaného na seniorech - dle záznamů ze statistických listů trestních se jedná pouze o okrajovou záležitost projevující se několika případy za rok, avšak z činností neziskových organizací je patrné, že se jedná naopak o závažný a rozsáhlý problém postihující až tisíce seniorů. Tuto závažnou skutečnost si pak uvědomují i orgány činné v trestním řízení. Řešení je však velice obtížné, a to vzhledem ke zmiňované latenci a zejména pak odmítavému postoji seniorů ke spolupráci s Policií ČR či státním zastupitelstvím. Typickým vzorem pak je situace, kdy senior raději trpí vlastní týrání, než by proti agresoru, jenž pochází ve velké části případů přímo z rodiny oběti, vypovídal. Důvody spočívají jak ve fyzické i psychické závislosti na agresorovi, tak i ve studu za to, jak se k němu příbuzní chovají, ale i studu za sebe, že svou situaci nechal dojít tak daleko a nedokázal ji účinně řešit. Velmi dobře tento těžko proniknutelný kruh vystihuje, z úst týraných seniorů často slýchané, tvrzení, že „už je jim jedno, jak se k nim ostatní chovají, že oni už nějak dožijí“. Jedinou možnou pomocí je tak důsledná spolupráce všech orgánů činných v trestním řízení, a to nejen mezi sebou, ale i s různými sdruženími věnujícími se této problematice, stejně jako s organizacemi a pracovníky působícími v oblasti poskytování sociálních služeb.

Stalking

Jako poslední kapitolu jsem se rozhodl zařadit specifickou problematiku tzv. stalkingu, a to i přesto, že se nejedná o zcela „čisté“ domácí násilí, avšak dle autora by měla být tato problematika pod tento pojem řazena, jelikož vykazuje velké množství shodných znaků.

Je třeba odlišovat, zda se jedná o tzv. „čistý“ stalking bez dalších doprovodných činností, či zda je toto pronásledování spojeno s dalšími nežádoucími projevy. Pouhý stalking ve smyslu opakovaného obtěžování oběti nevyžádanou pozorností dle současné právní úpravy trestný není. Trestné mohou být pouze jednotlivé činnosti, které jsou s ním často úzce spojeny - zde je možné si představit, že by mohlo dojít např. k naplnění skutkové podstaty trestného činu omezování osobní svobody dle § 171 Tr. zák. (§ 231 TrZ), trestného činu porušování domovní svobody dle § 178 Tr. zák. (§ 238 TrZ), trestného činu vydírání dle § 175 Tr. zák. (§ 235 TrZ), trestného činu násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci dle § 352 Tr. zák. (§ 197a TrZ) v případě vyhrožování usmrcením, těžkou újmou na zdraví nebo jinou těžkou újmou takovým způsobem, že to může vzbudit důvodnou obavu, či trestných činů poškozování cizí věci dle § 228 Tr. zák. (§ 257 TrZ) a výtržnictví dle § 358 Tr. zák. (§ 202 TrZ) v případě, že pachatel své oběti například rozbije okno u domu či poškrábe lak u auta, či se chová na veřejnosti jinak nevhodně.

Oproti tomu nově navrhovaná úprava již je naopak velice konkrétní a stanoví jako podmínku stalkingu dlouhodobost a způsobilost vzbudit v pronásledovaném důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví k tomu kumulativně jednu z taxativního seznamu alternativních možností, a to:

1. vyhrožování ublížením na zdraví nebo jinou újmou pronásledovanému nebo jeho osobám blízkým,
2. vyhledávání osobní blízkosti pronásledovanému nebo jej sleduje,
3. vytrvalé kontaktování pronásledovaného prostřednictvím prostředků elektronických komunikací, písemně nebo jinak,
4. omezování pronásledovaného v jeho obvyklém způsobu života, nebo
5. zneužívání osobních údajů pronásledovaného za účelem získání osobního nebo jiného kontaktu.

Za dané chování je pak stanoven trest odnětí svobody až na jeden rok nebo zákaz činnosti. V případě, že by ke spáchání tohoto trestného činu došlo vůči dítěti nebo těhotné ženě, se zbrání, nebo nejméně se dvěma osobami je zde stanoven trest odnětí svobody na šest měsíců až tři let.

Ač to nespadá do trestněprávní oblasti, je třeba uvést, že druhou možností obrany proti stalkingu je v současné době podání civilní žaloby na ochranu

osobnosti dle § 13 občanského zákoníku. Dále existuje možnost uložení předběžného opatření dle § 76b občanského řádu soudního, aby se účastník, proti kterému návrh směřuje „zdržel setkávání s navrhovatelem a navazování kontaktů s ním“ respektive, aby „dočasně opustil byt nebo dům společně obývaný s navrhovatelem, jakož i jeho bezprostřední okolí, nebo do něj nevstupoval“. Této možnosti není příliš využíváno, jelikož obě možnosti uvedené ve výčtu jsou velmi obecné a nebyly v době svého vzniku směřovány proti případům stalkingu, ale proti projevům domácího násilí. K této situaci dochází i přesto, že výčet není taxativní a je možné ho rozšířit soudem nebo navrhovatelem. V současné době je ve druhém čtení legislativního procesu již návrh novelizace tohoto ustanovení, jež by měl rozšířením zmíněného výčtu tyto nedostatky odstranit a umožnit lepší možnost aplikace tohoto ustanovení právě ve prospěch osob bezprostředně ohrožených stalkingem. Ani tato novelizace však úpravu nezabavuje podmínky, dle které je návrh na vydání předběžného opatření oprávněna podat pouze osoba, jejíž „život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost vážným způsobem ohrožen“. Přesto, že podání návrhu na vydání předběžného nemusí navazovat na předchozí rozhodnutí Policie ČR o vykázání dle § 44 zákona o policii České republiky, jedná se o podmínku velice restriktivní a lze pouze doufat, že na ni bude soudní praxí nahlíženo z pohledu důvodové zprávy k této novelizaci, jež prohlašuje, že „takovéto jednání (myšleno stalking) též závažným způsobem ohrožuje svobodu a lidskou důstojnost obětí“. Jen takto bude vůbec možné tato opatření využívat jako preventivního nástroje a nikoliv až v případě vyhrocení situace, při které hrozí přímá fyzická agrese.

Na závěr je třeba ještě doplnit, že v této problematice neexistuje paušální pohled, každé jednání musí být posuzováno individuálně s ohledem na konkrétní okolnosti a rozhodně v případě jakýchkoliv obav je třeba se obrátit na Policii ČR či státní zastupitelství, kde se lze domoci nejen ochrany, ale i jiné kvalifikované pomoci, byť třeba spočívající jen v doporučení, jak postupovat dále.

4. ZÁVĚR

I když se mnohdy může zdát, že boj proti domácímu násilí je, zejména kvůli extrémně vysoké latentci této kriminality, marný, není možné se vzdávat, ale naopak je potřeba pomoci právních i mimoprávních prostředků proti němu bojovat. Jako velký pokrok se ukazuje např. zakotvení popisované možnosti vykázání dle zákona o policii, předběžného opatření dle občanského soudního řádu, či zřizování intervenčních center², vzniklých jako jedna ze

² Seznam intervenčních center je dostupný na stránkách ministerstva práce a sociálních věcí na

služeb sociální prevence na základě §60a zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, jakožto zařízení, kam se mohou obracet osoby, jež jsou ohrožené domácím násilím, v jejichž případě byl proti osobě násilně uplatněn institut vykázání. Naproti tomu existuje ještě mnoho nedostatků jako je např. neexistence zákona, zabývajícího se výhradně domácím násilím, jako je například v rakouský Zákon na ochranu před násilím v rodině³, či v německý zákon o zlepšení občanskoprávní ochrany v případě násilných činů a omezování osobní svobody a zároveň i usnadnění přenechání bytu manželů po rozluce⁴. Jedním z největších pokroků na tomto poli však zcela jistě zůstává registrace zvýšeného zájmu o problematiku domácího násilí ze strany společnosti u běžné veřejnosti, kde pomalu dochází k posílení názoru, že domácí násilí není okrajová záležitost, ale závažný společenský problém, který vyžaduje zásahy ze strany státu a k růstu přesvědčení, že okolí nemůže zůstat k projevům domácího násilí lhostejné, protože rodina sama na jejich řešení nestačí⁵.

Literature:

- Kratochvíl, V.: Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : obecná část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 797 s. ISBN 9788074000423.
- Kuchta, J.: Kurs trestního práva : trestní právo hmotné : zvláštní část. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 617 s. ISBN 9788074000478.
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon : komentář. 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004. s. ISBN 8071798967.
- Šámal, P.: Trestní zákoník : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2010. s. ISBN 9788074001789.

Contact – email

petr.aulicky@seznam.cz

http://iregistr.mpsv.cz/socreg/hledani_sluzby.do?SUBSESSION_ID=1235577169074_1&zak=&sd=interven%C4%8Dn%C3%AD+centra.

³ 759. Spolkový zákon: Spolkový zákon o ochraně před násilím v rodině GeSchG, č. GP XX RV 252 AB 407 S.47.BR 5300 AB 5311 S 619, ze dne 30. prosince 1996. Speciální zákony pro tuto problematiku mají ale i Německo, JAR, Turecko nebo USA.

⁴ BT Drucksache 14/5429 a 14/7279, přijat 8.11.2001, s účinností k 1.1.2002.

⁵ Vyplývá ze srovnávacích statistik Bílého kruhu bezpečí, o. s. mezi lety 2001 a 2006, dostupných na <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky/shrnuti-zakladnich-vysledku-cervenec-2006/r92>.

DOMESTIC VIOLENCE AND WOMEN VICTIMIZATION

ANAMARIA CERCEL

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova,
Romania

Abstract

Domestic violence is generated by multiple causes. Statistics do point out that most of its victims are women. The victims of this type of violence are protected by law, as well through norms of penal nature, as through special laws created in order to protect the specific victims. Yet, victims are still reluctant when it comes to call for the legal guarantees and protection offered by the law, either for lacking the knowledge of the respective legal stipulations or because they continue to trust, a waiting for the intervention of their friends and/or close relatives. Through the Law no. 217/2003 and Law no. 47/2006, the state has intervened, so that the victims of domestic violence could benefit from central and local institutions, through counseling services and appropriate shelter houses. To prevent domestic violence and to strive against it, is an important item of state's policy in the matter of family protection and it represents an important point of the state's public health policy.

Key words

Domestic violence; legal guarantees and protection; women victimization.

1. General considerations

A national survey published in 2004 shows that among the causes of domestic violence are included alcoholism, poverty, socializing in an environment dominated by violence, and the patriarchal type of family organization, which subsists mainly in Romanian society. In addition to these determinants we might add jealousy, the partner's mental illness and the suspicions of infidelity.

We have to worry that most victims are not aware of the legislation or institutions that protect their rights. Statistics show that only one from five victims called the police, and most of them were women. Besides the police, the victims go to hospitals for medical treatment only. When asked who should be involved in the settlement of domestic conflict, the subjects answered: their relatives in 44% of cases, the police in 33% of cases, neighbours at a ratio of 10% or nobody in 21%. This situation is due to attitudes in the Romanian society, namely to the high tolerance towards domestic violence, unlike other European countries. Thus, this type of aggressive behaviour is often considered as normal and it is transmitted from generation to generation. Add to this the lack of confidence in the

effectiveness of the protection granted to victims by the state. Police crews often called by relatives and neighbours to stop a conflict in the family are reluctant to intervene, sometimes for the reason that the partners, who assault themselves constantly and do not change their behaviour, are no more categorized as "serious cases". Moreover, victims are also not decided to enter a legal way, because they are not driven by the desire to hold accountable the perpetrators of criminal assaults, but rather to frighten them up in order to stop doing it.

2. Internal Romanian regulations

The Romanian legislation on preventing and striving against domestic violence is modern. Domestic violence is sanctioned by arts. 175, 176, 179-183, 189-191, 193, 194, 197, 198, 202, 211, 305-307, 309, 314-316, 318 and others, of the Criminal Code and by the Law no. 217/2003, Law no. 47/2006 on the national social assistance and other legal stipulations on the same subject.

Preventing and striving against domestic violence is a part of the state policy of integrated care and support for the family and represents a major public health concern.

Domestic violence is whatever physical or verbal action deliberately perpetrated by one family member against another member of the same family that would cause physical pain, psychological, sexual or material damage. Preventing women from exercising rights and fundamental freedoms is assimilated as domestic violence.

Legal protection is ensured for the traditional family and partnership, as well for concubinage because are protected persons who have established relationships similar to those between spouses or between parent and child, as pointed out by the social survey.

In preventing and striving against domestic violence are involved the government, ministries and state authorities, local communities through their legal representatives. In addition, mayors and local councils will work with religious organizations, nongovernmental organizations, and any other legal entities and individuals involved in charity purposes as stipulated by the law.

3. Involved institutions

Social reintegration and supervision services do form personnel - social workers and psychologists - able to conduct therapy programs and counselling for perpetrators. The results of these programs will be presented in court, under the law's prescriptions.

The National Agency for Family Protection was established as a specialized organism under the Ministry of Health's authority.

This agency's objectives are:

- a) Promoting the family values, understanding and mutual assistance in the family, preventing and striving against violence in the relationship between its members;
- b) Supporting family members in distress resulted from acts of domestic violence;
- c) Assisting victims through recovery of health and social reintegration;
- d) Assisting the perpetrators through alcoholism's treatment and rehabilitation, both psychological and psychiatric;
- e) Protecting the victims, especially minors, through measures able to preserve the confidentiality of their identity, and psychological measures for their protection during the trial of the case;
- f) Initiation and coordination of social partnerships able to prevent and strive against domestic violence.

In order to achieve these objectives and protect the victims of domestic violence, the agency has the following functions:

- 1) Development, elaboration and applying of strategies and programs able to care for and protect the victims of domestic violence;
- 2) To control the applying of regulations in their own field and within the units operating under its authority;
- 3) Funding or co-funding specific programs for protecting and strengthening the family, for care and protection for the victims of domestic violence;
- 4) The establishment of shelter houses and hotlines for the victims of domestic violence;
- 5) Training, authorization and coordination for family professional assistants;
- 6) Organizing courses providing awareness of the forms of domestic violence;
- 7) Conducting studies and researches, strategies, forecasts, production and publishing of scientific and specific promotion materials;

- 8) Realizing the database for the management of domestic violence` situations;
- 9) To favour involvement and support initiatives of social partners in solving the problem of domestic violence;
- 10) To establish rehabilitation centers for the victims of domestic violence;
- 11) To set up support centers for abusers.

Foster family social workers are licensed by the Agency in order to provide assistance in specific family relationships.

The Assistants, in their protected family, assume the following responsibilities:

- a) to identify and keep track of family conflicts that could rise caused by violence;
- b) to carry on activities aiming to prevent family violence;
- c) to identify non-violent solutions through contacts with the persons concerned;
- d) to call for individuals or for legal persons to support the solving of situations which generate domestic violence;
- e) to monitor the rights of persons forced to use shelter-houses` services.

If it should find cases of family violence against minors, domestic violence workers would be obliged to provide the necessary assistance and to immediately notify the National Authority for Child Protection and Adoption, the specialized public service at the local level.

Mediation, in cases of domestic violence, is an innovative and very important aspect. Thus, the law stipulates that cases of domestic violence may be subject of mediation on request of the sides. Persons with responsibilities in solving cases of domestic violence should guide the sides.

The prevention of conflict situations and the mediation among family members are realized through the family council or by a mediator. Mediation is considered by many specialists the best way to solve the conflicts which are raising from family life.

Mediation does not prevent criminal procedures or the applying of law. The Family Council is a non-profit unincorporated association, composed of family members who have full legal capacity as stated by the law. Members of the family council which, by law, would be serving a prison penalty or would be in custody or who, in order to participate in family council

reunion, would break the interdiction of leaving the city could not keep this membership.

In the family council are involved the guardians, on behalf of the family member, which they represent. The Family council meeting could take place on the proposal of one of its members or of the family assistant.

4. Measures to protect victims of domestic violence

The protection for victims of violence is provided in specialized care centres, houses for victims of domestic violence, called shelter houses, and they are social units, usually without a legal personality, which provide protection, housing, care and counselling to victims of domestic violence who came to make use of this social service forced by the existing situation.

During criminal investigation or trial court, on the victim's request or automatically, whenever there would be evidence or clues that a family member has committed an act of violence causing physical or mental suffering on another member, could be ordered temporarily, one of the measures stipulated by arts. 113 and 114 of the Penal Code and the measure of prohibition concerning the return to the family home. The measures should cease when the status of danger that led to these interdictions would have stopped and the court should order that. The person against whom one of these measures would be taken could require whenever during the trial, to the court competent to try the case, the revocation of the measure, when its grounds should cease to exist.

To the biological differences between men and women do correspond some psychological and social differences. Since differentiation is becoming increasingly complex and beyond the level of biology, social roles are coming to be clearly defined.

The women's emancipation, the gain of equal rights with men, the access to education and culture, to the exercise of professions that were yet recently an attribute of men, led to the blurring of differences between the two genders, through a feminine gain on the line of fundamental assets: independence, courage, leadership, initiative. Tradition has shown that specific to women are sensitivity, emotions, aesthetics, educational talents. But tradition has established as well a weaker image of women in the frame of marriage, the husband being able to patronize her, including through physical aggression.

5. Women victimizing

Women are particularly targets of physical aggression, both by physical injuries, particularly as a component of domestic violence as well by sexual offences. In France, 95% of cases of domestic violence caused physical injuries and, in 28% of these cases, the injuries were bad.

Rape is an extremely dangerous offence that has been very severely punished in all countries, including the Romanian Principalities (see compendia Neagoe Basarab) and subsequently maintained in all the Romanian criminal laws that followed. At first, the special social danger of this offence lies in the abuser who may not follow the rules of society particularly restrictive in this area, he is obviously a social misfit with little chances of re-socialization, and secondly this is about the physical, especially psychological trauma that the victim will experience for a long term.

Four categories of rape offence have been identified, according to the means employed by the defendant or the favouring circumstances:

- 1) violent rape, reducing the victim to helplessness;
- 2) rape by moral coercion;
- 3) rape by abusing of a situation;
- 4) rape of persons with physical and mental pathological conditions.

Rape is an offence, which may be committed by a stranger or even by a friend of the victim. A three-year study on a sample of 500,000 victims revealed the following situations:

The rapist was a known person to 40% of cases: 4% relative, lover 7%, 6% friend, a good knowledge of 6%, 16% random acquaintances;

The rapist was not a person known to 55% of cases, 49% completely unknown, known to having him randomly seen 7%; Connection rapist - victim not specified for 4% of cases.

Other British studies have revealed that seven from ten women aged less than 30 years have expressed their concern that they might fall as victims of acts of rape and every week two women are killed by current or former partners. It was also estimated that approximately 750,000 women were raped at least once since the age of 16 years

The cases of rape could be classified in two categories:

- 1) causes external to the victim: mental disorders of the aggressor, desert and dark places;
- 2) causes imputable to the victim herself: provocative or insulting attitude, provocative clothing, ignoring minimal preventive measures such as non-attending of certain places, etc.

Given these circumstances, in the specialized literature (C. Böhmer) victims of such violence were classified as follows:

a) totally innocent victim. Example: the victim is called by an unknown aggressor on a dark unlighted alley;

b) the victim is partly to blame. Example: The victim consented to visit at home the aggressor and after she was complaining that she was raped.

c) the victim of revenge. Example: the person wanting to get rid of his partner accused him of rape.

Prostitutes, who are in a very disadvantaged situation, constitute a special category of rape victims. Prostitutes are exposed to more sexual offences than others of the same age. American criminologists have shown that victimization of prostitutes is done frequently by afro-americans and even by the police itself, since the rape of prostitutes is more probable due to the impression that they should not oppose a hard resistance. It was also noted that rape in a group is more commonly met prostitutes. To these results, we might add that prostitutes are not generally believed, up in regard to their "job", and that this type of offence is carried out clandestinely, the assertion of the victim and eventually some forensic evidence having to stand against the denial of the aggressor.

Another very common situation of victimizing women is domestic is mental violence, by hurtful words and threats.

The mistreatments of women may lead to the suppression of their life.

A national study conducted and published in 2004 has shown that more than 800,000 women in Romania have often suffered domestic violence.

By comparison, the United Kingdom of Great Britain researchers have shown that one from four women have suffered domestic assaults from their lives. Two-thirds of domestic violence's victims are women. The most popular type of domestic violence is psychological violence consisting of insults, curses, threats involving separation and death. Domestic and sexual domestic violence has exclusively female victims. About 12% of divorced women said that they had been raped by their husbands, compared to 2.3% of married women who confess so. Victims of physical violence at a ratio of 20% admitted that they were slapped and kicked. If domestic violence should culminate by the suppression of the victim's life, statistics could show that women are more often killed by their husbands than husbands killed by wives.

The latter situation is also called "the beaten woman syndrome" and it is a situation of women's victimizing by the husband who is lagging her for a long time. At some point it becomes unbearable, a situation to which she would respond with violence, suppressing her husband's life.

The wives` victimizing is due mostly to the aggressive and repressive behaviour their husbands, but there could be situations when the wife contribute herself to cause the violence through her provocative attitude exteriorised during unfavourable situations.

5.Conclusions

The importance of preserving the normal cohabitation and family relationships requires a toughest incrimination for domestic violence and it determines criminal liability for those who by their actions have seriously damaged these social values.

Literature:

- Cercetarea nationala privind violenta in familie si la locul de munca (National Study upon domestic violence), Centrul Parteneriat pentru egalitate (Center Partnership for Equality), 2003, http://www.studiidecaz.ro/images/attach_com/171-66.pdf;
- Aulicky, P, Sexually motivated crimes against human dignity, Sehnalek, D., Valdhans, J., David, R., Kyncl, L. eds, Days of Law 2009 the Conference Proceedings, Masarykova univerzita, Brno 2009, ISBN 978-80-210-4990-1;
- Black-Mirlees, C., Domestic Violence: Findings from a New British Crime Survey Self-Completion Questionnaire, Home Office Research Study No. 191 Home Office Publications, London, 1999, ISBN 1 84082 193 0, ISSN 0072 6435;
- Bogdan, T, Santea, I, Psihologie judiciara (Judicial Psychology), Themis Cart, 2010, Bucharest, 464pp, ISBN: 978-973-1708-91-1;
- Butoi, T, Voinea, D, Zarnescu, C, Iftenie V, Butoi, I.T., Butoi, A., Prodan, M.C., Victimologie (Victimology), Pinguin Book, 2004, Bucharest, 212pp, ISBN 973-86722-0-1;
- Cercel, A.C., Criminologie (Criminology), Hamangiu, Bucharest, 2009, 254pp, ISBN 978-606-522-099-7;
- Cioclei, V., Manual de Criminologie (Criminology), All Beck, Bucharest, 1998, 176pp, ISBN 973-9535-12-2;
- Gassin, R, Criminologie, Dalloz, 1998, 664pp, ISBN 2247032125;

- Iacobuta, I, Criminologie (Criminology), Junimea, 2002, Iasi, 380pp, ISBN 973-37-0693-0;
- Kovarova Kochova, I., Alternative family law conflicts resolution (mediation), Sehnalek, D., Valdhans, J., David, R., Kyncl, L. eds, Days of Law 2009 the Conference Proceedings, Masarykova univerzita, Brno 2009, ISBN 978-80-210-4990-1;
- Perez-Diaz, C., Le penal pour reformer les moeurs: l`exemple de l`intervention des organisme internationaux et de la France sur la violence conjugale, 685-700pp, M. Guedah eds, Delinquances et changement sociaux des modes de vie et des pratiques d`intervention. Dialogue sud-nord, AICLF, Rabat, 2009.
- Raducanu, R., Drept penal (Criminal Law), Universul Juridic, Bucharest, 2009, 425pp, ISBN 978-973-127-161-3;
- Williams, K.S, Criminology, Oxford University Press, 2004, 569pp, ISBN 0199264406;

Contact – email
acf88@yahoo.com

ROZHODNUTÍ O PŘEDBĚŽNÉM OPATŘENÍ PODLE § 76B O.S.Ř., PROBLÉMY, SE KTERÝMI SE POTÝKÁ SOUD

KATEŘINA ČUHELOVÁ

Krajský soud v Brně

Abstract in original language

Cílem příspěvku je nastínění problémů, které přináší soudní praxe při rozhodování o předběžných opatřeních podle § 76b občanského soudního řádu. Posouzení náležitostí návrhu na nařízení předběžného opatření a znalost základních zásad rozhodování. Pozornost je věnována výkladovým problémům při určení doby trvání předběžného opatření a posouzení předpokladů prodloužení doby trvání. Závěr postihuje roli intervenčních center, policie a interdisciplinárních týmů z pohledu soudu a úvahy de lege ferenda.

Key words in original language

Návrh; základní zásady; doba trvání.

Abstract

The aim of the contribution is to outline the problems, which the judiciary practice brings in a proces of making decisions about preliminary ruling according to § 76b of the Civil Procedure Act. It comprises examination of a proposal and knowledge of fundamental principles of decision. According to these principles, decision is based on the circumstances in effect at the moment of rendition of verdict by the Court of the First Instance, court decides without hearing, without listening of the parties and without validation procedure. The attention is payed to the time duration of the preliminary ruling and to the extension of the time duration. The final part of the contribution deals with the role of the police, intervention centers and cross-disciplinary teams from the view of the court, and of course with reflections de lege ferenda.

Key words

Proposal; fundamental principles.

Svůj příspěvek bych ráda věnovala praktickým problémům, které se vyskytují v soudní praxi při rozhodování o předběžných opatřeních podle § 76b občanského soudního řádu (dále jen o.s.ř.).

1. NÁVRH

Podle § 76b odst. 1 o.s.ř. , je-li jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, vážným způsobem ohrožen život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost navrhovatele, předseda senátu předběžným opatřením uloží

účastníku, proti kterému návrh směřuje, některou z demonstrativně vymezených povinností, případně povinnost jinou, v ustanovení nevymezenou, ale pro daný případ vhodnou.

Soud tedy, stejně jako policie při provedení vykázání¹, odhaduje riziko budoucího útoku.

Předpoklady pro vykázání policií a rozhodnutí o předběžném opatření podle § 76b o.s.ř. tak jsou obdobné. Soud však, na rozdíl od policie, která provede vykázání na základě skutečností zjištěných na místě samém, nemá k dispozici nic jiného než návrh a k němu připojené listiny (§ 75/5 o.s.ř.). Proto jsou návrh na nařízení předběžného opatření a listiny k němu připojené tak důležité.

Podle § 75 odst. 4 o.s.ř., návrh na nařízení předběžného opatření podle § 76b o.s.ř. musí obsahovat kromě obecných náležitostí (§ 42 odst. 4 o.s.ř.) jméno, příjmení a bydliště účastníků, popřípadě též jejich zástupců a vylíčení rozhodných skutečností odůvodňujících nařízení předběžného opatření.

Pokud má navrhovatel označit jméno, příjmení a bydliště účastníků, popřípadě jejich zástupců, musí si uvědomit, kdo je účastníkem řízení o vydání předběžného opatření. Definice účastníků řízení o předběžných opatřeních je obecně uvedena v ustanovení § 74 odst. 2 věta první o.s.ř., jsou jimi navrhovatel a ti, kteří by jimi byli, kdyby šlo o věc samu. Věta druhá téhož ustanovení pak definuje účastníky řízení o předběžných opatřeních podle § 76b o.s.ř., těmi jsou navrhovatel a ten, vůči němuž návrh směřuje. Tato definice je podle mého názoru speciální ve vztahu k definici dané v ustanovení § 74 odst. 2 věta první o.s.ř. Vyskytuje se však také názor opačný.²

Vylíčení rozhodných skutečností odůvodňujících nařízení předběžného opatření by mělo být takové, aby soudce mohl na jejich základě učinit závěr o tom, že jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, je vážným způsobem ohrožen život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost navrhovatele (§ 76b odst. 1 o.s.ř.). Je proto nezbytné popsat četnost útoků, popsat útoky samotné a jejich intenzitu, chování násilné osoby ve vztahu k ohrožené osobě i jednání navenek, jaký je její vztah k násilí, zda jde o osobu závislou na návykových látkách, či duševně nemocnou. Popsat pocity ohrožené osoby, to, zda je schopna si zajistit bezpečí, zda sama nemá problémy s návykovými látkami a podobně. V podstatě by popis³

¹ § 44 a následující zákona č. 273/2008 Sb.

² Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. komentář, 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, 421 s.

³ Viz http://www.muklasterec.cz/dokumenty/policie/dn_katalog_otazek.pdf

rozhodujících skutečností měl dát odpovědi na 15 otázek SARA DN⁴. Zde je namístě si uvědomit, že to, co návrhvatel, případně návrhvatelka uvede v návrhu, jsou jediné skutečnosti, ze kterých soud vychází, stejně tak listiny předložené návrhivatelem jsou jedinými listinami, které bude jak soud prvního stupně, tak soud odvolací posuzovat. To proto, že i u předběžného opatření podle § 76b o.s.ř. platí zásada daná ustanovením § 75c odst. 4 o.s.ř., dle které pro předběžné opatření je rozhodující stav v době vyhlášení (vydání) usnesení soudu prvního stupně. K tomu, co návrhvatel, nebo osoba, proti které návrh směřuje, uvedou poté, co o předběžném opatření rozhodl soud prvního stupně, odvolací soud nemůže přihlídnout⁵. Stejně tak nemůže přihlídnout k listinám, které soud prvního stupně neměl při rozhodování k dispozici.

Pokud jde o výrok rozhodnutí, respektive uvedení toho, co návrhvatel sleduje (§ 42 odst. 4 o.s.ř.), pak stačí, když si návrhvatel vybere z možností daných ustanovením § 76b odst. 1 o.s.ř. a tato možnost nebude v logickém rozporu s popisem rozhodujících skutečností. Soud by pak dle mého názoru, z důvodu právní jistoty měl do výroku pojmout údaj o době trvání předběžného opatření, nejlépe uvedením dne, kdy předběžné opatření končí, protože poté je účastníkům řízení jasné, nejen to, kdy je osoba, proti které návrh směřuje, oprávněna vrátit se do společného obydlí, případně od kdy se může znovu začít setkávat s ohroženou osobou, ale také, do kdy musí podat ohrožená osoba návrh na prodloužení doby trvání předběžného opatření a návrh ve věci samé (§ 76b odst. 4 o.s.ř.).

2. ZÁSADY ROZHODOVÁNÍ

Vedle návrhu samotného by účastníci řízení o vydání předběžného opatření měli znát zásady rozhodování o předběžných opatřeních. Již byla zmíněna zásada, dle které je pro rozhodnutí o předběžném opatření rozhodující stav v době vyhlášení rozhodnutí. Stejně podstatná je zásada, že soud rozhoduje bez slyšení účastníků (§ 75c odst. 3 o.s.ř.). Proto, pokud se v odvolání ta, či ona stana dovolává toho, že v řízení nebyla slyšena, je její námitka bezpředmětá. Podle dalších zásad, kterými je rozhodování ovládáno, soud rozhoduje bez jednání a podkladem rozhodnutí nejsou výsledky dokazování. Tyto zásady nejsou explicitně vyjádřeny v části týkající se předběžných opatření, je nutné vyjít z ustanovení § 115 odst. 1 o.s.ř., dle kterého jednání se nařídí k projednání věci samé, věcí samou pak není rozhodnutí o předběžném opatření. Pokud jde o dokazování, pak to se provádí dle § 122 odst. 1 o.s.ř. při jednání. Pokud tedy není nařízeno jednání, neprovádí soud ani dokazování. Odvolatelé často vidí nesprávnost rozhodnutí soudu o

⁴ Viz pozn. pod čarou č. 3.

⁵ Srovnejte například rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 13 Co 40/2009 ze dne 24.2.2009.

předběžném opatření v tom, že soud nenařídil jednání, rozhodl jen na základě skutečností obsažených v návrhu na nařízení předběžného opatření a listin předložených s návrhem. V tom ale ve skutečnosti spočívá princip rozhodování o předběžných opatřeních, a tudíž nemůže jít o vadu, která by měla za následek nesprávnost rozhodnutí ve věci (§ 219a odst. 1 písm. a) o.s.ř.). Tolik tedy návrh na nařízení předběžných opatření a zásady rozhodování.

3. DOBA TRVÁNÍ, PŘEDPOKLADY PRODLOUŽENÍ DOBY TRVÁNÍ

Nyní bych obrátila svou pozornost na dobu trvání předběžných opatření dle § 76b o.s.ř. Podle § 76b odst. 3 o.s.ř. toto předběžné opatření trvá jeden měsíc od vykonatelnosti, předcházelo-li vykázaní dle zvláštního právního předpisu, počíná tato lhůta dnem následujícím po dni, ve kterém uplynula lhůta stanovená v tomto zvláštním předpise. Oním zvláštním právním předpisem je zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, lhůta je upravena v ustanovení § 44 odst. 2 tohoto zákona a nikoliv v § 21a a násl. zákona č. 283/1991 Sb. o Policii České republiky, jak je nesprávně uvedeno v poznámce pod čarou v občanském soudním řádu, a trvá 10 dnů ode dne provedení vykázaní. Podáním návrhu na vydání předběžného opatření podle občanského soudního řádu v průběhu vykázaní se doba vykázaní prodlužuje do dne nabytí právní moci rozhodnutí soudu o tomto návrhu.⁶

Předběžné opatření zaniká podle § 77 odst. 1 písm. d) o.s.ř. uplynutím doby, po kterou má trvat, o jejím skončení se nevydává zvláštní rozhodnutí. Bylo-li před uplynutím doby uvedené v odstavci 3 zahájeno řízení ve věci samé, může předseda senátu na návrh prodloužit dobu trvání až na jeden rok od okamžiku nařízení. Problém v praxi činí posouzení otázky, co je myšleno „rozhodnutím ve věci samé“. Pokud bychom považovali za předpoklad pro nařízení předběžného opatření to, že účastníci mají, či měli společné obydlí⁷, což však není, jde jen o ukazatel, dle kterého je stanovena místní příslušnost, pak by bylo jasné, že věci samou jsou žaloby, které tuto otázku řeší. Proto, že není jasně dáno, že by společné obydlí bylo podmínkou vyhovění návrhu na nařízení předběžného opatření, považují soudy za věc samou také řízení o rozvod, výchovu a výživu⁸, tedy řízení, které upravuje nejen vztah účastníků ke společnému obydlí, ale vztahy mezi účastníky v celé jejich šíři. Tento závěr pak není v rozporu ani s teologickým

⁶ Dobou trvání předběžných opatření jsem se zabývala blíže v článku Počátek lhůty trvání předběžného opatření podle § 76b o.s.ř., publikovaném v časopise Právní rozhledy 22/2008

⁷ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. komentář, 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, 458 s.

⁸ Srovnejte například rozhodnutí Krajského soudu v Brně, pobočka v Jihlavě sp. zn. 54 Co 150/2008 ze dne 23.9.2008

výkladem, kdy úmyslem zákonodárce bylo ochránit ohroženou osobu, zajistit jí klid pro to, aby si srovnala myšlenky a učinila patřičné právní kroky k zajištění svého bezpečí.

4. ZÁVĚR

Na závěr bych zmínila roli intervenčních center, policie a význam interdisciplinárních týmů. Podle mého názoru hrají intervenční centra nezastupitelnou roli nejen při sepisu návrhů na nařízení předběžných opatření podle § 76b o.s.ř., ale i žalob ve věcech samých, vedle toho koordinují práci v rámci interdisciplinárních týmů. Pokud jde o roli policie, pak považuji za velice přínosné, že policie je povinna zaslat soudu úřední záznam o provedení vykázaní, tento totiž následně může soudu sloužit jako jeden ze stěžejních důkazů.

Contact – email

k.cuhelova@seznam.cz

DÍTĚ JAKO ÚČASTNÍK ŘÍZENÍ VE VĚCI DOMÁCÍHO NÁSILÍ

RADOVAN DÁVID

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Tématem příspěvku je dítě jako účastník řízení ve věci domácího násilí. Dítě bývá velmi často obětí útoku silnějšího, kterým může být jednak rodič, jednak jiný příslušník společného obydlí. Příspěvek se proto soustředí nikoliv pouze na základ problematiky domácího násilí vzhledem k dítěti, nýbrž řeší procesní důsledky ve vztahu k jeho účastenství v civilním řízení.

Key words in original language

Domácí násilí; nezletilé dítě; účastník řízení; předběžné opatření.

Abstract

This article deals with the questions of the child as a participant of the civil proceedings in the cases of domestic violence. The child may be very often the victim of the attack in the cases of domestic violence. The attack may be caused by the parent or by another person that lives with the child in common dwelling. The aim of this article is not only to describe the elementary questions of domestic violence but also to solve questions connected with the civil proceedings.

Key words

Domestic violence; child; participant of proceedings; preliminary measure.

Problematika domácího násilí, která je v současné době předmětem rozsáhlých diskusí, se bezesporu dotýká rovněž nezletilých dětí. Tyto děti se mohou do kontaktu s domácím násilím dostat buď jako svědci, anebo dokonce jako jeho oběti. I z tohoto důvodu je nutné soustředit se na otázky procesního účastenství dítěte, je-li předmětem civilního řízení právě domácí násilí.

Zákon o Policii České republiky¹ se institutu vykázání věnuje v ustanoveních § 44 až § 47. Co se týče postavení nezletilých dětí, nenastávají při výkladu těchto ustanovení žádné interpretační potíže. Uvedený institut vykázání je spojen se zásadou oficiality, což se projevuje tak, že policejní orgán je oprávněn násilnou osobu vykázat i „bez návrhu“. Návrh na vykázání, či alespoň podnět k tomuto vykázání, tak může vzejít od

¹ Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

kohokoliv, tedy také od nezletilého dítěte, aniž by bylo nutno zkoumat, zda je nezletilé dítě způsobilé k procesnímu úkonu.

Jiná je však situace ve spojení s ustanovením § 76b občanského soudního řádu², jež rovněž upravuje mimo jiné institut vykázání ze společného obydlí, ale také instituty zákazu sledování nebo obtěžování. Velmi problematický je však výklad uvedeného ustanovení ve vazbě na právní postavení nezletilého dítěte, zejména jako navrhovatele.

Dle ustanovení § 76b občanského soudního řádu lze usnesením nařídit předběžné opatření, kterým bude násilné osobě uloženo, aby opustila společné obydlí, jakož i jeho bezprostřední okolí, nezdržovala se ve společném obydlí nebo do něj nevstupovala, aby nevstupovala do bezprostředního okolí společného obydlí nebo navrhovatele a nezdržovala se tam, aby se zdržela setkávání s navrhovatelem nebo se zdržela nežádoucího sledování a obtěžování navrhovatele jakýmkoliv způsobem. Bude-li domácí násilí páčáno na nezletilém dítěti, nelze vyloučit, aby uvedené povinnosti byly uloženy násilné osobě i v tomto případě.

V současné době je však velmi spornou otázkou, jak procesně vyřešit postavení nezletilého dítěte jako účastníka řízení. Problematiku lze rozdělit do dvou oblastí. Předně lze připustit, aby byl návrh jménem dítěte podán některým ze zákonných zástupců. Nelze však vyloučit ani ty situace, bude-li se ochrany domáhat přímo nezletilé dítě.

K prvnímu bodu lze uvést následující. V praxi dochází k situacím, kdy návrh na vykázání násilné osoby je podán zákonným zástupcem dítěte, nikoliv však jménem nezletilého, ale přímo jménem zástupce. Vyhovění takovému návrhu však není možné. Ustanovení § 74 odst. 2 občanského soudního řádu správně uvádí, že účastníkem řízení podle § 76b občanského soudního řádu je navrhovatel a ten, proti komu návrh směřuje. Původně uvedené ustanovení § 74 odst. 2 občanského soudního řádu, přesněji ve znění ke dni do 19. 7. 2009, obsahovalo větu za středníkem, dle níž se navrhovatelem rozumí osoba, jejíž život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost jsou jednáním osoby, proti které návrh směřuje, vážným způsobem ohroženy. Z uvedeného upřesňujícího ustanovení tak bylo jednoznačně zřejmé, že vyhovění návrhu podanému zákonným zástupcem nezletilého dítěte, nikoliv však jménem tohoto dítěte, nýbrž pouze v jeho „zájmu“, není možné, neboť zástupce k takovému podání není dostatečně legitimován. Ke dni 20. 7. 2009 byla věta za středníkem v ustanovení § 74 odst. 2 občanského soudního řádu vypuštěna. Důvodová zpráva k zákonu č. 218/2009 Sb., kterou byl občanský soudní řád novelizován, však jako účel vypuštění neuvádí snahu rozšířit okruh legitimovaných subjektů, nýbrž duplicitu uvedeného ustanovení s ustanovením § 76b občanského soudního

² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

řádu, z něž legitimace navrhovatele rovněž vychází. Ustanovení § 76b odst. 1 přímo uvádí, že násilnou osobou musí být ohrožen přímo navrhovatel. Proto návrhy na nařízení předběžného opatření podle § 76b občanského soudního řádu, které nejsou podány jménem nezletilého dítěte jako osoby dotčené násilným jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, nelze vyhovět. Uvedený návrh zákonného zástupce však nelze brát ani jako podnět k zahájení takového řízení, neboť to je ovládáno dispoziční zásadou, resp. se jedná o návrhovou věc. Návrh na nařízení předběžného opatření tak vždy musí být podán jménem nezletilého dítěte.

Bude-li takto návrh skutečně podán, lze mu vyhovět, avšak nelze opomenout nutnost respektování procesních podmínek, bez nichž soud rovněž nemůže návrhu vyhovět. Na straně nezletilého dítěte se tak bude jednat zejména o jeho procesní způsobilost.

Bude-li nezletilé dítě zastoupeno zákonným zástupcem, dostáváme se do problematiky kolize zájmů. Domnívám se, že dítě v řízení podle § 76b občanského soudního řádu může být zastoupeno svým zákonným zástupcem, avšak v praxi se lze setkat s názory, že v i těchto případech hrozí kolize mezi zájmem rodiče jako zástupce a dítěte jako zastoupeného. K těmto konfliktům jistě docházet může, avšak dle mého názoru je povinností soudu zohlednit všechny aspekty konkrétní projednávané věci, a to zejména s ohledem na účel zákona a především dodržení lhůty 48 hodin pro vyhovění návrhu. Ustanovení zástupce na základě rozhodnutí soudu v takto krátké lhůtě se může jevit jako velmi problematické.

Další sporné otázky plynou z možnosti podání návrhu samotným nezletilým dítětem bez zákonného nebo ustanoveného zástupce. Soud v tomto případě musí zkoumat procesní způsobilost nezletilého dítěte, a to zejména s ohledem na ustanovení § 20 občanského soudního řádu. Dle tohoto ustanovení platí, že každý může před soudem jako účastník samostatně jednat v tom rozsahu, v jakém má způsobilost vlastními úkony nabývat práv a brát na sebe povinnosti. Ve vazbě na domácí násilí je uvedené ustanovení velmi obtížně interpretovatelné, neboť laicky řečeno v případě domácího násilí žádné (hmotně) právní úkony neuvažujeme a nelze tedy od nich ani odvodit procesní způsobilost. Jistou možností je posoudit procesní způsobilost dítěte s ohledem na jeho rozumovou a volní vyspělost, zde myšleno s ohledem na jeho schopnost posoudit závadnost domácího násilí, resp. vůli docílit jeho odstranění. I přesto je však návrh složitým procesním úkonem, jehož náležitosti musí být zkoumány soudem. Bude-li návrh podán nezletilým dítětem, je povinností soudů se zaměřit na úroveň podání, resp. na (nejen) vyjadřovací schopnosti nezletilého dítěte. Je však otázkou, jak soud bude k nezletilému dítěti přistupovat. V praxi se lze setkat se dvěma názorovými proudy. První uvádí, že je-li dítě schopno rozpoznat závadnost domácího násilí a obrátí se na soud se žádostí o pomoc, měl by soud takovému návrhu vyhovět i tehdy, jednalo-li by se o dítě, které by v jiných řízeních mělo být zastoupeno. Tento závěr je odvozován zejména z účelu

zákona, jímž je rychlá a účinná operativní pomoc. Koneckonců také ustanovení § 75a občanského soudního řádu uvádí, že jde-li o návrh na nařízení předběžného opatření dle ustanovení § 76b občanského soudního řádu, nemůže jej soud odmítnout, je-li nesrozumitelný anebo neurčitý nebo neobsahuje-li všechny náležitosti.

Druhý názorový proud naopak trvá na nutnosti přísně respektovat procesní podmínky, které nemohou být extenzivně vykládány ani v uvedeném případě. Bude-li návrh podán nezletilým dítětem, které by ani v jiném řízení nemohlo v řízení samostatně jednat, bude nutné, aby dle ustanovení § 23 nebo § 29 občanského soudního řádu bylo zastoupeno zákonným zástupcem, resp. ustanoveným opatrovníkem. Tento názorový proud uznává argument, že rozhodnutí je nutno vydat do 48 hodin, avšak u uvedené lhůty zdůrazňuje její pořádkový charakter, resp. uvádí, že tato nutnost zachování lhůty nemůže odůvodnit nerespektování procesních podmínek.

Lze tedy uvést, že dostane-li se nezletilé dítě do situace, kdy jej zákonný zástupce nebude nebo nechce zastupovat, resp. bude návrh podávat proti svému zákonnému zástupci, ocitá se v procesně nepříznivém postavení. Řešení tohoto problému je navíc vždy rozhodováno jinak, resp. neexistuje jednotné pravidlo či aspoň zavedený postup, jimiž by se soudy jednotně řídily.

Zejména v situaci, kdy zákonný zástupce odmítá zastoupit své nezletilé dítě, resp. je návrh podáván přímo proti zákonnému zástupci, je nasnadě otázka, zda nemá být postupováno jiným směrem. Z uvedeného je totiž zřejmé, že výchova dítěte do budoucna může být ohrožena. Alternativ se tak nabízí několik.

První vychází především z ustanovení § 47 odst. 3 zákona o Policii České republiky, dle něž je policejní orgán povinen oznámit vykázaní také orgánu sociálně právní ochrany dětí, jedná-li se o vykázaní ze společného obydlí, v němž žije nezletilá osoba. Zde je možnost využít institutu předběžného opatření dle § 76a občanského soudního řádu. Dítě se zde neocitá přímo bez jakékoliv péče, avšak jeho život nebo příznivý vývoj vážně ohroženy nebo narušeny. Tento návrh může podat obec s rozšířenou působností, která se o skutečnosti domácího násilí dozví.

Další otázkou je, zda by návrh podaný dle § 76b, který je však podán osobou neoprávněnou nebo procesně nezpůsobilou, nebylo možné vnímat jako podnět pro zahájení řízení ve věci výchovy nezletilého dítěte. Vzhledem k tomu, že se jedná o řízení ovládané zásadou oficiality, nikoliv zásadou dispoziční, bylo by možné i předběžné opatření nařídit bez návrhu.

V neposlední řadě lze odkázat na oznamovací povinnost *de facto* každého subjektu, které si povšimne problému domácího násilí páchaného na dětech. V tomto případě se může obrátit jak na Policii České republiky, tak i na

orgán sociálně právní ochrany dětí, nelze vyloučit ani možnost obrátit se na civilní soud aspoň ve formě neformálního podnětu.

Závěrem lze konstatovat, že procesní postavení nezletilého dítěte jako navrhovatele v řízení o nařízení předběžného opatření v jeho prospěch je velmi problematické. Do budoucna by jistě stálo za zvážení zpřesnění stávajícího ustanovení § 76b, event. i dalších občanského soudního řádu, resp. upuštění od zásady dispoziční aspoň ve vazbě na předběžná opatření ve prospěch nezletilých dětí. Do případné změny současné právní úpravy tak lze aspoň odkázat na účel zákona, resp. princip blaha dítěte, který by měl být postaven nad ryze formální výklad právních předpisů.

Contact – email

radovan.david@law.muni.cz

POSTUP DLE § 76B O.S.Ř.- ZKUŠENOSTI Z PRAXE

PETR HLUŠTÍK

Vysoká škola Báňská - Technická univerzita Ostrava, Katedra
společenských věd

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá praktickými problémami pri aplikácii inštitutu vykázání v řízení dle občanského soudního řádu

Key words in original language

Vykázání.

Abstract

The paper deals with the practical problems in application of the Institute of expulsion in the procedure according to Civil Procedure Code.

Key words

Expulsion.

Na následujících řádcích se pokusím poukázat na některé praktické momenty, vyskytující se při aplikaci ust. § 76b o.s.ř., tedy aplikaci inštitutu (zjednodušeně) tzv. vykázání.

Dle citovaného ustanovení "je-li jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, vážným způsobem ohrožen život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost navrhovatele, předseda senátu předběžným opatřením uloží účastníku, proti kterému návrh směřuje, zejména aby

- a) opustil společné obydlí, jakož i jeho bezprostřední okolí, nezdržoval se ve společném obydlí nebo do něj nevstupoval,
- b) nevstupoval do bezprostředního okolí společného obydlí nebo navrhovatele a nezdržoval se tam,
- c) se zdržel setkávání s navrhovatelem, nebo
- d) se zdržel nežádoucího sledování a obtěžování navrhovatele jakýmkoliv způsobem."

Pro přehlednost bude v dalším textu osoba navrhovatele označována jako "osoba ohrožená" a účastník, proti kterému návrh směřuje "osoba násilná".

Z citovaného ustanovení především vyplývá, že o návrhu osoby ohrožené soud rozhoduje formou předběžného opatření, tedy mezitímním rozhodnutím, které má za cíl zatímně upravit poměry účastníků.

U tohoto předběžného opatření je však třeba vždy velmi pečlivě zkoumat skutečné naplnění podmínek ust. § 76b o.s.ř., tedy, zda je intenzita tvrzeného ohrožení osoby ohrožené skutečně taková, aby vyžadovala nařízení předběžného opatření.

O návrhu na předběžné opatření musí soud rozhodnout, jak vyplývá z ust. § 75c odst. 2 o.s.ř., bezodkladně, přičemž není-li tu nebezpečí z prodlení, může předseda senátu o návrhu podle § 76b rozhodnout až do 48 hodin poté, co byl podán. Podstatné v této souvislosti je, že soud rozhoduje o nařízení předběžného opatření bez slyšení účastníků, tzn. vychází pouze ze skutečností uvedených v návrhu a z listin k tomuto připojených. Za situace, kdy soud musí o návrhu osoby ohrožení rozhodnout do 48 hodin od podání návrhu, lze konstatovat, že z praxe záleží spíše než na skutečném stavu věci na tom, jak dobře (a věrohodně) jsou vylíčeny rozhodné skutečnosti a do jaké míry předložená tvrzení jsou s to dovést soud k závěru, že jsou skutečně splněny podmínky ust. § 76b o.s.ř. Je pojmově vyloučeno zjišťovat skutkový stav prakticky jakýmikoli prostředky, navíc v časové tísní je to skutečně nemožné.

Nařízením předběžného opatření dochází vždy k zásadnímu zásahu do práv osoby násilné a i z hlediska proporcionality nezbytného zásahu je nutno vždy zkoumat co nejpečlivěji naplnění zákonných podmínek. V konkrétních případech tak může dojít (a nelze tomu bohužel při nejlepší vůli zabránit) k nepřiměřenému zásahu do právo osoby násilné, ukáže-li se, že skutečnosti uváděné navrhovatelem neměly oporu ve skutečném stavu. Je pak na osobě násilné, aby se případně vůči navrhovateli domáhala náhrady škody.

K rozhodnutí o návrhu na předběžné opatření podle § 76b je příslušný okresní soud, v jehož obvodu je nebo byl dům, byt, místnost nebo jiný prostor společně obývaný s navrhovatelem¹. Návrh na nařízení předběžného opatření podle § 76b musí obsahovat kromě obecných náležitostí stanovených v ust. § 42 odst. 4 o.s.ř.² jméno, příjmení a bydliště

¹ Viz ust. § 74 odst. 5 o.s.ř.

² Pokud zákon pro podání určitého druhu nevyžaduje další náležitosti, musí být z podání patrné, kterému soudu je určeno, kdo je činí, které věci se týká a co sleduje, a musí být podepsáno a datováno. Je-li účastník zastoupen advokátem, může být podpis advokáta nahrazen otiskem podpisového razítka, jehož vzor byl uložen u soudu, kterému je podání určeno. Podání v listinné podobě je třeba předložit s potřebným počtem stejnopisů a s přílohami tak, aby jeden stejnopis zůstal u soudu a aby

účastníků, popřípadě též jejich zástupců a vylíčení rozhodných skutečností odůvodňujících nařízení předběžného opatření.

Jestliže je návrh na předběžné opatření nesrozumitelný či neurčitý, případně neobsahuje vylíčení rozhodných skutečností, není možný postup dle ust. § 75a odst. 1 o.s.ř., tedy odmítnutí návrhu bez dalšího s vyloučením postupu dle ust. § 43 o.s.ř.; znamená to tedy, že soud v rámci 48 hodinové lhůty musí zajistit odstranění nedostatku podání poučením účastníka a stanovením přiměřené lhůty. Ač jsem si vědom cíle zákonodárce, jeví se mi tento postup v praxi poněkud hůře schůdný, neboť za situace, kdy účastník vyjma kontaktní adresy neuvede žádné jiné kontaktní informace, není tedy možné jej zastihnout telefonicky, elektronickou cestou, faxem apod., je postup soudu v takovém případě velmi omezený, neboť jedinou možnou cestou je výslech účastníka v místě jeho bydliště, což však může narazit také na případný nesouhlas takového účastníka, když není možné o konaném výslechu účastníka předem vyrozumět. Tedy, je nutné v konkrétním případě vždy vážit hodnotu zájmu na rozhodnutí ve lhůtě, na práva účastníka být poučen, na obligatorní náležitosti podání a postupovat vždy v co největším zájmu k ochraně práv účastníka.

Z toho pohledu je třeba vyzdvihnout téměř nezastupitelnou úlohu nevládních organizací, zejména pak Bílého kruhu bezpečí (dále jen "BKB"); ukazuje se, že při součinnosti, vzájemné komunikaci mezi dotčenými orgány a nevládními organizacemi lze docílit co největšího "komfortu" především ve vztahu k účastníkům, projevujícím se především podáními, zpracovanými účastníky za asistence nevládních organizací, která obsahují zákonné náležitosti a jsou připravena bez dalšího k posouzení soudem.

Návrhy na předběžná opatření dle ust. § 76b o.s.ř. jsou ze zákona vyjmuty z povinnosti skládat tzv. jistotu, tedy částku k zajištění náhrady škody nebo jiné újmy, která by vznikla předběžným opatřením³.

Jestliže soud návrhu na předběžné opatření vyhoví, stanoví též lhůtu jeho trvání, která činí 1 měsíc od vykonatelnosti, přičemž vykonatelné se opatření stává, jakmile bylo vydáno.

každý účastník dostal jeden stejnopis, jestliže je to třeba. Podání v

jiných formách se činí pouze jedním stejnopisem. K podání učiněnému

elektronicky lze připojit také všechny jeho přílohy v elektronické

podobě.

³ § 75 odst. 3 o.s.ř.

V souladu s ust. § 273b o.s.ř., nařídil-li soud předběžné opatření podle § 76b odst. 1, výkon tohoto rozhodnutí zajistí bezodkladně vždy soud prvního stupně. Výkon rozhodnutí se provede tak, že soud v součinnosti s příslušnými státními orgány vykáže povinného ze společného obydlí, odebere mu všechny klíče od společného obydlí, které povinný drží, a popřípadě mu zakáže setkávat se s označenou osobou nebo ji jinak kontaktovat. Soud zároveň poskytne povinnému příležitost, aby si bezprostředně při výkonu rozhodnutí vyzvedl ze společného obydlí své osobní cennosti a osobní dokumenty, jakož i věci, které slouží jeho osobní potřebě; během trvání předběžného opatření podle § 76b pak povinnému umožní vyzvednout i věci nezbytné k výkonu jeho podnikatelské činnosti nebo výkonu povolání, případně věci nezbytné z jiného vážného důvodu. Při provedení výkonu rozhodnutí soud povinného rovněž vyzve, aby soudu sdělil adresu, na kterou mu bude možné po dobu trvání předběžného opatření doručovat písemnosti, nebo aby si zvolil zástupce pro doručování písemnosti, a upozorní ho, že písemnosti mu budou doručovány uložení u soudu, jestliže výzvě ve stanovené lhůtě nevyhoví. Soud povinného současně upozorní na následky neplnění povinností stanovených v předběžném opatření podle § 76b.

Poruší-li povinný po provedení výkonu rozhodnutí povinnost nevstupovat do společného obydlí a nezdržovat se v něm, soud kdykoliv a bezodkladně na návrh oprávněného provede opětovný výkon rozhodnutí vykázaním povinného ze společného obydlí. Poruší-li povinný povinnost nevstupovat do bezprostředního okolí společného obydlí nebo oprávněného a nezdržovat se v něm, nebo povinnost zdržet se setkávání s oprávněným, anebo zdržet se nežádoucího sledování a obtěžování oprávněného jakýmkoli způsobem, soud nařídí na návrh oprávněného výkon rozhodnutí podle § 351.

Osoba ohrožená má možnost podat v době trvání předběžného opatření (tedy ve lhůtě 1 měsíce od vykonatelnosti) návrh na prodloužení tohoto předběžného opatření, přičemž v takovém případě neskončí lhůta trvání předběžného opatření dříve, než soud o takovém prodloužení rozhodne.

Řízení o návrhu na prodloužení trvání předběžného opatření je dle mého řízením sui generis, na které se přiměřeně (již z pohledu systematiky zařazení v o.s.ř.) užití ustanovení o předběžném opatření, tedy mj. i povinnost o tomto návrhu rozhodnout bezodkladně. Liší se však názory na to, zda pro rozhodnutí o prodloužení předběžného opatření je nutno jako nejzazší lhůtu užít také 48 hodin či obecnou sedmidenní lhůtu stanovenou pro rozhodnutí o "běžném" návrhu na předběžné opatření. Podle mého z hlediska účelu návrhu na prodloužení předběžného opatření i s přihlédnutím k ochraně práv všech účastníků řízení je nutno vztáhnout i na toto řízení lhůtu stanovenou pro rozhodnutí o návrhu dle § 76b o.s.ř..

Podmínkou pro prodloužení trvání předběžného opatření je, že ve lhůtě trvání opatření bylo zahájeno řízení ve věci samé, přičemž návrh na

prodloužení trvání opatření musí mimo skutečností odůvodňujících závěr o nutnosti prodloužení obsahovat též údaj o majetkových či jiných poměrech, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí. Soud pak při svém rozhodování vezme v úvahu zejména trvání stavu ohrožení navrhovatele podle odstavce 1, obsah a důvody podaného návrhu na zahájení řízení ve věci samé, majetkové či jiné poměry účastníků, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, na které se vztahuje předběžné opatření, a další rozhodné okolnosti. Předběžné opatření pak zanikne nejpozději uplynutím 1 roku od okamžiku jeho nařízení.

V praxi vznikla otázka, co se myslí návrhem ve věci samé. Víceméně se pak výklad ustálil v tom, že takovým návrhem je např. návrh na zrušení práva společného nájmu bytu, návrh na rozvod, avšak pouze ve spojení s dalšími návrhy, například vypořádání SJM, určení vlastnictví apod., případně návrh na vyklizení bytu či domu apod.

Samotný návrh na rozvod manželství či návrh na úpravu vyživovací povinnosti k nezletilým dětem, případně styku s nimi, nelze bez dalšího považovat za řízení ve věci samé a takový návrh nemůže být sám o sobě podkladem pro prodloužení trvání předběžného opatření.

Z uvedeného vyplývá, že nařízení předběžného opatření dle § 76b o.s.ř. může být spolu s prodloužením doby jeho trvání velmi citelným zásahem do práv osoby násilné, neboť taková osoba může být povinna i přes např. vlastnické právo k domu do tohoto nevstupovat či se k němu nepřibližovat, a to až po dobu 1 roku !

Zákon, jak již z jeho podstaty vyplývá, nereflektuje všechny situace, připadající v této souvislosti v úvahu. Dojde-li např. k tomu, že je nařízeno předběžné opatření, kterým je osoba násilná vykázána ze společného obydlí a jsou jí stanovena další omezení, následně dojde k prodloužení doby trvání tohoto opatření a následně k odvolání osoby násilné nadřízený soud rozhodne tak, že původní návrh na nařízení předběžného opatření se zamítá, vzniká otázka, kdy dojde k ukončení rozhodnutí o prodloužení doby trvání předběžného opatření. Ač zákon tuto situaci neřeší, dle mého vyplývá z podstaty věci, že účinky jak předběžného opatření samotného, tak rozhodnutí, které z něj vychází, končí právní mocí rozhodnutí nadřízeného soudu o zamítnutí návrhu na nařízení předběžného opatření, neboť došlo k zániku podkladového rozhodnutí.

Tuto otázku jsem otevřel záměrně, neboť v mé rozhodovací praxi soudce okresního soudu⁴ došlo přesně k nastíněné situaci; osoba násilná se pak dokonce ocitla v policejní cele, neboť po obdržení rozhodnutí nadřízeného soudu (zcela správně) vycházela z toho, že pominuly účinky předběžného

⁴ Autor je soudcem Okresního soudu v Ostravě

opatření a tudíž se již může navrátit do domu ve společném vlastnictví s navrhovatelkou. Navrhovatelka však takové rozhodnutí v té době neměla k dispozici a pro podezření z maření výkonu úředního rozhodnutí přivolala na druhého účastníka Polici ČR, která, ač jí bylo osobou násilnou předloženo rozhodnutí nadřízeného soudu, účastníka zadržela a umístila do policejní cely; až následující den došlo ze strany policie k ověření informací a k následnému propuštění zadrženého.

Uvedeným příkladem jsem chtěl poukázat na nedokonalost právní úpravy, vedoucí v krajním případě až k nezákonnému zásahu do práv osoby násilně, v nastíněném případě pak umocněném nejen zásahem do vlastnického práva, ale dokonce do práva na osobní svobodu. I takové důsledky může mít nutnost rozhodnout v krátké lhůtě bez slyšení účastníků pouze na základě tvrzení jedné strany.

V případě, že dojde k zamítnutí návrhu na předběžné opatření, doručuje se rozhodnutí pouze navrhovateli⁵, což zajišťuje mj. také ochranu tohoto účastníka.

Poslední poznámkou, kterou bych rád věnoval k institutu vykázaní ve smyslu ust. § 76b o.s.ř., je otázka povinnosti zaplatit soudní poplatek za návrh na takové předběžné opatření.

Dosavadní právní úprava totiž stanoví bez výjimky povinnost osobě ohrožení zaplatit spolu s návrhem na předběžné opatření soudní poplatek ve výši 500,- Kč⁶. To samozřejmě neplatí, jestliže navrhovatel osvědčí, že jsou u něj podmínky pro osvobození od soudních poplatků ve smyslu ust. § 138 o.s.ř. a jestliže o osvobození od soudních poplatků požádá.

V praxi je běžné, že navrhovatelé soudní poplatek spolu s podáním návrhu nezaplatí, tudíž i v případě vyhovění návrhu je nutné navrhovatele zavázat k jeho zaplacení a následně pak rozhodnout o povinnosti žalovaného tento poplatek zaplatit navrhovateli (byť s ohledem na ust. § 151 o.s.ř., dle kterého se o nákladech řízení rozhoduje až v rozhodnutí, kterým se řízení končí není takový postup zcela správným, nicméně řízení o návrhu na předběžné opatření dle ust. § 76b o.s.ř. je i z tohoto pohledu řízením specifickým).

Ministerstvem spravedlnosti je připravován v současné době návrh na změnu úpravy poplatkové povinnosti v soudním řízení, v rámci kterého je mj. mezi návrhy osvobození od soudních poplatků zařazen také návrh na předběžné opatření dle ust. § 76b o.s.ř., což považuji za krok vpřed, vedoucí k větší ochraně účastníků tohoto řízení a jejich přístupu k soudní ochraně.

⁵ Ust. § 76g o.s.ř.

⁶ Položka 3 Sazebníku soudních poplatků - zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích

Tímto příspěvkem jsem chtěl alespoň ve zkratce popsat některé aspekty řízení o předběžném opáření vedoucího k tzv. vykázání z obydli a věřím, že alespoň některými skutečnostmi jsem čtenáře zaujal a že příspěvek přispěje k diskusi nad tímto tématem.

Literature:

- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád

Contact – email

petr.hlustik@vsb.cz

POSSIBILITIES AND LIMITS OF MEDIATION IN CASES OF VIOLENCE BETWEEN PARENTS

LENKA HOLÁ

Palacky University in Olomouc, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek diskutuje možnosti a meze využití mediace v případech násilí mezi rodiči. Kdy teoretické názory tuto možnost většinou nepodporují, upozorňují na její limity a negativní důsledky pro jednotlivé účastníky, jejich vztahy i samotné (trestní) řízení. Avšak praxe hledá možnosti, jak situace násilí mezi rodiči - pro ně a zejména jejich děti - efektivně řešit.

Key words in original language

Násilí mezi rodiči; mediace; účastníci mediace.

Abstract

Paper discusses the possibilities and limits the use of mediation in cases of violence between the parents. When the theoretical possibility that the views of majority support, highlighting the limits and negative consequences for individual participants, their relationships and themselves (criminal) proceedings. But the practice is looking for ways to situations of violence between the parents - for them and especially their children - effectively addressed.

Key words

Violence between parents; mediation; mediation participants.

1. ÚVOD

Cílem příspěvku je diskutovat možnosti využití mediace v tak specifických případech, jako je situace násilí mezi rodiči, a to zejména s ohledem na zájmy nezletilých dětí. Vzhledem k tomu, že je otázka vhodnosti jejího využití u nás zatím spíše odmítána, minimálně však zpochybňována, přinášíme zahraniční zjištění doplněná vlastními úvahami a zkušenostmi.

Abychom se mohli kvalifikovaněji vyjádřit, je nejprve nutné zaměřit se na předmět intervence, tedy situaci násilí mezi rodiči. Rozpad rodiny otřese něčím, co děti považují za samozřejmé a co je zdrojem jejich pohody, totiž, že rodiče budou stále někde na blízku. Kvalita rodičovského vztahu je jedním z klíčových příčin problémů v osobnostním vývoji dítěte. Na tuto problematiku upozorňují práce publikované ve světě již ve 30. letech 20. stol. (např. Towle, 1931; Hubbard, Adams, 1936). V českém prostředí pak zejm. přehledová studie J. Pavláta (2005, č. 5). Shrnuje zde výsledky amerických empirických studií provedených v situaci rozvodů a porozvodového uspořádání. Autor konstatuje, že při sledování následků

rozvratu rodiny pro dítě je právě míra a podoba konfliktu mezi rodiči pro jejich následné psychické a sociální selhávání rozhodující. V našem prostředí dosud nebyla empirickému zkoumání těchto souvislostí věnována dostatečná pozornost. Významným příspěvkem je proto metodická studie Lacinové, Michalčákové a Ježka (2009, č. 1), která přináší prvotní zkušenosti s metodou sledující percepci konfliktu mezi rodiči a dětmi v ČR.

V zahraničí se počáteční výzkumy zaměřovaly především na četnost rodičovských konfliktů a hledání souvislostí mezi rodičovským konfliktem a maladaptivními obtížemi jejich dětí. Současné výzkumy se zaměřují na objasnění konkrétních mechanismů fungování těchto souvislostí, pozornost je věnována zjišťování obsahu či způsobu řešení konfliktu (Cummings, Davies, 1994). Jako důležité se ukázalo sledovat vnímání a subjektivní hodnocení konfliktu samotným dítětem. Všechny tyto poznatky jsou z hlediska domácího násilí a možností jeho řešení zásadní.

2. NÁSILÍ A DOMÁCÍ NÁSILÍ MEZI RODIČI

O domácím násilí jako o teoretickém a praktickém problému se hovoří zhruba 40 let. Zpočátku (asi od konce 70. let 20. stol.) bylo vnímáno jako násilí v rodině nebo v intimních vztazích, kterého se dopouštějí partneři (muži) na ženách. Studium a výzkum fenoménů domácího násilí však do dnešního dne značně pokročily. Nyní je definováno jako opakované, dlouhodobé a zpravidla eskalující násilí fyzického, psychického, sexuálního, sociálního a ekonomického rázu, které vytváří asymetrický vztah a vede ke stabilnímu rozdělení rolí na osobu násilnou a osobu ohroženou (Čírtková, 2008). Ze současného pohledu představuje domácí násilí komplexní jev. Veškeré kroky policie, justice, poradenských sítí a terapeutických středisek pro oběti i pachatele se musí odvíjet právě od zjištěných informací o tom, jak se domácí násilí v daném vztahu projevuje. Vzniká potřeba přesnější diferenciací jeho podob. Na to reaguje také teorie, kdy se v posledních letech objevuje nová tendence usilující o komplexnější přístup a snahu postihnout celistvé vzorce jevu. To má značný praktický význam. Umožňuje to lépe zpracovat a cílit strategie intervence. Zákony, které byly k problematice domácího násilí v mnoha zemích přijaty, otevřely nové možnosti institucionální podpory oběti.

3. ALTERNATIVNÍ ODPOVĚDI

S poznáním problému domácího násilí pak úzce souvisí možnosti opatření, nápravy, pomoci a prevence. Podle Larsenové a Petersena (2001) patří mezi hlavní nedostatky reakce na domácí násilí skutečnost, že se řeší jen omezenými prostředky, tj. nehledají se nové možnosti. Na úrovni mezinárodních předpisů o ochraně základních lidských práv, na legislativní úrovni daného státu i na úrovni komunity. Například některé australské kmeny využívají kombinaci tradičních metod řešení konfliktů s kmenovými normami a rituály, které chrání jejich členy. Jde např. o přenesení řešení násilí mezi partnery na členy širší rodiny či domorodého seskupení, kterého

jsou členy. Palmer a Etter (1994) přitom zdůrazňuje, že vyvažovat mezi sankčním opatřením a pomocí je nezbytné.

4. MEDIACE V PŘÍPADECH NÁSILÍ

Pro posouzení vhodnosti využití mediace v případech násilí mezi rodiči je podle nás zásadní, z jakého úhlu ji nahlížíme. Tedy, zda jako alternativu k restriktivním opatřením či jejich doplnění.

Astor (In. McGillivray a Comaskey, 1994, s. 117) se domnívá, že mediace jako alternativa k sankčnímu přístupu v případech násilí mezi partnery je nežádoucí. Násilí vytváří extrémní nerovnováhu mezi stranami, kdy v mediaci podle něj nelze předpokládat, ani zaručit, že potřeby a zájmy oběti budou naplněny. Na druhé straně, pokud je domácí násilí potrestáno a nenásleduje poradenství a terapie, nemůže být dosaženo pokroku. Jako příklad si uveďme zkušenosti z Austrálie, kde jsou pro doplnění systému trestního soudnictví s úspěchem využívány tradiční metody australských domorodých obyvatel k hledání spravedlnosti a řešení křivd. Zdá se, že jsou to postupy, ve které mají tamější lidé ještě víru. Nicméně, také se ukázaly být nedostatečné, pokud jsou používány ve své izolované podobě. Tedy jinak řečeno – jsou účinné, pokud jsou využívány jako doplnění trestně sankčních postupů. Již před dvaceti lety uvedl Bolger (1991), že problém násilí mezi partnery bude vyřešen pouze za účasti mužů i žen.

Abychom mohli mediaci využívat účelně, je nutné stanovit, pro jaké konflikty je vhodná a také naopak, v jakých situacích by bylo lepší ji nepoužít. Mediace je specifická, konkrétní metoda se svými zákonitostmi, principy a strukturou. Nelze ji použít, jak lze odhadnout, při řešení jakéhokoliv interpersonálního konfliktu. Měla by být stanovena alespoň základní kritéria výběru, která by mediátorovi umožnila diskutovat o předpokladech k účasti na ní a která by eliminovala případná poškození klientů jejím nevhodným použitím. Při stanovení indikací k mediaci jde o postižení následujících oblastí:

1. Účastníci konfliktu, jejich vztah a povaha konfliktní situace
2. Metoda mediace – její možnosti a hranice
3. Mediátor – jeho profesní kompetence, orientace, preference mediačního přístupu a technik, osobní postoj k určitému druhu konfliktů, vztah k účastníkům konfliktu

Je možné říct, že u nás ani v zahraničí neexistuje názorová jednota na to, které případy konfliktů jsou či nejsou pro mediaci vhodné. Proto vítáme zahraniční studie posledních deseti let, které se otázkou indikace k mediaci, motivace pro rozhodování klientů a determinant takového rozhodování začínají zabývat. Důkladnější vědecká analýza problému indikace a výhod

či nevýhod mediace by prospěla jak pojetí mediace, tak také možnostem jejího uplatnění.

Vzhledem k tomu, že se v ČR, jak již bylo v úvodu řečeno, setkáváme spíše s odmítáním, minimálně ale pochybnostmi o využití mediace v případech násilí mezi partnery, zaměříme se nyní obecněji na téma konfliktů pro mediaci nevhodných.

Mediace vychází z předpokladu rovnosti mezi účastníky konfliktu. Pokud neexistuje alespoň relativní rovnost, slabší strana (finančně, v pozicích, mentálně, společensky, atd.) je znevýhodněná. To ji nutí ke smlouvání. Nerovnost produkuje nepřiměřené dohody, které zvýhodňují silnějšího. Rozpor v síle stran byl identifikovaný jako nejdůležitější faktor pro vyloučení případu z mediace. Ale vyloučení z mediace je řešení příliš jednoduché. Takové konflikty by se neřešily vůbec, nebo by možnosti jejich řešení byly jen omezené.

Jiná situace nastává v případech, kdy vztah obou partnerů je nerovný a navíc jeden z partnerů zažívá před druhým strach. Tyto případy nastávají u konfliktů spojených s násilím. Skutečnost násilí jakožto znaku vztahu v minulosti ale nemusí automaticky vylučovat mediaci jako nevhodný postup. V činnosti Probační a mediační služby ČR je stále aktuální otázka, zda určité trestné činy (např. sexuální delikty, domácí násilí, rasové delikty, týrání a zneužívání dětí) mají být z mediace vyloučeny, či zda za určitých okolností (uspořádání mediační situace) je mediace i u nich využitelná. Převažuje však názor, že by mediace neměla být využívána u závažných násilných trestných činů, dále u organizované zločinnosti, trestných činů s prvkem porušení základních lidských práv a svobod a ekonomické kriminality se škodou velkého rozsahu.

5. MEDIACE V PŘÍPADECH NÁSILÍ MEZI RODIČI

I přes výše uvedené se nyní – přece jenom, nebo právě proto – budeme věnovat mediaci v případech násilí mezi rodiči. Násilí mezi rodiči má obvykle tři póly: muže, ženu a jejich děti. Pro zvážení možnosti mediace je důležité zjištění uváděné Čírtkovou (2008), že asi 20 – 25% dětí se vměšuje do násilných incidentů (prosí násilnou osobu nebo chrání osobu ohroženou), v průběhu útoků na matku je napadeno také 10% dětí a 2% dětí přechází z různých důvodů na stranu agresora. Pokud bychom se omezili jenom na tyto případy, tak téměř 40% dětí aktivně vstupuje do situací konfliktů a násilí mezi rodiči. Prvním předpokladem tedy je, že pokud se děti násilí jejich rodičů takto bezprostředně dotýká, měly by mít právo vstoupit také do jeho řešení.

V možnostech nabídky a dostupnosti poradenství či jiné formy pomoci pro oběť domácího násilí není rozhodné, zda oběť objektivně může či nemůže vyhledat a čerpat pomoc, ale to, zda ji potřebuje a chce. Některé oběti se necítí traumatizované a od image oběti domácího násilí se distancují. Pomoc

pro sebe odmítají, naopak se domnívají, že poradenství a terapii by měl využít násilný partner a měla by ho k tomu přinutit policie nebo soud. Jiný typ oběti chce na minulost zapomenout a upíná se k budoucnosti. Má zájem o právní konzultace a praktickou pomoc. Oběti, které žijí v ambivalentním vztahu, je obtížné odhalit. Převažuje názor, že právě u těchto případů má zásadní význam první kontakt s profesionální pomocí. Specifická témata poradenství jsou u jednotlivých forem domácího násilí odlišná a týkají se aktuálních problémů, které oběti řeší. Tato skutečnost je druhým předpokladem pro využití mediace v případech násilí mezi rodiči. Mediace je dobrovolným procesem za účelem naplnění potřeb všech účastníků na ni. Zájmy žen, dětí a mužů postižených domácím násilím jsou zatím pojednávány spíše odděleně. Pozornost se přitom upíná do tří základních oblastí:

1. Ochrana a podpora dospělých obětí domácího násilí
2. Ochrana a podpora dětí
3. Podpora práv otců po odluce či rozvodu

Podle Čírtkové (2008) jsou možnosti, jak propojit či integrovat tyto tři zájmové sféry do fungujícího konceptu řešení, sporadické. Třetím předpokladem pro možnost uplatnění mediace v případech násilí mezi rodiči je tedy zájem na propojení a integraci všech tří stanovených oblastí.

Kontakty s dětmi a výchovné uspořádání je v případech domácího násilí velkým problémem. Do dětí se přesouvají střety rodičů motivované různě. Násilní muži se poměrně často pokoušejí dosáhnout kontroly nad partnerkou cestou uplatňování práv na styk s dětmi, a to i když dříve o ně neprojevovali zájem. Na druhé straně děti mohou trpět ztrátou kontaktů s otcem, kdy jejich zájmy se tím dostávají do rozporu se zájmy jejich matky. Ženy s upraveným právem otce na styk s dětmi si neztěžuje na pokračující otevřené násilí, ale např. na nedodržování termínů schůzek otce s dětmi či na jeho špatnou péči o děti. Jsou však typy domácího násilí, kde přetrvávají specifická rizika pro matku i děti. Zde je rozhodnuto o zamezení kontaktu násilného rodiče s dětmi či je jeho právo na styk s dětmi (a naopak) uplatňováno velmi obezřetně.

Protože i v situaci domácího násilí je otcovství cennou hodnotou, je jádrem problému otázka, zda může být násilný partner dobrým otcem a zda jeho styk s dětmi těmto dětem prospívá? V tom spočívá i dilema matky. Na jedné straně se s obtížemi odpoutává od partnera, na druhé straně je vedena k tomu, aby podporovala styk dětí s otcem. Těžko se v tom orientuje. Odborníci (např. Hester, 2005, Kavermann, 2006 In. Čírtková, 2008) k tomu uvádí tři možná východiska:

1. Z hlediska zájmů dětí a vzhledem ke konkrétním okolnostem je styk otce s dětmi nežádoucí.

2. V případech s ukončeným domácím násilím může styk otce s dětmi přinášet pozitivní hodnoty pro děti i otce.
3. Každý případ je nezbytné posuzovat individuálně.

Realistické a fundované posouzení konkrétních případů je zásadní podmínkou. Soudy nařízený styk s hrubě násilným otcem může být pro dítě traumatizující. Na druhé straně fakt, že otec týral „pouze“ matku nevyovídá nic o jeho otcovských kvalitách. Ale pokud přijme zodpovědnost za své násilné chování a vyvine-li snahu ke změně, pak je následný bezkonfliktní styk příležitostí pro jeho děti dospět k poznání, že i tak velké problémy jeho rodičů lze řešit.

Nyní se tedy dostáváme k základním charakteristikám samotné mediace v případech násilí mezi rodiči.

6. CHARAKTERISTIKY MEDIACE V PŘÍPADECH NÁSILÍ MEZI RODIČI

Zahraniční výzkumy ukazují, že tam, kde jsou děti vystaveny domácímu násilí, jsou přerušeny běžné úkoly dětství a jejich problémy se podobají problémům dětí zneužívaných (Wolfe et al., 2003). Včasný zásah je velmi důležitý v prevenci mezigeneračního přenosu domácího násilí (Bunston, 2008). Hart (2009) nediskutuje otázku vhodnosti aplikace mediace v případech násilí mezi rodiči, to považuje zcela jistě za možné, své zamyšlení směřuje k přednostem a rizikům účasti jejich nezletilých dětí.

Děti jsou s rodiči a jejich násilnou situací spojeny složitými mechanismy (Featherstonová a Trinder, 1997). Pokud nejsou jejich specifické potřeby a priority identifikovány při rozhodování o dalším rodinném uspořádání, mohou i nadále žít ve strachu (Mullender et al., 2002). Proto je důležité rozpoznat co nejdříve individuální potřeby dítěte spolu s potenciálními riziky a tato zjištění dále moderovat (Humphreys, 2006; Batmanghelidj, 2006).

Podle některých odborníků (např. Smart a Neale, 2000; Nairn a Smith, 2002) by děti neměly být stavěny do role „zranitelných obětí vlastní situace“, ale do role jedinců, kteří přináší jedinečnou a důležitou perspektivu přenesenou z jejich rodinného prostředí na proces rozhodování. Závěry současných výzkumů vlivu domácího násilí na děti uvádí, že děti chtějí být zahrnuty do jednání o reakci na násilí a při rozhodování o jejich budoucnosti (např. McGee, 2000; Irwin, Waugh, a Wilkinson, 2002; Mullender et al., 2002). Hester (2006) říká, že ptát se dětí na násilí, kterému byly vystaveny doma, může mít pozitivní účinky v překonání strachu z možného prozrazení. Výzkumy také ukazují, že děti jsou spolehlivými svědky událostí a jsou způsobilé vyjádřit se k rozhodnutí, které bude ovlivňovat jejich životy (např. Kaltborn, 2001; Smith a Taylor, 2003). Stejný názor zastávají i jejich rodiče (Cashmore a Parkinson, 2008).

Mediátoři mají proto důležitou roli v tom, jak je postoj společnosti k rodičovským sporům a násilí uplatňován v praxi. Mediace v případech násilí mezi rodiči není ještě zcela obvyklou praxí. Před odborníky stojí řada problémů s rozhodováním kdy, za účasti koho a jak v takových případech postupovat. Vhodné načasování mediace v případech násilí mezi rodiči je z našeho pohledu jednou ze zásadních podmínek.

Počáteční opatrnost justičních orgánů při doporučování (eventuelně ukládání) mediace dospělým účastníkům násilí je postupně rozptylována pozitivními příklady z praxe. Flynn (2005) uvádí, že mediace se pro dospělé oběti ukázala jako posilující proces. Charlesworth, Turner, a Foreman (2000) zjistili, že výsledné dohody přispěly k emočnímu a fyzickému oddálení partnerů a že mezi sebou dále komunikovali za pomoci pravidel dohodnutých během mediace. Hart (2009) se domnívá, že pozitivní příklady mediací v případech násilí mezi partnery podpoří rozvíjení kompetencí mediátorů pro vedení mediací i za přítomnosti dětí. Podle Taylora (1998) to však předpokládá, aby se změnilo silně paternalistické ochránářské nazírání na děti jako na nekompetentní, zranitelné bytosti, které by měly být chráněny před procesem řešení sporů jejich rodičů. Je důležité si uvědomit, že tyto ochránářské tendence existovaly před ne příliš vzdálenou dobou, pokud jde o účast na mediaci dospělé oběti domácího násilí. Zde však nastal poměrně velký názorový posun se zavedením akreditace a certifikace mediátorů a hodnocením akreditovaných organizací, které poskytují rodinné mediace (Charlesworth, Turner, a Foreman, 2000). V důsledku to vedlo ke zvyšování kvalifikace mediátorů a jejich specializaci na mediace v situacích domácího násilí.

Zajištění bezpečnosti. Vzhledem ke specifikám mediace v případech násilí mezi rodiči musí být prioritou zajištění bezpečnosti pro dospělé i dětské oběti násilí, stejně jako mediátorů a dalších odborníků na mediaci zúčastněných (např. dětských psychologů, psychoterapeutů, advokátů, finančních poradců). To zahrnuje průběžné hodnocení situačních a osobnostních rizik (Cooley a Frazera, 2006). Systém rovněž zajišťuje bezpečí a pomoc mediátorům vyrovnat se s vlastní emoční reakcí na to, co oběť zveřejní a se stresem z opakovaných kontaktů s pachatelem a dětskou obětí. Zajištění bezpečnosti je poměrně rozsáhlé téma, kterému zde, bohužel, nemáme prostor se více věnovat.

Posuzování případu. V počáteční fázi všech mediací v případech násilí mezi rodiči je nutné posoudit, zda je případ pro mediaci vhodný. K tomuto účelu byl v zahraničí vyvinut rámec, který akreditovaní mediátoři (působící jako mediátoři v soudních případech) využijí při seznamování se s případem a rozhodováním, zda je pro mediaci vhodný. Cílem je posoudit připravenost každé ze stran k účasti a svobodnému rozhodování (Kaspiew, 2008). Na násilí přitom nepohlížejí jen jako na aktuální situaci rodičů, ale hodnotí ho v celé jeho šíři. Zabývají se historií násilí v dané rodině, zkoumají vývoj rizikových faktorů v čase, vytvářejí jejich prognózu do budoucnosti (např.

Batmanghelidj, 2006, Radford et al., 2006). Za základní faktory screeningu rizik jsou považovány vzor násilí, osobnostní vlastnosti a chování pachatele a míra moci (Jaffe, Johnston, Crooks, Bala, 2008).

Posuzování klientů. Zodpovědný výběr případu je jedním z indikátorů „úspěšnosti“ mediace. Při jeho posuzování z hlediska klientů je třeba zjistit, jak dospělí aktéři domácího násilí rozumějí a reagují na možnost mediace. S tím je spojeno zajištění několika podmínek:

1. Aby rodiče plně chápali účel, rozsah a průběh mediace, souhlasili s ní a poskytli informovaný souhlas s účastí svou, příp. svého dítěte.
2. Pochopení, eventuelně prognóza chování násilných pachatelů mediátorem. Násilní partneři využívají řadu taktik, aby se pokusili získat výhody a moc při mediaci: projevují se jako citlivý rodič, svalují vinu za násilné chování na oběť, vzbuzují lítost nad svou bytovou situací. Za použití hrozeb nebo manipulací usilují o kontrolu nad výpovědí partnera i dítěte. Mediátor proto zjišťuje, zda pachatel přijímá odpovědnost za své násilné chování, má schopnost ustat v něm, dokáže dodržovat dohodnutá pravidla, soustřeďuje se spíše na budoucnost a podporu dítěte. Nepoměr sil mezi rodiči, stejně tak mezi násilným rodičem a dítětem musí být mediátorem důsledně řízen. Dospělá oběť a dítě se v souvislosti s mediací nesmí cítit pod tlakem.
3. Účast dítěte na mediaci je posuzována individuálně.

Posuzování vhodnosti účasti dítěte na mediaci. Jak jsme uvedli, základní podmínkou efektivního řešení násilí mezi rodiči je zjistit, „co chtějí děti“ (Grimes a McIntosh, 2004, s. 114). V případech, kdy mediátor nemá potřebné kompetence k tomuto posouzení, nebo pokud nechce vystupovat ve dvojí roli (mediátora a odborníka na dětskou psychiku), vstupují do mediace odborníci-konzultanti. Zapojení dětí do mediace je ale možné až po důkladném posouzení vhodnosti takového postupu. Konzultanti vysvětlují nejprve rodičům a pak zvláště dětem, že jejich úkolem je zjistit a správně pochopit jednotlivé potřeby a zájmy dětí. Ty že nyní zastupují. Bez ohledu na věk musí mít dítě jistotu, že jeho sdělení bude slyšeno a respektováno. K tomu odborník využívá vhodné techniky a postupy, např. hraní rolí či dětskou kresbu. Vše týkající se dětí musí být odborně identifikováno. Pokud dítě vyjadřuje přání trávit část času s násilným rodičem, je pro odborníka rozhodující prozkoumat, co je toho motivem.

Intenzivnost intervence. Mediace v případech násilí mezi rodiči vyžaduje intenzivní intervenci. Mediátor se věnuje případu komplexně, včetně napětí a nerovnováhy ve vztazích mezi rodiči a mezi rodiči a dětmi. Aby se předešlo rizikům z poškození klientů, musí mít mediátoři velmi dobrou znalost problematiky domácího násilí, rozvinuté dovednosti ve vedení těchto případů a přístup k rozložení zdrojů. Proces musí být flexibilní a komplexní s dostatkem času zabývat se složitými a naléhavými problémy,

kteřé se v průběhu mediace objeví. Vůči nim musí být mediátor neustále vnímavý a adekvátně na ně reagovat.

Nalézání vhodných řešení. Informace získané v průběhu mediace jsou následně využity k hledání vhodných řešení. Otázka citlivosti informací a nakládání s nimi je v této fázi zásadní. Je potřeba stanovit priority a pravidla ve sdělování informací. Některá jsou klientům sdělena, s některými pracuje mediátor jako se svými nástroji. Doporučuje se, aby všem informacím, které by mohly v rodičích vzbudit úzkost (např. že dítě potřebuje terapeutickou intervenci, terapie by neměly být přerušovány trávením času s druhým rodičem, kontakt s násilným rodičem není pro dítě vhodný) předcházelo sdělení pozitivní zpětné vazby (Feather, 2007). Další citlivou otázkou je, jak rodičům sdělit zjištěná přání dítěte. V takovém případě by měly být přeformulovány jako jeho potřeby. Tyto potřeby jsou rodičům předloženy s perspektivou optimálnějšího, zdravějšího vývoje jejich dítěte. V případech, kdy je dítě v kontaktu s oběma rodiči, musí mediátor pokud možno transparentně, avšak vůči dítěti vnímavě, nakládat se získanými informacemi. V případech, kdy dítě není v kontaktu s násilným rodičem, jsou informace sdělené v průběhu mediace zásadně vůči tomuto rodiči důvěrné.

Následná mediální jednání. Nyní je potřebné projednat celou řadu témat vyplývajících z možného výchovného uspořádání. Ty mívají komplexní povahu. Vést jednání dostatečně podrobně, cíleně a adresně, pomoci rodičům posoudit vhodnost jejich návrhů a zvládat to po potřebnou dobu, to je pro mediátora velmi náročné.

7. ZÁVĚR

Závěrem lze říci, že neexistuje jediný vhodný model mediace. Je důležité, aby se všechny i nadále vyvíjely jako porozumění a poznání specifických potřeb účastníků v každé fázi rodinné odluky. Pokud však mediátoři budou v případech násilí mezi rodiči prosazovat pouze jednání bez přítomnosti dítěte, zůstanou děti stále na okraji naší pozornosti, ač deklarujeme pravý opak. Nebudeme znát jejich individuální potřeby a neuplatníme vhodné formy pomoci. Náš příspěvek však nyní ještě nelze chápat jako plné vyslovení se k využití mediace v případech násilí mezi rodiči a k zapojení dětí do ní. Přináší informace o zahraničních zkušenostech s vyslovením vlastních postřehů a zkušeností. Byl zpracován z pohledu psychologického a sociálního. Diskusi legislativních podmínek pro uplatnění mediace v případech násilí mezi rodiči ponecháváme na kolezích právnících, stejně jako její zakomponování do systému komplexního řešení problematiky domácího násilí na týmové spolupráci odborníků všech zainteresovaných oblastí. Příspěvek je míněn jako podnět k takové tvůrčí diskusi a dalšímu rozpracování v podmínkách České republiky v evropském kontextu.

Literature:

- BATMANGHELIDJH, C. Shattered Lives. Children Who Live with Courage and Dignity. London: Jessica Kingsley, 2006.
- BEDNÁŘOVÁ, Z. Domácí násilí: zkušenosti z poskytování sociální a terapeutické pomoci ohroženým osobám. 1. vyd. Praha: Acorus, 2009. ISBN 978-80-2545-422-0.
- BOLGER, A. Aboriginal Women and Violence. Darwin: Criminology Research Council and the Northern Territory Commissioner of Police, 1991.
- BUNSTON, W. Baby Lead the Way: Mental Health Group Work for Infants, Children and Mothers Affected by Family Violence. *Journal of Family Studies*, 2008, 14(2–3), 334–341.
- CASHMORE, J., PARKINSON, P. Children's and Parent's Perceptions on Children's Participation in Decision Making After Parental Separation and Divorce. *Family Court Review*, 2008, 46(1), 91–104.
- CUMMINGS, E. M., DAVIES, P. Children and Marital Conflict. The Impact of Family Dispute and Resolution. New York: The Guilford Press, 1994.
- ČÍRTKOVÁ, L. Domácí násilí: přístup k řešení problému ve vybraných evropských zemích: studie. 1. vyd. Praha: Bílý kruh bezpečí, 2002. ISBN 978-80-8628-419-4.
- ČÍRTKOVÁ, L. Forezní psychologie. 2. vyd. Praha: Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-213-4.
- ČÍRTKOVÁ, L. Moderní psychologie pro právníky. 1. vyd. Praha: Grada Publishing 2008. ISBN 978-80-247-2207-8.
- FEATHER, J. S. Trauma-Focused Cognitive Behavioural Therapy for Abused Children with Posttraumatic Stress Disorder: Development and Evaluation of a Manualised Treatment Programme. Doctoral thesis. Albany: Massey University, 2007.

- FEATHERSTONE, B., TRINDER, L. Familiar Subjects Domestic Violence and Child Welfare. *Child and Family Social Work*, 1997, 2, 147–159.
- FLYNN, D. The Social Worker as Family Mediator: Balancing Power in Cases Involving Family Violence. *Australian Social Work*, 2005, 58(4), 407–418.
- GRIMES, A., McINTOSH, J. Emerging Practice in Child-Inclusive Divorce Mediation. *Journal of Family Studies*, 2004, 10(1), 113–120.
- HART, A. S. Child-Inclusive Mediation in Cases of Domestic Violence in Australia. *Conflict Resolution Quarterly*, 2009, vol. 27, no. 1.
- HESTER, M. Asking About Domestic Violence: Implications for Practice. 2005. In.: Humphreys, C., Stanley, N. (eds.). *Domestic Violence and Child Protection: Directions for Good Practice*. London: Jessica Kingsley, 2006.
- HOLÁ, L. *Mediace. Způsob řešení mezilidských konfliktů*. 1. vyd. Praha: Grada Publishing, 2003. ISBN 80-247-0467-6.
- HOLÁ, L. *Mediace v rodinných konfliktech. Problémy současné rodiny a náhradní rodinná péče*. Univerzita Palackého v Olomouci, 24. – 25. 6. 2009. Příspěvek ve sborníku. 1. vyd. Brno: Tribun EU, 2010, s. 476 – 481. ISBN 978-80-7399-888-2. 535 s.
- HUBBARD, R. M., ADAMS, CH. F. Factors Affecting the Success of Child Guidance Clinic Treatment. *American Journal of Orthopsychiatry*, 1936, 6, pp. 81-102.
- HUMPHREYS, C. Relevant Evidence for Practice. 2006. In.: Humphreys, C., Stanley, N. (eds.). *Domestic Violence and Child Protection: Directions for Good Practice*. London: Jessica Kingsley, 2006.
- CHARLESWORTH, S., TURNER, J. N., FOREMAN, L. *Disrupted Families: the Law*. Leichhardt: The Federation Press, 2000.

- IRWIN, J., WAUGH, F., WILKINSON, M. Domestic Violence and Child Protection: A Research Report. Collaborative research project by Barnardos Australia and University of Sydney, Department of Social Work, Social Policy and Sociology. Sydney: NSW, 2002.
- JAFFE, P. G. (et al.). Custody Disputes Involving Allegations of Domestic Violence: Toward a Differentiated Approach to Parenting Plans. *Family Court Review*, 2008, 46(3), 500–522.
- KALTENBORN, K. Individualization, Family Transitions and Children's Agency. *Childhood: A Global Journal of Child Research*, 2001, 8, 463–498.
- KASPIEW, R. R. Family Violence in Children's Cases Under the Family Law Act 1975 (Cth): Past Practice and Future Challenges. *Journal of Family Studies*, 2008, 14(2–3), 279–290.
- LACINOVÁ, L., MICHALČÁKOVÁ, R., JEŽEK, S. Škála dětské percepce konfliktu mezi rodiči: česká verze dotazníku pro adolescenty. *Československá psychologie*, 2009, roč. 53, č. 1, s. 68 – 83.
- LARSEN, A. C., PETERSEN, A. Rethinking responses to domestic violence in Australian indigenous communities. *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2001, 23(2), p.121–134.
- McGEE, C. *Childhood Experiences of Domestic Violence*. London: Jessica Kingsley, 2000.
- McGILLIVRAY, A., COMASKEY, B. *Black Eyes All of the Time: Intimate Violence, Aboriginal Women and the Justice System*. Toronto: University of Toronto Press, 1999.
- MULLENDER, A. (et al.). *Children's Perspectives on Domestic Violence*. London: Sage, 2002.
- NAIRN, K., SMITH, A. Secondary Students' Experiences of Bullying at School and Their Suggestions for Dealing with It. *Childrenz Issues*, 2002, 6(1), 16–22.

- PALMER, M. J., ETTER, B. Violence against Aboriginal Women. *Criminology Australia*, 1994, April/May, p.9–12.
- PAVLÁT, J. Děti v rozvodových sporech: severoamerická studie (1980 – 2001). *Československá psychologie*, 2005, roč. 49, č. 5, s. 422 – 431.
- RADFORD, L. (et al.). Domestic Abuse Risk Assessment and Safety Planning in Child Protection: Assessing Perpetrators. 2006. In.: Humphreys, C., Stanley, N. (eds.). *Domestic Violence and Child Protection: Directions for Good Practice*. London: Jessica Kingsley, 2006.
- SMART, C., NEALE, B. It's My Life Too: Children's Perspectives on Post-Divorce Parenting. *Family Law*, 2000, Mar., pp. 163–169.
- SMITH, A. B., TAYLOR, N. J. Rethinking Children's Involvement in Decision Making After Parental Separation. Paper presented at 8th Australian Institute of Family Studies Conference, Steps Forward for Families: Research, Practice, and Policy. Melbourne, 2003.
- TAYLOR, N. J. The Voice of Children in Family Law. *Children's Legal Rights Journal*, 1998, 18(1), 2–14.
- TOWLE, CH. The evaluation and management of marital situation in foster homes. *American Journal of Orthopsychiatry*, 1931, Volume 1, Issue 3, pp.271-283.
- WOLFE, D. A. (et al.). The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique. *Clinical Child and Family Psychology Review*, 2003, 6, 171–187.

Contact – email
lenka.hola@upol.cz

PRAKTICKÉ PROBLÉMY UŽITÍ PRÁVNÍCH PROSTŘEDKŮ OCHRANY PŘED DOMÁCÍM NÁSILÍM

ANNA HOŘÍNOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Brno,

Abstract in original language

Príspevek má v prvej rade za ciel pojmenovat klíčové oblasti, v nichž právo slouží řešení situací domácího násilí. Pro demonstraci charakteristických rysů domácího násilí byly vybrány a popsány dva reálné případy žen, které se staly oběťmi domácího násilí. V návaznosti na ně jsou rozebrána některá praktická úskalí využití právních prostředků ošetření situace oběti domácího násilí.

Key words in original language

Domácí násilí; oběť domácího násilí; násilí; vykázaní; týrání; fyzické násilí; psychické násilí.

Abstract

Contribution should primarily demonstrate key dimensions, where law serves to settle a situation of domestic violence. Basic features of domestic violence are illustrated by real stories of two women - victims of domestic violence. Consequently, particular problematic areas of law against domestic violence in practices are presented further in the paper.

Key words

Domestic violence; victim of domestic violence; violence; eviction; physical violence; psychical violence.

Úvod¹

Přicházíme-li do kontaktu s realitou dopadů domácího násilí v našem praktickém profesním životě, zjistíme, že tento jev nelze při veškeré snaze redukovat pouze na problém právní. Do hry vstupují rovněž v prvé řadě aspekty psychologické, dále aspekty sociální a zdravotní. Tyto všechny vlivy úspěšné užití právních prostředků ochrany před domácím násilím do značné míry relativizují.

¹ Touto cestou bych za spolupráci a hodnotné informace ráda poděkovala občanskému sdružení Persefona, jež se právní a psychologickou pomocí obětem domácího násilí již řadu let zabývá, a v němž jsem po určitou dobu mohla rozvíjet i svou profesní zkušenost. Pro bližší informace o sdružení, jeho práci a možnostech využití jeho služeb: Persefona, o.s., Jiráskova 8, Brno. Tel.: 737 834 345; 545 245 996, domacinasili@persefona.cz, www.persefona.cz.

Za praktické považuji na úvod vytyčit některé základní premisy, s nimiž budu v článku dále pracovat. Prvním východiskem je tvrzení, že právní rámec pro řešení situací domácího násilí v legislativních podmínkách České republiky již existuje. Problémem je jeho efektivní implementace. Za další výchozí předpoklad, jenž je zcela jistě jednou z příčin mezer v implementaci legislativy, považuji předsudky vážící se k domácímu násilí, které doposud ve společnosti přetrvávají. S tímto bodem dozajista souvisí i skutečnost, že laická i odborná veřejnost disponuje omezeným množstvím nezkreslených informací o domácím násilí a jeho obětech. Na toto tvrzení lze navázat zjištěním předestřeným hned zpočátku tohoto příspěvku; domácí násilí je interdisciplinární problém a k jako takovému je k němu třeba přistupovat. Jeho řešení si tedy žádá celostní přístup. Jako poslední v pořadí, nikoliv však důležitosti, je nutnost uvidět vazby příčiny a následků celého jevu domácího násilí. Na mysli mám původce domácího násilí - násilníka - a jeho situaci a pohnutky.

I. Praktické příklady situací domácího násilí

Pro plastičtější představu o tom, co to domácí násilí vlastně je, jakých nabývá podob a jaké překážky stojí v řešení jeho následků, předkládám dva reálné případy, se kterými jsem se za dobu svého působení v poradenství obětem domácího násilí setkala. Oba mohou reprezentovat typickou situaci a typickou oběť domácího násilí.

Paní Helena²

První typový případ domácího násilí se týká pětaticetileté vdané ženy, paní Heleny. Paní Heleně se z manželství narodily dvě děti, kterým je v době pro nás rozhodné 6 a 11 let. Násilně se začal manžel ke své ženě chovat již v průběhu prvního těhotenství a to tak, že ji začal fyzicky napadat. Paní Helena mu jeho chování vždy dokázala odpustit, pak už je začala vnímat jako něco, co se čas od času v jejich domácnosti opakuje. Agresivní projevy přičítala také manželově zálibě v alkoholu. Situaci začala paní Helena vnímat jako kritickou poté, co manžel začal napadat i jejich starší dítě - syna. Násilí vůči synovi mělo podobu jednak fyzickou (bití rákoskou, klečení na ostrých předmětech), tak psychickou (odpírání spánku, výhružky, vydírání). I fyzické násilí obrácené vůči paní Heleně na sebe začalo brát závažnější a závažnější podoby; stalo se například, že ji manžel honil po bytě se sekyrou. Paní Helena s manželem žili ve společném nájmu obecního bytu manželé. Manžel přinášel domů velice málo peněz, jelikož jimi povětšinou dotoval své návštěvy restauračních zařízení; nájem, jenž měl každý měsíc platit, tudíž zůstal po řadu měsíců neuhrazen. Později byla paní Helena z titulu postavení tzv. solidární dlužnice vyzvána k plnění dluhu. Paní Helena začala násilí v rodině řešit především kvůli synovi, který začal

² Jména těch, kteří v případech figurují, jsou změněna, stejně jako jeho základní realie.

trpět i psychosomatickými problémy. Paní Helena po právní poradě podala trestní oznámení; bylo zahájeno trestní stíhání manžela pro týrání paní Heleny a pro týrání jejich syna. Dalším krokem bylo opuštění bytu i s dětmi. Fáze separace oběti bývá fází kritickou a jednou z nejnebezpečnějších situací, v níž se oběť může ocitnout. O odchodu paní Heleny a dětí byl ihned informován příslušný orgán sociálně-právní ochrany dětí. Spolu s návrhem na úpravu poměru k nezletilým dětem pro dobu do a po rozvodu manželství, bylo podáno předběžné opatření na svěření dětí do péče matky. Současně byla podána žaloba o rozvod manželství. Manžel paní Heleny se následně k žalobě o rozvod manželství připojil, což je situace pro případy domácího násilí poněkud netypická. Nakonec tedy došlo k tzv. nespornému rozvodu manželství. Děti byly schválením dohody rodičů soudem svěřeny do péče matky. Společné jmění manželů bylo dohodu vypořádáno k neprospěchu paní Heleny, která však chtěla mít celou záležitost co nejdříve za sebou, proto s nevýhodným vypořádáním souhlasila. Společný nájem bytu řešen nebyl, jelikož manželům byla dána výpověď z nájmu pro nehrazení nájemného.

Trestněprávní konsekvence případu paní Heleny jsou rovněž zajímavé. Trestní řízení vyvrcholilo rozsudkem, v němž byl manžel paní Heleny uznán vinným ze spáchání trestného činu týrání svěřené osoby a odsouzen k podmíněně odloženému trestu odnětí svobody a bylo mu uloženo podrobit se ambulantnímu ochrannému léčení z důvodu alkoholismu. V rámci trestního řízení vyšlo znaleckým posuzováním najevo, že manžel paní Heleny trpí poruchou osobnosti, jež se projevuje touhou nepřiměřeně svého syna trestat. Co se týče skutkové podstaty týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě³, dle rozhodnutí soudu spáchání tohoto činu nebylo dostatečně spolehlivě prokázáno. Na závěr se ještě hodí zmínit, že v návaznosti na trestní řízení soud ani orgán sociálně-právní ochrany dětí nedal podnět k zahájení řízení opatrovnické, v němž by bylo posuzováno, zda nejsou dány podmínky pro zbavení rodičovské odpovědnosti (viz ust. § 44 zákona o rodině).

Paní Jana

Příběh paní Jany je svými rysy do značné míry podobný situaci paní Heleny. Paní Jana je osmatřicetiletá vdaná žena, toho času na rodičovské dovolené. Po narození první dcery začal být manžel verbálně agresivní, začal ji také různými poznámkami ponižovat, sprostě jí nadával za banality, také ji neustále konfrontoval se svým názorem, že není dobrá manželka a matka. Byl také velmi zklamaný toho, že se jim nenarodil syn, což kladl svojí ženě za vinu. V průběhu jejího druhého těhotenství začal manžel paní Janu také fyzicky napadat. Zpočátku se jednalo o facky, tahání za vlasy, později to

³ Jedná se o skutkovou podstatu trestného činu obsaženou v ust. § 215a zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, účinný do 31. 12. 2009.

byly ji rány pěstí, kopání, tahání po zemi za vlasy. Zranění, která jí způsobil, si však paní Jana buď nenechala vyšetřit vůbec, nebo řekla, že si je způsobilá sama. Lékaři paní Jany to nikdy nebylo podezřelé. Manžel paní Janě také často vyhrožoval, že ji zabije, že ji zničí, že ji pomluví v práci a ve škole a ve školce, kam chodí děti. Vyhrožoval, že nedostane děti do péče, protože z ní udělá psychicky narušenou atp. Paní Jana má s manželem dvě děti, tehdy osmiletou dceru a tříletého syna. Dcera měla k otci ambivalentní vztah, soužitím s ním byla stresována, často se totiž stávala svědkyní otcova agresivního chování; měla proto tendenci matku před otcem chránit. Otec dceru spíše přehlížel, svoji pozornost soustředil převážně na syna. Příjmy paní Jany tvořil pouze rodičovský příspěvek. Manžel paní Jany pracoval jako řidič autobusu, měl tedy pravidelný příjem. Na domácnost přispíval, jen pokud se mu chtělo a vždy velice málo. Paní Jana měla zakázáno stýkat se s rodiči a s přáteli, takže se nacházela prakticky v sociální izolaci. Rodina paní Jany žila v pronajatém obecním bytě. Paní Jana chtěla z domácnosti odejít, ale bála se, že manžel uskuteční své výhrůžky. Velmi se obávala, že by mohla přijít o děti – tedy že by nebyly svěřeny do její péče.

Nakonec se paní Jana odstěhovala, podala návrh na vydání předběžného opatření na svěření dětí do její péče, návrh na zahájení řízení o úpravu poměrů k nezletilým dětem pro dobu do a po rozvodu manželství, žalobu o rozvod manželství a návrh určení výživného pro nerozvedenou manželku. Manžel ihned kontaktoval orgán sociálně-právní ochrany dětí, že manželka unesla děti. Začal naléhat na paní Janu, aby si mohl vzít děti na víkend. Poté, co odmítla, informoval znovu orgán sociálně-právní ochrany dětí, že mu manželka nechce dát děti. Paní Jana byla následně manželem napadena na ulici, podala tedy trestní oznámení. Trestní řízení vrcholilo hlavním líčením, kde paní Jana vystupovala nejprve v roli poškozené, posléze v pozici svědkyně. Byl vypracován znalecký posudek z oboru psychologie s tím, že u paní Jany byl shledán syndrom týrané ženy a Stockholmský syndrom.⁴ Bývalý manžel byl nakonec odsouzen k odnětí svobody v délce jednoho roku s podmíněným odkladem na dva roky.

Manžel paní Jany v rámci opatrovnického řízení usiloval o střídavou péči. Paní Jana z pochopitelných důvodů nesouhlasila. Byly tedy nařízeny znalecké posudky z oboru psychologie, kde nebylo zkoumáno, zda má manžel paní Jany sklony agresivnímu jednání. Střídavá péče však nebyla doporučena vzhledem k věku menšího dítěte. Řízení skončilo po roce a půl svěřením dětí do péče matky. V rámci rozvodu manželství soudce situaci paní Jany bagatelizuje. Skutečnost, že ve vztahu paní Jany a jejího manžela bylo přítomno domácí násilí, není zanesena do odůvodnění rozsudku.

⁴ Čírtková, L. *Moderní psychologie pro právníky*. Praha: Grada Publishing, a.s., 2008, ISBN 978-80-247-2207-8, s. 26.

Manžel podal návrh na určení styku s dětmi. Požadavek zněl na extenzivní styk i přes to, že dcera se s ním stýkat nechtěla. Následují vleklé spory a styk s dětmi.

II. Společné jmenovatele domácího násilí

Zobecníme-li náhled na opakující se kauzy domácího násilí, můžeme dospět k některým charakteristickým znakům takových situací. Ty pak do značné míry indikují právními problémy, jež v souvislosti s domácím násilím v praxi vyvstávají, a o nichž se zmíním v další části příspěvku.

Statistikami ověřeným faktem je, že domácí násilí je fenomén páchaný zejména na ženách⁵; dopadat může však i na muže a častěji než bychom si mysleli, postihuje seniory (mluvíme o tzv. mezigeneračním násilí).⁶ Agresorem je tedy nejčastěji partner či manžel, který má ve vztahu dominantní a určující postavení. Má převahu fyzické síly. Často je to schopný manipulátor, který navenek působí velmi kultivovaným dojmem. Vzhledem k tomu, že domácí násilí se nezřídka rozvine v těhotenství oběti nebo v útlém věku dětí, je tím, kdo disponuje ekonomickými hodnotami, jeho pachatel. Ten ponechává svoji oběť bez prostředků a bez možnosti si je obstarat, čímž prohlubuje závislost na svojí osobě. Není neobvyklé, že domácí násilník pěstuje zálibu v alkoholu, často překračující hranici závislosti na této návykové látce. Je známo, že násilí se pod vlivem alkoholu stupňuje. Z tohoto důvodu se opakují případy, kdy do společného jmění manželů přibývají dluhy, za něž oba manželé ručí rukou společnou a nerozdílnou.

Jak je patrné na obou shora popsáných případech, typické je násilí fyzické, jež je nevyhnutelně doprovázeno násilím psychickým, často v násilném vztahu figuruje i násilí ekonomické a násilník efektivně dokáže navodit a využít sociální izolace své oběti. Odborníci se v praxi setkávají i s násilím sexuálním, jež je užíváno jako efektivní nástroj demonstrace převahy moci a bývá zdrojem silného psychického traumat pro oběť. Problematické je, když je násilí pácháno pouze ve formě psychické. Subjekty přicházející do styku s obětí domácího násilí totiž často ztotožňují domácí násilí právě s násilím fyzickým, které je jeho nejtypičtější projevem. Může tomu být částečně i proto, že psychické týrání není *prima facie* evidentní a často se projevuje ne zcela snadno čitelným způsobem. Je nezbytné uvědomit si, že tento postoj je nesprávný a v relevantní judikatuře byl již překonán.⁷ Jiné než

⁵ Kubálková, P., Wennerholm Čáslavská, T. a kol. *Ženy a česká společnost*. Praha: Otevřená společnost o.p.s. - Centrum ProEquality, 2010, ISBN: 978-80-87110-19-5, s. 40.

⁶ Čírtková, L. *Moderní psychologie pro právníky*. Praha: Grada Publishing, a.s., 2008, ISBN: 978-80-247-2207-8, s. 9.

⁷ Např. rozsudky Nejvyššího soudu sp. zn.: 3 Tdo 1160/2005, 6 Tdo 548/2008, 8 Tdo 1197/2008.

fyzické formy násilí není radno opomíjet ani proto, že pachatelé takového domácího násilí jsou sofistikovanější, hůře čitelní, zákeřnější, sociálně velice zdatní a tím pádem i nebezpečnější.

Dalším jednotícím znakem situací domácího násilí je častá přítomnost nezletilých dětí v domácnostech, kde se odehrává domácí násilí.⁸ Tento fakt je nutno považovat za velmi alarmující, a to zejména proto, že děti, které jsou svědky domácího násilí, mají tendenci tento vzorec chování ve svém dalším životě reprodukovat.⁹ Nelze opomíjet ani riziko, že se děti stanou nástrojem psychického vydírání oběti. Prostřednictvím důsledného až šikanózního domáhání se rodičovských práv se násilník mnohdy snaží demonstrovat svoji pozici síly a schopnosti manipulovat se životem oběti, a to legální cestou.

V obou popisovaných případech k domácímu násilí začalo docházet v období, kdy se žena nacházela v oslabené pozici dané do značné míry faktickou závislostí na svém partnerovi. Lze pozorovat i smutný fakt, že není ničím výjimečným, pokud je žena napadena v průběhu těhotenství.¹⁰ S těhotenstvím a výchovou dětí se pojí i ekonomická závislost na partnerovi. Nevyváženost v držení finančních prostředků je silnou zbraní nejednoho domácího násilníka. Přes právě uvedené ovšem nelze tvrdit, že existence ekonomické závislosti, se dotýká pouze žen na rodičovské dovolené, jelikož oběťmi jsou mnohdy i ženy výdělečně činné. V každém případě má výskyt ekonomického násilí za následek nesnadnou separaci oběti.

IV. Oblasti řešení

Jestliže se podíváme na případy paní Heleny a paní Jany, můžeme formulovat některé cíle, kterých by mělo právo pomoci dosáhnout všem obětem domácího násilí. Prioritou je bezpečnost oběti a dalších osob nacházejících se ve sféře vlivu násilníka. Ta může být zajištěna pouze tehdy, je-li násilí zastaveno. Dalším záhytným bodem, v němž sehrávají právní prostředky ústřední roli, je zajištění právní jistoty a právního postavení osob ohrožených násilím. K dosažení právě definovaných met lze užít nástrojů nacházejících se v různých oblastech práva a v mnoha právních předpisech.

⁸ Některé výzkumy hovoří až o 80%. Viz např. Reprezentativní výzkum STEM-2006. Dostupný z: <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky/reprezentativni-vyzkum-2006-stem/r93>. Citován dne 6. 11. 2010. Dále viz analýza Bílá místa v péči o oběti domácího násilí. Dostupná z: http://www.persefona.cz/download/analyza_bila_mista.pdf. Citováno dne 6. 11. 2010.

⁹ <http://www.stopnasili.cz/verejnost/deti-svedci-domaciho-nasili.html>; viz sociologická sonda Ženy a jejich děti - oběti domácího násilí. Dostupná na: http://www.rosa-os.cz/fileadmin/rosa/Statistika_ROSA_2005.pdf. Citováno dne 6. 11. 2010.

¹⁰ Tamtéž

K ochraně zdraví a mnohdy i života oběti je nutno užít nejúčinnějších a nejrychleji nastupujících prostředků práva. V současné době je za nejefektivnější možno považovat oprávnění Policie ČR spočívající ve vykázání násilníka ze společného obydlí. V této souvislosti je však dobré nepouštět ze zřetele fakt, že institut vykázání není nástrojem využitelným pro každou oběť domácího násilí a také skutečnost, že detekce domácího násilí ze strany zasahujících příslušníků Policie ČR není vždy spolehlivá a prosta předsudků. Značnou úlohu praktickou, ale ve vztahu k oběti i psychologickou může sehrát i trestní stíhání pachatele. I zde však figuruje řada praktických obtíží, když některé formy domácího násilí nejsou v rozhodovací praxi ještě zcela etablovány nebo když průběh trestního řízení může, je-li vedeno necitlivě, představovat prohlubování traumatizace oběti, nehledě na to, že při absenci důkazní pečlivosti a orientace v zákonitostech psychiky oběti domácího násilí, není skutek ani prokázán a pachatel potrestán.

Řada prostředků ochrany před domácím násilím se nachází ve sféře práva soukromého. Chce-li se oběť od násilného partnera separovat a postavit své poměry najisto, nevyhne se řešení řady právních otázek. Třemi netypičtějším oblastmi, jež se v souvislosti s domácím násilím musejí ošetřit, jsou: poměry k nezletilým dětem, zajištění bydlení a ekonomické zabezpečení ohrožených osob. Jak bylo již řečeno, obětí domácího násilí jsou obvykle ženy, ve valné většině jde o ženy s nezletilými dětmi. Chtějí-li se od násilného partnera separovat, v prvním okamžiku řeší úpravu poměrů k nezletilým dětem typicky návrhem na vydání předběžného opatření na svěřeni dětí do jejich výchovy. V dlouhodobější perspektivě je nutno zahájit soudní řízení ve věci samé, které je často provázeno procesními obstrukcemi ze strany agresora. Málokdy je ze strany oběti včas pamatováno na úpravu styku nezletilých dětí s násilným rodičem, jelikož zákon o rodině preferuje dohodu rodičů¹¹ a úprava styku obvykle není problémem, který si žádá promptní řešení. Absence úpravy styku nezletilých dětí s rodičem, s nímž nežijí, otevírá zbytečně široký prostor pro zneužití tohoto práva jako možnosti obětí vydírat a šikanovat, nemluvě o postavení dětí samotných. Jako standardní důkazní prostředek je v rámci opatrovnických řízení využíván znalecký posudek z oboru psychologie, jemuž bývá přisuzován mnohdy rozhodující význam. V případě, že znalec zpracovávající posudek, není osobou obeznámenou s mechanismy a dopady domácího násilí, může být jeho práce velice zavádějící a nepřesná. Je-li jí přikládána váha určující výsledek opatrovnického řízení, může mít tato skutečnost velice negativní vliv na zájmy nezletilých dětí, o nichž se v řízení rozhoduje.

Přijetím zákona č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím, se nepochybně v mnoha směrech zlepšila pozice obětí domácího násilí ve vztahu k řešení otázky bydlení. Otevřela se

¹¹ Ustanovení § 27 odst. 1 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů

totiž možnost využít mechanismu vykázání; ten obvykle počne působit vydáním rozhodnutí o vykázání Policií ČR, pokračuje nabídkou pomoci ze strany intervenčního centra a je završen vydáním předběžného opatření dle ust. § 76b občanského soudního řádu. Jak jsem již uvedla, ne pro každou oběť je však vykázání řešením její situace a ne každá oběť domácího násilí dosáhne vydání rozhodnutí o vykázání, ať už policejního anebo toho soudního. Na vině bývá zejména selhání jednotlivců aplikujících právo, kterým chybějí přesné a komplexní informace o domácím násilí, o jeho projevech a o chování oběti a násilníka. Situace v oblasti bydlení je mnohem méně nakloněna obětem domácího násilí, které nemají nezletilé děti. Řada problémů vyvstává například ve vztahu k prodloužení doby trvání předběžného opatření dle ust. § 76b odst. 4 občanského soudního řádu. Extenzivnějším výkladem by lze dospět k závěru, že návrhem ve věci samé by mohl být i návrh ve věci ochrany osobnosti nebo žaloba o rozvod manželství. Pro tento závěr však dle indicií pocházejících ze soudní praxe, rozhodovací činnost soudů nesvědčí. Vzhledem k tomu, že i ženy, jejichž děti již vyrostly anebo seniory je nezbytné chránit před násilím v rodinných vztazích, bylo by záhodno zpřesnit předmětné ustanovení natolik, aby bylo postaveno najisto, které podání lze považovat v tomto kontextu za návrh ve věci samé a které nikoliv.

Řada obětí domácího násilí se nachází ve stavu manželském. Odloučení od násilníka tedy vyžaduje řešení této situace rozvodem. Ten se zpravidla odehraje ve formě tzv. sporného rozvodu. Ačkoliv situace se dozajista mění k lepšímu, v řadách soudců je stále množství těch, kteří nemají o projevech domácího násilí valné povědomí. Důsledkem bývá bagatelizace situace oběti a prohlubování jejího traumatu. Existence domácího násilí proto nemusí figurovat jako důvod rozvratu manželství v odůvodnění rozsudku, což má další důsledky v kontextu vypořádání a dalšího řešení majetkových vztahů mezi manžely.

Nemalé problémy způsobuje i délka soudního řízení o vypořádání společného jmění manželů a určení dalšího výlučného nájemce po zrušení společného nájmu bytu. Vzhledem ke skutečnosti, že oběť domácího násilí je zpravidla ekonomicky slabším z manželů, je na rozhodnutí soudu často existenčně závislá. S vypořádáním majetkových vztahů mezi manžely souvisí i problém výživného nerozvedené manželky, jenž je často prakticky jediným možným způsobem, jak si je oběť po odchodu od násilného manžela s to zajistit důstojnou životní úroveň.

Závěr

Jak bylo vyzdvíženo již v úvodu příspěvku, domácí násilí není pouze jevem právním. Pro jeho řešení je tedy dozajista právo mnohdy nástrojem nejefektivnějším, v dlouhodobém výhledu by však nemělo být nástrojem jediným. Jak vyplynulo ze dvou předložených kazuistik, ale i z úvodu mého příspěvku, je nezbytné dále pracovat na informovanosti širší a zejména odborné veřejnosti. V rukou odborníků, kteří mají být obětem ku pomoci,

totiž často leží nemalá moc a s ní se pojící odpovědnost. Bylo by iluzí myslet si, že domácí násilí jako jev může být navždy ze společnosti vymýceno. Takového výsledku nemůže dosáhnout ani právo ani mimoprávní disciplíny. Citlivá a trpělivá psychologická práce s jednotlivými osobami figurujícími v násilných rodinných vazbách v rodině, a to včetně jeho původce, by nám však mohla dát alespoň naději, že násilí se nebude ve společnosti reprodukovat v takové míře, jako je tomu nyní.

Literature:

- Čírtková, L. Moderní psychologie pro právníky. Praha: Grada Publishing, a.s., 2008, ISBN 978-80-247-2207-8, 150 s.
- Kubálková, P., Wennerholm Čáslavská, T. a kol. Ženy a česká společnost. Praha: Otevřená společnost o.p.s. - Centrum ProEquality, 2010, ISBN: 978-80-87110-19-5, 156 s.
- <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky/reprezentativni-vyzkum-2006-stem/r93>
- http://www.persefona.cz/download/analyza_bila_mista.pdf. Citováno dne 6. 11. 2010.
- <http://www.stopnasili.cz/verejnost/deti-svedci-domaciho-nasili.html>
- http://www.rosa-os.cz/fileadmin/rosa/Statistika_ROSA_2005.pdf. Citováno dne 6. 11. 2010.

Contact – email

horinova.anna@seznam.cz

VLIV DOMÁCÍHO NÁSILÍ NA JUDIKATURU SOUDŮ VE VĚCECH MEZINÁRODNÍCH ÚNOSŮ DĚTÍ

MICHAELA JANOČKOVÁ

ÚŘAD PRO MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ OCHRANU DĚTÍ, CZECH
REPUBLIC

Abstract in original language

Príspevek sa zameriava na sociálny fenomén domáceho násilí a jeho vliv na judikaturu soudů při rozhodování o žádosti o návrat dítěte dle Úmluvy o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí. Ze základní zásady zajistit bezodkladný návrat dítěte však Úmluva koncipuje několik výjimek. Domácí násilí páchané na dítěti nebo rodiči únosci je jedním z nejčastějších argumentů proti navrácení dítěte. Cílem článku je provedení průřezu zajímavými judikáty soudů a upozornění na různé přístupy soudů a případný vývoj v rozhodovací praxi soudů..

Key words in original language

Mezinárodní únosy dětí; Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí; domácí násilí; výjimky z pravidla navrácení.

Abstract

The contribution is focused on the social phenomenon of the domestic violence and its influence on the case law in international child abduction cases. The Convention on Civil Aspects of International Child Abduction established a few exemptions from the rule of immediate return order. The domestic violence where the child or the abductor was the victim is one of the most used arguments against return. The Aim of the article is to survey the interesting case law and to point out interesting approaches of courts and evolve of the case law.

Key words

International Child Abduction; Convention on Civil Aspects of International Child Abduction; Domestic violence; exemption to the immediate return order.

Mezinárodní únosy dětí reprezentují relativně malý počet případů ročně, avšak jejich řešení je velmi složité a vyžaduje citlivý přístup. Specifickým okruhem případů jsou situace, kdy rozhodnutí soudu o navrácení či nenavrácení dítěte ovlivňuje obvinění z domácího násilí¹, které mělo být páchano na osobě únosce (či dítěte) rodičem², který žádá návrat dětí.

¹ Dále citovaná publikace uvádí, že třetina publikovaných případů (pravděpodobně pouze amerických) ztělesňuje případy obsahující domácí násilí, přičemž 70 % z těchto se jedná o násilí mezi dospělými. Dále uvádí, že pokud je únoscem matka, je pravděpodobné, že

Úvodem by také mělo být zmíněno, že porovnávání judikatorní praxe cizozemských soudů může být dvoustranné. Zejména v rodinněprávních případech se totiž nejvíce odráží celospolečenská historická zkušenost a současná skutečnost. Většina států světa jsou smluvními státy Úmluvy o právech dítěte, jež ve článku 3 stanovila nejvyšší korektiv všech činností týkajících se dětí, a tím je nejlepší zájem dítěte. Co je v nejlepším zájmu dítěte, jak jej určit a další aspekty této vrcholně abstraktní formulace se v základních bodech relativně shodují napříč světem (chránit děti před násilím a zneužíváním apod.), v konkrétnostech a individuálních případech se však rozlišení nejlepšího zájmu dítěte v podobných případech liší právě v závislosti na celospolečenském chápání a dřívějších zkušenostech, které formovaly právní řád i společenské vnímání dobrého a špatného. Z toho důvodu se při porovnávání rozhodnutí soudů po celém světě můžeme setkat s velmi odlišnými přístupy, kdy je důraz kladen na úplně jiné aspekty. Cílem tohoto příspěvku je proto spíše než vytvořit sjednocující závěr, upozornit na rozdíly, různé přístupy a zajímavé myšlenky.

Domácí násilí je sociálním fenoménem, se kterým se společnost setkává dlouhodobě. Až teprve v posledních letech se ale můžeme setkat s cílenou snahou o potírání domácího násilí, pomoc jeho obětem a prevenci domácímu násilí. Tato problematika se odrazila jak v trestněprávní úpravě, tak i ve specifickém ustanovení § 76b o.s.ř., které umožňuje formou předběžného opatření v civilní rovině vyloučit násilnou osobu z obydlí, zakázat jí kontakt s obětí násilí atd.

Pojem domácího násilí v sobě zahrnuje nejenom násilí fyzické, ale také násilí psychické, se kterým se v praxi u kauz mezinárodních únosů můžeme setkat v markantně vyšším procentu případů. Psychické násilí se projevuje zejména jako vydírání a využívání ekonomické síly, zneužívání závislosti oběti na násilníkovi, odříznutí oběti od sociálního kontaktu s nejbližším okolím, přáteli, rodinou v zahraničí, zákaz komunikovat s dětmi v rodném jazyce oběti apod. Tento fenomén se netýká pouze vztahů mezi manželi (resp. partnery), ale obětí domácího násilí může být senior, dítě atd. S ohledem na zkoumanou problematiku se však zaměříme pouze na domácí násilí páchané v rodinách jedním partnerem vůči druhému či proti dítěti.

důvodem únosu byla skutečnost, že ona či děti byly obětí domácího násilí. Avšak pokud je únoscem otec dětí, je daleko pravděpodobnější, že on byl násilnou osobou. Blíže The Hague Convention on International Child Abduction: A Child's Return and the Presence of Domestic Violence, str. 18. Přístupný z:
<http://www.haguev.org/articles/Washington%20State%20Bench%20Guide%20dvAndTheHagueConvention.pdf>.

² Je nutno zdůraznit, že přes 95 % procent případů můžeme v souvislosti s těmi to případy mluvit o tzv. rodičovských únosech dětí, jelikož typickým únoscem dítěte ve smyslu Úmluvy je jeden z jeho rodičů. Dítě však může být uneseno taktéž z péče pěstounů, prarodičů, dětského domova apod.

Sousloví „mezinárodní únos“ je jako pojem obsažen pouze v názvu Úmluvy o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí (v textu dále jen jako „Úmluva“)³, která byla přijata 20. 10. 1980 při Haagské konferenci mezinárodního práva soukromého a která představuje hlavní pramen práva upravující tuto oblast.⁴ Pod tímto zavádějícím souslovím je však nutno chápat protiprávní přemístění či zadržení dítěte mimo stát jeho obvyklého bydliště, čímž bylo porušeno vykonávané právo péče o dítě.⁵ Základním cílem Úmluvy je zajistit bezodkladný návrat dítěte, které bylo protiprávně přemístěno nebo zadrženo⁶. Soud (či jiný orgán, který je dle práva státu, kam bylo dítě uneseno, oprávněn o otázce rozhodovat) proto hodnotí pouze, zda bylo dítě skutečně protiprávně přemístěno. V případě, že se ukáže, že ano, je soud zásadně povinen nařídit návrat dítěte do státu jeho obvyklého bydliště bezprostředně před protiprávním přemístěním či zadržením. Z této zásady existuje několik výjimek, které by měly být restriktivně vykládány a aplikovány skutečně zřídka.⁷

Uvedené výjimky jsou následující: Soud není povinen nařídit dítěte v případě, že

1/ žádost o návrat dítěte byla podána více než jeden rok od protiprávního zadržení či přemístění a prokáže se, že se dítě s prostředím szilo (článek 12 odst. 1 a 2 Úmluvy)

2/ subjekt, jenž nesouhlasí s návratem, prokáže, že osoba, jež návrat žádá, nevykonávala právo péče o dítě, že s přemístěním či zadržením souhlasila, nebo že se tímto stavem později smířila (článek 13 odst. 1 písm. a) Úmluvy)

³ Text Úmluvy, seznam smluvních států, ústředních orgánů a další zajímavé informace o problematice jsou přístupné zde: http://www.hech.net/index_en.php?act=text_display&tid=21.

⁴ Jako nežádoucí jev označila protiprávní přemístění dětí do zahraničí a jejich nevracení zpět i Úmluva o právech dítěte.

⁵ Jak již vyplývá z názvu Úmluvy, dotýká se pouze civilních aspektů této problematiky. Trestněprávní oblast stojí mimo zorný úhel Úmluvy. Je nutné konstatovat, že mnohé státy považují rodičovský únos dítěte za trestný čin (např. SRN nebo USA), což komplikuje případné vyjednávání o dobrovolném návratu únosce s dítětem či jiném smírném řešení.

⁶ Článek 1 odst. 1) Úmluvy.

⁷ Je vhodné na tomto místě upozornit, že řízení dle Úmluvy nesupluje ani nepredikuje rozhodnutí ve věci péče o dítě. Samotná Úmluva v článku 19 vylučuje, aby se rozhodnutí ve věci mezinárodního únosu dítěte týkalo úpravy práva péče o dítě. Některé soudy se i pozastavovaly nad tím, zda je vůbec v jejich kompetenci při návratovém řízení prokazovat existenci domácího násilí.

3/ existuje vážné nebezpečí, že by návrat vystavil dítě újmě psychické nebo fyzické či by dítě jinak dostal do nesnesitelné situace (článek 13 odst. 1 písm. b) Úmluvy)

4/ dítě samo odmítá návrat a s ohledem na jeho věk a stupeň vyspělosti je vhodné k jeho názoru přihlížet (článek 13 odst. 2 Úmluvy)

5/ to nedovolují základní zásady státu o ochraně lidských práv a základních svobod (článek 20 Úmluvy)

V souvislosti s argumentací spojenou s domácím násilím se nejčastěji setkáváme se žádostmi o aplikaci výjimek dle bodu 3 a 4.

V dalším textu se zaměříme na vybrané zajímavé judikáty, které byly zveřejněny v databázi INCADAT⁸. Tato rozhodnutí ilustrují širší přístupů k domácímu násilí v případech mezinárodních únosů dětí a ukazují, jak může mít domácí násilí vliv na základní aspekty posouzení samotného merita věci, tedy zda bylo přemístění nebo zadržení dítěte vůbec protiprávní.

V praxi se často setkáváme s případy, kdy osoba únosce (nejčastěji žena) uvádí, že důvod pro opuštění státu obvyklého bydliště dítěte spočíval v nějakém druhu násilí páchané jejím partnerem na ní, či na dítěti. Jak již bylo výše uvedeno, nejedná se především o násilí fyzické, ale zejména násilí v rovině psychické, které se jen těžko prokazuje a únosce mnohdy poukazuje na to, že i když se snažil nalézt pomoc u orgánů státu obvyklého bydliště dítěte, nebyla pomoc poskytnuta nebo pouze v nedostatečné míře.⁹

Domácí násilí páchané proti rodiči-únosci jako důvod pro aplikaci článku 13 písm. b) Úmluvy

Poměrně často je možno se setkat s rozhodnutími o návratu dítěte, a to i přes určitý stupeň prokázání incidence domácího násilí vůči matce – únoskyni. Jako příklad můžeme uvést rozhodnutí ve věci W.¹⁰ V tomto případě byl

⁸ Databáze INCADAT je přístupná z www.incadat.com. Jsou zde publikována významná rozhodnutí soudů jednotlivých členských států spolu s výtahem odůvodnění a případným komentářem. Již několik měsíců jsou zde také přístupny texty vypracované Stálou kanceláří Haagské konference mezinárodního práva soukromého jako výkladová vodítka k jednotlivým ustanovením Úmluvy doprovázená o seznam relevantní judikatury členských států.

⁹ V poměrně vysokém procentu případů se také setkáváme s špatným poučením budoucích možných únosců o právu a důsledcích přemístění dítěte do zahraničí, a to nejenom ze strany přátel, ale překvapivě často ze strany právníků, policistů, zastupitelských orgánů a sociálních pracovníků.

¹⁰ Rozhodnutí High Court (Family Division), Velká Británie, ze dne 28. 5. 2004, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=599&lng=1&sl=2>.

nařízen návrat téměř desetiletého dítěte do Jihoafrické republiky. Matka argumentovala proti nařízení návratu zejména tím, že ona sama byla obětí fyzického násilí ze strany otce dítěte, a pokud by se s dítětem vrátila, tak se tato situace jistě opakovala. Z toho dovozovala, že bude ohroženo i dítě, jelikož by mohlo být přítomno samotnému násilí nebo by vidělo jeho následky. Soudce zde uvedl, že v podstatě neexistuje reálná šance na uplatnění výjimky dle článku 13 písm. b) v případě, kdy násilí nebylo páčáno přímo na dítěti. Dále uvedl, že nebezpečí vůči matce bude sníženo opatřeními přijatými v Jihoafrické republice státními orgány, resp. soudem (Před nařízením návratu musel otec u příslušného soudu v JAR dosáhnout rozhodnutí, které přiměřená ochranná opatření obsahovalo.)

Obdobně rozhodl soud i v další, taktéž jihoafrické věci (tentokrát se však jednalo o návrat z JAR). Domácí násilí otce proti matce bylo jasně prokázáno a soud konstatoval, že kdekoli se objeví známky domácího násilí, může návrat vystavit dítě vážnému nebezpečí újmy. Nicméně v tomto případě soud neshledal nebezpečí újmy tak vážné a návrat nařídil. Avšak opět pouze po splnění a zajištění splnění určitých záruk vůči matce (otec hradil náklady matky a dítěte na návrat, zastavil trestních stíhání vůči matce, výživné atd.).

Soud se ve věci *Tabacchi vs. Harrison*¹¹ vyjádřil velmi přímočaře v tom smyslu, že matka sice byla pravděpodobně obětí domácího násilí. Újma však při návratu hrozí spíše matce než dětem. Jako irelevantní byl odmítnut argument, kdo z rodičů je vhodnějším vychovatelem dětí v dlouhodobém horizontu, jak pádné měla matka důvody pro přemístění dětí nebo zda utrpí újmu, budou-li unesené děti navraceny.¹² Soud uzavřel, že aby bylo možno kvalifikovat chování žadatele o návrat jako neakceptovatelné, podmínkou pro nenařízení návratu je páčání násilí přímo na dítěti. Opačně však judikoval soud ve státě Washington, USA¹³, kdy skutečnost, že otec páchal násilí na matce představuje neopomenutelnou pravděpodobnost, že se takového násilí bude dopouštět i na dětech.

V rozhodnutích jiných soudů však byl přijat opačný přístup, tedy že určitý stupeň prokázání domácího násilí konstituuje minimálně výjimku dle článku 13 písm. b). Dle federálního zákona USA tzv. *International Child Abduction*

¹¹ Rozhodnutí United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division ze dne 8. 2. 2000, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=465&lng=1&sl=2>.

¹² Blíže Weiner, M. H.: *International child abduction and the escape from domestic violence*. Přístupný z: http://207.58.181.246/pdf_files/library/Weiner_2000.pdf.

¹³ Rozhodnutí ve věci *Tsabopoulos vs. Tsarbopoulos* United States District Court for the Eastern District of Washington ze dne 9. 11. 2001, výtah přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=482&lng=1&sl=2>.

Remedies Act, ze dne 19. 4. 1988, je povinností žalované strany přinést jasné a přesvědčivé důkazy, kdy je nezbytné poznamenat, že tato obrana žalovaného by neměla sloužit jako podpora a odůvodnění toho, kde by bylo dítě šťastnější.¹⁴ Americké soudy opakovaně judikovaly, že prokázání domácí násilí je tak závažnou skutečností, že je podkladem pro odmítnutí nařízení návratu dítěte podle článku 13 písm. b) Úmluvy.

V této souvislosti se můžeme setkat se zajímavým jevem, kdy soudy v USA několikrát prohlásily, že rozhodnutí o nenávratu je mimo jiné zapříčiněno tím, že právní řád země obvyklého bydliště před protiprávním přemístěním či zadržením neobsahuje dostatečnou právní úpravu či jiným způsobem není schopno ochránit oběť domácího násilí a dítě při jejich návratu do této země. Takové kontroverzní rozhodnutí bylo vydáno například ve věci *Blondin vs. Dubois*¹⁵ nebo *Walsh vs. Walsh*¹⁶. V prvním z uvedených případů byla i slyšena sedmiletá dcera, která prohlásila, že se nechce vrátit, protože má strach, že by jí otec bil. V rozsudku ve věci *Tsabopoulos vs. Tsabopoulos*¹⁷ soud shledal, že možnosti a zdroje ochrany dětí v Řecku jsou nedostatečné pro zajištění jejich bezpečí.¹⁸

¹⁴ Blíže *The Hague Convention on International Child Abduction: A Child's Return and the Presence of Domestic Violence*. Přístupný z: <http://www.haguev.org/articles/Washington%20State%20Bench%20Guide%20dvAndTheHagueConvention.pdf>.

¹⁵ Rozhodnutí United States Court of Appeals for the Second Circuit ze dne 4. 1. 2001, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=585&lng=1&sl=2>. Soud zde rozhodl, že ačkoli francouzská vláda a ústřední orgán nabídli záruky pro bezpečný návrat dětí a matky (zastavení trestního stíhání, finanční podpora ze strany otce – žadatele o návrat, včetně úhrady cesty zpět, bezplatná právní pomoc matce v řízeních před francouzskými soudy), neuchrání tato opatření děti před traumatem. Matka byla otcem fyzicky napadána, a to i v těhotenství nebo když držela v náručí některé z dětí, takže i ony byly opakovaně svědky násilí a částečně i přímou obětí fyzického násilí. Provést takové posouzení nařídil prvoinstančnímu soudu odvolací soud, když zrušil původní rozhodnutí a věc vrátil zpět k projednání.

¹⁶ Rozhodnutí United States Court of Appeals for the First Circuit ze dne 25. 7. 2000, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=326&lng=1&sl=2>. I v tomto případě byly nabídnuty záruky bezpečnosti ze strany irských orgánů. Nicméně jmenovaný soud shrnul, že s ohledem na skutečnost, že otec dětí dlouhodobě nedbal a nerespektoval své závazky a povinnosti plynoucí ze soudních rozhodnutí, bude i po přijetí nabídnutých záruk dětem hrozit výrazné nebezpečí.

¹⁷ Rozhodnutí United States District Court for the Eastern District of Washington ze dne 9. 11. 2001, výtah přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=482&lng=1&sl=2>.

¹⁸ Blíže *The Hague Convention on International Child Abduction: A Child's Return and the Presence of Domestic Violence*, str. 18 a 19. Přístupný z: <http://www.haguev.org/articles/Washington%20State%20Bench%20Guide%20dvAndTheHagueConvention.pdf>.

Obecně lze říci, že se žalovaný dovolává výjimky dle článku 13 písm. b) Úmluvy v případech, kdy násilí nesměřuje pouze proti němu, ale také alespoň nějakým způsobem proti dítěti, např. tím, že je dítě přítomno páchaní násilí na matce, výhrůžkám apod. Žalovaný musí přesvědčit soud, že žalobce pro dítě představuje závažné nebezpečí nebo že násilné chování žalobce může být kvalifikováno jako závažné nebezpečí pro dítě.¹⁹ Již samotné prokázání však může být pro žalobce velice obtížné, jelikož důkazy většinou leží v zemi, kam je návrat požadován.

Zajímavým případem je v této souvislosti *Polastro vs. Polastro*.²⁰ Kanadský soud zde nenařídil návrat. Bylo hojně prokázáno násilí žadatelem o návrat pouze proti matce dítěte, které formou obtěžujících a výhrůžných telefonátů pokračovalo i během pobytu matky v Kanadě. Soud shledal, že s ohledem na fakt, že matka je primárním pečovatelem o dítě a zdá se být i jedinou osobou, jež je schopna odpovědně o dítě pečovat i do budoucna²¹, lze újmu působenou matce považovat za újmu působenou i dítěti. Dále bylo konstatováno, že ačkoli prozatím nebylo násilí obráceno proti dítěti, lze očekávat s ohledem na další chování otce, že by se tak stalo. Je nutné upozornit, že soud zde ani nezmnínil možnost přijetí ochranných opatření, na jejichž základě by se matka a dítě mohli bezpečně vrátit.²²

Dítě se odmítá vrátit, jelikož bylo ono samo nebo únosce obětí domácího násilí

Článek 13 odst. 2 Úmluvy stanoví, že soud není povinen nařídít návrat v případě, že dítě, jehož se návrat týká, projeví svou vůli nebýt navraceno a zároveň dosáhlo takového věku a úrovně vyspělosti, že je vhodné brát zřetel na jeho názory. Je zajímavé porovnání napříč nejrůznějšími rozhodnutími cizozemských soudů, od jakého věku jsou děti soudem slyšeny, které vychází z praxe ve vnitrostátních případech²³. Článek 11 odst. 2 nařízení Brusel II bis²⁴ výslovně uvádí, že dítě by mělo být slyšeno, pokud

¹⁹ Blíže Weiner, M. H.: International child abduction and the escape from domestic violence. Přístupný z: http://207.58.181.246/pdf_files/library/Weiner_2000.pdf.

²⁰ Rozhodnutí Ontario Court of Appeal 31. 3. 1999, přístupný z: <http://www.incatat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=373&lng=1&sl=2>.

²¹ Je ovšem otázkou, zda takovým posouzením soud nepřesáhl rozsah řízení o návrat a nezohlednil více argumenty uplatnitelné v řízení o péči.

²² Blíže Weiner, M. H.: International child abduction and the escape from domestic violence. Přístupný z: http://207.58.181.246/pdf_files/library/Weiner_2000.pdf.

²³ Blíže např. zde: <http://www.incatat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=1>.

²⁴ Nařízení Brusel II bis je zaužívaná zkratka, která bude v textu dále používána, pro nařízení Rady ES č. 2201/2003 ze dne 27. 11. 2003, o pravomoci a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti.

se to nejeví nevhodné s ohledem na jeho věk a vyspělost. V České republice je dnes poměrně běžnou soudní praxí, kdy jsou děti okolo věku 12 let pravidelně soudem slyšeny. V mnohých cizích rozhodnutích se však můžeme setkat s výslechem 8letých či 6letých dětí.

Dítě musí nutně být účastníkem řízení, jelikož je soudem rozhodováno o významném okamžiku v jeho životě a není přípustné, aby dítě bylo pouze objektem, o němž se jedná, bez toho, aby mohlo (alespoň částečně nebo prostřednictvím svého zástupce) do řízení zasáhnout. Dítě má již na základě Úmluvy o právech dítěte či Evropské úmluvy o výkonu práv dětí právo být slyšeno před soudem v řízeních, jež se jej dotýkají, což řízení o návrat jistě je. S ohledem na věk a stupeň vyspělosti dítěte však dítě mnohdy není schopno formulovat své názory či si je vytvořit nezávisle na vůli dalších osob. Nesmíme opomenout, že nezletilé dítě²⁵ není způsobilé k právním úkonům v plném rozsahu (dle většiny právních řádů světa), nemá tudíž ani procesní způsobilost. Právě s ohledem na různou úroveň vyzrállosti dítěte musí soud pečlivě zvážit, zda dítě vůbec vyslechne a případně jakým způsobem, ale také v jaké rozsahu názoru a přáním nezletilého vyhoví a bude na ně brát zřetel. S touto proměnnou se pojí také otázka důvěryhodnosti a ovlivnitelnosti názoru dítěte osobou, jež má dítě v současnosti ve fyzické péči.²⁶ V řízení před českým soudem jsou děti účastníkem řízení²⁷, jimž je právě s ohledem na jejich nezralost a ochranu jejich zájmů a stanovován nestranný opatrovník.²⁸

Ve věci W²⁹ (odlišná od výše uvedené) byly slyšeny dvě starší děti ve věku 8 a čerstvých 6 let (nejmladšímu byly 3 roky), přičemž jejich námítky (zejména staršího dítěte) byly uznány za relevantní. Případ Klentzeris vs. Klentzeris³⁰ se týkal řízení o návrat dvou dětí do Řecka, odkud měly být protiprávně přemístěny jejich matkou do Velké Británie. Děti v době projednávání případu dosáhly 12 a téměř 11 let. Otec si v Řecku našel práci

²⁵ Dítětem, na které se Úmluva vztahuje, je nezletilá fyzická osoba mladší 16 let.

²⁶ Zejména v případech mezinárodních únosů je běžné, že rodič-únosce dítě plně oddělí od druhého rodiče, který s dítětem není v kontaktu i více než několik měsíců do doby, než státní orgány zajistí alespoň omezený výkon práva styku. Plynutí času je navíc významným faktorem, který je s to ovlivnit kvalitu, resp. míru ovlivnění dítěte rodičem (a jeho rodinou), který má dítě aktuálně ve výlučné péči.

²⁷ § 193a zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

²⁸ Nejčastěji je jím orgán sociálně-právní ochrany dětí z místa aktuálního bydliště dítěte.

²⁹ Rozhodnutí Court of Appeal (Civil Division), Velká Británie, ze dne 12. 5. 2010, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1324&lng=1&sl=3>.

³⁰ Rozhodnutí United Kindom Court of Appeal ze dne 10. 5. 2007, výtah přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=931&lng=1&sl=2>.

a rodina se za ním přestěhovala. Za necelého půl roku však matka spolu se starší, již dospělou dcerou odvezla děti do Velké Británie. Soudce odmítl nařídít návrat s tím, že by dětem hrozila závažná psychická újma, od které by je neuchránila ani opatření případně přijatá v souladu s článkem 11 odst. 4 nařízení Brusel II bis. V tomto případě hrálo velkou roli svědectví dětí, které v rámci svého výsledku vypovídaly o mnohých incidentech domácího násilí, kterým byly svědky. Otce dále obviňovaly z nevhodného chování. Chlapec během výsledku dostal záchvat paniky a vyhrožoval sebevraždou, pokud by byl nucen se vrátit.

Návrat dítěte v případě, že únoscem, který se nechce vrátit s dítětem, je osoba primárního pečovatele o dítě (primary caretaker)

Jak vyplývá z výkladové zprávy k Úmluvě³¹, byla původně přijata jako účinná obrana v případech, kdy osoba, jež o dítě většinu času nepečuje, nezletilého přemístí mimo stát jeho obvyklého bydliště. Jako typický únosce v takových případech byl předpokládán otec dětí.³² Avšak praxe ukázala, že únosci jsou zejména ženy – matky, které o své děti primárně pečovaly, byly tedy tzv. pečující osobou, a přemístěním či zadržením dítěte v zahraničí většinou řešily nějaký problém ve vztahu s otcem dítěte. Nežádka kdy jím bylo právě i domácí násilí, které se nedařilo řešit v zemi obvyklého bydliště dítěte.

Pokud vyjdeme ze zásady, že dítě by mělo být bezodkladně navraceno, nevyplývá z ní nic, co by rodiči únosci bránilo či zakazovalo vrátit se s dítětem také. V Úmluvě také není nikde stanoveno, že by se dítě po návratu mělo vrátit přímo do péče rodiče žadatele o návrat a být ihned odebráno z péče únosce. Tyto konsekvence však mnohdy vyplývají z vnitrostátního práva státu obvyklého bydliště dítěte a často velmi znesnadňují vyjednávání o dobrovolném návratu či i návratu po soudním rozhodnutí.

Rodič únosce, který dříve a i nyní plní roli hlavního pečovatele o dítě, argumentuje proti vydání rozhodnutí o návratu tím, že jelikož se on/ona v žádném případě nevrátí, dojde dítě separací od této osoby k závažné újmě. Navíc žadatel o návrat o dítě např. nikdy osobně dlouhodobě nepečoval, jelikož chodil do práce a zabezpečoval tak finanční základnu rodiny nebo nikdy s dítětem nebydlel ve společné domácnosti. Tyto případy bývají velmi složité zejména u malých dětí ve věku do 2-3 let. Hlavním argumentem,

³¹ Pérez Vera, E: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, přístupný ke stažení z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779.

³² Pérez Vera, E: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, přístupný ke stažení z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779.

proč se únosci (matky) nechtějí vracet, je zejména obava z pokračování domácího násilí.

Nejčastějším řešením těchto situací je přijetí tzv. záruk (či opatření³³), kdy se žadatel o návrat zaváže k určitým krokům (např. zajistit matce a dítěti samostatné bydlení a platit výživné) nebo se naopak zaváže zdržet se něčeho (odebrání dítěte z péče matky do doby meritorního rozhodnutí apod.)³⁴

V kanadském rozsudku ve věci N.P. vs. A.B.P.³⁵ návrat nařízen nebyl. Soud nepovažoval za relevantní důvod pro způsobení újmy dítěti samotný fakt, že se matka s dítětem odmítá vrátit. Avšak poté bylo zjištěno, že matčin důvod pro nenavrácení spočíval v silně závadovém chování otce, kdy tento obchodoval se ženami (prostitute), přičemž matka dítěte byla také obětí sexuálního a fyzického násilí, nebyl návrat nařízen pro obavu, že by otec dítě mohl ohrozit, resp. že by dítěti ze strany otce hrozila závažná újma.

V rozhodnutích soudů některých států je patrný vývoj v jejich rozhodovací praxi, a to oběma směry. Německé³⁶ a francouzské³⁷ soudy se posunuly od liberálnějšího chápání výjimky dle článku 13 písm. b) Úmluvy k jejímu striktnějšímu výkladu. Naopak v rozhodnutích australských soudů je zřejmý odklon od počátečních přísných rozhodnutí k většímu důrazu na ponávratové poměry dítěte.^{38 39} Obdobnou cestou se vydal i Izrael.

³³ „Undertakings“.

³⁴ Taková opatření byla přijata např. v případě M.G. vs R.F., kdy Quebec Court of Appeal, Kanada vydal rozsudek dne 23. 8. 2002. Jeho výtah je přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=762&lng=1&sl=2>.

³⁵ Rozhodnutí Quebec Court of Appeal ze dne 22. 4. 1999, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=764&lng=1&sl=2>.

³⁶ Srov. rozhodnutí Oberlandesgericht Drážďany ze dne 21. 1. 2002, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=486&lng=1&sl=2>, rozhodnutí Oberlandesgericht Kolín ze dne 12. 4. 2001, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=491&lng=1&sl=2> a rozhodnutí Oberlandesgericht Stuttgart ze dne 25. 10. 1998, přístupný zde: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=323&lng=1&sl=2>.

³⁷ Srov. rozhodnutí Cour de Cassation, première chambre ze dne 7. 12. 1994 přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=103&lng=1&sl=2> a stejného soudu ze dne 25. 1. 2005, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=708&lng=1&sl=2>.

³⁸ Srov. rozhodnutí Family Court of Australia v Brisbane ze dne 24. 9. 1999 přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=294&lng=1&sl=2> a rozhodnutí High Court of Australia ze dne 27. 6. 2001, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=347&lng=1&sl=2>.

K této otázce se vyjadřoval i Evropský soud pro lidská práva (v textu dále jen jako „ESLP“). Hlavní argumentem stěžovatelů bylo porušení článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod v tom smyslu, že odebrání dětí z péče únosce a jejich navrácením by bylo porušeno právo únosce i dětí na soukromý a rodinný život. I zde je patrný posun směrem k vyššímu posouzení zájmu dítěte a právům únosce.

V prvním případě⁴⁰ ESLP zaujal nekompromisní přístup když konstatoval, že ačkoli odebrání dítěte bude jistě narušením rodinného života stěžovatelky a jejího dítěte, musí být Úmluva vykládána v souladu s článkem 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, stejně tak jako s Úmluvou o právech dítěte. Základní otázkou, jež si tak ESLP položil bylo, zda soud státu, který rozhodovat o návratu, v rámci svého volného uvážení (margin of appreciation) dostatečně vyvážil sobě konkurující zájmy dítěte a jeho obou jeho rodičů. V tomto konkrétním případě byla žaloba zamítnuta, kdy soud uzavřel s tím, že matce nic nebrání, aby se s dítětem vrátila, a že národní soudy řádně zhodnotily, že nejlepší zájem dítěte leží v souladu s Úmluvou v jeho bezodkladném návratu. Soud také odmítl argument matky, že tehdy 5leté dítě mělo být slyšeno francouzskými soudy.

Druhý případ již nespočíval v domácím násilí, ale v nebezpečí, jež mělo hrozit z pobytu v Izraeli jako státě ohrožovaném teroristy. I ESLP sám konstatoval, že předchozí rozhodnutí v podstatě revidoval.⁴¹

Vliv domácího násilí na ustavení „obvyklého bydliště“

Obvyklé bydliště dítěte je jedním ze stěžejních konceptů Úmluvy, kdy jak z výkladové zprávy k Úmluvě⁴², tak i z judikatury a výkladových stanovisek

³⁹ Zajímavé rozhodnutí vydal Full Court of the Family Court of Australia dne 26. 8. 2003, kdy sice soud shledal přemístění protiprávní a dále uvedl, že dítěti by návratem žádné významné nebezpečí nehrozilo, avšak návrat nenařídil, jelikož bylo velké nebezpečí, že by matka dítěte v případě návratu dítěte spáchala sebevraždu. Uvedený rozsudek je přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=544&lng=1&sl=2>.

⁴⁰ Rozhodnutí ESLP ze dne 6. 12. 2007 ve věci *Maumousseau and Washington v. France*, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=942&lng=1&sl=2>.

⁴¹ Autorka považuje za důležité upozornit na skutečnost, že v tomto případě bylo jedním z důležitých argumentů plynutí času. ESLP zhodnotil, že s ohledem na změnu podmínek vlivem dlouhé doby vyřizování případu, již není v zájmu dítěte, aby bylo navraceno do Izraele. Dle názoru autorky není takový přístup trvale udržitelný a zejména by ani nemělo docházet k situaci, kdy by se dítě mělo navracet po několikaletém pobytu ve státě, kam bylo uneseno. Jak již bylo několikrát zmíněno, mají členské státy povinnost zajistit bezodkladný návrat dítěte. Jednou ze zásad Úmluvy je proto rychlost řízení, ať již soud rozhodne jakýmkoli způsobem. Dítě je tak v důsledku ochráněno před negativními dopady navrácení do sice státu obvyklého bydliště před protiprávním přemístěním nebo zadržením, ale pro dítě je to již stát cizí, jelikož si v průběhu času navyklo na nové prostředí a podmínky.

zveřejněných v databázi INCADAT vyplývá, že obvyklé bydliště je skutečnost založená na faktickém stavu. Obvyklé bydliště není nijak spojeno s místem, kde je osoba nahlášena k nějaké formě trvalého pobytu apod., pokud se na tom místě skutečně nenachází. Obvyklé bydliště je většinou popisováno jako místo, ke kterému má dítě určitý blízký vztah a do tohoto prostředí je integrováno. První ucelený výklad tohoto pojmu podal Evropský soudní dvůr v rozhodnutí ve věci A ze dne 2. 4. 2009, značka C-523/07, kde uvedl, že „*obvyklé bydliště odpovídá místu, které vykazuje určitou integraci dítěte v rámci sociálního a rodinného prostředí. Za tímto účelem musí být přihlédnuto zejména k trvání, pravidelnosti, podmínkám a důvodům pobytu na území členského státu a přestěhování rodiny do tohoto státu, ke státní příslušnosti dítěte, k místu a podmínkám školní docházky, k jazykovým znalostem, jakož i k rodinným a sociálním vazbám dítěte v uvedeném státě. Vnitrostátnímu soudu přísluší určit místo obvyklého bydliště dítěte s přihlédnutím ke všem konkrétním skutkovým okolnostem v každém jednotlivém případě.*“

Určení, kde leží obvyklé bydliště dítěte, je pro problematiku mezinárodních únosů velmi důležité, jelikož dítě musí být navraceno pouze, pokud jeho přemístění bylo protiprávní ve smyslu právního řádu státu místa obvyklého bydliště dítěte bezprostředně před jeho přemístěním či zadržením v cizině. Zároveň má být dítěte do tohoto státu navraceno a tamní soud je příslušný k rozhodování o meritorní otázce péče o dítě. Ačkoli by mělo být obvyklé bydliště chápáno pouze jako faktický faktor, na něj nemá vliv vůle jednotlivých osob, nemůže tato teorie obstát v případech malých dětí, kdy tyto nejsou schopny si samy o své vůli určit místo obvyklého bydliště. V této fázi jsou ve značné míře závislé (záleží na věku dítěte) na vůli rodičů. V souvislosti s obecně přijímaným pravidlem, že oba rodiče mají rovnocenný a stejný souhrn práv a povinností k dítěti, byl přijat přístup, že aby mohlo být založeno obvyklé bydliště dítěte závislého na svých rodičích, je nezbytné, aby oba rodiče sdíleli tzv. „settled intention“ neboli vůli se usadit a trvale pobývat na určitém místě (v konkrétním státě).

V případě, že v rodině dochází k domácímu násilí, je svobodná vůle jednoho z partnerů omezena či vyloučena, tudíž lze velmi omezeně mluvit i o společném úmyslu usadit se někde v zahraničí a ukončit trvání svého dosavadního obvyklého bydliště. Například ve věci Tsarbopoulos vs. Tsarbopoulos⁴³ soud uvedl, že v případě, že se objeví známky slovního nebo

⁴² Pérez Vera, E: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, přístupný ke stažení z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779.

⁴³ Rozhodnutí United States District Court for the Eastern District of Washington ze dne 9. 11. 2001, výtah přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=482&lng=1&sl=2>.

fyzického násilí, musí se jednání a projev souhlasu oběti podrobit zkoumání, jelikož existuje vysoká šance, že je souhlas vynucený.

V uvedeném případě se jednalo o manželství Řeka a Američanky, kdy se rodina přestěhovala za práci, kterou získal otec dětí, do Řecka. Vztah rodičů byl velmi složitý a docházelo k častým epizodám domácího násilí, jehož obětí nebyla pouze matka, ale i děti. Soud shledal, že otec zneužil svého silnějšího postavení, kdy matku dětí týral psychicky i fyzicky, kontroloval veškerá rozhodnutí v rodině a vládl veškerými financemi. Soud nakonec dovedl, že mezi rodiči chyběl společný úmysl natrvalo se usadit v Řecku a tím i přesunout obvyklé bydliště dětí. Je důležité upozornit, že soud zachoval původní obvyklé bydliště v USA i po 27 měsících pobytu dětí v zahraničí, kdy tato délka pobytu byla de facto násilím vynucena otcem dětí na jejich matce.

Soud dále konstatoval, že i kdyby se v tomto případě jednalo o kauzu, jež by naplňovala znaky pro mezinárodní únos dětí, děti by navraceny nebyly, jelikož ze strany otce - žadatele o návrat - docházelo k psychickému, fyzickému a sexuálnímu zneužívání dětí.

Obdobně bylo judikováno ve věci Ponath⁴⁴, kde rodiče s tehdy čtyřměsíčním dítětem odjeli na návštěvu prarodičů ze strany otce do Německa. Byla zakoupena zpáteční letenka. Muž si však našel práci, začal stavět dům a i přes odpor matky ji nechtěl s dítětem pustit zpět do USA a aktivně jim bránil v odjezdu. Matku napadal fyzicky, slovně i emočně. Soud prohlásil, že úmysl pro usídlení se na určitém místě musí být dobrovolný, což v tomto případě nemohl být. Dále konstatoval, že jedním z nevyřčených cílů Úmluvy je zabránit tzv. „forum shopping“⁴⁵. Pokud by bylo uznáno, že se místo obvyklého bydliště přesunulo do Německa, dosáhl by žadatel o návrat změny místa obvyklého bydliště a ustavení nové příslušnosti soudu přinucením matky.

Uvedeného rozhodnutí se jako precedentu dovoláli žalovaní ve vícero věcech, např. v kauze Prevot vs. Prevot⁴⁶. Zde však tato argumentace byla odmítnuta, jelikož se rodina přestěhovala do Francie s úmyslem zde trvale

⁴⁴ Rozhodnutí United States District Court for the District of Utah, Central Division, ze dne 17. 8. 1993, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=144&lng=1&sl=2>.

⁴⁵ Forum shopping je jev, kdy jedna ze stran svým přemístěním se pod jurisdikci určitého soudu/státu získává výhodu ve sporu, jelikož si je vědoma, že dotčený stát spor rozhoduje určitým způsobem (skutek není trestným činem apod.). De facto si určitá strana vybere soudiště na základě své znalosti práva tohoto státu a jeho judikatorní praxe a získává na základě toho nepřiměřenou a nespravedlivou výhodu.

⁴⁶ Rozhodnutí United States Court of Appeals for the Sixth Circuit ze dne 14. 7. 1995, přístupný z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=150&lng=1&sl=2>.

zůstat a teprve po přibližně roce se vztah zhoršil a začalo se projevovat domácí násilí proti ženě, jež následně děti unesla do USA.

Odlisný závěr však přijal soud v případě Nunez-Escudero vs. Tice-Menley.⁴⁷ Zde byla únoskyní velmi malého dítěte jeho matka, kdy dítě převezla do USA 6 týdnů po jeho narození. Soud rozhodl, že argumenty svědčící pro psychické domácí násilí ze strany otce dítěte (žadatele o návrat) a jeho otce (tchána matky dítěte) vůči matce nemohou být osamoceně základem pro nenařízení návratu dítěte.

V literatuře⁴⁸ je možno se setkat s názorem, že pokud se osoba dobrovolně přestěhuje do určité země, měla by tak činit i s vědomím jinakosti právního řádu té země a důsledků z toho plynoucích, i v souvislosti s domácím násilím. Prvořadým vodítkem pro posouzení, zda v určité zemi je či není obvyklé bydliště, je pak skutečnost, zda obvyklé bydliště jako takové vzniklo dobrovolně.

Závěr

Jak bylo uvedeno v úvodu, cílem tohoto článku nebylo přinést všeobjímající zájem, který by definoval, za jakých podmínek je možno se domácího násilí dovolávat jako výjimky z pravidla návratu a kdy ne. Výše uvedená judikatura je selektivním výběrem zajímavých rozhodnutí, která v sobě zahrnují specifické body, se kterými je možno se setkat i v praxi České republiky.

V textu není uveden žádný rozsudek českých soudů. Tato skutečnost je způsobena zejména tím, že předchází rozhodovací praxe Nejvyššího soudu byla poněkud roztržitější. Další příčinou je fakt, že teprve před dvěma lety byla přijata nová procesní úprava řízení o návratu dítěte v případech mezinárodní únosů, a doposud neexistují rozhodnutí, do kterých by relevantním způsobem zasáhla nějaká z forem domácího násilí.

Během programu konference bylo téma domácích násilí prezentováno z nejrůznějších úhlů pohledu, vždy však byl kladen důraz na prevenci a následnou ochranu a pomoc obětem. Je bohužel nutné konstatovat, že značné procento mezinárodních únosů ve spojení s Českou republikou bylo zapříčiněno selháním v některé z uvedených oblastí, které únosce dovedlo do bezvýchodné situace a k útěku do zahraničí.

⁴⁷ Rozhodnutí United States Court of Appeals for the Eighth Circuit ze dne 26. 6. 1995. Přístupné z: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=98&lng=1&sl=2>.

⁴⁸ Blíže Weiner, M. H.: International child abduction and the escape from domestic violence. Přístupný z: http://207.58.181.246/pdf_files/library/Weiner_2000.pdf.

Je velkou snahou Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí, jako ústředního orgánu podle Úmluvy, řešit uvedené případy citlivě i ve spolupráci s psychology a co nejvíce případů dovést ke smírnému vyřešení. Dohoda rodičů, která je do budoucna schopná praktické aplikace, je především v nejlepší zájmu dítěte. Domácí násilí je však významným faktorem při vyjednávání, který intenzivně ovlivňuje postup mediace a limituje její úspěšnost.

Literature:

- Beaumont, P., McEleavy, P.: *The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*. Oxford University Press, 2004. ISBN 0-19-826064-4.
- Kaye, M.: *The Hague convention and the Flight from domestic violence: How women and children are being returned by coach and four*. *International Journal of Law, Policy and Family*. Přístupný z: <http://lawfam.oxfordjournals.org/content/13/2/191.abstract>.
- *Learning from the Links between Domestic Violence and International Parental Child Abduction*. Přístupný z: www.iss.org.au/documents/ISS-Learning-Links.pdf.
- Pérez Vera, E: *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, přístupný ke stažení z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779.
- *The Hague Convention on International Child Abduction: A Child's Return and the Presence of Domestic Violence*, str. 18 a 19. Přístupný z: <http://www.haguedv.org/articles/Washington%20State%20Bench%20Guide%20dvAndTheHagueConvention.pdf>.
- Brunch, C.: *The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and their Children in Hague Child Abduction Convention Cases*. *Family law Quarterly* 2004. Přístupný z databáze Heinonline.
- Weiner, M. H.: *International child abduction and the escape from domestic violence*. Přístupný z: http://207.58.181.246/pdf_files/library/Weiner_2000.pdf.

Other sources:

- www.incadat.com + mentioned case law
- www.hcch.net
- www.hagedv.org
- www.reunite.com
- www.travel.state.gov

Contact – email

michaela.janockova@umpod.cz

OCHRANA DĚTÍ A DOMÁCÍ NÁSILÍ: ZAHRANIČNÍ INSPIRACE

MARTIN KORNEL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Příspěvek analyzuje zahraniční právní úpravy ochrany dětí před domácím násilím. Především se zaměřuje na inspirace, které by mohly obohatit českou legislativu a praxi.

Key words in original language

Rodinné právo; ochrana dětí; ochrana před domácím násilím.

Abstract

The contribution analyses foreign law regulations on child protection in families experiencing domestic violence. Primarily, it focuses on inspirations which can enrich Czech legislation and legal practice.

Key words

Family law; child protection; protection from domestic violence.

S domácím násilím jako společenským jevem se setkáváme napříč historickými obdobími a státními útvary.¹ Domácí násilí v nejširším smyslu slova může být páčáno na jakémkoliv členovi domácnosti, avšak celosvětově jsou nejpostiženější a nejohroženější skupinou ženy, následované dětmi.²

Ochrana osob postižených domácím násilím se stala aktuálním problémem především v důsledku emancipace žen v průběhu 20. století. Po delší dobu byla problematika dětí ohrožených domácím násilím upozadována, tento příspěvek, stejně jako konference, na které byl přednesen, právě proto věnuje ochraně dětí před domácím násilím zvláštní pozornost. V tomto příspěvku se zaměříme na analýzu specifických prostředků ochrany dětí před domácím násilím z pohledu vybraných zahraničních úprav. Pro analýzu jsou voleny především právní úpravy, které jsou dávány za příklad v doporučující příručce pro legislativce vytvořené OSN (*Handbook for*

¹ K tomu shodně Summers, R.W., Hoffman, A.M. (eds.): Domestic Violence - A Global View. Greenwood Pub. Group, 2001, s. XII nebo Čírtková, L.: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. Právo a rodina, 2007, č. 9, s. 12 a násl.

² K tomu srov. Marvánová-Vargová, B., Pokorná, D., Toufarová, M.: Partnerské násilí. Praha: LINDE nakladatelství, s.r.o., 2008, s. 9.

Legislation on Violence against Women) v roce 2010.³ Přestože právní úprava ochrany před domácím násilím se v nedávné době v České republice posunula významně kupředu, a to přinejmenším od přijetí zákona č. 135/2006 Sb., o ochraně před domácím násilím, stále existují oblasti, ve kterých lze uvažovat o změnách. Jako inspirace českému zákonodárci mohou sloužit právě zahraniční úpravy. Upozorníme, že přehled národních právních předpisů týkajících se ochrany před domácím násilím byl vytvořen v rámci databáze generálního tajemníka OSN.⁴

Vhledem k rozsahu tohoto příspěvku není možné vyčerpat veškeré právní nástroje, které zahraniční právo nabízí v oblasti ochrany dětí před domácím násilím. V příspěvku se proto zaměříme na témata, která prozatím české právo neupravuje. Po nezbytném úvodu proto následuje představení specifických řešení v zahraničním soudnictví - soudů specializujících se na řešení problematiky domácího násilí. Následně budou rozebrány právní prostředky ochrany dětí v souvislosti se stykem s násilným rodičem. Primárně je to zvláštní hmotněprávní úprava styku rodiče a dítěte v situaci, kdy v rodině dochází k domácímu násilí. Stranou pozornosti nezůstanou zahraniční zařízení poskytující služby v souvislosti se stykem rodiče s dítětem. Rozbor jednotlivých prostředků ochrany uzavřeme představením zvláštních procesněprávních institutů, jako je například povinnost zrychleného postupu ve věci, kde existuje podezření ze spáchání domácího násilí.

Před rozбором konkrétních právních nástrojů je třeba vytknout, že českému právu do jisté míry chybí definice domácího násilí, která je jinak obvykle obsažena v úvodních ustanoveních zahraničních právních předpisů věnovaných ochraně před domácím násilím.⁵ Nedostatkem trpěl již poslanecký návrh zákona, který byl později přijat jako zákon č. 135/2006

³ United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Division for the Advancement of Women: Handbook for Legislation on Violence against Women. New York: United Nations, 2010.

⁴ The Secretary Generals database on violence against women [online]. Dostupné z <http://webapps01.un.org/vawdatabase/> [cit. 17.11.2010].

⁵ Srov. čl. 2 bulharského zákona o ochraně před domácím násilím (angl. Protection Against Domestic Violence Act. State Gazette [SG] 2005, No. 27, dostupné z http://www.mlsp.government.bg/equal/equalen/Protection_Against_Domestic_Violence_Act_BG.doc. [cit. 17. 11. 2010].). Rovněž další právní předpisy zmíněné v tomto příspěvku definici obsahují.

Sb. a ani v průběhu legislativního procesu nedošlo k jeho odstranění.⁶ Situaci neřeší ani judikatura, jakkoliv lze její přínos ocenit.⁷

SOUDNICTVÍ VE VĚCECH DOMÁCÍHO NÁSILÍ

Podle doporučení OSN by národní legislativa měla zajistit vytvoření specializovaných soudu nebo speciálních soudních řízení garantujících včasné a efektivní řešení případů domácího násilí a dále, aby byli pracovníci soudu řešících domácí násilí speciálně proškoleni.⁸

Specializované soudy řešící případy domácího násilí nalezneme v mnoha zahraničních státech. Například v rámci jednotlivých federálních států USA lze identifikovat několik modelů specializovaného soudnictví v oblasti domácího násilí.⁹ Pokud se zaměříme na soudy, u kterých se koncentruje rozhodování o více věcech týkajících se domácího násilí, lze rozlišit integrované soudy (*Integrated Domestic Violence Court*), sjednocené soudy (*Unified Family Court*) a koordinované soudy (*Coordinated Court*). U modelu integrovaných soudů dochází k rozhodování o civilních aspektech v rámci trestního řízení, což umožňuje komplexní vyřešení problémů spojených s domácím násilím.¹⁰ Řešení trestněprávních a civilních aspektů domácího násilí však skrývá také problémy. Například je otázkou, jak by se měl soudce vypořádat s odlišnými způsoby dokazování a s tím spojeným hodnocením důkazů.¹¹ Soudce sjednoceného soudu by měl řešit veškerou civilní problematiku týkající se konkrétní rodiny, například rozvod, péče o děti, ochrana před pachatelem domácího násilí, otcovství, výživné apod.¹² V rámci koordinovaných soudů jsou pak jednotlivé trestní nebo civilní otázky týkající se domácího násilí řešeny samostatně různými soudci, avšak

⁶ K tomu rovněž kriticky Králíčková, Z.: Civilněprávní postih domácího násilí - úvahy de lege ferenda (zejména nad sněmovním tiskem č. 828), *Acta iuridica olomucensis*, Vol. 1, 2005, No 2, s. 55.

⁷ Např. definováním pojmu "týrání" jako jednání pachatele, které ve vyznačuje zlým nakládáním buď s blízkou osobou (srov. § 89 odst. 8 tr. zák.) nebo i jinou osobou, s níž pachatel žije ve společném domě či bytě, a současně se vyznačuje i určitou mírou trvalosti a dosahuje takové intenzity, aby bylo schopno vyvolat stav, kdy postižená osoba pociťuje těžké příkoří, resp. psychické nebo i fyzické útrapy. Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 9. 2005, sp.zn. 3 Tdo 1160/2005.

⁸ Viz United Nations: Handbook for Legislation on Violence against Women, cit. výše, pozn. č. 3, s. 19.

⁹ Viz Sack, E.: Creating a Domestic Violence Court: Guidelines and Best Practices. Family Violence Prevention Fund, 2002, s. 24 a násl.

¹⁰ Tamtéž, s. 26.

¹¹ Tamtéž.

¹² Tamtéž, s. 27.

jednotlivé spisy jsou shromážděny v jedné kanceláři a soudci mohou své postupy koordinovat a jednoduše pracovat také se spisy, které se týkají jimi řešené otázky.¹³

Specializované soudy řešící trestní i civilní aspekty domácího násilí byly zřízeny právními předpisy k ochraně před domácím násilím také například ve Španělsku¹⁴ nebo v Brazílii.¹⁵

STYK DÍTĚTE S NÁSILNÝM RODIČEM

Je vhodné, aby se násilný rodič setkával s dítětem? A pokud ano, za jakých podmínek? Tyto otázky si teorie i praxe kladou především v souvislosti s tím, že soudní řízení o styk s dítětem může být faktickým pokračováním násilného chování.¹⁶

V zahraničních právních řádech se setkáme s různými přístupy. Doporučení OSN navrhuje, aby národní legislativa obsahovala domněnku zákazu péče pachatele domácího násilí o dítě a zákaz styku jinak než s dohledem.¹⁷ Tato domněnka by se měla uplatnit přinejmenším od okamžiku, kdy je pachatel domácího násilí soudem uložen zákaz určitého chování ve vztahu k oběti (*protection order* - ochranný rozkaz). Na rozdíl od české právní úpravy existuje totiž v naprosté většině zahraničních států specifický institut k ochraně oběti domácího násilí. Jejich důkladný rozbor by šel nad rámec tohoto příspěvku, neboť tyto instituty slouží primárně k ochraně jiných osob než dítěte, proto jej ponecháme stranou. Doporučení OSN dále vyžaduje, aby před nařízením styku s dohledem pachatel prokázal, že uplynuly nejméně tři měsíce od okamžiku, kdy se naposledy choval násilně, a že se účastní programu pro pachatele domácího násilí.¹⁸ V poslední řadě by

¹³ Tamtéž, s. 29.

¹⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (zákon o integrovaných ochranných opatřeních proti partnerskému násilí). Anglické znění zákona dostupné z <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/Organic%20Act%20on%20Violence.pdf> [cit. 17. 11. 2010].

¹⁵ Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Anglické znění zákona dostupné z http://www.brazilink.org/tiki-download_file.php?fileId=13 [cit. 17. 11. 2010].

¹⁶ K tomu srov. Albertson Fineman, M.: Domestic Violence, Custody, and Visitation. Family Law Quarterly, 2002, Vol. 36, No. 1, s. 225 nebo Vargová, B. Svěřování dítěte do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí, Praha : Právo a rodina, 2006, roč. 8, č. 2, s. 9 a násl.

¹⁷ United Nations: Handbook for Legislation on Violence against Women, cit. výše, pozn. č. 3, s. 49.

¹⁸ Tamtéž.

podle doporučení OSN neměl být styk v těchto případech upraven proti přání dítěte.

Nahlédneme-li do národních úprav, zjistíme, že například podle novozélandského *Domestic Violence Act 1995* se ochranný rozkaz vydaný k ochraně oběti domácího násilí vztahuje i na děti z rodiny osoby, která vydání takového rozkazu navrhla.¹⁹ Modelový zákon k domácímu a rodinnému násilí z USA obsahuje domněnku, že jakákoliv péče pachatele domácího násilí o dítě je v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte.²⁰ Tato domněnka je obsažena v legislativě řady federálních států USA.²¹

Ve světě se setkáváme se zařízeními poskytujícími služby v souvislosti se stykem rodiče s dítětem. Dostupnost takových center požaduje i doporučení OSN.²² V Evropě se s takovými zařízeními můžeme setkat například ve Francii (*Lieux d'accueil pour l'exercice des droits de visite*),²³ Anglii a Skotsku (*Child Contact Centre*),²⁴ z mimoevropských zemí například v USA (*Visitation Centre*)²⁵ a Kanadě (*Visitation Centre*)²⁶ nebo Austrálii (*Children Contact Service*).²⁷ Tato zařízení v zásadě plní některé ze tří

¹⁹ Např. sec. 16 Domestic Violence Act 1995 No 86. Anglické znění zákona dostupné z <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/whole.html#dml371926> [cit. 17. 11. 2010].

²⁰ National Council of Juvenile & Family Court Judges. The Model Code on Domestic and Family Violence. 1994, Dostupné z http://www.ncjfcj.org/images/stories/dept/fvd/pdf/modecode_fin_printable.pdf [cit. 17. 11. 2010].

²¹ Viz Weithorn, L.A.: Protecting Children from Exposure to Domestic Violence: The Use and Abuse of Child Maltreatment Statutes. *Hastings Law Journal*, Vol. 53, No. 1, November 2001, s. 12-15.

²² United Nations: Handbook for Legislation on Violence against Women, cit. výše, pozn. č. 3, s. 55.

²³ Viz Bastard, B.: Different Approaches to Post-Divorce Family Relationships. In Dewar, J., Parker, S. (eds.): *Family Law: Processes, Practices, Pressures*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, s. 271 a násl.

²⁴ Viz National Association of Child Contact Centres – Home [cit. 17. 11. 2010]. Dostupné z <http://www.naccc.org.uk/cms/index.php>.

²⁵ Viz Supervised Visitation Network – Directory of Supervised Visitation Providers [cit. 9. 12. 2008]. Dostupné z <http://www.svnetwork.net/ServiceProviders.html>

²⁶ Viz Tutty, L. et al.: Supervised Visitation and Exchange Centres for Domestic Violence: An Environmental Scan. 2006, s. 27 a násl. Dostupné z http://www.child.alberta.ca/home/documents/familyviolence/rpt_opfvb_Environmental_Scan_2006.pdf [cit. 17. 11. 2010].

²⁷ Viz Sheenan, G., Carson, R, Fehlberg, B. et. al.: Divergent Expectation and Experience: An Empirical Study of the Use Children's Contact Services in Australia. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, Vol. 21, No. 3, s. 275 a násl.

základních úkolů. Mohou být neutrálním místem, na kterém probíhá styk mezi rodičem a dítětem, který může být pracovníkem zařízení monitorován - podroben dohledu.²⁸ V odůvodněných případech mohou specialisté - pracovníci těchto zařízení pomáhat obnovit nebo navázat vztah mezi rodičem a dítětem. A v neposlední řadě zde může probíhat pouze předání dítěte ke styku, tak aby se při předání nemuseli setkávat rodiče, ale samotný styk již probíhá mimo zařízení.

Úkoly zařízení plní státní i nestátní subjekty.²⁹ Výzkumy zabývající se těmito zařízeními v Austrálii prokázaly, že u převážné části klientů využívajících služeb zařízení se v rodinném životě vyskytnul závažný problém, například domácí násilí, zakořeněný konflikt mezi rodiči, případně prokázané nebo tvrzené týraní dítěte.³⁰

Organizace *Supervised Visitation Network* sídlící v USA vytvořila v roce 2006 standardy pro praxi poskytování dohledu nad stykem (*Standards for Supervised Visitation Practice*) identifikující základní otázky, které by měly být v rámci činnosti těchto zařízení vyřešeny.³¹ Především musí být jednoznačně vymezena role zařízení, administrativní povinnosti, jednotlivé typy prováděných programů a cíle, kterých má být těmito programy dosaženo. Klíčová je otázka ochrany a bezpečí klientů zařízení, a to především dítěte avšak i obou rodičů. Dále by neměla být opomenuta otázka ochrany a důvěrnosti informací, se kterými pracovníci zařízení nakládají. Konečně pokud jde o pracovníky zařízení, měla by existovat jasná pravidla, pokud jde o požadavky na jejich kvalifikaci, vzdělání a vzdělávání.

SPECIFIKA PROCESNÍHO PRÁVA V SOUVISLOSTI S OCHRANOU DĚTÍ

Příručka OSN obsahuje několik doporučení pro oblast procesního práva. Nejvýznamnější jsou: požadavek na včasné a rychlé řízení a podpora zrychleného řízení ve věcech domácího násilí; možnost účastníka řízení -

²⁸ Perry, A., Rainey, B.: Supervised, Supported and Indirect Contact Orders: Research Findings. *Int J Law Policy Family* (2007) 21 (1), s. 21 a násl

²⁹ Sheenan, G., Carson, R., Fehlberg, B. et. al.: Divergent Expectation and Experience: An Empirical Study of the Use Children's Contact Services in Australia. cit. výše, pozn. č. 27, s. 277.

³⁰ Sheenan, G., Carson, R., Fehlberg, B. et. al.: Children's Contact Services: Expectation and Experience. 2005, s. 39 a násl. Dostupné z [http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/\(03995EABC73F94816C2AF4AA2645824B\)~Contact+Services+Report6+June+20051.pdf/\\$file/Contact+Services+Report6+June+20051.pdf](http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/(03995EABC73F94816C2AF4AA2645824B)~Contact+Services+Report6+June+20051.pdf/$file/Contact+Services+Report6+June+20051.pdf) [cit. 17. 11. 2010].

³¹ Supervised Visitation Network. SVN Standards Task Force and the Standards and Guidelines Committee. *Standards for Supervised Visitation Practice*. 2006, Dostupné z http://www.afccnet.org/pdfs/Supervised_Visitation_Network-Standards%20Final%207-14-06.pdf [cit. 17. 11. 2010].

oběti - neúčastnit se jednání ve věci; v případě účasti na jednání možnost účastníka nebo svědka vystupovat způsobem umožňujícím zabránit přímému setkání s pachatelem domácího násilí.³²

Podle čl. 12 bulharského zákona o ochraně před domácím násilím má být jednání ve věci ochranného rozkazu nařízeno nejpozději do třiceti dnů od podání návrhu na jeho vydání.

Zatímco v oblasti trestního řízení existují v zahraničí možnosti, jak zajistit výslech oběti domácího násilí bez nutnosti setkání s pachatelem,³³ v oblasti civilního procesu tomu tak zpravidla není.

ZÁVĚREM

Není pochyb o tom, že v oblasti ochrany obětí domácího násilí došlo v České republice během posledních dvaceti let k významným změnám. Přesto existují oblasti, ve kterých nacházíme prostor ke změnám k lepšímu. Autor tohoto příspěvku má za to, že v oblasti ochrany dětí v rámci soukromého práva lze především zefektivnit spolupráci soudů a soudců v rámci civilní i trestněprávní agendy spojené s domácím násilím; vyjasnit zákonná pravidla ve věcech úpravy styku a péče o děti rodičů, kteří jsou pachateli domácího násilí; vyjasnit postavení zařízení poskytujících služby v souvislosti se stykem dětí a rodičů - pachatelů domácího násilí; zavést specifický institut k ochraně obětí domácího násilí a jejich dětí, kterým by bylo možno uložit pachateli konkrétní omezení a povinnosti; zajistit zrychlený postup soudů ve všech věcech spojených s domácím násilím.

Příspěvek nabídnul základní přehled způsobů řešení, které v těchto oblastech existují v rámci zahraničních právních úprav. Uvedené zahraniční zkušenosti mohou posloužit jako výchozí model pro regulaci problematických aspektů soukromoprávní ochrany dětí před domácím násilím v České republice.

Literature:

- Albertson Fineman, M.: Domestic Violence, Custody, and Visitation. Family Law Quarterly, 2002, Vol. 36, No. 1

³² United Nations: Handbook for Legislation on Violence against Women, cit. výše, pozn. č. 3, s. 38-41.

³³ K tomu srov. německý Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen (ZSHG)

- Bastard, B.: Different Approaches to Post-Divorce Family Relationships. In Dewar, J., Parker, S. (eds.): *Family Law: Processes, Practices, Pressures*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 200
- Čírtková, L.: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. *Právo a rodina*, 2007, č. 9
- Chowdhury, F.D.: Dowry, Women, and Law in Bangladesh. *Int J Law Policy Family* (2010) 24 (2)
- Králíčková, Z.: Civilněprávní postih domácího násilí - úvahy de lege ferenda (zejména nad sněmovním tiskem č. 828), *Acta iuridica olomucensis*, Vol. 1, 2005, No 2
- Marvánová-Vargová, B., Pokorná, D., Toufarová, M.: *Partnerské násilí*. Praha: LINDE nakladatelství, s.r.o., 2008, ISBN: 978-80-86131-76-4
- Perry, A., Rainey, B.: Supervised, Supported and Indirect Contact Orders: Research Findings. *Int J Law Policy Family* (2007) 21 (1)
- Summers, R.W., Hoffman, A.M. (eds.): *Domestic Violence - A Global View*. Greenwood Pub. Group, 2001, ISBN: 978-0313311642
- Sack, E.: *Creating a Domestic Violence Court: Guidelines and Best Practices*. Family Violence Prevention Fund, 2002
- Sheenan, G., Carson, R., Fehlberg, B. et. al.: Divergent Expectation and Experience: An Empirical Study of the Use Children's Contact Services in Australia. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, Vol. 21, No. 3
- Sheenan, G., Carson, R., Fehlberg, B. et. al.: *Children's Contact Services: Expectation and Experience*. 2005
- Tutty, L. et al.: *Supervised Visitation and Exchange Centres for Domestic Violence: An Environmental Scan*. 2006
- United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Division for the Advancement of Women: *Handbook for Legislation on Violence against Women*. New York: United Nations, 2010, ISBN: 978-92-1-130290-5

- Vargová, B.: Svěřování dítěte do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí, Praha : Právo a rodina, 2006, roč. 8, č. 2
- Weithorn, L.A.: Protecting Children from Exposure to Domestic Violence: The Use and Abuse of Child Maltreatment Statutes. Hastings Law Journal, Vol. 53, No. 1, November 2001

Contact – email

mkornel@seznam.cz

DOMÁCÍ TABU

DANIELA KOVÁŘOVÁ

Justiční akademie v Kroměříži, Kroměříž, Česká republika

Key words in original language

Tabu; rodinná; rodina.

Key words

Taboo; home; family.

1. CO JE TO DOMOV?

Domov je místo, kam se vracíme, kde jsme sami sebou. Domov je naše útočiště, naše ochrana, naše spása. Doma se obklopujeme věcmi, které máme rádi, a sníme o tom, že jej budou s námi sdílet naši nejbližší.

Ale je tomu skutečně tak? Je opravdu vždycky domov tím nejbezpečnějším místem?

S lítostí konstatuji, že nikoli. Koneckonců stačí pročíst si statistiky dětských úrazů, z nichž vyplyne, že nejvíce vážně zraněných malých dětí dojde k úrazu právě doma, v nejdylitější hodině – v neděli po obědě a v kruhu svých nejbližších.

Domov nás formuje více, než si přejeme, více než přiznáváme a než je komukoli z nás milé. I když mnozí z nás z domova zejména v pubertě a brzy po ní utíkají, i když každý měl někdy na jazyku větu: Takhle to já nikdy dělat nebudu!, přesto nejčastěji opakujeme vzorce chování, které jsme zažili jako děti doma, kterých jsme byli svědky a které se nám samotným, jako dětem v bezpečí domova staly.

O domácích tabu se příliš nemluví. Situaci tak vystihují následující věty:

Co oči nevidí, to srdce nebolí! Co tě nepálí, nehas! Co by tomu řekli lidi! A co se doma uvaří, to se taky sní.

Zadáme-li pojem „domov“ do vyhledávače googlu, vypadnou nejčastěji restaurace, časopisy a domovy důstojného stáří. Jako by jiných synonym pro domov ani nebylo.

2. OCHRANA DOMOVA

Kde vlastně najdeme ochranu domova? Paradoxně zákonem dokážeme chránit kdekoho – obviněné trestním řádem, pachatele před lynčováním, menšiny před většinami, zaměstnance před zaměstnavateli. Přitom

zapomínáme, co všechno se děje v rodině, za co se stydíme, co potlačujeme a o čem nemluvíme.

Základním problémem je definice normálního, běžného chování. Co je vlastně normální? Kde takový popis najdeme? Je normální to, co dělá většina? Co jsme viděli doma? O čem si přečteme v knížkách nebo co vidíme ve filmech? Anebo co chceme, po čem toužíme a o čem sníme?

Stačí se podívat za hranice nebo do rodin národnostních menšin a zjistíme, že co je pro nás střeoevropany nepřijatelné, je v jiných komunitách běžné, ba dokonce vyžadované. Jako příklad může sloužit hlasitá výměna názorů v italské rodině, úcta k matkám rodu na Sicílii, dohodnutá manželství a kasty v Indii nebo omezená práva žen v islámských zemích.

K těmto složitostem nutno připočíst otázky existenciální a obavy, které nás zejména s přibývajícím věkem nutí vyhýbat se samotě a akceptovat soužití s jinou osobou za každou cenu, jen abychom nebyli sami. Strach z konce, ze smrti a ze samoty nás tak přimějí, abychom souhlasili s takovými formami soužití, které by pro nás za mladších let či za jiné situace nebyly přijatelné. Přesto mnozí z nás různé formy domácího tabu z tohoto důvodu snášejí.

3. DOMÁCÍ TABU

Jaká jsou domácí tabu a proč o nich nehovoříme?

a. mezi manžely:

Nejčastěji se týkají sexu, úklidu, vaření a domácích povinností. Jak často, jak dlouho, jak vůbec a jakým způsobem, kdo a kdy má co v domácnosti dělat, konat či strpět. Slouží k psychickému i fyzickému vydírání a týrání, k manipulaci uvozené slovy: „Je obecně známo, že...“ nebo „Všichni ostatní to dělají tak...“ event. „Neměla bys...“. Další „obecné pravdy“ souvisejí s požadavky na péči o děti, úklid apod. „Každá správná hospodyňka zavařuje!“ nebo „Kdybys byl chlap, tak bys to dokázal opravit.“

Zvláštní oblastí je finanční hospodaření, neboť i ve velmi šťastných manželstvích si manželé velmi často zatajují výši svých příjmů, přívýdělků, či minimálně výdajů. O manipulaci, které se obvykle jeden z páru dopouští, aby přiměl toho více vydělávajícího k rodinnému vydání, ani nemluvě: „Koupila jsem to ve slevě!“

Nebezpečím je pomalý postup spojený s pozvolnou degradací sebevědomí („Za jeho chování si můžu sama.“). S poklesem sebevědomí se pojí stud a pocity ponížení, přesvědčení o nemožnosti řešit situaci a odejít a současně neschopností být sám.

Výjimkou nejsou patologické projevy žárlivosti, které vyústí v omezování osobní svobody („Nepřeju si, abys šla na sraz spolužáků.“ Nebo „To další pivo si prostě už nedáš!!!“) nebo dokonce nebezpečné pronásledování (stalking) zvláště poté, co se závislá osoba rozhodne vztah ukončit a odejít. Výjimečně tyto projevy končí i fyzickým atakem nebo zabitím, ev. vyprovokují druhou stranu k pokusu o sebevraždu.

Co by mohlo tuto situaci zlepšit? Dobrým prostředkem je vzdělání, informovanost vůbec, zvyšování sebevědomí a samostatnost. Pomáhá také popularizace případů známých osobností. V oblasti sexuálních tabu pak více než v oblastech ostatních povědomí o tom, že neexistuje jeden návod na šťastné manželství ani fungování vztahu, a přijatelné a možné je vše, co vyhovuje oběma. Pro potřebné pak by měly fungovat a existovat pomocné sítě schopné reagovat na všechny životní situace.

Nebezpečím je sklon k závislosti. I po osvobození z jednoho nerovnoměrného svazku máme totiž tendenci vybírat si stejné typy partnerů, takže agresor i oběť opakují zažitý model chování i v dalších vztazích.

b. mezi rodiči a dětmi:

Zneužití dominance rodičů je v těchto případech zvláště patrné. Problematika týraných dětí bude podrobně rozebírána v diskusních příspěvcích ostatních přítomných, proto se omezím na další tabu mimo oblast působnosti trestního práva. Pro tento účel jen konstatujeme důsledek narušení rodinných vztahů, i budoucích vztahů dítěte, citová deprivace, nevratné změny jeho v nedospělé psychice. Paradoxem je tzv. Stockholmský syndrom, neboť i týrané děti obvykle touží ze všeho nejvíc vrátit se ke svým týrajícím rodičům.

Jedním z novodobých tabu je lhostejnost a nezájem rodičů o děti. Zejména v posledních deseti letech lze vidět rodiče schopné zahltit děti statky, penězi, aktivitami a koníčky či aspoň posadit dítě k televizi nebo k počítači, jen aby dalo pokoj a nechalo rodiče v klidu, jen aby se jim rodič nemusel věnovat.

Je tedy otázkou, zda není tato forma chování pro děti nakonec horší než fyzické tresty. Dítě potřebuje řád a pravidla, aby se v životě naučilo orientovat. Přemíra svobody pro něj není odměnou, ale danajským darem, s nímž mnohé děti neumějí zacházet.

Třetí oblastí tabu v rodině jsou vztahy mezi sourozenci. Sourozenecká rivalita pod pláštíkem rodiny mnohdy umožní nevratné duševní poškození jednoho sourozence druhým.

Velkou roli při nápravě mohou sehrát spolužáci, sousedé, a příbuzní, pokud jeví o dítě a vztahy v rodině zájem.

c. prarodiče:

Třetím tabu je přístup ke starým lidem, kteří jsou někdy omezeni v pohybu či v somatickém zdravotním stavu a někdy nejsou schopni se s aktuální situací kolem sebe vypořádat mentálně. Svět, tak jak jej znali, skončil, a ne vždy tomu novému rozumějí. Situaci zhoršuje i rychlost, kterou nabírá vývoj, neboť informace i věci každodenní spotřeby se kompletně obměňují každé tři roky. Dnešní svět obdivuje rychlost, mládí, krásu a nové informace, tedy to, co obvykle starší člověk není schopen zachytit, vstřebat ani realizovat a mnohdy i vnímat.

K existenciálním problémům odlidštěného světa se přidává majetková nedostatečnost a izolace od společnosti. Problém bývá někdy vyhocen za situace, kdy rodiče daroval veškerý svůj majetek dětem a stal se na tak nic naprosto závislým.

Sama společnost někdy vyšší věkové kategorie dehonestuje, například pokud k některým právním úkonům starších lidí vyžaduje doprovod či asistenci mladšího člověka.

V rámci objektivitu je třeba říci, že péče o staré lidi není jednoduchá a tito mnohdy svým nekompromisním přístupem tyranizují okolí a nedovolí svým vlastním dětem rozhodovat o jejich životě nebo dospět. Naopak mladí mají pocit, že mohou s osobami staršími jednat jako s nesvéprávnými.

Doporučení ke zlepšení stávajícího stavu opět vede přes komunikace a vzájemné seznámení obou stran s problémy toho druhého. Bohužel dnešní doba nepřeje velkým rodinám, v nichž by společně žilo několik generací. Mladší ročníky tedy nemají příliš mnoho příležitosti, jak se seznámit s výhodami, klady i potřebami stáří. Naopak vyšším ročníkům může jednoznačně pomoci všímavost a neustálá práce s mozkem.

4. ZÁVĚR

Základní postuláty pro pomoc výše uvedeným skupinám lze definovat a nejlepší způsobem je tabu demaskovat, odkrývat, vysvětlovat příčiny a náznaky, z nichž pokračující lhostejností vyroste velký problém. Základní postuláty jsou trojí:

Mluvme! Publikujme případy, hovořme s oběťmi i agresory.

Vzdělávejme! Zvedejme sebevědomí, naučme rozpoznávat agresora.

Pomáhejme! Pomáhejme obětem, aby nespadly do nové závislosti. Rezervy nalezneme na například straně policie či nevládních organizací.

Neříkejme: mně by se to nestalo! Neodsuzujme! Neopovrhujme!

Stát se to totiž může každému z nás.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

Contact – email

dkovarova@akademie.justice.cz

MASS MEDIA AND DOMESTIC VIOLENCE

VERONIKA KOZLOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Zamyšlení nad rolí masových médií ve společnosti v souvislosti s domácím násilím. Vliv médií na veřejné mínění a na postoj veřejnosti k domácímu násilí. Výhody a nevýhody zveřejňování kauz domácího násilí v masových sdělovacích prostředcích.

Key words in original language

Domácí násilí; masová média.

Abstract

Reflection about role of mass media in society in relation to domestic violence. Influence of media on public opinion and on attitude of public toward domestic violence. Advantages and disadvantages of publishing domestic violence cases in mass media.

Key words

Domestic violence; mass media.

Vliv masových médií na společnost

V tomto příspěvku bych se ráda zamyslela nad normotvorným potenciálem masových médií. Nad způsobem prezentace kauz domácího násilí, a toho, jaký dopad taková prezentace na společnost může mít.

Je zřejmé, že masová média ovlivňují naše vnímání, náš přístup k tématům, která zdůrazňují, náš názor. Jsou součástí našeho života, útočí na tři nejdůležitější lidské smysly. Reklamy i předvolební boje pracují s masmédií právě v přesvědčení, že je možné ovlivnit konzumenty těchto médií ke svému prospěchu.

Mediálně populární kauzy mají schopnost zažehnout celospolečenské diskuze o nutnosti změn formálních právních norem. Někdy přímo takovou změnu způsobí. Stačí připomenout nedávný případ „školního střelce“, který zasáhl celé Německo a vedl ke zcela vážným diskuzím o změně zákona o zbraních nebo zákazu paintballu (venkovní hra imitující bojovou akci se střelbou). Pro příklady ale nemusíme chodit za hranice, stačí si vybavit reakci společnosti na každé pokousání dětí psy tzv. bojových plemen. Ačkoliv oproti jiným příčinám (nemoci, autonehody, úrazy doma) je tímto způsobem zraněno - či zabito - zanedbatelné procento dětí v naší republice, vždy se volá po vytvoření zákona, který by chov bojových plemen reguloval. Masmédia výrazně častěji informují o těchto tragických

událostech, než například o úmrtích na silnicích. Zatímco při smrtelné autonehodě suše konstatují, že zemřelo jedno dítě ve věku jedenácti let, při napadení dítěte psem je zdůrazněno, že se jednalo o holčičku, která měla ráda malování, byla jedináčkem a její rodiče se událost psychicky neunesli. Naopak majitelka psů se k události vyjadřovat nechce. Tato konkretizace události vyvolává v čtenáři (posluchači/divákovi) pocit mnohem větší empatie.

Masmédia tak pracují s emocemi, které tímto způsobem vyvolají. Každá podobná událost je opět podrobně popsána a prezentována přednostně, tak jak to daná forma masového sdělovacího prostředku umožňuje. Konzument získává pocit, že k podobným událostem dochází příliš často a je třeba situaci dále řešit. Stanley Cohen¹ tuto situaci označuje pojmem morální panika. Právě tato morální panika může narůst až do rozměrů materiálního pramene práva. V každém případě má vliv na právní prostředí, a ať již přímo, či nepřímo, se podílí na změně objektivního práva.

Zkusme tedy aplikovat tuto hypotézu na kauzy domácího násilí. Pokud by masmédia dokázala působit na vznik, zánik nebo změnu formálních právních předpisů, stává se z nich zbraň, kterou lze v boji proti domácímu násilí legálně použít. Musíme se ale ptát: Jak ji použít? Jak neminout cíl a nezpůsobit škody? A jak je účinná?

1) Jak používat masmédia v boji proti domácímu násilí?

Největší užitek masmediální kauzy nesou, zabývají-li se tématem všechna masmédia. Tedy televizní i rozhlasové vysílání, tisk a na významu nabývající internetová média. Až na výjimky (např. genocida ve Rwandě) je potřeba, aby spolu masmédia spolupracovala a k tématu se vyjadřovala společně. Aby se masmédia zabývala ve stejnou dobu stejnou kauzou, je třeba, aby taková kauza byla zajímavá, tzn. byla přitažlivá pro konzumenty. Domácí násilí bylo dlouhou dobu tabuizované téma, o kterém se nemluvalo, natož aby se o něm psalo. Obzvláště případy týrání svěřené osoby, především dětí, jsou proto dnes přitažlivé. Informace ale musí být podána tak, aby se do ní konzument vžil, aby s ní emočně souzněl. Jak už bylo naznačeno výše, nekonkrétní informace o spáchání trestného činu nezanechá příliš velkou stopu. Stejně tak, jako je třeba, aby např. žádost o předběžné opatření ve věci domácího násilí obsahovala co nejvíce podrobností - konkrétní činy násilné osoby, konkrétní nadávky, způsob použití násilí a psychologického nátlaku - je třeba i konzumentům masmedií předkládat reálné příběhy. Schopnost soucítit s utrpením druhého se tak výrazně zvyšuje a tím vzrůstá potřeba společnosti angažovat se v podobných situacích. Konkretizace případu je velmi podstatnou podmínkou, jak ukazuje i

¹ Stanley Cohen: *Folk devils and moral panics*, London: McGibbon and Kee, 1972

následující text týkající se výzkumu Paula Slovice z University of Oregon²: „Psychologové obvykle předpokládají, že se nám při vyšších počtech obětí snižuje rozlišovací schopnost. Slovic svým nejnovějším výzkumem dokládá, že je to ještě horší, že hluboko v lidské psychice je nejspíš uložený přepínač, který nám velí ignorovat větší objemy lidského neštěstí. Slovic navazuje na izraelskou studii publikovanou v roce 2005, ve které dobrovolníci řešili svůj vztah k experimentálním fotografiím. První z nich zachycovala skupinu osmi dětí naléhavě potřebujících lékařskou péči v ceně 300 000 dolarů. Na jiné fotografii bylo jedno jediné dítě, jemuž bylo možné pomoci stejnou částkou 300 000 dolarů. Pokusné osoby by překvapivě mnohem ochotněji darovaly uvedenou částku jednomu dítěti. V případě osmičlenné skupinky dětí sklon k charitě u dobrovolníků dramaticky poklesl.“

Na druhou stranu opakování kauz, s konkrétními oběťmi, vykreslené konkrétními událostmi, má na změnu postoje společnosti spíše pozitivní vliv. Udržuje společenskou diskuzi živou.

Samozřejmostí je vhodný způsob prezentace kauz po formální stránce (velikost článku, umístění článku, velikost a znění nadpisu, místo v televizním vysílání atd.), což se neliší od jiné PR prezentace.

Z uvedeného je zřejmé, že se ocitáme v morálním dilematu. Můžeme pro dobro společnosti zveřejnit záběry týraného dítěte? Taková konkretizace by jistě způsobila soucit širší společnosti. Ale na druhou stranu by zcela jistě poškodila ono dítě, v tomto případě nevinnou oběť. Může si humánní společnost dovolit takovýto krok? A převáží užitek nad újmou, která by byla způsobena?

2) Jak nezpůsobit masmediálními kauzami škody?

Jak již bylo zmíněno výše, je zřejmé, že každé zveřejnění případu, který se týká tak citlivého tématu, jakým domácí násilí je, je částečně kontraproduktivní. Domácí násilí, a obzvláště pak ve vztahu k dětem, je podobně jako například znásilnění, jednání, u kterého je třeba postupovat obzvláště citlivě. Přílišná medializace může mít větší dopad na psychiku oběti, než samotné domácí násilí. Masmédia by proto měla o podrobnostech v případech domácího násilí postupovat pouze se souhlasem oběti (což jim také ukládá tzv. náhubkový zákon, viz. dále). Ochrana osobnosti je ještě zesílena v případě nezletilých dětí. De lege lata není možné zveřejňovat fotografie poškozených dětí, jejich jména ani další informace, které by mohly vést k jejich konkretizaci. Čímž je chráněna osobnost dítěte, na druhou stranu společnosti se případy domácího násilí ve vztahu k dětem,

² Mihulka, Stanislav: Genocida jako důsledek poklesu zájmu s růstem objemu neštěstí, in *Objective source e-learning*, vydáno 23.2.2007, [citováno 19-11-2010], dostupné z <http://www.osel.cz/index.php?clanek=2476>

odcizují, depersonalizují. Tento nesoulad potřeb společnosti a jednotlivce je třeba vyvažovat a udržet na přijatelné hraně pro obě strany.

Masmédia mohou ale způsobit i jiné škody, které se mohou dotknout společnosti. Hlavním smyslem zveřejňování kauz domácího násilí by mělo být informování veřejnosti o celospolečenském problému a agitace za změnu přístupu společnosti k podobným událostem. Tedy pozitivní ovlivnění konzumentů masmédií. Masová média ale mohou minout cíl a způsobit přesný opak. Často jsou například viněna z toho, že přílišná medializace některých událostí motivuje další pachatele ke spáchání stejného činu. Bývají obviňovány právě ve spojitosti se školními střelci. Dávají návod k určitému chování. Podrobnosti, které o případech zveřejňují, umožňují pachatelům přípravu činu a vyvarování se chyb svých předchůdců. Jako příklad z poslední doby lze uvést i kauzu opakovaných masových vražd dětí v mateřských školkách, které se odehrávaly v Číně. V této souvislosti byla masmédia doslova vyzvána k tomu, aby o případu neinformovala v takové míře a byla obviněna z vytváření paniky a podněcování k dalším, podobným, činům.

Tato úskalí zveřejňování případů nesmí být ignorována a masmédia i orgány činné v problematice domácího násilí (neziskové organizace, Policie, OSPOD a další) by s těmito riziky měly operovat.

3) Jak jsou masová média účinná v boji proti domácímu násilí?

Je zřejmé, že masová média sehrála jistou roli v boji proti domácímu násilí, o který se česká společnost již léta snaží. Úpravě právních norem, které dnes více chrání oběti domácího násilí, předcházela změna přístupu společnosti k problematice domácího násilí. Toto téma již není tabuizované, jako před lety, kdy bylo chápáno jako problém rodiny, nikoliv společnosti. Naopak je masmédií často nadužíváno, spojováno s životy celebrit. Odborníci v praxi se víceméně shodují, že masová média skutečně pomohla k tomu, aby se oběti o svých problémech nebály mluvit a uměly je řešit. Na druhou stranu větší význam jim nepřikládají.

Případem, na kterém je vliv masmédií asi nejlépe zřetelný, je tzv. kuřimská kauza. Tento velmi nespécifický případ týrání svěžené osoby byl mediálně velmi přitažlivý. Zahrnoval týrání, sexuální zneužívání, náboženskou sektu, zmizení dítěte, změnu identity a velmi propletený soupis podezřelých osob. Téměř rok plnil osud dvou bratrů stránky tisku a obrazovky televizí a počítačů. Zřejmě žádný případ týrání dětí nebyl tak pečlivě pozorován a popisován, jako právě ten kuřimský. V této situaci ale masmédia zcela opomněla na proporcionalitu mezi zájmem společnosti a zájmem obětí, týraných dětí. Masmédia zveřejnila dokonce i fotografii právě týraného chlapce (byť retušovanou). Veřejnost znala jména obětí i místo jejich aktuálního pobytu. Když chlapci odjeli na pobyt k moři, celá republika s tím byla seznámena. Masmédia byla tlačena vzájemnou konkurencí a nebyvalým zájmem o kauzu ze strany svých konzumentů.

Pomiňme nyní dopad takovéto medializace na oběti a zaměřme se pouze na dopad této důkladné mediální masáže na společnost. Dalo by se předpokládat, že takto emočně zabarvený případ bude mít pozitivní dopad na přístup k domácímu násilí. Že se lidé více zaměří na to, co se děje kolem nich, že vzroste počet odhalených případů týrání dětí.

Masová média ovšem bývají často i přeceňovaná, oslovené pracovnice neziskových organizací a intervenčního centra³, které se problematikou domácího násilí zabývají, se shodly, že kuřimská kauza neměla na počet jejich klientů/klientek vliv. Taktéž policejní statistiky z roku 2006, 2007, 2008 i 2009 vykazují téměř stejný počet případů trestného činu týrání svěřené osoby (kauza Kuřim byla zveřejněna v květnu 2007)⁴.

Na druhou stranu byl přijat tzv. náhubkový zákon (52/2009 Sb.), který masovým médiím podobnou prezentaci případu do budoucna znemožňuje. Sice je pravdou, že skutečné důvody jeho přijetí lze těžko vysledovat a mnoho kritiků tvrdí, že byly zcela jiné, než ochrana skutečných obětí trestných činů, ale lze předpokládat, že způsob prezentace kuřimské kauzy k přijetí tohoto zákona pomohl, či jej urychlil.

Co lze říci závěrem?

Není jistě vhodné masová média ignorovat, jejich potenciál je velmi silný a je pravděpodobné, že se ještě v budoucnu projeví. V současné době se začínají navíc plně rozvíjet internetová média, která navíc nejsou tolik svázána objektivním právem a je možné, že jejich vliv časem převáží nad vlivem „klasických“ masmédií. Právě tato média jsou vhodným prostředím pro prezentaci preventivních programů proti domácímu násilí. Zvláště, uvážíme-li, že jejich konzumenty jsou často mladí lidé a dokonce i děti, které klasická masmédia zatím nesledují. Je tak možné na ně působit již v raném věku a také pomoci odhalit některé případy týrání.

Na druhou stranu ani masmédia nejsou všemohoucí a mohou manipulovat svými konzumenty jen do určité míry. Jak ukázala kauza Kuřim, dokonce ani důkladná prezentace zcela konkrétního případu, nemusí způsobit reálné změny ve společnosti. Naopak dopad na oběti, jejichž osudy se stávají věcí veřejnou, je zcela jistě nepříznivý.

³ osobně a telefonicky za o.p.s. Spondea D. Úlehlová, za nadaci Naše dítě Z. Baudyšová, za Fond ohrožených dětí E. Janíčková

⁴ Informační systém Policie ČR, [citováno 19-11-2010], dostupné z <http://www.policie.cz/web-informacni-servis-statistiky.aspx>

Literature:

- Stanley Cohen: Folk devils and moral panics, London: McGibbon and Kee, 1972
- Mihulka, Stanislav: Genocida jako důsledek poklesu zájmu s růstem objemu neštěstí, in Objective source e-learning, vydáno 23.2.2007, [citováno 19-11-2010], dostupné z <http://www.osel.cz/index.php?clanek=2476>

Contact – email

veronika.kozlova@email.cz

DETI AKO OBETE DOMÁCEHO NÁSILIA

DANKA KNÁPKOVÁ - MARCELA TÓTHOVÁ

Ústav verejného práva, Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Slovensko

Abstrakt

V predkladanom článku sa zaoberáme kriminologickým pohľadom na deti ako obeť domáceho násillia. Po teoretickej stránke sa venujeme jednotlivým formám domáceho násillia na deťoch. Postupne charakterizujeme telesné a psychické týranie detí, sexuálne násillie voči deťom a taktiež aj zanedbávanie detí. Analyzujeme trestnoprávne možnosti postihovania domáceho násillia na deťoch a uvádzame niekoľko úvah de lege ferenda.

Kľúčové slová

Domáce násillie; formy domáceho násillia na deťoch; telesné týranie; psychické týranie; sexuálne násillie; zanedbávanie; trestnoprávne možnosti postihovania násillia na deťoch.

Abstract

The present article deals with the criminological view of children as victims of domestic violence. The theory we will look at various forms of domestic violence on children. Gradually, we characterize the physical and psychological abuse of children, sexual violence against children and also neglect. We analyze the possibility of criminal prosecution of domestic violence on children and are a few considerations de lege ferenda.

Key words

Domestic violence; forms of violence; physical abuse; psychological abuse; sexual violence; neglect; criminal sanction violence against children.

1. DETI AKO OBETE NÁSILIA V RODINE

Násillie v rodine sa dotýka tých najužších vzťahov a preniká do všetkých úrovní rodinného systému. V literatúre sa stretávame s mnohými typmi násillia v rodine v závislosti od podoby a postavenia zúčastnených osôb v rodine. Niektorí autori však tieto formy násillia za domáce násillie v pravom slova zmysle nepovažujú, nakoľko za domáce násillie považujú len násillie medzi manželmi resp. medzi partnermi, druhom a družkou. V predloženom článku vychádzame zo širšieho poňatia domáceho násillia, ktoré zahŕňa nie len násillie medzi manželmi, partnermi, druhom a družkou, ale aj iné formy násillia páchaného medzi členmi jednej domácnosti. V nich sa odrážajú predovšetkým určité vývojové aspekty a tiež medzigeneračné súvislosti. V tomto smere rozlišujeme:

- *násillie na deťoch* – syndróm týraného, zanedbávaného a sexuálne zneužívaného dieťaťa CAN (oficiálne štatistiky uvádzajú, že táto forma

násilia sa dotýka približne 4% detí, no podľa odborníkov je tento počet podstatne a to až dvojnásobne vyšší),

- *násilie partnerov (manželov, registrovaných partnerov) voči sebe navzájom* – násilie na ženách a menej často násilie na mužoch (syndróm týranej ženy 90%, násilie na mužoch 1%, pritom uvedené nízke % je odôvodňované tým, že muži o tomto probléme veľmi nehovoria, nakoľko sa hanbia priznať si týranie zo strany vlastnej partnerky, manželky; najčastejšie ide v ich prípade o psychické týranie a týranie sexuálne),
- *násilie detí voči rodičom, spravidla násilie na starých ľuďoch* (približne až 4-5% starých ľudí sa dotýka týranie v rodinách),
- *násilie voči členom rodiny, ktorí sú zdravotne postihnutí*, bez ohľadu na to, či ide o fyzické alebo mentálne postihnutie.

Úlohy prenasledovateľa a jeho obeť v každom z uvedených vzťahov sú navzájom prepojené a nie je možné predstaviť si jednu bez druhej. Počas ľudského života však môže dôjsť k vystriedaniu týchto úloh a to tak, že týrané dieťa sa môže v dospelosti stať tyranom svojich rodičov.

Obeťou je väčšinou jedinec, ktorý má nejakú nevýhodu alebo nedostatok v porovnaní s páchatelom, je napríklad mladší, slabší, menej zrelý, neskúsenejší. Bez ohľadu na to, každej z obetí by mala byť poskytnutá adekvátna pomoc zo strany lekárov i orgánov činných v trestnom konaní, psychológov, susedov, kolegov, známych, ktorí nesmú ostať voči prejavom domáceho násilia nevšímaví. Každý má právo žiť slobodne, bez strachu z násilia a nikto tiež žiadny prejav násilia nie je povinný tolerovať.

Každý z uvedených druhov domáceho násilia možno rozdeliť na aktívnu a pasívnu formu. Pri aktívnom týraní alebo zneužívaní ide o násilné činy alebo konanie v telesnom, psychickom alebo pohlavnom zmysle, pričom konkrétne aktivity sú nasmerované voči obeť s cieľom ublížiť jej. Pri pasívnej forme ide o zanedbávanie, ktoré možno považovať za násilné len v metaforickom zmysle, pretože sa v tomto prípade nevyužíva telesná sila, napriek tomu však môže pasívne týranie, alebo zneužívanie spôsobiť telesnú, alebo duševnú ujmu, resp. môže byť príčinou fyzického aj psychologického zranenia. Obete domáceho násilia sú pritom len málokedy vystavené iba jednej forme týrania či zneužívania. Napríklad fyzickému týraniu a sexuálnemu zneužívaniu často predchádza a sprevádza ho duševné a citové týranie. Prejavuje sa od slovných útokov a hrozieb až po uzamykanie dieťaťa alebo staršieho závislého člena rodiny do miestnosti a odopieranie odpočinku, stravy, spánku či odevu.

Z hľadiska fenomenológie je teda násilie na deťoch len jednou z viacerých foriem domáceho násilia v širšom slova zmysle. Nepodceňujúc závažnosť a následky domáceho násilia na ženách, na mužoch alebo senioroch však

práve kategória detí vykazuje viacero osobitostí. Ide pritom o osobitosti vzťahujúce sa na vek a profil obeť, o osobitosti charakterizujúce profil typického násilníka a vo všeobecnej rovine ide aj o osobitosti týkajúce sa príčin a následkov tohto druhu domáceho násilia.

Domácemu násiliu páchanému na deťoch je v súčasnosti venovaná v našej spoločnosti veľká pozornosť. Tomu zodpovedá aj množstvo literatúry, ktorá je k dispozícii a ktorá po teoretickej stránke rieši teoretické problémy domáceho násilia na deťoch a snaží sa o poskytnutie metodík a praktických návrhov, pomocou ktorých by bolo možné zlepšiť aj reálnu situáciu. Napriek skutočnosti, že v našej spoločnosti je na národnej i nadnárodnej úrovni jednoznačne deklarovaná požiadavka boja s domácim násilím a teda aj s násilím páchaným na deťoch, praktická stránka tohto problému ostáva veľmi náročná z dôvodu vysokej latencie domáceho násilia, v súvislosti s problémami v otázkach jeho postihovania a značným komplikáciám, ktoré sa vzťahujú aj na oblasť dokazovania domáceho násilia.

Podľa štatistických údajov je pre deti rodina pomerne nebezpečným prostredím, čo je odôvodnené ich pozíciou slabšieho voči dospelému a závislosťou na ňom. Zneužívanie a týranie sa vyskytuje z hľadiska štruktúry spoločnosti prakticky vo všetkých spoločenských vrstvách. Vyšší výskyt sa spája s chudobou a s nízkym stupňom vzdelania rodičov, dospelých členov domácnosti. Z psychologického hľadiska sa považujú za rizikové faktory, ktoré sa týkajú vzťahov v rodine, štruktúry rodiny (úplnosť), vzťahov rodičov k deťom (či rodičia deti chceli alebo nie, či sa dieťa nepodobá niekomu, koho rodičia nemajú radi), telesných alebo osobnostných charakteristík, ktoré komplikujú starostlivosť o dieťa. Ďalšia skupina rizikových faktorov sa vzťahuje na rodičov, ich závislosť od alkoholu, drog, osobnostných vlastností ako napríklad agresivita.

Dôsledky zneužívania, týrania a zanedbávania detí v rodinách mávajú dlhodobý charakter. Nemusia sa prejaviť u každého týraného dieťaťa, ale môžu sa prejaviť aj u detí, ktoré boli len svedkami týrania, hoci samé o sebe terčom útoku neboli. Liečenie dôsledkov je obvykle komplikované, avšak je nevyhnutné. Deti, ktoré boli priamo obeťami domáceho násilia alebo boli len svedkami domáceho násilia majú v staršom deťom veku (približne od 10 do 14 resp. 15 rokov veku) väčšie sklony ku kriminálnemu správaniu. Tieto problémy sa prenášajú kontinuálne do všetkých úrovní dospelého veku. Mnohé zo zneužívaných detí majú teda problémy nie len v neskoršom období, ale taktiež aj v dospelosti. Tieto problémy sa môžu prejavovať v partnerských vzťahoch a v manželstve (jedinci zneužívaní v detstve bývajú zneužívaní aj svojimi partnermi v dospelosti), a tiež v rodičovských vzťahoch (u detí, ktoré boli zneužívané, je zvýšená pravdepodobnosť, že sa budú správať zle voči svojim deťom). Podľa prof. Hrušákovvej ide o syndróm opakovanej voľby, ktorého podstata spočíva v tom, že týrané a zneužívané deti v neskoršom veku používajú rovnaké formy správania vo

vzťahu k vlastným deťom. Je tomu tak z dôvodu, že deti v podstate predstavujú najzraniteľnejšiu a najovplyvniteľnejšiu obeť domáceho násilia.

Z pohľadu dieťaťa ako obeť domáceho násilia možno okrem fyzického týrania hovoriť aj o poškodzovaní dieťaťa psychickým týraním, sexuálnym zneužívaním, zanedbávaním starostlivosti alebo dokonca citovou depriváciou. Dieťa, ktoré sa stane obeťou takéhoto zlého zaobchádzania, je často najmladším dieťaťom v rodine, ktoré jeho rodičia vidia ako určitým spôsobom zvláštne, s určitým typom fyzického či mentálneho postihnutia, dieťa dráždivé alebo dieťa s odlišným temperamentom ako majú jeho rodičia. O psychickom násilí vo vzťahu k dieťaťu a teda celkovo o domácom násilí hovoríme aj v súvislosti s pojmom agresia¹. Agresia nemusí byť síce cielená priamo na dieťa, ale môže sa prejavovať medzi rodičmi navzájom, no následky utrpených tráum sa môžu vo vývoji dieťaťa prejavovať rôznymi spôsobmi. Reakcia dieťaťa je podmienená vekom, fázou vývoja, predchádzajúcimi skúsenosťami, jeho adaptačnými schopnosťami a obrannými mechanizmami, ktoré ku zvládnutiu psychickej traumy používa. Emocionálne prežívanie dieťaťa je spojené s pocitmi bezmocnosti, straty opory a ochrany, s pocitmi hanby a poníženia, so zúfalstvom a úzkosťou. Charakteristickým znakom tejto traumy je, že postupom času nemizne a neoslabuje sa.

Transgeneračný prenos detskej skúsenosti z týrania, zneužívania alebo zanedbávania sa môže prejaviť hlavne v dospelosti vo vlastnej rodičovskej úlohe. Je známe, že ľudia, s ktorými sa počas detstva zle zaobchádzalo, opakujú rovnaké vzory správania sa vo vzťahu k svojim deťom (syndróm opakovanej voľby), rovnako ako rodičia, ktorí boli ako deti týraní a ktorí sa stávajú obeťami týrania zo strany vlastných detí.²

Deti, ktoré sú obeťami šikany sa javia ako precitlivené, bojzlivé a nedokážu svoj strach skrývať. Typické je, že nevedia reagovať na konfliktné situácie, v ktorých namiesto toho, aby sa bránili podliehajú panike, zmätujú, strácajú istotu a sebavedomie. Zvyčajne ide o jedincov, ktorí sú telesne slabší a fyzicky menej zdatní ako agresor, avšak nie vždy je to podmienkou. Do pozície obeť sa môže dostať aj dostatočne silné dieťa, ktoré sa však nedokáže vzoprieť posmeškom.

Typickejším scenárom je, že obeťou sa stane dieťa, ktoré je nejakým spôsobom iné, či už v pozitívnom alebo negatívnom zmysle, má nejaký psychický alebo fyzický handicap, stojí mimo skupinu. Z telesných handicapov sa najčastejšie ako príčina šikany vyskytuje obezita,

¹ Bližšie pozri Knápková, D.: Obete domáceho násilia. Dizertačná práca. Bratislava, Právnická fakulta, Bratislavská vysoká škola práva, 2009, s. 6 - 23

² Bartošová, J.: Miesto nebezpečnejší než náměstí? Hospodářské noviny, 2004, č. 240, s. 11

neobratnosť, telesné postihnutie, následky úrazov a operácií ako sú jazvy, zhoršená pohyblivosť, deformácie. Z psychických vlastností ide najčastejšie o poruchy pozornosti, hyperaktivitu, poruchy učenia, prípadne mentálna zaostalosť. Nezriedka sa stáva, že dieťa s takýmito vlastnosťami nenájde podporu, pochopenie a ochranu ani u pedagóga, pretože sa nespráva vzorne, je nedisciplinované, vyrušuje a podobne.

U detí trpiacich mentálnou zaostalosťou existuje veľké riziko, že bude proti nim použitá ich zvýšená sugestibilita a zlá orientácia v sociálnych situáciách a vzťahoch. Najmä v poslednej dobe sa dôvodom na šikanovanie stáva nízky sociálny a ekonomický status rodiny, z ktorej obeť pochádza.

Deti ako obeť domáceho násillia môžeme podľa Kolára rozdeliť do štyroch skupín, ktoré sa však môžu do istej miery vzájomne prelínať:

- obeť slabé, s psychickým alebo telesným handicapom,
- obeť silné a náhodné – ide o deti, ktoré sa stanú obeťami náhodou, ale nie sú ochotné sa s touto pozíciou zmieriť a aj napriek opakovaným útokom sa im časom môže podariť ubrániť sa. Druhým, horším variantom je, že násillie sa môže v podobe pomsty stupňovať,
- obeť deviantné a nekonformné,
- šikanovaní žiaci so životným scenárom obeť – ide o deti, ktoré sú nápadne ustráchané, citlivé, mierumilovné a neschopné brániť sa.

Nezriedka sa stáva, že obeť je zároveň aj agresorom. Ide o deti, ktoré provokujú ostatných, ubližujú im a potom sa nechávajú zbiť. Väčšinou sú to jedinci s chudobnými citovými väzbami, ktorí sa snažia týmto spôsobom kompenzovať si nedostatočné zaradenie do kolektívu. Agresorov, ktorí im ubližujú pri riešení šikany často označujú ako svojich najlepších kamarátov. U tejto skupiny obeť je podľa výskumov Glovera, Gougha, Johnsona, Cartwrighta až trikrát vyššia miera neistoty a štyrikrát častejší pocit vlastnej nedostatočnosti ako v iných skupinách. Rovnako je podstatne (až štyrikrát) pravdepodobnejšie ako v iných skupinách, vrátane skupiny agresorov, ktorí nie sú súčasne obeťami, že tzv. agresívne obeť budú veriť tomu, že tí, čo sú šikanovaní si to zaslúžia. Na druhej strane je až štyrikrát pravdepodobnejšie, že budú ľutovať toho, že ubližovali druhým. Kopányová a Matula vo svojich výskumoch zistili, že agresívne obeť sú deti v skupine veľmi neoblíbené a zvyčajne ide o deti nadmerne provokujúce s výrazne sebakresadzujúcim sa správaním.

Zvláštnou skupinou obeť šikanovania sú tzv. „odpadlíci“. Ide o deti, ktoré boli z nejakého dôvodu vylúčené zo skupiny, ktorej boli členmi. V niektorých prípadoch ide iba o dočasnú situáciu a všetko sa vyrieši postupne samé, avšak sú prípady, kedy je situácia veľmi vážna. Stáva sa tak

predovšetkým vtedy, ak ide o nejakú formu pomsty skupiny voči jej bývalému členovi. Príčinou zmeny správania skupiny voči niektorému z jej členov sa môže stať previnenie člena voči normám a pravidlám skupiny, snaha o prevzatie vedúceho postavenia v skupine, ale aj chuť skupinu z nejakého dôvodu opustiť, či pripojiť sa k inej, konkurenčnej skupine.

2. FORMY DOMÁCEHO NÁSILIA PÁCHANÉHO NA DEŤOCH

K najtypickejším formám domáceho násilia na deťoch zaradujeme:

- telesné týranie detí,
- psychické týranie detí,
- sexuálne násilie na deťoch a
- zanedbávanie.

Telesné týranie detí:

Telesné týranie detí v rodinnom prostredí z hľadiska možných následkov ohrozuje samotnú fyzickú existenciu obeť z dôvodu závažných telesných poranení a poškodení. Na základe vonkajších prejavov následkov tohto druhu týrania je často podstatne lepšie rozpoznateľné ako iné formy týrania.

Telesnému týraniu detí je v teoretickej rovine venovaná značná pozornosť. Viacerí autori pri definovaní tejto formy domáceho násilia kladú dôraz na správanie páchatel'a, iní naopak vychádzajú z dopadu násilného správania sa na dieťa.

Definícia CAN (syndróm týraného a zneužívaného dieťaťa) Zdravotnej komisie Rady Európy z roku 1992 definuje telesné týranie ako „telesné ublíženie dieťaťa, alebo nezabránenie ublíženiu alebo utrpeniu dieťaťa, vrátane úmyselného otrávenia alebo udusenía dieťaťa a to tam, kde je určitá znalosť či dôvodné podozrenie, že zranenie bolo spôsobené alebo mu vedome nebolo zabránené.

Z viktimologického hľadiska je možné do fyzického týrania zaradiť rôzne kožné poškodenia a poškodenia sliznice dieťaťa, stratu vlasov po vytrhaní, poškodenia tkanív, poškodenie kostí, rôzne poškodenia vnútorných orgánov, poškodenie mozgu a tiež poškodenia nervovej sústavy. Zaradujeme sem aj poškodenia genitálií pri sexuálnom zneužívaní, ktoré však nemusí mať nevyhnutne telesné dôsledky.

Menej tradičný prístup Gellesa a Strausa sa zakladá na rozlišovaní dvoch dimenzií násilia v rodine – násilie expresívne a inštrumentálne a násilie

legitímne a nelegitímne. Expresívne týranie zahŕňa fyzické týranie, ktoré slúži k redukcii úrovne tenzie páchatel'a a má akúsi očistnú kvalitu pre páchatel'a. Obsahuje navyše aj zámer poškodiť obeť. Inštrumentálne násilie je používané ako prostriedok na dosahovanie požadovaných reakcií zo strany druhých ľudí napr. vynucovanie si disciplíny. Legitímne násilie je spoločnosťou schvaľované alebo povolené, avšak pri prekročení istej miery sa z neho stáva násilie nelegitímne.

Jedným z aktuálnych problémov spoločnosti je rodičovské správanie, ktoré fyzické týranie spôsobuje, a ktoré k nemu vedie. Týrajúce rodičovské správanie je považované za poruchu, v rámci ktorej jedna reakcia (týranie) je vybraná a uprednostnená pred druhou (dohovor).

Mnohé teórie, ktoré nahliadajú na fyzické týranie ako na konštrukciu odlišných (nenormálnych) reakcií rodičov predpokladajú, že takéto správanie nie je súčasťou normálneho rodičovstva. V takýchto modeloch potom fyzické trestanie a fyzické týranie sú dva odlišné spôsoby správania sa rodiča k dieťaťu. Procesy vedúce k fyzickému týraniu sú obvykle založené na traume rodičov, často na traume nevyriešenej.

Žiadny jednoduchý faktor neobjasňuje, prečo dochádza k fyzickému týraniu v rodine. Pri výskumoch fyzického týrania je dôraz kladený na skúmanie jednotlivých charakteristík rodičov, detí a prostredia, ktoré zvyšuje pravdepodobnosť výskytu fyzického týrania v rodine.

Najčastejšie skúmané charakteristiky páchatel'a spájané s fyzickým týraním vychádzajú zo socializačných faktorov – demografické ukazovatele, zneužívanie a týranie v detstve, biologické faktory – neurologické a neurofyziologické charakteristiky, fyziologická reaktivita, telesné a zdravotné problémy, kognitívne a emočné faktory, sebahodnotenie a sila ega, schopnosť sebakontroly, hodnotenie správania dieťaťa, životný stres a životné problémy, interakcia rodič – dieťa, stratégia výchovy. Zo štatistických údajov však možno konštatovať, že žiadny stály typ poruchy osobnosti alebo dokonca osobnostný rys nebol medzi týrajúcimi rodičmi dokumentovaný. Taktiež sa ďalej zistilo, že fyzicky týrané sú predovšetkým deti, ktoré sú rodičmi vnímané ako neprijateľné kvôli rôznym handicapom, či už fyzickým alebo psychickým, alebo aj kvôli problematickému výraznému temperamentu. Ide o deti, ktoré rodičom spôsobujú nejaké problémy a nepríjemnosti či stresy. Nebol však identifikovaný žiadny jednotný osobnostný rys, ktorý by odlišoval deti týrané od detí netýraných. Je potrebné upozorniť na bludný kruh, ktorý vzniká neadekvátnymi reakciami rodičov na správanie sa detí, ktorým môžu zámerne alebo aj nezámerné provokovať a týmito reakciami sú spätne znova nepriaznivé reakcie na deti. Z faktorov prostredia, ktoré sú rizikové z hľadiska vzniku fyzického týrania, sú zvažované predovšetkým stres v živote rodičov, miera násillia v spoločnosti a podobne.

V súvislosti s fyzickým týraním je potrebné upozorniť na prístupy, ktoré fyzické týranie skúmajú v súvislosti s fyzickým trestaním detí. Fyzické trestanie možno definovať ako povolený fyzický útok na dieťa. Fyzické trestanie v sebe potom obsahuje násilie, ktorým je pôsobené na dieťa, aby bolo poslušné a prispôbovalo sa. Predpokladá, že účinky fyzického trestania ovplyvňujú pravdepodobnosť budúceho využitia fyzického trestania až deti samé dospejú do úlohy rodičov. Fyzickým trestaním je možné docieľiť krátkodobé zosúladenie, prispôbenie, z dlhodobého hľadiska však zvyšuje pravdepodobnosť deviácie, vrátane delikvencie v dospievaní a násilné správanie vnútri rodiny alebo mimo nej v dospelom veku. Fyzické trestanie môže spôsobiť zmeny osobnosti, znižuje sebavedomie, býva spojené s poruchami správania sa. Fyzické násilie používané v rodine proti dieťaťu, je väčšinou len jednou z foriem násilia, ktoré je v rodine realizované. Často tam, kde dochádza k fyzickému týraniu dieťaťa, býva napádaný aj jeden z rodičov, ktorý s použitím násilia nesúhlasí. Dôsledok fyzických trestov je potrebné zvažovať i vzhľadom na celkovú rodinnú klímu, v ktorej dieťa žije. Ďalej, či je trestanie spravodlivé alebo nespravodlivé a do akej miery je trest, ktorý sa uplatňuje prísny. Je pravdepodobné, že prísny a spravodlivý trest bude mať iné účinky a dopady v rodine ako tresty opačného charakteru. Primerané a spravodlivé tresty tiež majú iný výchovný dopad v rodine s vrelou emočnou klímou, ako v rodinách, kde vládne celkové nedorozumenie a citový chlad.

Psychické týranie detí

Najväčšie prekážky pri definovaní tohto javu ako jednej z foriem domáceho násilia všeobecne spočívajú v tom, že psychické týranie:

- nezanecháva telesné, viditeľné poranenia,
- vyskytuje sa v rámci nedbalostného konania rovnako ako pri konaní úmyselnom,
- vyskytuje sa spolu s väčšinou ostatných druhov týrania,
- obvykle je vyjadrené určitými štruktúrami správania sa ako jednotlivou epizódou a v dôsledku toho sa musí naň nahliadať z časového hľadiska.

Definícia CAN Zdravotnej komisie Rady Európy z roku 1992 definuje psychické týranie ako citové týranie, ktoré v sebe zahŕňa správanie, ktoré má vážny negatívny vplyv na citový vývoj dieťaťa a vývoj jeho správania sa. Citové týranie môže mať formu verbálnych útokov na sebavedomie dieťaťa, opakované ponižovanie dieťaťa či jeho zavrhovanie. Vystavovanie dieťaťa násiliu alebo vážnym konfliktom doma, násilná izolácia, obmedzovanie dieťaťa, vyvolávanie situácie, kedy dieťa má skoro stále pocit strachu môže tiež spôsobiť citové ublíženie.

V definícii psychického týrania od Garbarina sa uvádza, že psychické týranie je koncentrovaný útok dospelého jedinca na psychický vývoj dieťaťa, ktorý sa týka jeho „ja“ (self) a jeho sociálnych schopností. Ide o súbor psychicky deštruktívneho správania, ktoré má päť foriem – zamietnutie, izolácia, terorizácia, ignorovanie a korupcia. Niektorí autori pripájajú aj vykorisťovanie, ponižovanie, zlú socializáciu a odopieranie emočných vzťahov. Dunovský dopĺňa ešte vystavovanie konfliktom v rodine, navádzanie, neprimeraná kontrola a sledovanie, ale taktiež aj spôsobovanie strachu.

Za psychické týranie môže byť vo všeobecnej rovine podľa Daliganovej považované každé správanie, ktoré pravdepodobne spôsobuje trvalé poškodenie alebo neustále poškodzovanie sebahodnotenia jedinca.

Psychické týranie možno diferencovať na týranie aktívne a týranie pasívne. Aktívne týranie predstavuje používanie interpersonálnych techník zo strany poškodzovateľov, ktoré dezintegrujú osobnosť. Psychické týranie pasívne, ktoré je možné zaradiť tiež k zanedbávaniu, vedie primárne k psychickej deprivácii dieťaťa.

Následkom pasívneho psychického týrania je citová zanedbanosť prejavujúca sa zníženou schopnosťou nadviazať emocionálny kontakt, intelektová zanedbanosť alebo poruchy sociálneho vývoja. Následkom aktívneho psychického týrania môže byť nie len porucha psychického a sociálneho vývoja, ktorá sa môže prejavovať citovou plochosťou, neurotickými symptómami, delikvenciou, ale i dezintegráciou osobnosti, prípadne až vznikom závažného psychického ochorenia.

Martinková uvedené formy týrania dopĺňa aj o verbálne týranie – slovná agresia, slovný útok. Ide o komunikáciu smerujúcu k spôsobeniu a spôsobovaniu psychickej bolesti inej osobe alebo o komunikáciu takto vnímanú. Táto komunikácia môže byť aktívna alebo pasívna, prípadne ju možno členiť na verbálnu (nadávanie, urážanie) a nonverbálnu (ticho, neverbálne techniky). Čím viac rodičia voči dieťaťu používajú verbálnu agresiu, tým je väčší predpoklad, že dieťa bude viac fyzicky agresívne a bude mať interpersonálne problémy. Verbálna agresia rodičov vedie k bezprostrednej regulácii správania sa dieťaťa, avšak pri jej častom opakovaní vznikajú u dieťaťa pocity zloby a nenávisť, súčasne dochádza k poškodzovaniu sebahodnotenia a sebadôvery. Opakované verbálne agresie rodičov môžu u dieťaťa z dlhodobého pohľadu problémové správanie skôr vyvolávať, ako ho tmiť. Dieťa sa súčasne naučí tomuto spôsobu správania (vzorcu správania sa) a s veľkou pravdepodobnosťou ho bude používať v rodine, ktorú samo založí a vo vzťahu, ktorý vytvorí.

Sexuálne násilie na det'och

Sexuálne násilie, ktoré je v literatúre veľmi často nazývané tiež pohlavným zneužívaním, je vzhľadom na svoju povahu a charakter vyčleňované ako

samostatná forma násilia voči deťom, hoci je možné ho subsumovať pod týranie fyzické a býva často sprevádzané týraním psychickým.

Definícia CAN Zdravotnej komisie Rady Európy z roku 1992 definuje pohlavné zneužívanie ako nepatričné vystavenie dieťaťa pohlavnému kontaktu, činnosti či správaniu. Zahŕňa akékoľvek pohlavné dotýkanie, styk či vykorisťovanie kýmkoľvek, komu bolo dieťa zverené do starostlivosti alebo kýmkoľvek, kto dieťa zneužíva. Takouto osobou môže byť rodič, príbuzný, priateľ, odborný či dobrovoľný pracovník či cudzia osoba. Pohlavné zneužívanie sa delí na bezdotykové a dotykové; bezdotykové zneužívanie zahŕňa napríklad stretnutie s exhibicionistami a účasť na sexuálnych aktivitách, kde nedochádza k žiadnemu telesnému kontaktu, napr. vystavovanie dieťaťa pornografickým videozáznamom. Kontaktné zneužívanie je také, kde dochádza k pohlavnému kontaktu, vrátane dotýkania sa pohlavných orgánov, zahŕňa pohlavný, orálny i análny styk.

Podľa Russela je možné pohlavné zneužívanie vymedziť ako situáciu, kedy sú deti používané na priame fyzické uspokojovanie sexuálnych potrieb dospelých. Toto správanie dospelých je definované ako sexuálna stimulácia nevhodná z hľadiska veku dieťaťa, z hľadiska psychosexuálneho a aj z hľadiska jeho úlohy v rodine.

V rámci pohlavného zneužívania môžu byť vyčlenené nasledujúce kategórie správania, ktoré naznačujú variabilitu tohto javu, od najjemnejšieho manipulovania s dieťaťom až k najhrubšiemu násiliu aplikovanému na dieťaťu. Tieto kategórie môžu byť vzťahované na správanie dospelých jedincov oboch pohlaví. Môže ísť o:

- *rafinované pohlavné zneužívanie* – neobsahuje donucovanie, môže a nemusí zahŕňať sexuálny kontakt. Slúži na uspokojovanie potrieb emocionálnych či sexuálnych dospelých jedincov na účet emocionálneho vývoja potrieb dieťaťa. Napríklad dieťa dospelého masíruje, spí s ním v jednej posteli. Toto správanie je ťažké presne definovať, vymedzenie sa odvíja od kultúrne podmienených potrieb dieťaťa.
- *perverzné pohlavné zneužívanie* je správanie, ktoré je zamerané na zoslabenie a poníženie sexuality dieťaťa. Často býva doplnené týraním emocionálnym. Konkrétne môže ísť o vyhrážanie sa dieťaťu, že sa z neho stane homosexuálny jedinec, kritiku sexuálneho vývoja dieťaťa a pod.
- *zjavné pohlavné zneužívanie* predstavuje zjavný sexuálny kontakt medzi dospelým a dieťaťom. Zahŕňa pokusy o sexuálny styk, rôzne dotyky na intímnych miestach dieťaťa cez šaty i bez nich, milenecké bozky, objímanie, priame vystavovanie dieťaťa sexuálnym aktivitám dospelých. Zahŕňa niektoré formy donútenia alebo vydierania zo strachu pred prezradením. Ide o priamy pokus o uspokojenie sexuálnej potreby prostredníctvom dieťaťa a môže sa spájať s ostatnými formami týrania.

- *sadistické pohlavné zneužívanie* je správanie zamerané na zranenie dieťaťa. Sexuálne uspokojenie dospelého jedinca sa odvíja od úmyselného poškodenia dieťaťa, od túžby ublížiť mu.

Výskumy preukázali, že všetky formy pohlavného zneužívania dieťaťa sa môžu významne podieľať na deformácii normálneho psychosexuálneho vývoja jedinca a to od možného vzniku psychických chorôb, až k traumatickým posunom v oblasti citových a erotických hodnôt a k predčasnej erotizácii. Dieťa sa môže naučiť to, že za sex sa dajú získať darčeky a rôzne iné výhody, čo môže viesť k oslabeniu pocitu vlastnej dôstojnosti a zneváženie vlastnej sexuálnej identity, čo vedie až k počiatkom prostitúcie.

Za páchatel'ov pohlavného zneužívania detí bývajú označovaní najčastejšie mladí muži, avšak niektoré výskumy naznačujú, že zneužívanie ženami a mužmi v staršom veku nie je až tak mizivé ako sa predpokladalo. V štúdiu od Grotha bolo preukázané, že u jednej tretiny sledovaných mužov, ktorí sa dopustili trestného činu znásilnenia alebo sexuálne obťažovali deti, bola preukázaná závažná sexuálna trauma v rannom detstve.

Zanedbávanie

Pasívnou formou týrania je zanedbávanie vo všetkých uvedených typoch. Definícia CAN Zdravotnej komisie Rady Európy z roku 1992 definuje zanedbávanie ako akýkoľvek nedostatok starostlivosti, ktorý spôsobuje vážnu ujmu vo vývoji dieťaťa alebo ohrozuje dieťa.

Telesné zanedbávanie je chápané ako neuspokojovanie telesných potrieb dieťaťa. To zahŕňa neposkytovanie primeranej výživy, oblečenia, zdravotnej starostlivosti a ochrany pred zlom a škodlivými vplyvmi.

Citové zanedbávanie je neuspokojovanie citových potrieb dieťaťa a to pokiaľ sa týka náklonnosti i pocitu dieťaťa, že niekam patrí.

Zanedbávanie výchovy a vzdelávania je chápané ako neposkytovanie možnosti, aby dieťa dosiahlo naplnenie svojho plného vzdelanostného potenciálu a to napríklad neustálou absenciou v škole, detskou prácou v domácnosti i mimo nej. Takáto ujma intelektuálnemu rozvoju dieťaťa (zanedbávaním, nedostatkom stimulácie, zranením) má ďalšie dôsledky: zaostávanie a invaliditu.

3. TRESTNOPRÁVNE MOŽNOSTI POSTIHOVANIA DOMÁCEHO NÁSILIA NA DEŤOCH

V súvislosti s trestnoprávnymi možnosťami postihovania jednotlivých foriem domáceho násillia páchaného na deťoch je potrebné vychádzať

z aktuálnej trestnoprávnej úpravy, ktorá je obsiahnutá v (druhej) osobitnej časti Trestného zákona, zákona č. 300/2005 Z.z. v znení neskorších právnych predpisov („v ďalšom texte len „TZ“). Práve v tejto časti sú totiž podľa druhového objektu systematicky usporiadané jednotlivé skutkové podstaty trestných činov do dvanástich hláv. Zmena štruktúry osobitnej časti TZ, ktorá nastala po rekodifikácii trestného práva v Slovenskej republike, odráža význam a dôležitosť jednotlivých objektov v súčasnej spoločnosti. V súlade s týmto kritériom boli do prvej hlavy osobitnej časti TZ začlenené trestné činy proti životu a zdraviu, za nimi trestné činy proti slobode a ľudskej dôstojnosti (II. hlava osobitnej časti TZ), trestné činy proti rodine (III. hlava osobitnej časti TZ), trestné činy proti majetku (IV. hlava osobitnej časti TZ) a podobne. Uvedenú systematiku osobitnej časti popisujeme zámerne z toho dôvodu, že jednotlivé formy domáceho násillia páchaného na deťoch by bolo možné subsumovať pod uvedené hlavy osobitnej časti TZ a riešiť ich týmto spôsobom. V súvislosti s fyzickým násillím prichádza do úvahy predovšetkým právna úprava I. hlavy osobitnej časti TZ, v súvislosti s psychickým násillím a so sexuálnym násillím možno uvažovať o právnej úprave II. hlavy osobitnej časti TZ a v súvislosti so zanedbávaním možno uvažovať o právnej úprave III. hlavy osobitnej časti TZ. O právnej úprave III. hlavy osobitnej časti však možno hovoriť aj v súvislosti so zvyšnými formami domáceho násillia páchaného na deťoch. Každá z uvedených hláv je teda významná a relevantná pri úvahách o možnostiach postihovania domáceho násillia páchaného na deťoch. Problematika domáceho násillia všeobecne je však teoreticky i aplikačne podstatne komplikovanejšia.

Je potrebné uvedomiť si a následne aj logicky zdôvodniť skutočnosť, že žiadna z dvanástich hláv osobitnej časti TZ neobsahuje skutkovú podstatu trestného činu domáceho násillia. Tento pojem pritom nie je definovaný ani vo všeobecnej časti TZ, čiže celkovo v ustanoveniach TZ absentuje. V tomto smere je potrebné mať na zreteli skutočnosť, že domáce násillie je z hľadiska foriem konaní veľmi rôznorodé, z hľadiska obsahu veľmi rozmanité a môže nadobúdať najrôznejšie podoby. Práve táto skutočnosť predstavuje najvýraznejšiu prekážku vytvorenia univerzálnej a jednotnej definície domáceho násillia ako takého a to nie len na národnej, ale aj na nadnárodnej úrovni.

Zásada *nullum crimen sine lege certa* odráža požiadavku určitosti trestnoprávnej normy. Ak má byť teda isté konanie považované za trestný čin, musí byť presne vymedzená nie len jeho objektívna stránka, ale aj ďalšie obligatórne znaky skutkovej podstaty. O exemplifikatívnom výpočte foriem konaní subsumovateľných pod pojem domáce násillie teda uvažovať nemožno. Na základe analógie v trestnom práve tiež nie je možné rozširovať podmienky trestnej zodpovednosti v neprospech páchatel'a (*nullum crimen sine lege stricta*). Taxatívne určenie hraníc domáceho násillia má však tiež svoje úskalia. Ak by sme do úvahy vzali užší taxatívny výpočet, niektoré formy konania, ktoré majú povahu i znaky domáceho násillia, by v

budúcnosti nebolo možné postihovať ako domáce násilie. Vzhľadom na popísanú systematiku osobitnej časti TZ by ich síce bolo možné postihovať prostredníctvom iných ustanovení osobitnej časti TZ, nie však ako domáce násilie a tým by sa zmysel skutkovej podstaty domáceho násillia strácal. Pri širokom taxatívnom definovaní skutkovej podstaty domáceho násillia by sme získali neúmerne dlhú a z hľadiska objektívnej stránky i objektu veľmi komplikovanú skutkovú podstatu, čo tiež nie je žiaduce. Celkovo však akékoľvek exaktné definovanie hraníc domáceho násillia pomocou foriem konania (užším či širším výpočtom) by viedlo k nežiaducemu ohraničeniu tohto pojmu.³ Ak by sa následne vyskytla istá forma konania, ktorá má znaky domáceho násillia, na základe uvedenej exaktnej definície by ju nebolo možné postihovať ako domáce násilie. Prípadne by tento jav viedol k opakovanej úprave skutkovej podstaty domáceho násillia formou novelizácie, čo by malo za dôsledok pokles právnej istoty. Okrem toho akákoľvek zmena aktuálnej právnej úpravy (nie len trestnoprávnej) vzhľadom na konkrétny prípad je výrazne na ujmu požiadavke, že právne predpisy majú mať všeobecný charakter t.j. že sa majú vzťahovať a majú zaväzovať neurčitý okruh adresátov.

Za najschodnejšiu cestu v tomto smere považujeme určenie taxatívneho výpočtu konaní, ktorý by mal byť doplnený o zovšeobecnené znaky konania chápaného ako domáce násilie. Pomocou nich by aj v budúcnosti mohlo byť konanie vykazujúce znaky domáceho násillia reálne postihované ako domáce násilie. Faktom však ostáva, že každou formou definovania domáceho násillia ako trestného činu by došlo len k znásobeniu už existujúcej právnej úpravy, ktorá je obsiahnutá v skutkových podstatách relevantných hláv osobitnej časti TZ. Jediným rozdielom by bolo zakotvenie znaku osobitného prostredia (resp. prostredí), v ktorom dochádza k naplneniu objektívnej stránky a znaku špecifickej úrovne vzťahov a príbuznosti osôb, medzi ktorými dochádza domácemu násilliu.

Ak by aj došlo ku skoncipovaniu skutkovej podstaty domáceho násillia, jej uvedenie do života by narazilo na vážny teoretický i aplikačný problém. Konkrétne z hľadiska systematiky osobitnej časti TZ by vznikol problém, pod ktorú hlavu túto skutkovú podstatu subsumovať, keďže zahŕňa nie len konania nasmerované proti ľudskému životu, zdraviu, slobode, ľudskej dôstojnosti, ale aj proti rodine. Alternatívnosť primárnych objektov ako aj objektívnych stránok by spôsobovala viaceré problémy. Ak by sme vzali do úvahy najdôležitejší chránený záujem (objekt) vystupujúci v uvedenej skutkovej podstate a dominujúci nad ostatnými, bolo by možné zaradiť skutkovú podstatu do I. hlavy osobitnej časti TZ. V konkrétnom prípade by však mohlo dôjsť k postihovaniu útokov na osobnú slobodu či ľudskú dôstojnosť prostredníctvom trestného činu proti životu a zdraviu. Došlo by

³ Tóthová, M.: Špecifiká odhaľovania korupcie. Prednáška na konferencii Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2010, Časť – Papiernička, 18. – 20. marec 2010

tak k zásadnému narušeniu systematiky osobitnej časti TZ, ktoré možno v zásade považovať za neprípustné. Vzhľadom na uvedené a stručne popísané skutočnosti sa v aktuálnych podmienkach javí definovanie skutkovej podstaty trestného činu domáceho násillia ako veľmi náročné, komplikované, ba dokonca až nemožné.

Z relevantných skutkových podstát zaradených do I. hlavy osobitnej časti, ktoré v prípade postihovania domáceho násillia páchaného na deťoch prichádzajú do úvahy je možné spomenúť predovšetkým trestný čin zabitia podľa § 147 a § 148 TZ, trestný čin usmrtenia podľa § 149 TZ, trestný čin ublíženlia na zdraví podľa § 155 až § 158 TZ. Ide o trestné činy, ktoré môžu byť spáchané v súvislosti s konaním, ktoré má charakter domáceho násillia, avšak s domácim násillím nemusia vôbec súvisieť. Konanie subsumovateľné pod domáce násillie je síce podľa nich možné postihovať, avšak v tomto prípade sa kladie dôraz na naplnenie všetkých formálnych znakov skutkovej podstaty. To, že k ich naplneniu došlo v rámci domáceho násillia je len jednou z okolností spáchania trestného činu, ktorá je však pre posudzovanie tohto konania ako trestného činu bezvýznamná. Všetky uvedené trestné činy v kvalifikovaných skutkových podstatách navyše postihujú páchatel'a, ktorý sa daného trestného činu dopustí na chránenej osobe⁴, avšak k takémuto konaniu opätovne môže a nemusí dôjsť v rámci domáceho násillia. Rovnako aj v tomto prípade platí, že pre posudzovanie konania je rozhodujúce naplnenie formálnych znakov trestného činu vrátane spáchania na chránenej osobe. Skutočnosť, že k naplneniu znakov skutkovej podstaty v rámci domáceho násillia je pre posúdenie konania irelevantná. Skutočnosť, že daný trestný čin bol spáchaný na chránenej osobe (podľa kvalifikovanej skutkovej podstaty) je okolnosťou, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby.

Rovnaký problém je pritom viditeľný aj pri relevantných trestných činoch zaradených do II. hlavy osobitnej časti TZ. Do úvahy v tomto prípade prichádza trestný čin obchodovania s deťmi podľa § 180 a § 181 TZ, trestný čin pozbavenia osobnej slobody podľa § 182 TZ, trestný čin obmedzenia osobnej slobody podľa § 183 TZ, trestný čin obmedzovania slobody pobytu podľa § 184 TZ, vydierania podľa § 189 TZ, obmedzovania slobody vyznania podľa § 193 TZ, trestný čin porušovania slobody združovania a zhromažďovania podľa § 195 TZ, ale aj skutkové podstaty trestných činov znásilnenia podľa § 199 TZ, sexuálneho násillia podľa § 200 TZ a tiež trestný čin sexuálneho zneužívania podľa § 201 a § 203 TZ. V každom z uvedených prípadov je náročné až nemožné určiť, či ku konkrétnemu trestnému činu došlo v súvislosti s konaním subsumovateľným pod pojem

⁴ Podľa § 139 ods. 1 TZ sa za chránenú osobu považuje dieťa, tehotná žena, blízka osoba, odkázaná osoba, osoba vyššieho veku, chorá osoba, osoba požívajúca ochranu podľa medzinárodného práva, verejný činiteľ alebo osoba, ktorá plní svoje povinnosti uložené na základe zákona, alebo svedok, znalec, tlmočník alebo prekladateľ. Ustanovenie odseku 1 sa nepoužije, ak trestný čin nebol spáchaný v súvislosti s postavením, stavom alebo vekom chránenej osoby.

domáce násilie alebo s domácim násilím vôbec nesúvisia. V kvalifikovaných skutkových podstatách je taktiež prísnejšie postihované rovnaké konanie, ktorého sa páchatel' dopustí na chránenej osobe.

V základných aj kvalifikovaných skutkových podstatách však absentuje akýkoľvek znak, ktorý by umožnil rozlišovať, kedy dochádza k naplneniu znakov konkrétneho trestného činu v rámci domáceho násillia a kedy nezávisle na ňom. Práve zakotvenie takéhoto znaku resp. znakov do základnej skutkovej podstaty by umožnilo postihovať rovnaké formy konania, ktoré však možno vzhľadom na naplnenie špecifického znaku resp. znakov subsumovať pod pojem domáce násillie. Jednoznačne by sa tak dalo určiť, kedy ide o trestný čin spáchaný v rámci domáceho násillia alebo nezávisle od neho. Uvedené znaky je možné doplniť jednak do už existujúcich skutkových podstát trestných činov v podobe *alternatívnych zákonných znakov*, alebo je tiež možné zaviesť popri pôvodných základných skutkových podstatách (resp. následne za nimi) ďalšiu základnú skutkovú podstatu daného trestného činu, ktorá by bola totožná s predošlou, no pre jej naplnenie by sa obligatórne vyžadovalo aj naplnenie nižšie uvedených alternatívnych znakov. Týmto alternatívnym zákonným znakom by mala byť špecifikácia miesta spáchania trestného činu (t.j. trestný čin spáchaný v súkromí, v spoločnom obydli a podobne) alebo úroveň spolužitia osôb (t.j. v rodine, v manželskom, partnerskom alebo intímnom vzťahu). Zmyslom prvého alternatívneho znaku, teda miesta spáchania trestného činu, je pokrytie trestných činov odohrávajúcich sa za zatvorenými dverami v súkromí osôb. Domáce násillie a jednotlivé jeho formy a prejavy však nie je možné viazať výhradne na spoločné obydlie, byt, dom či iný uzavretý priestor určený na obývanie. S domácim násilím, obzvlášť s jeho psychickou formou v podobe prenasledovania, sa stretávame aj na mnohých iných miestach. Táto forma domáceho násillia by bola pokrytá druhým z uvedených alternatívnych znakov a to znakom úrovne spolužitia osôb. Týmto skutkovým podstatám by bola, samozrejme, priradená aj trestná sadzba zodpovedajúca nebezpečnosti, vážnosti domáceho násillia a potrebe ochrany spoločnosti pred jeho jednotlivými formami rešpektujúc pritom všetky funkcie trestu. V zmysle uvedenej úvahy by bolo možné presne určiť, kedy ku konkrétnemu trestnému činu dochádza v rámci domáceho násillia a kedy nezávisle na ňom a zároveň priradiť ku konkrétnemu protiprávnemu konaniu konkrétnu trestnú sadzbu resp. jej rozpätie.

Na účely trestnoprávneho postihovania domáceho násillia páchaného nie len na deťoch je veľmi dôležitá právna úprava obsiahnutá v III. hlavne osobitnej časti TZ. Z pomedzi trestných činov možno v tejto súvislosti spomenúť najmä trestný čin zanedbania povinnej výživy podľa § 207 TZ, týrania blízkej a zverenej osoby podľa § 208 TZ a tiež trestný čin ohrozovania mravnej výchovy mládeže podľa § 211 TZ. Napriek tomu, že všetky uvedené trestné činy sú z pohľadu postihovania domáceho násillia významné, osobitná pozornosť sa venuje práve trestnému činu týrania blízkej a zverenej osoby podľa § 208 TZ. Ide totiž o jediný trestný čin,

ktorým je možné, ako to vyplýva už aj z názvu a následne z obsahu skutkovej podstaty, postihovať domáce násilie. Priamo v znení tejto skutkovej podstaty je dokonca zakotvený znak úrovne vzťahu medzi páchatel'om a hmotným predmetom útoku (poškodeným z trestného činu) a to tak, že vo vzťahu k páchatel'ovi ide o blízku osobu, zverenú osobu alebo osobu v jeho starostlivosti alebo vo výchove. Trestom odňatia slobody na tri až osem rokov je postihované konanie páchatel'a, ktorý spôsobuje hmotnému predmetu útoku fyzické alebo psychické utrpenie niektorou z uvedených foriem a to:

- „bitím, kopaním, údermi, spôsobením rán a popálenín rôzneho druhu, ponižovaním, pohŕdavým zaobchádzaním, neustálym sledovaním, vyhrážaním, vyvolávaním strachu alebo stresu, násilnou izoláciou, citovým vydieraním alebo iným správaním, ktoré ohrozuje jej fyzické alebo psychické zdravie alebo obmedzuje jej bezpečnosť,
- bezdôvodným odopieraním stravy, oddychu alebo spánku alebo odopieraním nevyhnutnej osobnej starostlivosti, ošatenia, hygieny, zdravotnej starostlivosti, bývania, výchovy alebo vzdelávania,
- nútením k žobrote alebo k opakovanému vykonávaniu činnosti vyžadujúcej jej neúmernú fyzickú záťaž alebo psychickú záťaž vzhľadom na jej vek alebo zdravotný stav alebo spôsobilej poškodiť jej zdravie,
- vystavovaním vplyvu látok spôsobilých poškodiť jej zdravie, alebo
- neodôvodneným obmedzovaním v prístupe k majetku, ktorý má právo užívať, potrestá sa odňatím slobody na tri roky až osem rokov.⁵

Podľa kvalifikovanej skutkovej podstaty (§ 208 ods. 2 TZ) sa pritom páchatel' postihne trestom odňatia slobody na sedem až pätnásť rokov, ak takýto trestný čin spácha a spôsobí ním ťažkú ujmu na zdraví alebo smrť, ak ho spácha z osobitného motívu, závažnejším spôsobom konania a aj vtedy, ak bol v predošlých dvadsiatich štyroch mesiacoch za rovnaké konanie odsúdený alebo prepustený z výkonu trestu odňatia slobody uloženého za tento trestný čin (konkrétne recidíva).

Trestom odňatia slobody na dvadsať päť rokov alebo doživotným trestom sa postihne konanie páchatel'a, ktorý tento trestný čin spácha a viacerým osobám takto spôsobí ťažkú ujmu na zdraví alebo spôsobí ich smrť.

Vzhľadom na konštrukciu uvedených skutkových podstat (základnej i dvoch kvalifikovaných) možno jednoznačne dospieť k záveru, že ide o formu

⁵ § 208 ods. 1 TZ

domáceho násilia. Podľa povahy konania, ktorým môže byť spôsobované fyzické či psychické utrpenie možno v rámci tejto skutkovej podstaty hovoriť o viacerých formách domáceho násilia. Pôjde o formy fyzického a psychického násilia. Šťasti takto možno postihnúť i zanedbávanie ako pasívnu formu týrania.

Postihovanie sexuálneho násilia na deťoch, prípadne komplexné postihovanie zanedbávania dieťaťa však touto skutkovou podstatou nemožno pokryť. V prípade sexuálneho násilia je potrebné čerpať z právnej úpravy obsiahnutej v II. diele II. hlavy osobitnej časti TZ. V prípade zanedbávania je možné do istej miery prihliadať na skutkovú podstatu trestného činu týrania blízkej a zverenej osoby, no na zreteli je potrebné mať i skutkovú podstatu ohrozovania mravnej výchovy mládeže. K sexuálnym trestným činom ako aj k ohrozovaniu mravnej výchovy mládeže však môže dochádzať v rámci domáceho násilia a tiež aj nezávisle na ňom. V tomto prípade platí rovnako, ako sme už vyššie uviedli, že tento problém by bolo možné vyriešiť doplnením skutkových podstat o zákonné alternatívne znaky, ktoré by špecifikovali miesto spáchania trestného činu (t.j. trestný čin spáchaný v súkromí, v spoločnom obydli a podobne) alebo úroveň spolužitia osôb (t.j. v rodine, v manželskom, partnerskom alebo intímnom vzťahu).

4. ZÁVER

Domáce násilie páchané na deťoch možno považovať za jednu z najzávažnejších foriem domáceho násilia. Napriek tomu, že nemožno znižovať dôležitosť a závažnosť zvyšných foriem domáceho násilia, je potrebné mať na zreteli osobitosti domáceho násilia na deťoch. Okrem miesta resp. priestoru, v (na) ktorom sa toto konanie odohráva, a ktoré je spoločné pre všetky formy domáceho násilia je potrebné vnímať osobitosti subjektov tohto vzťahu, úroveň ich mravnej či rozumovej vyspelosti, schopnosť čeliť tomuto konaniu a znášať jeho následky po fyzickej i psychickej stránke a aj smerom do budúcnosti.

Domáce násilie všeobecne možno považovať za jeden z najaktuálnejších problémov súčasnej spoločnosti. Nasvedčuje tomu aj množstvo aktivít na národnej i medzinárodnej úrovni, ktoré sú zamerané na prevenciu, odstránenie a minimalizáciu jednotlivých jeho foriem. Sú odrazom toho, že súčasná spoločnosť už domáce násilie nechápe len ako súkromný problém, ktorý sa odohráva za zatvorenými dverami, a ktorý sa verejnosti nedotýka. Násilie je však hlboko zakorenené v prirodzenej podstate človeka a navyše veľmi dlho bolo spoločnosťou ignorované a úmyselne prehliadané. Snaha o minimalizáciu a elimináciu domáceho násilia tak predstavuje vo väčšine prípadov len boj s veternými mlynmi. Proces odstraňovania a minimalizácie domáceho násilia je výrazne determinovaný legislatívnou úrovňou ochrany a postihovania, ktorá ešte v mnohých aspektoch nie je doriešená a ani

ideálna. Nájdenie správneho smeru v týchto otázkach sa však javí tiež ako značne komplikované a názory naň sa rôznia. Okrem legislatívnej úrovne tu významnú úlohu zohráva aj laická i odborná verejnosť. Len na základe celospoločenských odborných i laických aktivít, v ktorých sa premieta odmietnutie, intolerancia domáceho násillia, jeho nebezpečnosť a vysoká aktuálnosť, je možné do budúcnosti očakávať kvalitné výsledky. A to aj z pohľadu posilňovania účinnosti a efektívnosti právnej úpravy postihovania domáceho násillia vo všetkých jeho formách.

Literatúra:

- Jelínek, J.:K trestněprávnímu postihu domácího násillí. Kriminalistika, roč. 38, 2005.
- Kacafírková, M.: Domáci násillí. In: Trestní právo č. 5/2002.
- Knápková, D.: Domáce násillie. Dizertačná práca. Bratislava, 2009.
- Tóthová, M.: Špecifiká odhaľovania korupcie. Prednáška na konferencii Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2010, Časť – Papiernička, 18. – 20. marec 2010.
- Trestný zákon, zákon č. 300/2005 Z.z. v znení neskorších právnych predpisov.

Kontakt – email

danka.knapkova@uninova.sk, marcela.tothova@centrum.sk

PRÁVO PROTI DOMÁCÍMU NÁSILÍ NA PRAHU 21. STOLETÍ

ZDEŇKA KRÁLÍČKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Cílem příspěvku je uvedení do meziodvětvové problematiky právní ochrany před domácím násilím ve světle vývoje právní úpravy v Česku a na Slovensku a evropské lidskoprávní dimenze.

Předznamenejme, že zákonodárství proti domácím násilím se vyvíjí poměrně pozvolna. Žel, nelze hovořit o komplexnosti přístupu: efektivní soukromoprávní ustanovení proti domácím násilím stále chybí. Také zdůrazníme, že zákonodárci se nejprve vyhýbali výstižnému pojmu domácí násilí. Později začal tento pojem používat, nicméně nikoli důsledně.

Zvláštní pozornost je v příspěvku věnována postavení a právům dítěte. Je všeobecně známo, že dítě bývá velmi často svědkem či přímou obětí domácího násilí. Je proto alarmující, že český ani slovenský zákonodárci doposud na tento negativní fenomén výslovně nereagovali. Zákon o rodině ani občanský zákoník neobsahují ustanovení, která by dítěti garantovala důstojnou ochranu, např. v souvislosti s vykázaním či rozvodem manželství jeho rodičů. Praxe nicméně hledá nové, alternativní přístupy k věci, např. aplikuje tzv. asistovaný styk dítěte s rodičem, který se dopouští domácího násilí na druhém rodiči. Nepředvídatelnost a nejednotnost soudních rozhodnutí však nepřispívá k jistotě nikoho.

Žel, jde-li o rekonstrukci základních pramenů rodinného práva ve světle evropských kontinentálních tradic a tendencí dalšího vývoje, o právech dítěte ve vazbě na domácí násilí není nikde ani zmínky. Závěrečné řádky příspěvku budou proto věnovány problematice *de lege ferenda*.

Autorka předpokládá, že další účastníci konference se zaměří na dílčí, aktuální problémy spojené s domácím násilím, a to jak v Česku, tak na Slovensku.

Key words in original language

Domácí násilí; lidskoprávní dimenze; vykázaní; dítě; přímá či nepřímá oběť; řízený styk; zákaz styku s násilným rodičem; rekonstrukce občanského zákoníku.

Abstract

The aim of this paper is focus on multi-branch issue of legal protection against domestic violence in the light of the development of legislation in the Czech Republic and the Slovak Republic and its European human rights dimension.

Let' state that the law against domestic violence is developing relatively slowly. Unfortunately, we can not talk about the complexity of the approach: efficient private provision against domestic violence is still missing. We want also to point out that the law maker avoided at the beginning to define domestic violence and to use the term of itself. Later on, one could see the term domestic violence in laws, but not consistently. Particular attention is paid in this contribution to the position and rights of the child. It is well known that the child is very often witness or direct victims of domestic violence. It is therefore alarming that the Czech and Slovak legislators have not so far reacted to this negative phenomenon. Neither Act on the Family, nor Civil Code contain provisions that guarantee a dignified child protection, eg in connection with the expulsion from the family house or divorce of his or her parents. The practice, however, look for new, alternative approaches to the issues such as applying the so-called assisted child's contact with the parent who committed domestic violence against the other parent. Unpredictability and inconsistency of court decisions is not conducive to the security of anyone.

Unfortunately, within the process of re-codification of the basic sources of family law in the light of the European continental traditions and trends of further development, the child and his or her rights in relation to domestic violence is not mention anywhere. The final lines of the contribution will therefore be devoted to designed law.

The author assumes that the other participants of the conference will focus on particular and current issues related to domestic violence, both in the Czech and the Slovak Republic.

Key words

Domestic violence; human rights dimension; expulsion; the child; direct or non-direct victim; assisted/controlled contact; prohibited contact with the violent parent; recodification of Civil Code.

1. ÚVOD

Jak již bylo naznačeno v abstraktu, cílem příspěvku je uvedení do meziodvětvové problematiky právní ochrany před domácím násilím ve

světle vývoje právní úpravy v České republice a na Slovensku a její evropské lidskoprávní dimenze.¹

Domácí násilí je celosvětový problém. Právní řády různých zemí přistupují k tomuto socio-patologickému jevu rozdílně: od bagatelizace až po komplexní právní úpravu.²

Jde-li o Českou republiku, zákonodárství proti domácímu násilí se vyvíjí poměrně pozvolna.³ Žel, nelze hovořit o komplexnosti přístupu: efektivní soukromoprávní ustanovení proti domácímu násilí stále chybí,⁴ postavení dítěte jako přímé či nepřímé oběti domácího násilí je řešeno jen okrajově zákonem o sociálně-právní ochraně dětí. Zdůrazněme, že zákonodárce se nejprve vyhýbal výstižnému pojmu domácí násilí. Později začal tento pojem používat, nicméně nikoli důsledně. Na Slovensku byla a je v obecné rovině situace příznivější.

Zvláštní pozornost je v příspěvku věnována postavení a právům dítěte.

Je všeobecně známo, že dítě bývá velmi často svědkem či obětí domácího násilí.⁵ Je proto alarmující, že český ani slovenský zákonodárce doposud na tento negativní fenomén výslovně nereagoval. Zákon o rodině ani občanský zákoník neobsahují ustanovení, která by dítěti garantovala důstojnou ochranu, např. v souvislosti s vykááním, faktickou odlukou či rozvodem manželství jeho rodičů. Praxe nicméně hledá nové, alternativní přístupy k věci, např. aplikuje tzv. asistovaný či řízený styk dítěte s rodičem, který se dopouští domácího násilí na druhém rodiči.⁶

¹ K tomu blíže *Slívová, N.*: Lidskoprávní aspekty domácího násilí. Sborník z této konference.

² Srov. *Kornel, M.*: Ochrana dětí a domácí násilí: zahraniční inspirace. Tento sborník.

³ Srov. bod 2 této statě.

⁴ K tomu se autorka vyjadřovala mnohokrát, srov. např. *Králíčková, Z.*: Občanskoprávní aspekty domácího násilí de lege ferenda. *Bulletin advokacie*, 2003, č. 8, s. 84 – 89; *Civilněprávní postih domácího násilí – utopie, nebo efektivní budoucí právní úprava?* *Právo a rodina*, 2004, č. 12, s. 7 – 10; *Civilněprávní postih domácího násilí – úvahy de lege ferenda* (zejména nad sněmovním tiskem č. 828). *Acta Iuridica Olomucensis*, No. 1, 2005, s. 50 – 53.

⁵ Tak *Tóthová, M.*: Deti ako obeť domáceho násillia. Sborník z této konference.

⁶ Viz např. *Čírtková, L.*: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. *Právo a rodina*, 2007, č. 9, s. 12 a násl.; *Čírtková, L.*: Styk dítěte s násilným rodičem v kontextu domácího násilí. *Právo a rodina*, 2009, č. 11, s. 1 a násl.

Nepředvídatelnost a nejednotnost soudních rozhodnutí však nepřispívá k jistotě nikoho.⁷

Žel, jde-li o rekonstrukci základních pramenů rodinného práva ve světle evropských kontinentálních tradic a tendencí dalšího vývoje, o právech dítěte ve vazbě na domácí násilí není nikde ani zmínky.⁸ Závěrečné řádky příspěvku budou proto věnovány problematice *de lege ferenda* ve světle lidskoprávní dimenze věci.

2. VÝVOJ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY PROTI DOMÁCI MU NÁSILÍ

Za první významný počín českého zákonodárce ve věci ochrany před domácím násilím je možné považovat přijetí zákona č. 91/2004 Sb. Tímto zákonem byl doplněn zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon (dále jen TZ), o novou skutkovou podstatou trestného činu týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě (viz § 215a TZ).⁹

Již samotný název nové skutkové podstaty napovídá, že zákonodárce se vyhnul výstižnému pojmu domácí násilí, který právní řády celé řady zemí užívají. Termín domácí násilí však plně postihuje podstatu životního problému.

Žel, ani poslanecký návrh č. 828 ze IV. volebního období (2004) nebyl v této věci důsledný. Pojem domácí násilí užíval jen v názvu zákona, kterým se měl novelizovat mimo jiné zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen OZ) a zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen OSŘ). Ačkoli by bylo možné poslaneckému návrhu mnohé vytýkat, jde-li o jednotlivosti, jako celek působil dojmem jasné koncepce stavějící na komplexnosti.¹⁰ Důvodová zpráva výstižně hovořila o domácím násilí jako

⁷ K různým přístupům k věci srov. Čuhelová, K.: Předběžné opatření ve věcech domácího násilí. Právní rádce, 2009, č. 1, s. 18 a násl.; Čuhelová, K.: Domácí násilí v soudní praxi. Tento sborník.

⁸ K věcnému záměru srov. Eliáš, K., Zuklínová, M.: Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001.

⁹ K tomu viz např. Jelínek, J.: K trestněprávnímu postihu domácího násilí. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 54 – 58, a Zezulová, J.: Trestněprávní a civilněprávní aspekty domácího násilí. Státní zastupitelství, 2005, č. 4, s. 7 a násl.

¹⁰ K dílčí kritice a námětům na rozšíření ochrany před domácím násilím srov. Králíčková, Z.: Civilněprávní postih domácího násilí – úvahy *de lege ferenda* (zejména nad sněmovním tiskem č. 828). Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 50 - 53.

o alarmujícím celospolečenském problému, které je třeba právně uchopit, pojmenovat a navrhnout prostředky umožňující jeho řešení.

Jde-li o definici, domácí násilí je zde chápáno jako násilné jednání, kterým dochází k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, a to v bytě nebo domě společně obývaném násilnou osobou i osobou, proti níž takový útok směřuje. Domácím násilím definice dále rozuměla opakované násilné jednání nebo opakované vyhrožování násilným jednáním, v důsledku kterého dochází nebo hrozí, že dojde, k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, a to mezi osobami, které jsou či byly spolu v intimním, rodinném či jiném obdobném vztahu a žijí ve společně obývaném bytě nebo domě.¹¹

Dodejme jen, že výsledkem legislativního procesu je jen torzo návrhu – zákon č. 135/2006 Sb.,¹² kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím.¹³ Tímto zákonem byl do našeho právního řádu zakotven institut policejního vykázání (10 dnů) a soudního předběžného vykázání (dle § 76b o. s. ř., 1 měsíc, možností prodloužení až na 1 rok).

Je na škodu věci, že navrhovaná – byť nikoli ideální, vpravdě soukromoprávní ustanovení proti domácímu násilí, která měla být vtělena do občanského zákoníku, přijata nebyla. Do právního řádu zejména nebyla zakotvena ustanovení, která by ve vazbě na domácí násilí a rodinné obydlí novelizovala institut podílového spoluvlastnictví, společného jmění manželů i společného nájmu bytu (manžely),¹⁴ obdobně jako na Slovensku.

¹¹ K tomu www.psp.cz/dokumenty.

¹² Přijetí zákona č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti před domácím násilím, se změnil:

- zákon č. 283/1991 Sb., o Policii ČR

- zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád

- zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon

- zákon č. 108/2006 Sb., o sociálním zabezpečení

- zákon č. 114/1998 Sb., o působnosti orgánů ČR v sociálním zabezpečení.

¹³ V podrobnostech srov. *Kočová, K.*: Domácí násilí a tzv. vykázání – nový institutu právního řádu ČR. *Bulletin advokacie*, 2007, č. 10, s. 34 a násl.

¹⁴ Pro informaci uvádíme text hmotněprávních ustanovení dle poslaneckého návrhu č. 828.

Ustanovení § 142 odstavec 1 mělo znít: „(1) Nedojde-li k dohodě, zruší spoluvlastnictví a provede vypořádání na návrh některého spoluvlastníka soud. Přihlédne přitom k velikosti

Jednoznačným přínosem zákona – vedle institutu policejního a soudního předběžného vykázání, bylo zakotvení intervenčních center, a to zákonem č. 108/2006 Sb., o sociálních službách.¹⁵

podílů, účelnému využití věci a k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému. Není-li rozdělení věci dobře možné, přikáže soud věc za přiměřenou náhradu jednomu nebo více spoluvlastníkům; přihlédne přitom k tomu, aby věc mohla být účelně využita, jakož i k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému. Nechce-li věc žádný ze spoluvlastníků, nařídí soud její prodej a výtěžek rozdělí podle podílů, přihlédne přitom k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému .“.

Ustanovení § 149 odstavec 3 mělo znít: „(3) Při vypořádání se přihlédne především k potřebám nezletilých dětí, k tomu, jak se každý z manželů staral o rodinu, k násilnému chování jednoho z manželů vůči druhému, jakož i k tomu, jak se každý z manželů zasloužil o nabytí a udržení společného jmění. Při určení míry přičinění je třeba vzít též zřetel k péči o děti a k obstarávání společné domácnosti.“.

V ustanovení § 702 se na konci odstavce 2 měla doplnit věta „Zruší-li soud právo společného nájmu, při určení, který ze společných nájemců bude dále užívat jako nájemce, přihlédne k tomu, který ze společných nájemců způsobil, že se jejich soužití stalo nesnesitelným.“.

V ustanovení § 705 odst. 3 mělo být slovo „ a“ nahrazeno čárkou a na konci textu odstavce měla být doplněna slova „a na to, zda ze strany jednoho manžela nedocházelo k násilnému chování vůči druhému manželu“.

Měl být vložen nový § 705a, který zněl: „Stalo-li se další soužití manželů z důvodu násilného chování jednoho z manželů vůči druhému nesnesitelným, může soud na návrh jednoho z manželů omezit právo společného nájmu bytu u toho z manželů, který se násilně choval, anebo toto právo zrušit. Zruší-li soud právo společného nájmu, při určení, který z manželů bude dále užívat jako nájemce, přihlédne k tomu, který z manželů způsobil, že jejich soužití se stalo nesnesitelným.“.

Jde-li o problematiku bytových náhrad, v § 712 měl být doplněn odstavec 7, který zní: „(7) Jestliže se rozvedený manžel za trvání manželství nebo po rozvodu manželství vůči druhému manželovi nebo blízké osobě, která v bytě bydlí, dopouští nebo dopouští násilného chování, může soud rozhodnout, že nemá právo na bytovou náhradu.“.

¹⁵ Ve věci zlepšení situace obětí domácího násilí srov. další instituty zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, na základě kterého byly zřízeny

- azylové domy (s utajenou adresou)

- intervenční centra, jejichž úkolem se stalo

nabídnutí pomoci nejpozději do 48 hodin od doručení kopie úředního záznamu o vykázání intervenčnímu centru; pomoc intervenčního centra i na základě žádosti;

služby ambulantní či terénní

a) sociálně terapeutické činnosti,

b) pomoc při uplatňování práv, oprávněných zájmů a

Jde-li o nezletilé děti, uveďme novelu zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně právní ochraně dětí (dále jen ZSPOD) provedenou zákonem č. 134/2006 Sb., dle které se zaměření sociálně-právní ochrany dětí rozšířilo také na děti, na kterých je páčán trestný čin a děti ohrožené násilím mezi rodiči nebo jinými osobami odpovědnými za výchovu dítěte, popřípadě násilím mezi dalšími fyzickým osobami [viz § 6 písm. g) ZSPOD].

Dodejme, že Ministerstvo práce a sociálních věcí nedávno připravilo Metodické doporučení č. 3/2010 k postupu orgánů sociálně-právní ochrany dětí v případech domácího násilí, které navázalo na Metodické opatření č. 3/2008 k postupu lékařů primární péče při podezření ze syndromu týraného, zneužívaného a zanedbávaného dítěte vydané Ministerstvem zdravotnictví.

S odstupem času došlo k další novelizaci občanského soudního řádu, a to zákonem č. 218/2009 Sb., který zakotvil – mimo jiné zákaz stalkingu a možnost opětovného výkonu rozhodnutí.

Situaci obětí domácího násilí nepochybně pomohl řešit Závazný pokyn policejního prezidenta č. 176/2006, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí. Následně byl nahrazen Závazným pokynem policejního prezidenta č. 200/2008 o provádění vykázaní.

Jde-li o oblast trestního práva, doplníme dvě zásadní novinky, a to nový trestní zákoník a nový zákon o policii České republiky. Za významný počin, který je spojen s přijetím nového trestního kodexu - zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, lze označit především nově pojatý trestný čin týrání osoby ve společném obydlí (§ 199 TZ) a nebezpečné pronásledování (§ 354 TZ). Jde-li o schválení nového zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, zákonodárce navázal na starší úpravu policejního vykázaní, nicméně vykázaní pojal jako faktický úkon.

při obstarávání osobních záležitostí,

a nebo pobytové

a) poskytnutí ubytování,

b) poskytnutí stravy nebo pomoc při zajištění

stravy.

Žel, jde-li o soukromé právo, základními prameny jsou stále zákony z šedesátých let, které pojem domácí násilí neznají. V soukromoprávní oblasti, zejména majetkové a bytové, je tak situace obětí domácího násilí více než svízelná. Pro úplnost uvádíme přehled klíčových institutů zakotvených v občanském zákoníku a zákoně o rodině.

Občanský zákoník, obsahuje především § 3, kde je zakotven výkon práv a povinností v souladu s dobrými mravy, a § 5 garantující právo na ochranu pokojného stavu. Za významné, v praxi však nepříliš často využívané, je třeba považovat ustanovení § 11 zakotvujícího právo na ochranu osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti a lidské důstojnosti, jakož i soukromí, jména a projevů osobní povahy. V ustanovení § 13 je garantováno právo na ochranu prostřednictvím žalob, a to zejména na upuštění od neoprávněného zásahu, na odstranění následků zásahů, na přiměřené zadostiučinění, případně na náhradu nemajetkové újmy v penězích.

Zákon o rodině, zakotvuje v obecné rovině především v § 18 povinnost manželů vzájemně respektovat svoji důstojnost, pomáhat si, společně pečovat o děti a vytvářet zdravé rodinné prostředí. V § 32 odst. 2 je pak zakotvena povinnost rodičů být svým osobním životem a chováním příkladem pro děti. Jde-li o problematiku rozvodu manželství - § 24 a násl., otázky výživného - § 91 a násl., a výkonu práv a povinností vyplývajících z rodičovské zodpovědnosti - § 31 a násl., nenalezneme zde jakoukoli zmínku o domácím násilí.

3. LIDKOPRÁVNÍ DIMENZE PRÁVA PROTI DOMÁCÍMU NÁSILÍ

Rada Evropy věnuje – mimo jiné – problematice domácího násilí velkou pozornost.

Za nejvýznamnější považujeme Doporučení Rady Evropy Rec (2002)5 ze dne 30. 4. 2002 o ochraně žen před domácím násilím a nejnovější počín z pera Ad hoc výboru pro předcházení a boj proti násilí na ženách a domácímu násilí (Ad hoc Committee on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence - CAHVIO), *návrh Úmluvy o předcházení a boji proti násilí na ženách a domácímu násilí (Draft Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence)* z 15. 10. 2009.¹⁶

¹⁶ V podrobnostech viz www.coe.int.

Vážnost, s jako se tvůrci návrhu úmluvy věnují mnohdy opomíjené problematice nezletilých dětí,¹⁷ si zaslouhuje zvláštní pozornost.¹⁸ Lze jen doufat, že bude inspirací pro českého zákonodárce.

V neposlední řadě je třeba poukázat na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, zejména ve věcech *Z and Others v. the United Kingdom*, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, *A. T. v. Hungary a Osman v. the UK*. Dodejme, že Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, zejména články čl. 3 upravující zákaz mučení nebo podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení a čl. 8 garantující právo na respektování rodinného a soukromého života, je živoucím instrumentem, který mimo jiné zakládá také pozitivní závazky států k ochraně před domácím násilím.

Žel, český zákonodárce je evropským standardům stále mnohé dlužen.

¹⁷ Viz článek 23 Návrhu.

Article 23

Custody, visitation and safety in domestic violence cases

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that, in the determination of custody and visitation rights, any reliable indications of a history of violence against women and domestic violence are taken into account.

2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the exercise of any visitation or custody rights does not jeopardise the safety of the victim and children.

¹⁸ Příslušné ustanovení Návrhu lze přeložit takto:

Článek 23

Péče, návštěvy a bezpečnost v případech domácího násilí

1. Smluvní strany přijmou nezbytná legislativní nebo jiná opatření k zajištění toho, aby při stanovení péče o dítě a práva na návštěvy, byly vzaty v úvahu spolehlivé údaje o historii násilí páchaného na ženách a domácího násilí.

2. Smluvní strany přijmou nezbytná legislativní nebo jiná opatření k zajištění, aby výkon všech návštěv nebo právo péče o dítě neohrožoval bezpečnost oběti a dětí.

4. NÁVRH NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Narůstání respektu k lidským právům, mezinárodním úmluvám a k harmonizačním a unifikačním tendencím ve sféře tradičních institutů evropského kontinentálního rodinného práva v dnešních dnech pozitivně ovlivňuje české rodinné právo a může vést k optimistickým závěrům ohledně perspektiv jeho dalšího vývoje. Žel, jde-li o psané české rodinné právo, nelze nevidět jeho setrvačnost, resp. ideovou kontinuitu s rodinným právem vytvořeným v roce 1963.

Jednotlivé instituty českého rodinného práva soukromoprávního charakteru jsou roztroušeny nejen ve dvou kodexech (zákon o rodině, občanský zákoník), ale v rámci těchto kodexů v mnoha jejich částech, což působí značné interpretační a aplikační problémy. Dále je třeba konstatovat, že četné novely základních institutů českého rodinného práva přehlednost a srozumitelnost právní úpravy zhoršují, což prohlubuje krizi práva v tomto nelehkém přechodném období. Proto je nejvyšší čas pro krok zásadní – znovu začlenění rodinněprávních institutů do občanského zákoníku jako základního pramene soukromého práva.

V duchu evropských tendencí probíhají v současné době v České republice práce na rekodifikaci občanského zákoníku jako základu soukromého práva. A to práce na kodexu jednotném, uceleném, systematickém, přehledném, úplném a zároveň nutně otevřeném.¹⁹ Tento směr vývoje českého rodinného práva, vytyčený věcným záměrem Ministerstva spravedlnosti (č.j. 2623/00-L ze dne 29. ledna 2001), je možné charakterizovat jako snahu o vytvoření evropského kontinentálního civilistického pojetí rodinného práva.

Rodinněprávní normy byly hlavními tvůrci nového občanského zákoníku začleněny do druhé části paragrafovaného pracovního znění návrhu rekodifikovaného soukromoprávního kodexu,²⁰ která zahrnuje kromě materie nyní upravené v zákoně o rodině také manželské majetkové právo, založené na zásadně plné privátní autonomii mezi manžely, dále právo manželského a rodinného bydlení a další související majetkové otázky, včetně soukromoprávních norem proti domácímu násilí.²¹

¹⁹ Srov. Švestka, J., Zoulik, F., Knappová, M., Mikeš, J.: Nad vývojem i současným stavem rekodifikace českého soukromého práva. In *Anonymus (ed.): Otázky rekodifikace soukromého práva. Acta Universitatis Carolinae, Iuridica*, 2003, No. 2/3, s. 39.

²⁰ K věcnému záměru srov. Eliáš, K., Zuklínová, M.: Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Op. cit.

²¹ Srov. verzi z února 2009 dostupnou na www.psp.cz, V. volební období, sněmovní tisk č. 835.

Koncepční zařazení (znovuvrácení) norem práva rodinného do občanského zákoníku je správné. Jde-li však o jednotlivé rodinněprávní instituty návrhu nového občanského zákoníku, lze doufat, že další diskuse nepochybně přispěje k prohloubení jejich lidskoprávní dimenze.

Jak již bylo řečeno výše, zejména jde-li o postavení nezletilého dítěte jako přímé či nepřímé oběti domácího násilí v rámci faktické odluky, vykazání násilného rodiče či rozvodu, není zde stanoveno ničeho.

Zvláštní ustanovení proti domácímu násilí

§ 667

(1) Stane-li se další společné bydlení manželů v domě nebo bytě, v němž se nachází rodinná domácnost manželů, pro jednoho z nich nesnesitelné z důvodu tělesného nebo duševního násilí, anebo hrozby takového násilí vůči manželovi nebo jinému, kdo v rodinné domácnosti manželů žije, může soud na návrh dotčeného manžela omezit, popřípadě i vyloučit na určenou dobu právo druhého manžela v domě nebo bytě bydlet.

(2) Stejně lze postupovat v případě, že se jedná o manžele rozvedené, jakož i v případě, kdy manželé nebo rozvedení manželé bydlí společně jinde než v rodinné domácnosti.

§ 668

Právo domáhat se ochrany podle ustanovení § 667 má také každá jiná osoba, která žije spolu s manžely nebo rozvedenými manžely v rodinné domácnosti.

§ 669

Omezení, popřípadě vyloučení práva manžela v domě nebo bytě bydlet, určí soud nejdéle na dobu šesti měsíců. Soud na návrh rozhodne znovu, jsou-li pro to zvlášť závažné důvody.

§ 2832

Ustanovení § 667 až 669 proti domácímu násilí se použijí také v případě společného bydlení jiných osob, než jsou manželé.

5. DÍTĚ VERSUS DOMÁCÍ NÁSILÍ

Dítě bývá velmi často jak přímou, tak nepřímou obětí domácího násilí. Je alarmující, že právě doma, za zavřenými dveřmi, musí dítě čelit nástrahám zcela nevhodného výchovného prostředí.²² Žel, zákonodárce na komplexní ochranu dítěte před domácím násilím a jeho následky rezignoval. Výše citovaná novela zákona o sociálně-právní ochraně dětí je prvním významným krokem k nápravě v této věci.

Předznamenejme, že výchova dětí je primárně právem, ale i povinností rodičů. Kdo je rodičem dítěte, upravuje zákon o rodině (srov. § 50a, §§ 51 a násl. ZOR).²³

Klíčovým institutem, který slouží rodičům k realizaci jejich rodičovství, ale i k ochraně práv dítěte, je institut rodičovské zodpovědnosti upravený v ustanovení § 31 a násl. ZOR. Rodičovská zodpovědnost náleží jen tomu z rodičů, který je plně způsobilý k právním úkonům, resp. plně svéprávný. Směřuje pouze k nezletilému dítěti.

Účelem rodičovské zodpovědnosti je ochrana nezletilého dítěte a jeho práv, včetně participačních, na straně jedné, a poskytnutí rodiči svobodného prostoru pro realizaci jeho rodičovství na straně druhé, ovšem v souladu s nejlepšími zájmy dítěte a jeho blahem. Můžeme říci, že institut rodičovské zodpovědnosti vyjadřuje snahu zákonodárce zakotvit, udržet a chránit rovnováhu v intimních poměrech rodičů a dětí tak, jak je obvyklé v zemích s tradičními soukromoprávními úpravami.²⁴

²² K tomu v obecné rovině srov. *Radvanová, S.*: Dítě ohrožené a ublížené; *Telec, I.*: Újma na osobnosti dítěte. Tento sborník.

²³ V obecné rovině viz učebnice rodinného práva *Hrušáková, M., Králíčková, Z.*: České rodinné právo. 3. přeprac. a dopl. vyd. Brno: MU a Doplněk, 2006; *Radvanová, S., Zuklínová, M.*: Kurz občanského práva. Instituty rodinného práva. Praha: C. H. Beck, 1999.

Dále srov. komentářovou literaturu, zejm. *Hrušáková, M. a kol.*: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 119 a násl.

²⁴ K vývoji institutu rodičovské zodpovědnosti od moci otcovské po další variace srov. dílo *Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Summer, I. (eds.)*: European Family Law in Action. Parental responsibility. Volume III. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2005.

Dále srov. *Jeppesen de Boer, C. G.*: Joint Parental Authority. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008.

Především a vždy je třeba vzít na vědomí, že jde-li o rodičovskou zodpovědnost, jedná se o soukromoprávní institut. Rodina, rodinný život a soukromí musí být respektováno a chráněno v duchu rčení „*la vie privée droit entre murée*“ a ve smyslu článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a judikatury Evropského soudu pro lidská práva.

Každá mince má však dvě strany. Nelze nevidět, že dítě je vůči svým rodičům fakticky slabší subjekt. Z důvodu věku, sociální nezralosti apod. je dítě třeba chránit, a to soukromoprávními i veřejnoprávními prostředky.²⁵ Proto, v zájmu dítěte, musí právní řád upravovat také prostředky, pomocí kterých lze narušenou rovnováhu ve skutečně nejsoukromějších poměrech vyrovnávat.

Jestliže tedy rodiče nemohou, nechtějí či nedokážou vykonávat práva a povinnosti vyplývající z rodičovské zodpovědnosti v zájmu dítěte, resp. pokud dochází k jejich zanedbávání nebo zneužívání, resp. se rodiče nemohou nebo nechtějí dohodnout, musí stát v zájmu blaha dítěte konat. V judikatuře Evropského soudu pro lidská práva se hovoří o pozitivní povinnosti států. K tomuto účelu zákon o rodině upravuje různé prostředky: od nejmírnějších (např. napomenutí, dohled, omezení) po nejradikálnější (např. zbavení rodičovské zodpovědnosti, zákaz styku s dítětem, nařízení ústavní či ochranné výchovy a pod). O zásadních intervencích do rodinného života smí na základě zákona rozhodnout pouze soud.

Žijí-li rodiče dítě spolu (bez ohledu na existenci manželství), mají-li dítě ve své péči a vykonávají-li svá práva a povinnosti v souladu se zákonem a nejlepšími zájmy a blahem dítěte, zpravidla není třeba do rodinného života nikterak zasahovat.

Jakmile však dojde k odluce rodičů, k rozvodu, k faktickému odloučení od dítěte nebo k zásahu soudu do rodičovské zodpovědnosti (pozastavení, omezení, zbavení), k modifikaci svéprávnosti, osobní svobody apod., ke svěření dítěte do péče jiného subjektu či k domácímu násilí, vyvstává otázka, jak se tyto skutečnosti dotýkají jednotlivých práv a povinností patřících do rodičovské zodpovědnosti jako takové, resp. jejího výkonu, a jak zákon a na jeho základě soud musí reagovat.

Některé situace jsou zákonodárcem upraveny *expressis verbis*, jiné nikoli. Zde nezbývá, než postupovat v souladu se zásadami, na kterých je

²⁵ K tomu srov. *Anonymus (ed.): Zásahy veřejné moci do rodičovských práv a jejich dopad na rodinný život. Právní komparativní studie. Praha: Poradna pro občanství, občanská a lidská práva, 2006.*

budováno soukromé právo, a s účelem institutu rodičovské zodpovědnosti a dalších institutů rodinného práva.

Klíčovým je v této věci blaho dítěte, resp. nejlepší zájem dítěte, který není v zákoně výslovně definován. Blaho dítěte musí být proto posuzováno – mimo jiné – i s ohledem na právo dítěte na rodinný život a zákaz jakékoli diskriminace ve smyslu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (čl. 8, čl. 14) a v návaznosti na právo na péči obou rodičů zakotvené v Úmluvě o právech dítěte (čl. 7, čl. 9) a také participační práva dítěte garantovaná tamtéž (čl. 12).

Blaho dítěte je dynamický institut - proto zákon umožňuje změnu rozhodnutí, resp. soudem schválené dohody ve vazbě na jeho poměny, nejlepší zájem, přání a názor dítěte (srov. § 28 ZOR).²⁶

Aby se dítě mohlo ke své věci vyjádřit, musí dostat všechny relevantní informace, a to způsobem, který odpovídá jeho věku a rozumové vyspělosti (srov. § 31 odst. 3 ZOR). Dítěti také musí být vytvořen prostor pro vyjádření,²⁷ a to v kterékoli věci, která se ho týká – správní či soudní řízení nevyjímaje (srov. § 8 ZSPOD, § 100 odst. 4 o. s. ř.).²⁸

Žel, v této věci je mnohdy opomíjena Evropská úmluva o výkonu práv dětí,²⁹ která procesní práva dítěte rozvádí a ukládá soudu řadu povinností (hlava II). Jde zejména o to, že dítě musí vedle obdržení příslušných informací být také informováno o možných důsledcích vyhovění jeho názoru a o možných důsledcích jakéhokoli rozhodnutí. K názoru dítěte musí soud přihlédnout, a to s ohledem na jeho věk a rozumovou vyspělost, nicméně rozhodnutí musí být v souladu s nejlepšími zájmy dítěte, které nemusí vždy korespondovat představě dítěte. Názor dítěte však musí soud vzít náležitě v úvahu (srov. § 100 o. s. ř.).³⁰ V tomto kontextu je proto třeba

²⁶ K tomu také viz *Haderka, J.*: Rodičovská zodpovědnost a související otázky od účinnosti zákona č. 91/1998 Sb. Op. cit., s. 482 a násl.

²⁷ K tomu viz *Bakalář, E., Novák, D.*: Vyslechnutí dítěte před soudem. *Právo a rodina* 2003, č. 3.

²⁸ Srov. *Bělohávek, A.*: Postavení dítěte v civilním řízení. *Právo a rodina*, 2005, č. 11, s. 17 a násl.

²⁹ Evropská úmluva o výkonu práv dětí byla přijata na půdě Rady Evropy ve Štrasburku dne 25. 1. 1996 s cílem podporovat práva dětí a poskytnout jim procesní práva a usnadnit jejich výkon. Publikovaná byla pod č. 54/2001 Sb. m. s.

³⁰ K tomu velmi fundovaně *Kristková, V.*: Práva dítěte a procesní praxe českých soudů. *Právní fórum - Via iuris*, 2005, č. IV/2005, s. 73 a násl.

zdůraznit, že právo každého na spravedlivý proces, zakotvené v Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (čl. 6) se týká i nezletilého dítěte, bez ohledu na věk, resp. nezralost.³¹

a.

Zvláštní pozornost si ve vazbě na nezletilé děti zasluhuje relativně nový institut českého právního řádu - vykázání ze společného obydlí,³² které je zakotveno v ustanovení § 76b o. s. ř. jako prevenční opatření eskalace domácího násilí i sankce z tohoto důvodu.³³

Je všeobecně známo, že obětí domácího násilí může být i dítě, a to přímou či nepřímou (tedy jako svědek týrání druhého rodiče, dalšího sourozence, prarodiče apod.). Jsme si vědomi problematičnosti tohoto „tradičního“ pojetí a kloníme se k názoru, že bylo-li dítě přítomno domácímu násilí, jde o přímou oběť psychického týrání.³⁴

³¹ K tomu v detailech viz *Dávid, R.*: Dítě jako účastník řízení ve věcech domácího násilí. Tento sborník.

³² Srov. *Kočová, K.*: Domácí násilí a tzv. vykázání – nový institutu právního řádu ČR. Bulletin advokacie, 2007, č. 10, s. 34 a násl.; dále viz *Králíčková, Z., Dávid, R.*: Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum, 2008, č. 10, s. 429 a násl.

³³ K problematice domácího násilí obecně viz např. *Radvanová, S.*: Zdravé rodinné prostředí – jak pro koho. Acta Iuridica Olomucensis. 2005, No. 1, s. 47 – 49.

Za významný počín aspirující na komplexní analýzu problematiky domácího násilí je třeba považovat monografii *Voňková, J., Huňková, M.*: Domácí násilí v českém právu z pohledu žen. Praha: Profem, 2004.

Z časopiseckých studií viz např. *Huňková, M.*: Domácí násilí z pohledu českého práva. Právo a rodina, 2000, č. 10, s. 1 - 6, č. 11, s. 17 – 20; *Bednářová, Z.*: Pomoc obětem domácího násilí a jejich dětem. Sociální politika, 2000, č. 5, s. 10 – 11; *Gilligan, J.*: Jak porozumět a předcházet násilí. Náhradní rodinná péče, 2000, č. 2, s. 46 a násl.

³⁴ K tomu srov. *Melicharová, D.*: Dítě jako svědek a oběť domácího násilí. Acta Iuridica Olomucensis, 2005, No. 1, s. 62 – 65; *Vargová, B.*: Svěřování dětí do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí. Právo a rodina, 2006, č. 2, s. 9 a násl.; *Čírtková, L.*: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. Právo a rodina, 2007, č. 9, s. 12 a násl.; dále srov. *Čírtková, L.*: Styk dítěte s násilným rodičem v kontextu domácího násilí. Právo a rodina, 2009, č. 11, s. 1 a násl.; *Čuhelová, K.*: Zákaz setkávání otce s nezletilým dítětem a ustanovení § 76b o. s. ř. Bulletin advokacie, 2008, č. 10, 41 a násl.; *Hovorka, D.*: Úloha orgánů sociálně-právní ochrany dětí při řešení případů domácího násilí – úskalí praxe. Tamtéž, 2007, č. 8, s. 1 a násl.

Je-li rodič dopouštějící se domácího násilí vykázán z rodinného domu, resp. bytu, je tak fakticky dočasně vyloučen z realizace své rodičovské zodpovědnosti přímou formou, doma. I takový vykázaný rodič zůstává nositelem rodičovské zodpovědnosti, tedy zákonným zástupcem svého dítěte a může – po dohodě s druhým rodičem (sic!), rozhodovat o podstatných věcech dítěte a spravovat jeho jmění. Zde se nabízí prostor zejména pro intervenční centra³⁵ a orgány sociálně-právní ochrany dětí.³⁶

Máme za to, že problematika si zaslouží *de lege ferenda* důkladnější úpravy. Také proto, že v odborné literatuře se objevují různé názory reagující na rozporuplnou praxi.³⁷

Vždy je třeba klást si otázku, zda bylo dítě domácímu násilí přítomno či nikoli, zda „násilný“ partner může být současně „dobrým rodičem“, zda je z hlediska blaha dítěte kontakt žádoucí i tehdy, když si to dítě přeje, resp. nic proti němu nenamítá apod.³⁸

S ohledem na uvedené můžeme vyvodit následující teze:

- vykázaný rodič je pouze fakticky omezen ve výkonu rodičovské zodpovědnosti, zejména v osobní péči o dítě, nicméně je zákonným zástupcem dítěte s právem rozhodovat o podstatných věcech dítěte, a nebylo-li soudem na základě zákona stanoveno jinak, s právem se s dítětem osobně (i jinak) stýkat,
- proto je třeba rozlišovat, zda byl rodič vykázán ve vazbě na nezletilé dítě, ať už jako přímé či nepřímé oběti, nebo z jiných důvodů,
- souvisí-li domácí násilí rodiče s dítětem, je třeba posoudit, zda rodiče zbavit rodičovské zodpovědnosti dle § 44 odst. 3, 4 ZOR nebo mu omezit anebo zakázat

³⁵ K tomu fundovaně *Úlehlová, D.*: Domácí násilí a intervenční centra. Tento sborník.

³⁶ Jde-li o alternativy, viz *Holá, L.*: Možnosti a meze mediace v případech domácího násilí. Tento sborník.

³⁷ Viz *Čuhelová, K.*: Zákaz setkávání otce s nezletilým dítětem a ustanovení § 76b o. s. ř. Op. cit., 41 a násl.

³⁸ Tak *Čírtková, L.*: Styk dítěte s násilným rodičem v kontextu domácího násilí. Op. cit., s. 5 - 6. Autorka zde – mimo jiné – konstatuje, že řada zahraničních studií upouští od koncepce „ani“ či „ne“, a klade otázku, za jakých okolností lze či nelze kontakt podporovat. Uvažuje o alternativách, např. o asistovaném styku (přípravná fáze a realizace) a o odloženém styku (tříměsíční fáze klidu).

s dítětem (osobní) styk dle § 27 odst. 3 ZOR. Poměry dítěte nesmí zůstat neupraveny. Lze mít za to, že v zájmu dítěte je vždy nutné problém pojmenovat a řešit. Mlčení kompetentních orgánů je třeba považovat za „pozdvolné vyrábění časované bomby“.

V této souvislosti vyvstává do popředí role orgánů sociálně-právní ochrany dětí, neboť zákon výslovně stanoví, že sociálně-právní ochrana se zaměřuje – mimo jiné – na děti, jejichž rodiče zneužívají práva plynoucí z rodičovské zodpovědnosti [§ 6 odst. 1 písm. a) bod 3. ZSPOD], a na děti, které jsou ohrožovány násilím mezi rodiči či jinými osobami odpovědnými za výchovu dítěte, popř. násilím mezi dalšími osobami [§ 6 odst. 1 písm. g) ZSPOD].³⁹

Orgány sociálně-právní ochrany dětí jsou povinny vyvíjet preventivní a poradenskou činnost [§ 10 a násl. ZSPOD], a má-li poznatky o domácím násilí, v mezích cit. zákona konat. Mají povinnost reagovat na jakýkoli podnět kohokoli, včetně dítěte či rodiče ohroženého domácím násilím (srov. § 8, § 7, § 9 ZSPOD). Orgány sociálně-právní ochrany dětí musí využít všech zákonných prostředků, do nejmírnějších po nejradikálnější, tedy od uložení povinnosti odborného poradenství, výchovných opatření, neodkladné péče až po návrhy soudu na zásahy do rodičovské zodpovědnosti či přímo odebrání dítěte z rodiny (srov. § 12, 14, 15, 16 ZSPOD). Zákon dále obsahuje pravomoci orgánů při péči o děti vyžadující zvýšenou pozornost (§ 31 a násl. ZSPOD) a ve zvláštních případech (§ 37 ZSPOD). Obce s rozšířenou působností k plnění úkolů zřizují komise pro sociálně-právní ochranu dětí a poradní sbory (§ 38 ZSPOD).

Jde-li o činnost ve věci konkrétního dítěte, zákon stanoví právo pracovníků orgánů sociálně-právní ochrany dětí navštívit dítě v rodině, předvolat si rodiče apod., což musí rodiče respektovat a umožnit (srov. 53 odst. 2 ZSPOD).⁴⁰

Na jedné straně je těmto orgánům uložena povinnost zachovávat mlčenlivost (§ 57 odst. 1 ZSPOD), na druhé pak povinnost spolupráce s jinými orgány v rámci sdělování informací, výslovně pak i orgánu činnému v trestním řízení o tom, že skutečnosti nasvědčují tomu, že byl na dítěti spáchán trestný čin či že dochází k domácímu násilí mezi rodiči,

³⁹ K tomu v podrobnostech *Westphalová, L.:* Sociálně-právní ochrana dětí postižených domácím násilím. Tento sborník.

⁴⁰ Srov. celé spektrum povinností zakotvené v cit. zákoně, od povinnosti prevence až po povinnost podat k soudu návrh na zahájení řízení, resp. vydání předběžných opatření, a součinnost při jeho výkonu - např. § 14 ZSPOD.

jinými osobami odpovědnými za výchovu dítěte a dalšími osobami v domácnosti obývané dítětem [§ 51 odst. 5 písm. b) ZSPOD].

Orgány sociálně-právní ochrany dětí mají také povinnost spolupráce s intervenčními centry. Není tajemstvím, že pracovníci orgánu sociálně-právní ochrany dětí se potýkají s celou řadou problémů, počínaje absencí metodického pokynu ve věci domácího násilí,⁴¹ nedostatkem odborníků na domácí násilí apod.

Obecným problémem je pak skutečnost, že neexistují dostatečné terapeutické programy nejen pro oběti domácího násilí, ale zejména pro jejich pachatele a děti postižené domácím násilím. Intervenční centra, která mají sice interdisciplinární přístup, zaměřují svoji povinnost zejména na oběti, nikoli na pachatele.

Jak již bylo řečeno výše, sociálně-právní ochrana dětí ve věci domácího násilí spočívá vedle rychlé pomoci v rámci vlastních kompetencí především v podávání návrhů soudu. Pokud soud dospěje k závěru, že je život anebo příznivý vývoj dítěte vážně ohrožen nebo narušen jednáním rodiče, tedy i jeho fyzické či psychického zdraví, upraví předběžným opatřením nejen výchovu, resp. osobní péči o dítě dle § 76a o. s. ř., ale také uloží násilnému rodiči, aby se zdržel styku, resp. jakéhokoli kontaktu s dítětem dle § 76 odst. 1 písm. f) o. s. ř. V co nejkratší době se pak soud musí ex offio zabývat věcí samou, tedy zbavením rodičovské zodpovědnosti, resp. úpravou či zákazem kontaktu. Dítěti běží čas rychle.

Je nepochybné, že výslovná úprava, ať už ve vazbě na rodičovskou zodpovědnost či kontakt s dítětem je nezbytná, a to jak hmotněprávní, tak procesněprávní.

b.

Dále, zákon v ustanovení § 76b o. s. ř. upravuje také institut zdržení se setkávání s obětí domácího násilí. Máme za to, že by nemělo být automaticky vztahováno na osoby, kterých se přímo netýká, tedy děti, které nebyly týrány. Pokud má být kontakt rodiče a dítěte jakkoli omezován či

⁴¹ Již v rámci kapitoly věnované vývoji právní úpravy proti domácímu násilí bylo konstatováno, že Ministerstvo práce a sociálních věcí připravilo *Metodické doporučení č. 3/2010 k postupu orgánů sociálně-právní ochrany dětí v případech domácího násilí*, které navázalo na *Metodické opatření č. 3/2008 k postupu lékařů primární péče při podezření ze syndromu týraného, zneužívaného a zanedbávaného dítěte* vydané Ministerstvem zdravotnictví.

zakázán, musí tak být stanoveno výslovně, ať už předběžným opatřením anebo rozhodnutím ve věci samé (viz výše). Nicméně, jsme si vědomi skutečnosti, že posuzování této otázky je velmi citlivé, zejména jde-li o děti útlého věku. Situace je komplikovaná v tom smyslu, že dítě by mělo být na styk připraveno druhým, domácím násilím postiženým rodičem, a tímto rodičem násilníkovi předáno. Proto by měl zákonodárce na tuto věc v zájmu dítěte *de lege ferenda* výslovně reagovat.

c.

Nelze zavírat oči před skutečností, že nezletilé dítě může v rodinném kolektivu vystupovat také jako násilná, ohrožující osoba. Klade se tak otázka, jak v těchto případech postupovat. Máme za to, že obdobně jak bylo řečeno shora ve věci jeho rodičů ve vazbě na rodičovskou zodpovědnost: je tedy třeba využívat všechny zákonné prostředky, které rodinu a dítě samotné ochrání, a to od nejmírnějších, např. napomenutí, po radikální, eliminující dítě alespoň na čas z rodiny. V úvahu přichází jak odejmutí dítěte z rodiny soudem (§ 76a o. s. ř.), tak policejní (ex off) či soudní vykázaní (na návrh).

Vždy je třeba mít na paměti, že „*dítě, které ohrožuje, je ohrožené*“. V souladu s Úmluvou o právech dítěte musí být při jakékoli činnosti týkající se dětí brán ohled na jejich nejlepší zájem a být sledováno také dlouhodobější hledisko. Proto musí být dále aplikovány všechny prostředky, které sociálně-právní ochrana dětí zná. Především, musí být informován orgán sociálně-právní ochrany dětí, který navrhne soudu odebrání dítěte z rodiny či kontaktuje policii a intervenční centrum.

Jde-li o konkrétní instituty, které mohou být využity jak po odebrání, tak po vykázaní, jde o:

- ústavní výchovu (§ 46 ZOR);
- ochranná opatření (ochrannou výchovu) a výchovná opatření⁴² dle zákona č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých

⁴² K tomu v základech srov. Hrušáková, M., Králíčková, Z.: Český rodinný právo. 3. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2006.

zákonů, zákon o soudnictví ve věcech mládeže (dále jen ZSVM).⁴³

Je jisté, že na místě je další práce s dítětem a rodinou, ke které mají orgány sociálně-právní ochrany dětí celou řadu kompetencí.

6. ZÁVĚR

Již výše bylo uvedeno, zákonodárství proti domácímu násilí není v České republice na prahu 21. století komplexní. Za nedostatek považujeme především skutečnost, že v občanském zákoníku chybí soukromoprávní ustanovení na ochranu obětí domácího násilí ve vazbě na rodinné bydlení, ačkoli v řadě evropských zemí, např. i na Slovensku, by mohl český zákonodárce hledat inspiraci.

Za další, alarmující problém, lze označit fakt, že jak platná právní úprava, tak návrh nového občanského zákoníku, nevěnují výslovnou pozornost dítěti jako přímé či nepřímé oběti domácího násilí, zejména ve vazbě na faktickou odluku či rozvod jeho rodičů a především na vykázaní a zákaz setkávání a navazování kontaktů.

Narůstající význam role vědy rodinného práva na cestě k sbližování rodinného práva evropských zemí ovlivňuje a bude nepochybně zásadně ovlivňovat také české rodinné právo. Za velmi významnou činnost na cestě k evropskému rodinnému právu je považována činnost akademiků a srovnávací výzkum, který má vést k pochopení rozdílů a podobností obsažených v legislativě členských států a ke komparativní syntéze.⁴⁴

⁴³ Zákon o soudnictví ve věcech mládeže rozlišuje mezi mladistvými (15 až 18 let) a dětmi (mladšími 15 let, kdy zákon dále diferencuje na děti mladší 12 let a děti starší 12 let), v jejichž věcech soud pro mládež postupuje podle předpisů upravujících občanské soudní řízení (srov. § 96 ZSM), a proto je toto řízení s určitými odchylkami svým účelem rovněž řízením ve věcech péče o nezletilé. Soudy pro mládež jsou nadány značnými pravomocemi při ukládání *výchovných opatření* (§ 15 ZSM) a ochranných opatření (§ 21 ZSM), mezi které náleží také ochranná výchova (§ 22 ZSM, jde-li o mladistvé, a § 93 odst. 2 a odst. 3 ZSM, jde-li o děti mezi 12. a 15. rokem).

V podrobnostech viz Šámal, P., Válková, H., Sokolář, A., Hrušáková, M.: Zákon o soudnictví ve věcech mládeže. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 789 a násl.; viz také velmi podrobný obecný výklad k řízení ve věci dětí mladších 15 let, tamtéž, s. 787 a násl.

⁴⁴ Tak Boele-Woelki, K.: Cesta k evropskému rodinnému právu. Právní praxe, 1999, č. 2 - 3, s. 120 – 123 s odkazem na poměrně rozsáhlou literaturu tam citovanou.

Za účelem harmonizace byla také vytvořena *Komise pro evropské rodinné právo (CEFL)*,⁴⁵ jejímž cílem je dosažení skutečné evropské identity. Svými počiny, zejména vědeckými konferencemi a komparatistickými studii⁴⁶ se pokouší z evropské perspektivy postihnout vývoj, tendence a perspektivy rodinného práva s ohledem na *common core a better law*.⁴⁷ Prvními oblastmi výzkumu jsou majetkoprávní aspekty manželství a rozvodu, majetkoprávní aspekty soužití mimo manželství, práva nezletilých a ochrana nezletilých.⁴⁸ Výsledky právní vědy by měly být a některé již jsou formulovány do *Principů evropského rodinného práva (Principles of European Family Law)*,⁴⁹ které by mohly sloužit jako inspirace pro domácí i mezinárodní zákonodárce nebo jako alternativní či podpůrné právo. Dodejme, že některé země se těmto významnými počiny již nechaly velmi významně ovlivnit.⁵⁰

⁴⁵ V podrobnostech viz <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> ze dne 11. listopadu 2010.

⁴⁶ Jmenujme studie uveřejněné ve sbornících, zejm. *Boele-Woelki, K. (ed.): Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia 2003; *Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Summer, I. (eds.): European Family Law in Action. Grounds for Divorce. Volume I*. Antwerpen – Oxford- New York: Intersentia, 2003; *Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Summer, I. (eds.): European Family Law in Action. Maintenance between formel Spouses. Volume II*. Antwerpen – Oxford – New York: Intersentia, 2003; *Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Summer, I. (eds.): European Family Law in Action. Parental responsibility. Volume III*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2005; *Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Summer, I. (eds.): European Family Law in Action. Property Relations between Spouses. Volume IV*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009. *Boele-Woelki, K. (ed.): Common Core and Better Law in European Family Law*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005; *Boele-Woelki, K., Fuchs, A. (eds.): Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antwerp – Oxford – New York: Intersentia, 2003.

⁴⁷ Srov. sborníky z konferencí, zejm. *Boele-Woelki, K. (ed.): Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Antwerp – Oxford – New York: Intersentia, 2003; *Boele-Woelki, K. (ed.): Common Core and Better Law in European Family Law*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005; *Boele-Woelki, K., Sverdrup, T. (ed.): European Challenges in Contemporary Family Law*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008.

⁴⁸ Tak *Boele-Woelki, K.*: Cesta k evropskému rodinnému právu. Op. cit., s. 126.

⁴⁹ Srov. *Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González-Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. (eds.): Principles of European Family Law regarding Divorce nad maintenace Between Formel Spouses*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2004; *Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González-Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. (eds.): Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2007.

⁵⁰ K tomu srov. <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> ze dne 29. září 2010 - příklad Nizozemí, jde-li o rodičovskou zodpovědnost, a Portugalska, jde-li o rozvod.

Principy evropského rodinného práva tak postupně přispívají k obohacování a dalšímu rozvoji rodinných práv mnoha evropských zemí a tím ke spontánnímu překonávání rozdílů daných historickými, politickými, společenskými, kulturními, náboženskými vlivy a zvláštnostmi. *Žel, jde-li o problematiku domácího násilí, doposud nebylo publikováno ničeho.* V této souvislosti však zmiňme *Model Family Code*, který ochraně před domácím násilím věnuje značnou pozornost.⁵¹

Na posledním, avšak významném místě opět poukážme na nezastupitelnou a naprosto klíčovou roli Rady Evropy a její počiny, a také na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva. V samostatném bodě této statě bylo naznačeno, že problematika domácího násilí má silný lidskoprávní rozměr. Může se dotknout každého. Proto jí musí být věnována náležitá pozornost jak ze strany zákonodárce, intervenčních center, policie, soudů – a každého z nás.

Contact – email

zdenka.kralickova@law.muni.cz

⁵¹ Viz *Schwenzer, I.: Model Family Code. From a Global Perspective.* Antverp – Oxford – New York: Intersentia, 2006.

JAK SE BRÁNIT DOMÁCÍMU NÁSILÍ PROSTŘEDKY NEJEN TRESTNÍHO PRÁVA

JANA NAVRÁTILOVÁ

Katedra trestního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, ČR

Abstract in original language

Příspěvek se zaměřuje na problematiku domácího násilí nejen z pohledu trestního práva. V úvodu jsou definována jednotlivá východiska pro pojem domácího násilí, jak z pohledu kriminologického, tak trestně právního ale i například rodinného práva. Těžiště je věnováno různým prostředkům boje proti domácímu násilí. Přičemž nejsou opomíjeny ani slabiny jednotlivých možností obrany proti domácímu násilí. V závěru autorka zdůrazňuje úlohu trestního práva jako „ultima ratio“, kdy by i v případě domácího násilí měly být nejdříve využívány prostředky jiných právních odvětví.

Key words in original language

Domácí násilí; Rodina; Vykázání; Nový trestní zákoník.

Abstract

This contribution focuses on the issue of domestic violence not only from the view of Criminal Law. The introduction defines particular basis for the notion of domestic violence from the perspective of criminology and criminal justice but also, for example from the perspective of Family Law. Emphasis of this contribution is devoted to various remedies of domestic violence prevention, including their weak points as well. In the end of this contribution the author emphasizes the role of Criminal Law as “ultima ratio”, where even in cases of domestic violence should first be used by remedies given by other legal branches.

Key words

Domestic violence; Family; Banishment; New Criminal Code.

ÚVOD

"Statistiky a výzkumy uvádějí, že čtvrtina české populace nad 15 let má osobní zkušenost s domácím násilím v roli svědka, oběti či násilníka. O to naléhavější je potřeba vytvoření systému důsledné ochrany," uvedl pražský radní pro sociální oblast Jiří Janeček na konferenci na téma Výměnou zkušeností k lepší ochraně před domácím násilím, která se uskutečnila v budově pražského magistrátu 7.10.2010.

Abychom však mohli hovořit o této problematice a hledat účinné prostředky v boji proti domácímu násilí, musíme se nejprve pokusit definovat samotný pojem „domácího násilí“ a vymezit jevy, které do něj spadají.

Pojem domácího násilí v obecné mluvě nemá zcela ostré hranice. Závažnější formy domácího násilí jsou postihovány ukládáním trestů v trestním řízení, a proto je vhodné vycházet při vymezení domácího násilí z nauky a praxe trestního práva.

Domácí násilí je společenský jev značně různorodý. Trestní právo v tomto případě používá místo výrazu „násilí“ pojem „týrání“. Týráním je ve smyslu trestněprávní nauky nutno rozumět takové zlé nakládání, které se vyznačuje hrubším stupněm necitelnosti a bezohlednosti a určitým trváním. Z pohledu trestního práva se nevyžaduje, aby u postižené osoby vznikly následky na zdraví, ale musí jít o jednání, které týraná osoba pro jeho hrubost, bezohlednost nebo bolestivost pocítuje jako těžké příkoří. Dle mého názoru je tato definice přijatelná i z hlediska obecného (laického) uchopení pojmu domácího násilí.

Zcela bez výhrad je pravděpodobně přijímán názor, dle něhož domácí násilí je násilí, ke kterému dochází mezi osobami blízkými žijícími ve společném obydlí, tedy mezi spolužijícími manželi (eventuelně mezi registrovanými partnery), rodiči a dětmi, případně mezi jiným příbuznými v řadě přímé, a mezi sourozenci. Volnější interpretací uvedeného dojmu lze pak dospět i k tomu, že za domácí násilí je nutné považovat i násilné chování mezi osobami, jež k sobě nejsou vázáni příbuzenským poutem, které však společně sdílejí stejné prostory jakožto obydlí. Tato širší interpretace pojmu domácí násilí bude bezproblémová zejména tam, kdy násilník a oběť spolu žijí jako druh a družka. Za domácí násilí je však nutno pravděpodobně považovat (a to i z hlediska trestně právního) též násilí vykonané na osobě obývající stejné obydlí jako agresor, přestože obě osoby k sobě nepoutá žádný osobní (intimní) vztah (např. nájemce si k sobě do bytu vezme podnájemce).¹ Z hlediska trestně právního, není domácí násilí místně vázáno ani výlučně na prostory společného obydlí (např. týrání manželky uskutečněné např. během společné cesty pachatele a oběti na dovolenou).²

Nicméně na druhou stranu s ohledem na přívlastek „domácí“ je patrné, že násilí se musí v každém případě odehrát vždy mezi osobami, které spolu dlouhodobě žijí, byť ke konkrétnímu útoku dojde mimo společné obydlí. V případě osob, u nichž chybí element příbuzenství či intimity, by však hlavním dějištěm násilí mělo být dle mého názoru i přesto společné obydlí, neboť v opačném případě by v podstatě již nebylo možno dohledat žádnou souvislost s domácností, jakožto místem agresivního chování útočníka (např. student napadne svého kolegu ze stejného pokoje na koleji během fotbalového zápasu). Zcela jistě se v praxi vyskytnout případy, které lze

¹ Jelínek, Jiří: Trestní právo hmotné, Praha: Leges, 2. vydání, 2010, str. 576

² Tamtéž, str. 578

označit jakožto případy hraničící s domácím násilím, a konečné zařazení bude záviset na konkrétních okolnostech a konkrétním posuzovateli.

Naopak z výše uvedených důvodů nelze za domácí násilí pokládat soustavné sledování a obtěžování jiné osoby (mediálně prezentované jako tzv. „stalking“, v angličtině původně výraz pro stopování zvěře), pokud k němu nedochází mezi osobami obývajícími společné obydlí (viz např. sledování oběti manželem). Uvedené jednání není domácím násilím, nicméně i tak je dle platné právní úpravy trestné (trestný čin nebezpečného pronásledování dle ust. § 354 TZ).

Za domácí násilí nelze považovat ani násilí malé intenzity, jež je ospravedlněno zájmem rodičů na řádné výchově potomka. Dle rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích sp.zn. 3 To 364/2000 fyzické trestání nezletilých menší intenzity (políčky) za nesplnění uložených pracovních úkolů přiměřených jejich věku znaky trestného činu (v tomto případě tr. č. týrání svěřené osoby) nenaplnují. Takovéto násilí nízké intenzity nelze pravděpodobně pod pojem domácího násilí vůbec zahrnout ani z hlediska veřejného (tj. mimotrestního) mínění. Toto bude zřejmě platit obdobně i pro tělesné trestné mírné intenzity (pohlavky) užívané vyučujícími ve školách.

Domácí násilí může mít podobu tělesné týrání, psychického trýznění, sexuálního zneužívání, ekonomického vydírání a vynucené sociální izolace. Nejčastěji jde o citové vydírání, zesměšňování, užívání vulgarismů a nadávek, příkazů, zákazů, kontrol, vytváření izolací, odpírání jídla, spánku, zamykání, vydírání, vyhrožování. Citové týrání má podoby nadávek, neustálého kritizování nebo zpochybňování duševního zdraví oběti. Pachatel může oběť izolovat např. zákazy stýkat se s přáteli či s rodinou častým stěhováním, čímž oběti zabrání v tom, aby byla blízko své rodiny nebo aby si vybudovala přátelství v místě bydliště. Pachatel dále např. oběti zakazuje přijímat jakékoliv návštěvy, nebo oběti zakazuje, aby se kýmkoliv stýkala (výhrůžky typu „ještě jednou tě uvidím, jak se bavíš s tím prodavačem, a zpřerážím ti nohy“). Pachatel se dopouští domácího násilí i tím, že odposlouchává telefonní hovory oběti a čte její poštu. Za týrání je nutno považovat i případ, kdy násilník směruje své útoky proti věci (např. domácímu zvířeti náležejícímu oběti).

U seniorů je významné zejména zneužívání majetku a finančních zdrojů těchto osob (seniorovi nezbyvá potřebná částka pro vlastní potřebu a finance jsou užívány jinými osobami). Pod domácí násilí páchané na seniorech lze podřadit též zanedbávání péče o ně (platí pro osoby postižené chorobou) a jejich sociální izolace.

V manželství pachatel k nátlaku využívá i společných dětí, zejména tím oběti brání v opuštění pachatele (např. vyčítá oběti, že je špatná matka, když rozvrací rodinu). Agresor dále své násilné chování zdůvodňuje např. údajnou nevěrou manželky. Vždy však platí, že nikdo nemá právo jiného

týrat, a to i tehdy, že by se týraná osoba dopustila společensky zavrženíhodného chování. Domácí násilí se v manželství někdy odehrává v cyklech; tj. epizoda násilí je obvykle sledována obdobím pokání (agresor svých činů lituje, slibuje, že se změní). Oběť na základě toho s agresorem dobrovolně dál zůstává.

Týrání můžou být i muži, zejména s podlomeným zdravím (invalidé) či v pokročilém věku. Takový muži mohou být na svých partnerkách i finančně závislí, a tedy únik z trýznivého vztahu je o to horší. Muži zpravidla nedokážou otevřeně svůj problém s domácím násilím veřejně přiznat. Ve společnosti je přijatelnější obraz ženy jako slabé oběti, která potřebuje pomoc.

Sociologickými výzkumy bylo zjištěno, že domácí násilí je páchano ve všech společenských vrstvách, tedy se neomezuje např. na sociálně slabé rodiny či osoby se základním vzděláním. Domácí násilí se nevyhýbá ani žádné sociální skupině, agresor může pocházet ze všech náboženských, etnických i rasových skupin. Pachatel domácího násilí není výlučně negativní charakter (navenek odpudivá, agresivní, primitivní osobnost). Pravdou je, že k domácímu násilí se uchylují často i jedinci, kteří jsou ve svém pracovním okolí pokládáni za konformní a společenské lidi (domácí násilník často mívá tzv. dvojí tvář). Oběťmi domácího násilí zdaleka nejsou jen psychicky pasivní (submisivní) osoby (tzv. puťky). Neexistuje typická oběť domácího násilí; do pozice týrané oběti může sklouznout každý.

DOMÁCÍ NÁSILÍ PACHANÉ NA DĚTECH

Často se zapomíná, že kromě hlavních aktérů domácího násilí v rodině, tedy dospělých obětí a pachatelů, vyrůstají v postižené rodině také děti, které nastalou situací samozřejmě trpí. Podle monitoringu domácího násilí v Jihomoravském kraji prováděném dotazníkovou formou v roce 2006 v 91 % rodin, ve kterých se objevilo domácí násilí, žijí děti a z toho v 72.7 % jsou děti svědkem tohoto násilí.³

Domácí násilí postihuje dítě přímo nebo nepřímo. U přímého násilí útočí pachatel nejen na partnera, ale i na dítě. U nepřímého násilí dochází k psychickému týrání dítěte tím, že dítě je svědkem násilí páchaném na jiné osobě (typicky na jednom z rodičů). Děti, jež jsou svědky domácího násilí, projevují obvykle poruchy učení a mají problémy s chováním (pasivita nebo naopak útočnost). Pravidelně u nich dochází k pocitům viny a sebeodsuzování, stažení se do sebe, zlostnosti. Časté je u nich uchýlení se k drogám, alkoholu, nebo útěky z domova. Vedou samotářský styl života.

³ Bílá místa v péči o oběti domácího násilí, Analýza systému pomoci obětem domácího násilí s výstupy monitoringu domácího násilí v Jihomoravském kraji., Čechová, M., Čechová, J., Hořínková, A., Mrázková, Z., Persefona, Liga lidských práv

Potlačovaná agresivita může vést k sebepoškození. Malé děti trpí pomočováním nebo nespavostí. Dopadem domácího násilí na dítě může být také zvýšení pravděpodobnosti, že chlapci budou v partnerských vztazích následovat roli otce – násilníka a dívky zase roli matky – oběti.

Dne 20. listopadu 1989 byla v New Yorku přijata Úmluva o právech dítěte. Úmluva vstoupila v obecnou platnost na základě svého článku 49 odst. 1 dnem 2. září 1990. Dne 30. listopadu 2000 ji ratifikovalo již celkem 191 států (187 členských států OSN, 3 nečlenové OSN a Svatá stolice).

S Úmluvou vyslovalo souhlas i Federální shromáždění České a Slovenské Federativní Republiky a prezident České a Slovenské Federativní Republiky ji ratifikoval. Ratifikační listina byla uložena u generálního tajemníka OSN, deponitáře Úmluvy, dne 7. ledna 1991. V České a Slovenské Federativní Republice se stala závaznou nadzákonnou právní normou dnem 6. února 1991. Česká republika je Úmluvou vázána dnem svého vzniku, tedy od 1. ledna 1993.

Dle článku 19. Úmluvy:

Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, činí všechna potřebná zákonodárná, správní, sociální a výchovná opatření k ochraně dětí před jakýmkoli tělesným či duševním násilím, urážením nebo zneužíváním, včetně sexuálního zneužívání, zanedbáváním nebo nedbalým zacházením, trýzněním nebo vykořisťováním během doby, kdy jsou v péči jednoho nebo obou rodičů, zákonných zástupců nebo jakýchkoli jiných osob starajících se o dítě.

Tato ochranná opatření zahrnují podle potřeby účinné postupy k vytvoření sociálních programů zaměřených na poskytnutí nezbytné podpory dítěti a těm, jimž je svěřeno, jakož i jiné formy prevence. Pro účely zjištění, oznámení, postoupení, vyšetřování, léčení a následné sledování výše uvedených případů špatného zacházení s dětmi zahrnují rovněž podle potřeby postupy pro zásahy soudních orgánů.

Vláda ČR usnesením ze dne 3. září 2008 schválila Národní strategii prevence násilí na dětech v České republice na období 2008 - 2018 (dále jen "Strategie"). Cílem Strategie je na národní, regionální i místní úrovni zvýšit ochranu dětí před všemi formami násilí, ke které se státy zavázaly ratifikací Úmluvy o právech dítěte (článek 19). Strategie má za cíl odstranění roztržičnosti primárně preventivních programů a přispět tak ke zvýšení jejich efektivity. Strategie identifikuje 7 hlavních úkolů, k jejichž naplnění budou konkretizovány specifické cíle v národním akčním plánu. Česká vláda vypracováním Strategie realizuje doporučení Světové zprávy o násilí na dětech, přičemž uvedeným usnesením uložila ministryni pro lidská práva národnostní menšiny vypracovat do 31. prosince 2008 na období 2009 - 2010 Národní akční plán realizace Strategie, dále zajistit přípravu a realizaci

veřejné kampaně "STOP násilí na dětech" v rámci Strategie v roce 2009 a prezentovat Strategii ve všech krajích.⁴

Cílem Strategie je na národní, regionální i místní úrovni zvýšit ochranu dětí před všemi formami násilí, ke které se státy zavázaly ratifikací Úmluvy o právech dítěte (článek 19). Nedostatečná ochrana dětí před násilím inspirovala OSN ve spolupráci s WHO k vypracování Světové zprávy o násilí na dětech (dále jen „Světová zpráva“). K výsledkům Světové zprávy byla přijata doporučení k vypracování národních strategií prevence násilí na dětech, jejichž realizace by měla být respektovat naplňování zájmu dětí.⁵

V oblasti Evropy je klíčovým dokumentem doporučení Výboru ministrů Rady Evropy z roku 1985, č. (85)4, o násilí v rodině. Násilí je v uvedeném dokumentu definováno jako různá jednání nebo nekonání ohrožující život, psychickou nebo psychologickou integritu nebo svobodu osob nebo které vážně narušuje vývoj osobnosti. Státy, které jsou členy Rady Evropy, mají zejména povinnost zajistit, aby se obětem násilí v rodině dostalo mimořádné pomoci s cílem uspokojit okamžité potřeby, včetně ochrany proti odvetě pachatele. Dále se obětem násilí musí dostat lékařské, psychologické, sociální a materiální pomoci. Státy jsou povinny též zajistit poradenství k zabránění další viktimizace, poskytnout informace o právech oběti, dále i pomoc při získání účinné náhrady škody od pachatele, platby od pojišťovny, a pokud je to možné, náhrady od státu.

V rámci Evropské unie je třeba zmínit Rozhodnutí Evropského parlamentu a Rady č. 803/2004/ES ze dne 21. Dubna 2004, kterým se přijímá akční program Společenství (2004-2008) pro předcházení násilí páchanému na dětech, mladých lidech a ženách a jeho potírání a pro ochranu obětí ohrožených skupin (tzv. program Daphne II – navazuje na program Daphne ze dne 24. ledna 2000). Cílem programu je přispívat k vysoké míře ochrany proti násilí, včetně ochrany fyzického a duševního zdraví, páchaného na dětech, mladých lidech a ženách. Mezi další cíle patří pomoc nevládním organizacím a dalším organizacím činným v této oblasti. Program Daphne II je otevřen k účasti veřejným nebo soukromým organizacím a institucím (místním orgánům na příslušné úrovni, oddělením univerzit a výzkumným centřům) zabývajícím se předcházení násilí páchanému na dětech, mladých lidech a ženách a jeho potírání nebo ochranou proti takovému násilí nebo poskytování pomoci obětem. V rámci programu dochází k určování a výměně osvědčených postupů a pracovních zkušeností, ke vzniku návrhů

⁴ Usnesení Vlády ČR č. 1139/2008 k Národní strategii prevence násilí na dětech v České republice na období 2008 -2018.

⁵ Tamtéž.

didaktických materiálů a školení, provádění akcí ke zvýšení povědomí o násilí.

Na výše uvedený program navazuje program Daphne III zavedený rozhodnutím Evropského parlamentu a Rady č. 779/2007/ES ze dne 20. června 2007, kterým se na období let 2007-2013 zavádí zvláštní program pro předcházení násilí páchanému na dětech, mladých lidech a ženách a jeho potírání a pro ochranu oběti a ohrožených skupin.

VYKÁZÁNÍ NÁSILNÍKA ZE SPOLEČNÉHO OBYDLÍ DLE ZÁKONA O POLICII

Nový způsob řešení domácího násilí přinesla novela - zákon č. 135/2006 Sb., která do zákona o policii zakotvila nové oprávnění Policie ČR v podobě institutu vykázání. Od 1. ledna 2007 je policie oprávněna, zjistí-li, že se v daném případě jedná o domácí násilí, násilnou osobu ze společného obydlí vykázat. Od 1.1.2009 nabyl na účinnosti nový zákon o policii č. 273/2008 Sb., jenž právní úpravu institut vykázání převzal a přitom pozměnil tak, že vykázání není nadále správním rozhodnutím, nýbrž faktickým úkonem policisty ve formě ústního oznámení osobě násilné i ohrožené. Policista i tak ale musí namísto vyhotovit písemné potvrzení o vykázání a oběma uvedeným osobám jej předat.

Vykázání je ukládáno bez ohledu na případnou trestněprávní kvalifikaci jednání násilné osoby, tj. policie násilnou osobu vykáže vždy tehdy, zjistí-li, že se v dané věci jedná o případ domácího násilí.

Podmínky, za nichž smí policista přikročit k vykázání, jsou stanoveny v rámci ust. § 44 odst. 1 zákona o policii takto: Lze-li na základě zjištěných skutečností, zejména s ohledem na předcházející útoky, důvodně předpokládat, že se osoba dopustí nebezpečného útoku proti životu, zdraví anebo svobodě nebo zvláště závažného útoku proti lidské důstojnosti, je policista oprávněn vykázat tuto osobu z bytu nebo domu společně obývaného s útokem ohroženou osobou (dále jen „společné obydlí“), jakož i z bezprostředního okolí společného obydlí. Policista je oprávněn tuto osobu vykázat i v její nepřítomnosti.

Vykázání v sobě zahrnuje povinnost pachatele domácího násilí opustit byt nebo dům společně obývaný s útokem ohroženou osobou, jakož i z bezprostřední okolí společného obydlí, dále zdržet se styku nebo navazování kontaktu s ohroženou osobou, vydat policistovi na jeho výzvu všechny klíče od společného obydlí, které drží (ust. § 45 odst. 1 zákona o policii). Vykázaná osoba má právo vzít si před opuštěním společného obydlí zejména věci sloužící její osobní potřebě, osobní cennosti a osobní doklady, věci nezbytné pro její podnikání nebo pro výkon povolání (ust. § 45 odst. 2 zákona o policii). Uvedené právo může dále uplatnit ještě během

následujících 24 hodin od vstupu policisty, avšak jen jednou a jen, je-li policista přítomen. Policista poskytne vykázané osobě bez zbytečného odkladu informace o možnostech jejího dalšího ubytování a v souvislosti s tím nezbytnou součinnost. Při provádění úkonů souvisejících s vykázáním policista zajistí přítomnost nezúčastněné osoby; to neplatí, hrozí-li nebezpečí z prodlení.

Vykázání oznámí policista ústně vykázané i ohrožené osobě a vyhotoví potvrzení o vykázáni, které jim předá proti podpisu. Odmítne-li ohrožená nebo vykázaná osoba potvrzení o vykázáni převzít nebo odmítne-li písemně potvrdit jeho převzetí, policista tuto skutečnost uvede v úředním záznamu (ust. § 44 odst. 3 zákona o policii). Není-li vykázaná osoba vykázáni přítomna, poučení o jejích právech a povinnostech v souvislosti s vykázáni jí policista poskytne při prvním kontaktu (ust. § 44 odst. 4 zákona o policii).

Nesouhlasí-li vykázaná osoba s vykázáni, může proti němu na místě podat námitky, které policista uvede v potvrzení o vykázáni. Policista námitky předá bez zbytečného odkladu krajskému ředitelství příslušnému podle místa vykázáni. Vykázaná osoba může dále do 3 dnů ode dne převzetí potvrzení o vykázáni podat příslušnému krajskému ředitelství námitky písemně. Lhůta pro podání námitek počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy došlo k převzetí potvrzení o vykázáni a je považována za dodrženu, jsou-li námitky nejpozději v její poslední den předány k poštovní přepravě nebo podány u příslušného krajského ředitelství. O tomto právu policista vykázanou osobu poučí před předáním potvrzení o vykázáni (ust. § 44 odst. 5 zákona o policii). Shledá-li příslušné krajské ředitelství, že podmínky pro vykázáni nebyly splněny, vykázáni ukončí a o této skutečnosti vyrozumí ohroženou a vykázanou osobu bez zbytečného odkladu (ust. § 44 odst. 6 zákona o policii).

Do 24 hodin od vstupu policisty do společného obydlí zašle policista kopii úředního záznamu o vykázáni příslušnému intervenčnímu centru (ust. § 47 odst. 3 zákona o policii). Intervenční centrum zajistí, aby osobě ohrožené násilným chováním vykázané osoby byla nabídnuta pomoc nejpozději do 48 hodin od doručení kopie úředního záznamu o vykázáni intervenčnímu centru. Pomoc intervenčního centra sestává ze sociálně terapeutické činnosti, pomoci při uplatňování práv, oprávněných zájmů a při obstarávání osobních záležitostí, poskytnutí ubytování, poskytnutí stravy nebo pomoc při zajištění stravy (ust. § 60a zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách).

Dále v uvedené lhůtě zašle policista kopii úředního záznamu o vykázáni též soudu, který je příslušný k rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření podle občanského soudního řádu (viz dále). Pokud ve společném obydlí žije nezletilá osoba, zašle kopii úředního záznamu o vykázáni v této lhůtě i příslušnému orgánu sociálně-právní ochrany dětí.

Policista poučí ohroženou osobu o možnosti podání návrhu na vydání předběžného opatření podle občanského soudního řádu, možnosti využití psychologických, sociálních nebo jiných služeb v oblasti pomoci obětem násilí a následcích vyplývajících z uvedení vědomě nepravdivých údajů, k nimž policista při vykázání přihlíží (ust. § 46 zákona o policii).

Vykázání trvá po dobu 10 dnů ode dne jeho provedení. Tuto dobu nelze zkrátit ani se souhlasem ohrožené osoby. Podáním návrhu na vydání předběžného opatření podle občanského soudního řádu v průběhu vykázání se doba vykázání prodlužuje do dne nabytí právní moci rozhodnutí soudu o tomto návrhu (ust. § 44 odst. 2 zákona o policii).

V roce 2009 evidovalo 15 intervenčních center v České republice celkem 778 policejních vykázání, tedy mírný nárůst, ale stále pokles oproti prvnímu roku vykazování o 10 %. Čísla z resortu justice nejsou zatím k dispozici. Ze společného obydlí bylo v roce 2009 policií vykázáno celkem 780 násilných osob, z toho 16 žen. Nejčastěji byly vykázáním přerušeny násilné incidenty v rámci věkové kategorie 31 - 40 let. V roce 2009 bylo prostřednictvím policejního vykázání zajištěno bezpečí pro 762 bezprostředně ohrožených žen, 39 mužů a 911 dětí, celkem tedy bylo před dalšími možnými útoky blízké násilné osoby v minulém roce ochráněno 1712 osob.⁶

PŘEDBĚŽNÁ OPATŘENÍ DLE OSŘ

Vykázání dle policejního zákona je opatřením, jež chrání týranou osobou, jak plyne z výše uvedeného textu, pouze na omezenou dobu, a to 10 dnů. Chce-li oběť týrání zamezit útočníkovi v napadání i po uplynutí této doby, musí se obrátit na soud podáním návrhu na vydání příslušného předběžného opatření dle občanského soudního řádu. Podáním návrhu na předběžné opatření u soudu se doba vykázání nařízená policistou prodlužuje do dne nabytí právní moci rozhodnutí soudu o tomto návrhu (ust. § 44 odst. 2 zákona o policii). Občanský soudní řád zná dva typy předběžných opatření, jejichž cílem je poskytnutí předběžné obrany obětem domácího násilí: předběžné opatření ve věcech nezletilých dle ust. § 76a o.s.ř. a předběžné opatření ve věcech domácího násilí dle ust. § 76b o.s.ř.

- PŘEDBĚŽNÉ OPATŘENÍ VE VĚCECH NEZLETILÝCH (§ 76a o.s.ř.)

Předběžné opatření dle ust. § 76a o.s.ř. nařídí předseda senátu, pokud se nezletilé dítě ocitne bez jakékoliv péče (např. dítě nalezené, nebo dítě, jehož rodič zemřel apod.) nebo jsou-li jeho život nebo příznivý vývoj vážně

⁶ <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/novinky-nazory/vykazani-v-roce-2009/r17>

ohroženy nebo narušeny (tj. rodiče o dítě sice pečují, jde však o péči tak nedostatečnou). Předseda senátu předběžným opatřením nařídí, aby bylo na nezbytně nutnou dobu umístěno ve vhodném prostředí, které v usnesení označí. Vhodným prostředím se rozumí výchovné prostředí u osoby nebo zařízení způsobilého zajistit nezletilému dítěti řádnou péči s ohledem na jeho fyzický a duševní stav, jakož i rozumovou vyspělost a umožnit realizaci případných jiných opatření stanovených předběžným opatřením.

Osobu, které má být nezletilé dítě předáno do péče, soud zpravidla určí podle návrhu obce s rozšířenou působností a ve výroku usnesení ji přesně označí. Protože jde o předběžné opatření ve věci, v níž lze řízení zahájit i bez návrhu, není soud návrhem vázán a může určit i jinou k tomu vhodnou osobu.⁷

Príslušný pro rozhodnutí o návrhu na předběžné opatření je podle § 88 písm. c) o.s.ř. okresní soud, v jehož obvodu má nezletilý na základě dohody rodičů nebo rozhodnutí soudu své bydliště.

Při nařízení předběžného opatření nezletilý nemusí být zastoupen; nemá-li nezletilý zákonného zástupce nebo nemůže-li jej zákonný zástupce v řízení zastupovat z důvodu dle ust. § 37 zákona o rodině (tj. zejména je-li tu střet zájmů mezi dítětem a rodičem) ustanoví mu soud opatrovníka bezodkladně po provedení výkonu předběžného opatření (ust. § 76a odst. 3 o.s.ř.).

Předběžné opatření trvá po dobu jednoho měsíce od jeho vykonatelnosti; bylo-li však před uplynutím této doby zahájeno řízení ve věci samé, může soud předběžné opatření opakovaně prodloužit o jeden měsíc tak, aby celková doba trvání předběžného opatření nepřesáhla šest měsíců. Poté lze dobu trvání předběžného opatření výjimečně prodloužit jen tehdy, nebylo-li z vážných důvodů a objektivních příčin možné v této době skončit důkazní řízení ve věci samé (§ 76a odst. 4 o.s.ř.).

– PŘEDBĚŽNÉ OPATŘENÍ VE VĚCECH DOMÁCIHO NÁSILÍ (§ 76b o.s.ř.)

Zákonem č. 135/2006 Sb. došlo mimo jiné i k obohacení zákona č. 99/1963 Sb. – občanského soudního řádu (dále jen o. s. ř.) o ustanovení § 76b, jež dává předsedovi senátu možnost nařídit předběžným opatřením účastníku, proti kterému návrh směřuje, zejména, aby dočasně opustil dům či byt společně obývaný s navrhovatelem, jakož i jeho bezprostřední okolí, nebo do něj nevstupoval, případně aby se zdržel setkávání s navrhovatelem, dále nežádoucího sledování a obtěžování navrhovatele jakýmkoliv způsobem.

⁷ Drápal, L., Bureš, J. *akol. Občanský soudní řád I. § 1 až 200za. Komentář. 1. Vydání.* PrahaA: C.H. Beck, 2009, str. 450.

Podmínkou úspěšnosti uvedeného návrhu je zjištění okolnosti, že jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, je vážným způsobem ohrožen život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost navrhovatele (ust. § 76b odst. 1 o.s.ř.).

Předběžné opatření trvá jeden měsíc od jeho vykonatelnosti. Předcházelo-li rozhodnutí o návrhu na předběžné opatření vykázaní policistou, počíná měsíční doba vykázaní nařízené předběžným opatřením soudu plynout dnem následujícím po dni, v němž uplynula doba 10 dnů po provedení vykázaní policistou (§ 76b odst. 3 o.s.ř.).

Soud může na návrh navrhovatele prodloužit předběžné opatření, jen jestliže ještě před uplynutím jednoměsíční doby trvání předběžného opatření bylo zahájeno řízení ve věci samé. Přitom řízením ve věci samé bude takové řízení, jehož předmětem je řešení práv a povinností účastníků předběžného opatření k domu, bytu nebo jiné místnosti anebo jinému objektu, v němž účastníci mají (měli) společné obydlí, např. řízení o zrušení práva společného nájmu bytu, řízení o úpravu užívání společného bytu nebo domu, vyklizení domu, bytu nebo jiné místnosti apod.⁸

Soud při svém rozhodování o prodloužení trvání předběžného opatření vezme v úvahu zejména trvání stavu ohrožení navrhovatele, obsah a důvody podaného návrhu na zahájení řízení ve věci samé, majetkové či jiné poměry účastníků, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, na které se vztahuje předběžné opatření, a další rozhodné okolnosti. Předběžné opatření zanikne nejpozději uplynutím 1 roku od okamžiku jeho nařízení. Pokud navrhovatel neprokáže své majetkové či jiné poměry, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, může soud prodloužit dobu trvání předběžného opatření jen z důvodů zvláštního zřetele hodných (ust. § 76b odst. 4 o.s.ř.).

Rozhodnutí o návrhu předběžného opatření podle odstavce 1 není podmíněno předchozím vykázaním podle zákona o policii (ust. § 76b odst. 5 o.s.ř.).

Předběžné opatření je institut provizorní, po kterém by měla následovat řádná žaloba a projednání věci (viz výše uvedené příklady řízení ve věci samé).

TRESTNÍ POSTIH DOMÁCIHO NÁSILÍ

⁸ Drápal, L.; Bureš, J. a kol.: Občanský soudní řád I. – komentář, C.H.Beck, 1. vydání, 2009, str.458.

Vykonané domácí násilí může mít znaky některých trestných činů. Zákonodárce správně pochopil, že domácí násilí nelze účinně postihovat pouze na základě kriminalizace takových jednání jako je ublížení na zdraví, omezování či zbavení osobní svobody, vydírání, útisk, znásilnění, opuštění dítěte nebo svěřené osoby, ohrožování mravní výchovy mládeže, vraždy a dalších, a proto do trestního zákoníku zakotvil dvě skutkové podstaty dotýkající se úzce postihu domácího násilí (trestný čin týrání svěřené osoby dle ust. § 198 TZ a trestný čin týrání osoby žijící ve společném obydlí dle ust. § 199 TZ). Útoky pachatele zakládající domácí násilí by totiž v některých případech nenaplnovaly žádnou z existujících skutkových podstat (formální stránka trestného činu).

Kupř. k naplnění znaků skutkové podstaty úmyslného trestného činu ublížení na zdraví dle § 146 tr. zákona dochází až tehdy, kdy jde o takovou poruchu zdraví, která znesnadňuje postiženému obvyklý způsob života nebo výkon obvyklé činnosti anebo má jiný vliv na obvyklý způsob života postiženého, a to nikoliv jen po krátkou zcela přechodnou dobu (R 2/1996), za níž je v praxi považována doba sedmi dnů. K těmto důsledkům v mnoha případech nedochází, protože domácí násilí je zpravidla dlouhodobým fyzickým, psychickým či ekonomickým nátlakem, jehož intenzita v konkrétním okamžiku není vždy tak vysoká, aby odůvodňovala zahájení trestního stíhání.

Nicméně vzhledem k tomu, že domácí násilí je jednání, které týraná osoba pro jeho hrubost, bezohlednost nebo bolestivost pociťuje jako těžké příkoří, je zcela namístě, aby i toto zavrženíhodné počínání bylo trestně postihováno.

Již za účinnosti trestního zákona č. 140/1961 (od 1.1.1962) bylo trestně týrání svěřené osoby (viz § 215 starého TZ – „Kdo týrá osobu, která je v jeho péči nebo výchově...“). S účinností od 1.1. 1994 zákonodárce přidal k základní skutkové podstatě skutkovou podstatu kvalifikovanou. Zvlášť přitěžující okolností bylo spáchání činu zvlášť surovým způsobem nebo na více osobách, nebo pokračování v páchání takového činu po delší dobu. Trestní zákoník účinný od 1.1. 2010 uvedenou formulaci trestného činu týrání svěřené osoby převzal (viz ust. § 198 TZ) a doplnil o postih závažnějších následků s pojených s týráním (těžká újma na zdraví – viz odst. 2, písmeno b); těžká újma na zdraví nejméně dvou osob nebo smrt – viz nově doplněný odstavec 3).

Objektem trestného činu týrání svěřené osoby je zájem společnosti na ochraně osob, které vzhledem ke svému věku nebo z jiného důvodu (tělesnou vadu, duševní poruchu, nemoc) jsou v péči nebo výchově jiných. Péčí a výchovou se rozumí nejen výchova rodičů ve vztahu k nezletilým dětem, ale i jakákoli jiná péče a výchova. Základ péče nebo výchovy může spočívat v právním předpise (např. dítě je v péči svých rodičů), v soudním rozhodnutí (osoba zbavená způsobilosti k právním úkonům je v péči svého opatrovníka), pracovní smlouvě (dítě je po dobu vyučování v péči učitele či

po dobu sportování v péči trenéra, pacient je v péči ošetřovatelky), jakož i v konkludentních činech (bratranec fakticky pečuje o svou nemocnou sestřenicí, péči o dítě převezme fakticky na chvíli přítel rodičů).⁹

U dospělých osob je rozhodující jejich faktický stav, nikoliv např. okolnost, zda osoba byla zbavena způsobilosti k právním úkonům.¹⁰

Jednání pachatele spočívá v týrání. Pod tímto pojmem rozumíme takové jednání pachatele, které se vyznačuje zlým nakládáním, jež se vyznačuje vyšším stupněm hrubosti a bezcitnosti a určitou trvalostí, které postižená osoba pociťuje jako těžké příkoří. Trvalost pachatelova jednání je nutno posuzovat v závislosti na intenzitě zlého nakládání. Nevyžaduje se, aby šlo o jednání soustavné nebo delší dobu trvající. Může jít o zlé nakládání působením fyzických útrap, ale i o zlé nakládání v oblasti psychické (k různým podobám týrání viz výše).¹¹

K týrání svěřené osoby může dojít i opomenutím, tedy zanedbáním povinné péče, pokud svěřená osoba nebyla schopna sama se o sebe starat, např. pachatel nedal dítěti svěřenému jeho péči řádně najíst, zanedbal osobní hygienu dítěte apod.¹²

Z výše popsaných znaků trestného činu týrání svěřené osoby je patrné, že dle trestného činu týrání svěřené osoby nelze postihovat týrání, jemuž jsou vystaveny osoby, jež sdílejí s pachatelem stejné obydlí, avšak nejsou v jeho péči ani výchově. Může jít o manžela či manželku, registrovaného partnera, zletilé dítě, samostatného seniora, jinou osobu, jež obydlí s útočníkem společně sdílí. S účinností od 1.6. 2004 tak byla do dříve platného trestního zákona zavedena skutková podstata postihující násilí na osobách žijící s násilníkem ve společném obydlí – trestný čin týrání osoby žijící ve společném obydlí dle ust. § 199 TZ („Kdo týrá osobu blízkou nebo jinou osobu žijící s ním ve společně obývaném bytě nebo domě...“).

Spolu s uvedenou základní skutkovou podstatou platila od počátku též kvalifikovaná skutková podstata v odstavci 2, dle níž přitěžující okolností bylo (obdobně jako v případě trestného činu týrání svěřené osoby), že pachatel spáchal čin zvlášť surovým způsobem, nebo na více osobách, nebo pokračoval-li v páchání takového činu po delší dobu. Trestní zákoník účinný

⁹ Šámal, P.; Púry, F.; Rizman, R.: Trestní zákon – komentář, C.H.Beck, 6. vydání, 2004, str. 1268.

¹⁰ Jelínek, Jiří: Trestní právo hmotné, Praha: Leges, 2. vydání, 2010, str. 576.

¹¹ Šámal, P.; Púry, F.; Rizman, R.: Trestní zákon – komentář, 6. vydání, C.H. Beck, 2004, str. 1273.

¹² Tamtéž.

od 1.1. 2010 uvedenou formulaci trestného činu týrání svěřené osoby převzal (viz ust. § 199 TZ), toliko výraz „ve společně obývaném bytě nebo domě“ nahradil obecnějším „obydlí“. Dále (obdobně jako u trestného činu týrání svěřené osoby) doplnil postih závažnějších následků spojených s týráním (těžká újma na zdraví – viz odst. 2, písmeno b); těžká újma na zdraví nejméně dvou osob nebo smrt – viz nově doplněný odstavec 3).

Tato skutková podstata vystihuje jev domácího násilí lépe, neboť postih násilí podmiňuje toliko okolností, že obětí je osoba žijící s pachatelem ve společném obydlí. Jak bylo již výše uvedeno, jako správný se jeví názor (J. Jelínek), že násilí páchané pachatelem předmětného trestného činu nemusí být nutně pácháno v rámci společného obydlí. Společné obydlí je tu nutné chápat nikoliv jako obligatorní místo spáchání trestného činu, nýbrž jako součást charakteristiky určující zvláštní vztah mezi pachatelem a obětí.¹³

Pojem obydlí je nutno vykládat ve shodě s výkladem tohoto pojmu při vymezení trestného činu porušování domovní svobody (§ 178 TZ), tedy ke spáchání předmětného trestného činu může dojít nejen v domě či bytě, ale nepochybně též v hotelovém pokoji, pokoji na ubytovně, studentské koleji apod.

Nepřekažení nebo neoznámení trestného činu týrání svěřené osoby (§ 198) je trestné dle ust. § 367 a § 368 trestního řádu. Důvodem je skutečnost, že poškozený tímto trestným činem často vzhledem ke svému věku, mentální úrovni nebo závislosti na pachateli není schopen sám čin oznámit.¹⁴ Na druhou stranu však není trestné neoznámení či nepřekažení trestného činu týrání osoby žijící ve společném obydlí (§ 199). Důvodem je, že pro vnějšího pozorovatele je někdy obtížné rozpoznat, zda už se jedná o týrání, či zda jde pouze o partnerské problémy, u nichž nelze říci, že má někdo "navrch".¹⁵

Trestní stíhání pro oba výše uvedené trestné činy, v případě, že poškozený (týraná osoba) by měl jakožto svědek právo odepřít vůči pachateli výpověď, nevyžaduje souhlas poškozeného (§ 163 TZ).

DALŠÍ MOŽNOSTI POMOCI PŘI DOMÁCÍM NÁSILÍ

¹³ Jelínek, Jiří: Trestní právo hmotné, Praha: Leges, 2. vydání, 2010, str. 578.

¹⁴ Šámal, Pavel: K novele trestního zákona III. Zvláštní část trestního zákona, Všechno, 1994, č. 1, str. 10.

¹⁵ Langhansová, Hana: K novému paragrafu v trestním zákoně, Via Iuris, 2003, č. 6, str. 4.

Vedle výše uvedených právních instrumentů lze využít i pomoc výše zmíněných intervenčních center, jež musí být poskytnuta i na základě žádosti osoby ohrožené násilným chováním jiné osoby obývající s ní společně obydlí, tedy i bez předchozího úkonu vykazání provedeného policistou (ust. § 60a zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách). Postižené osoby se tedy mohou obracet na intervenční centra přímo (tzv. z ulice). Mezi základní služby, které intervenční centrum poskytuje, patří sociálně terapeutické činnosti a pomoc při uplatňování práv, oprávněných zájmů a při obstarávání osobních záležitostí. Osobám ohroženým je také zprostředkována následná pomoc (sociální, psychologické, právní povahy, a případně zprostředkování ubytování v azylových domech). Nyní existuje celkem 15 krizových center, v každém kraji a Hlavním městě Praha alespoň jedno.

Oběti domácího násilí se mohou také samy obrátit na neziskové organizace poskytující pomoc obětem domácího násilí. Profesionální pomoc nejen obětem domácího násilí, ale všem obětem trestné činnosti poskytuje např. BÍLÝ KRUH BEZPEČÍ je občanské sdružení podle zákona č. 83/1990 Sb. Jeho náplní je bezprostřední, bezplatná, odborná a diskrétní pomoc obětem v síti poraden formou morální, psychologické a právní pomoci. Dále zvyšuje informovanost občanů i veřejné správy o problémech obětí trestné činnosti, tím, že pořádá přednášky, semináře, provádí publikační činnost a vystupování v médiích zaměřené na zvýšení právní výchovy a informovanosti. Zabývá se též zpracováním a předkládáním podnětů k zákonodárným iniciativám, spoluprací při tvorbě zákonů od věcného záměru. Bílý kruh bezpečí provozuje také telefonickou linku s nepřetržitým provozem pro oběti domácího násilí – DONA linka, jejíž pracovníci (specialisté na problematiku domácího násilí) poskytnou volající oběti informace o možnostech řešení, rady a kontakty na další služby pomoci.¹⁶

Občanské sdružení STŘEP, o.s., - České centrum pro sanaci rodiny, se od roku 1995 věnuje sanaci ohrožených rodin s dětmi, jejichž vývoj je ohrožen v důsledku různé míry zanedbávání péče. V těchto rodinách poskytuje sociálně aktivizační služby pro rodiny s dětmi nebo vykonává sociálně-právní ochranu dětí v rozsahu daném pověřením. Dále se věnuje prosazování zájmů ohrožených rodin s dětmi na legislativní úrovni, rozvoji metodik a jejich zavádění do praxe, publikační a nebo vzdělávací činnosti.

Dětské krizové centrum, o.s., se zabývá již od roku 1992 jako specializované pracoviště odbornou pomocí týraným, zneužívaným a zanedbávaným dětem v ČR. Zajišťuje komplexní psychosociální pomoc dětem, dospívajícím a jejich rodinám, vykonává sociálně právní ochranu

¹⁶ <http://www.mvcr.cz/clanek/domaci-nasili-institut-vykazani-a-dalsi-informace.aspx>

děti, dále poskytuje tyto sociální služby: krizová pomoc, sociálně aktivizační služby pro rodiny s dětmi a telefonická krizová pomoc.

K dalším neziskovým organizacím zabývajícím se pomocí obětem domácího násilí patří též občanské sdružení ROSA – centrum pro týrané a osamělé ženy (poradenství, azylové bydlení), dále proFem o.p.s., konzultační středisko pro ženské projekty (právní rady) anebo občanské sdružení PERSEFONA, o.s.

Literature:

- Jelínek, Jiří: Trestní právo hmotné, Praha: Leges, 2. vydání, 2010, str. 576, 578
- Bílá místa v péči o oběti domácího násilí, Analýza systému pomoci obětem domácího násilí s výstupy monitoringu domácího násilí v Jihomoravském kraji., Čechová, M., Čechová, J., Hořínková, A., Mrázková, Z., Persefona, Liga lidských práv
- Usnesení Vlády ČR č. 1139/2008 k Národní strategii prevence násilí na dětech v České republice na období 2008 -2018.
- <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/novinky-nazory/vykazani-v-roce-2009/r17>
- Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. § 1 až 200za. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, str. 450
- Drápal, L.; Bureš, J. a kol.: Občanský soudní řád I. – komentář, C.H.Beck, 1. vydání, 2009, str.458.
- Šámal, P.; Púry, F.; Rizman, R.: Trestní zákon – komentář, C.H.Beck, 6. vydání, 2004, str. 1268.
- Šámal, P.; Púry, F.; Rizman, R.: Trestní zákon – komentář, 6. vydání, C.H. Beck, 2004, str. 1273.
- Šámal, Pavel: K novele trestního zákona III. Zvláštní část trestního zákona, Všehrd, 1994, č. 1, str. 10.
- Langhansová, Hana: K novému paragrafu v trestním zákoně, Via Iuris, 2003, č. 6, str. 4.

- <http://www.mvcr.cz/clanek/domaci-nasili-institut-vykazani-a-dalsi-informace.aspx>
- Martinková, M. Fyzické domácí násilí v oblasti hl. m. Prahy v roce 1999. Kriminologické aspekty, Praha : IKSP, 2001
- Prokop, M. a kol. Právní ochrana dětí a obětí domácího násilí, Brno: Ekologický právní servis, 2000.
- Prokopová, H. Statistika domácího násilí. In Domácí násilí záležitost nikoli soukromá. Praha: Koordinační kruh prevence násilí na ženách 1997, str. 15-18
- Střílková, P., Fryšták, M. Vykázání jako prostředek ochrany před domácím násilím 1. Vydání, KEY Publishing s.r.o., 2009
- Vaněk, J. Přístup k řešení domácího násilí - prevence, či represe. In Trestně procesní činnost policejních orgánů (aktuální problémy). Praha: Policejní akademie ČR 2007, str. 120-129
- Vykopalová, H. Násilí v rodině. Kriminalistika, 2001
- Zapletal, J. Kriminologické aspekty "domácího násilí". Kriminalistika, 1997

Contact – email

jana.navratilova@ak-nbn.cz

DOMÁCE NÁSILIE Z POHLĀDU ADVOKĀTA

BRONISLAVA PAVELKOVĀ

Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta práva, Bratislava, Slovensko

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

N/A

Abstract

N/A

Key words

N/A

Téma tohto príspevku predstavovala pre mňa ako prednášajúceho výzvu najmä s ohľadom na potrebu nájsť nový uhol pohľadu na problematiku domáceho násilia, úplne odlišný od uhla pohľadu, ktorý svojim poslucháčom prezentuje vedecký a výskumný pracovník. Vedecká práca vychádza z analýzy právnej úpravy, hľadania jej nepresností a formulovania záverov de lege ferenda. Advokát však neformuluje závery a zmyslom jeho práce nie je odhaľovať vady právnej úpravy. Nepomôže to riadnemu výkonu jeho práce. On musí „za pochodu“ pracovať s takou právnou úpravou, aká je aktuálne k dispozícii a využívať ju v záujme klienta. Nemôže rezignovať na aplikáciu vadného zákona.

Zároveň chcem zúžiť tému príspevku len na uhol pohľadu civilného advokáta, teda takého, ktorý sa pri advokátskej praxi venuje výlučne súkromnému právu. Príspevok úplne opomína uhol pohľadu, ktorý v problematike domáceho násilia vidí advokát, venujúci sa trestnému právu, nakoľko táto matéria je sama osebe príliš široká na samostatné vystúpenie.

Ktoré subjekty domáceho násilia teda môžu byť potencionálnym klientom civilného advokáta? Do úvahy prichádza zastupovanie obetí domáceho násilia, zastupovanie útočníkov a zastupovanie osôb obviňovaných z násilia. Podľa predpisov Slovenskej advokátskej komory neexistuje povinnosť advokáta prípad prevziať. Dôvod odmietnutia by však nemal spočívať v skutočnosti, že sa mu morálne prieči určitého klienta zastupovať. Ak advokát po prevzatí prípadu, to znamená počas zastupovania zistí, že klient mu pri opise prípadu „modifikoval“ realitu, môže zastupovanie vypovedať z dôvodu straty dôvery¹. Jeho rozhodnutie však komplikuje skutočnosť, že

¹ § 5 ods. 3 posledná veta Advokátskeho poriadku

advokát sám bez súhlasu klienta nemôže aktívne preverovať pravdivosť alebo nepravdivosť tvrdení klienta² ani dôkazov, ktoré mu klient predloží na použitie³. Takže je vylúčené, aby aktívne vyhľadával pravdu, ktorá by mu mohla uľahčiť rozhodnutie o tom, či zastupovanie prevezme alebo nie. Táto morálna dilema sa môže týkať jednak zastupovania osôb, ktoré sa prezentujú ako obeť domáceho násillia, ale aj osôb, ktoré sú obviňované z toho, že násillie v rodine realizujú. Samozrejme nemožno vylúčiť ani variantu, podľa ktorej advokát nebude mať zábrany zastupovať klienta bez ohľadu na akékoľvek zistenia. Jediné, čo advokát riskuje v prípade, ak prevezme zastupovanie násillníka, je jeho dobré meno. Spektrum klientov charakterizuje osobu advokáta a formuje názor sudcov na advokáta a výkon jeho činnosti. Podobne potom názor sudcov na právneho zástupcu formuje ich náhľad na klienta a kauzu. Z hľadiska predpisov stavovskej organizácie je právo advokáta prijať poverenie na zastupovanie obmedzené povinnosťou dbať pri rozhodovaní o zastúpení na to, aby nedošlo k znížovaniu dôstojnosti advokátskeho stavu. Zároveň možno pri zastupovaní použiť len prostriedky, ktoré sú v súlade so všeobecne záväznými prepismi, dobrými mravmi a zásadami slušného správania sa⁴.

Čo je potom morálnou povinnosťou advokáta v prípade, ak vidí, že potencionálny klient je násillník s nesprávnym vzorcom správania alebo „falošná“ obeť? Nemôže ňou byť povinnosť plnú moc vypovedať, resp. odstúpiť od zmluvy o zastupovaní, pretože každý má právo na obhajobu a právo na právne zastúpenie. Takúto povinnosť by bolo možné vyvodíť len vtedy, ak by zastupovanie znížovalo dôstojnosť advokátskeho stavu, čo však je prakticky ťažko predstaviteľné. Vystáva otázka, či je morálnou povinnosťou advokáta upozorniť klienta na prípadné negatívne aspekty alebo následky jeho správania. Samozrejme za predpokladu, že ich advokát dokáže rozoznať a správne vyhodnotiť. Žiaden z uvedených prípadov predpisy stavovskej organizácie neriešia a zostáva výlučne v kompetencii advokáta, ako sa rozhodne o ďalšom postupe. Každopádne však platí povinnosť advokáta využívať na prospech klienta všetky svoje vedomosti a skúsenosti, skutkové a právne argumenty a možnosti dané právnym

² § 5 ods. 3 Advokátskeho poriadku: „Advokát nie je oprávnený bez súhlasu klienta overovať pravdivosť alebo úplnosť skutkových informácií poskytnutých klientom. Ak má o ich pravdivosti alebo úplnosti dôvodné pochybnosti, poučí klienta o možných právnych dôsledkoch takto získanej informácie; možnosť odstúpiť od zmluvy o poskytovaní právnych služieb nie je tým dotknutá.“

³ § 5 ods. 1 Advokátskeho poriadku: „Pri poskytovaní právnych služieb je prvoradý záujem klienta.“

⁴ § 2 ods. 4 Advokátskeho poriadku

poriadkom⁵, ako aj povinnosť chrániť v prvom rade záujem klienta, ktorého oprávnené záujmy majú prednosť pred inými záujmami advokáta, ako aj pred jeho ohľadom na iných advokátov⁶. Tieto pravidlá stavajú základný rámec pre výkon povolania advokáta.

Ďalšou súvisiacou problematikou je okruh káuz, ktoré sa týkajú domáceho násillia. Môžu mať rozličnú podobu a formy. Najčastejšie je domáce násillie stotožňované s fyzickým, resp. psychickým násillím medzi dospelými partnermi. Niekedy však násillie nemá len takúto exaktnú formu. Osobitným druhom násillia v rodine je ekonomické násillie medzi manželmi, realizujúce sa napríklad nerovnomernou životnou úrovňou, zanedbávaním vyživovacej povinnosti, obmedzovaním prístupu k spoločnému majetku apod. Toto predstavuje celé množstvo potencionálnych káuz, ktoré bude potrebné riešiť. Násillie v rodine predstavuje tiež manipulácia psychiky dieťaťa, jeho podrobovanie psychického tlaku, ohrozovanie jeho riadneho vývinu syndrómom zavrhnutého rodiča v poručenských konaniach, vedených v súvislosti s rozhodovaním o zverení do osobnej starostlivosti alebo o úprave styku s dieťaťom. Samozrejme, časť agendy predstavujú aj prípady vylúčenia z užívania spoločného bytu alebo domu, v ktorých žaloba smeruje proti agresorovi – spoluvlastníkovi, resp. spolunájomcovi bytu.

Z tohto uhla pohľadu možno skonštatovať, že – napriek niekoľkým doplneniam právnej úpravy ochrany pred domácim násillím, eviduje aplikačná prax mnoho vážnych medzier. Veľmi konkrétnym príkladom môže byť prípad z Banskej Bystrice, kde paradoxne obeťou domáceho násillia je rodič a starí rodičia a jeho páchatelom plnoleté dieťa. S medzigeneračným násillím súkromné právo výslovne nepočíta vôbec. Občiansky zákonník chráni pred domácim násillím spoluvlastníka nehnuteľnosti v BSM, resp. spoločného nájomcu. Podľa ust. § 146 ods. 2 a § 705a môžu byť tieto osoby „vykázané“ súdom z užívania veci, ak vytvorili prostredie neznesiteľné pre spolužitie v spoločnom byte alebo dome násillným správaním voči manželovi alebo inej blízkej osobe. Dieťa však žije v domácnosti s rodičom len na základe práva bývania, ktoré sa odvodzuje od súhlasu vlastníka (vlastníkov veci) a ktoré vzniklo v čase, keď rodinná situácia (vek, odkázanosť i správanie dieťaťa) boli diametrálne odlišné. Jednoduchá argumentácia by nabádala k záveru, že rodič svoj súhlas s bývaním dieťaťa v takomto prípade odvolá a tento právny úkon stačí k tomu, aby dieťaťu právny titul bývania zanikol a bolo povinné byt opustiť. Prax to však zďaleka nechápe takto jednoducho. Prvým problémom môže byť naplnenie požiadavky, aby súhlas odvolali obaja spoluvlastníci, ak je byt (dom) v bezpodielovom spoluvlastníctve manželov. Za predpokladu, že rodičia spolu riadne žijú ako manželia, by táto skutočnosť

⁵ § 2 ods. 1 Advokátskeho poriadku

⁶ § 5 ods. 1 Advokátskeho poriadku

nemusela predstavovať vážnejší problém. Ak však ide o rozvrátenú rodinu, potom je pravdepodobné, že druhý z rodičov nebude postupovať proti vadnému správaniu dieťaťa, práve naopak – naplňajúc ciele vlastnej „pomsty“ druhému manželovi bude dieťa v agresívnom správaní podporovať napríklad aj vytváraním priestoru na agresiu. Preto svoj súhlas s bývaním neodvolá. Navyiac ani v prípade, ak súhlas jediného vlastníka nehnuteľnosti, resp. oboch spoluvlastníkov bude platne odvolaný, nemusí to rodičom zaručiť, že dieťa – agresor bude povinné domácnosť opustiť. Judikatúra totiž chráni právo dieťaťa bývať „u svojich rodičov“ i po plnoletosti, pričom argumentuje spoluzodpovednosťou rodičov za výchovu dieťaťa a najmä jej výsledok. Názory sudcov potom nie sú vôbec jednotné a o žalobe rodičov na „vypratanie“ nehnuteľnosti dieťaťom by v takomto prípade rozhodli rôzne – od zamietnutia žaloby z dôvodu, že dieťa nemá žiadny titul bývania až po výrok, ktorým by súd povinnosť vypratať uložil. Táto právna neistota odrážajúca vlastný názor konkrétneho konajúceho sudcu destabilizuje postavenie advokáta pri riešení prípadu. Akékoľvek vysvetľovanie totiž v klientovi neodstráni pochybnosti o kompetentnosti advokáta, ktoré naznačí sudca pri vyhlasovaní rozsudku napríklad tým, že vec označí ako „žalovanú nesprávnym spôsobom“

Ďalším problémom eliminácie domáceho násillia je fakt, že zákon neposkytuje ochranu pred násillím vlastníka nehnuteľnosti, v ktorej rodina býva. Konkrétne v prípadoch, keď je rodinné obydlie výlučným vlastníctvom len jedného manžela. Napriek európskym prameňom⁷ (s aspoň morálnou záväznosťou) sú práva manžela – nevlastníka chránené len veľmi slabo. Slovenská prax je pomerne jednoznačná, pokiaľ sa týka odpovede takémuto manželovi, postihnutému rodinným násillím: „Odstáhujte sa. Nie ste tam doma, je to jeho byt alebo dom. Nemôžte nič urobiť“. Zotrvávanie v takejto domácnosti majú súdy, resp. orgány činné v trestnom konaní ešte tendenciu chápať ako „provokovanie“, v lepšom prípade „koledovanie si“ o násillie. Vôbec neberú do úvahy fakt, že druhý manžel nemusí byť schopný zabezpečiť si bývanie inak a to napríklad z dôvodu nedostatku finančných prostriedkov. Alebo nechce rodinné obydlie opustiť kvôli deťom, ktoré nemôžu alebo nechcú opustiť druhého rodiča. Judikatúra sa už v roku 1978 vysporiadala s právnym titulom, na základe ktorého je jeden z manželov za trvania manželstva oprávnený užívať na bývanie nehnuteľnosť vo vlastníctve druhého manžela⁸ a to tak, že z ustanovenia o povinnosti manželov žiť spolu, uspokojovať spolu potreby rodiny a vyživovať sa navzájom možno vyvodíť povinnosť manžela – vlastníka nehnuteľnosti užívanie svojho domu alebo bytu druhému manželovi, resp. rodine ako celku. Avšak titul bývania zanikne so zánikom manželstva a vlastník

⁷ Odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy o právach manželov, týkajúcich sa využívania rodinného bytu a užívania zariadenia domácnosti č. 15/1981.

⁸ R 14/1978

nehnuteľnosti sa potom môže domáhať vypratania domu alebo bytu podľa ust. § 126 ods. 1 Občianskeho zákonníka. Právo bývania ale prax nestotožňuje s právom bývať nerušene a pokojne. Pokiaľ aj súdy akceptujú povinnosť vlastníka nehnuteľnosti strpieť užívanie rodinného obydľia druhým manželom, neposkytuje mu tento právny titul ochranu pred násilím zo strany vlastníka, ktorý nemôže byť vykázaný zo svojho vlastného domu alebo bytu v prospech nevlastníka. Takúto širokú ochranu právny poriadok neposkytuje proti vlastníkovi nikomu.

A v prípade, ak manžel – ktorý je výlučným vlastníkom domu resp. bytu tvoriaceho rodinné obydľie, vyhodí druhého manžela z tohto domu alebo bytu, neexistuje možnosť ani zabezpečiť „vyhodenému“ manželovi právo vziať si v krátkom časovom slede svoje osobné veci. Predbežné opatrenia s týmto obsahom súdy zamietajú dôvodiac „možnosťou prejedikovať v takomto prípade vydaním predbežného opatrenia rozhodnutie vo veci samej alebo ochranou vlastníctva“. Je logické, že práva bývania sa v takomto faktickom stave už nebude domáhať nikto. Súdy by ho ani nepriznali, vlastnícke právo totiž chápu ako prioritné a na tento ich postoj nemá príliš vplyv ani inak správna a logická argumentácia., že život, zdravie a súkromie Ústava SR chráni v článkoch, ktoré predchádzajú článku 20 (venovanému vlastníctvu) a teda je logické, že právny poriadok uprednostňuje tieto osobnostné práva pred najširším vecným právom. Navyiac sa do rozhodovania sporov v súvislosti s domácim násilím mnohokrát premieta názor o spolupričinení obeť.

Najväčším praktickým problémom ochrany pred domácim násilím je ale unesenie dôkazného bremena v konaní pred súdom. Domáce násilie sa nepácha verejne. Nebýva zachytené na kamerách, pokiaľ má svedkov, potom sú to buď deti alebo iní rodinní príslušníci, ktorých „vierohodnosť“ býva v konaní logicky spochybňovaná druhou stranou. Lekárska správa o ošetrení konštatuje existenciu alebo intenzitu poranení, nie ale ich páchatel'a, resp. spôsob vzniku. Výrečným dôkazným prostriedkom je spôsob správania sa účastníka na pojednávaní, ktorý má súd tiež zohľadniť ako dôkaz. Advokátovi často nezostáva iné, než vystupovať tak, aby protistranu k agresii vyprovokoval. Riskuje pritom sám, pretože agresor následne môže obrátiť útoky aj voči nemu. Protistrany v konaní často využívajú možnosť sťažovať sa na postup alebo osobu advokáta podľa disciplinárneho poriadku Slovenskej advokátskej komory. Podľa týchto predpisov komora so sťažnosťou protistrany nakladá rovnako ako so sťažnosťou klienta a to bez ohľadu na jej obsah. Oddelenie sťažností SAK prijíma, eviduje a zabezpečuje vybavovanie sťažností podaných na advokátov a zabezpečuje, aby bol sťažovateľ o postupe vybavovania sťažností vyrozumiený. Na účel posúdenia dôvodnosti sťažnosti je oddelenie sťažností oprávnené vyžiadať si od advokáta potrebné podklady a vyjadrenia⁹ a to v krátkych, obvykle 7 dňových lehotách. Advokát tak

⁹ § 2 ods. 1 Disciplinárneho poriadku SAK

často na úkor práce v prospech iných klientov márne čas vyjadrovaním sa k sťažnosti protistrany, ktorá za vadný výkon jeho práce považuje akékoľvek kroky, ktoré v prospech svojho klienta urobil. Pokiaľ sa advokát v určenej lehote nevyjadrí, považuje sa to za neposkytnutie súčinnosti¹⁰ a následne disciplinárny priestupok advokáta. V dôsledku aplikácie týchto pravidiel - najmä v dôsledku nedôsledného oddelenia nakladania so sťažnosťami klientov a sťažnosťami protistrán - chýba pri výkone advokátskej činnosti podpora stavovskej organizácie. Preto v konečnom dôsledku ubúda advokátov, ktorí by boli ochotní zastupovať v kauzách rodinného násillia a to bez ohľadu na to, či sú agresormi partneri, deti, rodičia. Obchodné spory, resp. iné klasické majetkové spory totiž evokujú omnoho menšie emócie než rodinné právo a rodinnoprávne vzťahy vôbec, nehovoriac o vzťahoch, naštrbených agresiou a domácim násillím.

Súčasný právny stav teda tak z hľadiska ustanovení hmotného a procesného práva, ale i z hľadiska aplikácie predpisov stavovskej organizácie advokátov svedčí skôr v neprospech prevzatia zastupovania vo veciach domáceho násillia. Pragmaticky vzaté – pripraviť zmluvu o prevode nehnuteľností je omnoho jednoduchšie, než pustiť sa do boja s domácim agresorom.

Contact – email

advokat@pavelkova.sk

¹⁰ § 2 ods. 4 Disciplinárneho poriadku SAK

MEANS OF PUNISHING DOMESTIC VIOLENCE UNDER THE NORMS OF THE ROMANIAN CRIMINAL CODE

RUXANDRA RĂDUCANU

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova,
Romania

Abstract

In order to prevent and sanction domestic violence more effectively, the Romanian Criminal Code has been subject to major changes. These changes refer to the fact that certain offences are more severely punished when committed against family members and there are new regulations concerning a new safety measure, namely the interdiction for the offender to get back to the family domicile for a certain period. These new provisions have caused a decrease in the rate of domestic violence, but the legislation still has gaps leading to unpunished domestic violence cases.

Key words

Offence; safety measure; domicile.

Domestic violence became subject to public debate in Romania after 1995 only. The discussion started from the analysis of the abandoned child situation, continuing with the observance of the family confronted with social problems, and, by identifying these issues, going on with the recognition of the existence of the domestic violence phenomenon. At that time, the Romanian Criminal Code did not contain such norms as to make direct reference to the domestic violence cases. Thus, the possibility to intervene was limited and depended on the way in which the governmental institutions enforced these provisions.

The Romanian Criminal Code that came into force in 1969 does not contain a distinct category of offences with regard to domestic violence. But as a consequence of the alarming increase of violence cases within families, there was an urgent need for amendments in the Criminal Code. Thus, the Criminal Code was altered by Law 197/2000, introducing for the first time the term "family member" and incriminating as aggravated forms of such offences the circumstances under which such an act is committed against a family member. These aggravated forms which are commonly found for instance in the case of offences against bodily integrity, constitute special aggravating circumstances applicable only in the case of those acts for which they are stipulated as aggravated forms. The same law provided a general aggravating circumstance which can be applied for any offence and which leads to the aggravation of the punishment in case the act is committed by violence against the members of the family.

So the purpose of these changes was to establish an aggravation of the sanction provided with regard to the persons who commit violent acts against the members of their families, acts causing physical or psychological pain.

As far as procedural aspects are concerned, it is legally possible to start the criminal trial also "ex officio" in the case of offences against health and bodily integrity when the victim is a family member. For such acts, in order to refer the matter to the judicial bodies it is necessary that the victim of the offence should file a preliminary petition first. If he or she is a member of the same family as the doer, the law-maker provided in a distinct manner the possibility to start the prosecution ex officio as well. The reason for such an exception resides, on the one hand, in the close relationship that exists between the doer and the victim and, on the other hand, in the fear, intimidation of the victim, which can be reasons that prevent him or her from filing a preliminary petition in case he or she is aggressed by the doer.

Only in 2003 was a law regulating domestic violence adopted. This law defines the term of "violence within the family" as any physical or verbal act committed against another member of the same family, causing physical, psychological, sexual pain or material damage. At same time, the prevention of a woman from exercising her fundamental rights and freedoms is assimilated to the notion of domestic violence.

This law does not determine a distinct category of offences with regard to domestic violence. The provisions of the Criminal Code, as well as the acts of physical or verbal violence committed against a family member are aimed at. For the interpretation of the "family member notion", one should also take into account the provisions of the Criminal Code stipulating that a family member refers to "the spouse or close relative, if the latter lives and keeps the same house as the doer". So, if we make reference to the close relative, the condition for the existence of the family member status is that he or she should live together with the doer. As for the spouse, the law-maker does not impose the condition of living together with the doer, considering that the norms regarding domestic violence are also applicable if one of the spouse is the victim of a physical or verbal abuse committed by the other spouse even if the husband and wife are actually separated and live apart.

From the standpoint of security measures for the protection of the victims of domestic violence offences, Law 217/2003 provides that during the prosecution or judgment the court may - at the request of the victim or ex officio, whenever there is clear indication or evidence that a family member committed an act of violence causing physical or psychological pain against another member - decide, with a provisional character, either the security measure of forced medical cure, or the security measure of medical hospitalization, as well as the measure of prohibiting the return to the family's domicile.

If we refer to the measure of prohibiting the return to the family's domicile for a limited period of time, this measure was introduced in the Criminal Code along with its modification in 2000, in an attempt to offer protection to the victims of domestic violence and, at the same time to prevent the commission of similar acts. This security measure can be decided only at the request of the injured party if the following conditions are met:

- the offender should be sentenced to at least 1 year imprisonment, for battery or any other type of violent acts causing physical and psychological pain committed against the members of the family;
- the court should appreciate that the presence of the sentenced person in the family's domicile represents a serious threat to the other members of the family.

Thus, this measure may be taken only following the sentence of the aggressor to at least 1 year punishment which deprives him of liberty and if he represents a serious threat to the other members of the family. But, until the aggressor has been sentenced, there is no other protection measure that the victim can benefit from. The Romanian legislation does not provide a temporary preventive measure, which might aim at the provisional protection of a person against any injury, by instituting an interdiction, namely that another person should not approach the former, or his home, work place or contact him by any means.

As a consequence, the security measures stipulated by the law at present cannot remove the immediate jeopardy that the victims of domestic violence are subject to. Moreover, there are no preventive protection measures, which might perform this role, the preventive arrest being subject to some restrictive conditions, thus inapplicable in most of the domestic violence cases.

Neither Law 217/2003 on the prevention and combating of domestic violence, nor any other normative act can ensure effective protection to the victims of such violence. In the absence of appropriate measures, the victims of domestic violence have to live together with the family aggressor, even if they decide to start a legal action.

As for the means of informing the judicial bodies, in most cases the prosecution of the offender depends on a petition filed by the injured person, an obligatory condition for starting the criminal trial. This is the reason why many of the domestic violence cases do not come before a court so as to be judged: on the one hand, the fear of the injured persons, fear preventing them from filing a petition, and on the other hand, the material or emotional dependence that relates them to the aggressor, constitute an obstacle for starting the criminal trial. Regardless of the motivation, the law-maker should also have taken into account the vulnerability of the victim of such

an offence and should have predicted the possibility of the judicial bodies to act in such cases independently of the will of the injured person.

The reconciliation of the parties also removes criminal liability in the provided situations occurring as exceptions, in which the prosecution starts *ex officio*. This reconciliation equals the end of the criminal trial and non-sanctioning of the aggressor and constitutes a cause annihilating the effect aimed at by the law-makers when they provided the beginning of the criminal trial at the initiative of the judicial bodies.

As a consequence, the shortcomings of the present regulations and non-existence of actual, effective measures that should ensure the protection of the victim and remove the imminent danger in the case of domestic violence, have led to some proposals of modifying the legislation and a project of altering Law 217 of 2003.

The main amendment aims at regulating some special security measures which can be taken in the case of the commission of domestic violence acts: the restrain order and interdiction order.

The measure regarding the restrain order may be taken in either of the following situations:

- a) there are data or clear indication which justify the fear that the doer or defendant will commit another offence against the victim or other family members;
- b) the stay of the doer or defendant in the proximity of the victim or of the family members is socially dangerous.

If the prosecuting body ascertains, from the very moment when the petition is filed by the victim or by the police body, that there are enough data or clear indication justifying the fear that the doer will commit another offence against his family or that the presence, in the family's domicile, of the doer, as a family member, represents a serious threat to the victim, and to the other members of the family as well, they will immediately take the measure, regarding the doer, of special security concerning the interdiction order, or the measure of removing the doer or prohibiting that he should return to the family's domicile for a period of 10 days.

The special security measures have as a purpose the removal of a dangerous situation and the prevention of the commission of domestic violence acts. These measures are not consequences of criminal liability and do not depend on the gravity of the committed act, they can be taken even if the doer does not receive a punishment. The disposal of these measures is caused by the existence of the jeopardy situation that the doer especially represents.

Such measures are extremely useful for ensuring an immediate protection to the victims of domestic violence.

Such an amendment is welcome in the Romanian legislation as a guarantee and materialization of the principle written in art. 1 of the Law on the prevention and combating of domestic violence, according to which: “the protection and support of the family, the development and strengthening of family solidarity, based on friendship, affection, mutual moral and material help among the members of the family, constitute an objective of national interest.”

Literature:

- C. Mitache, C. Mitache, *Drept penal român. Parte generală. (Romanian Criminal Law. The General Part.)*, Universul juridic Publishing House, Bucharest, 2007, 450 pg., ISBN: 978-973-8929-96-8
- A. C. Cercel, *Criminologie (Criminology)*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2009, 255 pg., ISBN: 978-606-522-099-7
- D. Hogaș, *Prevenirea și sancționarea violenței domestice prin normele dreptului penal (The Prevention and Sanctioning of Domestic Violence by the Norms of Criminal Law)*, Lumen Publishing House, Iași, 2010, 226 pg., ISBN: 978-973-166-218-3
- R. Răducanu, *Drept penal. Parte specială (Criminal Law. The Special Part.)*, Universul juridic Publishing House, Bucharest, 2009, 425 pg., ISBN: 978-973-127-161-3

This work was supported by the strategic grant POSDRU/89/1.5/S/61968, Project ID 61968 (2009), cofinanced by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013

Contact – email

rux_raducanu@yahoo.com

DÍTĚ OHROŽENÉ A UBLÍŽENÉ

SENTA RADVANOVÁ

Faculty of Law, Department of Civil Law, Charles University in Prague

Abstract in original language

Príspevok sa zabyvá domácim násilím a jeho vlivem na ohrožení dítěte. Dále je popsán jev ubližování dětem v souvislosti s fyzickým trestáním.

Key words in original language

Domácí násilí; ohrožené dítě; tělesné tresty.

Abstract

Paper deals with domestic violence and its influence for endanger of child. There is described the phenomenon of harm to children in relation with physical punishment.

Key words

Domestic violence; endangered child; physical punishment.

1. České zákonodárství již v období mezi oběma světovými válkami neponechávalo dítě (tj. dítě nezletilé) bez právní ochrany. V oblasti soukromoprávní zabezpečoval dítěti právní ochranu především zákonný zástupce. Právo veřejné zejména v sociální sféře kodifikovalo některé povinnosti státu pokud šlo o tzv. péči o mládež. Taktéž trestní právo sankcionovalo některé protiprávní činy, směřující vůči nezletilým.

Postupně v druhé polovině minulého století začínají ovlivňovat právní úpravu týkající se tak či onak nezletilých zejména různé mezinárodní dokumenty, z nichž většina byla naším státem ratifikována. Šlo o dokumenty respektující a konkretizující Deklaraci lidských práv (1948), Deklaraci práv dítěte (1959), zejména pak Úmluvou o právech dítěte (1989). Dále existuje řada dokumentů, týkajících se práv a povinností, jejichž bezchybný výkon je pro život dítěte a jeho vývoj *conditio sine qua non*.

V uplynulých dvaceti letech se v oblasti právní ochrany dítěte mnohé zlepšilo, ať již v legislativě, tak i v praxi státních orgánů, nestátních organizací i dalšího společenského působení ve prospěch dětí. Zejména dnes již existuje velký počet poznatků, různě zpracovaných odbornou literaturou, soudní i jinou praxí apod., z nichž je možno činit potřebné závěry.

2. Náš právní řád se postupně propracoval k pojmu „domácí násilí“ a kodifikoval postupy, jak chránit oběti tohoto protiprávního jednání, které je tímto pojmem označeno.

Definice domácího násilí byla formulována Radou Evropy již v roce 1985 takto: „Násilné chování v rodině zahrnuje jakýkoliv čin nebo opomenutí spáchané v rámci rodiny některým z jejích členů, které podkopávají život, tělesnou nebo duševní integritu nebo svobodu jiného člena stejné rodiny nebo vážně poškozují rozvoj jeho osobnosti“. Základy právní ochrany před tímto specifickým násilným chováním projevujícím se za konkrétních podmínek (tj. mezi všemi osobami žijícími v rodině, obvykle ve společně obývaném bytě – srov. § 215 a TrZ), jsou položeny. Paradoxem domácího násilí je, že k němu dochází v rodině, mezi osobami spolužijícími pohromadě ve vymezeném prostoru. Jde vlastně o prostor, kde se realizují nejzákladnější lidské – fyzické i psychické potřeby. O to nebezpečnější je domácí násilí tam, kde obvykle uvažujeme o bezpečí rodiny – rodina jako centrum securitatis. Tam, kde by se člověk měl cítit nejbezpečněji – ve svém domově uprostřed své rodiny. A právě proto domácí násilí vytváří mnohem nebezpečnější situace, než násilí k němuž dochází v prostorách veřejných. Tato specifika dávají plnou možnost, aby se vytvářela rodina nebezpečná – a to především pro její nejslabší členy.

Násilné chování v rodině ovšem není historicky nic nového. Pochopitelně ve společnostech, které sice právo již znaly, ale koncepce lidských práv ještě byla velkou neznámou, právo silnějšího bylo chápáno jako samozřejmost. Různé souvislosti, které byly dány základním nerovnoprávným postavením – ať šlo o ženy nebo děti – umožňovaly formovat podstatu právní preference role násilníka nad jeho obětí.

3. Rovnoprávné postavení všech členů rodiny, jehož zdrojem jsou základní kodexy moderních, civilizovaných států se neprosazovalo snadno. Zejména ve vztazích rodinných jsou vžity různé hierarchické vzorce, představy o výchovném působení na děti (převzaté od předků), zkrácené názory na podřízenost a nadřazenost, systém trestání apod.

Vývoj právní úpravy ochrany před domácím násilím v našem státě nepostupoval úplně pomalu jenom díky tomu, že tato problematika ve vyspělých státech EU již byla legislativně zpracována na dobré úrovni a bylo možno se v mnohém poučit. Přesto v některých směrech přijetí nových norem naráželo někdy na nepochopení i určitý odpor.

4. Nejbezbrannější bytostí v rodině je dítě, čím nižšího věku je, tím snadněji může být objektem násilí. Násilí na něm páchají většinou dospělí, někdy však i nedospělí členové rodiny.

Protože vývoj dítěte v dospělého člověka je relativně časově náročný a většinu tohoto času stráví (obvykle) v rodinném prostředí, záleží velmi na tom, jaké bezpečí mu je poskytnuto.

Dostáváme se tak k pojmu ohrožené dítě. Pokud vycházíme z definice „dítěte“ dané Úmluvou o právech dítěte je vlastně každé dítě fyzickou osobou „ohroženou“ a požívá proto zvláštní ochrany, kterou mu

zaručuje právní řád. Svým způsobem má výsostné postavení. Jeho „ohrožení“ obecně je v právní normě předvídáno pro nejružnější působení ať již v rodině či mimo ni. V právu soukromém nemohu nesvéprávnému dítěti uložit, aby se chovalo podle principu *vigilantibus iura*. Nad právy dítěte musí bdít jiné subjekty a plnit všechny povinnosti, uložené jim zákonem a to i v oblasti prevence. V moderní společnosti a v naší středoevropské kultuře vlastně to, že dítě je „obecně“ ohroženým subjektem už takto ani není vnímáno. To proto, že si snad nikdo neumí ani představit, že by některý člen rodinného klanu měl nad dítětem např. *ius vitae necisque*. Přesto však, a o tom jsem přesvědčena, že kdesi v hlubině lidské psychiky mnohých jedinců dřímá představa „neomezené moci“ nad vlastním dítětem. V mírnějších formách takoví jedinci podléhající představě, že s vlastním dítětem mohou nakládat jak chtějí, tak skutečně postupují. Dostaneme se tak k ohrožení dítěte v užším slova smyslu.

5. Pojem „ohrožené dítě“ našel již před deseti lety místo v právní normě, a to v zákoně o sociálně-právní ochraně dětí č. 359/1999 Sb. V § 6 odst. 1 této právní normy je uveden demonstrativní výčet skutečností ohrožujících dítě. Takovým dětem, jestliže zákonem uvedená situace nastane, musí být věnována pozornost, pomoc apod. ze strany státního orgánu (OSPOD). V uvedeném odstavci písm. g), pamatuje zákon také na děti, které jsou „ohrožovány násilím mezi rodiči“. Toto ustanovení v podstatě ukládá státnímu orgánu poskytovat takto již konkrétně ohroženému dítěti potřebnou pomoc především v oblasti prevence. Jde o to, zabránit dalšímu výchovnému či jinému ohrožení dětí v konkrétním uvedeném případě. Ustanovení § 6 zákona o sociálně-právní ochraně dětí především jak bylo uvedeno, ukládá preventivní působení příslušných orgánů. Najdeme tam ovšem i jednu „skutkovou podstatu“, kdy už nejde o pouhé, byť konkrétní, ohrožení a to v písm. e). V tom případě totiž dochází k tomu, že dítěti je protiprávním jednáním „ublíženo“, což znamená mnohem více, než ohrožení.

V uvedeném ustanovení jde o děti, na kterých byl spáchán trestný čin, ohrožující život, zdraví, svobodu jejich lidskou důstojnost, mravní vývoj nebo jmění, nebo je podezření ze spáchání takového trestného činu. Toto ustanovení může postihnout kohokoli – pachatelem může být rodič, jiná osoba blízká nebo někdo úplně cizí. Zákonodárce zařazuje toto jednání vůči dítěti mezi případy „ohrožení dítěte“ zejména proto, aby mu mohla být poskytnuta sociálně-právní pomoc. Dítěti je takovým protiprávním jednáním kohokoli ublíženo a je současně právě v této souvislosti ohroženo.

6. Pojem „ublížování dětem“ uvádějí někteří autoři (neprávníci, psychologové) jako nejobecnější výraz pro nejružnější formy jednání, (event. opomenutí) jež negativně zasahují dítě fyzicky nebo i psychicky. Ublížováno může být nejružnějším způsobem. Je možno si představit, že nemusí vždy jít o úmysl. Nezralý a neschopný rodič např. zanedbá onemocnění dítěte a lékaře navštíví pozdě.

K nejhorsím formám ubližování dětem dochází právě „za zavřenými dveřmi“. Jde o domácí násilí páchané na dětech, pokud ovšem nejde již o trestnou činnost postihovanou jako konkrétní trestný čin.

V české neprávnické, ale též právnické literatuře je problematika týrání dětí a jejich sexuálního zneužívání podrobně zpracována. Lékařská i nelékařská veřejnost, stejně i psychologové jsou na dobré úrovni seznámeni se syndromem CAN (s jeho vznikem, diagnostikou, léčbou následků apod.).

V literatuře se upozorňuje na to, že je třeba rozlišit fyzické trestání dětí od týrání dětí. Do CAN jsou pak zahrnovány i tresty nikoli fyzické – tedy i určité jednání i určité působení na dětskou psychiku, kterým dítě trpí.

Zákon o rodině v § 31 odst. 2 mimo jiné uvádí, že rodiče „mají právo užít přiměřených výchovných prostředků tak, aby nebyla dotčena důstojnost dítěte a jakkoli ohroženo jeho zdraví, jeho tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj“.

V souvislosti s domácím násilím se pochopitelně klade otázka, zda tělesné tresty – zejména neúměrné, často opakované, lze tolerovat či nikoli.

Podrobně jsem se k přípustnosti či nepřipustnosti tělesných trestů konaných na dětech věnovala v příspěvku „Ubližování dětem – nebezpečná rodina“ (Pocta O. Novotnému, Aspi – Wolters-Kluwer, 2008). Uvedla jsem zde některé definice a závěry, přijaté v mezinárodním měřítku, především psychology.

Závěrem bych k tělesným trestům uvedla především tuto definici: „Tělesný trest je úmyslné či záměrné působení bolesti atakem na tělo pro kázeňský přestupek (EPOCH WORLD DWIDE RADDABARNEN). Forma tělesných trestů je rozmanitá, uvádíme jen nejčastěji používané tělesné tresty: pohlavek, facky, políček, výprask rukou, výprask předmětem, výprask na holou, kopanec, šťouchance do zad, rána pravítkem nebo ukazovátkem, kroucení ušním boltcem, úder knihou nebo klíči do hlavy...“(srov. Vaníčková, E. Tělesné tresty dětí, s. 31, Grada, 2004). Je taktéž nutno upozornit, že odborníci odlišují tělesný trest naplňující podstatu tělesného týrání. Za tělesné týrání se považuje takový tělesný trest, kdy dochází k potrestání za použití, resp. pomocí předmětu, nebo je-li bití směřováno na citlivá místa (hlava, břicho, oblast genitálií, plosky, dlaně). O tělesné týrání jde také tehdy, zůstávají-li po něm na těle trestaného stopy – modřiny, škrábance apod. (srov. bližší v uvedených dílech).

Zřejmě v důsledku nedostatečných schopností rodičů vychovávat své děti, taktéž i vlivem neblahé tradice „autoritativní výchovy“, tělesná trestání v rodinách přežívají. Rodiče je často považují za přiměřené, i když by v konkrétních případech odpovídaly výše uvedené definici tělesného týrání. Na tuto situaci poukazují různé výzkumy, které byly již provedeny (srov. Vaníčková, cit. dílo).

Zabývat se tělesnými tresty praktikovanými v rodinách v souvislosti s domácím násilím na dětech je nepochybné a nutné. Zhruba před třemi lety byla k této problematice vyvolána ne příliš široká diskuse, ke které se právníci stavěli příliš laxně pokud by šlo o úvahy de lege ferenda. V tomto ohledu se velmi lišíme od deseti evropských zemí, jež explicitně zakázaly používání tělesných trestů k potrestání dítěte rodičem, nebo kterýmkoliv dalším vychovatelem. Ze současné české legislativy nelze vyvodit závěr, že by pokud jde o tělesné trestání dětí byla dostatečná. Proto úvahy de lege ferenda jsou na místě.

Contact – email

radvanov(at)prf.cuni.cz

PRÁVO PROTI DOMÁCEMU NÁSILIU V KONTEXTE SLOVENSKEHO PRÁVNEHO PORIADKU

JANA SCHÄFFEROVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstract in original language

Hlavnou témou, ktorú rozoberám vo svojom článku, je spôsob, ktorým je domáce násilie upravené v ústave, ústavných zákonoch a ostatných právnych predpisoch Slovenskej republiky. Ako sa brániť silou práva proti násiliu páchaného doma medzi členmi rodiny a partnermi navzájom. Je právo na ochranu pred domácim násilím dostatočné? Domáce násilie má každý rok stúpajúcu tendenciu, a preto jej dôležité, aby boli dodržané záväzky Slovenskej republiky, s medzinárodnými dokumentmi OSN, Rady Európy a Európskej únie na jej dôslednú ochranu a rafinovanosť, a tým zabezpečiť právnu istotu pre obe domáceho násilia.

Key words in original language

Domáce násilie; právne predpisy; agresia; páchatel.

Abstract

The main theme, which she discusses in his article, is the way in which domestic violence is governed by the Constitution, constitutional laws and other legislation of the Slovak Republic. How to defend against the force of law against violence at home among family members and partners to each other. Is entitled to protection from domestic violence sufficient? Domestic violence is every year increasing, and therefore its important that they fulfill the commitments of the Slovak Republic to the United Nations international instruments, the Council of Europe and European Union for its comprehensive protection and sophistication, and thus provide legal certainty for victims of domestic violence.

Key words

Domestic violence; legislation, aggression; offender.

Domáce násilie- pojem

Domáce násilie (či násilie v rodine) zastupuje významný sociálny fenomén formy násilia rozšírený po celom svete. V Slovenskej republike dlhú dobu bol (a stále často je) považovaný za zanedbateľný a prevažne súkromný problém partnerov. Dnes sa závažnosť témy dostáva do povedomia odbornej i širokej verejnosti, od polovice 90. rokov prebieha niekoľko diskusií na všetkých úrovniach a postupne nadobúda na dôležitosť i v očiach politikov ako samostatný a na poplach bijúci problém. V západných krajinách na túto problematiku začali pred rokmi upozorňovať ženské hnutia a dnes k tomuto

máme nielen medzinárodnej deklarácie na úrovni OSN a EÚ, ale aj legislatívne zmeny a opatrenia v celom rade krajín sveta. Väčšinu z nich podpísala aj vláda Slovenskej republiky.

Pojem domáceho násillia by bolo možné definovať ako jav, pre ktorý je príznačná jeho nejednotnosť v definovaní, pre jeho širokospektrálne a mnohotvárne pôsobenie. Domáce násillie existuje od nepamäti, od počiatku ľudstva, avšak do dnešného dňa neexistuje tak ako ani u nás ani v medzinárodných dokumentoch jeho presná a jednotná definícia. Tento druh násillia nie je závislý ani na sile, mentálne úrovni, veku a sociálneho postavenia násilníka a jeho obeť a môže mať rôzne formy akým sa prejavu, čo spôsobuje najväčší problém pre jeho legislatívnu úpravu. Prakticky niet miesta, kde by sa nevyskytovalo.

Jednotné definovanie domáceho násillia by značne prispelo k výskumu domáceho násillia, k jeho legislatívnej úprave a napokon jeho hlavný prínos by bol pre samotnú obeť domáceho násillia páchaného v domácom prostredí. Domáce násillie sa môže odohrávať medzi všetkými členmi domácnosti, môže mať medzigeneračná podobu (násillie na deťoch alebo násillie na senioroch) alebo môže dochádzať k násilliu partnerskému. Domáccim násillím je všeobecne pochopiteľné správanie, ktoré u jedného z partnerov spôsobuje strach z druhého. Skrz moc, ktorú tento strach poskytuje, kontroluje násilný partner správanie toho druhého partnera . Medzi dôležité a typické znaky domáceho násillia patrí skutočnosť, že agresor aj obeť sú navzájom blízke a známe osoby. Medzi znaky domáceho násillia patrí aj fakt, že sa násilné činy uskutočňujú na súkromnom mieste mimo dosahu verejnej kontroly a takmer bez akýchkoľvek svedkov. Čo sa týka početnosti a mnohosti javu – čo do jej kvantity, tak v násillí sa neustále opakuje a to niekoľkokrát. Nejde o obyčajný jednorazový incident, jav, situáciu, ale o striedanie fázy pokoja s násillím, po ktorých môže nasledovať zmierenie. a v neposlednej rade sľuby. Špecifickým znakom domáceho násillia je tiež jeho vzrastajúcej intenzita, keď zo začiatku ide napríklad o obyčajné strkanie obeť, ktoré môže po niekoľkých útokoch vyústiť až v surovej bitie. Výnimkou javu nie je ani jeho dlhodobé trvanie. Domáce násillie môže vo vzťahu pretrvávajúť aj po veľmi dlhú dobu, rádovo niekoľko rokov. Neposledným znakom je tiež postoj obeť k agresorovi, ktorý zapríčiňuje to, že sa obeť chová iným spôsobom ako obeť poškodené cudzím páchatelom. Jej ochota spolupracovať na potrestanie kolíše z pocitu samoty a straty blízkej osoby-agresora. Veľkú rolu tu zohráva psychický nátlak násilníka na obeť, vyhrážanie, dúfanie v polepšenie páchatel'a, obavy z osamotenía, finančnej a materiálnej závislosti, pocity viny, hanba a mnohokrát aj pre trvávajúce city k násilníkovi.

Z historického hľadiska bolo domáce násillie pred rokom 1989 výslovne tabu, a to ako z hľadiska národného, tak aj z hľadiska medzinárodného a nie tomu až tak dávno (zhruba posledné dve desaťročia), čo sa mu začala venovať pozornosť hlavne na medzinárodnej úrovni pod značným tlakom

mimovládnych organizácií. „Mnohé medzinárodné dokumenty deklarovali, že právo nebyť vystavovaná či vystavovaný domácemu násiliu alebo hrozbe domáceho násilia je základným a univerzálnym ľudským právom.,¹ Pri štúdiu histórie tohto pojmu veľa optimizmu neprináša. Táto téma sa dostala do úrovne verejnej až koncom deväťdesiatich rokov, prešla si neľahkú cestu na samotných členov rodiny, a aj po spomínanom roku 1989 šlo do úzadia domáce násilie na úrok rôznorodým politickým problémom. Slovenská republika je členským štátom Európskej únie a aktívne sa snaží spolupodieľať socializmom, kedy boli všetky negatívne spoločenské javy zastierané a umlčované, hlavnú úlohu riešenia vtedajší štát ponechával sa na riešení problémov riešených na medzinárodnej úrovni, keďže práve v medzinárodných organizáciách sa vedie dlhodobý boj s domácim násilím s výsledkom jeho definitívne ukončenia a kvalifikovaného potrestania konkrétnych násilníkov.

Ide o pojem bežne používaný širokou verejnosťou, aj napriek tomu nie je možné ho vymedziť a tým teda subsumovať pod neho všetky údery a konania proti osobám blízkym, proti rodine alebo násilné konania v partnerskom vzťahu. Základnou zásadou v občianskom práve, ktorá je upravená v zákone o rodine, konkrétne v článku 2, je stanovené: „rodina založená manželstvom je základnou bunkou spoločnosti. Spoločnosť všetky formy rodiny všestranne chráni. „² Rodina by mala byť teda garanciou ochrany a bezpečného zázemia, nemala by teda vyvírať predpoklady na vytváranie násilia medzi jej jednotlivými členmi s dôrazom na ochranu a zdravie tých najzraniteľnejších a najslabších členov – deti. V roku 1989 na valnom zhromaždení OSN bol prijatý Dohovor o právach dieťaťa, má zabezpečovať ochranu tak ako v rodine aj mimo nej a je zárukou základných práv a slobôd dieťaťa.

Z doteraz získaných poznatkov formy domáceho násilia rozlišujeme:

1.fyzické násilie- rôzna intenzita ubližovania s viditeľnými následkami, ide o brutálne bolestivé útoky, ktoré so sebou nesú riziko poškodenia zdravia a v extrémnych prípadoch môže tento druh násilia vyústiť v priamemu ohrozeniu života.

2.psychické násilie- tak ako doma aj na verejnosti slovné urážky³, u psychického násilia si najskôr ohrozená osoba nemusí uvedomovať, že ide o násilie, napríklad- akékoľvek opatrenia súvisiace s žiarlivosťou si vykladá ako veľkú lásku, spravidla stojí na počiatku rozvíjajúceho sa reťazca

¹ <http://referaty.atlas.sk/vseobecne-humanitne/nauka-o-spolocnosti/14475/?print=1>

² K tomu pozri z.č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov

³ napríklad urážky týkajúce sa výzoru, správaniu, vyhrážky a pod.

fyzického násillia neskôr je ohrozená osoba vystavená súčasne fyzickým útokom i nadávkam a ponižovaniu

3.sociálne- násillné držanie obete pred spoločnosťou⁴, v prípade, že ohrozená osoba stratí kontakt s vonkajším svetom a nemá možnosť prediskutovať svoj problém, dochádza u nej k deformácii vnímanie reality čo má za dôsledok to, čo žije, teda dennodenné násillie.

4.ekonomické- v súvislosti so sociálnym- zamedzenie až zákaz chodenia do práce a bránenie prístupu k spoločným finančným prostriedkom⁵, v poslednej dobe sa rozširujú prípady, keď si násillník vzal vysoké pôžičky, ktoré nesplácal a pretože zmluva o pôžičke bola uzatvorená počas trvania manželstva, firmy vymáhajú tieto pohľadávky na ohrozené osobe, kým násillník mení miesto trvalého pobytu a nie možné ho potom vypátrať

5.sexuálne- násillné nútenie k pohlavnému styku a s ublížením na zdraví obete⁶, spravidla tiež nezanecháva stopy a odohráva sa v intímnom prostredí bez svedkov (v niektorých vyhrotených prípadoch sú svedkami deti

Ide o pojem bežne používaný širokou verejnosťou, aj napriek tomu nie je možné ho vymedziť a tým teda subsumovať pod jeho význam všetky údery a konania proti osobám blízkym, proti rodine alebo násillné konania v partnerskom vzťahu. Základnou zásadou v občianskom práve, ktorá je upravená v zákone o rodine, konkrétne v článku 2, je stanovené: „rodina založená manželstvom je základnou bunkou spoločnosti. Spoločnosť všetky formy rodiny všestranne chráni.“⁷. Rodina by mala byť teda garanciou ochrany a bezpečného zázemia, nemala by teda vyvírať predpoklady na vytváranie násillia medzi jej jednotlivými členmi s dôrazom na ochranu a zdravie tých najzraniteľnejších a najslabších členov – deti. V roku 1989 na valnom zhromaždení OSN bol prijatý Dohovor o právach dieťaťa, má zabezpečovať ochranu tak ako v rodine aj mimo nej a je zárukou základných práv a slobôd dieťaťa.

⁴ napríklad: zákaz kontaktu s blízkymi, kamarátmi a rodinou.

⁵ napríklad: môže sa jednať aj o prípad ničenia osobných vecí obete

⁶ (napríklad: vynucovanie si rôznych sexuálnych praktík zo strany násillníka)

⁷ K tomu pozri z .č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov

Za ohrozené osoby môžeme zaradiť:

Ženy:

-ženy patria medzi najčastejšie obeť domáceho násillia, a to až z 92 - 98%.

Deti:

- spolu so ženami sú najčastejšie skupinou, ktorá sa stáva obeťami násillia v rámci rodiny. V súvislosti s týranými deťmi sa hovorí o syndróme CAN čiže syndrómu týraného, zneužívaného a zanedbávaného dieťaťa.⁸

Muži:

-táto skupina nie je veľká, napriek tomu však je veľmi latentná, muži sú obeťami domáceho násillia v 5%. Málokto muž verejne prizná, že je svojou ženou týraný.⁹

Seniori:

-jedná sa tiež o veľmi latentnú skupinu, ktorá len zriedka uverejní násillia. Medzi seniorov vo veku nad 65 rokov trpí domácim násillím 3 - 5% osôb.¹⁰

Zdravotne postihnutý:

-táto skupina ako obeť je takmer neznáma, len najzávažnejšie prípady, ktoré spravidla končí tragicky a dostanú sa pred súd, sú zverejnené. Násillie páchané na postihnutých je skryté, neexistujú žiadne štatistické údaje o jeho výskyte.¹¹

Právna úprava domáceho násillia v Slovenskej republike

V slovenskej republike a teda na národnej úrovni je boj s domácim násillím častejším predmetom odborných diskusií. Možnosťou v boji proti

⁸ V rodinách sa domáce násillie v 69% odohráva za prítomnosti detí. Je potrebné podotknúť, že niektoré organizácie, zaoberajúce sa domácim násillím, udávajú vyššie percento a podľa ich údajov bývajú deti svedkami domáceho násillia až v 80%. Avšak, možno konštatovať, že prítomnosť detí v prípadoch domáceho násillia je vysoko ohrozujúca a narúša ich zdravý vývoj.

⁹ Obraz muža ako obeť nepatria do mužskej charakteristiky, je spoločensky neprijateľný, vzbudzuje posmech, preto muži málokedy násillia zverejní

¹⁰ Väčšinou sa násillia na senioroch dopúšťajú ich deti, čo je pre seniorov veľmi bolestné a len neradi o tejto skutočnosti hovoria.

¹¹ Zdravotne postihnutí sú veľmi zraniteľná skupina, pretože sú často odkázané na starostlivosť násillníka, a vzhľadom k svojmu handicapu sa nie vždy dokážu účinne brániť

domácomu násiliu je inštitút predbežného opatrenia na zákaz vstupu do spoločného obydlija lebo bytu upravený v Slovenskej republike v zákone číslo 99/1963 Zb. § 76 ods. 1 písm. g) Občianskeho súdneho poriadku. Nevýhodou tohto inštitútu je, že súd môže o predbežnom opatrení rozhodnúť aj bez výpovede svedkov- účastníkov¹², ohrozená osoba je nútená predložiť listinné dôkazy a teda je zaťažená dôkazným bremenom- čo môže spôsobovať ťažkosti. Za ďalšiu nevýhodu by sme mohli označiť lehotu na rozhodnutie o vydaní predbežného opatrenia, ktorá je podľa občianskeho súdneho poriadku sedem dní. Ide o lehotu, počas ktorej nedochádza k vykázaniu násilníka zo spoločného obydlija alebo bytu a teda je v bezprostrednom kontakte s ohrozenou osobou, ktorej neostáva nič iné, iba spoločnú domácnosť opustiť (problematiku opustenia spoločného obydlija práve ohrozenou osobou rozoberám ďalej v článku). Preto, hádam za výrazný pokrok pri riešení danej problematiky považujem prijatie novely zákona číslo 171/1993 Z. z. o policajnom zbore¹³. Vzorom prijatia danej novely bola obdobná úprava v Českej republike, platná a využívaná od roku 2007- vzorom pre Českú republiku sa stala rakúska a Nemecká právna úprava.

Podľa § 27) a ods. 1 z. č. 171/1993 o policajnom zbore je policajt oprávnený vykázat' z bytu alebo domu alebo iného priestoru spoločne obývaného s ohrozenou osobou a aj z jeho bezprostredného okolia osobu, u ktorej možno na základe zistených skutočností očakávať útok na život, zdravie, slobodu alebo zvlášť závažný útok na ľudskú dôstojnosť ohrozenej osoby, najmä vzhľadom na predchádzajúce takéto útoky. Spomínaný paragraf ďalej stanovuje dobu vykázania zo spoločného obydlija a tak isto aj zákaz vstupu vykázanej osobe do spoločného obydlija počas 48 hodín od vykázania. Policajt je oprávnený vykázat' zo spoločného obydlija takúto osobu aj počas jej neprítomnosti.

Pri výklade tohto paragrafu a konkrétne spomínaného ustanovenia je len otázne, či sa účel nemíňa prostriedkom. Podstatou vyjadrujúcou dané ustanovenie je chrániť osobu, ktorá je obeťou domáceho násilia pred násilným správaním sa osôb, ktoré s ňou žijú v spoločnej domácnosti. Na vykázanie osoby zo spoločného obydlija je potrebné aby daná osoba spáchala trestný čin uvedený v Trestnom zákone.¹⁴ Spravidla pôjde o trestné činy týrania blízkej a zverenej osoby, trestný čin nebezpečného vyhrážania, ublíženia na zdraví, trestné činy proti dôstojnosti a pod. Po spáchaní niektorého z uvedených trestných činov policajt preverí dôvodnosť a pravdivosť skutkových okolností trestného činu a tak a ak zistí že sa

¹² K tomu pozri § 76 ods. 8 z. č. 99/1963 Občiansky súdny poriadok

¹³ (K tomu pozri § číslo 27)a- oprávnenie vykázat' zo spoločného obydlija)

¹⁴ tomu pozri z .č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon

zakladajú na pravdivej výpovedi odovzdá násilníka- podozrivého, orgánom činným v trestnom konaní. Týmto sa má predísť inscenovanému- simulovanému domácemu násiliu a zneužívaniu inštitútu domáceho násillia, preto je dôležité aby danú situáciu policajt správne vyhodnotil a prijal správne rozhodnutia. V § 27)a písm. b, zákona o policajnom zbore, je stanovená podmienka vykázania ústne s určením presného priestoru, na ktorý sa vykázanie zo spoločného obydlija vzťahuje, čo príslušný policajt uvedie v potvrdení vykázania. Súčasne je vykázaná osoba povinná uviesť miesto kde sa bude zdržiavať, prípadne telefónne číslo, na ktorom bude zastihnuteľná. Orgán činný v trestnom konaní tu má k dispozícii účinný nástroj, ktorý mu priznáva § 71 Trestného poriadku- väzbu¹⁵. Väzba, ako trestný poriadok stanovuje môže byť udelená z troch dôvodov a to ako väzba kolúzna, úteková väzba a väzba preventívna. Ide o väzbu v prípade ak sú odôvodnené pochybnosti, že by mohlo dôjsť k páchaniu ďalšej trestnej činnosti páchatelom, k jeho úteku alebo ovplyvňovaniu svedkov.¹⁶ Problém môže nastať v prípade, ak podaný návrh na väzbu súd neschváli a tým neprijme dôvody na väzbu. Tu je potrebné uviesť otázku- prečo bol dôvod na vykázanie a prečo nebol dôvod na vzatie do väzby? S inštitútom vykázania je teda spojená otázka dodržiavania základných práv a slobôd, ktoré vykazuje jeho porušovanie. Využitím inštitútu vykázania teda dochádza k porušovaniu základných práv a slobôd garantovaných ústavou, avšak zákonodarca v tomto prípade kolízie práv ohrozenej osoby a násilníka, pri ktorom dochádza k jeho vykázaniu, uprednostňuje práva jednej osoby pre právami tej druhej. Prednosť v tomto prípade majú práva ohrozenej osoby- práva obeť, princípom čoho je aj úprava tohto inštitútu. Takýto zásah pripúšťa aj samotná Listina základných práv a slobôd, podľa ktorej je takýto postup možný v demokratickej spoločnosti na ochranu zdravia, života a práv iných osôb.

Na rozdiel od predbežného opatrenia upraveného v občianskom súdnom poriadku je inštitút vykázania zo spoločného obydlija promptnejší, efektívnejší a poskytuje okamžitú ochranu ohrozovanej osobe, tým že násilník a obeť nezostávajú spolu v jednej domácnosti ako je to v prípade predbežného rozhodnutia, nie je nútená opúšťať obydlie alebo trpieť ďalšie útoky zo strany násilníka a žiť v strachu a obave o svoj život. Preto je dôležité, aby predbežnému opatreniu predchádzalo vykázanie a tým sa zabránilo vyššie spomenutým následkom.

Cieľom tohto inštitútu je chrániť osoby, ktoré sú obeťami domáceho násillia a teda vyriešenie neľahkej problematiky zásahom do súkromnej sféry konkrétnych osôb- obeť a násilník. Je potrebné dbať na zabránenie ďalším

¹⁵ k tomu pozri z. č. 301/2005 Z. z Trestný poriadok

¹⁶ Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb., Listina základných práv a slobôd- ústavný zákon číslo 23/1991 Zb.,

útokom zo strany násilníka a tým zabezpečiť ochranu ohrozenej osobe bez upustenia je vlastného obydlija. Pri rokovaní a prijímaní predmetnej novely bolo dostatočne rozoberaná problematika náhradného bývania páchatel'a-násilníka. Bol vyjadrený názor, ktorý prezentoval stanovisko požiadavky zabezpečiť páchatel'ovi (nedá sa povedať, že trestného činu, nakoľko samotný trestný zákon trestný čin domáceho násilia nepozná) náhradné ubytovanie. Odôvodnené to bolo zásahom do práv páchatel'a a tým mu bránenia do práv užívania veci. Aj napriek dlhým diskusiám a odôvodneniam bolo od požiadavky náhradného ubytovania upustené a ako spomínam v tomto článku ďalej, v zákone o Policajnom zbore je stanovená povinnosť vykázanaj osoby oznámiť príslušnému policajtovi kde sa bude zdržiavať, z čoho je možné analogicky vyvodit', že ubytovanie si vykázaná osoba zabezpečuje sama. „ Podľa docentky Čírtkovej „takéto opatrenie nie je odvodené z morálneho úsudku (je nemorálne, aby obeť trpela za niečo, čo nespôsobila a nezavinila), ale z vedeckých poznatkov o špecifikách viktimizácie domáceho násilia. Domáce násilie psychicky traumatizuje obeť a vedie k strate schopnosti riešiť ťaživú situáciu. Inštitút vykázanaj má nielen zaistiť ochranu obeť pred ďalším násilím, ale predovšetkým prispieť k jej psychickej stabilizácii tak , aby ohrozená osoba opäť získala kompetencie na hľadanie vhodných spôsobov riešenia svojej situácie“¹⁷ Výrazným znakom inštitútu vykázanaj je posilnenie postavenia Policajného zboru a príslušných policajných príslušníkov, ktorý sú oprávnený jednostranne a samostatne rozhodovať o zásahu do základných práv a slobôd osôb, pričom je nám známe že na rozhodnutia policajta trestný poriadok vyžaduje súhlas prokurátora.

Zo zavedením vykázanaj so spoločného obydlija alebo bytu je spojené určité riziko. Hlavným problémom a snád' aj negatívom v danej legislatívnej úprave je nedostatočná lehota- 48 hodín. Počas tejto lehoty si ohrozená osoba- obeť domáceho násilia musí usporiadať všetky svoje záležitosti, pokúsiť sa žiť sama, bez násilia a týrania- čo je v prípade obeť domáceho násilia často prelomový bod, kedy sa opäť vracajú späť k násilníkom, ako k potrebe, ktorú postupne prestávajú pociťovať ako negatívum, sú na osobe násilníka závislé (dokázané dlhodobou štúdiou psychológov a psychiatrov). V tejto lehote je najdôležitejšie vyriešenie si tých najzávažnejších vecí a záležitostí, ktorými sú prioritne podanie návrhu vydanie predbežného opatrenia s podrobným opísaním skutkového stavu, keďže ako je vyššie spomenuté na dané rozhodnutie súdu nie je potrebný výsluch účastníkov, ďalej je to vyriešenie spoločného bývania, podanie návrhu na rozvod pokiaľ ide o domáce násilie medzi manželmi, a veľmi často nevyužitým alebo neskôr stiahnutým podaním trestného oznámenia, ktoré je bezprostredne potrebné na následné súdne riešenie konkrétneho prípadu.

17

<http://www.epi.sk/Main/Default.aspx?Template=~/Main/TArticles.ascx&MID=221&edllnkid=4448081&phContent=~/EDL/ShowArticle.ascx&ArticleId=26667&pa=13347>

Na rozdiel od Českej republiky¹⁸, kde je úprava vykázania zo spoločného obydlija upravená na desaťdňovú lehotu, nie tomu inak ani v prípade obdobne úpravy vykázania v Nemecku a Rakúsku.

Ďalším neefektívnym dôsledkom prijatia spomínanej novely je nevytvorenie dostatočných centier- organizácii na pomoc pri ochrane proti domácemu násiliu ako to je v prípade Českej republiky. V Českej republike boli bezprostredne po prijatí novely zákona o vykázaní vytvorené intervenčné centra a to s vyškolenými pracovníkmi a špecialistami. Ide o akreditovaných pracovníkov s špecializáciou na problematiku ochrany proti domácemu násiliu. Pracovníkom intervenčných centier je do 48 hodín od vykázania doručené rozhodnutie o vykázaní konkrétneho páchatel'a, čo je podnetom na skontaktovanie sa s obeťou násilia (ohrozenou osobou) pre poskytnutie pomoci, či už sociálnej, ekonomickej, právnej, psychologické a pod. Je preto ešte dostatok času, s ohľadom na našu právnu úpravu pre potrebné právne a iné kroky zabezpečujúce ochranu života, zdravia a práv iných osôb, predovšetkým osoby ohrozenej. V zákone číslo 171/1993 o policajnom zbore, konkrétne § 27)a ods. 6 je stanovená povinnosť policajtovi informovať ohrozenú osobu o možnosti podania návrhu na vydanie predbežného opatrenia a tak isto podľa možnosti poskytnúť jej v písomnej forme informácie o organizáciách na pomoc poškodeným, vrátane informácií o službách nimi poskytovaných a poskytnúť kontakt na organizácie poskytujúce pomoc obetiam domáceho násilia. Zavedenie inštitútu vykázania je sprevádzané nezaškolenými príslušníkmi Policajného zboru ohľadom dôležitosti uplatnenia tohto vykázania, metodiky využiti, ako sa správať, prípadne poskytnúť pomoc na mieste páchaného trestného činu alebo domáceho násilia

Podľa § 27)a ods. 8 predmetného zákona vykázanie zo spoločného obydlija končí uplynutím 48 hodín od vykázania zo spoločného obydlija alebo bytu, ak ďalej nie je ustanovené inak. Počas soboty, nedele a sviatku sa plynutie tejto lehoty prerušuje. Plynutie lehoty pokračuje najbližší nasledujúci pracovný deň. Doručením návrhu na vydanie predbežného opatrenia na súd počas vykázania zo spoločného obydlija sa trvanie vykázania zo spoločného obydlija predlžuje až do nadobudnutia vykonateľnosti rozhodnutia súdu o tomto návrhu, o čom sa vykázaná osoba upovedomí v rámci poučenia, útvar Policajného zboru poskytne ohrozenej osobe súčinnosť pri doručovaní návrhu predbežného opatrenia- predĺženie trvania doby vykázania- len za podmienok stanovených zákonom. Príslušný útvar policajného zboru preveruje dodržiavanie zákazu zdržiavania sa v spoločnom obydli, zákon však Policajnému zboru neprikazuje nepretržité sledovanie násilníka, preto nie je vylúčené že daná osoba sa v čase vykázania (48 h.) do spoločnej domácnosti aj napriek zákazu nevráti. Porušenie povinnosti nezdržiavať sa v spoločnej domácnosti- v spoločnom obydli sa bude postihovať ako trestný

¹⁸ Pozri zákon číslo 135/2006 Sb

čin marenia výkonu úradného rozhodnutia a tým nie je vylúčené ani vzatie násilníka do väzby.

Inštitút vykázania zo spoločného obydlija je potrebné vnímať ako ochranu, preventívne opatrenie a v žiadnom prípade ho netreba vnímať ako trest. Týmto pochopením dochádza k pochopeniu samotného inštitútu vykázania orgánmi činnými v trestnom konaní a tak isto aj verejnosťou.

Slovenská republika je krajina, ktorú je možné zaradiť medzi tie, ktorých problematika domáceho násillia je rozoberaná ako na národnej tak aj medzinárodnej úrovni a nie je pre túto krajinu ľahostajná, o čom svedčia mnohé prijaté medzinárodné dokumenty a implementované smernice, ktoré Slovenská republika prijala. Nezaostáva ani vlastná právna úprava, čím je podrobne vyjadrená ústavná zásada dodržiavania základných práv a slobôd prijatím zákonov v jednotlivých odvetviach, hlavne v občianskom a trestnom práve. Oficiálnych štatistík preukazujúcich domáce násillie v nejakej väčšej miere absentuje, a preto je veľmi náročné odhadnúť reálny výskyt domáceho násillia. Každý prípad je konkrétny, jedinečný a vyžaduje si osobitnú pozornosť.

Ak sa počas vykázania zo spoločného obydlija zistí, že neboli splnené podmienky vykázania zo spoločného obydlija podľa odseku 1, vykázanie zo spoločného obydlija útvar Policajného zboru ukončí, o čom sa ohrozená osoba a vykázaná osoba neodkladne upovedomí¹⁹.

Trestný zákon medzi trestné činy nezaradzuje domáce násillie, platný trestný zákon nepozná pojem domáceho násillia. Je veľmi ťažké a náročne vymedziť skutkovú podstatu trestného činu a vôbec zaradiť tento druh konania do jednotlivých hláv a teda do systematiky trestného zákona. Pôjde o trestný čin proti životu a zdraviu, alebo o trestný čin zaradený medzi trestné činy proti dôstojnosti, rodine a mládeži? Najväčší problém úpravy domáceho násillia je vymedziť a určiť hranice kedy je možné hovoriť a konanie násilníka subsumovať pod týranie, resp. pod protiprávne konanie. „Zločinnosť (trestná činnosť) predstavuje súhrn všetkých trestných činov, ktoré úmyselne alebo z nedbanlivosti spáchali trestne zodpovedné osoby na určitom území a v určitom ohraničenom časovom období. Je však potrebné zdôrazniť, že trestná činnosť (zločinnosť) nie je obyčajným súčtom jednotlivých trestných činov, ale je ich organickým súhrnom. Pojem súčet totiž určuje iba kvantitatívnu stránku trestnej činnosti (zločinnosti), kým pojem súhrn vyjadruje aj kvalitatívnu stránku trestnej činnosti (zločinnosti). Napriek tomu, že sa trestná činnosť (zločinnosť) skladá z jednotlivých individuálnych trestných skutkov, vytvárajú tieto skutky vo svojej podstate hromadný spoločenský jav, v ktorom sa stierajú individuálne rozdiely a ktorý sa tak odlišuje od častí, ktoré ho tvoria. Len takto, ako hromadný

¹⁹ z. č. 171/1993 §27)a ods. 9 o policajnom zbore.

spoločenský jav, zločinnosť odráža vo všeobecnej rovine stav spoločenských vzťahov a hĺbku a charakter rozporov v spoločnosti.²⁰

Nie vždy má totiž násilie takú intenzitu a silu, aby bolo možné ho posúdiť ako trestné činy týrania blízkej a zverenej osoby alebo V každej domácnosti môže dôjsť k hádke, v niektorých prípadoch však hádky prerastú k vyhrážaniu, ktoré v niektorých prípadoch vzhľadom k osobe páchatel'a alebo okolnosti, môže vyvolať odôvodnené obavy, že sa jedná o násilné konanie. (napríklad: keď bude manžel jednorázovo naháňať manželku so sekerou po dvore, bez toho aby ju skutočne napadol). Takéto konanie by potom mohlo byť posúdené ako trestný čin nebezpečného vyhrážania podľa § 360 Trestného zákona. Podľa zákonného ustanovenia bude ten, kto inému vyhráža usmrtením, ťažkou ujmu na zdraví alebo inou ťažkou ujmu takým spôsobom, že to môže vzbudiť dôvodnú obavu, potrestá sa odňatím slobody až na jeden rok. Do úvahy by mohol prichádzať aj trest všeobecne prospešných prác alebo peňažný trest, trest domáceho väzenia by v danom prípade asi nebol najlepším riešením, aj keď teoreticky je možné uložiť aj ten.

Ak páchatel' svojim konaním majúcim znaky týrania, spôsobí poškodenému aj zdravotnú ujmu (telesnú i duševnú), môže jeho konanie byť zároveň posúdené ako trestný čin ublíženia na zdraví podľa § 155 Trestného zákona. Trestná sadzba sa v závislosti na rozsahu ujmy a zavinenie páchatel'a môže činiť v najľahšom prípade šesť mesiacov až tri roky odňatia slobody, v najťažšom prípade potom môže byť uložený trest odňatia slobody na osem až šesťnásť rokov. Ak by páchatel'ovi bol preukázaný úmysel svoju obeť usmrtiť, jednalo by sa o trestný čin vraždy podľa § 145 Trestného zákona alebo o pokus tohto trestného činu. " Podstatou trestného činu vraždy podľa § 145 Trestného zákona je úmyselné usmrtenie inej osoby, za ktoré páchatel'ovi hrozí v základnej skutkovej podstate trest odňatia slobody na pätnásť až dvadsať rokov. V prípade ak páchatel' inú osobu úmyselne usmrtí s vopred uváženou pohnútkou, bude sa tento skutok klasifikovať ako trestný čin úkladnej vraždy § 144 TZ, za ktorý páchatel'ovi hrozí v základnej skutkovej podstate trest odňatia slobody na dvadsať až dvadsaťpäť rokov. Vopred uváženou pohnútkou rozumieme sformovanie rozhodnutia usmrtiť iného, ktoré nastalo dlhší časový úsek pred samotnou realizáciou tohto zámeru. Rozhodnutie teda musí byť aspoň čiastočne spracované intelektovou zložkou vôle páchatel'a, aby bolo uvážené, nestačí úplne emocionálne rozhodnutie. Vopred uvážená pohnútkou sa spravidla vyznačuje plánovaním a ďalšou prípravou realizácie zámeru".²¹ Domáce násilie by mohlo byť v niektorých prípadoch posúdené aj ako trestný čin vydierania podľa trestného zákona, ak páchatel' svoju obeť násilím alebo hrozbou násilia alebo inej ťažkej ujmy núti, aby niečo konala

²⁰ Madliak, J. a kol.: Kriminológia, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice 2005, s. 20 – 21

²¹ Madliak, J. a kol.: Kriminológia, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice, 2005, s. 215

alebo strpeli.. Ak by páchatel' neužil násilia alebo hrozby násilím, ale zneužíval by tiesne alebo závislosti obeť k tomu, aby ju prinútil, aby niečo konala alebo trpela, mohlo by sa jednať o trestný čin útlaku. V niektorých prípadoch by mohlo byť domáce násilie vo forme bránenia obeť voľnom pohybe. Takéto konanie by mohlo byť posúdené ako trestný čin obmedzovania osobnej slobody, prípadne dokonca ako trestný čin pozbavenia osobnej slobody. Nakoniec potom v niektorých prípadoch môžeme medzi domáce násilie zaradiť aj trestné činy znásilnenia podľa alebo sexuálneho zneužívania (podľa niektorých odborníkov sa drvivá väčšina znásilnení odohrá medzi manželmi).

Trestné nie je len samotné týranie blízkych osôb, ale aj porušenie opatrenia polície, alebo predbežného opatrenia súdu, ktorým bolo násilníkovi zakázané zdržiavať sa v spoločnom obydli a približovať sa k obeť. Ak útočník tento zákaz závažným spôsobom alebo opakovane poruší (a ani nemusí dôjsť k nejakému útoku), dopúšťa sa trestného činu marenia výkonu úradného rozhodnutia a vykázanie podľa za čo mu môže byť uložený trest odňatia slobody na dobu až troch rokov.

Podľa článku 1. Listiny základných práv a slobôd sú ľudia slobodní a rovní v dôstojnosti a v právach. Základné práva a slobody sú neodňateľné, neodcudziteľná a nepremlčateľné. Zaručujú sa všetkým bez rozdielu pohlavia, rasy, etickej národnosti, náboženstva a pod. Každý je spôsobilý mať práva, každý má právo na život. Listina základných práv a slobôd ďalej stanovuje, že nedotknuteľnosť osoby je zaručená, zaručuje aj osobnú slobodu človeka a v článku 10 ustanovuje, že "každý má právo, aby bola zachovaná jeho ľudská dôstojnosť, osobná česť, dobrá povesť a chránené jeho meno". Podľa Ústavy SR štát dbá na ochranu základných práv a slobôd, ktoré sú pod ochranou súdov. Štát má teda povinnosť chrániť základné práva a slobody svojich občanov a nemôže tolerovať žiadne prípady porušovania základných práv a slobôd, a to ani pokiaľ k nim dochádza v kruhu rodinnom. Zaujímavá je štúdia týkajúca sa duševného stavu násilníka, rizikových faktorov, príčin a ďalších vplyvov spôsobujúcich násilia. Ako rizikové faktory je označovaná skutočnosť, že ako u agresora, tak u obeť zvyčajne už predtým dochádzalo k násiliu v rodine alebo v okolí. Z detí týraných žien či mužov sa s najväčšou pravdepodobnosťou stanú v dospelosti násilníci alebo si nájdu partnera s násilnícku povahou. Násilím sa začala zaoberať aj genetika, kedy výskum dvojčiek a adoptovaných detí dokázal pravdepodobnosť existencie určitého dedičného komponentu násilia. Výskumy dokázali, že najagresívnejší zvieratá, vrátane "ľudí", majú nižšiu hladinu serotonínu a do procesu agresie zasahujú aj

ďalšie neurotransmitery. Predchádzanie násiliu a jeho liečenie²². Príčiny násilia sú teda veľmi rôznorodé. Môžu za ním stáť rodinné pomery, škola a učiteľia, politika, médiá, historicko-politické súvislosti a rad ďalších faktorov. Násilie nie je zatiaľ považované za chorobu, a preto ho nemožno ako choroba liečiť. Bezpochyby však existujú nástroje, ako zmierniť jeho prejavy. V princípe sa však ukazuje, že napriek vedeckému pokroku agresivita v človeku pretrváva, ba dokonca aj rastie. "Na základe oficiálnych štatistík štruktúru násilnej kriminality tvoria najmä trestné činy vraždy, lúpeže, násilia na verejných činiteľoch a úmyselné ublíženie na zdraví."²³

Záver

Počas niekoľkých posledných rokov sme sa o domácom násilí mohli dozvedieť z novín aj z niekoľkých iných médií, čo podľa sociologických výskumov výrazne prispelo k zlepšeniu informovanosti slovenskej verejnosti a pozitívnejší postoj k tejto problematike. Ochota pomôcť obetiam sa prejavila aj v našej legislatíve. Od začiatku tohto roka sú policajti obdarení právomocí vykazať násilníka na 48 hodín zo spoločného obydliia. Avšak napriek všetkej snahe mnohých odborníkov niektoré mýty o domácom násilí stále pretrvávajú." Latentná trestná činnosť prispieva k tomu, že nie je možné s určitosťou hovoriť o tom, či nárast alebo pokles štatistických údajov o zločinnosti je spôsobený skutočným rastom alebo poklesom zločinnosti, alebo či ide len o zmenu pomeru medzi jej zjavnou a latentnou formou. K takémuto stavu prispieva i aktivita policajných orgánov, od ktorých v prevažnej miere závisí, či trestná činnosť bude odhalená alebo ostane utajená."²⁴

Literature:

- Ficová, S. a kol.: Občianske právo procesné. Základné konanie. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 2005.. ISBN 80-7160-194-2.
- Madliak, J. a kol.: Trestné právo hmotné – Všeobecná časť, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice 2006, ISBN 80-7097-565-2.
- Madliak, J. a kol.: Kriminológia, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice 2005. ISBN 80-7097-601-2

²² napríklad implantovaním elektronických stimulátorov do mozgovej oblasti je však zatiaľ u mnohých odborníkov zoradený do oblasti sci-fi

²³ Madliak, J. a kol.: Kriminológia, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice 2005 , s. 211 – 213

²⁴ Madliak, J. a kol.: Kriminológia, Vydavateľstvo UPJŠ, Košice 2005 , s. 92

- Ivor, J. a kolektív: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava: Iura Edition, 2006. 530 s. ISBN 80-8078-084-6.
- Jelínek, J., Sovák, Z.: Trestní zákon a trestní řád. Poznámkové vydání s judikaturou. Praha: Linde, 2000. ISBN 80-7201-211-8.
- Samaš, O., Stiffel, H., Toman, P.: Trestný zákon. Stručný komentár. Bratislava: Iura Edition, 2006. ISBN 80-80-78-078-1.
- Ústava Slovenskej republiky č. 450/1992 Z.b
- Ústavný zákon č. 23/1991 Zb., ktorým sa uvádza Listina základných práv a slobôd.
- Zákon č. 140/1961 Sb. trestný zákon.
- Zákon č. 99/1963 Zb. občiansky súdny poriadok
- Zákon č. 283/1991 Sb. o Policii ČR
- Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon
- Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok
- Zákon č. 171/1993 Z. z. o policajnom zbore
- http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cJqIIANwadIJ:www.minv.sk/%3Fministerstvo-vnutra%26subor%3D1521+pr%C3%A1vo+v+boji+proti+dom%C3%A1cemu+n%C3%A1siliu&cd=6&hl=sk&ct=clnk&gl=sk&lr=lang_cs%7Clang_sk
- <http://zaborska.blog.sme.sk/c/34502/Boj-proti-domacemu-nasiliu-na-pode-EP.html>
- http://www.andrejmatel.info/Texty/Charita/Matel_Pomoc%20zenam%20obetiam%20domaceho%20nasilia.pdf
- <http://www.radaeuropy.sk/?stop-domacemu-nasiliu-pachanemu-na-zenach>

Contact – email

janka.schafferova@gmail.com

LIDSKOPRÁVNÍ ASPEKTY DOMÁCÍHO NÁSILÍ

NIKOLA SLÍVOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok pojednáva o domácím násilí z perspektivy základních lidských práv. Nejprve se obecně zaměřuje na ta lidská práva, která mohou být domácím násilím porušována (či ohrožována) a následně se zabývá vybranými mezinárodními dokumenty, které, byť nepřímo, poskytují obětem domácího násilí určitou míru ochrany. Zvýšená pozornost je přitom upřena na Evropskou úmluvu o ochraně lidských práv a s tím související rozhodovací činnost Evropského soudu pro lidská práva, jehož judikatura v otázce domácího násilí hraje nezastupitelnou úlohu.

Key words in original language

Domácí násilí; lidská práva; Evropská úmluva o ochraně lidských práv; Evropský soud pro lidská práva.

Abstract

There has been increase in research on domestic violence in the last several decades. The special emphasis has been put on human right issue. The paper deals with domestic violence in this view, in connection with human rights. It discusses some international conventions that provide protection to victims of domestic violence. The attention is paid especially to European Convention on Human Rights and European Court of Human Rights, which has made number of notable judgments in cases involving domestic violence.

Key words

Domestic violence, human rights; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.

Domácí násilí je možné definovat jako „opakované, dlouhodobé a zpravidla eskalující násilí fyzického, psychického, sexuálního, sociálního a ekonomického rázu...“¹ Zakládá však toto násilí porušení základních lidských práv oběti? Dnes je již možné jednoznačně říci, že ano. Tento názor ale nebyl vždy bezvýhradně přijímán. Ještě v článku z roku 1993 se

¹ ČÍRTKOVÁ, L. Příčiny, formy a projevy domácího násilí. In *Domáce násilie – nová prax a legislativa v Európe. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej v dňoch 15.-16. októbra 2007*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2008, s. 14.

můžeme dočíst, že “...until recently, it has been difficult to conceive of domestic violence as a human issue under international law.”²

V této souvislosti tak před námi vyvstávají mnohé otázky. Jaký byl vývoj názorů na domácí násilí? Je možné konstatovat pokrok ve vnímání této problematiky? Jaká ochrana byla obětí domácího násilí poskytována v dřívější době a jaká dnes? Kam je možné dále směřovat? Jedná se o velmi široké okruhy, na které není možné poskytnout vyčerpávající odpovědi v rámci jednoho krátkého příspěvku. Je však možné vyrazit na cestu, započít hledání a alespoň nepatrně nastínit možné odpovědi. A jelikož každá cesta někde začíná, zaměřím se na východiska, na kterých je celý systém ochrany před domácím násilím vystavěn. Ve svém příspěvku se proto budu zabývat problematikou domácího násilí ve světle mezinárodního práva.

1. DOMÁCÍ NÁSILÍ Z PERSPEKTIVY ZÁKLADNÍCH LIDSKÝCH PRÁV

Po dlouhou dobu bylo nemyslitelné, aby stát jakkoliv zasahoval do vztahů ohrožených domácím násilím. Razil se totiž názor, že co se děje za zavřenými dveřmi bytů a domů je čistě soukromou záležitostí samotných aktérů. Tuto tezi podporovala zejména skutečnost, že aktéry domácího násilí jsou zpravidla osoby, které k sobě mívají velmi těsné rodinné vazby. A jak je známo, mezi osobami blízkými občas konflikty vznikají. Proč by se tedy stát měl do těchto vztahů vměšovat?

Kritický náhled na výše uvedené tvrzení je úzce spjat s hnutím lidských práv, jehož začátek je možné stanovit obdobím vyhlášení Deklarace lidských práv a založení Organizace spojených národů.³ Cílem tohoto hnutí byla garance práv jednotlivců ze strany státu. Ten měl však odpovědnost jen za ty činy, které bylo možné připsat jemu samému (či přesněji osobám, jež za něj jednají).⁴ Na to bylo kriticky reagováno zejména ze strany feministických autorek či autorů.⁵ Ti poukazovali na to, že ačkoliv mají

² THOMAS, D. Q., BEASLEY M. E. Domestic Violence as a Human Right Issue. In Freeman, M. *Domestic Violence*, Aldershot: Ashgate, 2008, s. 296. Překlad autorky: „...dodávna bylo takřka nemyslitelné považovat domácí násilí za lidskoprávní otázku, na kterou by bylo možné pohlížet z hlediska mezinárodního práva.“

³ HASSELBACHER, L. State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimum of Protection. In *Northwestern University Journal of International Human Rights* [online]. Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v8/n2/3> [citováno dne 28. 10. 2010].

⁴ THOMAS, D. Q., BEASLEY M. E. Domestic Violence as a Human Right Issue. In Freeman, M. *Domestic Violence*, Aldershot: Ashgate, 2008, s. 300.

⁵ HASSELBACHER, L. State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimum of Protection.

lidská práva náležet všem lidským bytostem, slouží zejména mužům.⁶ Stát totiž koná zejména ve veřejné sféře, v níž mají dominantní postavení právě muži. Problémy žen, kterým tradičně náleží prostor ve sféře privátní, unikly pozornosti a stále nejsou náležitým způsobem řešeny.⁷ Za jeden z těchto problémů přitom bylo považováno násilí páchané na ženách.

2. ORGANIZACE SPOJENÝCH NÁRODŮ A ÚMLUVA O ODSTRANĚNÍ VŠECH FOREM DISKRIMINACE ŽEN

Z výše uvedeného je patrné, že zpočátku bylo domácí násilí považováno za jev čistě genderově podmíněný, za jev, který se týká ženských obětí. V této souvislosti je tak možné za významný mezník považovat přijetí Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen (dále také „Úmluva“), a to přestože výslovně problematiku domácího násilí nezmiňuje. Na konci sedmdesátých let minulého století, v době, kdy byla Úmluva Valným shromážděním OSN přijata, nebylo totiž téma domácího násilí ještě na pořadu jednání.⁸ I přesto však Úmluva otevřela dveře pro další vývoj v této oblasti.

O domácím násilí se začíná více hovořit teprve v polovině osmdesátých let. V roce 1985 byla Valným shromážděním přijata první rezoluce týkající se domácího násilí a o rok později se na půdě OSN sešli odborníci na domácí násilí („Expert Group Meeting on Violence in the Family“). Výsledkem schůze byl mimo jiné i závěr, že „...domestic violence was a global phenomenon which was significantly underreported“⁹. V roce 1989 OSN uveřejnila zprávu, v níž domácí násilí dala do přímé souvislosti s nerovností mezi muži a ženami. To vedlo ke klasifikaci domácího násilí jako lidskoprávní otázky.¹⁰ V roce 1992 bylo Výborem pro odstranění všech

In Northwestern University Journal of International Human Rights [online]. Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v8/n2/3> [citováno dne 28. 10. 2010]

⁶ THOMAS, D. Q., BEASLEY M. E. Domestic Violence as a Human Right Issue. In Freeman, M. *Domestic Violence*, Aldershot: Ashgate, 2008, s. 298.

⁷ Tamtéž

⁸ BYRNES, A., BATH, E. Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Development. Dostupné z počítačů Masarykovy univerzity, Právnické fakulty: <http://hrhr.oxfordjournals.org/content/8/3/517.full?sid=5de01f37-e5b7-4553-ab5f-d80f8595f9f6> [citováno dne 27. 10. 2010]

⁹ The United Nations Work on Violence Against Women. *United Nations* [online]. Dostupné z: <http://www.un.org/womenwatch/daw/news/unwvaw.html> [citováno dne 14. 11. 2010]

Překlad autorky: „...domácí násilí je celosvětový problém, který je však stále podceňován.“

¹⁰ Tamtéž

forem diskriminace žen („*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*”, dále jen „*Výbor*”) přijato Doporučení č. 19 (“*General Recommendation No. 19*”), které mimo obecnou definici násilí v rodině obsahovalo i řadu doporučení, které by strany Úmluvy měly v souvislosti s domácím násilím přijmout.¹¹

Dalším významným posunem, ke kterému došlo v roce 1999, bylo přijetí Opčního protokolu k Úmluvě, na jehož základě bylo jednotlivcům umožněno předkládat Výboru stížnosti na porušování Úmluvy.¹² V této souvislosti Výbor projednával dvě velmi podobná podání, a to Goecke v Austria¹³ a Yildirim v Austria¹⁴. Obě dvě byly Výboru předloženy nevládními organizacemi The Vienna Intervention Centre against Domestic Violence and the Association for Women’s Access to Justice (dále jen “*Organizace*”). V obou případech se jednalo o násilí či vyhrožování v manželském svazku a oba případy skončily smrtí oběti. Vzhledem k jejich podobnosti a vzhledem k tomu, že byly projednávány de facto současně, se nyní budu stručně věnovat jen jednomu z nich, a to Yildirim v Austria.

Fatma Yildirim se provdala za Irfana Yildirima v roce 2001. V červenci 2003 jí manžel poprvé začal vyhrožovat tím, že ji zabije. Proto se ze společné domácnosti na začátku srpna 2003 i se svou dcerou z předchozího manželství odstěhovala. Manžel ji však stále vyhrožoval, tentokrát přes mobilní telefon. Případ byl řešen policií, která dvakrát požádala státního zástupce („*public prosecutor*”) o zatčení Irfana Yildirima. Ten však žádost vždy zamítl. Organizace ve stížnosti uvedly, že stát porušil články 1, 2, 3 a 5 Úmluvy, neboť neučinil potřebná opatření k ochraně života a osobní bezpečnosti paní Fatmy Yildirim. Organizace také dále tvrdila, že v praxi nedochází k řádnému stíhání a trestání pachatelů domácího násilí. V této souvislosti konstatovala, že kdyby bylo takto vyhrožováno jiné osobě (veřejnému činiteli) byl by domnělý pachatel okamžitě uvězněn a dotčené osobě by byla poskytnuta ochrana.

¹¹General recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. *United Nations* [online]. Dostupné z: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> [citováno dne 15. 11. 2010]

¹² *Pozitivní akce v oblasti rovnosti mužů a žen – Závěrečná zpráva skupiny expertů zabývajících se pozitivní akcí ve prospěch rovnosti žen a mužů (EG-S-PA)* [online]. Štrasburk: Rada Evropy, vydáno květen 2000. Dostupné z: http://www.mpsv.cz/files/clanky/963/pos_akce.pdf [citováno dne 15. 11. 2010]

¹³ Rozhodnutí Výboru OSN pro odstranění diskriminace žen ze dne 6. srpna 2007, Şahide Goekce v. Austria, stížnost č. 5/2005

¹⁴ Rozhodnutí Výboru OSN pro odstranění diskriminace žen ze dne 6. srpna 2007, Fatma Yildirim v. Austria, stížnost č. 6/2005

Stát k tomuto uvedl, že státní zástupce na nastalou situaci reagoval adekvátně. Zatčení podezřelé osoby je totiž tak významný zásah do základních práv, že je přípustné jen jako *ultima ratio*. Základní práva domnělého pachatele a jeho oběti musí být poměřována a přitom je vždy nutné pamatovat na presumpci nevinu. Vzhledem k tomu, že Irfan Yildirim neměl žádnou zbraň ani kriminální minulost a Fatma Yildirim neměla žádná viditelná zranění, nebylo by zatčení jeho osoby přiměřené.

Po zvážení všech relevantních informací Výbor konstatoval, že v daném případě stát věděl nebo měl vědět, že míra ohrožení paní Yildirim byla velmi vysoká. Státní zástupce proto neměl žádosti o zatčení Irfana Yildirima odmítnout. Dle Výboru totiž „...*the perpetrator's rights cannot supersede women's human rights to life and to physical and mental integrity.*”¹⁵ Výborem bylo shledáno porušení článků 2 a 3 Úmluvy ve spojení s článkem 1 Úmluvy a Doporučením č. 19. Na závěr Výbor Rakousku doporučil přijmout opatření, která by umožnila efektivnější stíhání pachatele domácího násilí a větší ochranu oběti. Výbor také vyslovil požadavek, aby byl kladen zvláštní důraz na bezpečnost žen jakožto obětí domácího násilí.

Z výše uvedeného závěru Výboru je zřejmé, že došlo k markantnímu posunu v souvislosti s koncepcí odpovědnosti státu. Bylo upuštěno od požadavku přímého konání státu a stát se stal v některých případech odpovědný i za nekonání. Zde tedy v situaci, kdy neposkytnul dostatečnou ochranu oběti domácího násilí.

3. RADA EVROPY A EVROPSKÁ ÚMLUVA O OCHRANĚ LIDSKÝCH PRÁV

Rada Evropy, mezinárodní organizace, která sdružuje téměř všechny evropské státy, se od počátku svého působení věnuje ochraně lidských práv. Pamatuje přitom i na ochranu před násilím páchaným na ženách. To totiž ze své podstaty narušuje základní principy, na nichž je Rada Evropy vystavěna.¹⁶ V této souvislosti se tak již v roce 1993 konala konference ministrů, která se věnovala právě této problematice.¹⁷ Za další významný počín je možné považovat přijetí Doporučení na ochranu žen proti násilí („*Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member*

¹⁵ Překlad autorky: „...*pachatelova základní práva nemohou převážit nad právem na život a na psychickou a duševní integritu oběti.*“

¹⁶ *The Council of Europe Campaign to Combat Violence against Women, including Domestic Violence.* [online] Council of Europe. Naposledy změněno: září 2008 Dostupné z: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Fact_Sheet_en.asp [citováno dne 15. 11. 2010]

¹⁷ Název konference zněl: „*Strategies for the elimination of violence against women in society: the media and other means*“

states on the protection of women against violence“, dále jen „Doporučení“). To bylo přijato Výborem ministrů v roce 2002. Doporučení je považováno za první mezinárodně-právní instrument, který vytváří komplexní rámec ochrany před násilím páchaným na ženách.¹⁸ Vyjadřuje myšlenku, že násilí páchané na ženách je výsledkem nevyváženého postavení žen a mužů a vede k diskriminaci žen ve společnosti i v rodině.¹⁹ Následně, od roku 2006 do roku 2008 pod záštitou Rady Evropy probíhala kampaň, které měla za cíl boj proti domácímu násilí.²⁰ Kampaň si mimo jiné kladla úkol „...to raise awareness across the Council of Europe member states that violence against women is a human rights violation...“²¹

Nelze však opominout ještě další instrument ochrany lidských práv, který vznikl na půdě Rady Evropy. Tímto dokumentem je Evropská úmluva o ochraně lidských práv (dále jen „Evropská úmluva“). Evropská úmluva vstoupila v platnost v roce 1953 a zřídila kontrolní mechanismy svého dodržování, kterými byly v době jejího vzniku Evropská komise pro lidská práva a Evropský soud pro lidská práva.²² Na základě dodatkového Protokolu č. 11²³ byl vytvořen jednotný soudní orgán – Evropský soud pro lidská práva (dále jen „Evropský soud“), ke kterému se jednotlivci mohli přímo obracet se svými stížnostmi.²⁴

¹⁸ *Protection women against violence: Analytical study on the effective implementation of Recommendation Rec(2002)5 on the protection of women against violence in Council of Europe member States* [online]. Strasbourg: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 2007. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Source/EN_CDEG_2007_3_complete.pdf [citováno dne 15. 11. 2010]

¹⁹ Tamtéž

²⁰ Název kampaně zněl: „*Campaign to Combat Violence against Women, including Domestic Violence*“

²¹ *Blueprint of the Council of Europe Campaign to Combat Violence against Women, including Domestic Violence* [online]. Council of Europe: Committee of Ministers, 2006. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Blueprint_en.asp [citováno dne 15. 11. 2010]

Překlad autorky: „...zvýšit mezi členskými státy povědomí o tom, že násilí páchané na ženách je porušováním lidských práv...“

²² HUBÁLKOVÁ, E. Evropská úmluva o lidských právech a Česká republika. Praha: Linde, 2003, s. 11- 13

²³ Dodatkový protokol č. 11 vstoupil v platnost 1. listopadu 1998

²⁴ HUBÁLKOVÁ, E. Evropská úmluva o lidských právech a Česká republika. Praha: Linde, 2003, s. 13

Evropský soud za dobu své činnosti projednával množství případů, které souvisely s domácím násilím. Ještě předtím než přikročím k rozboru některých z nich, však považuji za nutné krátce se zastavit u koncepcí odpovědnosti státu, tak jak byla definována Evropským soudem. I zde totiž došlo, stejně jako u Výboru, k významnému posunu. Je to možné demonstrovat na případu z roku 1985. V tomto roce se Evropský soud zabýval stížností X and Y v. The Netherlands²⁵. Mentálně hendikepovaná dívka žila od svých devíti let v ústavu pro hendikepované děti. Den po svých šestnáctých narozeninách byla v tomto ústavu sexuálně zneužita. Na policii se obrátil otec dívky, neboť ta samotná by nebyla schopna čin oznámit. Státní zástupce („*public prosecutor*“) se případem odmítl zabývat, proti čemuž se otec dívky odvolal. Odvolací soud („*Court of Appeal*“) odvolání zamítl s tím, že otec dívky není legitimován k podání stížnosti, ta měla být podána samotnou dívkou, neboť jí již bylo více než 16 let. Evropský soud se ve svém rozhodnutí zabýval mimo jiné i tím, zda byl porušen článek 8 Evropské úmluvy, který zajišťuje právo na soukromý a rodinný život. V této souvislosti konstatoval, že „...*although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life.*“²⁶ Dle Evropského soudu se tak stát stal odpovědným za nekonání a tím, že nepotrestal pachatele, porušil článek 8 Evropské úmluvy. Pro úplnost dodávám, že koncepce odpovědnosti státu byla konkretizována i v dalších rozhodnutích Evropského soudu. Konkrétně například v rozhodnutí Osman v. The United Kingdom²⁷ a M.C. v. Bulgaria²⁸.

A teď již blíže k domácímu násilí, tak jak je na něj nahlíženo z pohledu rozhodovací činnosti Evropského soudu. Ačkoliv Evropská úmluva výslovně neoperuje s pojmem domácí násilí, přesto mnohá její ustanovení obětem domácího násilí ochranu poskytují. Aby bylo možné podat komplexnější obraz o tom, jaká konkrétní ustanovení to mohou být,

²⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. března 1985, X and Y v. The Netherland, stížnost č. 8978/80

²⁶ Překlad autorky: „...*přestože článek 8 má ze své podstaty chránit jednotlivce proti svévolnému zasahování ze strany orgánů veřejné moci, nejde v něm pouze o to, aby se stát tohoto zasahování zdržel: kromě negativního závazku totiž stát může mít i závazky pozitivní, které vyplývají z nutnosti respektovat soukromý a rodinný život.*“

²⁷ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. října 1998, Osman v. The United Kingdom, stížnost č. 87/1997/871/1083

²⁸ Finální rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 4. března 2004, M.C. v. Bulgaria, stížnost č. 39272/98

v následující části se pokusím shrnout některá zásadní rozhodnutí Evropského soudu v této oblasti.

3.1 KONTROVÁ V. SLOVAKIA

V roce 2007 Evropský soud vydal rozhodnutí ve věci *Kontrová v. Slovakia*²⁹. Stěžovatelka podala v listopadu roku 2002 trestní oznámení na svého manžela. Obvinila jej z toho, že ji předešlý den napadl a zbil elektrickým kabelem. O svém zdravotním stavu předložila lékařskou zprávu dokládající její neschopnost pracovat po dobu až sedmi dnů. Dále také uvedla, že psychické a fyzické násilí ze strany jejího manžela není ojedinělou záležitostí, ale trvá již delší období. Přibližně o dva týdny později se stěžovatelka v doprovodu svého manžela dostavila na policejní stanici s úmyslem vzít trestní oznámení zpět. Policista stěžovatelce poradil, že musí doložit lékařskou zprávu, ze které bude patrné, že její neschopnost práce není delší než šest dní. Stěžovatelka zprávu doložila a věc byla odložena. Následující měsíc došlo k dalším incidentům, při nichž manžel stěžovatelky vyhrožoval zabitím sebe a svých a stěžovatelčiných dvou dětí. O těchto událostech byla policie informována. Dne 31. 12. 2002 manžel stěžovatelky své výhrůžky splnil, zabil obě děti a následně také sebe.

Stěžovatelka ve svém podání Evropskému soudu namítala mimo jiné porušení článku 2 Evropské úmluvy, práva na život, a porušení článku 13, práva na účinný právní prostředek nápravy. Evropský soud shledal porušení obou těchto článků. Přitom zopakoval své stanovisko, podle kterého má stát nejen povinnost zdržet se protiprávních zásahů do lidského života, ale také povinnost přijmout vhodná opatření k ochraně těch jednotlivců, jejichž život je v ohrožení. Zároveň však Evropský soud zdůraznil, že pozitivní závazky státu musí být vykládány takovým způsobem, aby pro stát neznamenal neúměrnou či nemožnou zátěž. Neboť ne každé tvrzené ohrožení života automaticky znamená nutnost přijímání těchto opatření. Aby bylo možné mluvit o pozitivním závazku státu, „...it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.“³⁰

²⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 31. května 2007, *Kontrová v. Slovakia*, sížnost č. 7510/04

³⁰ Překlad autorky: „...musí být prokázáno, že stát věděl nebo měl vědět o skutečnosti, že existuje reálné nebezpečí ohrožení lidského života v důsledku trestného činu, a že v rámci svých pravomocí nepřijal taková opatření, u kterých by se dalo důvodně očekávat, že tomuto ohrožení předejdou.“

3.2 BEVAQUA V. BULGARIA

Dalším případem, kterému se v souvislosti s domácím násilím Evropský soud věnoval, je Bevaqua and S. v. Bulgaria³¹. Paní Valentina Bevaqua (dále také „stěžovatelka“) v březnu roku 2000 podala žádost o rozvod s panem N. a odstěhovala se i se synem ze společného příbytku. Tvrdila, že tak učinila kvůli agresivnímu chování svého manžela, který jí slovně i fyzicky napadal. Spolu s žádostí o rozvod zažádala i o předběžnou vazbu („*interim custody order*“). Otázku předběžné vazby však soud začal řešit až v říjnu roku 2000, tedy více než půl roku poté, kdy byla žádost podána. K rozvodu manželství pak došlo teprve v dubnu roku 2001. V mezidobí se událo mnoho dalších incidentů, pan N. stěžovatelku opakovaně fyzicky a slovně napadal, často v přítomnosti jejich syna a také syna násilím odvlékl od stěžovatelky. Stěžovatelka několikrát navštívila lékaře a nechala si vyhotovit zprávu dokládající její zranění. Také soudu opětovně předkládala žádost o předběžnou vazbu. Tu však nakonec stáhla, neboť nebyla s to prokázat soudem vyžadované skutečnosti. Když bylo manželství konečně rozvedeno, soud svěřil péči o syna stěžovatelce, mimo jiné i na základě stanoviska z úřadu sociální péče („*Social Care Office*“), podle kterého se dítě svého otce bojí a raději by žilo se svou matkou. Pan N. se proti rozhodnutí soudu odvolal a namítal, že stěžovatelčino tvrzení o jeho násilném chování se nezakládá na pravdě. Odvolací soud rozsudek soudu prvního stupně potvrdil s tím, že v dané věci bylo o agresivním chování pana N. dostatek důkazů.

Stěžovatelka se obrátila na Evropský soud, přičemž jednala i jménem svého syna, a namítala mimo jiné porušení článku 8 Evropské úmluvy, práva na soukromý a rodinný život. Evropský soud konstatoval, že pojem soukromého života zahrnuje jak fyzickou tak i duševní integritu jednotlivce a zopakoval, podobně jako v případě X and Y v. The Netherlands (viz výše), že z povinnosti respektovat soukromý a rodinný život mohou pro stát plynout určité pozitivní závazky. Evropský soud dále připomněl, že návrh na předběžnou vazbu by měl být vzhledem ke své povaze a účelu projednávám s určitým stupněm priority. A ačkoliv žadatel nemůže očekávat okamžité rozhodnutí o předběžné vazbě, nelze totiž rozhodnout bez ověření relevantních skutečností, v tomto konkrétním případě nebyla této otázce věnována dostatečná pozornost, neboť soud o ní v souhrnu jednal po dobu takřka osmi měsíců. Dle Evropského soudu v daném případě muselo být zřejmé, že syn stěžovatelky a pana N. byl rozpadem vztahu

³¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 12. června 2008, Bevaqua and S. v. Bulgaria, stížnost č. 71127/01

rodičů nepříznivě ovlivněn, a že „...prompt measures were needed, in particular, in the child's interest.”³² Evropským soudem bylo shledáno porušení článku 8 Evropské úmluvy.

3.3 OPUZ V. TURKEY

Další případ Evropského soudu, *Opuz v. Turkey*³³, je možné považovat takřka za historický.³⁴ Matka Nahidy Opuz (dále také „stěžovatelka“) se provdala za A.O. Stěžovatelka následně začala žít s H. O., synem A. O., přičemž v roce 1995 se vzali. Měli spolu tři děti. V roce 1995 podala stěžovatelka spolu se svou matkou první trestní oznámení, ve kterém uvedly, že H. O. a A. O. je zbili a vyhrožovali zabitím. Obě se podrobily lékařskému vyšetření a nechaly si vyhotovit lékařskou zprávu dokládající jejich zranění. Státní zástupce („public prosecutor“) proti A. O. a H. O. podal obžalobu. Následně soud případ odložil, neboť stěžovatelka a její matka svůj souhlas s trestním stíháním odvolaly. Rok po těchto událostech H. O. při hádce stěžovatelku velmi těžce zranil, což potvrzuje další lékařská zpráva. Na základě žádosti státního zástupce a rozhodnutí samosoudce byl H. O. vzat do vazby. Ačkoliv při soudním přelíčení stěžovatelka trvala na své výpovědi, soud H. O. propustil na svobodu mimo jiné i vzhledem k tomu, že je stěžovatelka již v dobrém zdravotním stavu. O měsíc později stěžovatelka svůj souhlas se zahájením trestního stíhání vzala zpět s tím, že s H. O. opět žijí v míru. Když v únoru roku 1998 H. O. při hádce se stěžovatelkou, její sestrou a matkou, stěžovatelku opětovně napadl, tentokrát nožem, státní zástupce se rozhodl z vzhledem k nedostatku důkazů trestní stíhání nezahajovat. Po tomto incidentu stěžovatelka odešla žít ke své matce. V březnu téhož roku H. O. srazil autem stěžovatelku a její matku, přičemž matce způsobil život ohrožující zranění a stěžovatelce zranění, které způsobil pracovní neschopnost po dobu pěti dnů. H. O. byl vzat do vazby a stěžovatelka zažádala o rozvod. Po propuštění z vazby byl H. O. obžalován z pokusu o vraždu. Při soudním přelíčení však stěžovatelka a její matka změnilly své výpovědi a podpořili verzi H. O., že šlo o nehodu. Co se týče stěžovatelky, soud případ odložil, ale v souvislosti se závažnějšími zraněními její matky, odsoudil H. O. k odnětí svobody v délce tří měsíců a pokutě. Trest odnětí svobody byl posléze změněn na pokutu.

³² Překlad autorky: „...v zájmu dítěte byla nutná okamžitá opatření.”

³³ Finální rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. září 2009, *Opuz v. Turkey*, stížnost č. 33401/02

³⁴ HASSELBACHER, L. State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimum of Protection. *In* Northwestern University Journal of International Human Rights [online]. Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v8/n2/3> [citováno dne 28. 10. 2010]

V roce 2001 došlo k další potyčce mezi H. O. a stěžovatelkou. Lékařská zpráva deklarovala, že stěžovatelka měla na různých částech těla sedm bodných ran. H. O. se sám šel udat na policii přičemž uvedl, že stěžovatelka jej napadla jako první a on posléze nad sebou ztratil kontrolu. Za tento čin byl H. O. odsouzen k pokutě. K dalšímu incidentu došlo v listopadu téhož roku. Stěžovatelka podala trestní oznámení, ve kterém uvedla, že jí H. O. vyhrožuje zabitím. Státní zástupce se případem vzhledem k nedostatku důkazů nezabýval. Tentýž měsíc podala trestní oznámení kvůli stejnému typu výhrůzek i matka stěžovatelky. V mezidobí podala stěžovatelka opět žádost o rozvod. V únoru roku 2002 matka stěžovatelky státnímu zástupci oznámila, že výhrůžky ze strany H. O. jsou intenzivnější. V březnu roku 2002 H. O. matku stěžovatelky zastřelil. H. O. byl obžalován z vraždy a o šest let později, v roce 2008, byl odsouzen k doživotnímu vězení. Následně však soud rozsudek změnil na 15 let a 10 měsíců odnětí svobody a pokutu, a to z toho důvodu, že H. O. se činu dopustil na základě provokace ze strany matky stěžovatelky. Soud pak vzhledem k době, kterou H. O. strávil ve vazbě a vzhledem ke skutečnosti, že případ bude ještě řešen před odvolacím soudem, propustil H. O. na svobodu. Na odvolací řízení se však stále čeká. Po propuštění H. O. stěžovatelka podala trestní oznámení a požádala o poskytnutí ochrany. Uvedla, že její bývalý manžel se kontaktoval s jejím současným přítelem a vyptával se na ni. Když mu její přítel odmítl sdělit její adresu, vyhrožoval mu, že zabije jeho i stěžovatelku. Jedině díky zásahu Evropského soudu byla určitá opatření k ochraně života stěžovatelky přijata.

Stěžovatelka se obrátila na Evropský soud a namítala mimo jiné porušení článku 2, práva na život, článku 3, práva nebýt mučen a podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení a článku 14, práva nebýt diskriminován. V souvislosti s článkem 2 stěžovatelka uvedla, že navzdory trestním oznámením, které ve věci podávala ona a její matka, nebyla jim ze strany státních orgánů poskytnuta dostatečná ochrana. Evropský soud v tomto odkázal mimo jiné i na případ *Kontrová v. Slovakia* (viz výše) a zopakoval povinnost státu přijmout vhodná opatření k ochraně těch jednotlivců, jejichž život je v ohrožení. Uvedl, že v projednávaném případě místní orgány, s ohledem na trestní oznámení, které útoku předcházely, mohly předvídat útok H. O. proti matce stěžovatelky. A ačkoliv Evropský soud nemůže s jistotou tvrdit, že by k činu bývalo nedošlo pokud by státní orgány jednaly jiným způsobem, přesto je nepřijetí takovýchto opatření samo o sobě dostačující pro konstatování odpovědnosti státu. Evropský soud se dále zabýval námitkou, kterou podala vláda vláda. Ta totiž poukazovala na skutečnost, že státní orgány nemohly některé z trestních oznámení řádně prošetřit, neboť stěžovatelka i její matka opakovaně vzaly svůj souhlas s trestním stíháním zpět. Vláda k tomuto dále uvedla, že pokud by státní orgány ve stíhání H. O. pokračovaly, dopustily by se porušení článku 8 Evropské úmluvy, práva na soukromý a rodinný život. K tomuto Evropský soud uvedl, že třebaže o této otázce nepanuje mezi smluvními stranami Evropské úmluvy obecná shoda, přesto je zřejmé, že stát má v těchto případech povinnost poměřovat dotčená základní práva oběti, tj.

právo na život, právo nebýt mučen či podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení a právo na soukromý a rodinný život. V této souvislosti Evropský soud přezkoumal postupy členských států a konstatoval existenci určitých faktorů, které musí být brány v úvahu při rozhodování o otázce, zda stíhat pachatele domácího násilí i v případě, kdy není dán souhlas oběti.³⁵ Na základě této komparace soud dospěl k závěru, že „...*more serious the offence or the greater the risk of further offences, the more likely that the prosecution should continue in the public interest, even if victims withdraw their complaints.*”³⁶ Evropský soud vzhledem ke všem relevantním okolnostem případu konstatoval, že v daném případě mělo být v trestním stíhání H. O. pokračováno ve veřejném zájmu a uzavřel, že Turecko porušilo článek 2 Evropské úmluvy, když nezajistilo přiměřená opatření k ochraně života matky stěžovatelky.

Co se týče článku 3 Evropské úmluvy, stěžovatelka namítala, že byla vystavena násilí, výhrůžkám smrti a mnohokrát byla zraněna, přičemž státní orgány její situaci nebraly vážně. Evropský soud opětovně zdůraznil, že konstatovat porušení článku třetího lze jen za situace, kdy jednání naplňuje minimální úroveň závažnosti a dodává, že v daném případě bylo násilí, kterému byla stěžovatelka vystavena bylo natolik závažného charakteru, že oné minimální úrovně závažnosti dosahuje. Bylo proto rovněž konstatováno porušení článku 3 Evropské úmluvy.

Stěžovatelka rovněž namítala porušení článku 14 v souvislosti s článkem 2 a 3 Evropské úmluvy. Při prověřování toho, zda došlo či nedošlo k porušení tohoto článku, Evropský soud připomněl případ *D. H. and Others v. Czech Republic*³⁷, ve kterém bylo porušení článku 14 podloženo statistickými údaji. V případě *Opuz v. Turkey* Evropský soud shrnul zprávy a statistiky několika organizací, např. *Diyarbakir Bar Association* a *Amnesty International*. Tyto zprávy a statistiky poukazovaly na to, že právě ženy jsou

³⁵ Těmito faktory jsou mimo jiné:

- závažnost násilného činu;
- dopad na děti, které žijí v domácnosti (včetně dopadů psychologických);
- zda jsou zranění oběti fyzického či psychického rázu;
- zda v souvislosti s násilím byla použita zbraň;
- zda násilník oběti vyhrožoval a zda výhrůžky pokračují;
- zda byl útok plánovaný;
- jaká je pravděpodobnost, že dojde k opakování násilné činnosti;
- jaký je aktuální vztah oběti a násilného partnera a jaký dopad by na jejich vztah mělo pokračování v trestním stíhání i bez souhlasu oběti;
- jaká je historie vztahu, zejména zda došlo k nějakému násilí už v minulosti.

³⁶ Překlad autorky: „...*čím závažnější trestný čin či větší riziko dalších trestných činů, tím spíše by se mělo v trestním stíhání pokračovat ve veřejném zájmu, a to i v případě, že k němu oběť nedá souhlas.*”

³⁷ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. listopadu 2007, *D. H. and Others v. Czech Republic*, stížnost č. 57325/00

nejčastějšími oběťmi domácího násilí. Evropský soud proto konstatoval, že „...*the violence suffered by the applicant and her mother may be regarded as gender-based violence which is a form of discrimination against women*”³⁸ a uzavřel, že v daném případě Turecko porušilo článek 14 ve spojení s článkem 2 a 3 Evropské úmluvy.

4. ZÁVĚREM

Domácí násilí negativně ovlivňuje mnoho lidských životů. Je to problém tím palčivější, že se obvykle děje v kruhu rodinném, tam, kde by se jednotlivec měl cítit nejbezpečněji. Domácímu násilí je věnována zvýšená míra pozornosti teprve v několika posledních desetiletích. V tomto období se vnímání domácího násilí ve společnosti postupně proměňovalo a dnes je snad již možné říci, že pohled na domácí násilí jako na čistě soukromou záležitost, do které není radno zasahovat, je pomalu, ale jistě překonáván. Domácí násilí se dnes již zcela běžně považuje za lidskoprávní otázku. Je spojeno s porušováním základních práv jakými jsou právo na život, právo nebýt podrobován nelidskému nebo ponižujícímu zacházení, právo na soukromý a rodinný život či právo nebýt diskriminován. Z rozboru výše uvedených rozhodnutí Výboru a Evropského soudu je také zřejmé, že stát má povinnost zajistit taková opatření, která umožní jak potrestání pachatele domácího násilí, tak efektivní ochranu oběti či obětí.

Literature:

- BYRNES, A., BATH, E. Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Development. Dostupné z počítačů Právnické fakulty Masarykovy univerzity:
<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/8/3/517.full?sid=5de01f37-e5b7-4553-ab5f-d80f8595f9f6> [citováno dne 27. 10. 2010]
- ČÍRTKOVÁ, L. Příčiny, formy a projevy domácího násilí. In Domáce násilie – nová prax a legislativa v Európe. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej v dňoch 15.-16. októbra 2007. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2008, s. 127, ISBN 978-80-88-931-96-6

³⁸ Překlad autorky: „...*násilí, které bylo na stěžovatelce a její matce pácháno, je možné považovat za genderově podmíněné, a tedy za jednu z forem diskriminace žen.*”

- CHOUDRY, S., HERRING, J. Righting Domestic Violence. In FREEMAN, M. Domestic Violence. Aldershot: Ashgate, 2008, s. 543, ISBN 978-0-7546-2644-2
- HASSELBACHER, L. State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimum of Protection. In Northwestern University Journal of International Human Rights [online]. Dostupné z: <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v8/n2/3> [citováno dne 28. 10. 2010]
- HUBÁLKOVÁ, E. Evropská úmluva o lidských právech a Česká republika. Praha: Linde, 2003, s. 743, ISBN 80-7201-417-X
- THOMAS, D. Q., BEASLEY M. E. Domestic Violence as a Human Right Issue. In Freeman, M. Domestic Violence, Aldershot: Ashgate, 2008, s. 543, ISBN 978-0-7546-2644-2
- The United Nations Work on Violence Against Women. United Nations [online]. Dostupné z: <http://www.un.org/womenwatch/daw/news/unwvaw.html> [citováno dne 27. 10. 2010]
- Pozitivní akce v oblasti rovnosti mužů a žen – Závěrečná zpráva skupiny expertů zabývajících se pozitivní akcí ve prospěch rovnosti žen a mužů (EG-S-PA) [online]. Štrasburk: Rada Evropy, vydáno květen 2000. Dostupné z: http://www.mpsv.cz/files/clanky/963/pos_akce.pdf [citováno dne 15. 11. 2010]
- General recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. United Nations [online]. Dostupné z: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> [citováno dne 15. 11. 2010]
- The Council of Europe Campaign to Combat Violence against Women, including Domestic Violence. [online] Council of Europe. Naposledy změněno: září 2008 Dostupné z:

http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Fact_Sheet_en.asp [citováno dne 15. 11. 2010]

- Protection women against violence: Analytical study on the effective implementation of Recommendation Rec(2002)5 on the protection of women against violence in Council of Europe member States [online]. Strasbourg: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 2007. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Source/EN_CDEG_2007_3_complete.pdf [citováno dne 15. 11. 2010]
- Blueprint of the Council of Europe Campaign to Combat Violence against Women, including Domestic Violence [online]. Council of Europe: Committee of Ministers, 2006. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/Blueprint_en.asp [citováno dne 15. 11. 2010]
- Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod
- Protokol č. 11 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, kterým se mění kontrolní mechanismus s ní ustavený
- Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen
- Opční protokol k Úmluvě o odstranění všech forem diskriminace žen
- Doporučení Rec(2002)5 Výboru ministrů členským státům o ochraně žen proti násilí
- Rozhodnutí Výboru OSN pro odstranění diskriminace žen ze dne 6. srpna 2007, Şahide Goekce v. Austria, stížnost č. 5/2005
- Rozhodnutí Výboru OSN pro odstranění diskriminace žen ze dne 6. srpna 2007, Fatma Yildirim v. Austria, stížnost č. 6/2005
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. března 1985, X and Y v. The Netherland, stížnost č. 8978/80
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. října 1998, Osman v. The United Kingdom, stížnost č. 87/1997/871/1083

- Finální rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 4. března 2004, M.C. v. Bulgaria, stížnost č. 39272/98
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 31. května 2007, Kontrová v. Slovakia, stížnost č. 7510/04
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. listopadu 2007, D. H. and Others v. Czech Republic, stížnost č. 57325/00
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 12. června 2008, Bevaqua and S. v. Bulgaria, stížnost č. 71127/01
- Finální rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. září 2009, Opuz v. Turkey, stížnost č. 33401/02

Contact – email

NSlivova@gmail.com

ODR IN FAMILY LAW - FOREIGN TRENDS AND INSPIRATION

JIRI SLOVACEK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Tento příspěvek stručně popisuje metody a nástroje online řešení sporů používané v několika zahraničních právních úpravách obecně a k řešení sporů v oblasti rodinného práva, včetně domácího násilí, v australské úpravě *de lege lata*. Jsou zvažovány jak přístupy *de lege lata* tak *de lege ferenda*, jež byly vyvinuty a jsou používány k usnadnění vyřešení rodinných sporů a podpoře jednotlivých stran sporu. Dále je stručně popsán historický vývoj, který vedl ke stávající úpravě ODR přes různé ADR metody, vč. podpůrných nástrojů k vyjednávání, mediace, telefonních služeb k řešení sporů atd.

Key words in original language

ADR; ODR; IDR; alternativní řešení sporů; řešení sporů online; online rozhodčí řízení; mediace; ODR; rodinné právo; domácí násilí; právo domácího násilí; online řešení sporů v právu domácího násilí; řešení rodinných sporů online; komparativní právo.

Abstract

This paper briefly describes methods and tools of online dispute resolution used in several foreign countries to resolve general disputes, and the recent Australian *de lege lata* approach to resolve family disputes, including domestic violence. Both, *de lege lata* and *de lege ferenda* approaches developed to support parties in family conflicts are examined. Also, a brief history that led to the current status of ODR through various ADR methods are described, including negotiation support tools, mediation, telephone dispute resolution services, etc.

Key words

Online dispute resolution; family law; ODR; domestic violence; domestic violence law; online dispute resolution in domestic violence law; online family dispute resolution; comparative law.

Řešení sporů online (ODR) představuje jednu z forem řešení sporů, které využívají výhod, jež poskytují moderní technologie, k efektivnějšímu dosažení smírného vyřešení sporu. V obecné rovině ODR vychází z tradičních metod alternativního řešení sporů (ADR) - negociace, mediace a rozhodčího řízení, a tyto metody se v rámci různých ODR systémů dle potřeb toho kterého konkrétního řízení různě kombinují. Mimoto ODR

možnosti těchto tradičních ADR forem řešení sporů rozšiřuje o inovativní techniky, které poskytují online technologie¹.

Poté, co byl internet uvolněn pro komerční aktivity, objevily se v polovině 90. let i první experimenty se snahou o řešení sporů online (ODR). Jak postupně rostly počty uživatelů internetu, a rozšiřoval se rozsah aktivit v prostředí internetu, rostly i počty sporů, pro které historické formy řešení sporů neposkytovaly uspokojující postupy a metody (viz Rabinovich, 2009)².

První pokusy o implementaci ODR systémů v průběhu 90. let naznačily směry, jimiž se ODR v následujících desetiletích ubíralo. Prvním přístupem bylo řešení sporů, které přímo souvisely s rozšířením internetu, a vesměs vznikaly v prostředí internetu. Jinými slovy se jednalo o reakci na nový druh sporů, které byly úzce svázány s internetem a standardní formy řešení sporů pro ně nebyly dostatečně efektivní, příp. je řešit vůbec nedokázaly. Takovým byl např. Virtuální magistrát ("the Virtual Magistrate"), online rozhodčí systém pro spory s ISP, poskytovateli internetových služeb. Dalším systémově obdobným, tj. reagujícím primárně na podněty pocházející z prostředí internetu byl online mediační program Online Ombuds Office's (OOO), který vznikl na University of Massachusetts. OOO byl koncipován jako obecný systém řešení sporů, tj. nezaměřoval se na žádný konkrétní druh sporů, a je známý především díky tomu, že byl použit jako pilotní systém řešení sporů pro společnost eBay. Do stejné kategorie ODR systémů spadá i později vzniklý systém řešení sporů ICANN, pomocí kterého se online rozhodují doménové spory³. Na University of Maryland vznikl online mediační program pro rodinné spory, který byl na rozdíl od dvou předchozích systémů ODR zaměřen spíše na tradiční spory. Tento online mediační program tak představoval další revoluční přístup, neboť se prostřednictvím ODR pokoušel vypořádat s poměrně emočně nabitými a komplexními spory vzniklými mimo prostředí internetu (viz Katsch, Wing, 2006⁴; Rabinovich, 2009).

¹ Elisabeth Wilson-Evered, Deborah Macfarlane, John Zeleznikow, Mark Thomson: Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia, konference www.odr2010.com.au, 2010, dostupné z www.odrandconsumers2010.org/wp-content/uploads/2010/06/3.2-Wilson_Towards_Online-1.pdf

² Orna Rabinovich-Einy. Enhancing Accountability and Learning in Dispute Resolution Through Technology. In 2009 International Workshop on ADR/ODRs. www.uoc.edu/symposia/adr/doc/Prof_Orna_Rabinovich.doc

³ www.icann.org/en/udrp/udrp.htm

⁴ Ethan Katsh, Leah Wing. Ten Years Of Online Dispute Resolution (ODR): Looking At The Past And Constructing The Future. The University of Toledo Law Review, vol. 38, č. 1 (2006), str. 101-126

V řadě zemí po celém světě od té doby roste snaha využít možností ODR k rychlému a efektivnímu řešení sporů, omezit tak přísun agendy, která padá na bedra tradičních soudů, posílit snahu o smírné vyřešení sporů a zajistit stabilizaci mezilidských vztahů. Spory vznikají ve všech možných oblastech lidské činnosti a samozřejmě se nevyhýbají ani rodinným vztahům. Oblasti rodinného práva obecně, a práva domácího násilí zvláště, dávají ODR metody řadu nástrojů a možností dosažení pokojného vztahu v rodinných vztazích.

Oproti rozhodčímu anebo soudnímu řízení, které jsou rozhodovány podle práv jednotlivých stran, nebo negociaci, která je zpravidla založena na vyjednávací síle, mediace se pokouší najít řešení pomocí rozšíření zájmů obou stran sporu tak, aby se tyto mohly stát základem pro dohodu. Mediace hledá řešení založené na společných zájmech a cílech obou stran, nikoli na jejich zákonem garantovaných právech nebo na snaze vyrovnat síly obou sporných stran. Pokud strany dosáhnou vyřešení sporu, bude založeno na jejich společné shodě a dohodě.⁵

Mediace je efektivním a vhodným nástrojem pro řešení sporů v oblasti rodinného práva, neboť z praktických i psychologických důvodů volí metodu postupného řešení sporných oblastí, oproti tradičnímu komplexnímu monolitickému řešení soudnímu, které jedním výrokem rozhodne celý spor naráz.⁶

Řada autorů je toho názoru, že jednou z nejpodstatnějších výhod mediace oproti jiným formám řešení sporů je komunikace tváří v tvář⁷. Nicméně, při praktickém řešení konkrétních sporů v oblasti rodinného práva se objevuje velká řada situací, v nichž by okolnosti konkrétního případu právě z tohoto důvodu činili možnost využití mediace buď nežádoucí anebo zcela nereálnou. Tak tomu je například v situacích, kdy je mezi účastníky sporu silné napětí v důsledku předcházejícího nedávného anebo dlouhodobého domácího násilí, v případech, kdy je pro účastníky sporu prakticky nemožné se sejít v jednom čase na jednom místě (ať už z důvodu, že se nacházejí na od sebe dopravně vzdálených místech anebo jejich setkání není možné z technických, časových, ekonomických anebo třeba zdravotních důvodů),

⁵ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

⁶ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

⁷ Eisen, J.: Are We Ready for Mediation in Cyberspace? *Byu L. Rev.* 1305, 1322–1325 (1998)

případně z toho důvodu, že vzájemná animozita mezi účastníky nabyla takových rozměrů, že tito setkání tváří v tvář odmítají principiálně.

To, že se v některých případech účastníci sporu fyzicky nesetkají a mediace tak přijde o jednu ze svých tradičních rovin - interakci účastníků tváří v tvář - může být naopak zásadní výhodou pro spory, v nichž emocionální napětí mezi účastníky sporu je tak silné, popř. kombinováno s emocionální převahou jedné ze stran, což je charakteristické zejména u případů domácího násilí, že jejich konfrontace by spíše než k vyřešení sporu vedla k jeho eskalaci.

Hlavní funkcí online mediace by měla být možnost využití informačních technologií, které mohou mediátorům poskytnout podporu při řešení rodinných sporů. Cílem online mediace v rodinném právu tak oproti online mediaci v jiných oblastech nemá být automatizované rozhodování, nýbrž podpora pro prostředníky, kteří jsou primárními hybateli procesu řešení rodinných sporů.⁸

Každá mediace vedle svých výhod má samozřejmě také svá rizika, zvláštní problémy pak přináší IT, resp. online aspekt online mediace.⁹

Některé výzkumy dospěly k závěru, že nerovnováha mezi muži a ženami v rodinné mediaci by mohla být ještě výraznější v on-line prostředí z toho důvodu, že muži jsou zpravidla častějšími a přirozenějšími uživateli výpočetní techniky a internetu, a mohou tak mít teoretickou výhodu oproti ženám, které jsou statisticky ve využívání on-line zdrojů méně zkušené. Nicméně, tento teoretický nedostatek je právě v rodinných sporech kompenzován tím, že online mediace v rodinném právu slouží primárně jako prostředek hledání společné půdy mezi stranami mediátorovi a je právě na něm, aby volil takové postupy, které tuto potenciální nerovnováhu pohlaví eliminuje. Obavy o silové nerovnosti, zejména v případech domácího násilí, mezi ženami a muži, které mohou v rámci mediace potenciálně omezovat práva žen na rovné zacházení sice nelze zcela vyvrátit, nicméně je třeba si uvědomovat, že tato rizika jsou v tradičním soudním řízení příp. v řízení rozhodčím ještě větší.^{10, 11}

⁸ Emilia Bellucci, Deborah Macfarlane, John Zeleznikow. How Information Technology Can Support Family Law and Mediation in Lecture Notes in Business Information Processing, 2010, Volume 57, Part 4, pp. 243-255, DOI: 10.1007/978-3-642-15402-7_31 <www.springerlink.com/content/h436462381743276>

⁹ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

¹⁰ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

Samozřejmě, nejpřirozenější forma mezilidské komunikace je kontakt tváří v tvář, který poskytuje vedle verbální stránky také řadu dalších podnětů - řeč těla, mimiku, gestiku, změny intonace, přestávky. Lidskou přirozeností je pak činit rozhodnutí a utvářet své vzájemné vztahy v kontextu celého takového komplexu informací, které živá konverzace přináší. Z tohoto pohledu není jisté, a nejsou v tomto směru k dispozici ani žádná empirická zjištění, zda je možné v online kontextu vybudovat důvěru mezi mediátorem a účastníky sporu v rozsahu a v čase, který umožňuje setkání naživo. Nicméně, opět, tato potenciální nevýhoda může být současně i výhodou. Tím, že jsou strany i mediátor vzájemně fyzicky odděleni, nemůže se jejich pozornost upírat k fyzické přítomnosti dalších osob a účastníci sporu jsou tak nepřímou nuceni zabývat se primárně na podstatné otázky jejich sporu, které jim předkládá počítač. Toto určité odosobnění stranám sporu, mimo samotného vynuceného soustředění se na to, co je pro jejich spor podstatné, může ve skutečnosti sloužit také jako korektor genderové nerovnosti, která je příznačná pro tradiční mediaci v rodinných sporech, v nichž se dysfunkční dynamika vztahu účastníků sporu v mediační místnosti opakuje a brání tak stranám v efektivním dosažení dohody.¹²

Sporům v oblasti rodinného práva nabízí ODR efektivní cesty řešení i účastníkům sporu, kteří se nenacházejí ve stejné geografické oblasti. Neoddiskutovatelnou výhodou ODR oproti standardním ADR metodám je skutečnost, že strany sporu se nesetkávají tváří v tvář. Pro otevření možnosti vyřešení sporu týkajícího se domácího násilí je to výhodou zásadní, neboť se tak jednak eliminuje možnost faktické manifestace tendence k použití násilí, ale také se omezuje psychologická překážka zneužívané strany, která jí může psychicky bránit v prosazování vlastního názoru a vlastních práv proti druhému účastníkovi. Fyzická a psychologická vzdálenost, kterou online mediace přináší, tak snižuje emoční a napětí mezi stranami. Ve výsledku tak může být vyřešení sporu a dohoda dosažena snáze a rychleji a kromě toho tato zkušenost může účastníkům ukázat cestu, jak spolu i po vyřešení konfliktu mohou nadále komunikovat - prostřednictvím prostředků vzdálené komunikace. Telefonní a online mediace je často nutností v případech, kdy strany sporu žijí v různých geografických oblastech, přičemž i tato

¹¹ Submission of the National Association of Women and the Law, Canadian Council of Muslim Women, and the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada, Natasha Bakht, 'Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women' (13. 9. 2004).

¹² Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

vzdálenost samotná může být jistým stimulem pro vyřešení jejich vztahu, aby se tak oba mohli posunout dál a žít svým vlastním životem.¹³

I v případě, že geografická vzdálenost nebo silová nerovnováha není primárním problémem a motivací k využití ODR, online systém zprostředkávající řešení sporů zpravidla umožňuje z komunikace eliminovat prvek komunikace v reálném čase. Každá ze sporných stran si tak zpravidla může zvolit vlastní čas k reakci na podnět druhého účastníka, mediátor si k tomu může vyhradit možnost reakce stran revidovat a upozornit je na možné důsledky jejich konkrétních vyjádření. Stranám sporu je tak umožněno v klidu a pohodlí vlastního domova revidovat své postoje, zamyslet se nad argumenty svými i argumenty a návrhy protistrany, reagovat věcně v době, kdy se odpadne první emocionální reakce na vyjádření toho druhého, případně i vzít některá svá vyjádření zpět předtím, než jsou doručena druhému účastníkovi. Autoři Syne a Raines nicméně upozorňují i na riziko, že taková asynchronní komunikace může být zneužita i k manipulativním či destruktivním účelům, neboť je bez dostatečné pozornosti mediátora snazší vyhnout se odpovědi na některé otázky.

Systémy pro online mediaci umožňují využití tradičních výhod online IT nástrojů, např. přístup k úplným záznamům všech vyjádření a dokumentům, které strany sporu v průběhu mediace poskytly, logický a vyčerpávající přehled všech sporných otázek a stav jejich vyřešení.

Jednou z hlavních výhod ODR je edukační stránka online systémů využívaných při online mediaci. Mediátorovi umožňují účastníkům mediace zprostředkovat ve fázi předcházející samotné mediaci potřebné informace o průběhu mediace, o jejich výhodách a realistických očekáváních i ve srovnání se soudním řízením. ODR systémy mohou účastníkům sporu přijmou nový způsob komunikace, ukázat jim, jak jim komunikace online umožní účinně vyjednávat a komunikovat v případných budoucích konfliktech. To je nesporná výhoda zejména v případech, které vyžadují, aby znesvářené strany i nadále udržely svůj vztah a/nebo byly schopny racionální komunikace po rozvodu k zajištění potřeb jejich společných dětí.

ODR ve srovnání s jinými formami řešení sporů také zpravidla představuje výrazně ekonomičtější metodu - ať už co se týče přímých anebo nepřímých nákladů uspořené vyšší časovou flexibilitou, kterou ODR přináší.

V Austrálii navazuje Online Family Dispute Resolution (OFDR) na úspěchy, jichž dosáhla služba Telephone Dispute Resolution Service

¹³ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

(TDRS) jako součást systému, v jehož rámci australská vláda zřídila zvláštní telefonní linku - Family Relationships Advice Line (FRAL), která doplnila služby poskytované rodinnými centry - Family Relationship Centres (FRCs). Zkušenost s provozem této telefonní služby ukázala, že v případech, kdy rodinné spory provází domácí násilí, telefonní kontakt mezi stranami sporu je nejen vhodný, ale také oproti variantě osobního setkání a řešení sporu prostřednictvím rodinných center, daleko častěji snáze uskutečnitelný. TDRS dosahuje kvalitativně obdobných výsledků jako tradičnější řešení sporů prostřednictvím mediační služby FRCs, ale kvantitativně je schopno vyřešit vyšší množství sporů a jejich řešení je levnější, efektivnější a rychlejší. OFDR tedy vychází ze zkušeností a metod používaných TDRS a přitom usiluje o rozšíření možností, které jsou účastníkům rodinných sporů k dispozici na cestě k dosažení vyřešení sporů.

Statisticky je 95% účastníků rodinných sporů ve věku pod 45 let a dá se tedy předpokládat, že mají zkušenosti s technologiemi, kterých je k využití možností ODR třeba.

Australský systém řešení sporů online se svými technologickými možnostmi poměrně intenzivně soustředí na fázi předcházející samotnému řešení sporu a pokouší se překonat největší překážku na cestě k úspěšnému dosažení urovnání sporu obecně - neinformovanost účastníků. Australský OFDR se proto před samotným zahájením procesu řešení sporu pokouší pomocí nejrozličnějších klasických i moderních interaktivních metod sporné strany informovat o postupu a možnostech řešení jejich sporu, o tom, jaká mohou mít reálná očekávání o výsledku a jak by se měli v průběhu řešení sporu chovat.

Platná a účinná australská právní úprava vyžaduje obligatorní účast páru, který žádá o rozvod, na mediaci předtím, než se případ vůbec dostane před soud. Zákon přitom páru umožňuje zvolit mimo tradiční mediace i mediaci telefonní anebo mediaci online, což tento systém činí značně flexibilním a rozšiřuje možnosti nalezení shody mezi stranami konfliktu.^{14 15}

V řadě dalších světových právních úpravách je dána soudu rozhodujícímu rodinné spory možnost v průběhu nebo i před začátkem řízení v rodinných věcech, odkázat sporné strany k mediačnímu řízení. Například právní

¹⁴ Emilia Bellucci, Deborah Macfarlane, John Zeleznikow. How Information Technology Can Support Family Law and Mediation in Lecture Notes in Business Information Processing, 2010, Volume 57, Part 4, pp. 243-255, DOI: 10.1007/978-3-642-15402-7_31 <www.springerlink.com/content/h436462381743276>

¹⁵ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

úprava v americkém Marylandu, která se stala inspirací pro většinu dalších právních úprav včetně zmíněné australské, stanoví od roku 1988 sporným stranám po prvním slyšení u soudu ve všech řízeních o svěřeni nezletilého do péče a úpravě styku s rodiči a v řadě dalších rodinných sporů s výjimkou případů domácího násilí, obligatorní účast v mediaci.¹⁶

Literature:

- Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz: Online dispute resolution: challenges for contemporary justice, Kluwer Law International 2004, 384 pp., ISBN 9041123180
- Melissa H Conley Tyler, Mark W McPherson: Online Dispute Resolution and Family Disputes, Journal of Family Studies; Nov 2006; Vol. 12, Issue 2; pp 165-183, ISSN 1322-9400, doi: 10.5172/jfs.327.12.2.165
- Elisabeth Wilson-Evered, Deborah Macfarlane, John Zeleznikow, Mark Thomson: Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia, konference www.odr2010.com.ar, 2010, dostupné z <www.odrandconsumers2010.org/wp-content/uploads/2010/06/3.2-Wilson_Towards_Online-1.pdf>
- Emilia Bellucci, Deborah Macfarlane, John Zeleznikow. How Information Technology Can Support Family Law and Mediation in Lecture Notes in Business Information Processing, 2010, Vol. 57, Part 4, pp. 243-255, DOI: 10.1007/978-3-642-15402-7_31 <www.springerlink.com/content/h436462381743276>
- Orna Rabinovich-Einy. Enhancing Accountability and Learning in Dispute Resolution Through Technology. In 2009 International Workshop on ADR/ODRs. <www.uoc.edu/symposia/adr/doc/Prof_Orna_Rabinovich.doc>

¹⁶ Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>

- Richard S. Granat. Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet. A Working Paper for the NCAIR Conference on On-Line Dispute Resolution, Washington 1996. <www.odr.info/ncair/granat.htm>
- Eisen, J.: Are We Ready for Mediation in Cyberspace? *Byu L. Rev.* 1305, 1322–1325 (1998)
- portál The National Center for Technology and Dispute Resolution www.odr.info
- Ofir Turel, Yufei Yuan. Online Dispute Resolution Services: Justice, Concepts and Challenges IN *Advances in Group Decision and Negotiation*, 2010, Volume 4, Part 4, 425-436, DOI: 10.1007/978-90-481-9097-3_25

Contact – email
jiri@slovacek.org

VÝVOJ INŠTITÚTOV OCHRANY PŘED DOMÁCIM NÁSILÍM V SLOVENSKOM CIVILNOM PROCESSE

ROMANA SMYČKOVÁ - ALEXANDRA KOTRECOVÁ

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta - Vysoká škola v
Sládkovičove, Fakulta práva Janka Jesenského

Abstract in original language

Článok predstavuje stručnú históriu vývoju inštitútu ochrany pred domácim násilím nástrojmi civilného procesu. Článok sa primárne zaoberá komparáciou jednotlivých právnych úprav v rôznych vývojových štádiách. Napokon sa pokúša predstaviť návrhy na zlepšenie právnej úpravy de lege ferenda.

Key words in original language

Civilný proces; domáce násilie; deti; predbežné opatrenia; právna úprava.

Abstract

Article is presents the history of legal regulation of protection domestic violence through the institutes of civil law mainly civil procedure. Article mostly trying to compare the legal institutes. Finally, article is presented new view through de lege ferenda draft.

Key words

Domestic violance; civil procedure; civil law; legal regulation; children.

1. Význam právnej úpravy inštitútov ochrany před domácim násilím v civilnom práve procesnom

Zabezpečenie náležitej ochrany pred domácim násilím dopadá na široký okruh právnych odvetví. Primárnu úlohu, nakoľko ide legitímne o protiprávne konanie, zohráva trestné právo, či už hmotné, tak aj procesné, s cieľom penalizovať a odstrániť pretrvávajúci škodlivý stav najmä formou represie voči páchatelovi. Nepochybne je však domáce násilie ako forma násilia natoľko špecifické, že nepostačuje len penalizácia inštitútmi trestného práva, ale legislatíva musí byť nastavená tak, aby účinne a efektívne dokázala zabrániť možným následkom vzniknutého nežiaduceho stavu. Toto konštatovanie je zrejmé aj z dôvodu, že tak ako vyplynulo zo zistení občianskych združení, ktoré pracujú priamo s obeťami domáceho násilia, primárnym záujmom obetí nie je ani tak samotné potrestanie páchatel'a, ako ochrana seba resp. osôb (najmä detí), ktoré sú násiliu priamo vystavené. Z toho dôvodu musí štát vytvoriť rozsiahli reťazec sociálnych, správnych, ale aj občianskoprávnych predpisov reflektujúcich na potrebnú pomoc a ochranu, t.j. takých nástrojov prevencie, ktoré zabránia možnému opakovaniu domáceho násilia eliminovaním takéhoto rizika.

Slovenská republika sa pri začleňovaní iných ako trestnoprávnych prostriedkov ochrany pred domácim násilím do vnútroštátnej právnej úpravy vybrala cestou novelizácií jednotlivých právnych predpisov.¹

Prvé civilnoprocesné aspekty ochrany pred domácim násilím boli včlenené do zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len OSP) novelou vykonanou zákonom č. 424/2002 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov.

S účinnosťou od 1. januára 2003 prostredníctvom inštitútu predbežného opatrenia bolo umožnené vykázat' osobu z obydlija v ktorom býva osoba blízka alebo osoba, ktorá je v jeho starostlivosti alebo výchove, vo vzťahu ku ktorej je dôvodne podozrivý z násilia.² Vzhľadom na uvedomenie si potreby rýchlej a efektívnej ochrany lehota na nariadenie predbežného opatrenia, v porovnaní so všeobecnými predbežnými opatreniami, bola stanovená na sedem dní.³ Týmto spôsobom sa vytvoril prvý legislatívny krok na ceste k ochrane obetí domáceho násilia inštitútni civilného procesného práva.

Predmetné ustanovenia prieli do dnešného dňa drobnejšími úpravami (novela vykonaná zákonom č. 353/2003 Z. z., novela vykonaná zákonom č. 341/2005 Z. z., novela vykonaná zákonom č. 384/2008 Z. z.), ale aj významnými zmenami vykonanými najmä v období posledných dvoch rokov a to zákonom č. 491/2008 Z. z. a zákonom č. 495/2009 Z. z.

2. Právny stav pred účinnosťou novely Občianskeho súdneho poriadku vykonanej zákonom č. 491/2008 Z. z.,

Inštitút predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. g) OSP, ktorým sa ukladal zákaz vstupu do obydlija osobe, ktorá je dôvodne podozrivá z násilia voči blízkej osobe, alebo osobe, ktorá je v jeho starostlivosti a s ktorou v tomto obydlii býva bol prvým civilnoprocesným nástrojom ochrany obetí domáceho násilia. Zákon nehovoril výslovne o vykázaní z obydlija, ale o zákaze vstupu doň. O návrhu na vydanie predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. g) OSP musel súd rozhodnúť v lehote do siedmich dní odo dňa doručenia návrhu na nariadenie predbežného opatrenia, ktorý však musel spĺňať jednak všetky náležitosti

¹ Je tomu tak vo viacerých hmotnoprávnych prepisoch (právo dieťaťa sa vyjadriť k veciam, ktoré sa ho týkajú, právo na ochranu telesnej integrity, v kombinácii s procesnými predpismi schvaľovanie úkonov nad rámec bežných vo vzťahu k maloletému)

² § 76 ods. 1 písm. g) OSP v znení účinnom k 1.1.2003

³ § 75 ods. 2 OSP v znení účinnom od 1.1.2003

vyžadované OSP. Pokiaľ tieto náležitosti nemal sedem dňová lehota začala plynúť až odo dňa odstránenia vád návrhu.⁴

Z predmetnej zákonnej dikcie vyplývali isté nedostatky.

Najvýznamnejším nedostatkom právnej úpravy bola jej nekonceptnosť, nakoľko až do roku 2008 neexistovalo prepojenie na zákon č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov. Nejestvovali tak žiadne špecifické oprávnenia polície, ktoré by umožnili efektívne, rýchle a účinné zásahy voči osobám dopúšťajúcim sa domáceho násillia. Tieto aspekty, aj na základe výhrad prezentovaných občianskymi združeniami, vyvolali neskôr najvýraznejšiu zmenu, ktorá a dotkla konceptu predbežných opatrení chrániacich obe domáceho násillia.

V poradí ďalším problémom bola neurčitosť vyjadrenia použitia sedem dňovej lehoty na nariadenie predbežného opatrenia, pokiaľ ide o prípady domáceho násillia. To, či v tom ktorom konkrétnom prípade ide alebo nejde o možnosť nariadenia predbežného opatrenia v skrátenej sedem dňovej lehote musel súd, vzhľadom na dikciu zákona, skúmať vždy osobitne. Taktiež išlo o viazanie lehoty na rozhodnutie o návrhu na vydanie predbežného opatrenia na bezvadnosť podania, čo popieralo v zásade základný účel vyžadovaný týmto inštitútom, a to rýchle a efektívne poskytnutie ochrany obe.

Nedostatkom bolo aj zúženie aplikácie predmetného ustanovenia len na osoby blízke a na osoby, ktoré sú vo výchove alebo v starostlivosti osoby, ktorej má byť predbežným opatrením uložená povinnosť nevstupovať do obydillia. Pojem blízke osoby sa vykladal v súlade s § 116 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len OZ), ktorého znenie, najmä v časti druhej vety, ktorá radí medzi blízke osoby aj osoby iné, ktoré sú v rodinnom alebo obdobnom pomere, ak by ujmu, ktorú utrpela jedna z nich druhá dôvodne pociťovala ako vlastnú ujmu. Pre aktívnu legitímáciu napr. druha, družky alebo aj osôb rovnakého pohlavillia, ktoré žijú ako partneri, by za určitých okolností mohli vzniknúť pochybnosti o dôvodnosti pociťovania ujmy, pričom by mohli byť predmetom samostatného skúmania⁵, a to aj na úkor rozhodnutia o poskytnutí ochrany ako takej.

Tieto relevantné nedostatky čiastočne vyriešillia novela OSP vykonaná zákonom č. 353/2003 Z. z., ktorá výslovne odkázala na aplikáciu sedem dňovej rozhodovacej lehoty, pri rozhodovaní o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia o odovzdaní dieťaťa do starostlivosti druhého rodiča

⁴ § 75 ods. 2 OSP v znení účinnom od 1.1.2003

⁵ Blížšie pozri aj Eliáš, K. a kol. Občiansky zákonník. Velký akademický komentář. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s., 2008, s. 464, 978-80-7201-687-7

alebo určenej osoby⁶, ako aj pri rozhodovaní o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia ak ide o uloženie povinnosti zákazu vstupu do obydli.⁷

Novela OSP vykonaná zákonom č. 384/2008 Z. z. odstránila dlhodobu pretrvávajúci problém s vykonateľnosťou predbežných opatrení, kedy za okamih vykonateľnosti ustanovila deň nariadenia predbežného opatrenia.⁸ Dovtedy platila všeobecná aplikácia ustanovenia § 171 ods. 1 OSP.

Popri načrtnutých nedostatkoch sa v právnej aplikácii daného inštitútu začali vynárať aj iné aspekty. Poukazovalo sa najmä na dĺžku sedem dňovej lehoty na nariadenie predbežného opatrenia vo veciach domáceho násillia, ako aj na neurčitosť pojmu „dôvodné podozrenie z násillia“, a to najmä pre špecifický postup pri preukazovaní splnenia predpokladov na nariadenie predbežného opatrenia. Všeobecne, predovšetkým pri preukazovaní existencie domáceho násillia môže nastať stav „dôkaznej núdze“, a to tak pri rozhodovaní vo veci samej jako aj pri rozhodovaní o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia, kedy by trvanie na unesení dôkazného bremena mohlo mať nepriaznivé následky v podobe zamietnutia návrhu na jeho nariadenie.⁹

Rozhodovanie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia je špecifické tým, že k dokazovaniu vo vlastnom slova zmysle neprichádza (tak ako aj v prípade iných predbežných opatrení), ale vykonáva sa len osvedčovanie skutočností uvedených v návrhu ako: pomer k osobe, ktorá je dôvodne podozrivá z násillia, splnenie predpokladov vyžadovaných zákonom pre nariadenie predbežného opatrenia a pod.¹⁰

Významný problém spočíval v absencii relevantných ustanovení dotýkajúcich sa výkonu predbežných opatrení nariadených podľa § 76 ods. 1 písm. g). OSP. OSP na žiadnom mieste neobsahoval postup pri výkone

⁶ § 76 ods. 1 písm. b) OSP

⁷ § 76 ods. 1 písm. g) OSP

⁸ § 75 ods. 5 OSP v znení účinnom k 15.10.2008

⁹ Samozrejme že je potrebné eliminovať bezdôvodne podané návrhy na nariadenie predbežného opatrenia, treba mať ale na zreteli, že ochranu týmto inštitútom využíva osoba, ktorá je „obeťou“ a koná pod tlakom a za veľmi špecifických okolností.

¹⁰ Bližšie pozri Kotrecová, A. Ochrana obetí domáceho násillia inštitútmi občianskeho práva. Domáce násillie – nová prax a legislatíva v Európe. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej v dňoch 15. – 16. 10.2007. Bratislava: EUROKODEX, Poradca podnikateľa, spol. s. r. o., 2008, s. 78 a nasl, ISBN 978-80-88931-96-6.

týchto rozhodnutí. Tento postup neupravoval a ani zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len EP). Osoba, ktorej bol uložený zákaz vstupu do obydlija nemala takmer vôbec zabezpečené právo ochrany svojho majetku, napr. prevziať si osobné veci, doklady a pod.

3. Právny stav po účinnosti novely OSP vykonanej zákonom č. 491/2008 Z. z.

Novela vykonaná zákonom č. 491/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov včlenila do OSP úplné nové ustanovenie § 75b OSP, čím výrazne zasiahla do dovtedajšieho znenia prvej úpravy inštitútov ochrany pred domcím násilím.

Napriek snahe zákonodarcu prišlo v právnej úprave tohoto inštitútu k niekoľkým nuansom.

Najvýraznejším nedostatkom bola obligatórna povinnosť nariadenia pojednávania za účelom rozhodnutia o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia v prípade, že mu predchádzalo vykázanie z obydlija políciou podľa osobitého predpisu.

Zákomom č. 491/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov získala Polícia SR oprávnenie vykázat osobu zo spoločného obydlija a zakázať vstup do neho.

Novelou vykonanou Zákomom č. 491/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý z predmetného ustanovenia vypustil, že osobou, v prospech ktorej môže byť toto predbežné opatrenie nariadené je len osoba blízka alebo osoba, ktorá je v starostlivosti alebo výchove účastníka konania, ktorý je vo vzťahu k nej dôvodne podozrivý z násilia. Touto novelou sa tak okruh osôb oprávnených na podanie návrhu na nariadenie predbežného opatrenia rozšíril. Touto osobou tak môže byť nielen osoba blízka, ako ju vymedzuje § 116 OZ, ale aj napr. druh, družka, resp. akákoľvek iná osoba.

Paragraf 75b OSP svojim obsahom priamo nadväzuje na právnu úpravu obsiahnutú v § 27a zákone č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore, ktorý zakotvuje oprávnenie policajta vykázat z obydlija osobu, ktorá je dôvodne podozrivá z násilia vo vzťahu k ohrozenej osobe. Podľa § 27a zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore: „Policajt je oprávnený vykázat z bytu alebo domu alebo iného priestoru spoločne obývaného s

ohrozenou osobou a aj z jeho bezprostredného okolia (ďalej len "spoločné obydlie") osobu, u ktorej možno na základe zistených skutočností očakávať útok na život, zdravie, slobodu alebo zvlášť závažný útok na ľudskú dôstojnosť ohrozenej osoby, najmä vzhľadom na predchádzajúce takéto útoky; súčasťou vykázania zo spoločného obydlia je aj zákaz vstupu vykázanej osobe do spoločného obydlia počas 48 hodín od vykázania. Policajt je oprávnený vykázat zo spoločného obydlia takúto osobu aj počas jej neprítomnosti.“ O uskutočnení vykázania vyhotoví policajt písomné potvrdenie, ktoré obsahuje údaje uvedené v zákone (§ 27a ods. 3 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore) a odovzdá ho vykázanej osobe a aj osobe ohrozenej.

Vykázaná osoba je povinná odovzdať policajtovi, ktorý uskutočňuje vykázanie kľúče od bytu, domu alebo iného priestoru, v prípade neuposlušnosti tejto výzvy ho poučí o tom, že sa takýmto konaním dopúšťa priestupku proti verejnému poriadku podľa § 47 zákona č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov. Vykázaná osoba je oprávnená si prevziať svoje osobné veci, doklady a podobne (§ 27a ods. 5 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore).

Vykázaná osoba je písomne poučená o ďalšom postupe, predovšetkým o spôsobe doručovania predvolania na pojednávanie o predbežnom opatrení, o následkoch nedostavenia sa na súdne pojednávanie o predbežnom opatrení (§ 27a ods. 5 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore) atď.. Obdobne je písomne poučená aj ohrozená osoba.

Policajt je zároveň povinný poskytnúť poučenie ohrozenej osobe o možnosti podania návrhu na nariadenie predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. g) OSP (§ 27a ods. 6 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore).

Vykázanie zo spoločného obydlia trvá 48 hodín, pričom lehota začína plynúť okamihom vykázania. (§ 27 ods. 8 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore). Štyridsaťosem hodinová lehota sa predlžuje podaním návrhu na nariadenie predbežného opatrenia a trvá až do nadobudnutia vykonateľnosti rozhodnutia vo veci samej.

Postup pri rozhodovaní o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. g) OSP, pokiaľ podaniu návrhu na nariadenie predbežného opatrenia predchádzalo vykázanie z obydlia podľa Zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore, sa vyznačuje istými osobitosťami v porovnaní so štandardným rozhodovaním o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia. Špecifikom nie je len krátkosť lehoty, v ktorej sa má rozhodnúť, ale práve osobitý postup. Tento druh predbežného opatrenia je jediným, o ktorom sa rozhoduje na pojednávaní.

Pojednávanie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia sa musí uskutočniť v 48 hodinovej lehote od doručenia návrhu na nariadenie

predbežného opatrenia, ktorý splňa všetky zákonom požadované náležitosti (§ 75 ods. 5 OSP). Podaním návrhu na nariadenie predbežného opatrenia sa automaticky predlžuje lehota, v ktorej vykázanie z obydlija trvá, a to až do okamihu vykonateľnosti rozhodnutia o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia.

Tak ako sme uviedli, osoba, ktorá bola vykázaná z obydlija, ako aj osoba, v prospech ktorej bolo vykázanie uskutočnené, sú poučené o ďalšom postupe, najmä o oprávnení ohrozenej osoby podať návrh na nariadenie predbežného opatrenia, o postupe súdu pri rozhodovaní a o spôsobe doručovania predvolania na pojednávanie, na ktorom sa bude rozhodovať o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia.

Predvolanie na pojednávanie sa doručuje prostredníctvom subjektov ustanovených v § 45 OSP. Vzhľadom na krátkosť času, domnievame sa, že súd bude primárne doručovať prostredníctvom príslušného útvaru Policajného zboru. Odsek jeden predmetného ustanovenia konkretizuje postup v prípadoch, ak sa ani príslušníkom Policajného zboru nepodarí doručiť vykázanej osobe, alebo osobe ohrozenej (v prospech ktorej bolo vykázanie uskutočnené) predvolanie na pojednávanie. Vykázaná osoba je povinná už pri samotnom vykázaní z obydlija oznámiť príslušníkom Policajného zboru adresu, na ktorej sa počas trvania vykázania bude zdržiavať.

Pokiaľ sa predvolanie na pojednávanie, či už osobe vykázanej z obydlija alebo osobe ohrozenej nepodarí doručiť predvolanie na pojednávanie, súd oznámi termín pojednávania vyvesením na úradnej tabuly súdu. Za deň doručenia sa považuje deň vyvesenia oznámenia na úradnej tabuly súdu.

V zmysle § 27a ods. 5 Zákona o Policajnom zbore musí byť vykázaná osoba poučená o ďalšom postupe a o následkoch nedostavenia sa na súdne pojednávanie o predbežnom opatrení, vrátane spôsobu doručenia súdneho rozhodnutia. Toto poučenie má písomnú formu. Poučenie sa poskytne aj osobe ohrozenej.

V prípade, že sa napriek tomuto poučeniu nedostaví na pojednávanie ani jeden z účastníkov konania, t.j. vykázaná osoba a ohrozená osoba, rozhodne súd tak, že návrh na nariadenie predbežného opatrenia zamietne.

Zákon taktiež ustanovuje sankciu pre účastníka, ktorý sa nedostaví na pojednávanie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia, a to tak, že rozhodne v jeho neprospech, a to aj bez toho, že by vo veci vykonával dokazovanie, t.j., že by zisťoval, či sú, alebo nie sú, dané dôvody pre nariadenie predbežného opatrenia. Ak sa teda osoba vykázaná nedostaví na pojednávanie, hoci bola riadne písomne poučená, súd návrhu na nariadenie predbežného opatrenia vyhovie a predbežné opatrenie nariadi. Naopak, ak

sa na pojednávanie nedostaví osoba ohrozená, súd rozhodne v jej neprospech, t.j. návrh na nariadenie predbežného opatrenia zamietne.

Možnosť negatívneho výsledku v neprospech účastníkov, a to aj bez zisťovania skutkového stavu, ich má viesť k aktivite a spolupráci v rámci daného konania.

Dovolíme si však vysloviť názor, že voľba spôsobu rozhodovania o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia nebola zákonodarcom zvolená práve najšťastnejšie. Dôvodom je predovšetkým povinnosť ohrozenej osoby opätovne sa dostať do kontaktu so subjektom, ktorý sa voči nej dopúšťa násilia, pričom ohrozená osoba je s ním opätovne konfrontovaná.

Súd bude vykonávať dokazovanie, vypočuje účastníkov konania a vykoná navrhované dôkazy. Nakoľko ide o konanie, ktoré nie je možné začať bez návrhu, dôkazná povinnosť leží na ohrozenej osobe. Uvedené je zrejmé nielen z povahy konania, ale aj z akéhosi časového hľadiska, kedy súd práve z časových dôvodov, má veľmi obmedzenú možnosť vykonať vlastné skutkové zistenia. Môže vychádzať napríklad aj z Policajného záznamu, z lekárskejších správ predložených ohrozenou osobou a podobne.

Rozhodnutie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia je podľa § 75 ods. 5 OSP vykonateľné nariadením. Súd môže rozhodnúť o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia tak, že návrhu na nariadenie predbežného opatrenia vyhovie a predbežné opatrenie nariadi, tak že návrh na nariadenie predbežného opatrenia odmietne, návrh na nariadenie predbežného opatrenia zamietne, konanie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia zastaví. Tak ako vyplýva z dikcie zákona, všetky tieto rozhodnutia je povinný doručiť aj účastníkovi, voči ktorému návrh smeruje (uvedené je v rozpore s ustanovením § 75 ods. 9 OSP, z ktorého vyplýva, že pokiaľ súd rozhodol o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia tak, že návrh odmietol alebo návrh zamietol, toto sa ostatným účastníkom konania nedoručuje).

V prípade ak sa zásielka, ktorá obsahuje rozhodnutie o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia vráti z adresy, ktorú uviedol účastník ako adresu pre doručovanie po dobu výkazania z obydlija, súd vyvesí svoje rozhodnutie na úradnej tabuli. Uznesenie sa bude považovať za doručené pätnástym dňom vyvesenia tohto rozhodnutia na úradnej tabuľy súdu (§ 47a OSP).

Vzhľadom na krátkosť lehoty, v ktorej musí súd rozhodnúť o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia, nie je možné dodržať zákonnú päťdňovú lehotu na prípravu pojednávania v zmysle ustanovenia § 115 ods. 2 OSP. Preto zákon použitie tejto lehoty v prípade rozhodovania o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. g) OSP, ktorému

predchádzalo vykázanie z obydlija podľa § 27a zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore, vylučuje.

Zákon neustanovuje žiadnu osobitú lehotu, počas ktorej by malo predbežné opatrenie, ktorým bola účastníkovi uložená povinnosť zákazu vstupu do obydlija trvať. Podľa § 76 ods. 3 OSP môže súd určiť, že predbežné opatrenie bude trvať určitý konkrétny čas. Súd môže tiež viazať dobu trvania predbežného opatrenia na rozhodnutie vo veci samej. Tu sa však zároveň predpokladá, že súd v predbežnom opatrení uloží v súlade s § 76 ods. 3 prvá veta, OSP ohrozenej osobe povinnosť, aby podala návrh na začatie konania vo veci samej. Naskytá sa otázka, čo je vo vzťahu k tomuto predbežnému opatreniu konaním vo veci samej. Vecou samou by mohlo nepochybne byť napr. konanie o rozvod manželstva, konanie o vyporiadanie BSM, konanie o vyporiadanie podielového spoluvlastníctva, konanie o vypratanie bytu, ako aj konanie vo veciach starostlivosti súdu o maloletých a pod.

Z hľadiska trvania predbežného opatrenia je potrebné poukázať aj na ustanovenie § 77 ods. 2 OSP, ktoré oprávňuje účastníka, v neprospech ktorého bolo predbežné opatrenie nariadené, aby podal návrh na jeho zrušenie, ak preukáže, že pominuli dôvody, pre ktoré bolo nariadené.

Posledná novela, ktorá sa dotkla predbežných opatrení bola vykonaná zákonom č. 495/2009 Z. z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorým sa odstránil naznačený nedostatok týkajúci sa obligatórnej povinnosti nariadenia pojednávania za účelom rozhodnutia o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia.

Ani vyššie uvedená novela ale nevyriešila stále pretrvávajúci problém neexistencie právnej úpravy núteného výkonu nariadeného predbežného opatrenia, ktorého obsahom je vykázanie resp. Zákaz vstupu od obydlija.

4. Záver

Pri posudzovaní problematiky ochrany domáceho násillia si dovoľíme zhrnúť niekoľko poznámok v koncentrovanej podobe. Fenomén domáceho násillia, veľmi často realizované v skrytej forme v najužšom kruhu osôb blízkych, dne vnímame jednak medzi subjektmi veľmi rôznorodými, tak žien, ako mužov, seniorov, dokonca nie je ojedinelá situácia, kedy vystupuje nie len v pozícii obete, ale v opačnej pozícii násillníka. Možno sa jednoznačne stotožniť s názormi viacnásobne prezentovanými, že pri eliminovaní následkov tohto negatívneho javu, realizujúceho sa vo veľmi širokom spektre foriem, je potrebné vytvorenie účinného systému opatrení na seba nadväzujúcich aj s perspektívou dlhodobej budúcnosti s dôrazom na preventívnu povahu takýchto nástrojov. Dôležitým sa teda javí minimalizácia, resp. úplne vylúčenie útoku násillníka a jeho opakovanie.

V tomto smere možno vnímať zavedenie inštitútu vykázania ako dobré smerovanie k naplneniu vyššie uvedených predpokladov. Súčasne je potrebné poukázať na veľmi dôležitý aspekt kvalifikovaného postupu najmä zo strany príslušníkov policajného zboru pri realizovaní tohto úkonu. Jednoznačne je handicapom slovenskej právnej úpravy absencia nadväznosti postupu príslušníka policajného zboru pri vykázaní bez následnej spolupráce s krízovými, či intervenčnými centrami, kde špeciálne vyškolení pracovníci vedia poskytnúť nevyhnutné poradenstvo obetiam násilia.

Zásadný aspekt pri riešení otázok právnej ochrany a ich efektívnosti zohráva časový faktor. Jednak už naznačené disproporcie medzi postupom pri vykázaní realizovaným policajným zborom a na strane druhej pri nariadení predbežného opatrenia ukladajúcim povinnosť zákazu vstupu do obydlija pri dôvodnom podozrení z násilia v dĺžke lehôt, sa javia ako negatívne.¹¹ Rovnako negatívne hodnotíme rozhodovanie o nariadení predbežného opatrenia s pojednávaním, kde práve obeť násilia môžu mať zásadný problém prelomiť bariéru ďalšej bezprostrednej konfrontácii s násilníkom a tým upustia od realizácie využitia procesných možností svojej ochrany, v konečnej podobe transformovanej do zamietnutia návrhu na nariadenie predbežného opatrenia.

Na záver si dovoľíme zdôrazniť, že hľadanie optimálneho riešenia v podobe funkčného systému právnej siete ochrany osôb postihnutých fenoménom domáceho násilia si musí jednoznačne stanoviť limity a priority, z ktorých sa bude odvíjať. Na jednej strane sú to práva obetí, ktorých život, zdravie, telesná integrita je cielene a veľmi často veľmi zásadným spôsobom narušená, a to aj opakovane. Na strane druhej figuruje páchateľ ako nositeľ stanoveného penza oprávnení zopodvedajúcich základným ľudským právam a slobodám. Aj s ohľadom na uvedené je rozhodujúce stanovenie miery prípustnosti zásahov do ich rozsahu pri zachovaní primeranosti, nevyhnutnej miery resp. primeranosti, so základným dôrazom na prevenciu pred negatívnymi následkami.

Práve otvorená diskusia a výmena informácií o týchto otázkach je významným prostriedkom pre vytvorenie funkčnej siete právnej ale aj inej, veľmi špeciálnej odbornej starostlivosti pre obeť domáceho násilia.

Literature:

- Eliáš, K. a kol. Občanský zákonník. Velký akademický komentář. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s., 2008, s. 464, 978-80-7201-687-7

¹¹ Treba poukázať aj na skutočnosť že v odbornej verejnosti rezonuje otázka príliš krátkej lehoty (48 hodín) po ktorú má byť obeť násilia chránená (ČR, Rakúsko – je lehota až 10 dní počas ktorých trvá vykázanie), tiež prepojené na skrátenie realizácie procesných úkonov – uznesenie o nariadení predbežného opatrenia o vykázaní ihneď vyhlási, resp. ho vyhlási na mieste samom).

- Kotrecová, A. Ochrana obetí domácího násilia inštitútmi občianskeho práva. Domáce násilie – nová prax a legislatíva v Európe. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej v dňoch 15. – 16. 10.2007. Bratislava: EUROKODEX, Poradca podnikateľa, spol. s. r. o., 2008, s. 78 a nasl, ISBN 978-80-88931-96-6.
- Števček, M. Ficová, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. Komentár. 1. Vydanie. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 128 a nasl., ISBN: 978-80-7400-159-8

Contact – email

smyckova@mail.t-com.sk, alexandra.kotrecova@gmail.com

OCHRANA PŘED DOMÁCÍM NÁSILÍM V RÁMCI CIVILNÍHO PROCESU V ČR

ONDŘEJ ŠMÍD

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

V článku se autor věnuje problematice ochrany před domácím násilím v kontextu právní úpravy civilního soudního řízení v České republice. Krátce se zabývá vymezením pojmu domácího násilí a jeho forem. V příspěvku se snaží popsat jednotlivé instituty sloužící ochraně před domácím násilím v rámci civilního řízení a upozornit na nedostatky právní úpravy.

Key words in original language

Domácí násilí; předběžné opatření; civilní proces; občanský soudní řád.

Abstract

The author is dealing with questions concerning the protection against domestic violence in the context of the Czech civil procedure legal regulation. The article shortly defines the notion of domestic violence and introduces its forms. It also tries to describe means destined for protection against domestic violence and draws attention to the lacks of the current legal regulation.

Key words

Domestic violence; precaution; civil procedure; civil procedure act.

ÚVOD

Domácí násilí je, jako jedna z nejrozšířenějších forem násilí, velmi závažným společenským jevem. V České republice byla jeho problematika dlouhou dobu opomíjena jak z pohledu zákonodárce (až na postihy v rovině trestní, kde však muselo fyzické násilí dosahovat jisté intenzity, a tzv. psychické násilí nebylo v praxi postihováno vůbec), tak z pohledu veřejnosti. Domácí násilí bylo velmi často „skryto“ takřkajíc „za dveřmi domácností“ a v duchu staré a rozšířené lidové zásady „co se doma uvaří, to se doma sní“ byla tato problematika společenským tabu. Jistý obrat na poli legislativním nastal v roce 2004, kdy nabyla dne 1. června účinnosti novela z. č. 140/1961 Sb., trestního zákona¹, provedená zákonem č. 91/2004, kterým se měnil zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, jež zavedla novou skutkovou podstatu trestného činu týrání osob žijících ve společném bytě nebo domě - § 215a trestního zákona.

¹ s účinností od 1. 1. 2010 byl zrušen a nahrazen zákonem č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

Za naprosto zásadní obrate v nazírání zákonodárce na problematiku domácího násilí lze však považovat až přijetí zákona č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím. Přijetím tohoto zákona dal zákonodárce jasně najevo vůli chránit osobu ohroženou domácím násilím a zabránit osobě agresora v pokračování v násilné činnosti². Přijetím tohoto zákona splnila ČR závazky vyplývající z vyhlášených mezinárodních smluv³, jimiž je vázána. Je nutno podotknout, že v posledních několika letech byla problematika domácího násilí řešena i na poli mezinárodních institucí, jichž je ČR členem, zejména Rady Evropy (např. doporučení výboru ministrů R (85) 4 o násilí v rodině, R (90) 2 o sociálních opatřeních týkajících se násilí v rodině, Rec (2002) 5 o ochraně žen proti domácímu násilí, Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod), Evropské unie (akční program DAPHNE, DAPHNE II a DAPHNE III⁴) a OSN (např. Deklarace o odstranění násilí na ženách). K problematice domácího násilí se ve svých rozhodnutích⁵ vyjádřil i Evropský soud pro lidská práva ve Štrasburku.

V následujícím příspěvku se budu věnovat především otázkám spojeným s ochranou před domácím násilím v civilním procesu v ČR – zejména otázkou, zda poskytuje platná a účinná právní úprava civilního procesu nějaký institut sloužící osobě ohrožené nebo postižené domácím násilím. Pokud ano, je tato úprava dostatečně efektivní? Instituty sloužící ohrožené osobě zakotvené v jiných právních předpisech⁶ předmětem tohoto příspěvku nebudou.

POJEM

Definice pojmu domácí násilí (domestic violence⁷) jsou různé. Nejednotnost odborníků a neúspěšné snahy o nalezení jednotné definice pojmu domácího

² srov. důvodovou zprávu k zákonu o ochraně před domácím násilím (zdroj ASPI databáze)

³ zejména Úmluva o právech dítěte, Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen

⁴ byl vyhlášen Rozhodnutím Evropského parlamentu a Rady č. 779/2007/ES ze dne 20. června 2007 jako součást obecného programu „Základní práva a spravedlnost“. Finanční prostředky jsou určeny na prevenci proti všem formám násilí a podporu obětí ohrožených skupin – dětí, mládeže a žen. Do působnosti programu spadá rovněž pomoc obětem u svědkům domácího násilí.

⁵ např. *Z. a další v. Spojené království Velké Británie a Severního Irska* (10. 5. 2001), *Bevacqua a S. v. Belharsko* (12. 6. 2008)

⁶ zejména vykazání a právní úprava v trestním právu

⁷ v odborné literatuře se lze setkat i s odlišením pojmů domácí násilí (domestic violence) od pojmů zneužívání partnera (partner abuse), intimní násilí (intimate violence) a rodinného násilí (family violence). viz

násilí jsou zapříčiněny jednak komplexností fenoménu domácího násilí a také akcentací hledisek, která jsou důležitá v kontextu, v němž se definice tvoří.⁸ Nalézáme pak rozdíly v definicích legálních podávaných zákonodárcem a vědeckých definicích tohoto pojmu podávaných odborníky např. v oblasti psychologie či sociologie. Důvodová zpráva k zákonu č. 135/2006 Sb. ho charakterizuje jako násilné jednání, kterým dochází k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, a to v bytě nebo domě společně obývaném násilnou osobou i osobou, proti níž takový útok směřuje. Domácím násilím se rozumí opakované násilné jednání nebo opakované vyhrožování násilným jednáním, v důsledku kterého dochází nebo hrozí, že dojde, k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, mezi osobami, které jsou či byli spolu v intimním, rodinném či jiném obdobném vztahu a žijí ve společně obývaném bytě nebo domě. V rámci domácího násilí lze jednoznačně identifikovat osobu násilnou i osobu ohroženou, proti níž takové útoky nebo výhrůžky útokem směřují.⁹

Jednotná definice tohoto pojmu neexistuje, lze ho však charakterizovat několika pojmovými znaky, které jsou pro všechny definice společné. Čírtková¹⁰ uvádí pět typových znaků domácího násilí. Jsou jimi výskyt násilných incidentů (násilí), které se opakuje (opakovanost), a to se vzrůstající intenzitou (eskalace), v důsledku čehož vzniká dělení rolí na násilnou a ohroženou osobu (asymetričnost vztahu). Jako typický znak pak ještě uvádí latenci (skrytost, utajenost).

K domácímu násilí nejčastěji dochází mezi intimními partnery (manželé, druh a družka), kdy agresorem bývá zpravidla muž. K domácímu násilí však může docházet i mezi dětmi a rodiči, popř. osobami zodpovědnými za jejich výchovu. V poslední době jsou zaznamenávány stále častěji případy domácího násilí páchaného dětmi na svých rodičích, popř. vnuky na prarodičích. V této souvislosti lze hovořit o domácím násilí páchaném na seniorech, kterému bude nutné jak ze strany odborné veřejnosti (a to nejen

<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf><http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf> (citováno 10. 10. 2010). V pojetí veřejnosti však pojem domácí násilí zahrnuje všechny tyto formy a stejně tak i pojetí právní úpravy ochrany před domácím násilím v OSŘ.

⁸ Shipway, L. Domestic Violence. A Handbook for health Professionals. London: Routledge, 2004, s. 1 a násl. (dostupné dne 14. 11. 2010 v elektronické podobě z <http://www.amazon.com/Domestic-Violence-Handbook-Health-Professionals/dp/0415282063>)

⁹ viz důvodová zpráva k zákonu o ochraně před domácím násilím (zdroj ASPI databáze)

¹⁰<http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf><http://aplikace.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2006/03/cirtkova.pdf> (citováno 10. 10. 2010)

právní, ale především sociologické a psychologické), tak zákonodárce, věnovat, vzhledem k postupnému stárnutí naší populace, patřičnou pozornost.

FORMY

Domácí násilí existuje v mnoha formách. Nejčastěji se domácí násilí objevuje ve formě fyzického násilí, kdy dochází k útokům agresora proti fyzické integritě oběti (od útoků nižší intenzity jako je pohlavkování, strkání, až po velmi brutální útoky vůči tělesné integritě člověka spočívající v kopání, bití pěstmi atd.), dále ve formě psychického násilí (zejména vyhrožování¹¹, verbální napadání, ponižování), ekonomického násilí, spočívající v ekonomické nerovnováze, ke které dochází v důsledku omezování nebo zamezování dispozice s finančními prostředky oběti ze strany agresora, a sexuálnímu násilí spočívající v nedobrovolném vynucování jakýchkoliv sexuálních aktivit proti vůli oběti.

Mnohdy se jednotlivé výše vymezené formy vzájemně kombinují. I když by se dalo na první pohled říci, že některé formy jsou závažnější, domnívám se, že tento úsudek je nesprávný, neboť vždy je třeba zkoumat intenzitu jednotlivých forem (forma psychického násilí může být v případě, že dosáhne jisté intenzity, daleko závažnější než fyzické napadení¹²). Lze konstatovat, že domácí násilí v jakékoliv jeho formě je velmi závažným negativním celospolečenským jevem.

MOŽNOSTI OCHRANY PŘED DOMÁCÍM NÁSILÍM V CIVILNÍM ŘÍZENÍ

Pokud jde o ochranu osob ohrožených domácím násilím, poskytuje současná platná a účinná právní úprava civilního soudního řízení těmto osobám ochranu ve formě tzv. předběžných opatření. Tato opatření slouží

¹¹ domnívám se, že mezi psychické násilí ve formě vyhrožování lze zařadit jakékoli vyhrožování oběti, které splňuje výše uvedené formální znaky, a to jak případy, kdy je vyhrožováno osobě, proti které útok směřuje výhrůžkou směřující přímo proti ní (její fyzická likvidace, zničení jejího majetku atd.), tak i vyhrožování, že dojde k újmě jiných osob (zpravidla jejich dětí, příbuzných atd.) ať už na jejich zdraví, životě či majetku.

¹² na internetu byl publikován příběh, kde žena uváděla, že muž v době, kdy byla ve vaně, mával ve vzdálenosti asi jeden metr od napuštěné vany koncem elektrického kabelu připojeného k elektrické síti, sprostě jí nadával a vyhrožoval. http://www.bbc.co.uk/czech/specials/1733_violence_abused/page2.shtml (citováno 19. 11. 2010). Z toho je patrné, že tento psychický a verbální nátlak zanechal na oběti závažné následky, aniž by došlo k fyzickému kontaktu.

ohrožené osobě především k získání času nutného k tomu, aby mohla svou situaci nějakým způsobem řešit.

Jde zejména o speciální předběžné opatření upravené v § 76b OSŘ, které bylo do OSŘ zakotveno právě výše zmíněnou novelou provedenou zákonem č. 135/2006 Sb. Účastníky tohoto řízení jsou navrhovatel, a ten, vůči němuž návrh směřuje, tzn. agresor (pro nějž se v soudní praxi užívá termín odpůrce). Návrh na nařízení předběžného opatření podle § 76b OSŘ musí obsahovat kromě obecných náležitostí (§ 42 odst. 4 OSŘ) jméno, příjmení a bydliště účastníků, popřípadě též jejich zástupců, a vylíčení rozhodných skutečností odůvodňujících nařízení předběžného opatření. Navrhovatel je dále povinen připojit k návrhu listiny, jichž se dovolává. Jistota se v případě tohoto předběžného opatření neskládá.

Předběžným opatřením dle § 76b OSŘ se může domáhat osoba (navrhovatel), ohrožená nebo postižená domácím násilím, aby soud uložil osobě agresora (odpůrce), který vážným způsobem ohrožuje život, zdraví, svobodu nebo lidskou důstojnost navrhovatele, zejména aby opustil společné obydlí, jakož i jeho bezprostřední okolí, nezdržoval se ve společném obydlí nebo do něj nevstupoval, nevstupoval do bezprostředního okolí společného obydlí nebo navrhovatele a nezdržoval se tam, zdržel se setkávání s navrhovatelem nebo se zdržel nežádoucího sledování a obtěžování navrhovatele jakýmkoliv způsobem. Vždy když soud ukládá odpůrci jednu z těchto povinností je povinen přihlídnout k jeho oprávněným zájmům (§ 76b odst. 2 OSŘ).

Věcně příslušný k nařízení předběžného opatření dle § 76b OSŘ je soud okresní, místně pak okresní soud, v jehož obvodu je nebo bylo společné obydlí. Tím se rozumí dům, byt, místnost nebo jiný prostor, který navrhovatel obývá společně s agresorem (odpůrcem).

O návrhu musí soud rozhodnout bezodkladně, nejpozději však do 48 hodin od okamžiku, kdy byl podán.

Pokud soud dojde k závěru, že jsou splněny podmínky a návrhu na nařízení předběžného opatření vyhoví, trvá předběžné opatření jeden měsíc od jeho vykonatelnosti. Předcházelo-li však rozhodnutí, kterým bylo předběžné opatření nařízeno, vykázání¹³, počíná lhůta jednoho měsíce až dnem následujícím po dni, v němž zanikla povinnost uložená agresorovi v rozhodnutí o vykázání. Vykázání však není podmínkou pro nařízení předběžného opatření dle § 76b OSŘ. V praxi je však využití institutu vykázání ještě před podáním návrhu na nařízení předběžného opatření daleko účinnější, a to především z hlediska jeho nařízení a realizace.

¹³ institutu vykázání, jakožto jednoho z institutů ochrany před domácím násilím upraveného v zákoně o policii se v tomto příspěvku vzhledem k jeho tematickému zaměření nevěnuji

Dobu trvání předběžného opatření lze prodlužovat pouze na návrh. Paragraf 76b odst. 4 OSŘ pak stanoví podrobně, co musí takový návrh na prodloužení obsahovat¹⁴. Soud při svém rozhodování vezme v úvahu zejména trvání stavu ohrožení navrhovatele, obsah a důvody podaného návrhu na zahájení řízení ve věci samé, majetkové či jiné poměry účastníků, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, na které se předběžné opatření vztahuje, a další rozhodné okolnosti.

Předběžné opatření zanikne nejpozději uplynutím jednoho roku od okamžiku jeho nařízení. Pokud navrhovatel neprokáže své majetkové či jiné poměry, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí, může soud prodloužit dobu trvání předběžného opatření jen z důvodů zvláštního zřetele hodných. Je-li podán návrh na prodloužení předběžného opatření, nezanikne toto dříve, než soud o prodloužení rozhodne.

Aby bylo možné realizovat výkon tohoto předběžného opatření, byla zároveň přijata i speciální úprava týkající se výkonu rozhodnutí tohoto předběžného opatření (§ 273b OSŘ).

Účastníky vykonávacího řízení, v němž má dojít k nucenému výkonu rozhodnutí proti vůli osoby, které byla vykonatelným rozhodnutím uložena některá z povinností specifikovaných v § 76b odst. 1 OSŘ, jsou ti, kdo byli účastníky řízení o nařízení předběžného opatření dle § 76b odst. 1 OSŘ. Jsou jimi tedy navrhovatel a osoba, proti které návrh směřoval, které tak mají ve vykonávacím řízení postavení oprávněného a povinného.

Rozhodnutí o nařízení předběžného opatření je předběžně vykonatelné – jeho vyhlášením, a pokud k vyhlášení nedošlo, jeho vyhotovením (§ 76d). Předběžná vykonatelnost je odůvodněna naléhavou potřebou ochránit navrhovatele, tzn. osobu ohroženou domácím násilím, jehož život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost je vážným způsobem ohrožena. Bezprostředně poté, co se toto rozhodnutí stane vykonatelným, je třeba, aby soud, který rozhodoval v prvním stupni, zajistil jeho bezodkladný výkon (§ 273b odst. 1 OSŘ). Věcně příslušným je tedy vždy soud okresní, a to i v případě, kdy došlo k nařízení předběžného opatření soudem odvolacím.

Ex lege je tedy zajištěn první¹⁵ výkon rozhodnutí o vykázání ze společného obydlí a jeho bezprostředního okolí (§ 76b odst. 1 písm. a OSŘ) i bez

¹⁴ návrh na prodloužení doby trvání předběžného opatření musí mimo obecných náležitostí obsahovat vylíčení rozhodných skutečností odůvodňujících prodloužení doby trvání předběžného opatření, údaj o majetkových či jiných poměrech, včetně vlastnických a jiných vztahů ke společnému obydlí

¹⁵ slovo „první výkon“ užívám záměrně, neboť poruší-li povinný uloženou povinnost a vrátí se do společného obydlí o provedení výkonu, lze opětovný výkon nařídit jen na návrh oprávněného. Tzn. další výkon provede soud pouze na návrh.

procesní aktivity osoby oprávněné – tzn. bez návrhu na provedení výkonu rozhodnutí osoby ohrožené domácím násilím. Vykonávací řízení se vůbec nezahajuje a o nařízení a provedení výkonu rozhodnutí se nerozhoduje.¹⁶ Opačně je tomu v případě, že bylo rozhodnuto o nařízení předběžného opatření dle § 76b odst. 1 písm. b – d, tzn. povinnému bylo uloženo, aby nevstupoval do bezprostředního okolí společného obydlí nebo navrhovatele a nezdržoval se tam, zdržel se setkávání s navrhovatelem nebo se zdržel nežádoucího sledování a obtěžování navrhovatele jakýmkoliv způsobem. V těchto případech je třeba, aby oprávněný podal návrh na zahájení vykonávacího řízení (§ 273b odst. 6 OSŘ), a samotný výkon rozhodnutí se provádí ukládáním pokut dle § 351 OSŘ.

Výkon rozhodnutí v případě předběžného opatření, kterým je povinnému uložena povinnost opustit společné obydlí a jeho bezprostřední okolí, nevstupovat do něj a nezdržovat se v něm, provede soud tak, že v součinnosti s příslušnými státními orgány vykáže povinného ze společného obydlí, odebere všechny klíče od společného obydlí, které povinný drží, a popřípadě mu zakáže setkávat se s označenou osobou nebo ji jinak kontaktovat. Soud zároveň poskytne povinnému příležitost, aby si bezprostředně při výkonu rozhodnutí vyzvedl ze společného obydlí své osobní věci a osobní dokumenty, jakož i věci, které slouží jeho osobní potřebě. Během trvání předběžného opatření podle § 76b OSŘ soud povinnému umožní vyzvednout i věci nezbytné k výkonu jeho podnikatelské činnosti nebo výkonu povolání, případně věci nezbytné z jiného vážného důvodu.

Dále je možné za prostředek ochrany před domácím násilím považovat obecné předběžné opatření (§ 76 OSŘ). Zejména možnost uložit agresorovi povinnost odevzdat dítě do péče druhého z rodičů nebo do péče toho, koho označí soud (§ 76 odst. 1 písm. b OSŘ), a to zejména v případě, kdy není domácí násilí páčáno na nezletilém dítěti a osoba agresora se domáhá styku s ním. Dále se jeví jako vhodná ochrana proti násilníkovi možnost uložit mu povinnost něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet v případě, kdy nejsou splněny podmínky k nařízení předběžného opatření podle § 76b OSŘ. Nevýhodou se může na první pohled jevit lhůta, v níž má soud o předběžném opatření rozhodnout. Ale není tomu tak. Stejně jako u předběžného opatření musí soud rozhodnout bezodkladně. Na rozdíl od speciálního předběžného opatření je však soudu ponechána poněkud delší maximální lhůta, v níž má rozhodnout. Ta činí v případě, že nehrozí nebezpečí z prodlení, sedm dní (§ 75c odst. 2 OSŘ). Je tedy zřejmé, že soud musí vždy rozhodnout bezodkladně, v delší lhůtě jen v případě, že nehrozí nebezpečí z prodlení. Domnívám se, že pokud se soud z návrhu, popř. ze své činnosti dozví, že jsou tu okolnosti svědčící tomu, že osoba

¹⁶ Drápal, L. in. Drápal, L., Bureš, J. a kol. *Občanský soudní řád. Komentář*. II. díl. Praha: C. H. Beck, 2009, 1. vydání, s. 2279.

navrhovatele je ohrožena domácím násilím, je třeba vždy postupovat s co nejvyšší rychlostí. Tento požadavek je odůvodněn nutností zakročit proti agresorovi, neboť život a zdraví navrhovatele by mohly být laxním přístupem soudu v této záležitosti vážně ohroženy.

Kromě výše uvedených institutů tzv. předběžných opatření dává občanský soudní řád ohrožené osobě možnost podat na agresora žalobu nebo návrh na zahájení řízení, ve kterém by se měla jeho situace nějakým způsobem řešit – ať už jde o žalobu na rozvod manželství, zrušení a vypořádání spoluvlastnictví ke společnému obydlí, návrh na zahájení řízení o úpravě poměrů k nezletilým dětem, návrh na zahájení řízení o omezení nebo zbavení rodičovské zodpovědnosti apod.

Z výše uvedeného lze vyvodit závěr, že instituty sloužící k ochraně před domácím násilím zakotvené v OSŘ jsou založeny převážně na principu autonomie vůle ohrožené osoby problematickou situaci řešit. Vyjma případů, kdy jde o úpravu poměrů k nezletilým dětem, je třeba, aby ohrožená osoba, chce-li využít některého z institutů sloužících k ochraně před domácím násilím zakotvených v OSŘ, vyvinula procesní aktivitu spočívající v podání návrhu na zahájení řízení (návrh na nařízení předběžného opatření, žalobu o rozvod manželství atd.).

Právě na vůli osoby ohrožené nebo postižené domácím násilím však často ztroskotává efektivita ochrany poskytované občanským soudním řádem.

ZÁVĚR

Ochrana před domácím násilím je v českém právním řádu realizována především skrze instituty veřejného práva (správního, trestního). V oblasti práva soukromého efektivní ochrana osoby postižené domácím násilím prozatím neexistuje. V českém civilním procesu je realizována především pomocí institutů tzv. předběžných opatření. K posílení ochrany obětí domácího násilí mělo přispět zakotvení speciálního předběžného opatření – tzv. předběžné opatření na ochranu před domácím násilím. Vzhledem ke svému účelu a odlišnostem od obecné úpravy předběžných opatření však dle mého názoru měl zákonodárce koncipovat právní úpravu nikoli jako předběžné opatření, ale jako zvláštní druh tzv. nesporného řízení.¹⁷

¹⁷ obdobně srov. Kovářová – Kochová, I. in Šínová, R. a kol. Řízení ve věcech rodiněprávních v České republice, Slovenské republice a Německu a jejich aktuální problémy. Praha: Leges, 2010, s. 146.

Vzhledem k navrhované úpravě ochrany před domácím násilím, kterou by měl obsahovat nový občanský zákoník¹⁸, lze do budoucna předpokládat, že zákonodárce bude nucen OSŘ vhodným způsobem novelizovat. Dle účelu, kterého by mělo být v takovém řízení dosaženo – rychlá a efektivní ochrana oběti domácího násilí - lze považovat za vhodné *de lege ferenda* právě zakotvení nového druhu nesporného řízení, a to především kvůli zásadám¹⁹, které ho ovládají.

Závěrem je třeba konstatovat, že zakotvení právní úpravy účinně chránící oběti domácího násilí je jednou z podmínek náležitého boje proti domácímu násilí. Zákonodárce by však měl adekvátní právní úpravou vytvořit patřičný prostor k tomu, aby bylo domácímu násilí především předcházeno. Je třeba si uvědomit, že proti domácímu násilí je nutné bojovat komplexně, neboť jde o celospolečenský problém.

Literature:

- Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. Praha: C. H. Beck, 2009, 1. vydání, 1600 s., ISBN 978-80-7400-107-9
- Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. Praha: C. H. Beck, 2009, 1. vydání, 1776 s., ISBN 978-80-7400-107-9
- Šínová, R. a kol. Řízení ve věcech rodiněprávních v České republice, Slovenské republice a Německu a jejich aktuální problémy. Praha: Leges, 2010, 380 s., ISBN 978-80-87212-50-9
- Shipway, L. Domestic Violence. A Handbook for health Professionals. London: Routledge, 2004, 235 s., ISBN 0-203-57100-2

Contact – email

ondrasmid@seznam.cz; ondrej.smid@upol.cz; smid@ak-sekanina.cz

¹⁸ srov. navrhované znění §§ 691 – 693, § 2879 nového občanského zákoníku, dostupné z <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html> (citováno 14. 10. 2010)

¹⁹ v případě domácího násilí se mi jeví vhodným, aby řízení bylo koncipováno především na zásadě vyšetřovací.

ÚJMA NA OSOBNOSTI DÍTĚTE

IVO TELEC

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno, Česko

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá nemajetkovou újmou na osobnosti dítěte. Pozornost je věnována strukturovanému rozboru nemajetkové újmy, zejména jejímu rozsahu, následkům a dalším okolnostem případů. Téma je nahlíženo pohledem českého občanského práva.

Key words in original language

Nemajetková újma; České občanské právo.

Abstract

The paper deals with the non-material injury to the child's personality. The attention is paid to the structured analysis of the non-pecuniary damage, in particular its scope, consequences and other circumstances of some individual cases. The topic is dealt in the light of the Czech civil law.

Key words

Non-material injury; Czech civil law.

1. ÚVOD

Poslední dobou můžeme ve světě i u nás vysledovat projevy chvályhodného společenského hnutí proti domácímu násilí. Naznačené hnutí, projevující se kupříkladu i v tzv. sociální reklamě, sleduje též právně politické cíle zákonodárné. Dlouhou dobu se v případě domácího násilí jednalo o jev, který měl zůstat uklizen do „domácností“ a který neměl být vynášen navenek z různých, obecně ovšem nepřijatelných, rodinných či jiných osobních ohledů typu „co by tomu, kdo řekl“. Ohled na postavení oběti a na její vnímání života v utrpení v tom nehrál téměř žádnou roli. Navíc, mnohdy platívalo, že oběť si o to „sama říkala“, aniž by však svým chováním nutně ponoukala násilníka či přímo provokovala k násilí. O to více je smutné, že domácí násilí postihuje též děti, které vedle starých lidí tvoří „slabou“ část rodiny či domácnosti. Nezapomínejme, že duševní a tělesná nedotknutelnost se vztahuje na každého člověka bez ohledu na věk, rozumovou či volní vyspělost anebo jiné osobní postavení. Jedná se o

zásadní, v podstatě přirozené, osobnostní právo každé lidské bytosti v každém věku, na každém místě a v každé době či světadílu.¹

Jistěže můžeme říci, že člověk běžného (průměrného) rozumu musí občas snášet určitou míru životní nepohody, již může být v prostředí, v němž žije, běžně vystaven. V našem příspěvku ale nemáme na mysli tuto zanedbatelnou, řekněme běžnou, míru nepohody, nýbrž vše, co ji překračuje. Nezapomínejme, že mezi prostředky domácího násilí mohou patřit i tělesné tresty na dítěti, které nepatří mezi výchovné prostředky. Stav krajní výchovné nouze, nastane-li vůbec kdy takový, ponechme pro naše účely stranou.

Z právního hlediska je zapotřebí věnovat soukromoprávní pozornost ochraně před domácím násilím. Zdaleka tedy ve věci domácího násilí nejde o úkol pouze trestního práva, jehož represe patří mezi krajní prostředky ochrany. V soukromoprávním pohledu se nám proto nabízí několik ochranných cest, a to například ve vazbě na omezení výkonu vlastnického či jiného majetkového práva násilníka. Mezi soukromoprávní prostředky ochrany před domácím násilím patří také ochrana osobnosti oběti, kupříkladu osobnosti dítěte. Nejde přitom o nic, co by snad bylo jen jakýmsi „doplňkem“ právní ochrany. O vážnosti věci svědčí již sama ústavní ochrana lidské osobnosti.

2. DÍTĚ JAKO LIDSKÁ OSOBNOST

Všeobecně se ví, že člověk nabývá svou právní osobnost narozením. Ne vždy ale v praxi dostatečně zohledňujeme skutečnost, že osobnost v právním smyslu má již každé počaté dítě, a to od chvíle právě početí až do okamžiku budoucího úmrtí po narození); ovšem má ji jen podmíněně, vázaně na podmínku živého narození. Narodí-li se dítě živé, což je naštěstí většina případů zrození, má člověk, byť by byl dosud nedospělcem, svou právní osobnost od početí. A pochopitelně v plném, zákonem nijak neomezeném rozsahu.

Újma na lidské osobnosti se pochopitelně týká každé lidské osobnosti bez ohledu na momentální věk nebo rozumovou či volní vyspělost. K újmě na lidské osobnosti může dojít i v době ještě před narozením. Jedná se o prenatální újmu například na zdraví počatého dítěte. Je přitom bez významu, zda se takováto újma navenek projeví až po narození anebo již dříve v době předcházející, tj. ještě v těle matky. Pro právní ochranu lidské osobnosti, v našem případě pro soukromoprávní

¹ Autor se těmto otázkám blíže věnuje v komentáři k občanskému zákoníku; viz *Eliáš, K.: et al.: Občanský zákoník. Velký akademický komentář. Praha: Linde Praha 2008, sv. 1, s. 92 an.*

ochranu osobnosti počatého dítěte, je ovšem právně významná skutečnost až živého narození dotčeného člověka.

Bez významu není, že prenatální újmu osobnostní může spáchat kdokoli. Tedy i matka sama, v jejímž těle existuje počaté dítě a za jejíž „součást“ se dítě právně vzato považuje až do narození. K tomu může dojít například nesprávným matčiným chováním v době těhotenství jako kupříkladu požíváním drog, ale třeba „jen“ tabakismem matky anebo kohokoli jiného v jejím bezprostředním okolí; tedy například i tabakismem otce nebo jiného člena matčiny rodiny anebo kohokoli jiného.

3. ATMOSFÉRA ŠTĚSTÍ A PRÁVA DÍTĚTE

Existuje několik případů, kdy si platný český právní řád hledí právního pojmu štěstí. Vyjímám jen to, co je pro naše téma, zaměřené proti domácímu násilí, nejpodstatnější.

Preambulí univerzální Úmluvy o právech dítěte z roku 1989, spravované Spojenými národy, (vyhl. č. 104/1991 Sb., ve znění sděl. č. 41/2010 Sb.), signatářské státy uznávají nutnost (rozuměno přirozenou povinností) toho, aby každé dítě vyrůstalo v rodinném prostředí, v atmosféře štěstí, lásky a porozumění. Je to právě atmosféra štěstí, která je nezbytná, vedle lásky a porozumění, k plnému a harmonickému rozvoji osobnosti dítěte.

Legitimní, ospravedlnitelný, požadavek atmosféry štěstí bychom nepochybně mohli rozšířit nejen na osobnostní zranění dítěte, ale i na celý život každé lidské bytosti, tedy i dospělého člověka až do dožití pozemskou smrtí. Opak atmosféry štěstí může spočívat kupříkladu v atmosféře nepřátelského, ponižujícího nebo zneklidňujícího prostředí v rodině nebo domácnosti apod. Těžko by kdokoli mohl být v takovém závadovém prostředí šťastný. Nemluvě o nežádoucím prostředí domácího násilí, které je svou intenzitou pouze vyšším stupněm závadového domácího prostředí.

Stejně ustanovení jako Úmluva o právech dítěte obsahuje preambule jiné, pozdější, mezinárodní smlouvy, jíž je Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení, Haag, 29. května 1993, (sděl. č. 43/2000 Sb. m. s.).

4. ZÁSADY, NA NICHŽ JE ZALOŽENO ŠTĚSTÍ, (PŘÍKLAD WHO)

Jiným příkladem nám může posloužit Světová zdravotnická organizace, jíž je Česko členem.

Obsahem otevřených legislativně právních pojmů jako je štěstí anebo i veřejná morálka, dobré mravy či veřejný pořádek bývají přirozené zásady, které samy o sobě vyjadřují obecně osvědčené a civilizačně uznávané hodnoty ve prospěch lidského vývoje. Pomocí přirozených zásad právních můžeme obsahově vystihnout i sám objektivní právní pojem „štěstí“.

Připomenout si můžeme Ústavu Světové zdravotnické organizace z roku 1946 (příl. 2 vyhl. č. 189/1948 Sb.), která ve své preambuli hovoří o „štěstí všech národů“, vedle harmonických vztahů a bezpečnosti všech národů. „Štěstí všech národů“ je vyjádřeno prostřednictvím jednoho ze základních práv každé lidské bytosti, a to práva těšiti se zdraví v nejvyšším stupni, jehož lze dosíci. „Základním“ právem této osobnostní povahy lze rozumět každému člověku již vrozené právo přirozené. Jednou ze zásad, na nichž je založeno štěstí všech národů (a harmonické vztahy a bezpečnost), je právě zdraví, resp. zásada zdraví.

Všeobecně celosvětově známá, často citovaná a dovolávaná právní definice Světové zdravotnické organizace pojímá zdraví, řečeno slovy českého úředního překladu, jako „stav úplného blaha tělesného, duševního a sociálního a nezáleží jen v tom, že není nemoci neb neduhu.“²

Dodejme ale, že shora popsany legální výměr „zdraví“ není běžným případem zacházení s otevřenými právními pojmy. Účelem zákonodárství totiž nebývá definovat podobné pojmy, leč s nimi pracovat s předpokladem obecné známosti jejich účelu, obsahu a významu v lidském životě z hlediska fiktivního člověka průměrného rozumu či z pohledu zdravého rozumu. Podobně není ani zadáním judikatury pokoušet se o vědecké či o filozofické výměry těchto právních pojmů, leč pod ně významově podřazovat v minulosti nastalé konkrétní případy. O to více je ale úlohou právní doktríny a zejména pak srozumitelné filozofie práva podat a vysvětlit účel, obsah a význam uvedených pojmů. – Ostatně, připomeňme si i tak známé právní pojmy, jako jsou dobrá víra anebo oprávněné očekávání, jež je jednou z podob vnitřního přesvědčení budícího právní následek.

Ačkoli podobné pojmy co do jejich účelu, obsahu a významu za často chápeme spíše intuitivně (mimovědecky) nežli racionálně (mimovědecky i vědecky), jsme zásadně schopni je objektivizovat pro přezkoumatelné a předvídatelné právní účely. Využíváme k tomu celou řadu racionálního právovédného instrumentaria, do jehož okruhu patří i různé právní fikce, vystižené takovými objektivizačními právními pojmy jako je kupříkladu člověk průměrného rozumu, průměrný spotřebitel, průměrný odborník, informovaný uživatel aj. Vylučujeme nebo omezujeme tím

² „Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.“; viz. <http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/>; cit. 6. 2. 2010.

hrozbu svévole nebo neúměrného subjektivismu, spojeného s nepředvídatelností či s překvapivostí soudního nebo správního rozhodování.

Nelze nevidět, že moderní sjednocující a sladující trendy soukromého práva, překlenují dílčí státní odlišnosti právě používáním generálních klausulí či otevřených právních pojmů. Naznačené trendy ale kladou zvýšené požadavky na zralost soudcovské osobnosti. Zdaleka ne každý proto můžeme vykonávat veřejný úřad soudcovský.

5. OSOBNOSTNÍ ÚJMA³

Újma, která vzniká nebo potencionálně hrozí na lidské osobnosti v důsledku domácího násilí může být, žel, rozmanitá. Spočívá může kupříkladu v nepříjemném či bolestivém citovém prožívání stavu po protiprávním zásahu, v bolesti na duši či na těle po strážce citového nebo smyslového vnímání, v křivdě, bezmoci, šoku, v emočním vypětí nebo rozrušení či v emoční bolesti. Následkem protiprávního chování může být smutek, úlek, neštěstí, pohanění, narušení kvality dětského života, duševního klidu dítěte či jiné pohody (ztráta rodinné pohody apod.). Nelze nevnímat ani možné nepřátelské nebo ponižující či zneklidňující rodinné či domácí prostředí, z něhož nemá dítě úniku. Z praxe známe mnohé citové ztráty, o nichž pojednává i právní nauka a zejména zahraniční judikatura. Spadá sem ztráta rodinného štěstí nebo radosti ze života, ztráta naděje na zlepšení či stav beznaděje, jakož i velmi vážná ztráta důvěry dítěte kupříkladu v rodiče, kteří se zpronevěřili svému mateřství nebo otcovství, stejně jako i ztráta soukromí dítěte. Nejde pouze o zraněné citění, nýbrž i o odpor, rozpaky, zděšení, zklamání z vlastních rodičů, prarodičů nebo jiných členů domácnosti, stejně jako i o zesměšnění, neškuli o pohlavní obtěžování nebo pronásledování. Lze rovněž hovořit o ztrátě očekávání dítěte, a to o ztrátě očekávání toho, co by za běžného chodu dění nastalo, atd.

³ Pokud jde o přiměřené zadostiučinění za osobnostní újmu viz v obecné rovině autorův *Test přiměřenosti zadostiučinění za nemajetkovou újmu*. Právní rozhledy, 18, 2010, č. 4, s. 144 – 152. V původní, o něco méně rozpracované, podobě vyšlo o rok dříve sborníkově v *Poctě Hlavsovi* pod názvem *Posuzování přiměřenosti zadostiučinění za nemajetkovou újmu*. In: Hrušáková, M. (ed.): *Pocta Petru Hlavsovi*. Sborník příspěvků z konference uspořádané dne 13. 3. 2009 Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci u příležitosti 70. narozenin doc. JUDr. Petra Hlavsy, CSc. Olomouc: Iuridicum olomucense 2009, s. 271 – 287.

6. ZÁVĚR

Pokud jde o běžné soukromoprávní prostředky ochrany osobnosti dítěte před újmou na jeho osobnosti, naskytá se nám otázka, kdo bude tyto právní prostředky uplatňovat, jestliže došlo ke konfliktu v rodině, která by měla dítě bránit. Kromě nutné osvěty zde sehrávají klíčovou roli orgány sociálně-právní ochrany dětí, které musí ohroženému dítěti pomoci, a to i proti rodičům či osobám dítěti blízkým.⁴

Contact – email

Ivo.Telec@law.muni.cz

⁴ V tomto sborníku viz příspěvek *Westphalové* na téma *Sociálně-právní ochrana dětí postižených domácím násilím*.

DOMÁCÍ NÁSILÍ V MEZINÁRODNĚPRÁVNÍM KONTEXTU

JANA TURONŇOVÁ - TEREZA VOJTOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova Univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Domácí násilí je problém, který se objevuje v zemích celého světa a napříč kulturami. Každý stát se s ním vypořádává svým vlastním způsobem za pomoci vnitrostátního práva. Existuje však nějaký způsob ochrany vyplývající z práva mezinárodního? Příspěvek se zabývá tématem, zda mezinárodní právo přiznává jednotlivci právo žít bez ohrožování a agrese v prostředí domova a zda existují účinné způsoby, jak se tohoto práva domoci. Pokud je možné takové právo vyvodit, pak jaké je postavení státu při jeho garanci.

Key words in original language

Domácí násilí; mezinárodní právo.

Abstract

Domestic violence is a problem well known all over the world. Every state has its own way to deal with this phenomenon using national law. However is there some way to guarantee protection against domestic violence in international law? This contribution tries to answer the question whether there is any right to be free from domestic violence in international law and what is the position of states dealing with this mean of aggression happening in their own territory.

Key words

Domestic violence; international law.

1. ÚVOD

Pojmem domácí násilí se označuje fyzické, psychické a sexuální násilí mezi určitými osobami, které se odehrává v soukromí, je opakované a má stupňující se tendenci. Zahrnuje veškeré násilí, které probíhá „za zdmi domova“. Může směřovat nejen k partnerům a manželům, ale i ke starým lidem, dětem a zdravotně postiženým. Vyskytuje se v případech, kdy lze konstatovat nerovnováhu moci.¹ Domácí násilí je problém, který z vnitrostátního hlediska řeší jednotlivé státy různě. Oběti domácího násilí

¹ Co je to domácí násilí [online]. [cit. 19.11.2010]. Dostupné z:

<<http://www.domacinasili.persefona.cz/n-domaci-nasili.php>>.

jsou chráněny trestněprávními normami státu, činností policie i dobrovolnou aktivitou různých občanských sdružení a nadací.

Dvě třetiny české veřejnosti soudí, že násilí uvnitř partnerských vztahů je závažný problém, o kterém nelze mlčet. V březnu roku 2001 proběhl první reprezentativní výzkum o postojích občanů České republiky k domácímu násilí. Realizoval ho STEM pro Bílý kruh bezpečí a Philips Morris. V české veřejnosti zatím nelze mluvit o vyhraněném přístupu k domácí násilí, lze však vystopovat určité obecně vnímané postoje. Například 71 % lidí je přesvědčeno, že na řešení problému domácího násilí rodina sama nestačí, ale na požadavek vnější intervence se vyslovují jen nejistě. 43 % populace, většinou muži, dokonce soudí, že násilí mezi partnery je soukromou věcí. Zhruba každý druhý dotázaný pokládá násilí na blízké osobě za horší prohřešek, než stejné násilí na osobě cizí, ale s uplatňováním trestního postihu by souhlasil pouze v případech, které končí vážným tělesným zraněním.² Tři pětiny lidí jsou přesvědčeny, že obětí domácího násilí se stávají pouze slabé a bojácné ženy. V podtextu je tak přítomna laická, naivní teorie, že domácí násilí postihuje jen závislé a nesamostatné ženy, které si nechají vše líbit, a tím ponoukají partnera k uplatňování násilí. Procentní zastoupení jednotlivých specifických skupin obětí domácího násilí je přitom následující - 98% ženy, 2 % muži, 9% senioři, 11% zdravotně hendikepovaní, 88% děti v rodině kde probíhá domácí násilí.³

Narozdíl například od vraždy, či krádeže, které jsou veřejností jednoznačně vnímány jako negativní a u kterých lidé automaticky vyžadují intervenci státu, domácí násilí je jev, který je sice také vnímán jako nežádoucí, ovšem kdy a jak má státní moc zasahovat, to není zcela zřejmé. Domácí násilí je problém, který se odehrává doma, v soukromí a mnozí se proto mohou domnívat, že je záležitostí pouze osob, kterých se týká. Opak je však pravdou a právní úprava v jednotlivých státech, v České republice nevyjímaje, je toho důkazem. Domácí násilí vykazuje nejen znaky přestupku, ale také trestného činu. Od roku 2009 je navíc nově upraveno také tzv. vykázaní.⁴

Půjdeme-li však dále, nabízí se zajímavá otázka, má-li stát povinnost předcházet domácímu násilí z toho důvodu, že mu to přikazuje jeho mezinárodněprávní závazek. A pokud ano, kde je upraveno odpovídající

² ČÍRTKOVÁ, L.: Forenzní psychologie. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2004. s. 239.

³ Co je to domácí násilí [online]. [cit. 19.11.2010]. Dostupné z:

<<http://www.domacinasili.persefona.cz/n-domaci-nasili.php>>.

⁴ Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, konkrétně §§ 44 až 47 „Oprávnění vykázat z bytu nebo domu i z jeho bezprostředního okolí“.

právo jednotlivce pro tuto ochranu, jaký je konkrétní obsah tohoto práva a jak může mezinárodní právo odškodnit případné oběti.

V souladu s ustanovením čl. 38 Statutu mezinárodního soudního dvora je pramenem mezinárodního práva mezinárodní smlouva, mezinárodní obyčej a dále obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy a soudní rozhodnutí a učení nejkvalifikovanějších znalců mezinárodního práva. Budeme-li tyto prameny analyzovat, dospějeme k závěru, že explicitní právní základ, který by obsahoval závazek státu předcházet domácím násilím a ochraňovat jeho oběti, neexistuje. Mezinárodní právo se však nachází ve stadiu faktického formování této povinnosti. Tato skutečnost vychází ze současných vývojových trendů mezinárodního práva, které se objevují na celosvětové i regionální úrovni. Jedná se zejména o podřazení domácího násilí pod kategorii mučení.⁵ V tomto směru je velmi zajímavé zejména rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva *Opuz vs. Turecko*, který je popsán dále.

Nejčastějšími oběťmi domácího násilí jsou ženy a to v drtivé většině případů. Z toho důvodu se také mnoho mezinárodních dokumentů zaměřuje právě na násilí páchané na ženách. Stejně se bude zaměřovat i tento článek.

2. MEZINÁRODNÍ DOKUMENTY

Na mezinárodní scéně je domácí násilí poměrně dost diskutované, přesto stále neexistuje žádný dokument, který by domácí násilí páchané na ženách formuloval jako porušení lidských práv. K určitému posunu však v současné době přeci jen dochází a objevuje se snaha domácí násilí mezi lidská práva zařadit. Avšak je nutné si uvědomit, že práva vymezená v mezinárodních smlouvách jsou v praktickém životě velmi omezená tím, že nejsou žádným právním způsobem vynutitelná. Ačkoliv je obsah mezinárodních smluv v oblasti lidských práv pro státy závazný, neexistuje institucionalizovaný systém, který by jejich dodržování kontroloval. Jejich plnění je pouze věcí dobrovolnosti a jediným donucovacím mechanismem je případná odezva ostatních států při jejich nedodržování. Ve věci domácího násilí je však takový následek poněkud nedostačující.

V roce 1979 byla sepsána Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen⁶ a tehdejší Československá republika se k ní připojila hned po jejím prvním roce existence. Zmíněné úmluvy se dále týkají obecná doporučení

⁵ MEYERSFELD, B. *Domestic Violence and International Law*. 1. vyd. Oxford : Nakladatelství Hart Publishing Ltd., 2010. 332 s. ISBN 1841139114.

⁶ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Známa jako "CEDAW".

Výboru pro odstranění všech forem diskriminace žen⁷, která se zaměřila i na domácí násilí, a Česká republika je vázána podávat každé čtyři roky zprávu „o legislativních, soudních, administrativních nebo jiných opatřeních, jež přijala za účelem uvedení ustanovení úmluvy v život, a o pokroku, jenž byl v tomto směru dosažen.“⁸ Před problematiku rovnosti byl položen základ pro vývoj regulace práv žen v mezinárodním právu.

Přes očividný zájem o zlepšení postavení žen a snahu zajistit pro ně rovné postavení s muži, až do prosince roku 1993 nebyla problematika násilí zaměřeného na ženy explicitně formulována v žádném dokumentu. Změnu přinesla až Deklarace o odstranění násilí proti ženám⁹ přijatá Valným shromážděním OSN. Téma domácího násilí, zvláště násilí na ženách, se tak dostává do popředí zájmu států a začíná se o něm mluvit i na mezinárodní půdě, přestože je běžně vnímáno jako záležitost domácí.

S otevřením zmíněného tématu pro diskuzi se nashromáždilo více informací, které vedly k nepříjemnému zjištění, že domácí násilí je skutečně celosvětový problém a jeho rozměry si zasluhují velkou pozornost. Následkem těchto zjištění přijala Komise pro lidská práva rezoluci, ve které byl jmenován zvláštní zpravodaj pro otázky násilí proti ženám¹⁰. Zpravodaj byl přímo pověřen shromažďovat informace o násilí páchaného na ženách, jeho příčinách a následcích¹¹. Při této činnosti má využívat informace od států, jejich vlád, neziskových a specializovaných organizací¹². Zároveň má

⁷ General recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women [online]. UNITED NATIONS, 2010 [cit. 2010-11-13]. Dostupné z:

<<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>>.

⁸ Obecná doporučení Výboru pro odstranění diskriminace žen [online]. VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY, 2010 [cit. 2010-11-13]. Dostupné z:

<<http://www.vlada.cz/cz/ppov/zmocnenec-vlady-pro-lidska-prava/rovne-prilezitosti-zen-a-muzu/cedaw/obecna-doporuceni-vyboru-pro-odstraneni-diskriminace-zen-cedaw-69901/>>.

⁹ Declaration on the Elimination of Violence against Women.

¹⁰ General Recommendation No. 19 (11th session, 1992). Violence against women.

¹¹ Kromě domácího násilí jako takového se zvláštní zpravodaj zabýval i jinými podobami násilí páchaného na ženách, které se může objevit zvláště za časů války. Jsou to především hromadné znásilňování či ženská obřizka. Pro Evropana je tolerance těchto podob násilí těžko představitelná. V současné době však imigraci vznikají multikulturní státy, které se musí vypořádat i s odlišnostmi ve vnímání rovnosti obou pohlaví a závažnosti násilí na ženách. Není možné se k problému postavit s tím, že to nejhorší se u nás neděje, a úlevně si vydechnout.

¹² BEASLEY, M. E. THOMAS, D. Q. Domestic Violence as a Human Rights Issue. Human Rights Quarterly [online]. 1993, vol. 15, no. 1 [cit. 2010-11-10]. s. 36-62. Dostupné z JSTOR:

doporučovat způsoby, jak zjištěnému násilí předcházet a účinně s ním bojovat¹³.

V červnu roku 1993 se ve Vídni uskutečnila Světová konference o lidských právech. Při této příležitosti byla přijata Vídeňská deklarace a akční program, které shrnují univerzální podstatu myšlenky lidských práv a vyslovují potřebu bojovat proti všem formám rasismu, xenofobie a netolerance. Zároveň je kladen důraz na práva žen, dětí, menšin a domorodého obyvatelstva¹⁴. Státy by tak měly pracovat mimo jiné na odstranění násilí na ženách ve veřejném i soukromém životě; dále na všech formách sexuálního zneužívání, obtěžování a obchodu se ženami. Dále je zdůrazněno, že dodržování lidských práv má přednost před dodržováním kulturních a náboženských extrémních zvyků, které pro ženy představují utrpení¹⁵.

Stejně tak se domácím násilím zabývali v devadesátých letech v Pekingu, odkud pochází Pekingská deklarace a akční platforma¹⁶, která definovala „násilí na ženách“ jako jakýkoli násilný čin motivovaný rozdíly pohlaví, jehož výsledkem je nebo může být fyzická, sexuální nebo psychologická újma či utrpení žen, včetně vyhrožování takovými činy, nátlaku nebo svévolného omezování svobody. Zároveň se téma domácího násilí řešilo i na druhé straně zeměkoule v Meziamerické úmluvě o předcházení násilí páchaného na ženách, jeho trestání a vymýcení¹⁷, což dokazuje skutečný celosvětový rozsah problému a nutnosti jej řešit. Ve Spojených státech amerických, v Latinské Americe a v Karibiku, stejně jako my v Evropě, vnímají toleranci domácího násilí na ženách jako porušení práva na život, na život bez mučení a právo na rovnost před zákonem¹⁸.

<<http://www.jstor.org/pss/762650>>.

¹³ Women and Violence [online]. UNITED NATIONS, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupné z:

<<http://www.un.org/rights/dpi1772e.htm>>.

¹⁴ Lidská práva v datech [online]. INFORMAČNÍ CENTRUM OSN V PRAZE, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupné z:

<<http://www.osn.cz/zpravodajstvi/zpravy/zprava.php?id=543>>.

¹⁵ Vienna Declaration and Programme of Action.

¹⁶ Beijing Declaration and Platform for Action.

¹⁷ Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women.

¹⁸ CULLITON, K. M. Finding a Mechanism to enforce Women's Right to State Protection from Domestic Violence in the Americas. Harvard International Law Journal [online]. 1993, vol. 34, no. 2 [cit. 2010-11-10]. s. 507-561. Dostupné z HeinOnline:

Nejnovějšími mezníky jsou hloubková studie generálního tajemníka OSN o všech formách násilí vůči ženám, práce o ukazatelích násilí Yakin Ertükové, zvláštní zpravodajky OSN pro otázky násilí vůči ženám, rezoluce OSN o zesílení úsilí k eliminaci veškerých forem násilí na ženách, rezoluce Rady bezpečnosti OSN o ženách, míru a bezpečnosti a Římský statut Mezinárodního trestního soudu, zvláště jeho článek sedmý.

3. RADA EVROPY

Rada Evropy představuje nejstarší mezivládní organizaci na našem kontinentu. Zřízena byla hlavně k ochraně lidských práv, parlamentní demokracie a zákonosti¹⁹. V rámci její působnosti byla v roce 1950 sjednána Úmluva o ochraně lidských práv a svobod (dále jen Úmluva) a dodnes je považována za nejdůležitější lidskoprávní úmluvu v evropském regionu. Evropská úprava ochrany základních lidských práv a svobod představuje podrobnější a pokrokovější regionální úpravu ochrany lidských práv, než představují univerzální standardy, zejména pokud jde o kontrolu nad jejich dodržováním. Na rozdíl od univerzálních mezinárodních smluv vytvořila Úmluva odpovídající systém ochrany lidských práv, který je obsažen v Úmluvě a protokolech.

K projednávání porušení ustanovení úmluvy je příslušný Evropský soud pro lidská práva (dále jen Soud) sídlící ve Štrasburku²⁰.

Stížnost na porušení Úmluvy může k Soudu podat buď některý smluvní stát nebo jednotlivci, skupiny jednotlivců či nevládní organizace. Pro otázku domácího násilí lze předpokládat nejčastěji stížnost podanou jednotlivci a k tomu skutečně dochází.

Zmíněná úmluva zaručuje mimo jiné právo na respektování soukromého a rodinného života²¹. V minulosti byly k Soudu podávány stížnosti na nečinnost či neschopnost státu v ochraně obětí domácího násilí a taková situace pak byla kvalifikována jako porušení právě zmíněného článku o právu na respektování soukromého a rodinného života²². V těchto případech

<http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/uhawlr20§ion=13>.

¹⁹ Human Rights... Democracy... Rule of Law [online]. COUNCIL OF EUROPE, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupný z:

<<http://www.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=nosobjectifs&l=en>>.

²⁰ POTOČNÝ, M. ONDŘEJ, J. Mezinárodní právo veřejné – zvláštní část. 5. doplněné a rozšířené vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 107 an.

²¹ Článek 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.

²² Airey proti Irsku, X a Y proti Nizozemí a další.

se většinou jednalo o selhání státu v praktickém uplatňování národní legislativy a mechanismů na ochranu obětí domácího násilí. Soud tak judikoval, že nástroje poskytnuté státem musí být efektivní a nemůže se jednat pouze o iluzorní jistotu, že oběť má prostředky pro svou vlastní ochranu. Jinde zase vyslovuje povinnost státu řádně prošetřit hlášené případy domácího násilí²³. V těchto rozhodnutích je možné odhalit základní principy, které by státy měly dodržovat pro ochranu práv udělených Úmluvou.

V poslední době se však objevila rozhodnutí, která domácí násilí kvalifikovala jinak než jako porušení soukromého a rodinného života. Úmluva ve svém třetím článku stanovuje, že nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu²⁴. V extrémních případech dlouhotrvajícího a mimořádně trýznivého domácího násilí bylo konstatováno porušení tohoto článku, kdy státy nebyly schopny poskytnout oběti ochranu, přestože existovaly důvody pro zvýšení pozornosti²⁵. Násilí páchané na obětech pak také vyústilo až ke smrti některé oběti. Takové případy nejsou úplně ojedinělé a proto také někteří autoři srovnávají domácí násilí s mučením²⁶ a je třeba říci, že zážitky obětí mohou být velmi podobné²⁷.

Případ Opuz proti Turecku podřazuje domácí násilí právě pod článek třetí Úmluvy. Po dobu dvanácti let byla žena týrána svým manželem v takové míře, že musela být několikrát dlouho hospitalizována. Mnohokrát se snažila najít ochranu u místních policejních orgánů, ale pod pohrůzkami od domácího tyрана vždy své obvinění stáhla. Agresivita se však vystupňovala až do té míry, že musela utéct před manželem a ukryla se u své matky. Obě se pak chtěly odstěhovat do jiné části Turecka a tak se vyhnout jakýmkoli stykům s manželem-tyranem. Ten to však zjistil a v den stěhování matku zastřelil.

²³ Case Law of the European Court of Human Rights on Violence Against Women [online]. COUNCIL OF EUROPE, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupný z:

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/CAHVIO_2009_10%20Case%20law%20of%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf>.

²⁴ Článek 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.

²⁵ Opuz proti Turecku.

²⁶ COPELON, R. Recognizing the Egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture. *Columbia Human Rights Law Review*. 1994. vol. 25:291. s. 291-367.

²⁷ Viz také srovnání zážitků obětí domácího násilí a mučeného zajatce za války v MEYERSFELD, B. *Domestic Violence and International Law*. 1. vyd. Oxford : Nakladatelství Hart Publishing Ltd., 2010. 332 s. ISBN 1841139114.

Soud musel rozhodnout, zda konkrétní turecká praxe, kdy podle zákona bylo možno bez souhlasu oběti domácí násilí stíhat pouze pokud důsledkem byla více než desetidenní pracovní neschopnost, je v souladu s pozitivními závazky státu vytvořit a aplikovat efektivní systém trestající všechny formy domácího násilí. Takové rigidní ustanovení bylo shledáno jako naprosto nevyhovující pro účely, které má naplňovat, a odpovědné orgány, na které se oběť obracela, měly vzít v potaz všechny skutečnosti případu a prošetřit důvody stahování stížností, zejména pokud ke stažení docházelo vždy po propuštění manžela z vazby²⁸.

Na půdě Rady Evropy se v současné době připravuje nová úmluva, která se bude věnovat výhradně tématu domácího násilí a ochraně jeho obětí²⁹. Lze tedy předpokládat, že budoucí úmluva by měla státům uložit závazky, které lze odvodit již ze současných lidskoprávních norem a judikatury Soudu. Zároveň se zaměří na praktické uplatnění nástrojů pro ochranu obětí jako je změna trestních ustanovení, zavedení či úprava institutů jako vykázání či zákaz styku.

4. EVROPSKÁ UNIE

Ani občané Evropské unie nejsou vůči domácímu násilí imunní. Občasné odhalení varujících případů připomíná, že je nutné se touto tematikou zabývat. Představitelé Evropské unie se k ní nestaví zády a již dříve si stanovily hlavní směry svého působení týkající se násilí páchaného na ženách a boje proti všem formám diskriminace žen³⁰.

Jako hlavní cíle si tak Evropská unie vytyčila prosazovat rovnost mužů a žen, shromažďovat údaje o násilí páchaného na ženách, vytvoření účinných a koordinovaných strategií, boj proti beztrestnosti agresorů. Při prosazování těchto cílů si pak klade za předsevzetí prosazování ve vztahu s třetími státy již existující a výše zmíněné mezinárodní úmluvy a prosazování řešení tématu jako jedné z priorit. Zároveň se zavazuje netolerovat hrubé porušení

²⁸ Opuz proti Turecku.

²⁹ Working Towards a Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence [online]. COUNCIL OF EUROPE, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupný z:

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/Flyer_CAHVIO_EN.pdf>.

³⁰ Hlavní směry EU týkající se násilí páchaného na ženách a boji proti všem formám diskriminace žen [online]. EUROPEAN UNION, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupný z:

<<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16173.cs08.pdf>>.

mezinárodních úmluv jinými státy a zkoumat, zda dochází k uspokojivému trestání agresorů na vnitrostátní úrovni³¹.

Zdá se tedy, že Evropská unie se rychle po svém vzniku navázala na diskuzi z dřívější doby a problém domácího násilí na ženách se snaží efektivně řešit. Tato snaha prozatím vyústila v Legislativní usnesení Evropského parlamentu ze dne 26. listopadu 2009 o odstranění násilí páchaného na ženách³². Tam Evropský parlament zdůraznil, že násilí páchané muži na ženách není pouze problémem veřejného zdraví, ale i otázkou nerovného postavení žen v porovnání s muži, což je oblast, v níž je Evropská unie oprávněna přijímat opatření. Zároveň upozornil na charakter domácího násilí proti ženám, který představuje porušení lidských práv, jako je právo na život, bezpečnost, důstojnost a právo na fyzickou a duševní integritu, právo sexuální a reprodukční volby a právo na sexuální a reprodukční zdraví, a v extrémní fázi může vést k smrti oběti.

Všechny tyto úvahy vedly parlament k formulování výzvy směřované členskými státy, aby zlepšily své vnitrostátní právní předpisy a politiky zaměřené proti všem formám násilí na ženách, a zároveň vyzývá Komisi, aby prověřila možnost přijetí nových opatření pro boj proti násilí páchanému na ženách.

5. ZÁVĚR

Ochrana před domácím násilím není v současné době součástí katalogu základních lidských práv. Vzhledem k této skutečnosti si musí právní praxe vypomáhat extenzivním výkladem existujících mezinárodních smluv a odkazem na judikaturu soudů, zejména Evropského soudu pro lidská práva. Ochrana ze strany mezinárodního práva proto nepožívají všechny formy domácího násilí, které jsou za takové považovány v rámci práva vnitrostátního. Aby bylo domácí násilí relevantní pro mezinárodní prostředí, musí splňovat specifické, řekněme přísnější, znaky. Zejména se musí jednat o takové násilí, které je systematické, které zasahuje intimní sféru jedince a to buď fyzickou, nebo psychickou stránku jeho osobnosti. Domácí násilí páchané na oběti musí být závažné, déletrvající a skryté před okolím. Zejména se nesmí jednat o nahodilý incident. Znakem domácího násilí je

³¹ Hlavní směry EU týkající se násilí páchaného na ženách a boji proti všem formám diskriminace žen [online]. EUROPEAN UNION, 2010 [cit. 2010-11-12]. Dostupný z:

<<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16173.cs08.pdf>>.

³² Odstranění násilí páchaného na ženách [online]. EVROPSKÁ UNIE, 2010 [cit. 2010-11-14]. Dostupný z:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:285E:0053:0058:CS:PDF>>.

dále nerovnost mezi obětí a pachatelem, která odráží přirozenou zranitelnost oběti. Typicky se jedná o vztah žena – muž, dítě – dospělí. Aby se jednalo o domácí násilí spadající pod ochranu mezinárodního práva, musí se navíc jednat o případ, kdy již selhala moc vnitrostátní.³³

Z pohledu tradiční rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva je velmi zajímavé podřazení domácího násilí pod článek 3 Úmluvy, který říká, že nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestu. Z tohoto pohledu tak není domácí násilí jen problémem, který zasahuje právo na soukromí a rodinný život, ale skutečností, která poškozuje lidskou bytost daleko krutějším způsobem.

V současné době je pro evropské právo jistě zajímavé, že Rada Evropy problematiku domácího násilí bere velmi vážně a že připravuje mezinárodní smlouvu, která by ochranu před domácím násilím zařadila přímo mezi základní lidská práva. Lze předpokládat, že budoucí úmluva vypracovaná v rámci Rady Evropy uloží státům závazky, které lze odvodit již ze současných lidskoprávních norem a judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Zároveň se zaměří na praktické uplatnění nástrojů pro ochranu obětí jako je změna trestních ustanovení či úprava institutů jako vykázání a zákaz styku.

Literature:

- BEASLEY, M. E. THOMAS, D. Q. Domestic Violence as a Human Rights Issue. *Human Rights Quarterly* [online]. 1993, vol. 15, no. 1 [cit. 2010-11-10]. s. 36-62. Dostupné z JSTOR: <<http://www.jstor.org/pss/762650>>.
- COOK, R. J. Women's International Human Rights Law: The Way Forward. *Human Rights Quarterly* [online]. 1993, vol. 15, no. 2 [cit. 2010-11-12]. s. 230-261. Dostupné z: <<http://www.jstor.org/pss/762538>>.
- COPELON, R. Recognizing the Egregious in the everyday: Domestic Violence as Torture. *Columbia Human Rights Law Review*. 1994. vol. 25:291. s. 291-367.

³³ MEYERSFELD, B. *Domestic Violence and International Law*. 1. vyd. Oxford : Nakladatelství Hart Publishing Ltd., 2010. 332 s. ISBN 1841139114.

- CULLITON, K. M. Finding a Mechanism to enforce Women's Right to State Protection from Domestic Violence in the Americas. Harvard International Law Journal [online]. 1993, vol. 34, no. 2 [cit. 2010-11-10]. s. 507-561. Dostupné z HeinOnline: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/uhawlr20§ion=13>.
- ČÍRTKOVÁ, L.: Forezní psychologie. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2004. s. 239. ISBN 8086473864.
- MEYERSFELD, B. Domestic Violence and International Law. 1. vyd. Oxford : Nakladatelství Hart Publishing Ltd., 2010. 332 s. ISBN 1841139114.
- POTOČNÝ, M. ONDŘEJ, J. Mezinárodní právo veřejné – zvláštní část. 5. doplněné a rozšíření vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 107 an.

Contact – email

turonovajana@email.cz, vojtova.tereza@mail.muni.cz

DOMÁCÍ NÁSILÍ A INTERVENČNÍ CENTRA

DAGMAR ÚLEHLOVÁ

Spondea, o.p.s.

Abstract in original language

Často diskutovaným tématem v souvislosti s negativními vlivy rodinného života na dítě je problematika domácího násilí. Statistiky uvádějí, že děti jsou přítomny až v 80% všech případů, kde se vyskytuje domácí násilí. Tyto děti jsou vážně ohroženy nejen samotnou situací v rodině, ale i jejími škodlivými důsledky na budoucí život dítěte. Děti, které zažívají domácí násilí ať již jako přímí svědkové či jeho oběti, jsou světovou zdravotnickou organizací řazeny mezi děti týrané.

Key words in original language

Domácí násilí; rodina; krize; pomoc v krizi; intervenční centra; děti a jejich potřeby; sanace rodiny.

Abstract

Domestic violence is a frequently discussed topic in the context of negative impacts of family life on child. Statistic accounts indicate that children are involved in up to 80 % of all cases of domestic violence. These children are seriously jeopardised not only by the family situation itself but also by its harmful impact on future life of the child. Children experiencing domestic violence both as direct victims and witnesses are classified as abused by the World Health Organization.

Key words

Domestic violence; family; crisis; help in crisis; children needs; family recovery; intervention centre.

1. INTERVENČNÍ CENTRUM

Intervenční centra vznikla k 1.1.2007 společně s novou legislativní změnou v podobě Zákona 135/2006 Sb., který zakotvuje institut vykázání. Přijetí tohoto zákona znamenalo zásadní průlom v pomoci lidem ohroženým domácím násilím, naše společnost tak deklaruje nulovou toleranci k chování násilníků a ochotu pomoci ohroženým osobám, při které spolupracuje několik institucí. Nejužší spolupráce při řešení případů domácího násilí probíhá mezi policií, intervenčním centrem, orgány sociálně právní ochrany dětí a soudy. Intervenční centrum je sociální službou podle Zákona 108/2006 Sb.

Podstatou uvedené legislativní změny je možnost zásahu policie do vztahu dvou osob v jejich společném obydlí v případech, kdy jeden druhého ohrožuje. Toto oprávnění do velké míry zlepšilo postavení těch, kteří jsou ohroženými osobami a kteří nyní nemusí jako jedinou možnost volit útěk před násilníkem z vlastního domova, na vlastní náklady a často spolu s dětmi, ale je to právě násilník, který domácnost na deset dní opouští. Dobu deseti dnů nelze zkrátit, ale lze ji naopak prodloužit až na jeden rok.

Je zřejmé, že samotná desetidenní nepřítomnost násilné osoby situaci nevyřeší, proto je osobě ohrožené domácím násilím do 48 hodin po zásahu policie nabídnuta pomoc intervenčního centra. Pracovníci intervenčního centra ohroženou osobu kontaktují, pomohou jí zorientovat se v dané situaci, předají informace o možnostech dalšího řešení situace, nabídnou sociální, právní a psychologické poradenství, nebo zprostředkují návazné odborné služby, a to vše bezplatně. Jedná se tedy o zcela nový způsob pomoci osobám ohroženým domácím násilím. Doposud museli tito lidé vyhledávat informace a pomoc, v současné době je kontaktují pracovníci intervenčního centra sami, s přímou nabídkou podpory. Zda tuto nabízenou pomoc ohrožené osoby přijmou, záleží samozřejmě na jejich vůli, naše zkušenosti však ukazují, že více než 90% námi oslovených ohrožených osob nabízených služeb využije.

O pomoc intervenčního centra ale může požádat kdokoliv, kdo se cítí být domácím násilím ohrožený a nemusí to být jen v souvislosti s vykááním.

Mimo hlavní činnost intervenčního centra, kterou je přímá práce s osobami ohroženými domácím násilím, je další součástí jeho působení koordinace spolupráce subjektů v rámci jednotlivých krajů, které mohou být účinnými pomocníky pro ohrožené osoby a bojovníky na poli prevence proti domácímu násilí. Instituce, jejichž zástupci se pravidelně v jednotlivých týmech setkávají, jsou Policie ČR, odbory sociálně právní ochrany dětí, obecní policie, přestupkové, sociální a zdravotní odbory měst a obcí, azylová ubytovací zařízení, poradny, probační a mediační služba, státní zastupitelství, soudy, zdravotnická a školská zařízení... a další podle možností a potřeb jednotlivých regionů. V praxi to znamená, že prostřednictvím intervenčního centra může dojít k účinnému řešení případů domácího násilí, intervenční centrum může zprostředkovat komunikaci mezi jednotlivými zainteresovanými subjekty, nebo např. jednotlivým odborníkům poskytnout radu, jak v daném případě postupovat.

V Jihomoravském kraji zajišťuje činnost intervenčního centra obecně prospěšná společnost Spondea.

Spondea je organizace, která dvanáct let poskytuje odbornou pomoc dětem ohroženým všemi formami týrání, zneužívání a zanedbávání. Problematice domácího násilí se věnuje od roku 2004, tehdy zejména péčí o matky s dětmi ohroženými domácím násilím. V roce 2006 se Spondea podílela na koncepci interdisciplinárního přístupu k řešení problematiky domácího

násilí ve městě Brně a stala se členem interdisciplinárního týmu řešící danou problematiku. Tato skutečnost vyústila v pověření Krajským úřadem Jihomoravského kraje pro vykonávání činnosti intervenčního centra k 1. lednu 2007.

Spondea je poskytovatelem sociálních služeb krizová pomoc, sociálně aktivizační služby pro rodiny s dětmi, intervenční centra. Má pověření pro výkon sociálně-právní ochrany dítěte, a to od roku 2000. Je nestátním zdravotnickým zařízením provozováním dětské psychiatrické ambulance výhradně pro svoje klienty.

Služby Intervenčního centra Spondea jsou určeny všem osobám bez rozdílu věku a pohlaví, které jsou ohrožené nebo již vystavené fyzickému, sexuálnímu či ekonomickému domácímu násilí ve všech stádiích. Jsou také určeny osobám jim blízkým nebo svědkům domácího násilí. Služby nejsou určeny násilným osobám. Jsou poskytovány ambulantní, pobytovou a terénní formou, jsou tedy dostupné i mimo krajské město, součástí nabídky je možnost využití krizového lůžka a telefonická non stop linka. Základními činnostmi je právní, psychologické a sociální poradenství.

Mezi klíčové principy práce patří diskrétnost, důvěra, dostupnost, individuální přístup, interdisciplinární přístup, propojení péče o ohrožené osoby a jejich děti vyrůstající v rodině, kde se děje domácí násilí.

Pracujeme souběžně s ohroženým rodičem a jeho dítětem, podporujeme otevřenou komunikaci mezi rodičem a dítětem, eventuelně souběžně pracujeme s rodičem a s dítětem terapeuticky. Výhodou je v tomto případě pro obě strany známé a bezpečné prostředí, důvěra v organizaci, která obě služby, jak pro dítě, tak pro rodiče, poskytuje. Veškerá podpora tak může být realizována bez zbytečných čekacích lhůt „pod jednou střechou“, navíc cílená podle aktuální potřeby rodiče a dítěte.¹

¹ Spondea je však také organizací, kde probíhají asistované kontakty dítěte s rodičem v rámci rozvodových a porozvodových sporů. Obracují se na nás nejen soudy a sociální pracovníci z oddělení sociálně-právní ochrany dětí, ale také samotní rodiče, kteří se mezi sebou nedokážou na formě kontaktu s dítětem dohodnout sami. Asistované kontakty jsou jednou z možností, jak zprostředkovat rodičům, kteří s dětmi nežijí, setkávání v neutrálním prostředí za přítomnosti odborného pracovníka. Cílem je podporování a volné rozvíjení vzájemných vztahů mezi dítětem a rodičem, u kterého dítě nežije, a zlepšení vzájemných vztahů a navrácení společných setkání do přirozeného prostředí dítěte i rodiče. Asistované kontakty v případech domácího násilí jsme doposud nerealizovali, právě z důvodu propojenosti Intervenčního centra a Krizového centra Spondea vnímáme tuto skutečnost jako etický problém.

K dalším aktivitám Spondea, o.p.s. patří specializovaná pomoc osobám ohroženým domácím násilím pocházejícím z odlišného socio-kulturního prostředí, např. nabídkou konzultací v cizím jazyce.

Nedílnou součástí práce je přednášková a osvětová činnost, realizujeme akreditovaný kurz zaměřený na problematiku domácího násilí pro zdravotnické pracovníky, pořádáme semináře pro studenty Lékařské, Filozofické a Právnické fakulty MU v Brně, pořádáme preventivní akce pro veřejnost.

Statistické údaje za Jihomoravský kraj:²

přehled vykázaní		nízkoprahoví klienti
rok 2007	89	289
rok 2008	72	321
rok 2009	82	377
I-X 2010	72	304

Počet vykázaní je od nabytí účinnosti Zák. 135/2006 Sb. každoročně téměř stejný, nepatrně se zvyšuje počet klientů, kteří vyhledávají služby Intervenčního centra Spondea bez ohledu na vykázaní. Předpokládáme, že problematika domácího násilí se stává pro veřejnost tématem, které již není tak tabuizované, jako v letech předcházejících. Další důvod vidíme v medializaci problematiky, v rozšiřující se osvětě a prevenci, a také ve větší důvěře ohrožených osob v instituce, které se problematikou domácího násilí zabývají.

2. DĚTI – SVĚDKOVÉ DOMÁCIHO NÁSILÍ

Domácí násilí je fyzické, psychické, sexuální či ekonomické násilí mezi blízkými osobami žijícími společně v jedné domácnosti. Je pro něj charakteristické opakování, dlouhodobost a zvyšující se tendence jednotlivých incidentů (<http://www.ic-brno.cz>).

Aktéry domácího násilí jsou pachatelé, ohrožené osoby, ale často také svědci násilí, kterými mohou být děti nebo další členové společné domácnosti. Podle statistik jsou děti přítomny až v 80% všech případů, ve kterých se mluví o domácím násilí (<http://www.domacinasili.cz>). A v téměř ve třech pětinach těchto rodin se násilí odehrává přímo před jejich zraky

² V České republice bylo v roce 2007 evidováno 862 vykázaní, v roce 2008 uvádí statistika 679 vykázaní a v roce 2009 celkem 778 vykázaní (<http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky>).

(<http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky/reprezentativni-vyzkum-2006-stem/r93>). Je jistý rozdíl, zda je dítě přímým svědkem násilí, zda je násilí zaměřeno přímo na dítě samotné, či zda podle vychovávajících osob o přímém násilí neví. Přesto se v poslední době rozšiřuje názor, že každé dítě, které vyrůstá v prostředí domácího násilí, je vždy také jeho obětí. Tyto děti jsou vážně ohroženy nejen samotnou situací v rodině, ale i jejími škodlivými důsledky na budoucí život dítěte.

Dle statistik Bílého kruhu bezpečí (<http://www.stopnasili.cz>), který zpracovává data z intervenčních center v ČR, bylo v roce 2007 přítomno násilným incidentům v rodinách či policejnímu zásahu celkem 941 nezletilých dětí, v tomto roce však nebylo zjišťováno, kolik dětí žije celkem v domácnostech s výskytem domácího násilí. Teprve na podzim roku 2007 se začala intervenční centra přímo dotazovat na skutečný počet dětí žijících v rodinách, kde došlo k vykazání, za období říjen – prosinec 2007 se jednalo o dvakrát více dětí, než vyplynulo ze záznamů Policie ČR. V roce 2008 bylo evidováno ve sledovaných domácnostech celkem 772 nezletilých dětí, v roce 2009 celkem 911 dětí.

V současné době se prevenci násilí na dětech věnuje pozornost v řadě dokumentů, z nichž lze uvést například následující: Národní koncepce rodinné politiky, Koncepce péče o ohrožené děti a děti žijící mimo vlastní rodinu, Koncepce státní politiky pro oblast dětí a mládeže, Národní plán boje proti komerčnímu sexuálnímu zneužívání dětí, a řada dalších (Vaničková a kol. 2008).

Povinnost státu chránit děti před tělesným, psychickým a sexuálním násilím vyplývá pro Českou republiku především z norem ústavního i mezinárodního charakteru. Jmenujeme alespoň ty nejdůležitější: Listina základních práv a svobod (Zákon č. 2/1993 Sb.) je postavena na roveň ústavním zákonům. Základní lidská práva mající vztah k problematice ohrožených dětí jsou uvedena v hlavě druhé oddílu prvním, upravujícím základní lidská práva. Např. „právo na život, nedotknutelnost osoby, právo nebýt podroben krutému zacházení či trestu, právo na zachování lidské důstojnosti, atd“. Za nejvýznamnější mezinárodněprávní dokument v této oblasti lze považovat Úmluvu o právech dítěte, kterou Valné shromáždění OSN schválilo již v roce 1989. Česká republika ji pak ratifikovala v roce 1991 (Hradečná a kol. 1996, Špeciánová 2003). Ucelený předpis veřejnoprávní povahy soustředěný na sociálně-právní ochranu dětí je Zákon č. 359/1999 Sb. O sociálně-právní ochraně dětí.

Dalším předpisem veřejnoprávní povahy, který zohledňuje problematiku dítěte jako svědka domácího násilí, je Věstník Ministerstva zdravotnictví ČR z roku 2008, kde je uvedeno, že na dítě ohrožené domácím násilím je potřeba nahlížet jako na dítě ohrožené syndromem CAN (Věstník MZ, částka 3, část 8, 2008, s. 35-42. Postup lékařů primární péče při podezření ze syndromu CAN.).

V souladu s doporučením OSN vypracovala Česká republika Národní strategii prevence násilí na dětech v ČR na období 2008-2018. „Cílem materiálu je zvýšit ochranu dětí před všemi formami násilí, ke které se státy zavázaly ratifikací Úmluvy o právech dítěte, článek 19., (Stehlíková in Vaníčková 2008, s. 5).

Výbor pro prevenci domácího násilí při Radě vlády pro rovné příležitosti žen a mužů³ vypracoval návrh Národního akčního plánu pro prevenci domácího násilí. Obdobné akční plány či strategie existují jako závazné politické dokumenty v mnoha evropských zemích (např. Dánsko, Německo, Slovensko...). Národní akční plán pro prevenci domácího násilí se skládá z následujících oblastí : podpora osob ohrožených domácím násilím, děti ohrožené domácím násilím, práce s násilnými osobami, aktivity zaměřené na pomáhající instituce, společnost a domácí násilí, výzkum, legislativa.

Strategickým cílem oblasti zaměřené na děti je zajištění specifické a efektivní pomoci dětem ohroženým domácím násilím a prevence mezigeneračního přenosu násilných vzorců chování. Prostředkem k dosažení cíle je zakládání a zajištění provozu center zaměřených na práci s dětmi, svědky násilí, legislativní ochrana dětí jako svědků domácího násilí, legislativní ochrana dětí jako svědků násilí při vykazání pachatele domácího násilí, vzdělávání pro specifické cílové skupiny pracovníků (zdravotníci, učitelé, soudci...).

V roce 2006 vydal Evropský hospodářský a sociální výbor (EHSV) stanovisko „Děti jako nepřímé oběti domácího násilí“, které navazuje na předchozí stanovisko EHSV k tématu Domácí násilí na ženách (<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:325:0060:01:CS:HTML>).

Ve stanovisku „Děti jako nepřímé oběti domácího násilí“ EHSV doporučuje, aby se každý členský stát v rámci boje proti domácímu násilí explicitně zabýval i problematikou dětí jako nepřímých obětí domácího násilí, mj. vnímáním dětí postižených domácím násilím jako samostatné skupiny, spoluprací v této problematice mezi pomáhajícími organizacemi a

³ Autorka tohoto příspěvku je od roku 2007 aktivní členkou Výboru pro prevenci domácího násilí při Radě vlády pro rovné příležitosti žen a mužů. Citované údaje vychází z materiálu Výboru, který byl předložen Radě vlády pro rovné příležitosti žen a mužů. Posláním Výboru pro prevenci domácího násilí je připravovat podněty pro Radu vlády pro rovné příležitosti žen a mužů, prevence a boj proti domácímu násilí včetně domácího násilí na dětech a seniorech, spolupracovat s orgány a organizacemi, zabývajících se prevencí a bojem proti domácímu násilí, boj proti násilí na ženách, boj proti obchodování s lidmi (<http://www.vlada.cz/cz/pracovni-a-poradni-organy-vlady/rada-pro-rovne-prilezitosti/prevence-domaciho-nasili/vybor-pro-prevenci-domaciho-nasili-30381/>).

orgány péče o děti, soudy a rodinnými poradnami, zajištěním vzdělání a odporné přípravy všech profesí (poradny, školy, zdravotnictví, policie, soudy), které by měly rozpoznat ohrožení dětí v prostředí domácího násilí a účinně jim pomoci.

Stanovisko zdůrazňuje, že pokud děti vyrůstají v prostředí domácího násilí, bývají tím vždy přímo či nepřímo ovlivněny, jsou vystaveny četným zátěžovým faktorům, jež mohou mít značný a trvalý vliv na jejich zdraví a chování.

V souvislosti s potřebou zohlednění dynamiky domácího násilí v opatřeních práva styku rodiče s dítětem a práva rodičů na výkon rodičovské péče stanovisko upozorňuje, že v soudních řízeních o určení vztahu dítěte a rodičů je nutné více než dříve přihlížet k aspektům ohrožení, jež jsou pro domácí násilí typické, zejména k vysoké pravděpodobnosti, že nebezpečí páchaní násilí odloučením nekončí, kdy ochrana a bezpečnost ohrožených osob a dětí musejí být zásadními aspekty rozhodnutí. Dále při zvažování mezi právními zájmy musí být před právem na kontakt s dětmi vždy upřednostněna ochrana před násilím.

Stanovisko se stručně řečeno zaměřuje na situaci dětí postižených domácím násilím v rodině, zdůrazňuje nutnost vzdělání a erudice všech subjektů, které se nějak podílejí na péči a rozhodování o dítěti a poukazuje na nutnost přihlížet k zájmům dítěte na všech úrovních rozhodování, včetně rozhodování týkající se kontaktu rodiče s dítětem, při respektování potřeby zajistit dítěti ochranu a bezpečí.

3. DOPADY DOMÁCÍHO NÁSILÍ NA DÍTĚ

Domácí násilí je rozšířenějším jevem, než by se mohlo zdát. Odehrává se skrytě za zavřenými dveřmi domácností, a bývá tak často utajeno před okolím. Navzdory skutečnosti, že se problematice domácího násilí dostává v posledních letech více pozornosti odborné i laické veřejnosti, chybí v české literatuře dostatek odborných publikací zabývajících se různými aspekty tohoto jevu. Tuzemské výzkumné studie věnují svou pozornost převážně obětem domácího násilí, opomíjenými zúčastněnými osobami jsou pachatelé násilí a děti, které v rodinách s výskytem násilí vyrůstají.

Děti reagují ve svém chování a prožívání na prostředí, ve kterém žijí. Snaží se mu přizpůsobit tak, aby byly co nejméně zasaženy. Vzhledem k tomu, že celá situace kolem domácího násilí je patologická, není možné pro děti najít zdravý postoj, který by jim situaci umožnil bezproblémově zvládnout. Proto se u dětí vytvářejí různé strategie, které jsou z dlouhodobého hlediska neadaptivní a často vedou k dalším problematickým zážitkům.

Zcela malé dítě nemá schopnost rozumově vnímat události kolem sebe, o to více nekontrolovaně podléhá jejich vlivu. Duševní i tělesné prospívání dítěte je závislé na prostředí, ve kterém žije. Dítě sice nevnímá obsah

rodičovských konfliktů, ale přesto reaguje na napětí v rodině a také na oslabení rodičovské funkce.

„V rodině, kde si dospělí nedokáží poradit se svým životem, mohou u svých dětí vzbuzovat úzkost z vlastní dospělosti. Výsledek může být dvojitý. Jedním je předčasná separace od konfliktního rodičovského páru a hledání náhradních citových vazeb. Jinou reakcí je uvíznutí ve vztahu s opuštěným rodičem a věčný pocit viny za přání se osamostatnit a vést vlastní život“ (Gjuričová, 2000, s.41).

Dle studie o.s. ROSA se děti žijící v rodině, kde se vyskytuje domácí násilí, musí nějakým způsobem vyrovnat s ambivalencí, kdy násilnou osobu mají rády jako rodiče, zároveň ji však nenávidí jako narušitele a ubližujícího. Musí se vyrovnat se smutkem nad sebou, nad situací. Se vztekem. S pocitem viny, kdy se dítě domnívá, že za situaci může ono, ne agresor či oběť. Se strachem z dalšího vývoje událostí, z ublížení, ze smrti. S úzkostí bez konkrétního obsahu (Marvánová-Vargová a kol., 2008). Na základě těchto emocí děti vytvářejí různé strategie či stavy, kterými se snaží tyto pocity překonat: mohou trpět ztrátou radosti ze života, ztrátou naděje. Není vyloučen návrat do nižších vývojových stadií a zařazení strategií, které tehdy přinášely uspokojení, např. rytmické pohyby, sací reflex. Děti se mohou projevovat apaticky ve snaze stažení se z nebezpečného světa, aby jim již nemohl ubližovat. Některé děti jsou hyperaktivní či agresivní, a to v situacích získávání pozornosti a neschopnosti získat věci jinou cestou. Mohou vykazovat poruchy příjmu potravy, trpět psychosomatickými problémy, mohou mít problémy se spánkem jako noční můry, strach z toho, co se stane až budou spát, mohou trpět nespavostí. U některých dětí se může objevit částečná ztráta paměti na psychicky příliš zatěžující události, také enuréza, enkopréza, balbuties.....

V zahraničí bylo téma domácího násilí a dopadu domácího násilí na děti často diskutovaným tématem zejména v 90. letech. Sumarizaci výzkumů z devadesátých let uvádí ve své studii Edleson (1999). Vychází ze 80ti výzkumných zpráv, které popisují výchovné, emoční, kognitivní a tělesné problémy dětí, které byly u dětí svědků domácího násilí diagnostikovány. V souvislosti s dopady domácího násilí na děti studie uvádí, že nejsou rozdíly mezi dopady domácího násilí na dívky či chlapce. Rozdíly jsou patrné pouze v náhledu dětí na problematiku domácího násilí, kdy někteří chlapci adolescenti mají tendenci s domácím násilím souhlasit, zatímco stejně staré dívky nikoli. Chlapci mají dále tendenci problémy spojené s domácím násilím externalizovat, a to projevy nepřátelství či agrese ke svému okolí. Dívky prožívají domácí násilí spíše vnitřně, trpí depresemi a somatizují. Teprve v adolescenci také mohou vykazovat agresivní projevy v chování. Dále se Edleson ve studii zmiňuje, že pokud je žena jako dítě svědkem domácího násilí, může to mít u ní v dospělosti souvislost s depresemi a sníženým sebevědomím. Muži mají zase náchylnost k traumatickému prožívání negativních událostí.

Augustyn, Parker, Groves a Zuckerman (1995) uvádějí, že život dětí v rodinách s výskytem domácího násilí je pro ně devastující. Děti se typicky obracejí ke svým rodičům při hledání bezpečí, ale toto nenalézají, pokud je jeden z rodičů násilníkem a druhý obětí. Postupně se tak narušuje vývoj dítěte v kontextu navazování intimních vztahů. Děti předpokládají výskyt násilí ve všech sociálních vztazích, mylně čtou sociální podněty. Domácím násilím ohrožené děti se také učí, že násilí je způsob jak řešit problémy a redukovat tenzi.

Dopady domácího násilí na neúspěchy ve škole popisuje Craig (1992). Uvedená autorka uvádí, že existuje vztah mezi domácím násilím a obtížemi při učení. Dítě má krátký rozsah pozornosti, oslabení intelektových funkcí a rozvoje řeči, je hyperaktivní. Projevuje se u něj zpomalení kognitivních procesů při nichž se rozvíjí uvědomování si sama sebe. Ve škole je jeho pozornost obrácena k učitelově náladě, neváže se k učivu. Dítě se neučí vyjadřovat svoje preference, dokud nezjistí názor učitele či rodičů, následně volí zrcadlení jejich názoru jako bezpečnou strategii.

4. DÍLČÍ VÝSLEDKY VÝZKUMU „DÍTĚ OHROŽENÉ DOMÁCÍM NÁSILÍM JAKO DÍTĚ V RIZIKU“

Výzkum „Dítě ohrožené domácím násilím jako dítě v riziku“ (Úlehlová, 2009), byl metodologicky uchopen jako sekundární analýza dokumentů. Jednalo se o analýzu spisů klientů, kteří jsou evidováni v Intervenčním centru Spondea v souvislosti s vykázaním násilné osoby ze společného obydlí v období od 1.ledna 2007 do konce března 2009. Výzkum hledal indikátory, které mají vliv na vývoj dítěte žijícího v dané rodině, přičemž tyto indikátory jsou rizikovými pro chování dítěte. Záznamy pořídili pracovníci Intervenčního centra Spondea a Policie ČR. Pro prováděnou analýzu byly záznamy ze spisů převedeny do formy kvantifikovaných indikátorů, jejichž přehled je uveden níže.

Cílem výzkumu bylo identifikovat dopady domácího násilí na děti a jejich vzájemné souvislosti.

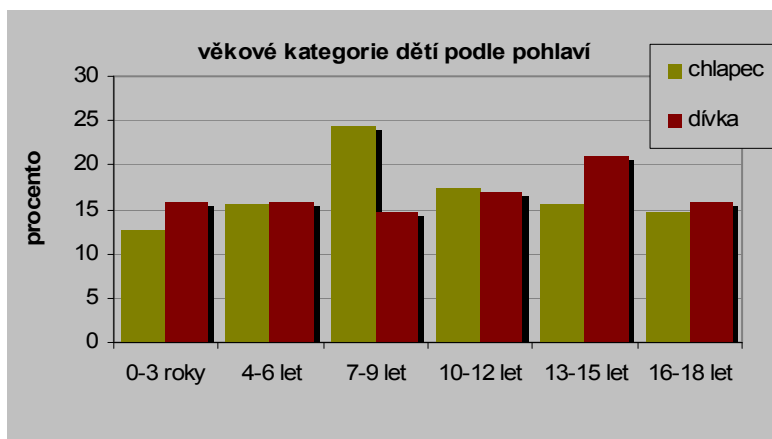
Výzkumný soubor čítal 201 záznamů o dětech, které žily celkem ve 100 domácnostech s vykázanou násilnou osobou. V každém záznamu existoval údaj týkající se dítěte, násilné osoby i ohrožené osoby. Násilnou osobou byl téměř vždy muž, ohroženou osobou až na výjimky žena, matka zkoumaných dětí (někdy nevlastní). Jednotkou analýzy byly děti, v tom případě byl ke každému dítěti připojen údaj o násilné i ohrožené osobě, s níž přišlo do styku (tedy u sourozenců se údaje opakovaly). Při analýze charakteristiky násilných a ohrožených osob byla jednotkou analýzy domácnost.

Kvantifikovanými indikátory za zkoumané děti byly věk, pohlaví, přítomnost u probíhajícího násilí, informace o tom, zda se jedná o dítě ze současného či minulého vztahu partnerů, případný výskyt násilí na dítěti (kategorie), dopad násilí na dítě (kategorie), počet dětí v rodině.

Za ohrožené osoby se jednalo o věk, pohlaví, vztah k násilné osobě, rodinný stav před vstupem do násilného vztahu, délka trvání násilí v současném vztahu, druhy násilí (kategorie), výskyt násilí v minulém vztahu či v nukleární rodině.

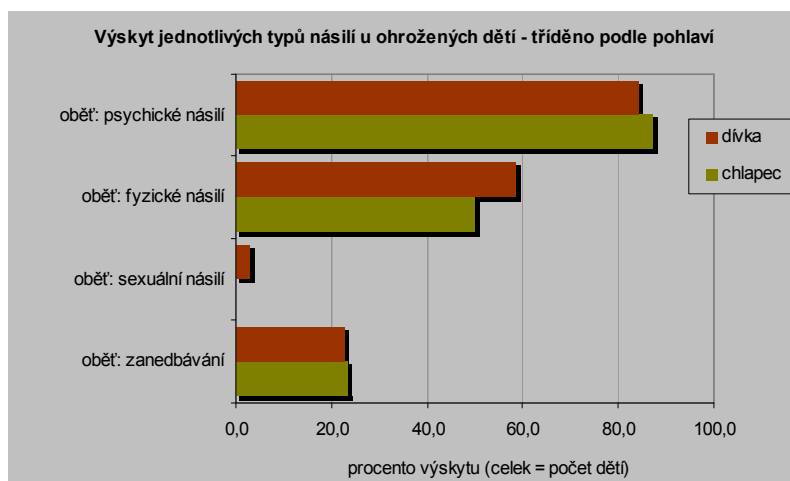
Za násilné osoby potom pohlaví, věk, výskyt násilí v předchozím vztahu či v nukleární rodině, přítomnost alkoholu při incidentu, který předcházel vykázání.

V rámci tohoto příspěvku je uvedena primární analýza některých vybraných dat týkající se pouze zkoumaných dětí.



Obrázek 1 Věkové složení zkoumaných dětí tříděno dle pohlaví

Přítomnost dítěte u násilí (přímý svědek) byla prokázána v 99%. Z násilného partnerského vztahu rodičů pocházelo 72% dětí, z předchozích vztahů 28%.

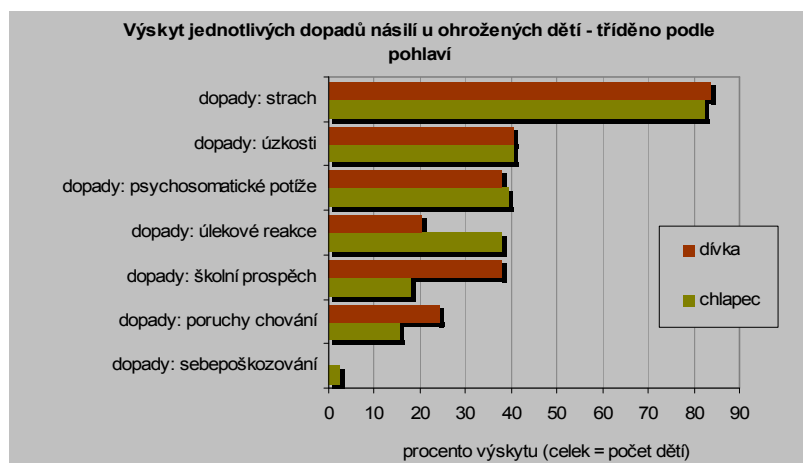


Obrázek 2 Násilí páchané na dětech

Jako psychické násilí bylo uváděno vyhrožování, manipulace, ponižování, navádění proti dospělým, bránění v učení se, buzení v noci, rozbíjení hraček vydírání, vulgární oslovování, pronásledování. Fyzickým násilím bylo bití, hrubé zacházení, ohrožování nožem nebo střelnou zbraní.

Ve 22 % nebylo zjištěno, že by dítě bylo obětí nějakého druhu násilí.

Obrázek 3 Zjištěné dopady násilí na děti



Jako psychosomatické potíže byly nejčastěji uváděny nespavost, bolesti břicha, pomočování. V kategorii poruch chování se jednalo o závislosti, záškoláctví, agresivní projevy, vulgarismus, odmítání autority.

Částečnou prezentací této primární analýzy dat poukazujeme na skutečnou závažnost jevu, kterým je výskyt dítěte jako svědka u domácího násilí. Dítě nemusí být samo přímou obětí násilí v pravém slova smyslu, i např. vydírání či ponižování je pro něj naprosto devastující. Dítě žije v permanentním

strachu, bojí se nejenom násilného rodiče, ale bojí se o život ohroženého rodiče, s úzkostí vnímá domov jako místo, které pro něj není bezpečné.

5. ZÁVĚR

U dětí žijících v rodinách s problematikou domácího násilí bývají v různé míře narušeny všechny potřeby, jejichž naplnění je nutné ke zdravému vývoji. Tam, kde jsou rodiče v zajetí kruhu domácího násilí, většinou ani jeden z partnerů nemá dostatečnou kapacitu na to, aby mohl citlivě vnímat a naplňovat potřeby dětí. Efektivní pomoc dětem by tedy neměla směřovat pouze k nim, ale k rodině jako celku. Za velmi důležité považujeme posilování vzájemného vztahu ohrožené osoby a dítěte, a to tak, aby dítě opětovně našlo v ohrožené osobě (převážně v matce) oporu a aby znovu nabylo přesvědčení, že domov je pro něj bezpečné místo. V některých případech je možné zařadit i společnou terapii dítěte a ohrožené osoby, terapii zaměřenou na posilování vzájemné komunikace, eventuelně i videotrénink interakcí. O mediaci v rámci partnerského vztahu lze uvažovat tehdy, pokud je násilná osoba motivována ke korekci svého jednání a chování

Problematikou dopadů domácího násilí na děti se v České republice zabývají hlavně nevládní organizace (např. Acorus, Bílý kruh bezpečí, ROSA, Spondea). Zatím však nebyl vytvořen jednotný postup pro práci s touto cílovou skupinou. Každá organizace má vytvořený svůj daný způsob práce, svoji metodiku práce. Chybí také dostatek konkrétních výzkumných studií, které by podpořily nutnost revize stávajících legislativních opatření a doplnění o nová, účinně ošetřující danou problematiku.

This is a place where you can write your contribution. Please use only the permitted styles for the formatting

Literature:

- Augustyn, M.; Parker, S.; Groves, B.M.; Zuckerman, B. Silent victims: Children who witness violence In *Contemporary Pediatrics*, 1995, 8, p.35-57. ISSN 8750-0507.
- Bair-Merritt, M.; Blackstone, M.; Feudtner, CH. Physical health outcomes of childhood exposure to intimate partner violence: A systematic review. [online] In *Pediatrics*, vol 117 No 2, 2006, p.278-290

- Dostupné na WWW:
<<http://www.pediatrics.org/cgi/content/full/117/2/e278>> [cit. 2010-10-16]
- Craig, S. The educational needs of children living with violence. In Phi Delta Kappan, Bloomington: Sep.1992, Vol.74, Iss 1, p.67-71. ISSN 0031-7217.
 - Edleson, J.L. Children's witnessing of adult domestic violence. 1999. [online] In Journal of Interpersonal Violence, 14 (8), s.839-870
Dostupné na WWW:
<<http://www.ncdsv.org/images/ChildrenWitnessingAdultDV.pdf>> [cit. 2010-10-27].
 - Gjuričová, Š.; Kocourková, J.; Koutek, J. Podoby násilí v rodině. Praha: Vyšehrad, spol.s.r.o., 2000. ISBN 80-7021-416-3.
 - Hradečná, M.; Hejlová, H.; Novorná-Dědečková, J. Práce učitele s právy dítěte. Praha: SVI PedF UK Praha, 1996. ISBN 80-86039-16-1.
 - Marvánová-Vargová, B.; Pokorná, D.; Toufarová, M. Partnerské násilí. Praha: Linde, 2008. ISBN 978-80-86131-76-4.
 - Špeciánová, Š. Ochrana týraného a zneužívaného dítěte. Praha: Linde, 2003. ISBN 80-86131-44-0.
 - Úlehlová, D. a kol. Problematika domácího násilí pro zdravotnické pracovníky. Brno: Národní centrum ošetrovatelství a nelékařských zdravotnických oborů, 2009. ISBN 978-80-7013-502-0.
 - Úlehlová, D. Domácí násilí jako etopedický problém. Rigorózní práce. MU Brno, 2009. [online] Dostupné na WWW:
<http://is.muni.cz/th/5063/pedf_r/02_text_vse_verze4.pdf?lang=en> [cit. 2010-11-1]
 - Vaníčková, E. a kol. Národní strategie prevence násilí na dětech v ČR na období 2008-2018. Úřad vlády ČR, 2008.
 - <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky>

- <http://www.domacinasili.cz/cz/redakce/statistiky/reprezentativni-vyzkum-2006-stem/r93>
- <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:325:0060:01:CS:HTML>
- <http://www.ic-brno.cz>
- <http://www.stopnasili.cz>
- <http://www.vlada.cz/cz/pracovni-a-poradni-organy-vlady/rada-pro-rovne-prilezitosti/prevence-domaciho-nasili/vybor-pro-prevenci-domaciho-nasili-30381/>
- Listina základních práv a svobod (zákon č. 2/1993 Sb.)
- Ústava ČR (zákon č. 1/1993 Sb.)
- Zákon O sociálně právní ochraně dětí (zákon č. 359/1999 Sb.)
- Zákon na ochranu před domácím násilím (zákon č. 135/2006 Sb.)
- Zákon O sociálních službách (zákon č. 108/2006 Sb.)
- Zákon o policii (zákon č. 237/2008 Sb.)
- Věstníky Ministerstva zdravotnictví České republiky č. 3 a 6 z roku 2008

Contact – email

ulehlova@spondea.cz

POJEM DOMÁCÍ NÁSILÍ V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

JANA VOLKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra občanského práva,
Česká republika

Abstract in original language

Domácí násilí je celospolečenským problémem, který je řešen všemi odvětvími práva. Problematika domácího násilí se však netýká pouze rodinného či trestního práva, pojem domácí násilí se taktéž vyskytuje v právu správním. Z toho vyplývá, že se i Nejvyšší správní soud v rámci své rozhodovací činnosti zabývá případy, které souvisejí s otázkou domácího násilí, či je v rozhodnutích správních soudů tento pojem alespoň zmíněn. Cílem mého příspěvku je vysvětlit, jak je pojem domácí násilí Nejvyšším správním soudem vykládán, čeho se jednotlivé případy týkají a jaké z nich vyplývají závěry.

Key words in original language

Domácí násilí; Nejvyšší správní soud; správní soudnictví; judikatura.

Abstract

Domestic violence is a very problematic area of the whole society. Domestic violence is not only solved by family and criminal law, the concept of domestic violence occurs in Czech administrative law as well. From this fact accrues, that Supreme Administrative Court occasionally takes decisions, that are related to the question of domestic violence. The primary focus of my contribution is to describe, how does the Supreme administrative court interpret the concept of domestic violence, what are the judicial decisions related to and what results from them.

Key words

Domestic violence; Supreme administrative court.

Domácí násilí je celospolečenským problémem, který je řešen všemi odvětvími práva. Většina právníků či laiků se domnívá, že se problematika domácího násilí týká především rodinného či trestního práva, je ale nutné upozornit na skutečnost, že se pojem domácí násilí taktéž vyskytuje v právu správním. Z toho vyplývá, že se také v judikatuře Nejvyššího správního soudu budou objevovat případy zabývající se otázkou domácího násilí, či je v rozhodnutích správních soudů tento pojem alespoň zmíněn. Cílem mého příspěvku je vysvětlit, jak je domácí násilí Nejvyšším správním soudem vykládáno, čeho se jednotlivé případy týkají a jaké z nich vyplývají závěry.

I. Definice pojmu domácí násilí v rozhodnutích Nejvyššího správního soudu

Definicí pojmu domácí násilí se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 3. 2009, čj. 5 As 84/2008-81 (dostupný na www.nssoud.cz). Uvedl, „že domácí násilím se zpravidla označuje týrání a násilné jednání, odehrávající se mezi osobami blízkými, žijícími spolu ve společném domácnosti, kdy jedna násilná osoba získává a udržuje nad druhou moc a kontrolu“. V odůvodnění Nejvyšší správní soud zdůraznil mimořádnost domácího násilí, která neplyne z násilí jako takového, ale z toho, vůči komu a za jakých psychologických okolností je násilí uplatňováno, což domácí násilí odlišuje od běžných deliktů řešených v trestním či přestupkovém řízení.

Nejvyšší správní soud přirovnal domácí násilí k šikaně, která zahrnuje širokou škálu útoků proti důstojnosti a zdraví člověka, u domácího násilí je tato šikana znásobená tím, že probíhá u osob s blízkými vztahy. Útoky mohou být verbální či neverbální¹, jednání pachatele násilné činnosti však je volní, úmyslné; pachatel může ovlivnit své jednání a rozhoduje se, zda se bude násilně chovat.

Nejvyšší správní soud rozlišil některé znaky domácího násilí, především zmínil nerovné postavení mezi pachatelem a obětí, opakovanost a eskalace. V souvislosti s nerovným postavením vyslovil, že „pachatel má nad obětí zjevnou nebo i nevyslovenou či obětí nepřiznanou převahu. Je to vždy pachatel, kdo určuje pravidla, a to, co smí pachatel, nesmí oběť. Postavení oběti je tak podřízené a odvozené od nároků, požadavků a hrozeb pachatele“.

Dalším znakem domácího násilí je opakovanost útoků. Podle Nejvyššího správního soudu se nejedná o jeden útok, ale je nutná jejich četnost, popřípadě zvyšující se intenzita. Pátý senát upozornil však na to, že ne každá hádka v rámci rodiny znamená domácí násilí. Na příkladu tzv. italské domácnosti vysvětlil, že při takovém konfliktu jsou oba partneři v rovném postavení a nelze jednoho z nich považovat za útočníka a druhého za oběť. Chybí zde znak „mocenské asymetrie“, který je typický jak pro domácí násilí, tak pro jakýkoli typ šikany. Zdůraznil, že občasná hádka mezi rovnocennými partnery podmínky domácího násilí nesplňuje.

Charakteristickým, nikoli však nezbytným znakem domácího násilí je také postupná eskalace; ta může začínat drobným omezováním osobní svobody, následně pokračovat urážkami, zesměšňováním, přerůstat ve fyzické násilí a v horších případech končí i vážnými formami ublížení na zdraví. I z tohoto

¹ Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku uvedl výčet možných útoků. Dle jeho názoru se domácí násilí může projevovat urážkami, zesměšňováním, ponižováním, vyhrožováním různými újmami nebo násilím, ničením věcí, omezováním pohybu, neustálou kontrolou, omezováním kontaktů s rodinou a přáteli, fyzickým napadáním ve formě pohlavků, kopání, bití, vyhrožováním nebo ohrožováním zbraní, popřípadě použitím zbraní.

znaku lze usuzovat na to, že jeden z partnerů šikanuje druhého a nelze je považovat za rovnocenné.

Nejvyšší správní soud proto uzavřel, že *„domácím násilím se míní velmi tvrdá a nezdravá podoba partnerských vztahů označovaná jako zneužívání partnera. Z pohledu oběti jde nejdříve o lidskou důstojnost, pak o osobní bezpečí a nakonec o život. Základní zvláštností domácího násilí je i to, že k takovým případům dochází zpravidla v soukromí, nejčastěji v soukromí společného obydlí“*.

II. Typy rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, ve kterých se pojem domácí násilí objevuje

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, ve kterých se pojem domácí násilí objevuje a soud se jím alespoň okrajově zabývá, nejsou velmi častá a za dobu existence tohoto soudu se objevila jen zřídka. Přesto je lze rozdělit do tří skupin, a to na rozhodnutí týkající se azylových otázek, rozhodnutí související s § 21a zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky (vykázání ze společného obydlí) a konečně na rozhodnutí související s tiskem, rozhlasem či televizí.

II. 1 Rozhodnutí o azylu

Domácím násilím v souvislosti s rozhodnutím o azylu se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 10. 9. 2008, sp. zn. 9 Azs 49/2008 (dostupné na www.nssoud.cz), a vyslovil, že *„domácí násilí je bezesporu celospolečenským jevem, který nelze podceňovat a který vyvěrá z podhoubí sociální diskriminace a který je zpravidla determinovaný příslušností k určitému pohlaví. Jako takový přitom může být za určitých okolností také azylově relevantním důvodem a právě tyto okolnosti, které záleží především na zemi původu, jejích právních, sociálních či kulturních normách a hodnotách, je třeba analyzovat a zvažovat, zda je příslušný stát schopen či ochoten zajistit oběti domácího násilí potřebnou ochranu nebo zda je na místě poskytnutí mezinárodní ochrany, a to na základě příslušnosti k určité sociální skupině“*.

Nejvyšší správní soud ve výše specifikovaném rozsudku dále uvedl, že *„je třeba připomenout, že byla překonána bariéra soukromé sféry dělící oběti domácího násilí od poskytování mezinárodní ochrany a že byl přijat výklad, podle něhož může i u domácího násilí nastoupit ochrana prostřednictvím členství v určité sociální skupině (srov. ECRE - European Council on Refugees and Exiles - Position on Asylum Seeking and Refugee Woman, December 1997, odst. 22, či bohatou rozhodovací praxi v zahraničí, např. rozhodnutí Sněmovny Lordů Velké Británie ze dne 25. 3. 1999, Islam proti Státnímu tajemníkovi pro vnitřní záležitosti, Imigračnímu odvolacímu tribunálu a dalším, Shah, [1999] UKHL 20; [1999] 2 Ac 629; [1999] 2 All ER 545, kterým byl udělen azyl dvěma pákistánským ženám, jejichž žádosti byly založeny na domácím násilí; originál znění rozsudku je dostupný na*

internetových stránkách British and Irish Legal Information Institute, www.bailii.org).“

Otázkou azylu a domácího násilí se Nejvyšší správní soud dále zabýval na příklad v rozsudku ze dne 29. 7. 2009, čj. 4 Azs 31/2009-93 (dostupný na www.nssoud.cz). V souvislosti s touto věcí vyslovil Nejvyšší správní soud tento právní názor:

„Tvrдила-li žalobkyně skutečnosti, které by za určitých okolností mohly být důvodem pro udělení doplňkové ochrany (§ 14a zákona č. 325/1999 Sb., o azylu), není rozhodné, že k nim nedošlo na území země původu, jestliže lze dospět k závěru, že tyto skutečnosti mohou na území domovské země žalobkyně nastat“.

Konkrétně v této věci zamítlo Ministerstvo vnitřní záležitosti žádost žalobkyň o udělení mezinárodní ochrany podle § 16 odst. 1 písm. g) zákona č. 325/1991 Sb., o azylu. Žalobkyně žádala o mezinárodní ochranu ze strachu, že by po návratu do Ruska byla obětí pronásledování ze strany svého partnera a otce jejich tří nezletilých dětí. Ministerstvo uvedlo, že pokud k výhrůzkám dojde, může se žalobkyně obrátit na ruské orgány. Žalobkyně s tímto rozhodnutím nesouhlasila a podala žalobu u Krajského soudu v Ostravě.

Krajský soud rozhodnutí ministerstva zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V odůvodnění uvedl, že se žalobkyně důvodně obávala, že v případě návratu do vlasti bude vystavena fyzickým a psychickým útokům a domácímu násilí ze strany jejího bývalého partnera. Nevyloučil proto, že by jí při návratu do Ruska hrozilo pronásledování ve smyslu § 2 odst. 7 zákona o azylu. Krajský soud dále zdůraznil, že ze zprávy o dodržování lidských práv Ministerstva zahraničních věcí Spojených států Amerických za rok 2005 vyplynulo, že v platných zákonech v Rusku není obsažena žádná definice domácího násilí a je vyhlášováno velmi málo odsuzujících rozsudků v souvislosti s touto problematikou.

Proti tomuto rozsudku podalo ministerstvo kasační stížnost. Nezpochybňovalo sice problémy žalobkyně s jejím bývalým přítelem a jeho snahu o izolaci žalobkyně i jejich nezletilých dětí, ovšem zdůraznilo, že tyto problémy měla žalobkyně pouze na území České republiky. Ministerstvo v kasační stížnosti dále podotklo, že se při posuzování žádosti o udělení mezinárodní ochrany vždy zabývá hodnocením potíží žadatele, případně jeho obav, a to ve vztahu k zemi jeho státní příslušnosti.

Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl s tím, že nebyla důvodná. V odůvodnění vysvětlil, že zákon o azylu rozlišuje dva relativně nezávislé instituty mezinárodní ochrany, a to na jedné straně azyl², jakožto vyšší

² Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 7. 2009, čj. 4 Azs 31/2009-93, vysvětlil, že azyl je poskytován osobám, u kterých je na základě jejich věrohodné výpovědi a zjišťovacího řízení

formu mezinárodní ochrany, a na straně druhé doplňkovou ochranu, jakožto formu nižší³.

Nejvyšší správní soud proto zdůraznil, „že domácí násilí může v konkrétních případech naplňovat znaky pronásledování, či nebezpečí vážné újmy, podle toho, zda je stát původu žadatele schopen a ochoten poskytnout ochranu proti tomuto jednání. pokud by žadatel uváděl, že je vystaven domácímu násilí a že proti tomuto jednání není možné získat ochranu u státu původu, pak jestliže by toto jeho tvrzení správní orgán na základě věrohodných důkazů nevyvrátil, musel by je považovat za důvod pro udělení mezinárodní ochrany“.

Vzhledem k tomu, že ministerstvo posoudilo žádost, kterou podaly žalobkyně, jako zjevně nedůvodnou ve smyslu § 16 zákona o azylu, nedostalo se jim věcného posouzení jejich případu, protože z povahy posouzení žádosti jako zjevně nedůvodné vyplývá, že správní orgán nezkoumal, zda existují důvody pro udělení azylu, či doplňkové ochrany ve smyslu § 12 a § 14a zákona o azylu. Ministerstvo dle svého tvrzení vycházelo z toho, že pokud došlo k domácímu násilí na území České republiky, nelze tuto skutečnost shledat relevantním důvodem v řízení o udělení mezinárodní ochrany, protože se domácí násilí uskutečnilo mimo mocenský dosah orgánů Ruské federace, a tudíž ruské státní úřady nemohly zasáhnout. Chyběla zde tedy reálná spojitost mezi obavami žalobkyně a faktickým jednáním ruských státních orgánů vůči její osobě. Nejvyšší správní soud s těmito závěry souhlasil, pokud by se týkaly pouze posuzování podmínek udělení azylu; ztotožnil se se závěrem ministerstva, že pronásledování ve smyslu Ženevské úmluvy či následnou obavu z něj nelze považovat za skutečnost rozhodnou pro udělení azylu, pokud nastala až po odchodu ze země původu.

správního orgánu prokázáno, že byly vystaveny pronásledování, či mají odůvodněný strach z pronásledování. Ve smyslu vymezení pojmu pronásledování poskytnutého Evropskou radou k Ženevské úmluvě se o pronásledování jedná tehdy, byla-li osoba vystavena, či se obává takového jednání, které je dostatečně závažné svou povahou nebo svým opakováním: je buď vážným útokem na lidská práva, například život, svobodu nebo nedotknutelnost osoby, nebo s ohledem na všechny okolnosti případu zjevně brání osobě, která je utrpěla, nadále žít ve své zemi původu; a je založeno na jednom z důvodů uvedených v čl. 1 oddílu A (Ženevské úmluvy, pozn. soudu), kterými jsou rasa, náboženství, národnost, příslušnost k určité společenské vrstvě nebo politické názory. Důvody pronásledování se mohou překrývat a často se na stejnou osobu vztahuje více důvodů. Skutečnost, zda jsou tyto důvody skutečné nebo dotyčné osobě připisované pronásledovatelem, není rozhodující.

³ Institut doplňkové ochrany je vtělením zásady non-refoulement, která je zakotvena v čl. 33 Ženevské úmluvy, a znamená de facto závazek smluvních států „nevyhostit jakýmkoli způsobem nebo nevrátit uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení“.

Následně však Nejvyšší správní soud vyslovil, že výše zmíněné závěry nelze stejným způsobem aplikovat i v případě doplňkové ochrany, protože ta je nástrojem, který má zabránit tomu, aby byl žadatel navrácen do země, ve které by mu hrozilo nebezpečí vážné újmy ve smyslu § 14a odst. 2 zákona o azylu. Při rozhodování o doplňkové ochraně je nutné je proto nutné vycházet z aktuální situace v zemi, a nikoli posuzovat situaci k době odchodu žadatele ze země. Nejvyšší správní soud dále uvedl, že *„vztaheno na projednávaný případ je nutné posuzovat, zda žalobkyni v případě návratu do země hrozí nebezpečí ze strany bývalého partnera, a zda by byly ruské státní orgány schopny a ochotny jí před případnými útoky poskytnout ochranu. Ačkoliv tedy veškeré problémy s partnerem nastaly v době, kdy byla žalobkyně na českém území, je vzhledem k tomu, že partner nyní opět žije v Rusku, kam by měla být navrácena i žalobkyně, nutné pečlivě zjišťovat a vyhodnotit aktuální situaci v přístupu ruských státních orgánů k domácímu násilí, a tedy zjistit, zda by nebyla žalobkyně vystavena hrozbě vážné újmy ve smyslu § 14a zákona o azylu“.*

Podle Nejvyššího správního soudu pokud tedy žalobkyně tvrdila skutečnosti, které by za určitých okolností mohly být důvodem pro udělení doplňkové ochrany, není rozhodné, že k nim nedošlo na území země původu, jestliže lze dospět k závěru, že tyto skutečnosti mohou na území domovské země žalobkyně nastat. Jestliže tedy žalobkyně tvrdila, že by byla v Rusku vystavena domácímu násilí ze strany svého bývalého partnera, musí správní orgán posoudit, zda je tato její obava oprávněná a zda by měla žalobkyně možnost získat ochranu ze strany orgánů země původu. Samozřejmým předpokladem tohoto posouzení je i věcné projednání žádosti o udělení mezinárodní ochrany, v rámci kterého má správní orgán povinnost shromáždit takové zdroje informací, které budou, aktuálně, relevantně, důvěryhodně, transparentně a celistvě vypovídat o situace v dané zemi v souvislosti s potenciálním nebezpečím vážné újmy. Jestliže žalobkyně tvrdila skutečnosti svědčící tomu, že by mohla být vystavena pronásledování, pak měl stěžovatel povinnost její žádost věcně přezkoumat. V daném případě tedy nebyly splněny podmínky zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné ve smyslu § 16 odst. 1 písm. g) zákona o azylu. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že rozhodnutí stěžovatele je z uvedených důvodů nezákonné.

Pro účely tohoto příspěvku je nutné v souvislosti s výše popsáním rozhodnutím doplnit i starší judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se azylu, která by mohla být použita v rámci rozhodování o domácím násilí, a to právní názor vyslovený v rozsudku ze dne 10. 3. 2004, čj. 3 Azs 22/2004-48: *„Skutečnost, že žadatel o azyl má v zemi původu obavy před vyhrožováním ze strany soukromé osoby, není bez dalšího důvodem pro udělení azylu podle ustanovení § 12 zákona č. 325/1999, o azylu, ve znění zákona č. 2/2002 Sb., tím spíše v situaci, kdy politický systém v zemi původu žalobce dává občanům možnost domáhat se ochrany svých práv u státních orgánů, a tyto skutečnosti v řízení o udělení azylu nebyly vyvráceny“.*

Z výše zmíněných rozhodnutí lze odvodit, že domácí násilí a jeho hrozba může být jedním z aspektů, které je nutné zkoumat v rámci rozhodování o mezinárodní ochraně a nelze je automaticky vyloučit ani v případě, že k domácímu násilí nedošlo v zemi původu.

II. 2 Vykázání ze společného obydlí

Nejvyšší správní soud se otázkou domácího násilí v souvislosti s § 21a zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky (dále jen zákon o policii) podrobně zabýval v rozsudku ze dne 31. 3. 2009, čj. 5 As 84/2008-81 (dostupný na www.nssoud.cz). Ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu byla pod č. 1859/2009 publikována následující právní věta:

I. Vykázání osoby, zpravidla z místa jejího obydlí, společné domácnosti, nepochybně představuje významný zásah do soukromého a rodinného života každého jednotlivce; rozhodnutí o vykázání a zákaz návratu podle § 21a zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, je rozhodnutím, kterým jsou výrazně dotčena základní lidská práva a svobody, je proto přezkoumatelné ve správním soudnictví.

II. Odůvodnění rozhodnutí o vykázání, jakkoli v tomto typu řízení z povahy věci lze připustit jeho stručnost, musí vždy obsahovat skutkovou a právní oporu výroku rozhodnutí. Vykázání z místa, kde osoba žije se členy své rodiny, je citelným zásahem do jejích práv, proto je nanejvýš nutné řádně zvažovat, zda jsou pro toto omezující opatření relevantní důvody. Jakkoli se jedná o rozhodnutí, které je v daném případě třeba učinit v relativně krátkém čase (do 24 hodin), musí i toto rozhodnutí být přezkoumatelné z hlediska vyloučení libovůle.

Skutkově v tomto konkrétním případě došlo k tomu, že správní orgán prvního stupně rozhodnutím vykázal stěžovatele ze společného obydlí a zakázal mu po dobu 10 dnů návrat do vymezených prostor podle § 21a zákona o policii. V odůvodnění rozhodnutí uvedl, že manželka stěžovatele policii oznámila, že již po dobu 3 let ji manžel psychicky a fyzicky napadá a toto jednání se stupňuje.

Stěžovatel se proti rozhodnutí správního orgánu odvolal k nadřízenému orgánu s tím, že manželku nenapadal. Naopak manželka dle jeho tvrzení byla dlouhodobě agresivní, napadala jej i jejich společné děti. V odvolání stěžovatel namítal nezákonnost správního orgánu I. stupně, protože při provádění úkonů souvisejících s vydáním rozhodnutím nepostupoval správní orgán v souladu s § 21a odst. 5 zákona o policii a nezajistil přítomnost nezaujaté osoby. Stěžovatel brojil proti rozhodnutí i z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů. Odůvodnění neobsahovalo vyličení skutku, nebylo z něj patrné, jak správní orgán hodnotil rozhodné skutečnosti podklady pro vydání rozhodnutí, ke kterým se stěžovatel nemohl ani vyjádřit. Nadřízený správní orgán rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil.

Stěžovatel podal proti rozhodnutí o odvolání žalobu u městského soudu, který ji zamítl. Proti tomuto rozhodnutí brojil následně kasační stížností u Nejvyššího správního soudu. Ten se nejprve podrobně zabýval definicí domácího násilí, jak bylo uvedeno shora. Dále dospěl k závěrům, že rozhodnutí o vykazání a zákazu návratu jsou významným způsobem dotčena základní lidská práva a svobody. Je nutné upozornit, že Nejvyšší správní soud rozhodoval podle zákona o policii před jeho novelizací, která nabyla účinnosti od 1. 1. 2009. Především se zabýval rozhodnutím jako takovým a jeho náležitostmi. Upozornil na skutečnost, že jednotlivé náležitosti byly specifikovány v Závazném pokynu policejního prezidenta č. 179, kterým se stanoví postup příslušníků Policie České republiky v případech domácího násilí. Dle tohoto pokynu – který není obecně závazným předpisem ve vztahu k účastníkovi řízení, avšak interní instrukcí zavazující správní orgány – má být obsahem odůvodnění rozhodnutí správního orgánu rozbor a zhodnocení podkladů rozhodnutí, správní orgán musí uvést, jakými úvahami se při jejich hodnocení řídil. Musí rovněž uvést, jakým způsobem vykládal tyto právní předpisy, které ve věci aplikoval, proč byly aplikovány tyto konkrétní právní předpisy a právě tím způsobem, který vedl k výslednému rozhodnutí.

Nejvyšší správní soud dále uvedl, že *„z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu, který rozhodnutí vydal, ale ani z rozhodnutí žalovaného ani v nejmenším nelze seznat důvody, které by postačovaly k učinění závěru o tom, že stěžovatel je násilnou osobou, jejíž chování odůvodňuje postup dle § 21a an. zákona o policii. V daném případě se nejednalo o situaci, kdy by policista vyjížděl na místo incidentu, ale o případ, kdy výše jmenovaná se dostavila na oddělení Policie ČR a oznámila, že nejméně po dobu 3 let dochází k jejímu psychickému a fyzickému napadání ze strany manžela. Bylo proto nanejvýš potřebné získat k incidentu, k němuž 18. 2. 2007 došlo a který nadto jmenovaná a stěžovatel popisovali zcela odlišně, maximum potřebných informací. V projednávané věci nebylo postupováno způsobem zaručujícím objektivní posouzení.*

Odůvodnění, jakkoli v tomto typu řízení z povahy věci lze připustit jeho stručnost, musí vždy obsahovat skutkovou a právní oporu výroku rozhodnutí. V daném případě byl stěžovatel vykazán – dle odůvodnění rozhodnutí - toliko na základě učiněného oznámení poškozené o tom, že po dobu nejméně 3 let ji psychicky a fyzicky napadá; to vše za situace, kdy jmenovaná nikdy v předchozích letech žádné oznámení neučinila, nevyhledala lékařské ošetření ani jinou pomoc stran tvrzeného „domácího násilí“.

Z výše vysvětlených a dalších důvodů Nejvyšší správní soud rozsudek Městského soudu v Praze zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu nelze usuzovat, že by mělo za cíl neúměrně chránit pachatele. Aby však bylo zachováno právo na spravedlivý proces, je nutné, aby bylo odůvodnění rozhodnutí dostatečně konkrétní.

Nejvyšší správní soud si je vědom toho, že správní orgán vydává rozhodnutí v krátkém časovém úseku, přesto by mělo být vždy přezkoumatelné.

II. 3 Tisk, rozhlas, televize

V rozhodnutích týkajících se tisku, rozhlasu či televize se Nejvyšší správní soud pojmem domácí násilí zabývá pouze okrajově, neexistuje rozhodnutí, v rámci kterého by byl pojem domácí násilí podrobně vyložen či by domácí násilí bylo základem odůvodnění. Přesto lze v některých rozhodnutích zmínky o této problematice najít.

Konkrétně lze zmínit rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2009, čj. 4 As 58/2008-97 (dostupný na www.nssoud.cz). V této věci Rada pro rozhlasové a televizní vysílání vydala rozhodnutí, s tím, že stěžovatelka porušila § 32 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 231/2001 Sb.“), protože od 18.30 hod. na programu Nova odvysílala v rámci seriálu Ulice scénku znásilnění mezi manžely a domácí násilí. Za spáchání tohoto správního deliktu žalovaná stěžovatelce uložila pokutu 150 000 Kč. Proti rozhodnutí brojil žalobce žalobou u Městského soudu v Praze. V jedné z žalobních námitek uvedl, že scéna znásilnění pouze naznačovala a také ze stanoviska PhDr. P. Š. vyplývá, že odvysílaný pořad nevedl k ohrožení vývoje dětí a mladistvých.

Pro nyní řešenou problematiku domácího násilí je zajímavá ta část odůvodnění rozsudku, která se zabývá tím, jak posoudil městský soud důkaz předložený žalobcem, a to stanovisko PhDr. P. Š. Nejvyšší správní soud uvedl, že *„PhDr. Š. při zpracování odborného stanoviska na objednávku vycházel z premisy, že s fenoménem domácího násilí má zkušenost značné procento rodin včetně dětí a mladistvých, a to buď jako oběti, nebo svědci domácího násilí. Souhlasil se žalovanou v tom, že ve společnosti přetrvává mýtus o nepostizitelnosti aktů domácího násilí, jakož i mýtus, že vynucený pohlavní akt ze strany manžela vůči manželce není znásilněním. Poté PhDr. Š. výslovně uvedl, že „oproti tomuto modelu se však v inkriminovaném seriálu nabízí jiná alternativa. I dětský divák pak má možnost zjistit, že vůči násilným osobám účinná obrana existuje, dostává se mu dokonce explicitní informace o trestnosti podobného počínání, včetně faktu, že vynucený pohlavní akt je i v manželství znásilněním.“ V závěru vyjádření se konstatuje, že v předmětném pořadu je prezentováno, že i vůči domácímu násilí se lze účinně bránit. Na základě této úvahy PhDr. Š. výslovně uvedl, že se nedomnívá, že by zde došlo k ohrožení psychického vývoje dětí a mladistvých tak, jak to konstatovala žalovaná. PhDr. Š. výslovně uvedl, že „...s trochou nadsázky lze konstatovat spíše pravý opak.“ Přes tato tvrzení městský soud žalobu zamítl.*

Následně podal žalobce kasační stížnost. Mimo jiné namítal, že znásilnění bylo ve scéně zobrazeno jen v náznaku. Učinil sporným závěr žalované, že takto prezentované znásilnění ženy manželem může být dětským divákem

nesprávně chápáno jako tolerovatelné a právně nepostižitelné a dítě je může vnímat jako model chování, který je uvnitř rodiny možný a akceptovatelný.

Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl. V odůvodnění uvedl, že městský soud vycházel z premisy, že k naplnění skutkové podstaty posuzovaného správního deliktu totiž postačí, jestliže je zde dána pouhá možnost pořadem mravní vývoj dětí a mladistvých ohrozit a jestliže taková možnost není principiálně vyloučena, byť jen u určité části mladé populace. Ustanovení § 32 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb. stanoví, že „provozovatel vysílání je povinen nezařazovat v době od 06.00 hodin do 22.00 hodin pořady a upoutávky, které by mohly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých.“ Nejvyšší správní soud proto souhlasil s právním závěrem městského soudu v posuzované věci a dodal, že i potencialita ohrožení chráněných skupin diváků v tomto případě vyvolávala nepříznivé právní následky v podobě uložené sankce.

Jak je možné odvodit z výše popsaného rozhodnutí, v této skupině rozhodnutí na rozdíl od dříve uvedených je otázka domácího násilí zmíněna pouze okrajově, není nijak blíže vykládána a je pouhou zmínkou v odůvodnění rozhodnutí.

III. Závěr

Nejvyšší správní soud se otázkou násilí nezabývá často, přesto za dobu existence tento pojem vysvětlil či se jím zabýval v rámci konkrétních rozhodnutí. Z rozhodnutí, které jsou v příspěvku zmíněny, lze vyvodit, že judikatura Nejvyššího správního soudu posuzuje případy, které souvisí s konkrétním domácím násilím (vykázání ze společného obydlí), ale také to, jakým způsobem je domácí násilí prezentováno v médiích. Jak bylo výše zmíněno, hrozba domácího násilí může být posuzována i v rámci udělení doplňkové ochrany podle zákona o azylu. Z toho vyplývá, že i správní soudy mohou poskytovat – sice odlišnou, než soudy civilní a trestní – ochranu obětem domácího násilí.

Contact – email

jana.kotulkova@seznam.cz

SOCIÁLNĚ-PRÁVNÍ OCHRANA DĚTÍ POSTIŽENÝCH DOMÁCÍM NÁSILÍM

LENKA WESTPHALOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého Olomouc, katedra občanského a
pracovního práva

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá postavením dítěte jako oběti i jako svědka domácího násilí. Rozebírá možnosti ochrany ze strany orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Zamýšlí se komplexně nad možnostmi poradenství, právních nástrojů a nabízených služeb ze strany orgánu sociálně-právní ochrany ve spolupráci s intervenčními centry.

Key words in original language

Orgán sociálně-právní ochrany dětí; domácí násilí; syndrom CAN.

Abstract

This contribution describes the position of social-protection authority in the Czech Republic, concentrating principally upon domestic violence. The author is thinking about how can be the cooperation between this authority and intervention centre.

Key words

Social-protection authority; domestic violence; syndrome child abuse and neglect.

1. DOMÁCÍ NÁSILÍ

Společenský jev, který souhrnně nazýváme domácí násilí, je nežádoucí a má vážné důsledky na fyzický i psychický stav a rozvoj všech zúčastněných. Pokud jsou účastníky děti, je možné říci, že již jen skutečnost, že dítě je svědkem domácího násilí, má to velmi závažné následky na jeho společenský vývoj a toto lze dokonce považovat za týrání dítěte. Proto je na tento komplexní a složitý problém nutno nahlížet komplexně, interdisciplinárně, tedy z pohledu psychologie, medicíny, sociální práce a samozřejmě i z pohledu práva, jak trestního, tak správního i soukromého.

Pojem domácího násilí je možno definovat různě, půjde zejména o fyzické, psychické, sexuální, ekonomické a jiné násilí v soukromí, tedy mimo kontrolu veřejnosti mezi členy rodiny, nejčastěji mezi osobami blízkými, tedy mezi manželem a manželkou, druhem a družkou¹, rodiči a dětmi,

¹ Partnerské násilí se objevuje mnohem častěji, například v Olomouckém kraji šlo v roce 2009 o 54 případů partnerského domácího násilí a o 18 případů mezigeneračního domácího násilí. U mezigeneračního násilí nejde jen o násilí na dětech, ale v 1/4 případů i o násilí na

popřípadě mezi prarodiči a vnuky. Nejde o vzájemné napadání, ale o opakované, dlouhodobé a stupňující se násilí jednoho člena rodiny vůči druhému. Jde tedy o akt jednostranný, násilná a ohrožená osoba si nikdy nemění role.

2. DÍTĚ JAKO OBĚŤ DOMÁCÍHO NÁSILÍ

Syndrom týraného, zneužívaného a zanedbávaného dítěte (syndrom CAN - Child Abuse and Neglect) je definován jako poškození tělesného, duševního i společenského stavu a vývoje dítěte (popřípadě způsobení smrti dítěte), které vznikne v důsledku jakéhokoli nenáhodného (i když může jít jak o vědomé, tak o nevědomé) jednání rodičů nebo jiné dospělé osoby, jež je v dané společnosti hodnoceno jako nepřijatelné. Jde o soubor negativních důsledků špatného zacházení s dítětem. Tyto příznaky mohou vzniknout následkem aktivního ubližování nebo nedostatečné péče, kdy dítě trpí zanedbáváním jeho důležitých životních potřeb. Jak je zřejmé z názvu, jde o poškození vzniklé týráním, zneužíváním či zanedbáváním dítěte. Různé způsoby ubližování mohou vést k rozdílným důsledkům, a proto lze odlišit problémy vzniklé deprivací (tj. nedostatečným uspokojováním různých potřeb), týráním, ať už fyzickým (nadměrné tělesné trestání, bití, odpírání jídla nebo odpočinku) nebo psychickým (odmítání dítěte, ponižování dítěte, citové deptání a vydírání dítěte)² a sexuálním zneužíváním (toto může mít podobu všech sexuálních praktik). Dítě nejčastěji poškozují jeho rodiče, eventuálně další členové rodiny, popřípadě vychovatelé, pokud jsou k němu necitliví a bezohlední, pokud je podřizují nebo využívají k uspokojení vlastních potřeb. Toto chování lze chápat jako zneužití fyzické síly či psychické nadřazenosti a moci dospělého nad biologicky závislým dítětem.³

Závazek České republiky zabývat se těmito problémy vyplývá z čl. 19 Úmluvy o právech dítěte⁴. Jde o vytváření opatření k ochraně dětí před jakýmkoli tělesným či duševním násilím, urážením nebo zneužíváním

rodičích a prarodičích. V tomto roce bylo také zaznamenáno, že 79 nezletilých dětí bylo přítomno domácímu násilí. Viz výroční zpráva Střediska sociální prevence Olomouc, [http://ssp-ol.cz/media/2/File/Vyrocní_zprava_SSP_2009\(2\).doc](http://ssp-ol.cz/media/2/File/Vyrocní_zprava_SSP_2009(2).doc), citováno dne 3. 11. 2010

² Otázka je, kde je hranice normálního výchovného působení rodičů na dítě a kde začíná týrání dítěte. Dle ustanovení § 31 odst. 2 zákona o rodině mají rodiče právo užít přiměřených výchovných prostředků tak, aby nebyla dotčena důstojnost dítěte a jakkoli ohroženo jeho zdraví, jeho tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj. Česká společnost je spíše tolerantní k praktikám používaným ve výchově dítěte, čeští rodiče ani děti nepovažují bití dítěte za týrání. In: Vágnerová, M. *Psychopatologie pro pomáhající profese*. Praha: Portál, 2008, 2. vydání, s. 611

³ Vágnerová, M. *Psychopatologie pro pomáhající profese*. Praha: Portál, 2008, 2. vydání, s. 593

⁴ Sdělení Federálního ministerstva zahraničí č. 104/1991 Sb.

(včetně sexuálního), zanedbáváním nebo nedbalým zacházením, trýzněním nebo vykořisťováním. Tato opatření by měla podle Úmluvy zejména zahrnovat vytvoření sociálních programů zaměřených na poskytnutí nezbytné podpory dítěti a těm, jimž je svěřeno.

Povinnost orgánu sociálně-právní ochrany zabývat se těmito případy vyplývá ze skutečnosti, že děti postižené domácím násilím jsou buď přímou obětí domácího násilí nebo jsou svědkem domácího násilí. Děti jako přímá oběť jsou definovány v ustanovení § 6 odst. 1 písm. a) bod 2. a 3. zákona o sociálně-právní ochraně dětí⁵, jde tedy o děti, jejichž rodiče neplní povinnosti plynoucí z rodičovské zodpovědnosti nebo nevykonávají nebo zneužívají práva plynoucí z rodičovské zodpovědnosti. Dále jde o děti podle ustanovení § 6 odst. 1 písm. e) téhož zákona, na kterých byl spáchán trestný čin ohrožující život, zdraví, jejich lidskou důstojnost, mravní vývoj nebo jmění nebo je zde podezření ze spáchání takového činu. Jde tedy o děti, které jsou ohrožené syndromem CAN, tedy o děti týrané, zneužívané a zanedbávané. Syndrom CAN je diagnózou, kterou může vyslovit dětský lékař⁶.

Ministerstvo práce a sociálních věcí vypracovalo na jaře 2010 metodické doporučení pro postup orgánů sociálně-právní ochrany dětí v případech domácího násilí č. 3/2010. Tento příspěvek z tohoto doporučení částečně vychází, zachovává jeho členění a případně jej doplňuje.

Možností, jak se orgán sociálně-právní ochrany dětí může o těchto dětech dozvědět, je několik. V prvé řadě orgány sociálně-právní ochrany dětí jsou povinny tyto děti *vyhledávat a vést je ve své evidenci*⁷. Vyplývá to z ustanovení § 10 odst. 1 písm. a) zákona o sociálně-právní ochraně dětí. Tato povinnost je stanovena obecnímu úřadu, který, pokud nejde o obecní úřad obce s rozšířenou působností, musí tuto skutečnost následně oznámit obecnímu řadu obce s rozšířenou působností, do jehož obvodu náleží.

Dále na tyto děti může *upozornit jakákoli fyzická osoba* dle ustanovení § 7 odst. 2 zákona o sociálně-právní ochraně dětí. O takové osobě musí orgán sociálně-právní ochrany zachovávat dle ustanovení § 57 odst. 1 zákona o sociálně-právní ochraně mlčenlivost. Samozřejmě i *dítě* může požádat orgán sociálně-právní ochrany o poskytnutí pomoci při ochraně svého života a

⁵ Zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, v současném znění

⁶ Viz metodické opatření Postup lékařů primární péče při podezření ze syndromu týraného, zneužívaného a zanedbávaného dítěte, Věstník ministerstva zdravotnictví č. 3/2008. Celou problematikou domácího násilí se zabývá metodické opatření Postup lékařů při poskytování zdravotní péče osobám ohroženým domácím násilím, Věstník MZ ČR 3/2006.

⁷ Vedení spisové dokumentace je upraveno v ustanoveních § 54 a následujících zákona o sociálně-právní ochraně dětí.

dalších svých práv (ustanovení § 8 odst. 1). Dítě má právo požádat o pomoc i bez vědomí rodičů nebo jiných osob odpovědných za výchovu dítěte. Dále *rodič* (ustanovení § 9 zákona o sociálně-právní ochraně dětí) může orgánu sociálně-právní ochrany dětí poskytnout informace o dítěti ohroženého syndromem CAN a požádat OSPOD o pomoc při řešení této situace⁸. V praxi půjde většinou o rodiče, kteří se dozví o tom, že jejich dítě je zneužíváno, popřípadě týráno a oni toto oznámení z různých důvodů neučinili dříve, ať již o tom nevěděli nebo se obávali oznámit tuto skutečnost.

Další způsob zjištění skutečností, že dítě je obětí domácího násilí je z oznámení *subjektů, které mají zákonnou oznamovací povinnost* v ustanovení § 10 odst. 4 zákona o sociálně-právní ochraně dětí. Jde o ostatní státní orgány, osoby pověřené výkonem sociálně-právní ochrany dětí, školy a školské zařízení, popřípadě další zařízení určená pro děti a zdravotnická zařízení, tedy lékař. V těchto případech je lékař zproštěn povinnosti zachovávat mlčenlivost. Zdravotnické zařízení je také povinno dle ustanovení § 10 odst. 5 zákona o sociálně-právní ochraně dětí zajistit zaznamenání vzniku úrazu. Tento záznam musí provést osoba doprovázející dítě nebo dítě samo, dostavilo-li se k lékaři samo a jestli je to možné s ohledem na jeho věk a rozumovou vyspělost. Pokud charakter zranění neodpovídá popisu vzniku úrazu, je lékař povinen tuto skutečnost v záznamu uvést. Tento záznam je lékař povinen zaslat obecnímu úřadu obce s rozšířenou působností.

Metodický pokyn ministerstva zdravotnictví týkající se postupu při podezření na syndrom CAN⁹ navíc ukládá lékařům mimo jiné, aby neprodleně telefonicky informoval o svém podezření OSPOD. Způsob, datum ohlášení a jméno pracovníka OSPOD, kterému podezření nahlásil, zaznamená lékař do zdravotnické dokumentace dítěte. Na výzvu OSPOD předá lékař výpis ze zdravotnické dokumentace s popisem nálezu. Tento výpis je zpoplatněn v souladu s ustanovením § 15 odst. 10 zákona č. 47/1998 Sb., o veřejném zdravotním pojištění.

Každý, kdo se dozví o trestném činu týrání svěřené osoby (ustanovení § 198 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník), je povinen takový čin oznámit policejnímu orgánu nebo státnímu zástupci, jinak se dopouští trestného činu neoznámení trestného činu (ustanovení § 368 trestního zákoníku).

Pokud Policie České republiky ze své činnosti zjistí, že dítě je obětí domácího násilí, je také povinna tuto skutečnost bez ohledu na její kroky

⁸ Viz metodické doporučení MPSV č. 3/2010 k postupu orgánů sociálně-právní ochrany dětí v případech domácího násilí

⁹ Metodický pokyn MZ č. 6/2008

sdělit orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Místně příslušným je obecní úřad obce s rozšířenou působností v místě trvalého pobytu dítěte. Naopak pokud se orgán sociálně-právní ochrany dozví o tom, že dítě je obětí domácího násilí, je povinen tuto skutečnost sdělit Policii ČR i tehdy, když jednání nevykazuje znaky trestného činu.

Pokud orgán sociálně-právní ochrany dítěte zjistí, že dítě je přímou obětí domácího násilí, je povinen tuto situaci prověřit a rozhodnout se, zda provede další opatření. Tím může být v první řadě zejména povinnost obecního úřadu působit na rodiče, aby plnili povinnosti vyplývající z rodičovské zodpovědnosti a dále projednat s nimi odstranění nedostatků ve výchově dítěte (ustanovení § 10 odst. 1 písm. b) a c). Rodiče jsou přitom dle ustanovení § 53 odst. 2 zákona o sociálně-právní ochraně dětí povinni s orgány sociálně-právní ochrany spolupracovat, na výzvu orgánu se dostavit k jednání a poskytnout nezbytné informace. Za porušení této povinnosti jim orgán může uložit pořádkovou pokutu do 20 000 Kč.

Dalším krokem k poskytnutí ochrany dítěti ohroženému domácím násilím bude v závislosti na věku a rozumové vyspělosti tohoto dítěte zjištění jeho vnímání situace. Tento pohovor musí být veden velmi citlivě, aby se situace dítěte v rodině ještě více nezhoršila. Tento pohovor by měl být veden bez přítomnosti rodičů (ustanovení § 8 odst. 2 zákona o sociálně-právní ochraně dětí) například ve škole nebo v jiném prostředí, kde lze zajistit nerušený rozhovor.

Orgán sociálně-právní ochrany je povinen poskytnout rodičům poradenskou činnost, která bude v případě, že jeden rodič spolupracuje a snaží se situaci řešit, spočívat pravděpodobně zejména v pomoci formulace návrhu na svěření dítěte do péče jednoho z rodičů a stanovení výživného pro dítě, řešení úpravy bydlení, zajištění školní docházky dítěte, odkázání na možnou pomoc intervenčního centra, která se může týkat poskytnutí bydlení nebo odborné pomoci. Dle ustanovení § 12 odst. 1 je orgán sociálně-právní ochrany dětí oprávněn uložit rodičům povinnost využít odborného poradenského zařízení, pokud ji rodiče nezajistili a orgán ji předtím doporučil. Při řešení situace v případech domácího násilí mohou být v rodině různé konstelace. Buď jde o zanedbávání dítěte rodiči nebo týrání rodiči, popřípadě sexuální zneužívání rodiči nebo ostatními členy rodiny (zejména nový partner matky, ale může jít i o otce dítěte, popřípadě vzdálenějšího příbuzného).¹⁰ Pokud pracovníci orgánu sociálně-právní ochrany dětí budou komunikovat s pachatelem i s obětí domácího násilí, musí mít na paměti, že oběti většinou situaci zlehčují a naopak pachatelé

¹⁰ Rodina není v žádném právním předpise definována, budeme tedy vycházet ze sociologické definice, tedy že jde o malou skupinu osob spojených manželskými nebo příbuzenskými vztahy a společným způsobem života. In: Hrušáková, M., Králíčková, Z. *České rodinné právo*. Brno: Doplněk, 2006, 3. vydání, s. 9

odmítají nabízenou pomoc. Zejména v případech sexuálního zneužívání dítěte, ale i v případech týrání dítěte je rozhodující chování matky, která je většinou další obětí nebo jen svědkem domácího násilí. Její chování může rozhodujícím způsobem ovlivnit průběh i řešení situace. Matka může buď dítěti poskytnout jednoznačnou ochranu i za cenu konfliktu v rodině, popřípadě i rozpadu rodiny. Nebo matka není schopna situaci řešit, popírá, že by se něco takového mohlo stát nebo se snaží uchovat si partnera i za cenu, že zneužívá jejich dítě. Úlohou orgánu sociálně-právní ochrany dětí je vysvětlit matce, že opatření, která jí navrhne, mají sloužit k zabezpečení ochrany dítěte i matce. Opatření orgánu sociálně-právní ochrany dětí by neměla probíhat bez vědomí matky, nicméně není k nim potřeba jejího souhlasu.

Po vyhodnocení celé situace může orgán sociálně-právní ochrany podat návrh na soud. Může se jednat o:

- návrh na nařízení předběžného opatření dle ustanovení § 76a OSŘ,
- podnět soudu k nařízení předběžného opatření dle ustanovení § 76 odst. 1 písm. a) a b), k zajištění zatímní výchovy a výživy, popřípadě styku s dítětem,
- návrh na omezení nebo zbavení rodičovské zodpovědnosti,
- návrh na svěření dítěte do péče zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc
- návrh na nařízení ústavní výchovy.

Rodič, který odejde ze společného obydlí s dítětem je povinen tuto skutečnost oznámit orgánu sociálně-právní ochrany dětí (ustanovení § 53 odst. 2 písm. b), na druhou stranu je však orgán povinen dle ustanovení § 57 odst. 1 zachovávat mlčenlivost o místu pobytu rodiče, který se stal obětí domácího násilí v rodině s dítětem. Tato informace by se tedy neměla stát součástí spisu. Násilný rodič je sice nositelem rodičovské zodpovědnosti a má právo se s dítětem stýkat, nicméně pokud styk tohoto rodiče s dítětem bude ohrožovat zájmy dítěte, lze tento styk redukovat ba písemnou či telefonickou podobu.¹¹

¹¹ Například Úmluva o styku s dětmi č. 91/2005 Sb. m. s. definuje styk velmi široce, považuje za něj nejen pobyt u oprávněné osoby, ale také jakoukoli komunikaci mezi dítětem a oprávněnou osobou, popřípadě i jen poskytnutí informace o dítěti oprávněné osobě. Stejně tak Úmluva o právech dítěte č. 104/1991 Sb. v článku 9 stanoví, že dítě má právo na styk s oběma rodiči, ledaže by to bylo v rozporu se zájmy dítěte.

3. DÍTĚ JAKO SVĚDEK DOMÁCÍHO NÁSILÍ

Za ohrožené dítě se považuje i dítě, které dle ustanovení § 6 odst. 1 písm. g) zákona o sociálně-právní ochraně dětí je ohrožováno násilím mezi rodiči nebo jinými osobami odpovědnými za výchovu dítěte. Již samá přítomnost dítěte při násilí mezi rodiči může být považována za psychické týrání dítěte. Dítě má na konfliktním vztahu otce a matky emoční účast, prožívá pocity strachu a často cítí i zodpovědnost za násilí v rodině.¹²

Pokud policista provedl tzv. vykazání osoby, která ohrožuje osobu, která s ní bydlí ve společném obydlí, je povinen podle ustanovení § 47 odst. 3 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky zaslat kopii úředního záznamu o vykazání do 24 hodin od vstupu do obydlí intervenčnímu centru, soudu příslušnému k rozhodnutí o vydání předběžného opatření dle ustanovení § 76b OSŘ. Dále pokud ve společném obydlí žije nezletilá osoba, je povinen policista zaslat kopii úředního záznamu o vykazání i příslušnému orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Tady je tedy návaznost zjištění domácího násilí Policií ČR a následného oznámení orgánu sociálně-právní ochrany, že je zde dítě, které je svědkem domácího násilí.

4. SPOLUPRÁCE ORGÁNU SOCIÁLNĚ-PRÁVNÍ OCHRANY S INTERVENČNÍMI CENTRY

Intervenční centra jsou zřizována jako specializovaná zařízení sociálních služeb pro osoby ohrožené domácím násilím. Mají povinnost spolupracovat a také koordinovat poskytování pomoci s jinými orgány, jako je Policie ČR, orgány sociálně-právní ochrany, obcemi, popřípadě jinými orgány veřejné správy. Služby, které intervenční centra poskytují, mohou být v této formě: ambulantní, terénní a pobytové. Poskytují se zdarma, zahrnují i sociálně-terapeutické činnosti, poskytnutí pomoci ohrožené osobě. Kromě služeb intervenčního centra je možné využít i jiných sociálních služeb, jako například telefonické krizové pomoci, azylových domů apod. Úloha orgánu sociálně-právní ochrany dětí a intervenčního centra se může překrývat, nicméně je důležité, aby orgán jen neposlal ohroženou matku s dítětem do intervenčního centra, ale aby s intervenčním centrem vzájemně konzultoval způsob a rozsah poskytnuté pomoci rodiči s nezletilým dítětem.

5. ZÁVĚR

Lze se domnívat, že současná právní úprava obsahuje dostatečné možnosti zásahu a pomoci orgánu sociálně-právní ochrany dětem ohroženým nebo postiženým domácím násilím. Nicméně nemálo důležité je praktické plnění těchto povinností ze strany orgánu tak, aby bylo důsledné a opravdu hájilo

¹² Blíže také Melicharová, D. *Dítě jako svědek a oběť domácího násilí*. In Acta iuridica Olomucensis, Vol. 1, 2005, No 2, Univerzita Palackého v Olomouci, Olomouc, s. 64

zájem dítěte. Je proto třeba, aby sociální pracovníci byli v této problematice školeni a aby jejich přístup byl citlivý, ale i rozhodný, protože oběť domácího násilí nemá na situaci takový náhled jako nezávislý odborník.

Literature:

- Vágnerová, M. Psychopatologie pro pomáhající profese. Praha: Portál, 2008, 872 stran
- Hrušáková, M., Králíčková, Z. České rodinné právo. Brno: Doplněk, 2006, 398 stran
- Hrušáková, M. a kol. Zákon o rodině, komentář. Praha: C.H.Beck, 2009, 558 stran
- Metodické doporučení MPSV č. 3/2010 k postupu orgánů sociálně-právní ochrany dětí v případech domácího násilí
- Metodický pokyn MZ č. 3/2008 k postupu lékařů primární péče při podezření na syndrom CAN

Contact – email

lenka.westphalova@upol.cz

PROMĚNY SOUKROMÉHO PRÁVA

***METAMORPHOSES OF PRIVATE
LAW***

VÝZNAMNÉ SOUKROMOPRÁVNÍ KODIFIKACE V ISLÁMSKÝCH ZEMÍCH

LENKA BEZOUŠKOVÁ

Fakulta právnická, ZČU v Plzni

Abstract in original language

Tento příspěvek se zaměřuje na nevlivnější soukromoprávní kodifikace v islámských zemích jako osmanskou Madžallu (vydanou v letech 1869 - 1876), egyptský Sanhúrího občanský zákoník (1948) a kodifikaci Qadrí Páшы (1875). Autorka příspěvku se mimo jiné zabývá přípravami kodifikací a zkoumá jejich vliv na pozdější kodifikace soukromého práva v arabském světě. Dále se snaží o zkoumání vlivu islámských právních škol v procesu kodifikace islámského práva tím, že stručně pojednává i o pluralitě názorů mezi islámskými učenici v právních otázkách a vysvětluje důležitost rozdílů panující muslimské společnosti v legislativním procesu.

Key words in original language

Islámské právo; fiqh; islámské právní školy, soukromoprávní kodifikace; Osmanská říše; Egypt; °Abd ar-Razzáq Ahmad as-Sanhúrí; Muhammad Qadrí Pášá.

Abstract

This paper focuses on the most influential private law codifications in Islamic countries such Ottoman Majalla (enacted in 1869 - 1876), Egyptian Sanhuri Civil Code (1948) and Qadri Pasha Codification (1875). The author of the paper deals among others with preparatory work on codes and analyzes their influence on later private law codifications in Arab world. Further, the paper seeks to examine the role of Islamic schools of law in process of codification private law by looking briefly at pluralism of opinions among Islamic scholars over juristic issues and explaining importance of differences among Muslim society in the legislative process in Islamic countries.

Key words

Islamic law; fiqh; Islamic schools of law; private law codification; Ottoman Empire; Egypt; °Abd ar-Razzaq Ahmad as-Sanhuri, Muhammad Qadri Pasha.

1. ISLÁMSKÉ PRÁVO A PLURALITA NÁZORŮ

Tématika islámského práva je dnes skloňována ve všech pádech a příspěvky z odborných kruhů se zabývají různými aspekty islámského práva i práva islámských zemí.¹ Uvádí se, že šari'ca je právem právníků, což neznamená nic jiného, než že islámské právo, resp. islámská právní věda (*fiqh*) je vytvořena a rozvíjena islámskými právníky. Dále je poukazováno na heterogenní povahu islámského práva, resp. na názorovou pluralitu ve *fiqhu*, kdy vedle sebe koexistuje několik přeživších sunnitských a ší'itských právních škol (tzv. *madhab*, pl. *madáhib*).² Jakkoli se zdá tato informace bez většího významu, opak je pravdou. Podle některých zdrojů nepanuje mezi právními školami až ve 25% shoda³ a dokonce i v rámci jedné právní školy mohou být řešeny některé otázky odlišně. Vžitá představa o jednom jediném univerzálním řešení nabízeným islámským právem je proto nesprávná.

1.1 KODIFIKOVAT ISLÁMSKÉ PRÁVO ČI NEKODIFIKOVAT?

To, že islámská právní věda nabízí v některých případech odlišné řešení právních otázek,⁴ není bráno jako něco nedovoleného, ale jako projev Boží milosti. Znalec v oblasti islámského práva nebyl zprvu ani nikterak svázán svou příslušností k jedné z právních škol a mohl se při aplikaci práva přiklonit i k názoru jiné právní školy či ji kombinovat s doktrínou té své.

¹ Zde jen ve stručnosti poukazuji na rozlišování mezi islámským právem a právem islámských zemí jakožto dvou odlišných souborů norem.

² Mezi sunnitské právní školy, jež se dochovaly dodnes, patří hanafitská právní škola (*hanafija*), málikovská (*málikija*), šáfiovská (*šíf'ija*) a hanbalovská (*hanbalija*), mezi ší'itské právní školy řadíme v rámci ší'cy dvanácti imámů *achbárija*, *usúljija*, u ší'cy pěti imámů *zajdíja* a u sedmi imámů *isma'ílja*.

K formování sunnitských právních škol, úloze jejich „zakladatelů“ a principu taklidu blíže viz: BEZOUŠKOVÁ, Lenka. Několik poznámek k sunnitským právním školám a taqlídu. *Právník*. 2010, 149, č. 11, s. 62 - 76

³ AL-MISRI, Ahmad ibn Naqib. *Reliance of the Traveler : A Classic Manual of Islamic Sacred Law*. Beltsville : Amana publications, 2008, s. vii

⁴ Důvody pro názorovou pluralitu mohou být spatřovány především v rozdílné interpretaci Koránu a sunny jakožto primárních pramenů islámského práva, znalosti a posouzení hodnověrnosti hadíthů a metodologie jednotlivých právních škol (rozdílné názory na některé sekundární prameny práva), jak uvádí např. Kamali.

KAMALI, Mohammad Hashim. *Sisters In Islam* [online]. c2008 [cit. 2010-06-19]. The Scope of Diversity and Ikhtilaf. Dostupné z WWW: <<http://www.sistersinislam.org.my/bm/baraza/hashim%20kamali.pdf>>

Teprve až v 10. století, tj. téměř tři století po smrti Muhammada, se stalo zvyklostí přiklonit se k jedné ze škol a neaplikovat doktrínu ostatních.⁵ Postupem času se pak prosadil princip *taqlidu*, kdy se následovaly již jednou formulované názory velkých kapacit na poli islámského práva, a upustilo se od plného využití *idžtihádu*.⁶

Z výše uvedeného vyplývá existence plurality názorů v rámci islámské právní vědy. Soudce nebyl zprvu vázán příslušností ke své právní škole, ale byl oprávněn přihlídnout i k právním názorům ostatních právních škol. Postupem času si znalci islámského práva z nejrůznějších důvodů odepřeli právo využívat *idžtihádu*⁷ a omezili se na aplikaci právních doktrín „zakladatelů“ svých právních škol, jež byly sepsány v různých právních kompendiích. Právníci se pak upínali k „standardní právní literatuře“ a neobraceli se již tolik k primárním pramenům práva jakými jsou především Korán a sunna. Otázkou je, zda-li jde o řešení, jenž by zvolili i dřívější významní právníci. S největší pravděpodobností můžeme odpovědět, že nikoli. Nejen že varovali před nekritickým přebíráním svých názorů,⁸ jeden z nich dokonce odmítl možnost, aby se z jeho právních názorů stalo platné právo. Málík, „zakladatel“ málíkovské právní školy, měl totiž jedinečnou šanci, aby se z jeho učení sebraného do knihy s názvem *Muwatta – Upravená cesta*, stal platný zákoník, jenž měl být zavěšen v Ka'bě, v Mekce a byl tak připomenutím pro každého věřícího. Málík tento velkorysý návrh chalífy al-Mansúra odmítl právě s poukazem na diverzitu názorů mezi společníky Proroka.⁹

1.2 OD PLURALITY NÁZORŮ KE KODIFIKACÍM

Islámskému právu je cizí idea kodifikací (*taqnín*) a velmi dlouho islámské země odolávaly vlivu evropských zemí, které již kodifikacemi disponovaly. Teprve v 19. století docházelo v islámských zemích k přijímání kodexů. Za

⁵ HALLAQ, Wael B. *The Origins and Evolution of Islamic Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005, s. 154 - 155

⁶ *Idžtihád* je zpravidla definován jako vynaložení maximálního úsilí mudžtahida za účelem vyvození pravidel šari'í ze zdrojů (práva), přičemž tento výsledek vyjadřuje jen míru pravděpodobnosti a ne jistotu.

⁷ KRAWIETZ, Birgit. *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*. 1. Auflage. Berlin : Duncker & Humblot, 2002, s. 59 an.

⁸ KAMALI, Mohammad Hashim. *Shari'ah Law : An Introduction*. 1st edition. Oxford : A OneWorld Publications, 2008, s. 81 an.

⁹ ABU ZAHRA, Muhammad. *The Four Imams*. 2nd edition. London : Dar Al Taqwa Ltd., 2005, s. 73

nejvýznamnější kodifikace na poli soukromého práva¹⁰ je jednoznačně nutné považovat vůbec první kodifikaci islámského práva Madžallu (1869 - 1876) a „muster“ kodex – egyptský občanský zákoník z r. 1948. Osobně bych mezi nejvýznamnější kodifikace zařadila i kodifikaci rodinného a dědického práva, tzv. Qadrí Páša kodifikaci z r. 1875. Přestože zůstala „jen“ návrhem zákona a nikdy nevstoupila v platnost a účinnost.

2. PRVNÍ KODIFIKACE – MECELLE/MADŽALLA (1869 - 1876)

S prvními kodifikacemi se setkáváme v Osmanské říši, kdy v rámci *tanzímát* reforem byly v letech 1850 - 1863 vydány následující zákoníky (zpravidla inspirované francouzským právem): trestní zákoník, obchodní zákoník a obchodní právo procesní, stejně jako zákoník námořního obchodu. Teprve později (1876) spatřila světlo světa poslední část obecného soukromoprávního kodexu známého jako *Madžalla*, plným názvem *Madžalla al-Ahkám al-^cAdlija* či pod tureckým názvem *Mecelle*.¹¹ S jeho vydáváním se započalo r. 1869 a r. 1876 vydal sultán zákon, jímž se Madžalla stala dne 18. 9. 1876 účinným právním předpisem. Medželle je dílem historika a právníka Ahmeda Cevdeta Pašy (1822 - 1895).

Zatímco předchozí zákoníky stejně jako ty egyptské (viz níže) byly inspirovány západní právní úpravou, Madžalla je založena na hanafitské právní škole. Byly však zohledněny nejen většinové názory, ale i ty minoritní, pokud se zdálo, že odpovídají nejvíce požadavkům dané doby.¹² Nemuselo se však jednat nutně o názory svým původem hanafitských právníků. Některé z nich byly importovány z jiných právních škol a následně schválené pozdějšími hanafitskými právníky.¹³ Madžalla tak

¹⁰ klasické islámské právo nerozeznává rozdělení práva na soukromé a veřejné, ale na vztahy mezi muslimy k Bohu (tzv. *‘ibádát*) a vztahy mezi muslimy navzájem (*mu‘ámalát*). Někdy se ještě vyčleňuje jako zvláštní okruh oblast práva trestního (*‘uqúbát*). Současné právo islámských zemí však již toto rozlišení zná.

¹¹ Madžalla byla přeložena do anglického jazyka, mj. *The Mejelle : Being an English Translation of Majallah El-Ahkam-i-adliya and a Complete Code on Islamic Civil Law*. Translated by C.R. Tyser, D.G. Demetriades, Ismail Haqqi Efendi. Second reprint. Kuala Lumpur : The Other Press, 2007 či překlad od soudce Hoopera vydaný v Jerusalemě roku 1932 pod názvem *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*. Při svém překladu Hooper vycházel jak z turecké, tak i arabské verze Madžally.

Dále byla přeložena i jiných jazyků, jak uvádí Krüger, tj. např. do francouzštiny, arabštiny, bulharštiny, řečtiny, což samozřejmě souviselo s rozsahem Osmanské říše v daném období. O překladu do německého jazyka mi není nic známo.

¹² ANDERSON, J.N.D. *The Sharí‘a and Civil Law. Islamic Quarterly* . 1954, no. 29, s. 30

¹³ jak uvádí Hallaq. HALLAQ, Wael B. *Sharí‘a : Theory, Practice, Transformations*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, s. 411

představuje v dané době první kodifikaci islámského práva v oblasti práva soukromého. Mezinárodní právo soukromé zde není obsaženo, to je upraveno až zákonem o právech a povinnostech cizinců zdržujících se na území Osmanské říše (1915), jenž platil až do roku 1982 než byl přijat zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Byly zde tlaky, aby byl doslova přijat francouzský Code civil. Tomu však Ahmed Cevdet Paša zabránil.¹⁴

Otázkou je, zda je možné považovat Madžallu za kodifikaci či kompilaci práva. Stejnou otázku si můžeme položit i v případě kodifikace Muhammada Qadrí Páši (viz níže). Za kompilaci ji považuje Grabau, Hundt,¹⁵ Bälz¹⁶ i Ballantyne.¹⁷ Nicméně jak poukazuje Krüger, názorové rozpory byly již překonány tím, že Madžalla byla soudy aplikována jakožto zákon.¹⁸

2.1 MADŽALLA JAKO PRVNÍ „SEPSÁNÍ“ SOUKROMÉHO PRÁVA

Madžalla ve svých 1851 člancích a 16 knihách představuje úpravu majetkového práva, jakožto výsledek práce komise pod vedením Ahmeda Cevdeta Pašy. Setkáme se zde s normami regulujícími celou zvláštní část závazkového práva (s výjimkou protiprávního jednání), s úpravou věcných práv a částečně i s normami procesní povahy. Jakkoli není Madžalla dílem bezvadným, je považována za „významný formální okamžik opuštění zákazu kodifikování práva v tisíc let dlouhé islámské právní tradici,¹⁹ představující „důležitý akt potvrzující jednou pro vždy svrchovanou autoritu

¹⁴ BOZKURT, Gülnihal. *Review of the Ottoman Legal System*. In AÜ Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, no. 3, 1992, s. 126

¹⁵ GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 13

¹⁶ BÄLZ, Kilian. Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubileum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948). *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 54, poznámka pod čarou č. 26

¹⁷ BALLANTYNE, W. M. The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, No. 3, s. 245

¹⁸ KRÜGER, Hilmar. Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejelle. In KRÜGER, Hilmar ; MANSEL, Heinz-Peter. *Liber amicorum Gerhard Kegel*. München : Verlag C.H.Beck, 2002. s. 49

¹⁹ MALLAT, Chibli. *Introduction to Middle Eastern Law*. Oxford : Oxford University Press, 2009, s. 245

státu a zeslabující autoritu šari'cy,²⁰ za „nejdůležitější, nejspornější a nejzajímavější právní dílo z období osmanských reforem,²¹ které „obléká islámskou právní vědu do nového hávu, totiž do kodifikovaného zákoníku.“²² Jak podotýká Zweigert/Kötz: „tento krok (vydání Madžally) byl jak neodkladný, tak i inovativní: *neodkladný*, protože po světských soudech, které byly příslušné pro spory majetkové povahy, nebylo možné požadovat studium středověkých právních knih, *inovativní*, protože zde byly poprvé normy šari'cy převtěleny podle evropského vzoru do paragrafů a vydány státní mocí.“²³

Nedostatkem Madžally je především její kazuističnost a dle německé právní vědy je i absence nauky o právních úkonech a obecné části závazku²⁴ nesporným hendicapem zákoníku. Jak Krüger správně podotýká - setkáme se s názory o možnosti dovození obecných pravidel z šari'cy, nicméně ne vždy je možné je aplikovat na všechny případy. Jako příklad uvádí kupní smlouvu, prototyp smlouvy se synalagmatickým plněním, z něhož se odvozují obecná pravidla pro smlouvy. V některých případech nám však moc nepomohou.²⁵ V době, kdy je nutné podpořit obchod, musí existovat právní úprava schopná vypořádat se se všemi případnými problémy. To, že

²⁰ HALLAQ, Wael B. *Shari'a : Theory, Practice, Transformations*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, s. 411

²¹ ANSAY. *Das türkische Recht*, in Handbuch der Orientalistik, Erg. Bd. III: Orientalistisches Recht, Leiden 1964, s. 449, citováno dle: KRÜGER, Hilmar. Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejelle. In KRÜGER, Hilmar ; MANSEL, Heinz-Peter. *Liber amicorum Gerhard Kegel*. München : Verlag C.H.Beck, 2002. s. 46

²² YASSARI, Najma Die Vertragsfreiheit im islamischen Recht und im zeitgenössischen Recht islamischer Länder. In *Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück*. Osnabrück : Universität Osnabrück, 2007. s. 7

²³ ZWEIFERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3., neubearbeitete Auflage. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, s. 303

²⁴ Madžalla sice obsahuje ve svých prvních sto člancích úpravu různých obecných zásad a pravidel, jako např. že smlouvy jsou posuzovány podle obsahu a úmyslu, nikoli podle slov a jejich formy či pokud je zakázáno něco činit, je zakázáno i požádání o takovéto jednání nebo že ten, kdo je vlastníkem věci je také vlastníkem „podstatných“ věcí, které k věci náležejí. Některé právní zásady zde nenalezneme, jako např. zásadu smluvní svobody. Je možné zde najít i různá interpretační pravidla.

²⁵ KRÜGER, Hilmar. Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejelle. In KRÜGER, Hilmar ; MANSEL, Heinz-Peter. *Liber amicorum Gerhard Kegel*. München : Verlag C.H.Beck, 2002. s. 47

Madžalla později v 20. stol. nepředstavovala ideální právní úpravu a bylo nutné namísto ní přijmout jiný právní předpis, potvrzuje i případ Kuvajtu.²⁶

2.2 MADŽALLA PO ZÁNÍKU OSMANSKÉ ŘÍŠE

Madžalla nebyla platným právem jen za Osmanské říše. Její nástupnické státy si ji zpravidla ponechaly ve svém právním pořádku do té doby, než přikročily k přijetí svého vlastního soukromoprávního kodexu. V Libanonu platila nejkratší dobu, když byla roku 1932 nahrazena novou právní úpravou s účinností od 11. 10. 1934. Sýrie ji nahradila téměř doslovným převzetím egyptského občanského zákoníku, jež nabyl účinnosti dokonce dříve než ten egyptský, tj. 15. 6. 1949. V Iráku platila Madžalla až do 8. 9. 1953 s tím, že byla nahrazena taktéž občanským zákoníkem inspirovaným egyptskou právní úpravou, představujícím směs norem z egyptského zákoníku a dosud platné Madžally.²⁷ Obdobné platí i pro Jordánsko, které přikročilo k vydání nového soukromoprávního kodexu roku 1976, s účinností k 1. 1. 1977, kdy inspiraci našel zákonodárce v iráckém občanském zákoníku a Madžalle. Posledním státem, kde byla formálně Madžalla zrušena, byl Kuvajt. Ten vydal roku 1980 občanský zákoník (z. č. 67/1980), jenž k 25. 2. 1981 nahradil Madžallu. Obdobný osud potkal Madžallu i na britském mandátním území Palestiny a v Izraeli, kde postupným vydáváním dílčích zákonů došlo ke zrušení Madžally. Patrně bychom nehledali vliv Madžally zemích Golfského zálivu, jelikož tam nikdy nebyla přijata jako zákon. V praxi však docházelo k tomu, že ji soudci využívali jako „ad hoc občanský zákoník.“²⁸

Přestože je Madžalla spjata s územím dnešního Turecka, pozbyla roku 1926 Madžalla na území Turecka účinnosti²⁹ a byl převzat švýcarský občanský zákoník (ZGB a OR, tj. Zivilgesetzbuch a Obligationsrecht) jakožto zákony č. 743 a 818/1926 a zákon o vstoupení v účinnost a aplikaci tureckého občanského zákoníku (*tatbikat kanunu*), z. č. 864/1926 obsahující normy mezinárodního práva soukromého a procesního.

²⁶ Ten přijal roku 1961 obchodní zákoník, aby alespoň obchodněprávní vztahy byly upraveny „moderním“ zákoníkem. Blíže viz: BALLANTYNE, W. M. The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, No. 3, s. 246

²⁷ KRÜGER, Hilmar. Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejelle. In KRÜGER, Hilmar ; MANSEL, Heinz-Peter. *Liber amicorum Gerhard Kegel*. München : Verlag C.H.Beck, 2002. s. 55

²⁸ BALLANTYNE, W. M. The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, No. 3, s. 245

²⁹ s výjimkou provincie Hataj, kde Madžalla platila až do 30.4. 1939, ta však náležela k francouzskému mandátnímu území.

3. KODIFIKACE MUHAMMAD QADRÍ PÁŠY (1875)

V době, kdy vznikaly v Egyptě zákony z oblasti občanského a obchodního práva, vyvstala potřeba kodifikovat obdobným způsobem i právo personálního statusu (*al-ahwál aš-šahsija*). Předchozí kodifikace tuto právní úpravu neobsahovaly. Zatímco ostatní zákony – ať již pro smíšené, nebo národní soudy, byly více či méně pod vlivem francouzské právní úpravy, právo personálního statusu mělo být založené výlučně na právu islámském.

Přípravou byl pověřen Muhammad Qadrí Paša.³⁰ Nebyl to jeho jediný legislativní počín. Vedle práva personálního statusu se věnoval i věcným právům a *waqfům*, tj. náboženským nadacím.³¹ Jeho zásluhou vznikla kodifikace práva personálního statusu s názvem *Al-ahkám aš-šarīʿa fi-l-ahwál aš-šahsija ʿalá madhab al-imám Abí Hanífa an-Numán* („Předpisy³² šarīʿy v oblasti práva personálního statusu podle právní školy imáma Abú Hanífy“) o 647 člancích. K dispozici byla kodifikace zprvu jen v rukou psané formě a až o několik let později byla vydána knižně (1880/1881), přičemž první byla vydána ve francouzské verzi (1878) představující základ pro překlady do ostatních evropských jazyků.³³

Kodifikace Qadrí Páši je rozdělena do dvou částí. První část obsahuje pět knih o manželství, právech a povinnostech manželů, poručnictví, darování, poslední vůli. Pravidla v ní obsažená jsou převzata z hanafitské právní školy, jak tomu bylo i v případě Madžally. I zde docházelo k výběru z několika možných právních názorů uprostřed hanafitské právní školy, jež není zcela homogenní. Kritériem pro zvolení jednoho z možných právních

³⁰ Muhammad Qadrí Páša byl ministrem spravedlnosti. Vystudoval jazykovou školu a na al-Azharu se věnoval islámské právní vědě. Působil zprvu jako překladatel nejen v Egyptě, ale i Sýrii a Istanbulu. Postupem času se více orientoval na právo a stal se členem obchodního soudu v Alexandrii a poradcem pro otázky smíšených soudů (viz níže). V oblasti překladatelské mu nelze upřít významné místo – přeložil do arabského jazyka spolu s Rifáʿa at-Tahtáwím francouzský občanský zákoník či francouzský trestní zákoník.

³¹ MALLAT, Chibli. *Introduction to Middle Eastern Law*. Oxford : Oxford University Press, 2009, s. 261

³² zde překládám slovo *ahkám* (sg. *hukm*) jako předpisy, byť toto slovo je překládáno různým způsobem (pravidla, příkazy, předpisy či „hodnoty šarīʿy“) přičemž ekvivalent tohoto slova v evropských jazycích nemá zcela vystihovat význam slova v arabštině, jak uvidí Nyazee v předmluvě překladu díla *Bidájat al-mudžtahid wa nihájat al-muqtasit* od Ibn Rušda

³³ blíže k jednotlivým překladům do evropských jazyků viz poslední překlad do jazyka německého od Eberta. EBERT, Hans-Georg. *Die Qadrí-Pášá-Kodifikation : Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule*. Frankfurt am Main : Petr Lang, 2010, s. 15 an.

postojů bylo, co se Qadrí Pášovi jevílo jako nejlepší a nejpraktičtější řešení.³⁴

Na rozdíl od Madžally se tato kodifikace nikdy nestala platným právem. Přesto představuje jistý milník ve vývoji islámské právní vědy. Poprvé se totiž někdo mimo al-Azhar pokusil kodifikovat oblast práva personálního statusu, která zůstala po dlouhou dobu neupravená právním předpisem. Stala se tak zdrojem informací i pro soudce smíšených soudů (viz níže), kteří byli oprávněni rozhodovat i některé spory z oblasti práva personálního statusu. Dodnes tento návrh právního předpisu představuje důležitý zdroj pro zákony o právu rodinném a dědickém. V minulosti se stala předlohou pro osmanský rodinný zákon z r. 1917³⁵ nebo o zákony z r. 1920 a 1929³⁶ přijaté v Egyptě. Vedle toho má i praktický dopad. Slouží k vyplnění mezer v zákonech především v zemích Mašreku,³⁷ kdy například v Libanonu upravuje dědické vztahy mezi muslimy, jelikož příslušná právní úprava chybí.³⁸

4. KODIFIKACE SOUKROMÉHO PRÁVA V EGYPTĚ – SANHÚRÍHO KODEX (1948)

V 19. stol. byl Egypt navzdory své příslušnosti k Osmanské říši jak pod britským, ale především francouzským vlivem – Ismá'íl Paša, který sám získal vzdělání mj. i ve Francii, budoval školství po francouzském vzoru³⁹ a kvůli výstavbě Suezkého průplavu se Egypt značně zadlužil u britských a

³⁴ EBERT, Hans-Georg. *Die Qadrí-Páshá-Kodifikation : Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule*. Frankfurt am Main : Petr Lang, 2010, s. 18

³⁵ Prvním právním předpisem upravujícím rodinné právo, byť jen jeho malou výšeč týkající se převážně rozvodu, jsou až dva osmanské dekrety z roku 1915 (1916). Teprve v roce 1917 byl v zemi vydán předpis „Osmanské rodinné právo,“ jenž nabyl účinnosti 1.1.1918. Tento zákon upravoval manželství a rozvod a to jak pro muslimy, tak i křesťany a židy s přihlédnutím k jejich víře a zvyklostem. Představoval první kodifikaci rodinného práva v islámském světě a zároveň poprvé se jeden právní předpis vztahoval na různé náboženské skupiny. Blíže viz EL ALAMI, Dawoud; HINCHCLIFFE, Doreen. *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*. London : Kluwer Law International, 1996, s. 37 an.

³⁶ zákon č. 25/1920 a dekret č. 25/1929

³⁷ mezi země Mašreku se řadí: Jordánsko, Sýrie, Libanon, Palestina, Irák a Egypt

³⁸ EBERT, Hans-Georg. *Die Qadrí-Páshá-Kodifikation : Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule*. Frankfurt am Main : Petr Lang, 2010, s. 20

³⁹ roku 1868 je např. založena i Ecole khédivale de droit, předchůdce Právnické fakulty Káhirské univerzity, jež byla založena až v roce 1925

francouzských bank, což vedlo k vzrůstu vlivu obou mocností v zemi.⁴⁰ V této době bylo zároveň i běžné, že právníci získávali vzdělání ve Francii.

Na území dnešního Egypta nebyla Madžalla nikdy aplikována, přestože Egypt patřil oficiálně k Osmanské říši. Na místo toho byl vydán pro smíšené soudy (*al-mahákim al-muhtalita, tribunaux mixtes*)⁴¹ r. 1875 – 1883 jak Občanský zákoník (*Code civil mixte*) tak i Obchodní zákoník (*Code de commerce mixte*). Smíšené soudy rozhodovaly spory majetkové povahy,⁴² v nichž vystupovali i cizinci. Tyto zákony ve svém důsledku představovaly převzetí francouzského občanského a obchodního zákoníku s tím, že byly přizpůsobeny egyptským poměrům. Následně r. 1883 byly vydány zákoníky (*Codes indigènes*) i pro národní soudy (*al-mahákim al-ahlíja, tribunaux indigènes*), jenž rozhodovaly spory majetkové povahy mezi egyptskými státními příslušníky a byly taktéž značně ovlivněné francouzskou právní úpravou.⁴³

Jakmile Egypt získal roku 1922 nezávislost, začalo se uvažovat o přijetí nového, egyptského občanského zákoníku, jenž měl odpovídat „mentalitě“ národa. Na egyptském občanském zákoníku se významnou měrou podílel velký znalec práva – ^cAbd ar-Razzáq Ahmad as-Sanhúrí (1895 - 1971)⁴⁴ považovaný za nejvýznamnějšího reformátora práva ve své zemi, ne-li v celém arabském světě. Přesto zůstává pro většinu právníků v Evropě neznámou osobou a je znám zpravidla jen v kruzích orientalistů a právníků zabývajících se islámským právem či právem islámských zemí.

⁴⁰ GOMBÁR, Eduard. *Moderní dějiny islámských zemí*. Praha : Nakladatelství Karolinum, 1999, s. 219, 222

⁴¹ „smíšené“ soudy získaly svůj název pro způsob obsazení soudci – v první instanci působilo sedm soudců (čtyři soudci neegyptského původu a tři egyptského) a u odvolacího jedenáct soudců (sedm cizích soudců a čtyři egyptští). U soudu tak jako zahraniční soudci působili především francouzští, angličtí a italské soudci. Je možné říci, že právě francouzští právníci získali významný vliv v Egyptě, když byli dosazováni do významných úřadů

⁴² Neupravovaly tak např. rodinné právo, dědické, či právo náboženských nadací (*waqf*, pl. *awqáf*), tzn. to, co je tradičně označováno jako oblast práva personálního statusu (*al-ahwál aš-šahsíja*)

⁴³ BÄLZ, Kilian. *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubileum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948)*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 54

⁴⁴ As – Sanhúrí se narodil v Alexandrii jako syn státního úředníka. Vystudoval Ecole khédivale de droit, kterou zakončil roku 1917 jako nejlepší student ve svém ročníku. Následně roku 1921 odjel do Francie (konkrétně do Lyonu), aby pokračoval ve studiích práva. Ve Francii tak získal doktorát jak v oblasti práva, ale i politologie. Následně se vrátil do Egypta, kde později učil na Právnické fakultě (tehdy krále Fuada, dnes Káhirske univerzity). Po jeden rok byl dokonce i děkanem Právnické fakulty v Káhiře.

Sanhúrí byl doktorandem a asistentem Édouarda Lamberta, významného francouzského komparatisty, který založil Institut du droit comparé v Lyonu. Ve své disertační práci s názvem *Le califat* z roku 1926 doufal Sanhúrí ve vytvoření arabské jednoty, jakési společnosti národů, kdy základním kamenem měla být společná tradice v podobě islámského práva. Ke „vzkříšení“ islámského práva mělo dojít ve dvou fázích: v první se mělo nejprve adaptovat na moderní dobu s tím, že výsledek adaptace měl být v rámci druhé fáze přijat ve formě zákoníku jako platné právo.

Je nutné mít na paměti, že islámské právo je značně kazuistické. Konkrétně v případě závazkového práva bylo nutné nejprve vyabstrahovat z několika klasických smluvních typů společné principy a na nich pak vystavět obecnou část závazkového práva, s níž se v klasickém islámském právu v našem pojetí nesetkáme. O toto se Sanhúrí pokusil ve svém díle o teorii smluv z roku 1936, nebyl však jediným, kdo se o to pokusil.⁴⁵ Sanhúrí neváhal využít systémových pojmů francouzského práva v návrhu zákona a vyrovnal se tak s chybějící terminologií v právu islámském.

Vláda pověřila v červnu 1938 Sanhúrího a Édouarda Lamberta⁴⁶ vedením komise zodpovědné za přípravu nového občanského zákoníku. Práce na něm trvaly deset let. Dne 16. 7. 1948 byl zveřejněn a od 15. 10. 1949 je účinný občanský zákoník, zákon č. 131/1949, tzv. *al-qánún al-madani*. Stejně jako reformy práva a soudní soustavy uskutečněné v 19. století se i nový občanský zákoník inspiroval ve francouzské právní úpravě soukromého práva. Co do úpravy majetkového práva tak egyptská právní úprava patří do francouzského právního okruhu.⁴⁷ Jak ale důvodová zpráva k občanskému zákoníku uvádí, při jeho zpracování se mělo zkoumat na dvacet moderních soukromoprávních kodexů.⁴⁸

⁴⁵ podobné otázky se věnoval i egyptský právník Chafík Chehata v roce 1936 v knize o obecném závazkovém (islámském) právu podle hanafitské právní školy

⁴⁶ vedle Lamberta významnou měrou ovlivnil vznikající občanský zákoník další profesor práva z Lyonu, Louis Josserand (1868 - 1941). Zatímco Lambert se podílel především na úvodních ustanoveních zákoníku, Josserand na obecné teorii závazků

⁴⁷ BÄLZ, Kilian. *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948)*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 51

⁴⁸ např. kodexy Švýcarska, Nizozemí, Rakouska, Německa, Španělska, Itálie, Brazílie, Tunisu, Maroka či Libanonu

4.1 ISLÁMSKÉ PRÁVO A NOVÝ SOUKROMOPRÁVNÍ KODEX

Tento zákoník o 1140 článcích obsahuje právní úpravu takřka všech soukromoprávních institutů závazkového práva a věcných práv, s jakými je možné se setkat v klasických západních kodifikacích. Vedle toho ještě obsahuje i úpravu mezinárodního práva soukromého, na což je v literatuře správně poukazováno.⁴⁹ Co zde není možné nalézt je právní úprava práva personálního statusu, jež byla jen částečně upravena formou samostatných právních předpisů.

Sanhúrí si předsevzal, že se bude jednat o kodifikaci založenou na islámském právu. Úřední důvodová zpráva však uvádí, že při zpracování občanského zákoníku bylo přihlíženo především k srovnávací právní vědě a dosavadní judikatuře egyptských soudů. Až na třetím místě je pak uvedeno islámské právo.⁵⁰ Za určitých okolností dochází dokonce podle občanského zákoníku (dále jen EgObčZ) k aplikaci islámského práva soudem, jak předvídá čl. 1 EgObčZ.⁵¹ Jak uvádí Bälz, zdá se, že toto ustanovení v praxi nehraje až tak velkou roli. V případě, že je nutné vyplnit mezery v právu, sahá soud spíše po judikatuře (egyptských soudů) a kautelární praxi, stejně jako francouzské judikatuře a teorii či obyčejovému právu. I koncepce zákoníku odpovídá ve svém důsledku francouzskému právu. Zároveň demonstruje na příkladech úpravy deliktní odpovědnosti podobnost právních úprav a zohlednění francouzské judikatury i teorie.⁵² Nicméně obsahuje i právní úpravu institutů islámského práva, např. *šuf'a*, věcné předkupní právo u nemovitostí⁵³ upravené v čl. 935 – 948 EgObčZ, jež má být v praxi hojně využíváno, dále pak je možné nalézt v egyptském kodexu i

⁴⁹ mj. DILGER, Konrad. *Der Islam in der Gegenwart*. Herausgegeben von Werner Ende und Udo Steinbach. Zweite, überarbeitete Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 1989. Tendenzen der Rechtsentwicklung, s. 181; GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 14;

⁵⁰ jak uvádí s odkazem na důvodovou zprávu Bälz in: BÄLZ, Kilian. *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubileum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948)*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 60

⁵¹ čl. 1 odst. 1 EgObčZ *Zákonná ustanovení se aplikují na všechny otázky, které jsou těmito ustanoveními podle jejich znění či jejich významu upraveny.*

čl. 1 odst. 2 EgObčZ *Není-li nalezeno žádné zákonné ustanovení, jež by mohlo být aplikováno, rozhodne soudce dle obyčejového práva (šurf). Není-li ho, pak podle principů šarí'c'y.* (pozn. toto vlastní, neoficiální překlad ustanovení)

⁵² konkrétně se jedná o čl. 163 EgObčZ, jež se nápadně podobá čl. 1382 francouzského CC. Blíže viz: BÄLZ, Kilian. *Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubileum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948)*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 62 an.

⁵³ které je upraveno např. i v Medželle, čl. 950

ustanovení o způsobilosti k právním úkonům v závislosti na rozumové schopnosti (*ahlíja*), darovací smlouvu (*hiba*), učinění nabídky v přítomnosti druhé strany (*madžlis al-^caqd*), či prodej a koupi pod cenou v době smrtelné nemoci (*al-baj^c fi marad al-mawt*). Všechny tyto normy mají svůj původ v islámském právu.

Některé teorie mají mít údajně svůj původ v islámském právu, jsou však de facto výsledkem evropského moderního myšlení. Tak je tomu například u omezení výkonu práva zamezující svévoli.⁵⁴ Na rozdíl od jiných občanských zákoníků (především iráckého a jordánského) je však podíl norem islámského práva v kodexu nižší. To je možné přičítat vlivu Madžally na území těchto států.⁵⁵

Ještě před účinností občanského zákoníku se ozývaly hlasy, že kodex není dostatečně islámský. Především profesori z káhirského Al-Azharu spatřovali v zákoníku „světské“ dílo a požadovali větší inspiraci kompilacemi jakou je např. Madžalla, či přímo aby byl zákoník založen na pravidlech obsažených v Koránu a sunně,⁵⁶ tj. islámském právu.⁵⁷

I po přijetí se ozývaly hlasy zpochybňující proislámský charakter kodexu, ať již se jednalo o úpravu úroků (čl. 226 – 227 EgObčZ), jejichž výše byla stanovena odlišně pro občanskoprávní a obchodněprávní vztahy, či smlouvy o pojištění (čl. 747 – 771 EgObčZ). Dokonce byla roku 1978 ustavena komise s cílem připravit nový kodex, jenž by byl v souladu s islámským právem. Její návrh však nikdy nevstoupil v platnost.⁵⁸ Sanhúrí však již ve

⁵⁴ blíže viz: DILGER, Konrad. *Der Islam in der Gegenwart*. Herausgegeben von Werner Ende und Udo Steinbach. Zweite, überarbeitete Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 1989. Tendenzen der Rechtsentwicklung, s. 182

⁵⁵ GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 16

⁵⁶ GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 14

⁵⁷ pro dokreslení situace, jakou váhu přikládali i právníci islámskému právu, lze například poukázat na První zasedání děkanů právnických fakult v Bejrútu roku 1973. Zde se děkani shodli na tom, že by islámské právo mělo být studováno na fakultách jakožto oficiální pramen práva a že arabští zákonodárci ve většině arabských zemích by měli islámskému právu „propůjčit“ status základního pramene pozitivního práva. Následující sjezd děkanů v Bagdádu roku 1974 pokračoval v započaté linii a vybízel ke studiu islámské právní vědy. BALLANTYNE, W. M. *The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a*. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, No. 3, s. 247

⁵⁸ blíže viz k otázce přípustnosti úroků a především rozhodnutí egyptského Ústavního soudu v „případě al-Azhar“, týkajícího se právě možnosti přezkumu přípustnosti úroků a jejich souladu s ústavním, potažmo islámským právem viz: BÄLZ, Kilian. Die "Islamisierung" des Rechts in Ägypten und Libyen : Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1998, Bd. 62, s. 445 an.

svém komentáři k občanskému zákoníku (viz níže) uvedl: „Ubezpečuji vás, že jsme nevynechali žádné platné ustanovení šari‘y, jenž bychom mohli zahrnout do tohoto zákoníku... Převzali jsme ze šari‘y vše, co jsme převzít mohli s ohledem na platné zásady moderního zákoníku.“⁵⁹

4.2 VLIV SANHÚRÍHO A JEHO KODEXU ZA HRANICEMI EGYPTA

Sanhúrího občanský zákoník patří mezi významné soukromoprávní kodexy. Právě jím se inspirovala celá řada arabských zemí a přijala zákoníky založené na egyptském vzoru.⁶⁰ Stalo se tomu tak v Sýrii (1949, z. č. 84/1949), Lybii (1954), Súdánu (1971),⁶¹ Alžíru (1975) a Somálsku (1973). S jistým omezením to platí i pro Irák (1951), Jordánsko (1976, z. č. 43/1976), Kuvajt (1980, z. č. 67/1980) a Spojené arabské emiráty (1985, z. č. 5/1985). V některých zemích se dokonce Sanhúrí osobně podílel na přípravách jejich soukromoprávních kodexů, jak tomu bylo např. v Iráku (1951, z. č. 40/1951) či Lybii. Pokud byl v některých zemích přijat více méně pozměněný egyptský zákoník, pak to znamenalo přijetí zákoníku s evropskými, především francouzskými kořeny, jak podotýká i Ballantyne.⁶²

Není to ale jen kodex samotný, jenž měl zásadní vliv na utváření dalších zákoníků v arabských zemích. Byl to i dvanácti svazkový komentář k občanskému zákoníku *Al- wasít fí šarh al-qánún al-madani al-džadíd* (1952 - 1970) o více než 12.500 stranách, jehož autorem byl Sanhúrí. Poslední díl dopsal Sanhúrí rok před svou smrtí. Uvedený komentář představuje nejen úctyhodný počín, ale i centrální dílo používané nejen

⁵⁹ MALLAT, Chibli. *Introduction to Middle Eastern Law*. Oxford : Oxford University Press, 2009, s. 265

⁶⁰ Jak uvádí Dilger, tento zákoník byl sice svou strukturou francouzský, obohacený o islámské právní instituty, ale ve své podstatě zůstal ideově „bezbarvý,“ což umožňovalo jeho bezproblémovou recepci v ostatních arabských státech a jeho přežití bez ohledu na různé revoluce. DILGER, Konrad. *Der Islam in der Gegenwart*. Herausgegeben von Werner Ende und Udo Steinbach. Zweite, überarbeitete Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 1989. Tendenzen der Rechtsentwicklung, s. 186

⁶¹ přijetí egyptského zákoníku založeného na francouzské právní úpravě znamenalo zlom v Súdánu, který byl do té doby pod vlivem anglosaské právní tradice. Po dvou letech však byl občanský zákoník zrušen a nahrazen dílčími zákony britského vzoru.

⁶² BALLANTYNE, W. M. The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari‘a. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, No. 3, s. 247

v Egyptě samotném,⁶³ ale i za jeho hranicemi - a to nejen z důvodu počátečního nedostatku komentářové literatury. Komentář sloužil k vyplňování mezer v právu a pomáhal při interpretaci jednotlivých ustanovení. Dokonce se uvádí, že má tak výsadní postavení, že má fakticky povahu pramene práva.⁶⁴

Sanhúriho kodex byl od začátku vnímán jako „celoarabský“ kodex, který zahajuje novou epochu v Egyptě a sousedních arabských státech. Postupem času se stalo téměř zvykem, aby se v rámci komentáře egyptského občanského zákoníku poukazovalo i na právní úpravu ostatních arabských zemí (Sýrie, Iráku, Libanonu, Lybie, Jordánska či Kuvajtu), a to nejen ve formě pouhých odkazů.⁶⁵

Sanhúriho vliv se projevoval různě, ať již ovlivňoval ostatní arabské státy prostřednictvím „svého“ kodexu či komentáře k němu. Roku 1935 byl například pozván do Bagdádu, aby tam vytvořil studijní plán pro nově vznikající právnickou fakultu⁶⁶ a stal se i vedoucím redakce právnického časopisu *al-Qada*.

Cílem Sanhúriho bylo vytvořit jednotu práva v Egyptě i okolních zemích. Ve svém důsledku však možná dosáhl více. Krüger uvádí, že výsledkem byl vznik nového, egyptského právního okruhu⁶⁷ s téměř jednotným majetkovým právem. Právem inspirovaným francouzskou právní úpravou. Je smutné, že i ve své rodné zemi je dnes vnímán jako nejvýznamnější arabský právník 20. století jen v odborných kruzích a běžnému Egyptanovi zůstává osobou neznámou.⁶⁸

⁶³ ať již egyptskými právní nebo egyptskými studenty, ale i studenty z jiných arabských zemí, kteří získali vzdělání na egyptské právnické fakultě, protože u nich doma nebyly ještě právnické fakulty založeny. Bylo tak běžné, že studovali v Egyptě, nebo ve Francii

⁶⁴ GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 15

⁶⁵ BÄLZ, Kilian. Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubileum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948). *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, Nr. 1, s. 72

⁶⁶ GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 13

⁶⁷ KRÜGER, Hilmar. Überblick über das Zivilrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises. *Recht van de Islam*. 1997, no. 12, s. 67

⁶⁸ jak uvádí ve svém článku Grabau a Hundt. GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 2003, Nr. 1, s. 13. Není však jedinou osobností práva, která upadla v zapomnění. Jak poukázal Ebert letos v říjnu na výroční konferenci Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e.V.

Literature:

- ABU ZAHRA, Muhammad. The Four Imams. 2nd edition. London : Dar Al Taqwa Ltd., 2005
- ANDERSON, J.N.D. The Shari'a and Civil Law. Islamic Quarterly . 1954, no. 29
- EL ALAMI, Dawoud; HINCHCLIFFE, Doreen. Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World. London : Kluwer Law International, 1996
- BALLANTYNE, W. M. The New Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a. Arab Law Quarterly. 1986, Vol. 1, No. 3
- BÄLZ, Kilian. Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? : Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948). Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 2000, Nr. 1
- BÄLZ, Kilian. Die "Islamisierung" des Rechts in Ägypten und Libyen : Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 1998, Bd. 62
- BEZOUŠKOVÁ, Lenka. Několik poznámek k sunnitským právním školám a taqlídu. Právník. 2010, 149, č. 11
- BOZKURT, Gülnihal. Review of the Ottoman Legal System. In AÜ Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, no. 3, 1992
- DILGER, Konrad . Der Islam in der Gegenwart. Herausgegeben von Werner Ende und Udo Steinbach. Zweite, überarbeitete Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 1989. Tendenzen der Rechtsentwicklung
- EBERT, Hans-Georg. Die Qadrí-Pashá-Kodifikation : Islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule. Frankfurt am Main : Petr Lang, 2010
- GOMBÁR, Eduard. Moderní dějiny islámských zemí. Praha : Nakladatelství Karolinum, 1999
- GRABAU, Fritz-René; HUNDT, Irina. Ägypten : Moderne Entwicklung des Rechts. Zeitschrift für Rechtsvergleichung. 2003, Nr. 1
- HALLAQ, Wael B. The Origins and Evolution of Islamic Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2005

v Lipsku, zeptáte-li se v Káhiře po kom je pojmenovaná ulice Qadrí Pašy, málo který Egyptan vám bude schopen odpovědět.

- HALLAQ, Wael B. Shari'a : Theory, Practice, Transformations. Cambridge : Cambridge University Press, 2009
- KAMALI, Mohammad Hashim. Shari'ah Law : An Introduction. 1st edition. Oxford : A OneWorld Publications, 2008
- KAMALI, Mohammad Hashim. Sisters In Islam [online]. c2008 [cit. 2010-06-19]. The Scope of Diversity and Ikhtilaf. Dostupné z WWW: <<http://www.sistersinislam.org.my/bm/baraza/hashim%20kamali.pdf>>
- KRAWIETZ, Birgit. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. 1. Auflage. Berlin : Duncker & Humblot, 2002
- KRÜGER, Hilmar. Zum zeitlich-räumlichen Geltungsbereich der osmanischen Mejlle. In KRÜGER, Hilmar ; MANSEL, Heinz-Peter. Liber amicorum Gerhard Kegel. München : Verlag C.H.Beck, 2002
- MALLAT, Chibli. Introduction to Middle Eastern Law. Oxford : Oxford University Press, 2009
- AL-MISRI, Ahmad ibn Naqib. Reliance of the Traveler : A Classic Manual of Islamic Sacred Law. Beltsville : Amana publications, 2008
- The Mejlle : Being an English Translation of Majallah El-Ahkam-i-adliya and a Complete Code on Islamic Civil Law. Translated by C.R. Tyser, D.G. Demetriades, Ismail Haqqi Efendi. Second reprint. Kuala Lumpur : The Other Press, 2007
- YASSARI, Najma Die Vertragsfreiheit im islamischen Recht und im zeitgenössischen Recht islamischer Länder. In Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück. Osnabrück : Universität Osnabrück, 2007
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung. 3., neubearbeitete Auflage. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996

Contact – email

lbezousk@ktp.zcu.cz

USUFRUCTUS (POŽÍVACÍ PRÁVO) – NÁVRAT JEDNOHO ZAPOMENUTÉHO INSTITUTU

KAMILA BUBELOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

V příspěvku se autorka zaměřila na oživení pramenů římského práva v souvislosti s aktuálním návrhem nového českého civilního kodexu,¹ který vrací požívací právo (usufructus) po několika desítkách let do právního života v naší zemi. Při interpretaci věnuje pozornost zejména některým zajímavým fragmentům sedmé knihy Justiniánových Digest, které se týkají zřízení usufructu, specifik při požívání spotřebitelných věcí (res quae usu consumuntur), vztahů mezi více usufruktáři navzájem a vztahů mezi dědicem a usufruktářem.

Key words in original language

Usufructus; požívací právo; občanské právo; římské právo; Justiniánova Digesta.

Abstract

The paper is focused on the revival of the sources of Roman law in connection with the current draft of the new Czech Civil Code, which returns usufructus the legal life of our country after many decades. Interpretations deals with some interesting fragments of 7th book of Justinian's Digest, particularly those concerning the establishment usufructus, the particulars of the use of consumables things (res quae usu consumuntur), mutual relations between more usufructuaries and relations between the heritor and the usufructuary.

Key words

Usufructus; usufruct; civil law; Roman law; Justinians's Digest.

I. Úvodem

Služebnosti – jako práva k věci cizí, jež v různé míře omezují vlastníka panující věci ve prospěch věci služebné – mají v evropském právním řádu velmi dlouhou tradici.² Důvodem jejich nepřetržité existence

¹ Viz např. Eliáš, K., Zuklínová, M.: *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Linde: Praha 2001.

² Viz např. Pěcha, F.: *Osobní služebnosti případně osobní věcná břemena ve světle dřívějších občanských zákoníků*. In: *Ad notam 4/2005*, s. 119 – 121.

od dob Římské říše až do nástupu komunistických civilních kodexů³ je hlavně hospodářská výhodnost, někdy dokonce nezbytnost. Otázka, proč vlastně socialistické právo nechtělo využívat ověřené výhody poživacího práva, když jedním z hlavních rysů tohoto systému (tj. socialistického) byla neúcta k vlastnictví a snaha omezit vlastníka v co největší míře, je nejasná jen na první pohled. Římské právo a pandektní věda, z nichž čerpaly první evropské moderní kodexy, totiž znalo zřízení poživacího práva nejčastěji z vůle vlastníka (ať už za jeho života,⁴ nebo v rámci odkazu). Zřízení usufructu proti vůli vlastníka bylo způsobem minoritním a pouze v krajních případech, např. při dělení spoluvlastnictví nebo spoludědictví, kdy nebylo možno zajistit využitelnost věci jinak, než služebností.

Služebnosti se dělily⁵ na pozemkové, osobní a iregulární (tj. takové, které měly obsah služebností pozemkových, ale byly svou existencí vázány jen na dobu života konkrétní osoby, tj. nebylo možno je převést nebo zdědit). Usufructus⁶ sice patří ke služebnostem osobním, ale jeho postavení je tak výjimečné, že v Justiniánových Digestech je mu věnována samostatně celá sedmá kniha, zatímco ostatní služebnosti jsou traktovány v knize osmé. Vlastník služebné věci, jakkoli je v jiných případech v justiniánských pramenech latinsky nazýván dominus, se v případě existence poživacího práva k jeho věci nazývá proprietarius – omezení vlastníka je totiž z praktického hlediska kompletní: z jeho práv obsahujících ius utendi, fruendi, possidendi, abutendi a disponendi mu zůstává zachován pouze výkon onoho práva posledního, tj. může s věcí právně nakládat. Tato nuda proprietatis obsahovala jen ty výtěžky z věci, které nebyly zařazeny mezi plody (vývrat v lese, dítě otrokyně, 1/2 nález pokladu na pozemku vlastníka či dědictví odkázané otrokovi⁷). K charakteristickým znakům služebností⁸

³ Do dosud platného českého občanského zákoníku (zákon č. 40/1964 Sb.) byla obdoba služebností, nazývaná ale věcná břemena, zavedena dodatečně, o čemž svědčí i označení paragrafů: § 151n až § 151p.

⁴ Viz Gai. Inst. 2. 30. – 33. (zřízení usufructu injurecessi)

⁵ D 8. 1. 1. *Marcianus libro tertio regularum: Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* – Překlad: Marcián ve třetí knize svých Pravidel: Služebnosti jsou buď osobní, jako například právo užívací nebo poživací; nebo věcné, jako služebnosti pozemků venkovských či pozemků městských. (překlad K. B.) . Pozn.: Městské služebnosti jsou ty, které se vztahují k zastavěným pozemkům; vesnické ty, jež zastavěné nejsou a slouží k zemědělskému obhospodařování – nejde tedy o to, zda jsou dislokovány v obvodu města, nebo vesnice.

⁶ Složeno ze slov *usus* (užívání) a *fructus* (užitek, plod, výtěžek), tj. právo užívat a brát plody. Viz Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: *Latinsko-český slovník*. KLP: Praha 1999, s. 579.

⁷ D 7. 1. 21.

dále patří zamezení povinnosti, aby vlastník musel něco aktivně konat,⁹ takže ani v případě poživacího práva by tomu nemělo být jinak. Jenže otázky praktického života vyžadují mnohem více, než kolik je schopen předvídat obecný právní předpis.

II. Aktivní činnost vlastníka

Máme tudíž zachovány zprávy i o tom, že rovněž u usufructu může být proprietarius povinen aktivně konat, jak dosvědčuje fragment Pomponiův:

D 7. 1. 19. 1.:

Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum.

Překlad:¹⁰

Jestliže vlastník neodklidí stromy poražené větrem, ačkoli ty znemožňují oprávněnému požívání nebo průchod, má proti němu usufruktář žalobu, aby jej k tomu donutil.

Požadavek aktivního chování proprietáře je tedy vázán pouze na tu skutečnost, že nekonáním by byl ohrožen nebo omezen výkon poživacího práva v té míře, v jaké byl stanoven. Bylo povinností poživatele, aby udržoval požívanou věc přesně v takovém stavu, v jakém ji převzal (nesměl ji ani zhoršit, ani zlepšit, ani změnit její charakter), a přesto nemusel odstraňovat stromy, které popadaly při vichřici, tj. působením vis maior. Usufruktář totiž měl s věcí konat pouze takovou činnost, která je běžnou součástí jejího užívání a požívání. Pokud chtěl v případě přírodní katastrofy, jejíž důsledky znemožňovaly řádné požívání věci, dosáhnout obnovení původního stavu, neměl to učinit sám a pak se domáhat náhrady nákladů, ale měl žalovat o aktivní činnost ze strany proprietáře. Skutečnost, že v takovém případě měl nárok i na náhradu škody, lze dovodit per analogiam z Juliánova stanoviska, kde se píše:

D 7. 1. 35. pr.:

⁸ K charakteristice služebností viz např. Long, G.: *Servitudes*. Heslo v knize: Smith, W.: A dictionary of Greek and Roman antiquities. J. Muray: London 1895, s. 1030 – 1034.

⁹ Jediná uznaná výjimka je *servitus oneris ferendi* (služebnost nesení břemene), která spočívá v právu stavebně opřít svůj dům o dům souseda. Vlastník sousedního, tj. služebného domu, je potom povinen k pozitivnímu chování (udržovat svou nemovitost v dobrém stavu) právě proto, aby nebyla ohrožena nebo poškozena věc panující. Viz D 8. 5. 6. 2.

¹⁰ Pokud není uvedeno jinak, je autorkou překladů latinských pramenů autorka tohoto článku.

Si usus fructus legatus est, sed heres scriptus ob hoc tardius adit, ut tardius ad legatum perveniretur, hoc quoque praestabitur, ut Sabino placuit.

Překlad:

Jestliže je odkázáno poživací právo, ale dědic (úmyslně) protahuje dědické řízení (oddaluje okamžik nabytí dědictví), aby usufruktář mohl užívat věc až později, bude nucen nahradit mu škodu, jak potvrzuje i Sabinus.

Nejen z tohoto textu, ale i z některých dalších,¹¹ je jasné, že oprávnění, které vzniklo poživateli v době života zemřelého vlastníka věci (i když třeba s účinností až ke dni smrti zůstavitele), musí být realizováno co nejrychleji, a za škody, které by úmyslnými průtahy jakéhokoli charakteru způsobil dědic, bude dědic odpovídat. Stejně tak i žijící vlastník, který by otálel s uvedením věci do původního stavu, se vystavuje riziku žaloby nejen na plnění, ale i o ušlý zisk.¹² Na druhou stranu – poživatel má sice věc svěřenu jen do detence, ale povinnosti mu vyplývají jako řádnému hospodáři (*bonus paterfamilias*): nese pravidelné náklady, opatruje ji, musí ji vyživovat (je-li živá), udržovat (např. doplňovat ve stádu mláďata za uhynulé kusy),¹³ platit veřejné poplatky, nesmí věc zhoršovat ani svou nečinností a žádným způsobem nesmí charakter věci měnit.¹⁴ Vlastnické právo k plodům vznikalo až jejich percepcí.

Kdo je povinen nést konkrétní náklady na udržování věci však někdy bylo sporné. Ulpián nám zachoval zprávu o usufructu domu – vlastník může donutit poživatele žalobou, aby opravil dům, ale pouze v míře, která je nutná k udržení dobrého stavu (drobné opravy). Pokud bylo něco zničeno vlivem času (běžným užíváním), nemůže být podle Ulpiána stanoviska ani jedna ze stran nucena věc opravit. Pokud by uvedenou opravu učinil vlastník, nesmí posléze bránit usufruktáři věc užívat.¹⁵ Vlastník může určité činnosti na usufruktáři nejen požadovat, ale je oprávněn i zakázat nepovolený způsob výkonu poživacího práva. V první řadě je to způsob užívání, který by vedl ke zhoršení stavu věci, a dále případy, kdy předmět poživacího práva je pevnou součástí jiné věci, ke které užívací právo

¹¹ Např. D 7. 1. 34. 1. (Zůstavitel odkázal poživací právo svému nájemci, ale dědic mu neumožnil bezplatné užívání. Proto je usufruktáři povolena žaloba, jejímž prostřednictvím získá zpět zaplacený nájem i výdaje, které vynaložil na kultivaci půdy).

¹² D 7. 1. 47.

¹³ D 7. 1. 68. 2. (Viz také Hausmaninger, H., Blaho, P.: *Praktické případy z římského práva*. Iura Edition:Bratislava 2009, s 115.)

¹⁴ D 7. 1. 13. 4.

¹⁵ D 7. 1. 7.

neexistuje.¹⁶ Neratius ve svém stanovisku dodává, že usufruktář nesmí konat nic, čím by způsobil změnu věci, např. ani omítat obvodové zdi, je-li poživatelem domu, protože sice by tím vylepšil věc pro vlastníka, ale nemá k takovému zásahu právo – vystavoval by se tím riziku, že věc změní (Neratius říká, že je třeba oddělovat péči o majetek od působení změn).¹⁷ Změna věci pak znamená zánik poživacího práva. Řádné užívání věci bývalo zajištěno kaucí (*cautio usufructaria*), a dokonce i v případě, že původní vlastník kauci nepožadoval, mohl ji vymoci dědic (či spoludědicové – každému musela být záruka poskytnuta individuálně).¹⁸

III. Předmět poživacího práva

Rozdílnost povinností vlastníka a poživatele pochází, jak vyplynulo již výše, zejména z charakteru požívané věci. Má-li být věc předmětem poživacího práva, měla by být hlavně plodonosná a nespoteřitelná.¹⁹ Vzhledem k tomu, že předmětem usufructu mohla být jak věc movitá, tak nemovitá,²⁰ přijímaly se jako realizace poživacího práva plody přirozené i civilní.²¹ Spotřebitelnou věc sice nelze užívat *salva rei substantia* (při zachování podstaty věci), ale i ona může být za určitých okolností předmětem usufructu, jak potvrzuje Pomponius: poživací právo lze zřídit např. ke staré stříbrné nebo zlaté minci, jež je obvykle užívána jako ozdoba.²²

Usufructus má mezi služebnostmi ještě další výsadu – jako jediná služebnost je dělitelný, a to reálně i ideálně (a ačkoli je nezczizitelný, nezděditelný a nepřevoditelný, lze jeho výkon postoupit další osobě /*locatio usufructu*/). Pro okamžik zániku poživacího práva není rozhodující jen smrt oprávněného (nebo uplynutí času, dohoda či zánik věci), ale zejména změna charakteru věci, její podstaty (*mutatio rei*). Poživatel nesměl měnit ani dosavadní způsob užívání věci (např. otrok musel být zaměstnáván

¹⁶ D 7. 1. 15. 6. (Spor o kádě, zasazené v zemi. Jejich užívání může vlastník zakázat, pokud usufruktář nezískal užívací právo i k domu).

¹⁷ D 7. 1. 44.

¹⁸ D 7. 1. 13. pr.

¹⁹ D 7. 1. 1. Paulus (Usufructus je právo užívat a požívat cizí věc bez porušení její podstaty).

²⁰ Heumann, H., Seckel, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9. vydání: Jena 1926, s. 606.

²¹ Vyjma některých věcí zvláště určených, např. dítě otrokyně se nepovažovalo za plod a získával je tedy vlastník, nikoli usufruktář. Viz D 7. 1. 28. 1.

²² D 7. 1. 28.

v souladu s jeho kvalifikací: výslovně bylo zakázáno zaměstnávat otroka-písaře jako dělníka či nosiče, zpěváka jako vrátného, či otroka vycvičeného pro boj v aréně jako uklízeče).²³ Výkon poživacího práva v souladu s podstatou věci někdy vyžadoval i časové prodlení – pokud byl předmětem poživacího práva otrok-dítě, pak nesměl být pracovně využíván dříve, než byl schopen práce (tj. překročil dětský věk).²⁴

Ohledně změny věci je možno uvést např. stanovisko Ulpianovo (D 7. 4. 10. 6.), které říká, že:

Proinde et ornamentum dissolutum aut transfiguratum extinguit usum fructum.

Překlad:

Pokud je šperk zničen, nebo změněn jeho tvar, poživací právo k němu zaniká.

Musíme se tedy zabývat otázkou, co je zničení a změnění tvaru šperku. Vezměme např. náhrdelník. Je zničen, pokud je kov roztaven; ale je zničen, pokud jsou roztrhány perly nebo vypadly vzácné kameny? Lze-li závadu odstranit, je možno hovořit o zachování podstaty věci. Pokud však došlo k rozšíření zdobení, už to není totožný šperk a je nutno situaci považovat za ukončení poživacího práva (poživatel není oprávněn věc ani zlepšit).

Rovněž existuje otázka, jak lze požívat šperk, když tento předmět neposkytuje plody v tom úzkém smyslu, jak tento pojem obvykle užívá naše civilistika. Vzhledem k tomu, že poživací právo nemusí přinášet jen plody přírůstkového charakteru, ale i jakékoli jiné obohacení (dokonce i imateriální – např. v případě odkázání poživacího práva k okrasné zahradě nezíská poživatel nic jiného, než právo procházet se a těšit svou duši z krásného prostředí), poskytuje šperk stejný druh užitku, lze jej tedy učinit předmětem poživacího práva.

Otázka, zda spotřebitelná věc může být předmětem poživacího práva, byla vyřešena institutem *quasiusufructu* (a *kaucí*, podobnou jako u klasického *usufructu*), jak dokládá Ulpianus:

D 7. 5. 11. Si lanae alicui legatus sit usus fructus vel odorum vel aromatum, nullus videtur usus fructus in istis iure constitutus, sed ad senatus consultum erit descendendum, quod de cautione deorum loquitur.

Překlad:

²³ D 7. 1. 15. 1.

²⁴ D 7. 1. 55.

Když bylo odkázáno poživací právo k vlně, parfémům nebo koření, nemohlo být platně zřízeno, až později stanovilo senátní usnesení, že k těmto věcem lze požívání zřídit, pokud je složena kauce.²⁵

A nikoli pouze samotný charakter předmětu, ale i dosavadní způsob užívání věci, který měl poživatel dodržet, byl předmětem sporu. Ulpian řešil otázku,²⁶ zda divadelní kostýmy, které byly odkázány zůstavitelem usufruktáři, může usufruktář pronajímat, ačkoli sám zůstavitel je půjčoval zdarma. V souladu s charakterem poživacího práva (jeho účelem je přinášet poživateli plody v nejširším smyslu tohoto slova) přiznává usufruktáři možnost kostýmy pronajmout, neboť jinak by nebyl účel poživacího práva (a tedy ani záměr zůstavitele) naplněn, pokud by ovšem sám poživatel nebyl provozovatelem herecké živnosti (tehdy by kostýmy užil sám ke své činnosti).

IV. Zastoupení při výkonu užívání

Přestože usufructus jako věcné právo zanikal při jeho nerealizování (non usu) po uplynutí jednoho roku, ev. dvou let (u nemovitostí), nebyl – ačkoli byl osobní služebností – vázán výkon výhradně na osobu oprávněného. Zprávu o tom podává Pomponius:

D 7. 4. 22. Pomponius libro sexto ad Quintum Mucium:

Si mulieri usus domus legatus sit et illa trans mare profecta sit et constituto tempore ad amittendum usum afuerit, maritus vero domo usus ferit, retinetur nihilo minus usus, quaemadmodum si familiam suam in domu reliquisset eaque peregrinaretur. Et hoc magis dicendum est, si uxorem in domu reliquerit maritus, cum ipsi marito usus domus legatus sit.

Překlad:

Pomponius v šesté knize svých Komentářů k Muciovi: Jestliže bylo ženě odkázáno užívání domu a ona se vzdálila přes moře na dobu delší, než je zákonem stanoveno pro ztrátu práva užívání, je toto právo zachováno. Stejně je to v případě, když žena zanechá v domě své otroky a sama odcestuje do cizích zemí. Tím více to platí o manželovi, který ženu zanechá v domě, pokud bylo užívací právo zanecháno jemu.

Tento Pomponiův názor, který nepřipouští pochybnosti, rozšiřuje účinky užívacího práva i na osoby, jež bychom z dnešního hlediska nazvali osobami blízkými. Ty nejenže mohly zároveň s oprávněným využívat dobrodiní z usufructu vyplývající, ale mohly tak činit i v nepřítomnosti

²⁵ Obdobně D 7. 5. 7. (olej, víno, obilí) nebo D 7. 1. 41. (socha, obraz).

²⁶ D 7. 1. 15. 5.

oprávněného; v podstatě jej zastupovaly. Zvláště u otroka to poněkud vzbuzuje pochybnosti, ale ty je možno vyvrátit tím, že otrok v římském právu vždy nabýval vše pro svého pána, přestože teoreticky vzato neměl právní subjektivitu.

V. Závěr

Bohatství justiniánských pramenů, které v našem jazyce dosud není širší právnické veřejnosti zprostředkováno překladem, je aktuální zejména v této době, jež se připravuje k přijetí zcela nového, moderního kodexu civilního práva pro 21. století. Dřívějšími dobami osvědčené a zdokonalené právní instituty, které mají v naší zeměpisné oblasti i tradici, je možno směle inkorporovat, neboť římské právní prameny poskytují dostatek materiálu pro studium a řešení případných praktických kolizí. Poživací právo, které je velmi praktické zejména pro případy snah o zachování jednoty vlastnického práva (např. v rámci dědění) a zároveň alimentárního zabezpečení jiné oprávněné osoby, nemusí být realizováno jen u otroků – zobecněním římských právních pravidel je lze použít i v dnešní době, pro věci hmotné i nehmotné, živé i neživé. Rovněž kauce, která zajišťuje oprávněný zájem vlastníka na řádném užívání věci, je hodna pozornosti. Vymezení vzájemných práv a povinností mezi vlastníkem a poživatelem je jednou ze základních otázek úspěšného použití tohoto institutu.

Contact – email

kamila.bubelova@upol.cz

HISTORIE PRÁVNÍ ÚPRAVY PŘEPRAVY NEBEZPEČNÉHO ZBOŽÍ ANEB SOUKROMÉ VERSUS VEŘEJNÉ PRÁVO V PŘEPRAVĚ NEBEZPEČNÉHO ZBOŽÍ

MARTIN CEMPIREK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita (Katedra dějin státu a práva)
Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se snaží přiblížit historii a vývoj právní úpravy přepravy nebezpečného zboží. V příspěvku je objasněn vznik potřeby právní úpravy v tomto odvětví. Okrajově jsou zmíněny historické okolnosti, kterými byly napoleonské války. V této době vznikaly první právní předpisy zakotvující tuto problematiku. Zmíněna je také současná právní úprava a její právní mezery. V příspěvku jsou navržena řešení, kterými by bylo možné řešit potřebné novelizace současných právních předpisů v tomto právním odvětví. Je zde zmíněna problematika právní odpovědnosti a potřeba jejího zakotvení v Dohodě ADR. Zmíněn je i posun tohoto právního odvětví z veřejného do soukromého práva.

Key words in original language

Přeprava nebezpečných věcí; napoleonské války; právní odpovědnost; Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí ADR; soukromé právo; veřejné právo.

Abstract

This contribution refers to the history of legislative conditions in respect of the road transportation of dangerous goods. Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road. Early Transport Dangerous Goods regulation appeared in period Napoleonic Wars. The text newly solves problems relating to the responsibility of persons who are concerned with the carriage of dangerous goods. The solution of responsibility during the carriage of dangerous goods is shown in a new way, too. Described is also displacement branch of law of public law into private law.

Key words

Transport of Dangerous Goods; Napoleonic Wars; Responsibility; European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road.

Úvod

V tomto příspěvku, bych chtěl poukázat na vývoj právní úpravy přepravy nebezpečného zboží. Chtěl bych se zaměřit na proměnu právní úpravy zakotvující tuto oblast až po její splnutí v nedílný celek se soukromoprávními předpisy. První právní předpisy, které upravovaly tuto problematiku náležely do oblasti veřejného práva. Dominujícím byl zájem státu a jeho dohled nad přepravou zbraní a munice, chemický průmysl v této době byl minimálně rozvinut a neprodukoval natolik nebezpečné látky, aby jejich přeprava musela být právně zakotvena. Postupně se z vnitřních normativních aktů, určených především pro vojenskou přepravu a armádní dodavatele, stávaly nařízení a zákony které doplňovaly veřejné právo. Postupem času, rozvojem obchodně-právních vztahů, tyto předpisy doplňovaly soukromoprávní oblast, až se nakonec stávají součástí soukromoprávních předpisů.

1. VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY PŘEPRAVY NEBEZPEČNÝCH VĚCÍ

V dnešní době je v průmyslově vyspělých zemích produkce nebezpečného zboží rozsáhlá a v rámci globalizace získává přeprava této komodity výrazný mezinárodní rozměr. Mezinárodní přepravu nebezpečných věcí můžeme právem řadit k nejnáročnějším a nejsložitějším přepravám vůbec. Ve statistikách Mezinárodní unie silniční dopravy - IRU se uvádí, že přepravy nebezpečného zboží dosahují v silniční dopravě přibližně 20% jejího celkového objemu¹. Tyto přepravy nebezpečného zboží jsou předmětem zvýšeného zájmu mezinárodních institucí ve všech dopravních oborech. O mezinárodní integraci přepravních podmínek nebezpečného zboží usiluje jak pracovní skupina EHK OSN, tak Rada EU i Evropský parlament.

V tomto příspěvku bych se chtěl ohlédnout, jak dlouhou cestou musela právní úprava přepravy nebezpečného zboží projít, než se stala součástí soukromého práva.

Nutnost kodifikovat přepravu nebezpečných věcí nalézáme již v období napoleonských válek. Souvisí to zejména s požadavkem na rozvíjející se obchodněprávní vztahy a nový typ podnikání – armádní dodavatelství. Armády, které operovaly se stále vyšším počtem vojáků už samy nedokázaly vyřešit problém zásobování a obracely se na soukromé společnosti, které jim dodávaly nasmlouvané počty zbraní, munice, jiného vojenského materiálu a dále také přípravek potřebné pro zásobování, zahájení a zdárný průběh tažení.

¹ International Road Transport Union. Group of Experts on Transport of Dangerous Goods (GEMD) [online]. 2010 [cit. 2010-10-25]. Dostuné z <http://www.iru.org/index/en_iru_com_gemd>.

Nejprogresivnější v této oblasti byla Francie, která po období revolučních válek disponovala armádou převyšující počet 100 000 mužů. V této situaci se snažila využívat soukromé společnosti jako pomocný prvek při přípravě a v průběhu tažení. Jednalo se však pouze o přepravu potravin a jiného materiálu. Přepravu munice a dělostřelectva však zabezpečovalo pouze vojenské vozatajstvo.² Ve Francii byly v roce 1813 přijaty jednotné předpisy týkající se přepravy munice a dělostřelectva. V důsledku vyčerpávajícího tažení v roce 1812 byla přeprava munice a nebezpečného materiálu svěřena soukromým dodavatelským společnostem. Francouzská armáda si už nemohla po roce 1812 dovolit vojenské vozatajstvo, které zabezpečovalo zásobování armády a dovoz munice. Z úsporných důvodů musela být tato oblast svěřena soukromým obchodním společnostem. Podobně k tomuto problému přistupovala i rakouská armáda, která po vzoru Francie v roce 1809 provedla progresivní reformy, které se dotkly i vojenského zásobování³. V roce 1812 se rakouský sbor účastnil tažení do Ruska a přípravy na toto tažení do značné míry kopírují francouzský vzor zásobování.

Armádní dodavatelství se jako nový typ podnikání osvědčil a pomohl po ukončení napoleonských válek oživit rozvoj obchodních vztahů.⁴

Veškeré předpisy, které se v této době používaly, byly převážně vojenské vnitřní směrnice pro přepravu munice použité pouze pro potřeby armády. Po ukončení napoleonských válek nebylo třeba toto odvětví přepravy dále právně rozpracovávat. Přeprava nebezpečného zboží nebyla v této době právně zakotvena. Průmysl v této době nebyl ještě natolik rozvinutý, aby bylo potřeba pamatovat na tento způsob přepravy.

Právní věda se zaměřila na přepravu běžných věcí a kodifikaci přepravní smlouvy. V rakouských zemích byla pro tyto vztahy použitelná úprava smlouvy o dílo upravená v ABGB⁵, ve Francii byl na přepravní vztahy aplikován Code Civil a Code de Commerce. Vydání živnostenského řádu v roce 1859 znamenalo rozvoj podnikání ve všech oblastech.⁶

Skutečnou právní úpravu přepravněprávních vztahů nalézáme ve Všeobecném obchodním zákoníku z roku 1863⁷ Tento předpis upravoval

² Srv. UHLÍŘ, L., TUPÝ, O., SÁČEK, K. Dodatky ke studii Rakouská armáda v roce 1805. Bitva u Slavkova a válka roku 1805. 1. Vydání. Třebíč : Akcent, spol. s. r. o., 2005. s. 547.

³ Viz. UHLÍŘ, L. Schematismy rakouské armády z let 1805 a 1806. Bitva u Slavkova a válka roku 1805. 1. Vydání. Třebíč : Akcent, spol. s. r. o., 2005. s. 431-518.

⁴ Srv. KLAPKA, V. Armádní dodavatelství za napoleonských válek v Čechách a jeho úloha při akumulaci kapitálu. Československý časopis historický, 1986, 1, s. 543-565.

⁵ §§ 1165-1171 Císařský patent č. 946/1811. JGS /sb. z. s./ Obecný zákoník občanský.

⁶ Např. provozování dopravy osob a plavecké živnosti § 15 Císařského patentu č. 227/1859 ř. z.

⁷ Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

smlouvu o speditorství⁸ a povoznickou smlouvu.⁹ Tato úprava zavádí již moderní pojmy jako jsou speditör, mezispeditör, princip pečlivosti pořádného kupce a pečlivosti pořádného povozníka. Dále byl zaveden povozní list, stanovena povinnost vést průvodní doklady. V člancích 395-396 byl zakotven objektivní odpovědnostní princip.

„Předmětem úpravy byl nákladní list (čl. 391) chápaný jako potvrzení (důkaz) o uzavření smlouvy a v čl. 414 potom náložný list jako cenný papír vystavovaný odesílatelem a podepsaný dopravcem ztělesňující závazek dopravce vydat zboží. Zákon upravoval vztah mezi náložným listem a smlouvu v čl. 415 tak, že náložný list byl rozhodným pro právní poměry mezi dopravcem a příjemcem a ustanovení smlouvy neměla právního účinku proti příjemci, pokud na ně náložný list výslovně neodkazoval.“¹⁰ Úprava přepravních smluv stanovovala poměrně velmi přísnou odpovědnost dopravce, který se své odpovědnosti mohl zprostit pouze v taxativně vyjmenovaných případech.

Na přepravněprávní vztahy byl v této době aplikován Všeobecný obchodní zákoník. Jednalo se o první moderní předpis, který zakotvoval práva a povinnosti dopravce a přepravce. Tato právní úprava byla aplikována na přepravněprávní vztahy i v době I. Československé republiky. Samostatná přeprava nebezpečného zboží však nebyla nijak upravena.

2. VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY PŘEPRAVY NEBEZPEČNÉHO ZBOŽÍ V DOBĚ RAKOUSKÉ MONARCHIE A I. ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY

Zmínky o přepravě nebezpečného zboží nalézáme v důlních a báňských předpisech.¹¹ Z uvedených ustanovení zákona je patrné, že dopravu důlního materiálu a jiných těžebních prostředků, zabezpečoval horní podnikatel. Obecný horní zákon upravoval mimo jiné horní služebnosti, služební horní podnikatel byl povinen sousedním horním podnikatelům a majitelům dovolit spolužívání jeho štol. Organizace důlní přepravy však byla ponechána v gesci služebnímu hornímu podnikateli.¹² Obecný horní zákoník zde stanovoval požadavek na využití již zbudovaných horních drah. V obecném horním zákoníku nebyl však stanoven jednoznačný požadavek na přepravu nebezpečných věcí, např. výbušnin. Nebyla zde jednoznačně stanovena práva a povinnosti při manipulaci s nebezpečnými věcmi.

⁸ Čl. 379 - 389 Rozdíl čtvrtý. O speditorství. Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

⁹ Čl. 390 - 431 Rozdíl pátý. O povoznictví. Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

¹⁰ PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k zákonu č. 513/1991 Sb. Smlouva o přepravě věcí. Systém Aspi* [databáze]. Verze 13/2010. Wolters Kluwer ČR, a. s., [cit. 2010-10-19].

¹¹ Císařský patent č. 146/1854 ř.z. Obecný horní zákon.

¹² Srv. § 195 Císařský patent č. 146/1854 ř.z. Obecný horní zákon.

Regulaci přepravy nebezpečných věcí, v tomto případě zbraní a munice, nalézáme v předpisech upravující držbu zbraní.

Prvními předpisy, které stanovily práva a povinnosti držby zbraní, byly Císařský patent č. 223/1852 ř.z.¹³ Nařízení jímž se prováděl zbrojní patent¹⁴ a Nařízení č. 39/1860 ř.z.¹⁵ Posledně zmíněné nařízení poměrně komplexně upravovalo problematiku přepravy nebezpečného zboží (zbraní a munice). Tyto předpisy tvořily ucelený celek práv a povinností vyžadovaných při držení zbraní a jejich přepravě. Mimo jiné obsahovaly i mimo jiné správněprávní odpovědnostní ustanovení.¹⁶ Přepravou se zabývalo Nařízení č. 39/1860 ř.z.¹⁷ Tento veřejnoprávní předpis byl speciálním předpisem ke speditorské¹⁸ a povoznické smlouvě¹⁹. Na přepravněprávní vztah, jehož nepřímým předmětem bylo nebezpečné zboží,²⁰ musely být aplikovány oba právní předpisy. Práva a povinnosti přepravce a dopravce byla zakotvena soukromoprávní úpravou.

V těchto právních předpisech se objevuje silný veřejnoprávní prvek směrem k výrobcům zbraní a k jejich distribuci z výrobních dílen. Nařízením č. 39/1860 ř.z.²¹ byl pro případ vývozu, dovozu do cizí země nebo průvozu zdejší zemí zaveden požadavek na list průvodní.²² Převážení zbraně pouze v oblastech zdejších zemí podléhal pouze ohlašovací

¹³ Císařský patent č. 223/1852 ř.z. o ustanoveních týkajících se výroby, obchodu a držení zbraní a věcí muničních a nošení zbraní (zbrojní patent).

¹⁴ Nařízení č. 16/1853 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti a nejvyššího policejního úřadu jímž se provádí zbrojní patent.

¹⁵ Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

¹⁶ Viz. § 32 Cís. Patent č. 223/1852 ř.z. o ustanoveních týkajících se výroby, obchodu a držení zbraní a věcí muničních a nošení zbraní (zbrojní patent).

¹⁷ Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

¹⁸ Čl. 379 - 389 Rozdíl čtvrtý. O speditorství. Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

¹⁹ O povoznictví. Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

²⁰ § 1 Když se zbraň nebo střelivo někam v zemích zdejších posílá, z cizí země dováží, prováží nebo do cizí země vyváží, potřebí, aby se k tomu na místě posavadního pasu na zbraň připojil list průvodní... Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

²¹ Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

²² K listu průvodnímu musel být ještě připojen pas na zbraň. Srv. § 2 Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

povinnosti²³. Pokud byly zbraně přepravovány z důvodu podnikatelské činnosti a přepravcem nebo dopravcem byl řemeslník, obchodník, zasílatel nebo zasílatelství, musel být nákladní list schválen a předložen správnímu úřadu.²⁴ Zvláštní pravidla platila pro výrobce munice při distribuci do státních muničních skladů, obchodníkům nebo důlním podnikatelům. Střelný prach a munice musela být dodávána v původních bednách, řádně označených, dále musela obsahovat „hrubou i ryzí váhu jeho, jakož i erární sklad, pro který jest určen nebo z kterého pochází, jméno (firmu) a bydliště zasílatelovo a příjemcovovo...“²⁵

Tato právní úprava byla dostačující i v době I. Československé republiky. V přepravněprávních vztazích se posílil soukromoprávní prvek. Stát si však ponechal dohled nad přepravou nebezpečného zboží. Tyto právní předpisy platily v Československu až do roku 1951.

Není účelem tohoto příspěvku zabývat se právními předpisy upravující tuto problematiku od roku 1951 do současnosti. Chci poukázat na možné inspirování se výše zmíněnými právními předpisy, které by mohly být využity při úvahách *de lege ferenda* při novelizaci platných a účinných předpisů upravující tuto problematiku.

Snahu o komplexní kodifikaci přepravy nebezpečného zboží přináší Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí ADR,²⁶ (dále jen Dohoda ADR) byla přijata v Ženevě dne 30. září 1957, pod patronací EHK OSN²⁷ a vstoupila v platnost dne 29. ledna 1968.²⁸ Československo přistoupilo k Dohodě ADR s platností od 17. srpna 1986.²⁹

²³ Srv. § 3 Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

²⁴ Jednalo se o politický úřad instance první. Viz. § 2 Nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie č. 39/1860 ř.z. ze dne 11. února 1860, ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

²⁵ § 6 Nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie č. 39/1860 ř.z. ze dne 11. února 1860, ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

²⁶ *ACCORD EUROPÉEN RELATIF AU TRANSPORT INTERNATIONAL DES MARCHANDISES DANGEREUSES PAR ROUTE (ADR)* [online]. 2010 [cit. 2010-03-08]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/ADRaccord_f.pdf>.

²⁷ *Latest Dangerous Goods News* [online]. UNECE, 2010 [cit. 2010-02-20]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <[http:// \UNECE\UNECE - Transport - Dangerous Goods and Special Cargoes Section Home Page.mht](http://\UNECE\UNECE - Transport - Dangerous Goods and Special Cargoes Section Home Page.mht)>.

²⁸ Blíže k odchýlným ujednáním a pozbyvání platnosti Dohody ADR. Lachman, Ch. ADR-Vereinbarungen. Unbillige Härten vermeinden [online]. *Gefährliche Ladung* [cit. 2010-10-12]. Dostupné z Gefahrgut-Links: <<http://www.gelaweb.de/links.htm>>.

²⁹ Její znění je uveřejněno ve Sbírce zákonů vyhláškou č. 64/1987. Dne 2. června 1993 oznámila Česká republika generálnímu tajemníkovi Organizace spojených národů, že jako

Pokud sledujeme posun právní úpravy přepravy nebezpečného zboží, tak docházíme k závěrům, že tato právní problematika se postupem času vydělila z veřejnoprávního odvětví a doplnila právní úpravu přepravních smluv v soukromém právu.

Současná právní úprava přepravních smluv je upravena v obchodním zákoníku. Mezinárodní přepravu upravují unifikované přímé normy Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě (dále jen Úmluva CMR),³⁰ a Dohoda ADR. Dohoda ADR je speciálním právním předpisem k subsidiárnímu použití Úmluvy CMR. Úmluva CMR a Dohoda ADR jsou dva navzájem provázané předpisy, které se společně doplňují v jednotlivých právních institutech. Jedná se o předpisy soukromého práva, které nepřipouští odchýlný projev vůle.³¹ V Dohodě ADR však není upravena problematika odpovědnosti za škodu³² a tato se musí vyvozovat z Úmluvy CMR. Odpovědnost vzniknuvší z Dohody ADR je odlišná od Úmluvy CMR. Úmluva CMR se nehodí na speciální typy odpovědnosti vzniklé z Dohody ADR. Subjekt, který pracuje pouze s Dohodou ADR a nikoliv s Úmluvou CMR, není obeznámen s odpovědnostními následky, které mu hrozí při nedodržení závazku. Na subjekt tak dostatečně nepůsobí preventivní povinnost. Odpovědnost z Úmluvy CMR musí být složitě vyvozována z obecného právního předpisu. Při aplikaci musíme vycházet ze speciality Dohody ADR a subsidiarity Úmluvy CMR. Z tohoto důvodu existuje nebezpečí, že ustanovení z Úmluvy CMR může být na vztah vzniklý z Dohody ADR nesprávně aplikováno. V současné právní úpravě nalézáme právní mezery, protože problematika odpovědnosti za škodu není komplexně upravena v Dohodě ADR.

Závěr

Inspirativním modelem pro vyřešení této právní mezery, nám mohou být předpisy z doby Rakouské monarchie a I. Československé republiky. Přepravu nebezpečného zboží upravovaly 2 předpisy – jeden soukromoprávní a druhý veřejnoprávní a v obou byla obsažena vlastní

nástupnický stát České a Slovenské Federativní Republiky je vázána Dohodou ADR, včetně výhrad a prohlášení, s účinností od 1. ledna 1993. Součástí Dohody ADR jsou její dvě technické přílohy. Blíže k historii Dohody ADR; MILETÍN, J. *ADR 2009*. Praha : M KONZULT, s. r. o, 2009. s. 8.

³⁰ Vyhláška č. 11/1975 Sb., Ministra zahraničních věcí, o Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě (CMR), ve znění pozdějších předpisů. Srv. *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) - (Geneva, 19 May 1956) United Nations (UN)* [online]. 2010 [cit. 2010-02-28]. Dostupné z: <http://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>.

³¹ Podle čl. 41 Úmluvy CMR jsou právně neúčinná veškerá ujednání, která jsou v rozporu s touto dohodou.

³² Někteří autoři postrádají v Dohodě ADR i jednotlivé speciální typy odpovědnosti. Např. odpovědnost za uložení nákladu. Srv. PETRUNCÍK, P. *Přeprava nebezpečných věcí po silnici podle restrukturalizované Dohody ADR*. Praha : Sdružení automobilových dopravců ČESMAD BOHEMIA, 2009. s. 142.

odpovědnostní ustanovení. Vycházíme-li z této minulé právní úpravy, mohli bychom předpokládat, že další vývoj Dohody ADR bude spočívat právě v zařazení právní úpravy odpovědnosti za škodu. Jako inspiraci pro novelizaci Dohody ADR můžeme použít dřívější právní předpisy upravující držení a přepravu zbraní a munice a zároveň v nich byla upravena i odpovědnostní ustanovení.³³

Můžeme oponovat, proč do Dohody ADR včleňovat nová ustanovení. V posledních letech přibyla řada ustanovení upřesňujících nakládání s nebezpečnými látkami. Vývojový trend Dohody ADR sleduje spíše společenskou nutnost, než teoretické rozpracování dalších ustanovení. Důležité je, že Dohoda ADR je natolik moderním předpisem, do kterého lze problematiku odpovědnosti za škodu postupně zařazovat.

Tento příspěvek můžeme uzavřít větou: „Interpret může rozumět zákonu lépe, jak mu rozuměl jeho tvůrce, zákon může být moudřejší jako jeho autor - on právě musí být moudřejší jako jeho autor.“³⁴ A to Dohoda ADR naplňuje.

Literature:

Právní předpisy:

Zákon č. 1/1863 ř.z. Všeobecný obchodní zákoník.

Císařský patent č. 946/1811. JGS /sb. z. s./ Obecný zákoník občanský.

Císařský patent č. 146/1854 ř.z. Obecný horní zákon.

Císařský patent č. 223/1852 ř.z. o ustanoveních týkajících se výroby, obchodu a držení zbraní a věcí muničních a nošení zbraní (zbrojní patent).

Nařízení č. 16/1853 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti a nejvyššího policejního úřadu jímž se provádí zbrojní patent.

Nařízení č. 39/1860 ř.z. ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a policie ve znění nařízení ministerstva vnitra, spravedlnosti, financí a železnic ze dne 1. října 1896, č. 182 ř.z., jímž se předchozí nařízení doplňuje.

³³ Výše uvedené předpisy sice upravovaly správněprávní odpovědnost s poukazem na trestněprávní odpovědnost, ale pro náš případ „Novelizace Dohody ADR“ je *de lege ferenda* možné tyto odpovědnostní ustanovení zobecnit na tvrzení „Kdo porušil závazek, odpovídá za škodu“. Výsledkem by byla nová soukromoprávní odpovědnostní ustanovení zařazená v Dohodě ADR. Tato by primárně upravovala vztahy mezi přepravcem a dopravcem. Stanovila odpovědnost bez použití Úmluvy CMR.

³⁴ Rozsudek Ústavního soudu ze dne 04. 06. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 14/02. (*G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hrsg. R. Dreier, S. Paulson, Heidelberg 1999, s. 107.*).

Vyhláška č. 11/1975 Sb., Ministra zahraničních věcí, o Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě (CMR), ve znění pozdějších předpisů.

Vyhláška č. 64/1987 Sb., Ministra zahraničních věcí, o Evropské dohodě o mezinárodní přepravě nebezpečných věcí (ADR), ve znění pozdějších předpisů.

Použitá literatura:

- ACCORD EUROPÉEN RELATIF AU TRANSPORT INTERNATIONAL DES MARCHANDISES DANGEREUSES PAR ROUTE (ADR) [online]. 2010 [cit. 2010-03-08]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/ADRaccord_f.pdf>.
- Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) - (Geneva, 19 May 1956) United Nations (UN) [online]. 2010 [cit. 2010-10-10]. Dostupné z: <<http://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>>
- Lachman, Ch. ADR-Vereinbarungen. Unbilige Härten vermeiden [online]. Gefährliche Ladung [online]. 2010 [cit. 2010-10-12]. Dostupné z Gefahrgut-Links: <<http://www.gelaweb.de/links.htm>>.
- Latest Dangerous Goods News [online]. UNECE, 2010 [cit. 2010-10-10]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <http://www.unece.org/transport/dangerous_goods_and_special_cargoes> [online]. 2010 [cit. 2010-10-12].
- International Road Transport Union. Group of Experts on Transport of Dangerous Goods (GEMD) [online]. 2010 [cit. 2010-10-25].
- Dostupné z <http://www.iru.org/index/en_iru_com_gemd>.

- KLAPKA, V. Armádní dodavatelství za napoleonských válek v Čechách a jeho úloha při akumulaci kapitálu. *Československý časopis historický*, 1986, 1, s. 543-565.
- MILETÍN, J. ADR 2009. Praha : M KONZULT, s. r. o, 2009. s. 8.
- PETRUNČÍK, P. Přeprava nebezpečných věcí po silnici podle restrukturalizované Dohody ADR. Praha : Sdružení automobilových dopravců ČESMAD BOHEMIA, 2009. s. 142.
- UHLÍŘ, L., TUPÝ, O., SÁČEK, K. Dodatky ke studii Rakouská armáda v roce 1805. Bitva u Slavkova a válka roku 1805. 1. Vydání. Třebíč : Akcent, spol. s. r. o., 2005. s. 547.
- UHLÍŘ, L. Schematismy rakouské armády z let 1805 a 1806. Bitva u Slavkova a válka roku 1805. 1. Vydání. Třebíč : Akcent, spol. s. r. o., 2005. s. 431-518.
- Rozsudek Ústavního soudu ze dne 04. 06. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 14/02.

Contact – email

martin.cempi@seznam.cz

ODPOVĚDNOST ZA VINU A VÝSLEDEK PODLE ŘÍMSKÉHO PRÁVA A NOVOVĚKÝCH KODIFIKACÍ OBČANSKÉHO PRÁVA NA PŘÍKLADU VĚCÍ VNESENÝCH*

MIROSLAV FRÝDEK

Právnická fakulta. Univerzita Palackého v Olomouci. Katedra teorie práva a
právních dějin. Česká republika

Abstract in original language

Odpovědnost za vinu a za výsledek je základním stavebním kamenem závazkového práva. Římské právo a novověké kodifikace občanského práva pracují s mnoha stejnými pojmy: *dolus malus*, *culpa – lata, levis* aj. Obligační právo zde pracuje jak se subjektivním, tak i s objektivním definováním odpovědnosti např. odpovědnost znaleců, nebo v římském právu odpovědnost měřičů, hostinských, provozovatelů stájí, ale také např. specifická odpovědnost soudce – definovaná podle římského práva jako *quasidelict si iudex litem suam fecerit*.

Key words in original language

Římské právo; culpa; odpovědnost; obligační právo.

Abstract

Responsibility for blame and result is the basis of law of obligation. Roman law and modern civil law codifications use a lot of same terms: *dolus malus*, *culpa - lata, levis* etc. The law of obligation deals with both subjective and objective responsibility concept, e.g. experts' responsibility, or in Roman law also responsibility related to activities of measurers, inn-keepers, stable keepers. Roman law defined also a specific responsibility of a judge known as *quasidelict si iudex litem suam fecerit*.

Key words

Roman law; culpa; responsibility; law of obligation.

* Článek vznikl v rámci grantu Vývoj soukromého práva na území České republiky. GAČR P408/10/0363.

Ideový základ povinnosti k náhradě škody

Ideové základy povinnosti k náhradě škody podle občanského práva účinného po vzniku Československé republiky a jeho kritiku podává např. J. Sedláček ve svém Obligačním právu: „*Jako literární výtvar je občanský zákoník konstruován jako systém subjektivních práv. Pojem práva subjektivního je zcela neurčitý, a mimoto nesprávně sestrojený pojem. Tímto hlediskem není právní věda vázána, neboť věda má jenom zjistiti, jaké povinnosti stanoví občanský zákoník, resp. jaké jsou meze delegujících právních norem, určujících meze delegátovi, t.j. soudci, po případě správnímu úřadu. Pro občanský zákoník je východiskem subjektivní právo, t.j. jednak hodnota, chráněná řádem, jednak svoboda osobnostní i majetková. Kdo poruší toto právo, je povinen újmu, druhému tím způsobenou, nahraditi. Konstrukce by byla velmi jednoduchá, ale předpoklad je vadný a komplikuje nadměru celou otázku, neboť jedna běže se právo jako derivát normy, po druhé jako jeho předpoklad. Naše úloha je tyto předpisy redukovati na předpoklad normologický. Základem předpisů o náhradě škody jsou dva paragrafy občanského zákoníka. Paragraf 1293: Škodou je všeliká újma, která byla někomu způsobena na jmění, právech a na jeho osobě. Od ní se liší ušlý zisk, jehož se může někdo nadíti za obyčejných poměrů. Dále paragraf 1294: Škoda vzchází buď z bezprávního činu nebo opomenutím anebo náhodou. Protiprávní poškození je způsobeno buďto z vůle pachatelovy nebo bez jeho vůle. Poškození samovolné se zakládá buď na zlém úmyslu, byla-li škoda způsobena vědomě a úmyslně, anebo nedopatřením, bylo-li učiněno ze zaviněné nevědomosti anebo z nedostatku patřičné pozornosti anebo patřičné péle. Oboje sluje zaviněním. Přidáme-li k tomu ustanovení § 1295, že každý má právo požadovati od škůdce náhradu škody, kterou tento způsobil svým zaviněním, ať již přestoupil předpis zákonný anebo smluvní, viděti z toho zřejmě snahu konstruovati povinnost k náhradě škody jako náhradu za porušené subjektivní právo“¹.*

Výše citovaný ideový základ subjektivního práva při náhradě škody budeme nyní aplikovat na konkrétním případě odpovědnosti k náhradě škody u provozovatelů hostinců podle římského práva a úpravy odpovědnosti za věci vnesené podle úpravy obsažené v občanském právu. Předchozí Sedláčkova citace operuje především s pojmem subjektivního práva a z toho vyplývající odpovědnosti za vinu a výsledek.

V římském právu je hlavní otázkou při řešení konkrétních případů „*Qualis actio*“, tedy jaká žaloba bude použita. Římské subjektivní relativní právo bylo včleněno do systému ochrany práv, které vytvářely dva právní

¹ Sedláček, J.: Obligační právo. Díl. 3. Brno. 1947. reprint. str. 24.

subsystémy římského práva. Prvním z nich je právo civilní, jako právo s personální působností (právo římských občanů). Druhým subsystémem je právo honorární *ius honorarium*, což je právo, které je vytvářeno v rámci působnosti římských úředníků, především praetorů (*ius iubendi, ius praetoris*).

Právní věda zná dva základní druhy odpovědnosti: objektivní a subjektivní. V našem zkoumaném případě, jde o odpovědnost objektivní.

Odpovědnost hostinských – *caupones* podle římského práva

Tato problematika je upravena v devátém titulu čtvrté knihy Digest císaře Justiniana s názvem *Nautae caupones stabularii ut recepta restituant* – Aby loďaři, hostinští a provozovatelé stájí vrátili přijaté věci. Dig. 4, 9, 1, pr. Ulpianus ad libro quarto decimo ad edictum. *Ait praetor: " nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo"* – Praetor řekl: „Dám žalobu (povolím soudní řízení) proti loďařům, hostinským a provozovatelům stájí, pokud nevydají neporušené to, co od někoho přijali“.

Odpovědnost hostinských za tzv. věci vnesené nebyla dána římským civilním právem *ius civile*, ale byla zavedena jako odpovědnost podle práva honorárního². K tomuto závěru docházíme při rozboru inskripcí devátého titulu, čtvrté knihy Digest císaře Justiniana³. Ulpianus ve 4. knize K ediktu píše o důvodech proč byla zavedena žaloba proti hostinským. Hlavním důvodem těchto ediktů byla zamezení spolčování lupičů a zlodějů s hostinskými, kteří byly „tipaři“ a dávali tipy loupeživým bandám na cestách o zámožných hostech⁴.

Odpovědnost hostinských je za všechny věci, které přijali a které se i bez jejich viny ztratily. Dále odpovídají za jakoukoli vzniklou škodu na těchto věcech.⁵ Za škodu, kterou způsobili pracovníci hostince na věcech hostů odpovídá provozovatel (majitel), neboť on odpovídá za výběr svého personálu⁶.

² Dig. 4, 9, 7, 6 Ulpianus.

³ Dig. 4, 9, 1 Ulpianus libro 14 ad edictum, Dig. 4, 9, 2 Gaius libro quinto ad edictum provinciále, Dig. 4, 9, 3 Ulpianus libro 14 ad edictum, Dig. 4, 9, 4 Paulus libro 13 ad edictum, Dig. 4, 9, 5 Gaius libro quinto ad edictum provinciále, Dig. 4, 9, 6 Paulus libro 22 ad edictum, Dig. 4, 9, 7 Ulpianus libro 18 ad edictum.

⁴ Dig. 4, 9, 1, 1 Ulpianus libro 14 ad edictum.

⁵ Dig. 4, 9, 3, 1 Ulpianus i.f. + Dig. 4, 9, 3, 2 Ulpianus.

⁶ Dig. 4, 9, 7, 1 Ulpianus.

Přijetí hosta

Přijetí hosta je nadpis § 970 občanského zákona⁷.

§ 970

Hostinští, kteří poskytují cizincům bydlo, ručí jako schovatelé za věci, které byly vneseny od přijatých hostů, pokud nedokáží, že škoda není ani zaviněna jimi nebo někým z jejich lidí, ani způsobena cizími osobami, jež z domu odcházejí a do něho přicházejí.

Spolupůsobilo-li při vzniku škody zavinění poškozeného, rozhodniž soudce podle okolností, zda a v jaké výši přísluší náhrada.

Za vnesené platí věci, jež byly hostinskému nebo některému z jeho lidí odevzdány nebo přineseny na místo jimi vykázané, nebo k tomu určené. Právě tak ručí podnikatelé, kteří mají stáje a skladní místnosti, za postavená u nich zvířata, vozidla a věci na nich se nalézající.

Hostinským za rovnou se pokládají držitelé lázeňských ústavů vzhledem k věcem lázeňských hostů, které podle zvyku se vnášejí.

Tímto ustanovením se začínají do právní úpravy odpovědnosti za vnesené věci dostávat liberační důvody. Především je zavedeno tzv. *místo vykázané*, které slouží k odkládání či umístování věcí vnesených. Provozovatel se dále může liberovat pokud prokáže, že škodu nezpůsobil on nebo jeho zaměstnanci (jeho lidé), ale byla způsobena osobami cizími.

Vnesené věci

Odpovědnost za vnesené věci je upravena v ustanoveních §§ 433⁸ – 437 Občanského zákona⁹. V tomto příspěvku se zaměříme především na ustanovení § 433.

⁷ Obecný zákoník občanský ze dne 1. června 1811 ve znění předpisů jej měnících a doplňujících ke dni 1. 1. 1925.

⁸ § 433 odst. 1) Provozovatel poskytující ubytovací služby odpovídá za škodu na věcech, které byly ubytovanými fyzickými osobami nebo pro ně vneseny, ledaže by ke škodě došlo i jinak. Vneseny jsou věci, které byly přineseny do prostor, které byly vyhrazeny k ubytování nebo k uložení věci, anebo které byly za tím účelem odevzdány provozovateli nebo některému z pracovníků provozovatele. Odst. 2) Je-li s provozováním nějaké činnosti zpravidla spojeno odkládání věci, odpovídá ten, kdo ji provozuje, fyzické osobě za škodu na věcech odložených na místě k tomu určeném nebo na místě, kam se obvykle odkládají, ledaže by ke škodě došlo i jinak. Odst. 3) Odpovědnosti podle odstavců 1 a 2 se nelze zprostit jednostranným prohlášením ani dohodou.

⁹ Zákon č. 40/1964 Sb. Občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů.

Odpovědnost za škodu způsobenou na vnesených nebo odložených věcech je odpovědností objektivní, která se vztahuje na tři okruhy provozovatelů: 1) na poskytovatele ubytovacích služeb ohledně věcí vnesených do prostor ubytovatele. 2) na provozovatele činností, při nichž zákazník obvykle odkládá své věci a je nucen přerušit nad nimi dohled. 3) na provozovatele garáží a podniků podobného druhu ohledně dopravních prostředků v nich umístěných.¹⁰

Aby mohla vzniknout odpovědnost za vnesené věci, tak musí mezi provozovatelem a fyzickou osobou, která si věci vnáší, existovat závazkový vztah – poskytování služby¹¹. Tento smluvní vztah je podmínkou pro založení objektivní odpovědnosti za vnesené věci. Ergo, ne každá vnesená či odložená věc je předmětem této odpovědnosti provozovatele podle § 433, nýbrž věc musí mít vztah k osobě, které je určitá služba poskytována¹², za věci odložené ve smyslu ustanovení § 433 se považují jen ty věci, které je nutno za účelem využití služby odložit¹³.

Současná právní úprava operuje s termínem “místo vyhrazené k odkládání”. Pokud si poskytovatel služby vyhradil místo určité k odkládání věcí, odpovídá jen za ty věci, kterou jsou na tomto místě umístěny. Tímto místem se zpravidla rozumí šatna, kabinky, věšáky apod. V tomto případě poskytovatel neodpovídá za škodu způsobenou na věcech, které nebyly odloženy v tomto určeném prostoru. Ale příjemci služeb musí být o tomto vyhrazeném prostoru informováni. Je-li k dispozici šatna, na jejíž existenci byl zákazník upozorněn (např. zřetelným označením), takže se o této možnosti musel dozvědět, provozovatel neodpovídá za škodu na věcech odložených na jiných místech. Nestačí-li vyhrazený prostor, pak provozovatel odpovídá i za věci, které byly odloženy na jiném obvyklém místě.¹⁴

Závěr

Odpovědnost je základním stavebním kamenem soukromého práva. Honorárním právem vytvořená odpovědnost starověkých hostinských – *caupones* se stala základem právní odpovědnosti dnešních provozovatelů služeb za vnesené a odložené věci – za jejich ztrátu či poškození. Tuto

¹⁰ Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kolektiv: Občanský zákoník I, II. 2. vydání, Praha 2009, str. 1259.

¹¹ 25 CDo 2976/2006.

¹² Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kolektiv: Občanský zákoník I, II. 2. vydání, Praha 2009, str. 1261.

¹³ Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kolektiv: Občanský zákoník I, II. 2. vydání, Praha 2009, str. 1261.

¹⁴ Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kolektiv: Občanský zákoník I, II. 2. vydání, Praha 2009, str. 1261.

právní odpovědnost vnesla do římského práva ediktální činnost římských soudních magistrátů. I dnes, jak plyne z obsáhlé ustálené rozhodovací praxe soudů, je tento právní institut velmi živý a neustále se vyvíjí a zpřesňuje v soudní praxi. Na závěr snad již jen připomenu slova pana profesora Urfuse, který na přednáškách říkal, že pokud je v provozovnách napsána cedulka, že se za odložené věci neručí, tak je správná, protože za odložené věci se odpovídá.

Literature:

- BONFANTE, P.: *Institute římského práva*. Brno. 1932. Přeložil. Vážný.
- ROTONDI, G.: *Leges publicae populi romani*. Milano. 1912.
- SMITH, W. A.: *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London, 1875.
- BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*, Praha 1994.
- PRAŽÁK, M., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J.: *Latinsko – český slovník*. Praha 1933.
- GAIUS: *Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Brno. Doplněk. 1999. přeložil Jaromír Kincl.
- BARTOŠEK, M.: *Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje*. Praha 1995.
- BERGER, A.: *Encyclopedic dictionary of Roman law*, New Jersey 2004.
- BLAHO, P.: *Justiniánské Inštitúcie*. Trnava 2000.
- DULCKHEIT, G., SCHWARTZ, F.: *Römische Rechtsgeschichte*. München 1970.
- ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: *Osnova občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích*. Plzeň. 2009.
- GROH, V.: *Starý Řím*. Praha 1931.
- GRANT, M.: *Dějiny antického Říma*. Praha 1999.
- HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a systém práva římského*. Praha 1910.
- Kol. autorů: *Encyklopedie antiky*. Praha 1973.
- SEDLÁČEK, J.: *Obligační právo 1. - 3. díl*. Praha : Wolters Kluwer ČR. 2010.Reprint.
- SKŘEJPEK, M.: *Texty ke studiu římského práva*. Praha 2001.
- SKŘEJPEK, M.: *Ius et religio. Právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov 1999.
- SKŘEJPEK, M.: FALADA, D., KUKLÍK, J. *Exegésis - výklad právních textů*. Plzeň 2008.
- SOMMER, O.: *Prameny soukromého práva římského*. Praha 1932.
- SOMMER, O.: *Texty ke studiu soukromého práva římského*. Praha 1932.
- SOMMER, O.: SCHRUTZ, O., HÝSEK, M. *Co nás pojí s antikou I*. Praha 1925.

- ŠVESTKA, SPÁČIL, ŠKÁRKOVÁ, HULMÁK a kolektiv:
Občanský zákoník I, II. 2. vydání, Praha 2009
- JUSTINIANUS: Corpus iuris civilis. Edice I.L.G. Becka. Lipsko
1825. 1. – 5 díl.

Contact – email
frydekjr@volny.cz

TZV. DĚLENÉ VLASTNICTVÍ V 19. A 20. STOLETÍ (K PROMĚNÁM CHÁPÁNÍ TRADIČNÍHO POJMU V DOMÁCÍ PRÁVNÍ VĚDĚ)

ONDŘEJ HORÁK

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci

Abstract in original language

Článek se věnuje názorům české právní vědy na tzv. dělené vlastnictví. Tento typický institut středověkého práva byl zakotven ještě v *ABGB* a byl součástí českého právního řádu až do roku 1950. Problematika děleného vlastnictví však byla diskutována také v rámci socialistické právní vědy.

Key words in original language

Vlastnické právo; dělené vlastnictví; občanské právo; *ABGB*; Randa; Krčmář; Sedláček.

Abstract

The article deals with opinions of Czech jurisprudence on so-called divided ownership. This typical medieval institute was still codified in *ABGB* and it was part of Czech law until 1950. However the question of divided ownership was seriously discussed during the socialist period as well.

Key words

Property law; Divided ownership; Civil law; *ABGB*; Randa; Krčmář; Sedláček.

A) Úvod – normativita vs. fakticita¹

V právním vývoji se pravidelně setkáváme s napětím i interakcí normativity a fakticity a s působením normativní síly skutečnosti. Základní myšlenkou těchto úvah bývá sjednocení faktického a právního stavu. Právo k tomu využívá různá řešení a instituty: obecné a historicky nejvýznamnější řešení představuje obyčejové právo, ze specifických institutů můžeme uvést promlčení či vydržení a z oblasti vlastnických vztahů právě tzv. dělené vlastnictví.

Praktických případů bychom objevili celou řadu: např. reálné vlastnické vztahy většiny rodin bydlících ve vícegeneračních domech fungují na principu „děleného vlastnictví“, konkrétně fideikomisu, kdy o nemovitosti jako jediné větší majetkové hodnotě většiny takových rodin nerozhodujete

¹ Tento příspěvek vznikl v souvislosti s řešením grantového projektu GAČR č. 407/09/0626 „Jaromír Sedláček a prvorepublikové názory na vlastnictví“.

pouze „formální vlastník“ zapsaný v katastru nemovitostí, ale rodina jako celek. Existuje však celá řada dalších vztahů připomínajících nejen de facto, ale i de iure tuto tradiční instituci. Dělené vlastnictví má nejen slavnou minulost, kdy sehrálo svoji významnou historickou úlohu (zvláště u poddansko-vrchnostenských vztahů k půdě), ale také dosud nevyčerpaný potenciál pro budoucnost, jak se ukazuje z opakovaných snah o jeho využití (v našem kulturním prostoru zvláště v německy mluvících zemích).

B) Vlastnictví a „dělené“ vlastnictví

U tzv. děleného vlastnictví narážíme na řadu sporných momentů, ať už jde o vlastní pojem, historický význam či moderní přesahy. Ve vývoji evropského právního myšlení se jednalo o poměrně často promyšlenou otázku – od éry glosátorů až po německou historicko-právní školu. Dosah teoretických představ o děleném vlastnictví sice nebyl (alespoň ve středověku) pro praxi nijak výrazný, o to významnější roli však sehrál ve vývoji dobového myšlení a v symbolické rovině pro charakteristiku celé epochy feudalismu.

Zatímco však v zahraniční, zvláště německé literatuře, byla dělenému vlastnictví věnována poměrně velká pozornost, jak v rámci prací o vlastnictví, tak i samostatně, v domácí literatuře najdeme naopak pouze drobnější práce.² Přesto můžeme tvrdit, že naši právní historici sice stručně, ale dostatečně (formou recenzí či vlastních článků) zprostředkovali výsledky zahraničního bádání.³ Vyzdvihnout musíme zejména postavu Valentina Urfuse a jeho speciální příspěvky týkající se vlastnictví i jeho syntetickou práci o dějinách evropského právního myšlení.⁴

² Srov. WAGNER, Heinz. *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*. Breslau: Martin, 1938, a BUSZ, Berndt. *Die historische Schule und die Beseitigung des geteilten Eigentums in Deutschland*. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert. München: nákl. vl., 1966. /Buszova práce mi však zůstala nedostupnou./ Nověji: KRAUSS, Frank M. *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*. Eine Untersuchung zum Fortbestand des Teilungsgedankens. Frankfurt am Main [u.a.]: P. Lang, 1999 /literatura, s. 155-166/, a LEHMANN, Jochen. *Sachherrschaft und Sozialbindung?* Ein Beitrag zu Gegenwart und Geschichte des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, zvl. s. 138nn., 239nn. a 298nn. /literatura, s. 323-351/.

³ Můžeme uvést zejména recenzi Wagnerovy knihy (op. cit. v pozn. 2) z pera M. Vaňka in: *Sborník věd právních a státních*, 1939, ro. 38, s. 193-196.

⁴ Srov. URFUS, Valentin. Středověké představy o děleném vlastnictví a jejich oživení na konci feudalismu. In *AUB-Iuridica 20. Sborník prací učitelů právnické fakulty v Brně*, 1976, roč. 6, s. 183-201; též. *Dominium a usus modernus pandectarum*. K názorům právní vědy recipovaného římského práva na vlastnictví v předvečer kapitalistické epochy. In *AUC-Iuridica*, 1983, roč. 29, č. 4, s. 297-319, a též. *Historické základy novodobého práva soukromého*. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, zvl. s. 36-37.

V právní vědě existují tři základní přístupy k dělenému vlastnictví: 1) neexistuje, 2) je omezeno pouze na éru feudalismu, 3) jde o obecný termín bez vztahu ke konkrétní společenské situaci. Každý z těchto přístupů je akceptovatelný a zdůvodnitelný: v zásadě to je pouze otázka terminologická, která je však úzce provázána s celou problematikou vlastnictví a měla v 18. a zvláště v 19. století dalekosáhlé důsledky ideologické i faktické. Z hlediska klasické (původem římskoprávní) definice vlastnictví jako práva výlučné dispozice žádná kategorie děleného vlastnictví neexistuje, ale jedná se u těchto vztahů pouze o velmi široká oprávnění k věci cizí. Vznik teorie děleného vlastnictví je však paradoxně provázán právě s počátky rozvoje římskoprávní vzdělanosti ve středověku a s fenoménem tzv. recepce římského práva, konkrétně pak s působením škol glosátorů a postglosátorů (komentátorů). Glosátoři k myšlence děleného vlastnictví dospěli při rozebírání justiniánských textů týkajících se rozdílu vydržení věcí movitých (*usucapio*) a nemovitých (*longi temporis praescriptio*). Zatímco u věcí movitých získával oprávněný skutečné vlastnictví, tak u věcí nemovitých pouze právo vlastnictví analogické, které nebylo chráněno skutečnou vlastnickou žalobou, ale pouze žalobou „obdobnou“ (*actio utilis*). Podle toho pak také někteří rozlišovali „dvojí vlastnictví“ (*dominium directum* a *dominium utile*). Stalo se tak spíše nepochopením římskoprávního pojetí vlastnického práva, jež z podstaty věci nemohlo strpět žádné obdobné panství vedle sebe. Představitelé postglosátorů se pak snažili římskoprávní dědictví přizpůsobit realitě středověké Evropy, pro kterou byly naopak společné právní vztahy k jedné věci charakteristické – ať už šlo o vztahy seniora a vazala nebo vrchnosti a poddaného. Zatímco v myšlení glosátorů stála oprávnění ještě proti sobě, tak v pojetí komentátorů byla vzájemně provázána a uspořádána hierarchicky.⁵ „Vrchní“ vlastnictví bylo, jak už napovídá samotný název, chápáno původně jako určující. Dokonce bylo chápáno jako součást vladařských oprávnění a bylo úzce provázáno s veřejnou mocí (o vrchním vlastnictví se mluvilo jako o *dominiu eminens*).⁶ Důležité však je, že se

⁵ Např. Baldus rozlišoval *dominium superius (proprietas)* a *dominium inferius*, v německé terminologii *Obereigenthum* a *Minder-*, resp. *Untereigenthum*.

⁶ Není bez zajímavosti, že teorie o *dominiu eminens* se později objevila při zdůvodňování zásahů státu do soukromého vlastnictví, konkrétně při formování názorů na vyvlastnění a s tím spojenou otázkou náhrady, což je dobře sledovatelné zvláště při přípravě rakouské kodifikace soukromého práva (1753-1811). Zatímco *Codex Theresianus* a *Hortanova osnova* upravovaly institut vyvlastnění – a to právě pod vlivem učení Hugo Grotia o *dominium eminens* státu – bez povinnosti poskytnout přiměřenou náhradu, naopak *Západohaličský občanský zákoník* (§ 84) a *Martiniho osnova* připouštěly vyvlastnění, jen pokud to vyžaduje obecné dobro a za přiměřené odškodné. Blíže: SWOBODA, Ernst. *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*. Graz: Moser, 1926, s. 108n. Obecně: SCHWAB, Dietrich. Heslo „Eigentum“. In BRUNNER, Otto, CONZE, Werner, KOSELLECK, Reinhart (edd.). *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. II. E-G. Stuttgart: Klett; Cotta, 1975, zvl. s. 95-99. Přitom však sám Grotius ve své stěžejní práci *De iure belli ac pacis* uváděl, že ten, kdo byl ve veřejném zájmu na svých právech zkrácen, má dostat přiměřenou

význam postupně přesouval k vlastnictví „užitkovému“, což vyústilo na přelomu 18. a 19. století v německé právní vědě v chápání práv lenního pána i pozemkové vrchnosti spíše jako břemeno omezující vlastnictví leníka či poddaného. V 19. století se pak v českých zemích selské i lenní užitkové vlastnictví stalo vlastnictvím plným, výlučným podle římskoprávního vzoru.

Dalším zajímavým momentem je skutečnost, že se z feudální nauky o děleném vlastnictví stala obecná kategorie, která bývá aplikována jak na vlastnické vztahy v rámci staršího právního vývoje (mj. také z archaického Říma)⁷, tak i vztahy vznikají v dynamicky se rozvíjející moderní společnosti.

Vlastnictví jako způsob přivlastňování je neodmyslitelně spjatý s každou lidskou společností a nejednou v dějinách bylo rozšiřováno i mimo ni – vlastnictví bylo považováno za jedno z nejdůležitějších přirozených práv a za prototyp subjektivního práva. Zdá se být sice nepochybné, že kategorie typu „moje“, „tvoje“ či „naše“ jsou dány apriorně a že jsou imanentní každému lidskému společenství, formy vlastnictví se však proměňují a pojem vlastnického práva je proto úzce provázán s vývojem společnosti. Pokud se pokusíme o odvážné zobecnění, tak můžeme v zásadě rozlišit dva základní přístupy k vlastnictví:

1) přístup „mocenský“: vlastnictví jako „nejsvrchovanější“ právní moc, jako právo výlučné dispozice, což asi také nejlépe odpovídá římskému klasickému chápání vlastnického vztahu;

2) přístup „sociologický“: vlastnictví jako soubor oprávnění, lze jej proto dělit, což bylo charakteristické jak pro feudální, tak i komunistické chápání vlastnických vztahů.

Teoretické uchopení těchto dvou koncepcí odkazuje v evropském právním myšlení až do 14. století k předním postglosátorům Bartolovi de Saxoferrato a jeho nejvýznamnějšímu žákovi Baldovi de Ubaldis. Oba sice vycházeli z římskoprávních textů, dospěli však k odlišným definicím vlastnického

náhradu. Srov. PRAŽÁK, Jiří. Nárok expropriata na vyplacení přiměřené náhrady. *Právník*, 1875, roč. 14, s. 145-146.

⁷ Ve starém římském právu, kde ještě nebyla kategorie věcných práv k věci cizí vyvinuta, byly jako příklady funkčně děleného vlastnictví uváděny autory (můžeme jmenovat P. Koschakera, M. Kasera, H. Krellera či E. Weisse) zejména čtyři staré polní služebnosti (*iter, actus, via, aquae ductus*), dále právo požívací (*ususfructus*) a vztahy založené fiduciárním převodem (*mancipatio fiduciae causa*). Srov. KASER, Max. *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*. In *Festschrift Paul Koschaker*. Bd. 1. Weimar: H. Bohlau, 1939, s. 445-478; WEISS, Egon. *Zwei Beiträge zur Lehre vom geteilten Eigentum*. Athenai: Akademia Athenon, 1948 [název řecky, vlastní text německy], a stručné shrnutí: KASER, M. *Das römische Privatrecht*. Bd. 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München: C.H. Beck, 1971, s. 143-144.

práva: zatímco Baldus kladl u vlastnických vztahů důraz na mocenskou, tak Bartolus na uživatelskou stránku.⁸ Tyto dvě definice sváděly a dodnes svádí v jistém smyslu „boj“, v současné Evropě však nepochybně vítězí přístup „mocenský“, který je právně jednodušší a současně vhodnější pro řešení sporů, i když realitě odpovídá jen minimálně a je dán pouze pojmově.

Jinou spornou otázkou se středověkými kořeny, která má pro vymezení vlastnického práva dodnes velký význam, představuje dvojí chápání předmětu vlastnictví (buď pouze věci hmotné nebo naopak každá majetková hodnota) a tomu odpovídající rozlišování dvojího vlastnictví. Oba přístupy můžeme opět ukázat na Bartolovi: definoval totiž vlastnictví jako právo disponovat s věcí v mezích daných platným právním řádem, které však spojil pouze s hmotnou věcí, dále však rozlišoval také vlastnictví v širším smyslu, jehož předmětem mohla být také věc nehmotná (ať už mělo jít o věcné právo k věci cizí nebo o obligační právo). Opakované snahy evropské právní vědy vyrovnat se s otázkou římské *res incorporales* a možnosti vlastnictví pohledávky (práva) vypovídají mnohé o aktuálnosti římskoprávního i středověkého dědictví. Široká koncepce předmětu vlastnictví má silné myšlenkové zázemí zejména v našem právním vývoji: našla své zastánce jak v ABGB, tak i v meziválečném návrhu z roku 1937 a nejnověji také v návrhu nového občanského zákoníku.⁹

C) Tzv. dělené vlastnictví v domácím právním vývoji

Podrobněji se nyní vrátíme k problematice děleného vlastnictví v domácím právním vývoji a v právní vědě 19. a 20. století. Snažíme se tak volně navázat na již zmiňovaný článek prof. Urfuse, ve kterém se věnoval staršímu právnímu vývoji v českých zemích.¹⁰ Začneme proto až vydáním první moderní a komplexní soukromoprávní kodifikace v našem právním vývoji – Všeobecného občanského zákoníku z roku 1811.

⁸ URFUS, V. *Historické základy novodobého práva soukromého*, s. 37-39.

⁹ O věci v právním smyslu a předmětu věcných práv existuje velmi bohatá literatura, srov. zvl. DAJCZAK, Wojciech. *Rzymska res incorporalis k kształtowanie się pojęć „rzeczy“ i „przedmiotu praw rzeczowych“ w europejskiej nauce prawa prywatnego*. Poznań: Adam Mickiewicz University Press, 2007, tam další literatura, s. 238-250. Tento významný polský právní historik se zabýval významem Gaiova dělení věci na *res corporales* a *res incorporales* pro pozdější právní vývoj; z hlavních okruhů kontinentálního právního systému zohlednil zejména občanské právo francouzské (*Code civil*) a německé (*BGB*), rakouské právo (*ABGB*) a rakouskou civilistiku však ponechal stranou. Nověji k domácímu právnímu vývoji srov. HORÁK, Ondřej, ŠTACHOVÁ, Nad'a. Věc v právním smyslu: historicko-srovnávací úvaha. In CZUDEK, Damian, KOTÁSEK, Josef, NECKÁŘ, Jan (edd.). *Interakce českého a evropského práva*. Brno: MU, 2009, s. 405-435. /CD-ROM/

¹⁰ URFUS, V. *Středověké představy...*, zvl. s. 192nn.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) obsahoval na rozdíl od soudobého francouzského *Code civil* institut děleného vlastnictví (§ 357-360, 629, 1122-1150), kdy k jedné věci existovalo *dominium directum* (přímé, vrchní, k podstatě) a *dominium utile* (užitkové, k užitkům). Teorie děleného vlastnictví se proto užívala pro poměry lenní (§ 359) a poddanské (dědičný pacht § 1122 a dědičný úrok/činže § 1123), dále také pro svěřenectví neboli *fideikomis* (§ 629), pro dědičné právo k povrchu neboli *superficies* (§ 1125) a pro právo na duchovní obročí neboli *beneficium* (postavení duchovního poživitele – *beneficiata* bylo chápáno obdobně jako postavení leníka). Myšlenka děleného vlastnictví se do kodifikace prosadila až v tzv. *Martiniho osnově* a jako hlavní inspirační zdroj bývá většinou uváděn pruský *Allgemeines Landrecht (ALR)* z roku 1794 (I. 8., § 19 a 20).¹¹

Zakotvení děleného vlastnictví bývá literaturou většinou chápáno jako relikv feudální koncepce vlastnického práva, který měl degradovat rakouskou kodifikaci občanského práva, jako přežitek, který měl být s postupným rušením vztahů děleného vlastnictví stížen obsoletností. Pokud však uvážíme, že koncepce děleného vlastnictví upevňovala v případě dědičného pachtu poddaných jejich postavení, tak měla i dobově velký význam. Společenský a s ním provázaný právní vývoj se po přijetí *ABGB* postupně vydal „antifeudálním“ směrem: pokud bychom chtěli stručně shrnout proměny v koncepci vlastnictví/vlastnického práva v 19. a v první polovině 20. století v zákonodárství a právní vědě, tak k výrazným rysům bezesporu patřilo ovlivnění římskoprávním myšlením zprostředkovaným dobovými (německými) vědeckými školami, což se projevilo 1) ve zdůrazňování výlučnosti vlastnictví, resp. v postupném rušení vztahů děleného vlastnictví, a 2) v omezování předmětu vlastnického práva pouze na hmotné věci.¹²

Nejprve došlo ke zrušení poddansko-vrchnostenských vztahů po roce 1848, a to patentem ze dne 7. září 1848, čís. 1180 Sb. z. s. a zákonem ze dne 4. března 1849, č. 152 ř. z.¹³ Dále pak následovalo rušení lenních vztahů v letech 1862 až 1869, což byl odstartováno zákonem ze dne 17. prosince 1862, čís. 103 ř. z., o *částečném zrušení svazku manského*, podle kterého se měla alodifikace provést za náhradu a také bylo zakázáno zřizování nových

¹¹ Ke genezi děleného vlastnictví při kodifikaci rakouského občanského práva srov. PICHLER, Johannes W. Das geteilte Eigentum im ABGB. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1986, roč. 8, s. 23-42.

¹² K tomu širěji srov. HORÁK, O. Proměny koncepce vlastnictví v období rakouské ústavnosti. In SCHELLE, Karel, VOJÁČEK, Ladislav (edd.). *Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve středoevropském kontextu*. Bratislava: BVŠP, 2007, s. 95-102.

¹³ Přehledně viz článek prof. Sedláčka, původně určený pro francouzskou revue, k jehož uveřejnění došlo až po Sedláčkově tragickém úmrtí při náletu na Brno. Srov. SEDLÁČEK, Jaromír. Vývoj právních předpisů o selských usedlostech v Čechách a na Moravě od polovice XVIII. století. *Právní praxe*, 1945, roč. 9, č. 1 (4), s. 126-135.

lén. Také čl. 7 státního základního zákona čis. 142/1867 ř. z., *o všeobecných právech státních občanů*, mimo deklaraci o zrušení poddanství a nevolnictví, stanovil, že všechny závazky váznoucí na nemovitosti z titulu děleného vlastnictví je možné vykoupit a nadále se už nesmí zřizovat závazky, které vykoupit nelze. Ostatní léna pak byla zrušena zákony ze dne 12. května 1869, čis. 103-112 ř. z., vydanými speciálně pro jednotlivé země (čis. 103 pro Moravu, čis. 106 pro Čechy a čis. 107 pro Slezsko). Alodifikace se však podle těchto zákonů prováděla postupně a nepodléhala jí léna úřední a léna řádu Německých rytířů.¹⁴ Fideikomisy/svěřenečství byly zrušeny až po vzniku Československa zákonem čis. 179/1924 Sb. z. a n.¹⁵ Ale ani poté se paragrafy o děleném vlastnictví nestaly obsoletními ustanoveními (viz zejména duchovní benefícia, ale i jiné specifické právní vztahy).¹⁶

„Feudální“ koncepce vlastnictví kupodivu nacházela své uplatnění i v nových podmínkách. Na staré inspirační zdroje poukazovala literatura např. u práva stavby, které však podle § 5 zákona čis. 86/1912 ř. z. nebylo konstruováno jako dělené vlastnictví, ale jako břemeno dotčené nemovitosti.¹⁷ O jejím využití se dokonce uvažovalo i po vzniku

¹⁴ Srov. ČÁDA, František. Lenní právo. In HÁCHA, Emil, HOETZEL, Jiří, LAŠTOVKA, Karel, WEYR, František (edd.). *Slovník veřejného práva československého*. Díl II. Brno: Polygraphia; R. M. Rohrer, 1932, s. 487-494, dále Komentář Františka Roučka (1935) a Komentář Jaromíra Sedláčka k §§ 353-446 všeob. obč. zák. (1935). Pojednání obou civilistů a Čádovo se ovšem v otázce rušení lén různí.

¹⁵ *Code civil* v čl. 896 zakázal omezování dědiců, což se v zemích, kam dosáhl francouzský vliv (např. v Rýnském spolku), projevovalo rušením fideikomisů. Po Napoleonově prohře však došlo k jejich obnově i v samotné Francii, kde byly zrušeny už od roku 1792. U nás se přistoupilo k omezování fideikomisů už v rámci josefínských reforem, ze kterých však po smrti císaře zůstalo zachováno jen torzo. Obecnou proměnu nejen středoevropskému prostoru přinesla až první světová válka, po které byly fideikomisy převážně zrušeny. V Německu se tak stalo v návaznosti na čl. 155 Výmarské ústavy zvláštními zákony jednotlivých zemí; došlo k tomu také v nástupnických státech bývalé rakousko-uherské monarchie. Srov. např. SATURNÍK, Theodor. *Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě*. Nástin přednášek. Praha: nákl. vl., 1945, 68n., a KRČMÁŘ, Jan. Fideikomisy. In HÁCHA, E., a kol. (edd.). *Slovník veřejného práva československého*. Sv. I. A-J. Brno: Polygraphia; R. M. Rohrer, 1929, s. 594-598.

¹⁶ Jako zajímavost můžeme uvést charakter liechtensteinských majetků v českých zemích: vlastnictví (vrchní, k podstatě) bývalého primogeniturního fideikomisu zrušeného zákonem čis. 179/1924 Sb. náleželo v důsledku recepce zákona čis. 15/1893 ř. z. podle Jaromíra Sedláčka vládnoucí dynastii jako korporaci a mělo charakter korunních statků. Panující kníže byl sice také považován za vlastníka (zápis v pozemkových knihách a aktivní legitimace k reivindikační žalobě), ovšem za vlastníka dočasného a podmíněného, a to z titulu regenta a hlavy státu. Blíže: SEDLÁČEK, J. *Právní posice rodu knížat z Liechtensteinu a na Liechtensteině podle práva československého*. Sv. I. Tištěný posudek. Olomouc: nákl. vl., 1928, s. 115-116, 123, 131, 133 a 146.

¹⁷ Srov. SVOBODA, Emil. Nové právo k povrchu. In Týž. *Výbor prací z práva občanského a z právní filosofie*. K šedesátým narozeninám prof. Dr. E. Svobody. Praha: Melantrich,

samostatného československého státu při přípravě tzv. záborového zákona (čís. 215/1919 Sb. z. a n.), kterým odstartovala meziválečná pozemková reforma.¹⁸ Nakonec sice bylo zvoleno řešení jiné, které se však také nechalo inspirovat minulostí, neboť tzv. přidělový zákon (čís. 81/1920 Sb. z. a n.) zavedl institut „rolnického nedílu“, na kterém byl vlastník povinen řádně hospodařit a mohl jej zcizit jen se souhlasem Státního pozemkové úřadu. Toto legislativní řešení přesto dělené vlastnictví připomínalo, a proto býval „rolnický nedíl“ někdy označován také jako „rolnický fideikomis“ či „rolnické léno“.¹⁹ Jak ostatně upozorňoval prof. Rouček ve známém prvorepublikovém Komentáři, mohly vznikat, pokud by se nejednalo o léna nebo fideikomisy, i nové případy děleného vlastnictví, avšak buď jako vykupitelné, nebo sice bez práva výkupu, ale jen na určitou dobu: tak bylo např. možné zřídit *superficies* (tj. právo povrchu) nebo *emphyteusi* (tj. právo zákupní), ale jen s právem výkupu pro uživatelského vlastníka.²⁰ Až v osnově nového občanského zákona pak bylo navrženo zrušení všech ustanovení, která dělené vlastnictví zakotvovala. Nový občanský zákoník se však za první republiky – a to i přes dlouholeté kodifikační a s tím spojené unifikační snahy – schválit nepodařilo (návrh z roku 1937).

Nepochybně zajímavým momentem ve vývoji domácí právní vědy byla skutečnost, že naši významní civilisté pod vlivem německé pandektistiky interpretovali – a to i přes výslovné znění *ABGB* – pro ně „tak zvané dělené vlastnictví“ jako vlastnictví nedělené. Na čelném místě musíme zmínit zakladatele naší moderní civilistiky Antonína Randu a dále pak předního meziválečného civilistu Jana Krčmáře.²¹ Viktor Knapp sice výslovně zmiňoval pouze svého učitele Jana Krčmáře, ten však jen následoval svého

1939, s. 57-70. /Původně přednáška konaná v Právnické jednotě dne 30. ledna 1913, otištěno v *Právniku*, 1913, roč. 52, s. 113-131./

¹⁸ Srov. KRČMÁŘ, J. (ed.). *Zákon o zabránění velkého majetku pozemkového ze dne 16. dubna 1919 č. 215 sb. z. a n. (Zákon rámcový)*. Praha: Bursík & Kohout, 1919, s. 6-7.

¹⁹ Srov. SEDLÁČEK, J. *Pozemková reforma. Pět civilistických úvah o záboru velkého majetku pozemkového a o tom, co se zábořem souvisí*. Brno: Barvič & Novotný, 1922, s. 247.

²⁰ ROUČEK, Fr. Komentář k § 360. In ROUČEK, Fr., SEDLÁČEK, J. (edd.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl II. §§ 285-530. Praha: V. Linhart, 1935, s. 218.

²¹ Srov. RANDA, Antonín. *Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém*. 7. vyd. Praha: Česká akademie pro vědy, slovesnost a umění, 1922, s. 3-7, zvl. s. 5, a KRČMÁŘ, J. *Právo občanské*. Díl II. Práva věcná. 3. dopl. vyd. Praha: Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1946, s. 100nn. Randu jako reprezentativního představitele rakouské civilistiky zmiňuje spolu s Ungerem řada autorů, např. také H. Wagner (op. cit. v pozn. 2, s. 98).

učitele, kterým byl právě Randa.²² Prof. Krčmář byl navíc také referentem České akademie o redakci 6. vydání Randovy práce (1917, 7. vyd. pak vyšlo v roce 1922 v nezměněné podobě), která byla svěřena dr. Vojtěchu Kasandovi, a také s ním redakční práce konzultoval.

Mohlo by se zdát, že myšlenka děleného vlastnictví byla jak vývojem zákonodárství, tak i právní vědy zcela zatlačena do pozadí. Překvapivě se však do odborné literatury vrátila v podmínkách budování socialistické společnosti a odrážela také diskuze z dalších socialistických zemí (Sovětského svazu, Jugoslávie a Polska). Konkrétně měla alespoň podle některých autorů charakterizovat vztahy státního a podnikové vlastnictví. V éře normalizace však byla odhalena jako „revizionistická“ a jako taková odmítnuta.²³

D) Závěrečné zamyšlení

Celá řada autorů, která se věnovala vlastnické problematice v právním vývoji a zvláště pak otázce děleného vlastnictví, přesvědčivě ukázala, že moderní pojem „výlučného“ vlastnictví není samozřejmý a nadčasový, jak se často tvrdilo a občas stále tvrdí, ale že vlastnictví je historicky a společensky podmíněnou kategorií. Opakovaně se přitom v právním vývoji setkáváme se situací, kdy existuje objektivní zájem na narušení či naopak upevnění některých právních vztahů, zejména z důvodů reformních a sociálních – typicky ve vztahu k pozemkovému vlastnictví a dále také v bytové oblasti. V německé literatuře byly v tomto ohledu diskutovány např. fiduciární převod práva a charakter nájmu bytu a zejména pak dědičné právo stavby (*das Erbbaurecht*) a právo trvalého bydlení (*das Dauerwohnrecht*); obdobná, poměrně široce založená diskuze se vedla také v rakouské právní vědě.²⁴ Zřetelně se tedy ukazuje, že kategorie děleného vlastnictví je stále nosná a že se uplatňuje jako myšlenková abstrakce pro poměry, kdy je vlastník dlouhodobě omezen velice širokým věcným právem, které je dědičné a zcizitelné. V zahraničí vedené diskuze pak mohou být nepochybně inspirativní také pro české poměry: ať už u

²² Srov. KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C.H. Beck, 1996, s. 155 (kde odkazuje na Krčmářovy *Práva věcná*. 2. vyd. Praha: Všeohr, 1934, s. 108).

²³ Srov. LUBY, Štefan. Buržoázna a revizionistické vlastnícke teórie. In FABIAN, Kamil (red.). *Kritika buržoazních a revizionistických koncepcí státu a práva*. Praha: Academia, 1975, s. 561-601, zvl. s. 592-596.

²⁴ K myšlence děleného vlastnictví v německém platném právu a právní vědě srov. KRAUSS, F. M. *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*, s. 84nn., zvl. s. 141-144, v rakouském právu pak: PICHLER, Johannes W. *Das geteilte Eigentum im ABGB*, zvl. s. 23-26.

problematiky nájmu bytu, který stále více získává věcně-právní charakter²⁵, či v budoucnu u práva stavby, které je staronově zakotveno v návrhu občanského zákoníku (vrací se k zásadě *superficies solo cedit*, kdy stavba bude opět považována za součást pozemku), tak i pro řadu nových vztahů vznikajících v dynamicky se rozvíjející moderní společnosti.

Literature:

- BRANDT, Reinhard. *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*. Stuttgart: Frommann-Holzboog, 1974. /Grotius, Cumberland, Locke, Hume, Rousseau a Kant./
- BRUNNER, Otto, CONZE, Werner, KOSELLECK, Reinhart (edd.). *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Bd. II. E-G. Stuttgart: Klett; Cotta, 1975. /4. Aufl. 1998./
- BUSZ, Berndt. *Die historische Schule und die Beseitigung des geteilten Eigentums in Deutschland*. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert. München: nákl. vl., 1966. /Hochschulschrift./
- ERLER, Adalbert, KAUFMANN, Ekkehard (edd.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. HRG. Bd. I. Aachen - Haussuchung. Berlin: E. Schmidt, 1971. /2. überarb. u. erw. Aufl. Bd. I. Aachen - Geistliche Bank. Berlin: E. Schmidt, 2008./
- HORÁK, Ondřej. *Liechtensteinové mezi konfiskací a vyvlastněním*. Příspěvek k poválečným zásahům do pozemkového vlastnictví v Československu v první polovině dvacátého století. Praha: Libri, 2010. /Brno, disertace, 2007./

²⁵ V zásadě jde o otázku důsledného rozlišování věcných a obligačních práv se všemi z toho plynoucími důsledky: římskoprávní zásada, že „kup ruší nájem“ přitom byla porušena už v *ABGB* a v meziválečné éře potom byla diskutována otázka věcně-právní ochrany pachtýře proti třetím osobám, resp. petitorní ochrany uživacích práv k cizí věci, která nakonec byla výslovně upravena v návrhu OZ z roku 1937 (§ 155) a ještě šířeji pak v OZ z roku 1950 (§ 152, odst. 2) a ve znění novel také v OZ z roku 1964 (§ 126, odst. 2) a nejnověji také v návrhu nového OZ (§ 981). K meziválečným diskuzím srov. DOSTALÍK, Petr. Obligační nebo věcně-právní účinky pachtu? Spor mezi F. Weyrem a M. Boháčkem. In BUBELOVÁ, Kamila (ed). *Polemiky a spory v právní vědě*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2010 (v tisku).

- KNAPP, Viktor. *Vlastnictví v lidové demokracii*. Právní úprava vlastnictví v Československé republice. Praha: Orbis, 1952.
- KRAUSS, Frank M. *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*. Eine Untersuchung zum Fortbestand des Teilungsgedankens. Frankfurt am Main [u.a.]: P. Lang, 1999. /Tübingen, disertace, 1998./
- LEHMANN, Jochen. *Sachherrschaft und Sozialbindung? Ein Beitrag zu Gegenwart und Geschichte des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. /Bonn, disertace, 2002./
- RANDA, Antonín. *Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém*. 7. vyd. Praha: Česká akademie pro vědy, slovesnost a umění, 1922.
- ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír (edd.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl I-VI. Praha: V. Linhart, 1935-1937. /Reprint Praha: Codex Bohemia, 1998./
- SEDLÁČEK, Jaromír. *Vlastnictví a vlastnické právo*. Brno: Barvič & Novotný, 1919.
- Týž (ed.). *Vlastnické právo*. Komentář k §§ 353-446 všeob. obč. zák. se zřetelem ku právu na Slovensku a Podkarpatské Rusi platnému. Praha: V. Linhart, 1935.
- URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. 2. dopl. vyd. Praha: C.H. Beck, 2001.
- WAGNER, Heinz. *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*. Breslau: Martin, 1938.

Contact – email
onhorak@post.cz

CODIFICATION OF THE CIVIL LEGISLATION OF FRANCE (HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS)

JURIY IVANOV

Voronezh State University, Russian Federation

Abstract

The necessity of codification of the civil legislation of France became acute at the end of the XVIII century. Up to 1789, legal regulations in the south France were based on Roman law, whereas different regions of the north France followed different legal regulations, based on local customs (coutume). On the eve of the French revolution there were about 360 coutumes and over 14400 laws which often contradicted one another. What is more, the French revolution brought about a lot of changes and directions which misbalanced the ordinance and the juridical practice, particularly concerning ownership and other privileges. This is why the main objectives of the Napoleon Bonaparte government were the unification of the private laws of France and the codification of its civil legislation. The Code Napoléon, established in 1804, adopted the Roman law, a variety of local coutumes and implemented the laws of the revolutionary period (1789-1799). The latter were influenced by the ideas of D. Diderot, F. Voltaire, J.J. Rousseau and other representatives of the Age of the Enlightenment. The development of the Code was a fundamental change in the nature of the legal system. The Code, with its stress on clearly written and accessible law, was a major step in replacing the patchwork of previous feudal juridical codes. The code forbade privileges based on birth, allowed freedom of religion, and specified responsibilities of civilians. Its structure was grounded on the institutional system which broadly followed Justinian's Corpus Juris Civilis in being divided into three books: the law of persons which includes the issues of marriage, of divorce, of paternity, of parental power, of minority and emancipation in articles 7-515; the law of things, which defines property in articles 516-710; and modes of acquiring ownership of things, which concentrates on donation, wills, conventional obligations and legal community in general (articles 711-2283). The Code Napoléon is the result of the thorough and thoughtful examination of the norms and principles of the civil laws; it is characterized by the unity of the subject matter and interconnection of its elements (articles of law). Thus, it is defined as a unified code of laws for regulating civil relations in France and across Europe. Initially it included 2881 articles of law. Curiously enough, although many issues were changed in two centuries, in France it survived virtually unaltered for more than 150 years. Some institutions, e.g. civil death, were abolished. The first book concerning personal status of people was fundamentally changed after World War II, with 55 % of the original code remained unaltered at all. However, if an issue of Napoleonic Code contradicts a subsequent law, it stands down. The Code Napoléon

influenced the law of many countries in Europe and contributed to the development of Romano-Germanic system of Law, what is known as a European judiciary. The influence of the Code came from its implementation across Napoleon's sphere of influence at the beginning of XIX century, including parts of Italy, Holland, Germany and others. In many ways, the Code has played a very important role of shaping society in Europe, as we know it today. Historian R. Holtman regards it as one of the few documents that have influenced the whole world. Some scholars note that France and Russia had similar political interests at those times and the ideas of the French Revolution were welcomed in Russia. However, the Otechestvennaya war (1812) did not favour the introduction of the Code in Russia, excluding some areas of Poland which were part of the Russian Empire in the XIX century. Although the export of the Code Napoléon to Russia was historically postponed, it had a great impact on the development of civil legislation of the Russian Empire as well as the Civil Code of the Russian Federation.

Key words

Codification; the Code Napoléon; coutume; Civil Code; French revolution; European judiciary; privileges; ownership.

Становление современного права - длительный исторический процесс, охватывающий несколько веков. Он начался еще в средневековье и протекал эволюционно, более плавно, чем соответствующие процессы в сфере политики и государства, где нередко они принимали форму общественных катаклизмов.

Необходимость кодификации гражданского законодательства Франции своими корнями уходит в далекое историческое прошлое. С XIII в. и вплоть до 1789 г. жители Севера и Юга Франции пользовались разными юридическими нормами. На Юге Франции в основе гражданской юридической практики лежало римское право. Его нормы были собраны Феодосием и Юстинианом в своде, откуда и пошло название писаного права. На Севере Франции в каждой местности существовали свои правовые обычаи - кутюмы, так называемое обычное право. Накануне Великой французской революции действовало не менее 60 общих кутюмов и более 300 - местного значения. С течением времени это различие становилось слабее, особенно в начале кодификации обычного права, но никогда окончательно не исчезало. Так, С.В. Боботов, обращаясь к судебным практикам того периода, пишет о том, что кодификация гражданского законодательства вполне сложилась в силу исторических причин. Если, например, рассматривать законодательство о собственности того времени, то «югу Франции были известны брачный договор, по которому каждый из супругов остается полным собственником принадлежащего ему имущества (за исключением приданого), неограниченное право завещания и сильная отцовская власть; север

знал общность принадлежащего супругам имущества, ограниченное право завещания и отцовская власть» [Боботов С.В., с. 103].

Революция 1789 г. привнесла очень много предписаний, которые, наслаиваясь на действующие ордонансы (законы), создавали неразбериху в правоприменительной практике, особенно в вопросах защиты права собственности и иных вещных прав. Еще с самого начала Великой французской революции встала задача создать общее для всей Франции гражданское право, которое являлось необходимым условием для развития капиталистических отношений.

В 1790 г. Учредительное собрание постановило подготовить единый Гражданский кодекс, распространяющийся на всю Францию. Но практически ничего сделано не было, и в Конституцию 1791 г. было перенесено лишь постановление о создании Кодекса.

Первый проект Гражданского кодекса, автором которого был Камбасерес, появился лишь в августе 1793 г. Он состоял из 695 статей и был признан Конвентом слишком сложным и недостаточно радикальным. Автору была поручена его доработка. Спустя почти год, 9 сентября 1794 г. Камбасерес представил новый проект, состоящий уже из 297 статей. Но вскоре Конвент прекратил существование, а во время Директории появился третий проект Камбасереса, состоящий из 1104 статей и значительно отличавшийся от первых двух [Рождение французской политико-правовой системы, с. 111]. Однако и этот проект был отвергнут, как и представленный чуть позднее проект Жаклино. Таким образом, попытки подготовить единый Гражданский кодекс не увенчались успехом и к началу XIX в. накопилось 14400 декретов, которые часто противоречили друг другу.

Наполеон Бонапарт, став первым консулом, с присущей ему энергией присоединился к инициативе Камбасереса по созданию Кодекса. Но теперь речь шла не о пересмотре имевшихся проектов, а о выработке нового. Наполеон пришел к выводу, что собственность и семья, составляя фундамент гражданского общества, нуждаются в особом попечении государства [Саньяк Ф., с. 36]. Он «с первых шагов дал понять, что будет отстаивать идеи Учредительного собрания: свободу личности, равенство всех перед гражданским законом, святость и неприкосновенность собственности, уравнительный, с исключением преимуществ первородство, порядок наследования, достойную и разумную организацию семьи» [Фоков А.П. Рецепция гражданского кодекса Франции., с. 50].

Таким образом, в законодательной политике Бонапарта того времени, отразились сложные экономические, социальные и политические обстоятельства той эпохи, когда старый уклад жизни был разрушен до основания, а новый еще не был создан. По мнению Наполеона, «в системе общественных отношений ничто не должно

зависеть от случая или произвола отдельных лиц», ибо гражданская свобода, законность и хороший кодекс сами по себе способны облагородить общество. «Я не знаю полуправа... Надо создать правовой порядок, если хочешь избежать тирании» [Вейдер Бен, с. 30].

Поэтому правительство Наполеона Бонапарта рассматривало завершение кодификации гражданского права как одну из важнейших задач. В 13 августа 1800 г. была сформирована комиссия для подготовки кодекса, в которую вошли известные правоведы, судьи высшего Кассационного суда Ф.Д. Тронше, Ж.М. Порталис, Ф.Ж. Биго де Приамне, Ж. Мельвиль. Составители многое взяли в своей работе из предыдущего опыта, в частности из проекта 1796 г., опирались на известную им дореволюционную юридическую литературу. Соответственно духу общей стабилизации, который диктовался режимом Консульства, составители во многих вопросах вернулись на позиции предреволюционного права, сохраняя революционные преобразования только в общем отрицании феодального режима, а также в принципах гражданского равенства. Консерватизм составил одну из важнейших черт общего подхода комиссии к делу кодификации. «Законы должны щадить обычаи. В нынешние времена мы слишком полюбили перемены и реформы; если в области установлений и законов века невежества служили ареной злоупотреблений, то века философии и просвещения слишком часто являлись ареной крайностей» - писал Порталис в пояснительной записке к проекту Кодекса [Ливанцев К.Е., с. 194].

При разработке Гражданского кодекса основными источниками являлись: во-первых, классическое римское право, которое во Франции, в противоположность тому, как это имело место при его рецепции в Германии, рассматривалось как авторитетное и ценное. Римское право было воспринято естественным образом как обычное право или в силу присущих ему высоких юридических качеств. Французское гражданское право не порывало своей связи с римским правом, используя его отточенные понятия в юридической терминологии, а когда было необходимо, и материально-правовые нормы.

Во-вторых, французское обычное право. На большой территории Франции, прилегающей к ее северным границам, действовали обычаи - кутюмы, зафиксированные письменно. В то же время и здесь римское право не отвергалось полностью. Хотя кутюмы и подверглись влиянию римского права, они сохраняли в основном германские элементы. Запись кутюмов создала предпосылки для формирования общезаконодательного обычного права (*droit coutumier commun*), а позднее и для слияния обычного и писаного права.

В-третьих, труды известных французских юристов XVII и XVIII веков, которые послужили образцом и ориентиром для создателей Ко-

декса. В становлении общезападного гражданского права важную роль сыграли известные ученые-юристы Дюмелен, Кокий, Буржон, Дома, Потье и практики - судьи, адвокаты, королевские чиновники. Французское гражданское право создавалось в основном практиками, которые не предотвратили рецепцию римского права и сохранили большую часть национального обычного права.

В-четвертых, «промежуточное право» (*droit intermediaire*) революционного периода (1789-1799 гг.), основанное на общественных идеалах Просвещения, как его понимали Дидро, Вольтер и Руссо: индивид как разумное и самостоятельно отвечающее за свои действия существо, с рождения обладающее неотъемлемым правом на свободу совести, свободу вероисповедания, свободу на осуществление экономической деятельности. Это право основательно разрушило старый социальный правовой порядок. Составители Кодекса заняли более сбалансированную позицию в области индивидуальных гражданских прав.

Деятельное участие принимал в подготовке кодекса и сам Наполеон. Проект Гражданского кодекса был подготовлен за 4 месяца и направлен на отзыв высшим судам. После получения отзывов, проект в 1801 г. был рассмотрен в Государственном Совете, который обсуждал проект кодекса на 102 заседаниях, и, по крайней мере, на 57 из них председательствовал и принимал активное участие Наполеон. Затем проект был направлен в Трибунал и Законодательный корпус, где он подвергся серьезной критике, исходившей от лиц, которые еще жили идеями периода подъема Французской революции. Они не могли примириться с личной властью Бонапарта, а также с некоторыми положениями ряда глав Кодекса и с ликвидацией Кодексом революционных завоеваний буржуазии. Первый титул проекта был отклонен.

Наполеон отозвал проект, но одновременно произвел коренную реформу Трибунала, сократив его до 50 членов и подобрав последних из своих сторонников. После этого обсуждение проекта Кодекса пошло без задержек и Законодательный корпус принимал статьи Кодекса без прений. В течение одного года, т.е. с марта 1803 г. по март 1804 г., 36 законов, составляющих Кодекс, были приняты и введены в действие. 21 марта 1804 г. был принят последний закон, который окончательно принял Гражданский кодекс Франции и объявил отмененными «все римские законы, ордонансы, общие и местные кутюмы, статуты и регламенты по всем вопросам права, трактуемым в настоящем кодексе» [Фоков А.П. Франция: кодификация гражданского законодательства., с. 24].

Гражданский кодекс был также введен в 1804 г. и на территориях, которые составляли тогда часть Франции, а затем обособились, в

Бельгии, Люксембурге, Рейнских провинциях, Гессен-Дармштадте, Женеве, Савойе, Пьемонте, Парме.

Следует подчеркнуть, что хотя Кодекс носит имя Наполеона в честь его отца-вдохновителя, его основным разработчиком является Порталис - вдохновитель основных принципов кодекса. Французские историки считают его настоящим «отцом» Гражданского кодекса 1804 г. [Саидов А.Х., с. 111].

Издание 1804 г. было озаглавлено «Гражданский кодекс французов» (Code civil), издание 1807 г. – «Кодекс Наполеона» (Code Napoleon), последнее официальное издание 30 августа 1816 г. - «Гражданский кодекс». Декретом 27 марта 1852 г. было восстановлено название «Кодекс Наполеона». Это последнее название никогда затем не было отменено законом, но на практике Кодекс получил, после установления Республики, устойчивое наименование «Гражданский кодекс».

Кодекс занял одно из виднейших мест среди юридических памятников мировой правовой истории. «Моя истинная слава состоит не в том, что я выиграл 40 сражений; Ватерлоо сотрет воспоминания о стольких победах... Но что никогда не забудется и будет жить вечно, так это мой Гражданский кодекс» писал Наполеон генералу Монтолону на острове Святой Елены [История Франции, с. 123]. Эти слова императора Франции Наполеона Бонапарта оказались пророческими. Французский Гражданский Кодекс, составленный под руководством и при непосредственном участии Наполеона и принятый более двухсот лет тому назад, продолжает действовать, пусть и в измененном виде, и в наши дни. С принятием Гражданского кодекса началась кодификация основных отраслей французского права.

В основу Кодекса Наполеона была положена институционная система, восходящая к «Институциям» Юстиниана. Деление Кодекса Наполеона на три книги повторяет структуру Институтов Кодекса Юстиниана, которая в свою очередь берется из деления частного материального права на три части, т.е. «лица», «вещи» и «способы приобретения вещей», предложенного римским юристом Gains.

Кодекс состоит из вводного титула (ст. 1-6), посвященного опубликованию, действию и применению законов, и трех книг. Первая книга «О лицах» включает статьи о гражданстве, актах гражданского состояния, семейном и опекуном праве (ст. 7-515). Вторая книга (ст. 516-710) «Об имуществах и различных видоизменениях собственности» — о разных видах имущества, праве собственности и других вещных правах. Третья книга «О различных способах, которыми приобретается собственность» посвящена вопросам наследственного права, обязательственного права, в ней содержатся

нормы о залоге, поручительстве, исковой давности и т.п. (ст. 711-2283).

Следует отметить, что в Гражданском кодексе особенной частью выделяется институт собственности, который прописан ясным и понятным языком. В нем присутствует наглядность и ясность формулировок и отсутствует отсылка к другим статьям кодекса, а также нет и специальных юридико-технических выражений, которые бы придавали тексту закона недвусмысленность и архаичность. Как верно замечает С.В. Боботов «Гражданский кодекс 1804 года стал для французских юристов своего рода Евангелием, которое можно объяснять и комментировать, но не критиковать. Ему подражают, его принимают во всех странах, подчиненных господству французов» [Боботов С.В., с. 117].

В структурном отношении Кодекс Наполеона характеризуется: во-первых, своей определенной правовой идеологией, т.е. глубоко обдуманной проработкой норм и принципов французского гражданского права на основе римского частного права; во-вторых, единством предмета, регулируемого в Кодексе; в-третьих, взаимосвязью и логической последовательностью всех структурных элементов (книг, глав и статей); в-четвертых, последовательностью нумерации всех статей Кодекса.

Таким образом, Кодекс Наполеона - это сводный законодательный акт, в котором объединены и систематизированы правовые нормы, содержащиеся в 36 законах, регулирующие сходные, однородные гражданско-правовые отношения.

Хотя Кодекс Наполеона делится на 3 книги, все комментарии к Кодексу и учебникам выделяют следующие основные институты французского гражданского права: лица, семейное право, право собственности, обязательственное право, режим семейной собственности и наследственное право. Следует отметить, что международное частное право не рассматривается как институт французского гражданского права.

К особенностям Кодекса Наполеона можно отнести то, что, во-первых, он явился вдохновенным порождением Великой французской революции и был проникнут ее реформаторским духом; во-вторых, закрепил провозглашенные естественно-правовой доктриной ценности, являющиеся неотъемлемыми правами личности - право на собственность (святость частной собственности), свободу договоров, семью и наследование (семейная солидарность); в-третьих: сохранил все ценное, накопленное в течение долгого исторического правового развития, т.е. так называемого «старорежимного права» (*ancien droit*); в-четвертых, отражал тесное сочетание нового с традиционными правовыми институтами, взятыми из писаного права римско-правового

происхождения юга Франции и германо-французского обычного права, т.е. кутюмов севера Франции; в-пятых, стал ядром французского гражданского права; в-шестых, послужил классическим образцом для кодификации частного права всей романской правовой семьи; в-седьмых, является первым гражданским кодексом современного европейского права, с принятием которого начался процесс распада всеевропейского общего гражданского права; в-восьмых; написан четко, ясно и красноречиво и является литературным шедевром; в-девятых, является законом прямого действия, т.е. в тексте Кодекса очень мало применяются отсылочные статьи.

За истекшие более чем двести лет Кодекс Наполеона подвергся многочисленным изменениям. Различными законами в разные времена изменялись, отменялись, дополнялись статьи Кодекса. Но, несмотря на массу современных новых экономических и социальных проблем, законодатель лишь изменяет текст, особенно в семейном и наследственном праве, но никак не институты гражданского права, оставляя их неизменными.

Первоначально Кодекс состоял из 2881 статьи [Французский гражданский кодекс 1804 года, с. 448], многие из них изменялись по несколько раз. К началу XXI века свою первоначальную редакцию сохранили не более половины статей. Из первоначальных 2281 статьи 1229 статей, т.е. 55%, ни разу не подвергались поправкам [Саидов А.Х., с. 113]. Свыше 100 статей было полностью отменено, около 900 получили новую редакцию. В 1975 г. были добавлены две новые статьи 2282 и 2283. В последующие годы состав существующих статей был расширен. Например, первоначальная статья 1873 была расширена до ст. 1873-18. Наконец, в Кодексе появилось примерно 300 новых статей. С 1987 по 1998 годы была проведена важная работа по разъяснению статей Гражданского кодекса известными французскими юристами, результатом чего явилась новая редакция кодекса Франции, опубликованном в 2000 году. В настоящее время общее число статей составляет 2283 [Гражданский кодекс Франции, с. 1006].

Наибольшее количество изменений внесено в книгу первую, посвященную лицам, насчитывающую всего 515 статей, где сохранилось лишь 10% первоначального текста. Основные изменения в тексте произошли во второй половине XX века.

В первой книге, в соответствии с целой серией законодательных актов (1938, 1964, 1970, 1974 гг. и др.), был осуществлен практически полный пересмотр норм, относящихся к брачно-семейным отношениям [История государства и права зарубежных стран, с. 666-667]. Были исключены статьи, закреплявшие подчиненное положение замужней женщины, предусмотрены новые статьи, исходящие из более последовательного признания равенства обоих супругов, положения внебрачных детей, усыновления. Так, постепенно ограничив

отцовскую власть, современный Гражданский кодекс узаконил право замужней женщины самостоятельно заниматься бизнесом, самостоятельно владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом как своей собственностью. Кроме того, улучшил ее положение как наследницы после смерти мужа, признал права незаконнорожденных детей на получение денежного содержания и на установление отцовства.

Наименьшее количество изменений падает на вещное и обязательственное право. Но и во второй и третьей книгах произошли существенные изменения, в том числе отражающие общую тенденцию развития гражданского права XX века: ограничение прав собственника, а также свободы договора. Например, современный Гражданский кодекс раскрывает привнесенные судебной практикой улучшения норм права о собственности, о договорах, об обязательствах и т.п., не затрагивая основные постулаты и принципы Кодекса.

Даже в договорном праве законодатель главным образом путем принятия специальных законов, ужесточил или модифицировал регламентацию свободы волеизъявления сторон по контракту в тех случаях, когда это уже не соответствовало изменившейся социальной действительности. То же можно сказать и о договорах найма и аренды, перевозки, о коммерческих и страховых сделках.

Принципиальные статьи этих частей действуют в своей первоначальной редакции, и поэтому в своих положениях Кодекс Наполеона является законом, неизменно действующим и до настоящего времени. В то же время некоторые институты, установленные Кодексом, в его первоначальной редакции были совершенно отменены, например гражданская смерть и т.д.

В последние десятилетия изменения в гражданском праве Франции происходят не только путем включения новелл в текст самого Кодекса, но и путем принятия специальных законодательных актов, регулирующих те или иные сферы имущественных отношений. Так, наряду с фрагментарным упоминанием страхового договора в Гражданском кодексе (ст. 1964), в 1976 г. была осуществлена фактическая кодификация страхового дела специальным правительственным декретом.

Необходимо отметить и другое немаловажное обстоятельство, что наряду с законодателем большую роль в приспособлении устаревших норм Кодекса к новым социальным условиям играла и судебная практика. Путем толкования суды постоянно изменяли сферу действия этих норм, переосмысливали старые доктрины и разрабатывали новые. Судам это было проще, потому что многие нормы Гражданского кодекса имеют довольно неопределенное общее содержание, позволяющее их толковать расширительно и тем самым заполнять

пробелы в законодательстве. С помощью развитой судебной практикой «доктрины злоупотребления правом» были ограничены право собственника на свободу распоряжения своим имуществом (ст. 544), право на одностороннее расторжение предпринимателем трудовых договоров и другие субъективные права. Например, если суд усмотрит в реализации субъективных прав злоупотребление (*abus du droit*), то это приведет к возмещению ущерба или прекращению соответствующих действий или бездействия. На основании ст. 1121 Гражданского кодекса, которая довольно расплывчато трактует вопрос о случаях запрета и разрешения законом договоров в пользу третьих лиц, практика разработала нормы о страховых договорах, которые в 1930 г. получили законодательное закрепление. В 1964-1985 гг. во Франции были осуществлены важные нововведения в области право собственности и семейного права: существенно изменился режим имущества супругов, формы брачных союзов и развода, правила усыновления, родительская власть, опека и эмансипация. Как отмечают ученые-цивилисты, все усовершенствования Гражданского кодекса, в том числе касающиеся института собственности, семьи и т.п., «производились поэтапно с учетом мнения ученых — социологов, законоведов и на базе обобщений судебной практики» [Боботов С.В., с. 117].

Французская судебная практика, проявляя консерватизм в деле сохранения текста Кодекса, играла весьма важную роль в деле толкования статей и приспособления старого текста к вновь возникающим жизненным отношениям. Поэтому для понимания современного французского Гражданского кодекса мало знакомиться с текстом Кодекса Наполеона - надо изучать и основные направления судебной практики.

В настоящее время Кодекс Наполеона в системе французского гражданского права стоит на том же уровне, как и другие законы, входящие в систему гражданского законодательства. Это означает, что положение Кодекса Наполеона, которое противоречит положению последующего по времени закона, должно уступить положению последующего закона. Благодаря своей гибкости и эластичности Кодекс Наполеона пережил четыре Республики, действовал во время монархий и действует до сегодняшнего дня.

Гражданский кодекс Франции был воспринят во многих государствах, под его непосредственным влиянием складывалась романо-германская система права. Он был рецепирован в чистом виде или с отдельными изменениями в Голландии, Италии и других странах. Сильное влияние кодекса отразилось в последующее время на гражданском законодательстве и других европейских, американских и даже азиатских стран, естественно, с соблюдением их традиций и развившейся судебной практики.

В своих исследованиях многие ученые отмечали, что исторически Франция и Россия, несмотря на известное противостояние, вылившееся в первую Отечественную войну, имели обширные общие интересы, решали сходные политические и социальные проблемы [Фоков А.П. Франция: кодификация гражданского законодательства, с. 23]. Кодекс действовал и в части Польши, входившей в состав бывшей Российской империи. Взаимосвязь российских и французских интересов сохранилась и в последующем, вплоть до сегодняшнего времени. Обе страны решали ряд общих проблем, в том числе и в сфере совершенствования гражданского законодательства. Французский Гражданский кодекс заложил основы и для развития основных институтов Гражданского кодекса Российской Федерации [См.: Гражданский кодекс Российской Федерации]. Таким образом, Кодекс Наполеона принял характер не только общепольского законодательства, но и законодательства, общего для многих государств.

Literature:

- Боботов С.В. Наполеон Бонапарт — реформатор и законодатель / С.В. Боботов. - М. : Контракт, 1998. - 336 с. - ISBN 5-900785-29-7.
- Вейдер Бен. Блистательный Бонапарт / Бен Вейдер. - М. : Международные отношения, 1992. – 349 с. - ISBN 5-7133-0563-5.
- Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (с изм. 30 от декабря 2008 г.) //Собрание законодательства Российской Федерации. - 1996. - № 5. - Ст. 410; - 2009. - № 1. - Ст. 16. – М. : Юридическая литература, 2009 с. – ISBN 1560-0580.
- Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с фр. В.Н. Захватаева. – Киев : Издательство «Истина», 2006. – 1008 с. – ISBN 966-7613-89-5.
- История государства и права зарубежных стран: В 2 т. / Под ред. Н.А. Крашенинниковой и О.А. Жидкова. Т. 2. - М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 2008. - 816 с. – ISBN 978-5-89123-869-5
- История Франции: В 3 т. / Под ред. А.З. Манфреда. Т. 2. – М. : Издательство «Наука», 1973. – 663 с.

- Ливанцев К.Е. История буржуазного государства и права / К.Е. Ливанцев. - Л. : Издательство Ленинградского университета, 1986. - 288 с.
- Рождение французской политико-правовой системы (К 200-летию Великой Французской революции) / Ливанцев К.Е., Луковская Д.И., Беляков В.Г. и др.; Под ред. А.И. Королева и К.Е. Ливанцева. – Л. : Издательство Ленинградского университета, 1990. – 181 с. – ISBN 5-288-00548-6.
- Саидов А.Х. Кодексу Наполеона – 200 лет / А.Х. Саидов // Право и политика. - М. : «NOTA BENE» MEDIA TRADE Go, 2004. - № 6 (54). – С. 100-113. – ISSN 1811-9018.
- Саньяк Ф. Гражданское законодательство Французской революции (1789-1804) / Ф. Саньяк. - М. : Ком. академии, 1928. - 374 с.
- Фоков А.П. Франция: кодификация гражданского законодательства (историко-правовой аспект) / А.П. Фоков // История государства и права. – М. : Издательская группа «Юрист». - 2009. - № 11. – С. 23-27. - ISSN 1812-3805.
- Фоков А.П. Рецепция гражданского кодекса Франции: институт собственности / А.П. Фоков // Юрист. – М. : Издательская группа «Юрист», 2004. - № 3. – С. 50-54. - ISSN 1812-3929.
- Французский гражданский кодекс 1804 года. С позднейшими замечаниями до 1939 г. / Пер. И.С. Перетерский. – М. : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 471 с.
- Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : В 2 т. : Пер. с англ. Т 1: Основы / К.Цвайгерт, Х. Кетц. - М. : Международные отношения, 1995. – 478 с. – ISBN 571330812X.

Contact – email
ivanov@law.vsu.ru

GENÉZA PRÁVNEJ ÚPRAVY REŠTITÚCIÍ NA ÚZEMÍ SLOVENSKEJ REPUBLIKY

ROMAN JABLONOVSKÝ

Právnická fakulta UPJŠ, Košice, Slovenská republika

Abstract in original language

Témou tohoto článku je oblasť právnej úpravy reštitúcií na území Slovenskej republiky. Autor venuje pozornosť vývoju tejto právnej úpravy ako aj jej nedostatkom. Dôraz je kladený na oblasť reštitúcií cirkevného majetku.

Key words in original language

Reštitúcia; právna úprava; vlastníctvo; cirkev; nehnuteľnosť.

Abstract

The topic of this article is the field of restitution legislation in the Slovak republic. In his paper the author brings the attention to genesis of this legislation and insufficiencies of the regulation. Emphasis is on the reistititon of the church property.

Key words

Restitution; legal regulation; ownership; church; real estate.

Úvodom

Slovenská justícia v súčasnej dobe rieši viacero súdnych sporov, súvisiacich s vydávaním majetku (hnuteľného a nehnuteľného) v rámci reštitučného konania. O tejto téme sa málo hovorí, málo píše a predsa sa reštitučné súdne konania dotýkajú nehnuteľností, ktorých hodnota dosahuje závažných výšok. Najväčšou tragédiou právneho systému ktoréhokolvek štátu je porušovanie základných ľudských práv a slobôd. Vlastnícke právo je jedným zo základných ľudských práv. Toto právo bolo v minulosti často narúšané samotnými právnymi normami, ktoré štát prijal a na základe ktorých dochádzalo k zaberaniu, poštátňovaniu, konfiškácii majetkov. Takéto konanie pôsobilo značné krivdy na majetku fyzických a tiež právnických osôb. Základnou podmienkou demokratickej spoločnosti je dodržiavanie základných ľudských práv a slobôd. V prípade porušenia týchto práv a slobôd demokratická spoločnosť cez právny systém realizuje nápravu takýchto krívd práve formou reštitučných zákonov. V tomto príspevku sa chcem zaoberať vývojom reštitučných právnych noriem platných na území Slovenskej republiky, a to noriem, ktoré bezprostredne realizujú restitucio, konaním smerujúcim k samotnej náprave, t.j. k samotnému vydaniu veci, a tiež takých, na základe ktorých bol nehnuteľný majetok zaberaný štátom. Vývoj danej právnej úpravy budem analyzovať na podklade súvisiacej rozhodovacej činnosti súdov.

Vznik majetkových krívd

Vznik majetkových krívd sa viaže na obdobie uplatňovania pozemkových reforiem zo strany štátu. Samotný proces pozemkových reforiem sa členil do viacerých etáp, pričom tieto boli uplatňované jednotlivými zákonmi. Prvá pozemková reforma bola uvedená do praxe už v roku 1919, v období po prvej svetovej vojne, a to zákonom č. 215/1991 Sb., o zabrání veľkého majetku pozemkového. Pokračovaním prvej pozemkovej reformy je tzv. revízia prvej pozemkovej reformy, upravená zákonom č. 142/1947 Sb., o revisii první pozemkové reformy, na ktoré nadväzovali ďalšie právne predpisy, ktorými sa prevádzal súkromný majetok na štát.

V súvislosti so vznikom majetkových krívd v roku 1948 Československá republika uvádza do praxe zákon č. 46/1948 Sb., o novej pozemkovej reforme.

Vznik majetkových krívd je potrebné definovať aj čo do jeho druhu. V roku 1945 a neskôr, štát previedol do svojho vlastníctva znárodnením rozhodujúce výrobné prostriedky ako priemyselnú výrobu, baníctvo, bankovníctvo, poisťovne, vodné žriedla, lesy, nájomný majetok domový. Neskôr nasledovali menšie podniky, prevádzkarne, obchody, živnosti, povozníctvo, pohostinstvá, remeselné dielne a pod. Ďalej siahol aj na majetok tzv. kulakov, ako aj na majetok drobných roľníkov. Tam však neodňal vlastníctvo. Roľníkov donútil rôznymi nátlakovými akciami „dobrovoľne“ vstúpiť do Jednotného roľníckeho družstva. Podpisom prihlášky vstupu roľník „dobrovoľne“ obmedzil svoje vlastnícke právo tak, že dominantné znaky vlastníckeho práva, ako právo na držbu (*ius tenendi*), právo na voľnú dispozíciu (*ius disponendi*) a právo na užívanie a požívanie plodov (*ius fruendi*) preniesol na Jednotné roľnícke družstvo. Z majetku vypusteného z prvej pozemkovej reformy vytvoril Štátne majetky, národný podnik, a to tak, že jeho vlastníkom tzv. „zbytkárom“ odňal vlastnícke právo.¹

Občanov, ktorí s takýmto postupom nesúhlasili pozbavil osobnej slobody a odsúdil na mnohoročné tresty a prepadnutie majetku. Občanov nemeckej a maďarskej národnosti bez dôsledného preskúmania ich konania v čase okupácie kolektívne pozbavil občianskych práv. Zásahy do práv a slobôd

¹ Gaisbacher, J. a kol.: Základy pozemkového práva Komentár. Šamorín: HEURÉKA, 1998, s. 316.

občanov sa diali na podklade dekrétov prezidenta republiky, zákonov a nariadení pod menom poštátne znárodnením.

Podstatou vzniku majetkových krívd je teda zabranie (poštátne, konfiškácia) majetku - práv k tomuto majetku proti vôli vlastníkov tohto majetku, pričom toto zabranie bolo uskutočnené bez náhrady, resp. za neprimeranú náhradu a v mnohých prípadoch aj pod nátlakom. Jednoznačne vznik majetkových krívd sa viaže na porušovanie základných ľudských práv a slobôd formou uplatňovania zákonov zo strany štátu, ktoré takúto protiprávnosť samotnému štátu umožňujú.

Poštátňovanie majetku (hnuteľného, nehnuteľného) realizoval štát vydávaním zákonov, dekrétov prezidenta, nariadeniami, a vyhláškami, na základe ktorých prechádzal tento majetok do vlastníctva štátu. Tento prechod vlastníckeho práva na štát realizovali príslušné správne orgány na základe výmerov a rozhodnutí (v prípade odvolacieho konania vo veci rozhodoval aj súd). V menšom sa poštátňovalo len na základe zákona. Prechod na štát vyznačil v pozemkovoknižnej (PKV) vložke, na strane B/vlastníctvo príslušný pozemnoknižný súd. Uvedeným súdom boli takéto zmeny prevádzané v pozemkovej knihe, pričom súvisiace listiny (zákony, výmery, rozhodnutia) sú zachované v príslušnej zbierke listín. Často je v PKV uvedené len číslo predpisu, pričom absentuje práve rozsah, resp. názov právneho predpisu o poštátnení.

Znárodnením nadobúdala štát vlastnícke právo k znárodnenému majetku. Podľa znárodňovacích dekrétov vlastníkom prislúchala náhrada za znárodnený majetok v cenných papieroch, hotovosti alebo iných hodnotách (neposkytovala sa však Nemeckej ríši, Kráľovstvu maďarskému, osobám verejného práva, nacistickej strane nemeckej a politickým stranám maďarským a iným útvarom a podnikom, zariadeniam osobným združeniam, fondom a účelovým majetkom tohoto režimu a iným nemeckým a maďarským právnickým osobám). Z náhrady štát vylúčil fyzické osoby nemeckej a maďarskej národnosti s výnimkou tých, ktoré ostali verné ČSR, ďalej osoby, ktoré vyvíjali činnosť proti štátnej zvrchovanosti, samostatnosti a celistvosti ČSR, chovali sa nepriateľsky a pod. Realizáciu náhrady mal vykonať Fond znárodneného hospodárstva. O náhrade a jej vyplácaní rozhodoval minister financií po dohode s ministrom priemyslu. Národný majetok je začlenený do národných podnikov a tie majú postavenie právnických osôb. Na návrh národného podniku zapíše pozemnoknižný súd prechod vlastníctva na navrhovateľa.²

Ustanovenia o náhradách dosvedčujú, že štát si bol vedomý, že má povinnosť poskytnúť vlastníkom náhradu. Vytvoril k nemu aj príslušné

² Špáček, J., Berešová, E.: *Zemědělské restituce a soudní praxe*. Praha, C.H. BECK, s. 12 a nasl.

inštitúcie. Ak tak neurobil, dopustil sa nenáležitého porušenia vlastných zákonov, ktoré mu túto povinnosť ukladali a dostal sa do rozporu s medzinárodnými deklaráciami, paktami, ktoré sa zaviazal plniť.

Neporušoval však len normy hmotného práva. Siahol aj do oblasti slobody prejavu, kultúry, náboženského presvedčenia, styku občanov so zahraničím porušovaním listového tajomstva a slobody osobného styku. Súdnu moc podriadil vyšetrovaciemu aparátu a tá plnila príkazy pri vynášaní rozsudkov. Za svojej 40 ročnej existencie odsúdil desaťtisíce občanov k ťažkým trestom, ktoré mali za následok sústredenie do koncentračných táborov v uránových baniach a prioritných stavbách pri neustálom ponižovaní odsúdených. Cirkvi, náboženské spoločnosti, kultúru postavil pod kuratelú štátu.

Štát, na ochranu proti vôli občanov odňatého majetku, prispôboval zákony v oblasti občianskoprávnej, hospodárskej, trestnoprávnej, zahraničného obchodu, súdnej atď..

V občianskoprávnej sfére nahradil obyčajové právo platné v Uhorsku a recipované zákonom č. 11/1918 Zb.z.n. Občianskym zákonníkom č. 141/1950 Zb.³. Vznikajúcu problematiku v oblasti hospodárskej upravil Hospodárskym zákonníkom č. 109/1964 Zb.z.n. Trestnoprávnu materiu upravil zákonom č. 140/1961 Zb. a Trestný poriadok zákonom č. 141/1961 Zb. Medzinárodné vzťahy podriadil pod zákon č. 101/63 Zb. – zákonník medzinárodného práva. K týmto základným normám postupne pričleňoval ďalšie okruhy spoločenského života a tak vytvoril sústavu socialistického právneho poriadku.

Správu znárodneného majetku upravil zákonom č. 90/1950 Zb., zákonom č. 110/1953 Zb. v znení ďalších noriem.

Usporiadanie vlastníckych vzťahov po roku 1950 bolo značne náročné. Zákom č. 21/1964 Zb. bolo pozastavené zaznačovanie vlastníckych vzťahov do pozemkových kníh. Zákon č. 22/1964 Zb. zaviedol iba evidenciu užívateľských vzťahov. Národné a štátne podniky mali povinnosť oznamovať Geodézii každú zmenu o právnom vzťahu k nehnuteľnosti. To sa však dialo sporadicky. Tým sa evidencia vlastníckych vzťahov stala nespoľahlivou, resp. absentovala.

Právna úprava reštitúcií v Slovenskej republike

Súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky je množstvo zákonov, ktoré upravujú reštitučné konanie súvisiace s rôznym majetkom, a ktoré je

³ Štefanko, J.: Prvý občiansky zákonník, komentár. Šamorín, HEURÉKA, 1999, s.5

potrebné zatriediť do jednotlivých oblastí. V tejto súvislosti je potrebné poukázať na skutočnosť absencie komplexnej špecifikácie týchto zákonov. Nižšie uvedený prehľad, ktorý patrí ku genéze reštitúcií, umožní lepšie chápať vývoj a samotné uplatňovanie reštitučných zákonov v praxi. Predovšetkým sprístupní potrebu reštitúcií v jednotlivých oblastiach.

Oblasť poľnohospodárskeho a lesného majetku:

Zákon č. 229/91 Zb. o úprave vlastníckych vzťahov k pôde a inému poľnohospodárskemu majetku, v znení v znení neskorších predpisov. Tento zákon bol menený dvanástimi novelami (posledná 549/2004 Z.z.) a upravuje zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd, ku ktorým došlo voči vlastníkom poľnohospodárskeho a lesného majetku v období rokov 1948 až 1989.

Zákon č. 503/2003 Z.z. o navrátení vlastníctva k pozemkom a o zmene a doplnení zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 180/1995 Z.z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom v znení neskorších predpisov. Tento zákon upravuje navrátenie vlastníctva k pozemkom, ktoré nebolo vydané podľa osobitného predpisu č. 229/91 Zb., teda vlastníctvo k poľnohospodárskemu a lesnému pôdnemu fondu.

Oblasť domového majetku:

Zákon č. 403/1990 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd v znení neskorších predpisov. Zákon sa skladá z piatich častí, pričom prvá vymedzuje rozsah navrátenia vlastníckeho práva k majetku fyzických a súkromných právnických osôb, ktoré bolo odňaté týmto osobám na základe vládneho nariadenia č. 15/1956 Zb., opatreniami vydanými na tento majetok postupom podľa zákona č. 71/1956 Zb. a výmermi odvetvových ministerstiev vydaných po roku 1955 odvolávajúce sa na znárodňovacie predpisy z roku 1948.

Oblasť týkajúca sa cirkevného majetku:

Zákon č. 298/1990 Zb. o úprave niektorých majetkových vzťahov rehoľných rádov, kongregácií a arcibiskupstva Olomouckého. Zákon navracia vlastnícke právo k majetku pôvodne vo vlastníctve rehoľných rádov a kongregácií, ktoré bolo v päťdesiatych rokoch odňaté týmto rádom a kongregáciám, pričom presná špecifikácia nehnuteľností tvorí prílohu č. 1 a prílohu č. 2 zákona. Zákon bol novelizovaný zákonom č. 338/1991 Zb. rozšírilo vydávané nehnuteľnosti o prílohu č. 3.

Zákon č. 211/1990 Zb. o usporiadaní majetkových vzťahov medzi gréckokatolíckou a pravoslávnou cirkvou. zákon jednostranným právnym aktom zo strany navrhovateľa navracia nehnuteľný majetok na území Slovenskej republiky, ktorý bol pred 28. aprílom 1950 vo vlastníctve

gréckokatolíckej cirkvi, a ktorý na základe výnosu Štátneho úradu pre veci cirkevné v Prahe bol prevedený do vlastníctva pravoslávnej cirkvi.

Zákon č. 282/93 Z.z. o zmiernení niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam. Týmto zákonom sa navracia vlastnícke právo k hnutelným a nehnuteľným veciam odňatým rozhodnutiami štátnych orgánov, občianskoprávnymi a správnymi aktmi, vydaných v období od 8. mája 1945 (židovským náboženským obciam od 2. novembra 1938) do 1. januára 1990.

Zákon č. 161/2005 Z.z. o navrátení vlastníctva k nehnuteľným veciam cirkvám a náboženským spoločnostiam a o prechode vlastníctva k niektorým nehnuteľnostiam. Tento zákon upravuje navrátenie vlastníctva k nehnuteľným veciam, ktoré nebolo vydané podľa osobitného predpisu č. 282/1993 Z.z. a taxatívne v prílohe tohto zákona špecifikuje poštátnené nehnuteľnosti, ku ktorým prechádza vlastnícke právo priamo na cirkev. Predmetom navrátenia sú nehnuteľnosti patriace do poľnohospodárskeho pôdneho fondu, lesného pôdneho fondu, budovy súvisiace s PPF a LPF, časti podiely spoločnej nehnuteľnosti, investičné lesné cesty a ich časti, pokiaľ tieto sa nachádzajú na vydávaných nehnuteľnostiach.

Zmiernenie majetkových krívd rehabilitáciami:

Zmiernením majetkových krívd formou rehabilitácií sa v tomto článku nebudem zaoberať, predpisy uvádzam čo do úplnosti reštitučnej problematiky.

Zákon č 87/1991 Zb. o mimosúdnych rehabilitáciách. Zákon zmierňuje následky niektorých majetkových krívd, ktoré vznikli fyzickým osobám občianskoprávnymi a pracovnoprávnymi aktami urobenými v období od 25. februára 1948 do 1. januára 1990.

Zákon č 119/1991 Zb. o súdnych rehabilitáciách. Zákon zrušuje odsudzujúce súdne rozhodnutia za činy, ktoré v rozpore s princípmi demokratickej spoločnosti rešpektujúce občianske, politické práva a slobody zaručené ústavou a vyjadrené v medzinárodných dokumentoch a medzinárodných právnych normách zákon označoval za trestné.

Zákon č. 319/1991 Zb. o zmiernení niektorých majetkových krívd a o pôsobnosti orgánov štátnej správy SR v oblasti mimosúdnych rehabilitácií. Zákon upravuje zmiernenie niektorých majetkových a iných krívd, ktoré vznikli v dôsledku platnosti alebo osobitého použitia niektorých právnych predpisov alebo na základe iných dôvodov na území Slovenskej republiky.

Vyššie citované zákony naprávajú krivdy, ktoré boli spôsobené konaním štátu, a pritom toto konanie bolo v rozpore so zásadami aj vtedy platného právneho poriadku. Aj v rozhodujúcom období vlastníctvo občanov chránila Ústava, a toto vlastníctvo mohlo byť dotknuté len v nevyhnutnej miere a podľa zákona a za náhradu. Zákony mali ustanovenia, že vlastníčkovi sa vlastníctvo môže upraviť podľa zákona a za náhradu. Tá mala byť vyplatená po vydaní patričného predpisu. Také predpisy vydané neboli a otázka náhrady ostala otvorenou. Zásahy do vlastníctva boli v rozpore aj s Občianskym zákonníkom. Podľa pôvodného znenia Občianskeho zákonníka č. 40/1964 Zb. § 39 je neplatný právny úkon, ktorý svojim obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči „záujmom spoločnosti“⁴.

Pojem reštitúcia - všeobecná charakteristika

Samotný pojem reštitúcia, ktorý sa vyskytuje v reštitučných právnych normách, a ktorý je základným pojmom tohto konania, pochádza z latinského slova *restitutio*, čo v preklade znamená uvedenie do pôvodného stavu. Latinská terminológia pozná aj obmenu vyššie uvedeného pojmu, a to *restituó*, ktorý sa prekladá ako nahradiť, obnoviť, späť odovzdať, vrátiť.⁵ V právnej terminológii pojem reštitúcia znamená prinavrátenie práv, majetkov a pod. zhabaných, poštátnených z politických a iných dôvodov.

Reštitučné zákony sú voči ostatným zákonom špeciálnymi právnymi predpismi. Teda pri týchto zákonoch sa uplatňuje výkladová zásada - *lex specialis derogat generali*.⁶ Aj keď názory na povahu *lex specialis* reštitučných zákonov sa z pohľadu súdnej praxe rôznia, je potrebné upriamiť pozornosť na rozhodnutie Najvyššieho súdu v Prahe, ktorý rozhodol, že reštitučné predpisy sú špeciálnymi právnymi predpismi a všeobecné predpisy voči nim sú predpisy občianskoprávne, predovšetkým Občiansky zákonník.⁷

Princíp reštitúcie zákonodarca zakotvil v každom reštitučnom zákone v základných pojmoch a spojeniach, predovšetkým ide o pojmové spojenie „odňatie vlastníckeho práva k veci“ a „vydanie takto odňatej veci“. Teda vec zabraná štátom, poštátnená, znárodnená, sa postupom podľa platných reštitučných zákonov vydáva pôvodnému vlastníčkovi, resp. jeho právnym

⁴ Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004, s.121

⁵ Špaňár, J.: Latinsko slovenský – slovensko latinský slovník. Bratislava, SPN, 1969, s. 562

⁶ M. Kindl, Restituce v soudní praxi, Praha, C.H. BECK, Právnická fakulta ZČU Plzeň s. 3

⁷ Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR v Prahe, zp.zn.: Cpjn 50/93

nástupcom. Vydať vec má povinnosť ten, kto ju neprávom drží (§131 Občianskeho zákonníka).

V súvislosti s nadobúdaním vlastníckeho práva tu nešlo o prevod majetku, aký má na mysli § 132 Občianskeho zákonníka⁸, aj keď z hľadiska administratívno-formálneho je potrebné vykonať akt vkladu podľa zákona č. 162/1995 Z.z. o katastri nehnuteľností⁹. V reštitučných dohodách o vydaní veci ako aj v rozhodnutiach súdov nejde o prevod majetku, ale o vydanie veci, čiže „tiché“ vrátenie toho, čo bolo odňaté v rozpore z demokratickými princípmi a medzinárodnými záväzkami.

Rozsah odňatých vecí v režime poštátneho uvádza v úvodných ustanoveniach väčšina reštitučných zákonov, a to v predmete. Napríklad zákon č. 282/1993 Z.z. o zmiernení niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam ustanovuje: „zákon sa vzťahuje na zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd spôsobených odňatím vlastníckeho práva k veciam hmotným a nehmotným na základe rozhodnutí správnych aktov vydaných v rozpore so zásadami demokratickej spoločnosti, rešpektujúcej práva občanov vyjadrené najmä Chartou Organizácie spojených národov, Listinou základných práv a slobôd a príslušnými medzinárodnými paktami o občianskych politických, hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach“. Výraz „odňatie vecí“ obsahuje v sebe aj násilný akt, s ktorým vlastník nesúhlasil. Taký akt je v rozpore s ustanovením o platnosti právneho úkonu podľa Občianskeho zákonníka - § 37 Občianskeho zákonníka „Právny úkon sa musí urobiť slobodne, vážne, určite a zrozumiteľne, inak je neplatný“.

Významné miesto v právnych úpravách reštitúcií majú základné pojmy ako oprávnená osoba, povinná osoba a veci ktoré nemožno v rámci reštitučného zákona vydať. Oprávnenou osobou v kontexte reštitučného zákona je fyzická alebo právnická osoba, ktorej vlastníctvo k veci bolo odňaté v rozhodnom období a spôsobom definovanom v zákone. Povinnou osobou je právnická a výnimočne aj fyzická osoba, v ktorej vlastníctve sa žiadaná vec nachádza a ktorá je povinná túto vydať. Veci ktoré nemožno v zmysle reštitučného zákona vydať špecifikuje zákonodarca v tých zákonoch, ktoré sa dotýkajú reštitúcií nehnuteľného majetku, a tento bol po prechode do vlastníctva štátu zastavaný, prípadne využitý iným spôsobom. Takéto zákonne ustanovenia nazývame blokačné právne normy.

⁸ Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004, s 236

⁹ Tomašovičová, J. a kol.: Katastrálny zákon a komentár. Žilina, EPP, 2001 s.25

Odstránenie alebo zmiernenie krívd riešia reštitučné zákony rôznym spôsobom, podľa toho či ide poľnohospodársky a lesný majetok, majetok domový, ďalej či ide o právnickú či fyzickú osobu, alebo ide o krivdy spôsobené súdnymi rozhodnutiami za tzv. zločiny proti socialistickému spoločenskému zriadeniu. Ďalej podľa toho, či ide o krivdy spôsobené na majetku v oblasti správnych vzťahov, vzťahov trestnoprávných, pracovnoprávných alebo vzťahov sociálneho zabezpečenia.

Reštitúcie poľnohospodárskeho a lesného majetku

Reštitúcie poľnohospodárskeho a lesného majetku rieši zákon č. 229/1991 Zb., v znení neskorších predpisov. Aj tu išlo o zmiernenie niektorých majetkových krívd, ku ktorým došlo voči vlastníkom poľnohospodárskeho a lesného majetku v období rokov 1948 až 1989. Účelom zákona bolo dosiahnuť zlepšenie starostlivosti o poľnohospodársku a lesnú pôdu obnovením pôvodných vlastníckych vzťahov k pôde, ďalej upraviť vlastnícke vzťahy k pôde v súlade so záujmami rozvoja vidieka, tvorby krajiny a životného prostredia.

Zákon sa vzťahuje na:

pôdu, ktorá tvorí poľnohospodársky pôdny fond alebo do neho patrí,

pôdu, ktorá tvorí lesný pôdny fond,

obytné budovy, hospodárske budovy a iné stavby patriace k pôvodnej poľnohospodárskej usadlosti vrátane zastavaných pozemkov,

obytné a hospodárske budovy a stavby slúžiace poľnohospodárskej a lesnej výrobe alebo s ňou súvisiacemu vodnému hospodárstvu vrátane zastavaných pozemkov,

iný poľnohospodársky majetok – živý a mŕtvy inventár a zásoby.

Účastníkmi reštitučného konania sú osoby oprávnené a osoby povinné.

Oprávnenu osobou podľa vyššie citovaného zákona bol štátny občan českej a Slovenskej Federatívnej Republiky, ktorý má trvalý pobyt na jej území, a ktorého pôda, budovy a stavby patriace k pôvodnej poľnohospodárskej usadlosti prešli na štát alebo iné právnické osoby od 25. februára 1948 do 01.01.1990 niektorým s právnych titulov uvedeným zákone. Ak oprávnená osoba v tzv. rozhodnom období od 25.02.1948 do 01.01.1990 zomrela alebo bola vyhlásená za mŕtvu, bola štátnym občanom ČSFR a mala na ňom trvalý pobyt oprávnenými osobami sa stávajú jej dedičia v poradí: dedič zo závetu, deti a manžel, rodičia a súrodenci osoby

uvedenej v ods. 1 §4 cit. zákona. V prípade ich smrti sa oprávnenými osobami stávajú ich deti v poradí aké určuje zákon.

Oprávnenou osobou bol aj tzv. domnelý vlastník. Domnelým vlastníkom je fyzická osoba, ktorá o sebe tvrdí, že je vlastníkom, nemôže jednoznačne preukázať svoj nárok výpisom z úradnej evidencie. Oprávnená osoba uplatňuje svoj nárok na pozemkovom úrade vecne príslušnom. Zákon pripustil vydanie konfiškovaného poľnohospodárskeho majetku osobám, ak im nárok vznikol podľa nariadenia Zboru povereníkov č. 26/1948 Zb. SNR a sú štátnymi príslušníkmi ČSFR a majú trvalý pobyt na jej území a neboli odsúdení podľa nariadenia SNR č. 33/1945 Zb. SNR o potrestaní fašistických zločincov, okupantov, zradcov, kolaborantov a o zriadení ľudového súdnictva. Týka sa to občanov maďarskej národnosti.

Povinnými osobami boli štát alebo právnické osoby, ktoré ku dňu účinnosti zákona (24.6.1991) nehnuteľnosti držali. Povinnými osobami neboli podniky so zahraničnou majetkovou účasťou a obchodné spoločnosti, ktorých spoločníkmi alebo účastníkmi boli výhradne fyzické osoby. Osobou ktorá nehnuteľnosť drží sa v kontexte zákona rozumie právnická osoba, ktorá mala ku dňu účinnosti zákona nehnuteľnosť vo vlastníctve Českej a Slovenskej Federatívnej republiky právo hospodárenia alebo trvalého užívania. Inak je to vlastník. Povinná osoba nemôže od účinnosti zákona veci, ich súčasti a príslušenstvá previesť do vlastníctva iného. Také právne úkony sú neplatné.

Nárok na vydanie sa uplatňoval na pozemkovom úrade vecne príslušnom. Oprávnená osoba súčasne vyzvala povinnú osobu na vydanie a uzavretie dohody o vydaní. Výzvu bola povinná doložiť dôkaznými listinami: pozemnoknižnou vložkou, výmerom o odňatí, identifikáciou parciel, snímkou z mapy, dedičským rozhodnutím a inými, ktoré preukazujú jej vlastníctvo, alebo vlastníctvo jej predkov. Dôkazné listiny bolo možné dodať najneskôr do 31.12.1995.

Povinná osoba bola povinná uzavrieť do 60 dní od prijatia výzvy s oprávnenou osobou dohodu o vydaní. Dohoda o vydaní podliehala schváleniu pozemkovým úradom. Takéto schválenie pozemkový úrad vydával formou rozhodnutia vydaného v správnom konaní. Ak k dohode medzi povinnou a oprávnenou osobou nedošlo, rozhodol o veci pozemkový úrad. Ak pozemkový úrad dohodu o vydaní veci neschválil, (rozhodnutie v správnom konaní), resp. vlastníctvo k nehnuteľnej veci zamietol vydať, o veci na návrh oprávnenej osoby rozhodol súd, pričom súd v tomto konaní preskúmaval rozhodnutie pozemkového úradu (správneho orgánu).

Neuplatnením práva na vydanie – podanie výzvy – zanikál nárok oprávnenej osoby.

Reštitučný proces je zdĺhavý a náročný na zabezpečovanie dôkazných listín. O tom svedčí aj skutočnosť, že bolo treba v tejto oblasti vydať ďalší

zákon č. 503/2003 Z.z. – zákon o navrátení vlastníctva k pozemkom a zmene a doplnení zákona SNR č. 180/1995 Z.z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom v znení neskorších predpisov. Aj tento zákon riešil vydanie nehnuteľností poľnohospodárskeho a lesného fondu. Oprávnená osoba podliehala tým istým kritériám ako u zákona č. 229/91 Zb.. Povinnými osobami boli právnické osoby, ktoré ku dňu účinnosti zákona č. 503/2003 Zb. t.j. 1.1.2004 mali k pozemku vo vlastníctve Slovenskej republiky právo hospodárenia, alebo právo správy a poľnohospodárske družstvá. Právne tituly na vydanie zostali.

Zákon č. 229/91 Zb. v znení zákona č. 11/1994 Z.z. sa netýkal majetku cirkví a náboženských spoločností, rehoľných rádov, rehoľí a kongregácií. Zákon 229/1991 Zb. v znení neskorších predpisov sa v § 22 zvlášť venuje úprave vydávania vlastníckeho práva k lesným pozemkom. Lesné pozemky sa odovzdávali pôvodnému vlastníkovi, resp. jeho právnym nástupcom predovšetkým v ucelených lesných častiach, ktoré definuje zákon č. 100/1977 Zb., teda v častiach jednotiek priestorového rozdelenia lesa (JPRL).

S vydávanými lesnými pozemkami sa vydávali aj investičné lesné cesty, alebo ich časti, ak o toto vydanie vlastník pozemku požiadal. Vydanie tohto druhu nehnuteľností bolo implantované do zákona formou dodatku, pričom oprávnená osoba v zákonom stanovenej lehote požiadala povinnú osobu na vydanie veci, alebo jej časti. Vydanie lesnej cesty, alebo jej časti sa realizovalo uzatvorením dohody o vydaní majetku. Ak investičná lesná cesta prechádza pozemkami vo vlastníctve viacerých osôb, previedla sa táto lesná cesta do podielového spoluvlastníctva týchto vlastníkov a to podľa veľkosti podielu pozemkov pod cestou.

V konaní podľa zákona č. 229/1991 Zb. sa vyskytli mnohé sporné otázky, o ktorých svedčia aj mnohé rozhodnutia súdov. Spornou sa napríklad javila skutočnosť rozsahu pôsobnosti uvedeného v § 1 zákona o pôde. K uvedenému zaujal zjednocujúce stanovisko Najvyšší súd SR (správne kolégium) pod sp.zn.: Rc 45/98, v ktorom uvádza, že pôsobnosť § 1 cit. zákona sa vzťahuje na nehnuteľnosti vrátane pôdy, ktorá tvorí lesný pôdny fond, ako aj na iný poľnohospodársky majetok uvedený v § 20 písm. d) predmetného zákona.¹⁰

Reštitúcie domového majetku

Vydanie domového majetku a majetku tzv. terciárnej sféry riešil zákon č. 403/1990 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd. Zákon bol novelizovaný zákonmi č. 458/1990 Zb., 528/1990 Zb., 137/1991 Zb. a 264/1992 Zb..

¹⁰ Zjednocujúce stanovisko správneho kolégia NS SR sp.zn.: Rc 45/98 zo dňa 4. júna 1998.

Predmetom zákona bolo odstránenie krívd spôsobených fyzickým a niektorým právnickým osobám odňatím vlastníckeho práva k hnutelným a nehnuteľným veciam podľa vládneho nariadenia č. 15/1959 Zb. o opatreniach týkajúcich sa niektorých vecí užívaných socialistickými organizáciami a podľa zákona č. 71/1959 Zb. o opatreniach týkajúcich sa niektorého súkromného domového majetku znárodnením podľa výmerov odvetvových ministerstiev uvedených v predmetnom reštitučnom zákone.

Podľa vládneho nariadenia č. 15/1959 Zb., na základe žiadosti socialistickej organizácie, finančné odbory Okresných národných výborov /ONV/ previedli domovú nehnuteľnosť občana do vlastníctva štátu. Išlo poväčšine o bezplatné prevody. Zákon pripúšťal náhradu za poštátnenú domovú nehnuteľnosť len pri cene nehnuteľnosti do 50.000 Kčs. Národné výbory nemali problémy stanoviť cenu domu vyššie než stanovoval zákon. Pri domových nehnuteľnostiach sa nachádzali prevádzkarne drobných remesiel, obchodíkov, krčmičiek, vinární a podobne. Tak získal štát celú terciárnu sféru. S prevádzkarňami prechádzali do vlastníctva štátu aj obytné priestory.

Zákon č. 71/1959 Zb. sa vzťahoval na tzv. činžové domy. Ak dom potreboval opravu, nájomníci si vyžadovali jeho modernizáciu, pripojenie na verejné siete a vlastník nebol schopný finančné náklady uniesť. MNV bol oprávnený práce dohodnúť s organizáciou socialistického sektoru na náklady obce. Ak vlastník domu nezaplatil náklady za práce, MNV vložil na nehnuteľnosť záložné právo s poradím pred všetkými právami. Ak cena prác presahovala 2/3 odhadnej ceny domu pred jeho opravou, mohol finančný odbor ONV nájomný dom spolu s príslušenstvom previesť do vlastníctva štátu. Štát takto získal do vlastníctva takmer celý nájomný bytový fond.

Oprávnenými osobami podľa uvedeného zákona boli fyzické osoby, alebo súkromné právnické osoby, ktorej bola odňatá vec titulom uvedeným v tomto zákone. Súkromnou právnickou osobou je aj cirkev uznaná štátom. Podľa tohto zákona mohli reštituovať cirkvi, telovýchovné jednoty, napr. Slovenský orol, a pod.. Oprávnená osoba mala nárok na vydanie odňatej veci in natura. Len v prípade, že vydanie nehnuteľnosti už nebolo možné, nastupovalo finančné odškodňovanie.

U oprávnenej osoby fyzickej sa nevyžadovala podmienka štátneho občianstva a trvalého pobytu na jeho území. Ak vlastník odňateho majetku zomrel, alebo bol vyhlásený za mŕtveho, vec sa vydala ďalším oprávneným osobám:

- a./ dedičovi zo závetu, ak sa dožil dňa účinnosti zákona,
- b./ deťom vlastníka a jeho manželovi, ktorý žije ku dňu účinnosti zákona,
- c./ súrodencom, ktorí žijú ku dňu účinnosti zákona.

Matériu upravil podrobnejšie § 3 zákona.

Povinnou osobou bola organizácia spravujúca alebo vlastníaca odňatú vec. Boli to väčšinou štátne organizácie, národné výbory, bytové podniky, spotrebné a výrobné družstvá a iné právnické osoby. Podmienkou je, aby povinná osoba mala vec ku dňu účinnosti zákona t. j. do 01.11.1990. Výnimkou boli podniky so zahraničnou účasťou a obchodné spoločnosti, ktorých spoločníkmi boli výhradne fyzické osoby. Tieto sa nestali povinnými osobami.

Konanie o vydaní veci podliehalo obdobnému režimu ako je definovaný zákona 229/91 Zb., zákon o pôde. Oprávnená osoba sa písomnou výzvou obrátila na povinnú osobu a v nej požiadala, aby jej bola neodkladne vydaná. K výzve priložila dôkazné listiny, ako pozemnoknižnú vložku, identifikáciu parciel, výmer o odňatí alebo iné listiny preukazujúce, že vec bola odňatá, s oprávnenou dohodou o vydaní. Dohoda o vydaní podliehala registrácii Štátneho notárstva. Ak povinná organizácia dohodu o vydaní neuzavrela, žiadateľ sa mohol obrátiť na súd. Vec sa vydala oprávnenej osobe v takom stave, v akom sa ku dňu uzavretia dohody nachádza. Znehodnotenie alebo zhodnotenie vydávanej veci si účastníci upravujú v dohode.

Zákon nenašiel odozvu v praxi. Oprávnená osoba bola viazaná preukázať oprávnenosť výzvy podľa tohto zákona, a to listinami uvedenými v ods. 1. a 2. §6 cit. zákona (potvrdenie okresného národného výboru o tom v ktorom obvode sa žiadaná vec nachádza, o odňatí veci postupom podľa zákona č. 71/1959 Zb, 15/1959 Zb., alebo potvrdenie odvetvového ministerstva o znárodnení po roku 1955, alebo výmer tohto ministerstva o znárodnení, z listín musí byť zrejmé komu bola vec odňatá, a rozsah odňatej veci, ak bola poskytnutá náhrada tak v akej výške a pod., príslušná pozemnoknižná vložka) Oprávnené osoby neboli schopné v krátkom čase zabezpečiť tieto dôkazné listiny a tým odôvodniť oprávnenosť reštitučného nároku. Zákon nadobudol účinnosť dňa 01.11.1990 a posledný deň na uplatnenie nároku bol 30.04.1991. V dôsledku toho bolo potrebné vydať nové reštitučné zákony o zmiernení dopadov na poškodené právnické a fyzické osoby. Bol to zákon o pôde č. 229/91 Zb., zákon o zmiernení majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam č. 282/93 Z.z. a ďalšie právne predpisy.

Zvláštnosťou zákona č. 403/1990 Zb. bola absencia lehoty na podanie žaloby, a to v prípade, že vydanie nehnuteľnosti malo byť sporné, resp. povinná osoba túto vec odmietla vydať. Touto otázkou sa zaoberal Ústavný súd ČR, ktorý svojím rozhodnutím sp.zn.: R 34/93 rozhodol, že na podanie žaloby sa stanovuje lehota podľa platného Občianskeho súdneho poriadku, a to tri roky od podania výzvy na vydanie veci. Ak do tejto lehoty

oprávnená osoba žalobu nepodá, berie sa toto za premlčanie reštitučného nároku.¹¹

Ďalšou spornou otázkou sa ukázala napríklad povaha povinnej osoby. Z uvedeného reštitučného zákona nebolo zrejmé, či povinnou osobou boli aj poľnohospodárske družstvá (JRD), prihliadnuc k skutočnosti, že vládne nariadenie č. 15/1959 Zb. umožňovalo previesť zabraný majetok aj na JRD. Túto otázku rozriešil Vrchný súd v Prahe svojim rozsudkom sp.zn.: 3 Cdo 48/92, zo dňa 14. 12. 1993, ktorý rozhodol, že aj JRD sú podľa zákona č. 403/1990 Zb. povinnými osobami.¹²

Reštitúcie cirkevného majetku

Reštitúcie cirkvi a náboženských spoločnosti upravujú štyri právne normy, uvedené v predchádzajúcom texte tohto článku. Tieto sa delia na zákony, ktorými sa priamo prevádza vlastníctvo k nehnuteľným veciam (špecifikácia vecí podliehajúcich reštitúcii je uvedená v zákone, účinnosťou zákona sa vyznačí prechod vlastníctva v katastri nehnuteľností), špeciálne zákony, ktoré procesne cez jednostranné a dvojstranné právne úkony upravujú vydanie nehnuteľností, a kombinované zákony.

Najzávažnejším problémom, a aj najslabším miestom celého reštitučného procesu v tejto oblasti bolo preukázanie nároku, predovšetkým však preukázanie aktívnej legitimácie oprávnenej osoby, teda tej ktorej konkrétnej cirkvi a náboženskej spoločnosti.

Codex iuris canonici (ďalej v texte len CIC) v kánone č. 1256 ustanovuje : Vlastníctvo majetkov pod najvyššou autoritou Rímskeho veľkňaza patrí tejto právnickej osobe, ktorá tieto majetky nadobudla zákonne. Pri aplikácii zákona č. 282/93 Z.z. o reštitúcii cirkevného majetku dochádzalo k nejasnostiam, kto bol a ešte aj je vlastníkom značného majetku, ktorý sa po vzniku ČSR v roku 1918 dostal do jeho teritória. Išlo o poľnohospodársku a lesnú pôdu, ktorá do vzniku ČSR patrila pod právomoc Ostrihomského arcibiskupstva a o základiny Náboženskú a Študijnú. Oprávnené osoby sa domáhali od povinných vydania majetkov, ktoré vznikom ČSR prešli do teritória slovenských biskupstiev. Nemohli však predložiť dokument, v ktorom by posledným vlastníkom pred prechodom na štát, bola niektorá cirkevná právnická osoba. Pred prechodom na štát podľa zákona o revízii prvej pozemkovej reformy č. 142/47 Zb. boli v dokumentoch /pozemnoknižných vložkách/ zapísané cirkevné právnické osoby so sídlom v Maďarsku.

¹¹ Uznesenie ústavného súdu ČR, sp.zn.: R 34/93

¹² Rozsudok Vrchného súdu v Prahe, sp.zn.: 3 Cdo 48/92 zo dňa 14. 12. 1993

Povinné osoby odmietali nehnuteľnosti vydať a argumentovali ustanovením § 2 zákona č. 282/93 Z.z. podľa ktorého oprávnenými osobami sú štátom uznané cirkvi a náboženské spoločnosti so sídlom v SR. Cirkevné právnické osoby v pozemnoknižných vložkách uvádzané mali sídla v Maďarsku.

Na riešenie problému sa bolo treba pozerať z historického vývoja a zanedbania usporiadania vlastníctva podľa zmien vyvolaných novými skutočnosťami.

Po vzniku ČSR značné majetky Ostrihomského arcibiskupstva pripadli do nového štátu. Sídelní biskupi, poväčšine maďarskej národnosti, odmietli vykonať sľub vernosti Československej republike, ktorý vyžadoval zákon č. 64/1918 Zb.z.n. a odišli do Maďarska. Ministerstvo s plnou mocou pre správu Slovenska uvalilo na všetky cirkevné majetky nútenú správu. Na ich spravovanie zriadilo Centrálnu komisiu pre správu cirkevných majetkov, ktorú v roku 1923 vystriedala Likvidačná komisia pre správu cirkevných majetkov. V roku 1922 boli vysvätení prví Slovenskí biskupi, ktorí sa domáhali vrátenia správy cirkevných majetkov. Po vytýčení hraníc medzi ČSR a Maďarskom sa zistilo, že hranice štátu sa nekryjú s hranicami biskupstiev. Vo viacerých prípadoch mohli biskupi z Maďarska ovplyvňovať vývoj v ČSR. Rokovania medzi vládou ČSR a Vatikánom o usporiadaní vzťahov sa vyriešili v medzinárodnej dohode s názvom *M O D U S V I V E N D I*, z roku 1927.¹³

V dohode sa Svätá stolica zaviazala upraviť hranice biskupstiev v súlade s hranicami štátu. ČSR sa v bode druhom zaviazala zrušiť nútenú správu a cirkevné majetky vydať biskupstvám podľa teritoriálneho princípu. Svätá stolica vykonala dismembráciu arcibiskupstva Ostrihomského konštitúciou *Ad ecclaeiastici regiminis incrementum*, čím splnila záväzok daný v *Mode vivendi*. Vláda ČSR zrušila nariadením č. 204/1937 Zb.z.n., všetky nariadenia ministra s plnou mocou pre správu Slovenska. Tým boli upravené majetkové vzťahy. Svätá stolica dezignovala rozhodnutím č. 1620/1935 apoštolského administrátora, Mons. Dr. Pavla Jantauscha za správcu cirkevných majetkov, ktoré sa nachádzali na území trnavskej diecézy. Podľa CIC can. 1276 § 1. Ordinárovi /t.j. biskupovi/ patrí bedlivo dohliadať na spravovanie všetkých majetkov, ktoré patria verejným právnickým osobám jemu podliehajúcim. Dr. Pavol Jantausch, hoci bol biskupom, nepatrla mu funkcia správcu majetkov ipso lege, lebo nebol biskupom sídelným, Neuznala ho totiž vláda ČSR. Svätá stolica riešila prípad tak, že ho urobila sídelným biskupom v Smyrne, v Trnave zriadila

¹³ Moravčíková, M., Cipár, M.: Ekonomické zabezpečenie cirkvi a náboženských spoločností, Ústav

Apoštolskú administratúru a poverila ho riadením biskupstva a jeho majetkov, nakoľko správu majetkov Arcibiskupstva Ostrihomského v inom štáte vykonávať nemohlo. ThDr. Pavol Jantausch mal prevziať aj majetkovo usporiadať všetky majetky v Trnavskej diecéze. Nestihol to. Vlastnícke pomery sa prvou pozemkovou reformou značne zmenili. Vzťahy medzi Nemeckou ríšou a Československom sa priostrovali, až vec dospela k Viedenskej arbitráži 2.11.1938, podľa ktorej Slovensko stratilo celú južnú časť. Po okupácii južného Slovenska Maďarskom, svätá stolica upravila správu konštitúciou *Diecesum fines*. Majetky pričlenila znovu pod správu Ostrihomu. Po navrátení okupovaného územia do ČSR opäť Svätá stolica upravila správu konštitúciou *prescriptionum sacro-sancti*. Tým sa znovu zrealizovala dohoda z *Modu vivendi*.

Vzhľadom na to, že majetky prešli do vlastníctva štátu podľa zákona o revízií prvej pozemkovej reformy, zák. č. 142/1947 Zb., povinné osoby pochybovali o oprávnenosti Rímskokatolíckej cirkvi požadovať vydanie, najmä keď posledným vlastníkom pred prechodom na štát bola v pozemnoknižných vložkách ako vlastník zapísaná cirkev, ktorá nemala sídlo v SR. Spor riešil Štátny sekretariát Svätej stolice dokumentom zo dňa 11. 3. 1996 č. 2172/96/RS tak, že naviazal na Konštitúciu *Praescriptionum sacrosancti* z 30.12.1977 a vo výklade potvrdil, že vlastníckmi majetkov, ktoré do vzniku ČSR patrili pod Ostrihomskú diecézu, ako aj do správy kláštora na hore Panonhalskej a po vzniku Slovenskej republiky patria do územia diecézy trnavskej, nitrianskej a košickej, sú právnické osoby Cirkvi rímskokatolíckej podľa územného princípu.

Pápež Klement XIV. v roku 1773 zrušil mnohé kontemplatívne cirkevné rády – Jezuitov, Paulínov, Kamaldulov, Klarisky a pod. Majetok zrušených radov dal do správy arcibiskupstva ostrihomského. Iný pohľad na to malo cisárovná Mária Terézia. Snažila sa majetky previesť pod Korunu a o nich sama rozhodovať. Spor, ktorý z toho vznikol medzi ňou a pápežom sa nakoniec vyriešil tak, že súhlasila, aby pôvodné cirkevné majetky sa dali na účely zvyšovania vzdelanosti kléru/občanov, ktorí budú mať záujem. V roku 1777 vydala tzv. *Ratio educationis*, čiže systém vzdelávania. Z výnosov majetku zakladala školy, semináre kňazského dorastu a pod. Veľkú časť tohto majetku použila na zriadenie základín s názvom Študijná základina a základina Náboženská. Keďže išlo o značné majetky, viedli sa o jeho charaktere spory. Jedná časť štátneho aparátu ich považovala za majetky cirkevné, kým druhá sa snažila začleniť ich do majetkov eráru. Syn Márie Terézie Jozef II majetky oboch základín inkameroval, t.j. previedol ich do vlastníctva štátu. Po jeho smrti cisár František I inkameráciu zrušil a navždy zakázal obe základiny považovať za majetok štátu, lebo obe sú *PIAE FUNDATIONES*¹⁴, patria jedine katolíkom, pretože ich majiteľmi

¹⁴ Bušek, Henrich, Vlaštovka, Muller: Československé cirkevné zákony, Pražské nakladatelství, Praha 1931, s. 662

boli cirkevné právnické osoby. Napriek tomu zápas o ich vlastníctve pokračoval.

V Konkordáte¹⁵ z roku 1855 uzavretom medzi cisárom Františkom Jozefom I. a pápežom Piom IX. v článku 29 došlo k dohode, kde cisár uznáva, že majetky, ktoré tvoria základinu Študijnú a základinu Náboženskú, sú svojim pôvodom majetkom cirkevným a budú dané do správy príslušných biskupov. Zápas nepoľavil ani po Rakúsko – uhorskom vyrovnaní v roku 1867 a dostal sa na rokovanie parlamentu. Parlament zriadil komisiu, ktorej účelom bolo záležitosť preskúmať a podať správu. Správa poslancov grófa Alberta Appónyho a Ištvána Appátyho z roku 1880¹⁶ došla k záveru, že ide o majetok cirkevný a nie majetok verejných základín. Tým bola otázka charakteru základín v parlamente odložená. Po vzniku ČSR boli jej majetky dané pod vnútenú správu cirkevných majetkov a do správy Centrálnej komisie cirkevných majetkov a od roku 1923 do Likvidačnej komisie cirkevných majetkov. Modusom vivendi bola vnútená správa zrušená. Obe základiny však neprešli pod správu príslušných biskupstiev, ale dostali sa do Správy verejných základín. V roku 1946 Poverenictvo školstva a národnej osvety, pod ktoré verejné základiny patrili, zrušilo Centrálnu správu verejných základín čím majetok týchto základín prešiel pod Odbor pre správu verejných základín.¹⁷

Napriek histórii, povinné osoby zdôrazňovali, že základiny boli cez dve storočia v správe verejných základín, ktoré spravovali rôzne štátne orgány, naposledy v roku 1880 Uhorské ministerstvo kultu a verejného vyučovania a preto nemôžu byť vlastníctvom Cirkvi. Povinná osoba v tom značne pochybila, nakoľko správa nemôže zakladať vlastnícke právo i keby správu vykonávala obec, kraj, štát, alebo akákoľvek právnická osoba, ak nebola vydaná vkladu schopná listina na takýto nehnuteľný majetok.

Zákon č. 282/93 Z.z., v znení neskorších predpisov sa vzťahuje na zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd odňatím vlastníckeho práva k nehnuteľným veciam a veciam hnutelným na základe rozhodnutí štátnych orgánov, občiansko – právnych a správnych aktov vydaných v období od 8. mája 1945, židovským náboženským obciam od 2. novembra 1938 do 1. januára 1990 (rozhodné obdobie) v rozpore s demokratickými

¹⁵ Reichs - gesetz – Blat, Berlín, 1855, s. 195

¹⁶ Správy poslancov A. Aponyiho a A. Apátyho poslancov parlamentu a komisie poslaneckej snemovne,

Spoločnosť Sv. Štefana Budapešť, 1883

¹⁷ Nález Najvyššieho Správneho súdu ČSR č. 3501/BOH. zo dňa 17. 4. 1924

zásadami spoločnosti, rešpektujúcej práva občanov vyjadrené najmä Chartou Organizácie Spojených národov, Listinou základných práv a slobôd a príslušnými medzinárodnými paktami o občianskych, politických, hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach. Účastníkmi reštitučného konania sú osoby oprávnené a osoby povinné.

Oprávnenými osobami sú štátom registrované cirkvi a náboženské spoločnosti so sídlom v Slovenskej republike vrátane ich častí, ktoré majú právnu subjektivitu (zák. č. 308/91 Z. z.), ktorých vec prešla do vlastníctva štátu alebo obce v rozhodnom období v prípadoch uvedených v ďalšom texte. Oprávnenými osobami nie sú len cirkvi a náboženské spoločnosti, ale aj ich časti. Časťami cirkvi sú právnické osoby s odvedenou právnou subjektivitou, ako rehole, rády, kongregácie, cirkevné spolky, školy, nemocnice, domovy dôchodcov, a podobne, t. j. tie organizácie, ktorých zakladateľom bola cirkev a ktorým priznala právnu subjektivitu.

Povinnými osobami sú štát, obec, štátom alebo obcou založené alebo zriadené právnické osoby a právnické osoby zriadené zákonom, ktoré hospodária s majetkom štátu alebo obce, prípadne ho spravujú a ku dňu účinnosti zákona vec držia s výnimkou právnických osôb so zahraničnou majetkovou účasťou a obchodných spoločnosti, ktorých spoločníkmi alebo účastníkmi sú výhradne fyzické osoby. Povinnými osobami sú aj fyzické osoby, ktoré nadobudli vec od štátu v rozpore s vtedy platnými predpismi alebo na základe protiprávneho zvýhodnenia nadobúdateľa. Povinnými osobami sú aj obce. Obce boli zriadené v roku 1990 zákonom č. 369/1990 Z.z. ako samosprávne územné jednotky. Do roku 1990 to boli národné výbory. Neboli samosprávnymi územnými jednotkami, ale orgánmi štátnej moci. Nehnutelnosti, ktoré spravovali neboli ich majetkom, ale majetkom štátu.

Pokiaľ ide o administratívny postup pri uplatňovaní si nároku, oprávnená osoba v súlade s § 5 zákona 282/1993 Z.z. uplatnila svoj nárok u povinnej osoby výzvou na vydanie v lehote 12 mesiacov od účinnosti zákona (do 01.01.1994, novela č. 97/2002 Z.z. predĺžila túto lehotu, a to pre podanie výzvy 12 mesiacov od účinnosti novely). Povinná osoba mala povinnosť uzavrieť s oprávnenou osobou dohodu o vydaní do 90 dní od doručenia výzvy. Ak povinná osoba nevyhovela výzve, oprávnená osoba sa môže obrátiť na súd a to v lehote do 15 mesiacov od doručenia výzvy. Inak právo zaniká.

Vec sa vydáva v takom technickom stave v akom sa nachádzala ku dňu účinnosti zákona. Oprávnená osoba a povinná osoba si nemohli voči sebe uplatňovať iné nároky súvisiace s vydanou vecou, ako sa uvádzajú v zákone. Oprávnená osoba musela svoj nárok preukázať. Preukázanie sa deje dôkaznými dokumentmi ako sú: pôvodná pozemnoknižná vložka v originálnom prevedení, rozhodnutie o odňatí, identifikácia parciel, snímka z mapy, prípadne geometrický plán, ak v jeho ploche alebo tvare nastali zmeny.

Zákon upravuje 282/1993 Z.z. upravuje aj výnimky z povinnosti vydať veci. Vydať nemožno napríklad pozemky alebo ich časti ak pozemok bol po prevode alebo prechode do vlastníctva štátu alebo právnickej osoby zastavaný.

Týmto ustanovením zákon zamedzuje vzniku rozdielneho vlastníctva ku pôde a ku stavbe. Zákon nestanovuje, kedy sa považuje pozemok za zastavaný. Je to vydaním stavebného povolenia, začatím stavebných prác, kolaudáciou alebo až po zápise stavby vkladom na list vlastníctva. Túto otázku ponecháva na iné normy. Problém však nerieši ani stavebný zákon, ani nijaký iný predpis. Ďalší problém robia stavby začaté pred účinnosťou zákona a stavby, ktoré sa začali po účinnosti zákona.

Ak bol pozemok zastavaný stavbou, ktorá slúži pre zariadenia telesnej výchovy a športu, telesnej kultúry, zdravotníctva, poskytovanie sociálnej starostlivosti, pre školské účely a pod. nemožno vydať ani susediace pozemky slúžiace na tieto účely.

Vydaním veci sa cirkev neujíma hospodárenia s vecou. Dňom prevzatia nehnuteľných vecí vstupuje oprávnená osoba do práv a záväzkov, ktoré mala povinná osoba a to u bytov, nebytových priestorov, ako aj pozemkov. Ak povinná osoba vydanú nehnuteľnosť zhodnotila, má nárok na náhradu zhodnotenia podľa platných predpisov.

Zákon nemá ustanovenia o náhrade, či už vecnej, či finančnej za nehnuteľnosti, ktoré podľa reštrikčného ustanovenia § 7 nie je možné vydať. V tomto je zákon voči cirkvám a náboženským spoločnostiam oproti iným zákonom diskriminačný.

Ako som vyššie uviedol, zákon č. 282/1993 Z.z. bol novelizovaný zákonom č. 97/2002 Z.z. Novelizácia sa týka lesného fondu v národnom parku, hospodárskych budov a ostatných stavieb slúžiacich lesnej výrobe, lesných ciest postavených z investičných prostriedkov štátu. Rieši aj problematiku Nemeckej evanjelickej cirkvi v Slovenskej republike, vrátane jej organizačných jednotiek.

Nie všetky nehnuteľnosti boli cirkvám a náboženským spoločnostiam vydané. Zásahy do vnútorného života cirkví spôsobili, že majetkové doklady o pôvodnom vlastníctve časťami raziarmi bezpečnostných orgánom sa znehodnotili. Tým, že v roku 1964 sa prestali vykonávať zápisy o právnych vzťahoch do pozemkových kníh a evidencia v geodézii bola v dôsledku neplnenia povinností o nahlasovaní zmien v užívateľských vzťahoch neúplná, cirkvi a náboženské spoločnosti nestačili v lehote zákona č. 282/93 Z.z. doložiť svoje nároky, bolo potrebné vydať ďalší zákon. Bol ním zákon č. 161/2005 Z.z. o navrátení vlastníctva k nehnuteľným veciam

cirkvám a náboženským spoločnostiam a o prechode vlastníctva k niektorým nehnuteľnostiam.

Podľa tohto zákona sa vydáva poľnohospodárska pôda, hospodárske budovy a iné stavby patriace k pôvodnej hospodárskej usadlosti, lesný pôdny fond, hospodárske stavby a ostatné stavby súvisiace s ním, podiely spoločnej nehnuteľnosti. Rozhodujúcim obdobím je 8. máj 1945, u židovských náboženských obcí 2. november 1945 do 1. januára 1990. Oprávnenými osobami sú tie isté ako sú uvedené v zákone č. 282/1993 Z.z.. Právne tituly vydania sa tu rozšírili o zákon č. 81/1949 Zb. SNR o úprave právnych pomerov pasienkového majetku bývalých urbárikov, komposesorátov a podobných právnych útvarov a zákona č. 2/1958 Z. SNR o úprave pomerov a obhospodarovaní spoločne užívaných lesov bývalých urbarialistov a podobných útvarov.

Za povinnú osobu sa v zmysle danej právnej úpravy považuje právnická osoba, ktorá ku dňu účinnosti zákona spravuje veci vo vlastníctve Slovenskej republiky, obce alebo nehnuteľnú vec drží.

Právo na navrátenie vlastníctva sa uplatňovalo výzvou (písomnou) u povinnej osoby do 30. apríla 2006. Pri uplatnení nároku tu bola povinnosť preukázať nárok už vo výzve. Povinná osoba mala povinnosť uzavrieť s oprávnenou osobou dohodu o vydaní do 60 dní od doručenie výzvy. Ak povinná osoba nevyhoví výzve, alebo jej sídlo nie je známe, môže oprávnená osoba uplatniť svoj nárok na súde do 12 mesiacov od doručenie výzvy.

Krivdy spôsobené cirkvám a náboženským spoločnostiam riešili aj ďalšie špeciálne zákony. U týchto zákonov sa odňatá nehnuteľnosť vydávala ex lege. Už samotný zákon stanovuje, ktoré nehnuteľnosti sa vracajú pôvodnému vlastníkovi. Tak je tomu v zákone č. 298/1990 Zb. o úprave niektorých majetkových vzťahov, rehoľných rádov a kongregácií a arcibiskupstva olomouckého. Tento zákon sa vzťahoval poväčšine na rehole a rády v Českej časti republiky. Slovenská Národná rada prijala podobný zákon pre slovenskú časť Českej a Slovenskej Federatívnej republiky. Bol to zákon č. 338/1991 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam. Podobné ustanovenia, kde sa menovite určuje, ktoré nehnuteľnosti sa vracajú, majú aj zákony všeobecné č. 97/2002 Z.z. a zákon č. 161/2005 Z.z. Takto postavené zákony sú hybridné a nesytemové.

Záver

Záverom tohto článku chcem zhodnotiť a zároveň poukázať na skutočnosť potreby naprávať krivdy, ktoré spôsobil predchádzajúci právny režim. Súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky sú právne normy, ktoré sa spôsobom reštitúcie resp. rehabilitácie snažia tieto krivdy naprávať. Tieto práve normy sú často nedokonalé, nepremyslené a je ich potrebné

meniť v prospech poškodeného. Mnohé sporné otázky sú toho času už zodpovedané právoplatnými a vykonateľnými rozhodnutiami súdov, a tiež správnych orgánov. Mnohé je potrebné riešiť v rámci sporových konaní. Domnievam sa, že súčasná demokratická spoločnosť bude riešiť ešte mnohé reštitučné otázky, ktoré bude môcť zodpovedať jedine vydaním príslušnej právnej normy. Preto je potrebné novej právnej legislatíve venovať primeranú pozornosť.

Literature:

- Bušek, Henrich, Vlačková, Müller: Československé cirkevné zákony, Pražské nakladatelství, Praha 1931.
- Gaisbacher, J. a kol.: Základy pozemkového práva Komentár. Šamorín: HEURÉKA, 1998.
- Kindl, M.: Restituce v soudní praxi, C.H. BECK, Praha
- Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004.
- Moravčíková, M., Cipár, M.: Ekonomické zabezpečenie cirkvi a náboženských spoločností, Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi, Bratislava, 2001.
- Nález Najvyššieho Správneho súdu ČSR č. 3501/BOH. zo dňa 17. 4. 1924.
- Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR v Prahe, zp.zn.: Cpjn 50/93
- Rozsudok Vrchného súdu v Prahe, sp.zn.: 3 Cdo 48/92 zo dňa 14. 12. 1993
- Správy poslancov A. Aponyiho a A. Apátyho poslancov parlamentu a komisie poslaneckej snemovne, Spoločnosť Sv. Štefana Budapešť, 1883.
- Špáček, J., Berešová, E.: Zemědělské restituce a soudní praxe. Praha, C.H. BECK.
- Špaňár, J.: Latinsko slovenský – slovensko latinský slovník. Bratislava, SPN, 1969.

- Štefanko, J.: Prvý občiansky zákonník, komentár. Šamorín, HEURÉKA, 1999.
- Tomašovičová, J. a kol.: Katastrálny zákon a komentár. Žilina, EPP, 2001.
- Uznesenie ústavného súdu ČR, sp.zn.: R 34/93
- Zjednocujúce stanovisko správneho kolégia NS SR sp.zn.: Rc 45/98 zo dňa 4. júna 1998.

Contact – email

rjablonovsky@k-partners.sk

HISTORICKÝ VÝVOJ ODPOVĚDNOSTI ZA PRÁVNÍ VADY VĚCI V PRÁVU ČESKÝCH ZEMÍ

HANA KELBLOVÁ

Ústav práva a humanitních věd, Provozně ekonomická fakulta, Mendelova
univerzita v Brně, Česká republika

Abstrakt

Příspěvek se zabývá historickým vývojem institutu právní vady věci, který byl v římském právu založený na principu evikce, tj. povinnosti prodávajícího zastat se kupujícího u soudu, pokud ho třetí osoba napadne žalobou o vydání věci. Příspěvek analyzuje současný stav právní úpravy právní vady věci v českém právu obsažený v normách občanského a obchodního práva.

Klíčová slova

Právní vady; kupní smlouva.

Abstract

The paper describes the historical development of the institute legal defects to which Roman law was based on the principle of evikce, ie. the seller's obligation to stand up for the buyer in the proceeding when a third person sued him with action. The paper analyzes the current state of regulation of legal defects in the Czech case law contained in the standards of civil and commercial law.

Key words

Legal defects; contract of purchase.

Vývoj odpovědnosti za vady úzce souvisí s rozvojem směny a obchodu a je svázán zejména s prodejem a koupí věcí, ojediněle se objevuje i v jiných typech smluv. V nejstarších právních řádech se většinou odpovědnost za vady prodané věci vůbec neobjevuje a riziko pozdějšího výskytu vad na koupené věci nese plně kupující. Výjimku představoval Chammurapiho zákoník, který stanovil, že prodávající ručí v případě prodeje otroka za to, že otrok není stížen nemocí. V případě, že se nemoc do jednoho měsíce od uskutečnění prodeje projeví, dojde ke zrušení kupní smlouvy a prodávající je povinen vrátit kupní cenu.¹ U smlouvy o dílo odpovídal stavitel za vady provedené práce životem svým i své rodiny, pokud se stavba zřítla a zabila majitele domu či členy jeho rodiny (zásada odvety). Historicky se však nejdříve objevuje odpovědnost za vady právní a později pak i odpovědnost za vady faktické.

¹ Tureček, J. a kolektiv: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Orbis Praha 1963, s. 251

Vývoj právní úpravy odpovědnosti za vady lze sledovat v **římském právu**, kde se prvopočátky odpovědnosti za vady objevují v souvislosti s rozvojem kupní smlouvy. Mancipace byl přísně formální převod vlastnického práva, kterým bylo převáděno vlastnické právo k vymezenému okruhu věcí,² tzv. mancipační věci. Byly to například pozemek na italské půdě, stavba na italské půdě, otroci, tažná zvířata, voli koně, muly, osli a služebnosti zemědělských pozemků.³ U tzv. *res nec mancipi* (nemancipační věci), docházelo k převodu vlastnictví prostou tradicí. Právní úkon mancipace se konal před vážným, který na váze odvažoval neražený kov (měď) a pěti současně přítomnými svědky, což mohli být pouze dospělí římsští občané mužského pohlaví. Spočíval ve formálním uchopení věci kupujícím a odvážení kovu prodávajícím. Později se místo kovu předávaly ražené peníze, ale až následně mimo samotný mancipační akt. K převodu vlastnického práva došlo až skutečným zaplacením ceny věci.⁴ Právě s mancipací je spojena odpovědnost prodávajícího, která spočívala především v tzv. **evikci**, tedy povinnosti prodávajícího zastat se kupujícího u soudu, pokud ho třetí osoba napadne žalobou o vydání věci. Formální podmínkou tohoto ručení prodávajícího bylo, že mu kupující oznámil spor s třetí osobou. Proávající pak měl zákonnou povinnost účastnit se tohoto sporu, snažit se svým tvrzením a důkazy o vítězství kupujícího a převzít za něho vlastně odpovědnost za výsledek a následky celého sporu. Zejména prodávající garantoval, že žalovaný kupující (jako držitel sporné věci) jí vydá žalobci, pokud by tento zvítězil.⁵ Nevydal – li poražený kupující věc i s plody, vítězné třetí osobě, pak musel prodávající zaplatit třetí osobě *litis aestimaci* (peněžní ekvivalent předmětu závazku).⁶ Pokud kupující věc vydal třetí osobě nebo jí zaplatil *litis aestimaci*, byl prodávající ze zákona povinen zaplatit kupujícímu dvojnásobek tržní ceny (*duplum pretii*) a podléhal k tomu určené civilní žalobě. Později se stalo zvykem, že strany připojovaly k mancipační smlouvě ještě zvláštní stipulační úmluvu, že prodávající zaplatí kupujícímu buď tržní cenu nebo její dvojnásobek. Zároveň z mancipace pro prodávajícího vyplývala opět zákonná odpovědnost za to, že výměra pozemku udaná při prodeji, odpovídá skutečnosti, nebylo-li tomu tak, zaplatil prodávající dvojnásobek kupní ceny. Jednalo se tedy již, z dnešního pohledu, o odpovědnost za vady faktické. Proávající odpovídal za právní vady jaksí nepřímou, v případě, že nastala evikce, tj. kupujícímu byla věc odňata soudním rozhodnutím. Přímou odpovídal prodávající jen tehdy, prodal-li kupujícímu věc zatíženou právem

² Vážný, J.: *Římské právo obligační*, Brno 1946, s. 79

³ Tureček, J. a kolektiv: *Světové dějiny státu a práva ve starověku*, Orbis Praha 1963, s. 304

⁴ Vážný, J.: *Římské právo obligační*, Brno 1946, s. 78

⁵ Vážný, J.: *Římské právo obligační*, Brno 1946, s. 79

⁶ Vážný, J.: *Římské právo obligační*, Brno 1946, s. 183 a násl.

třetí osoby a věděl o tom, ale kupujícího neinformoval. Pak mohl kupující uplatnit žalobu *actio empti* ihned. Povinnost prodávajícího ručit za evikci byla také vyloučena tehdy, když kupující o právu třetí osoby věděl při prodeji.

V Justiniánském právu, z uzavřené trhové smlouvy, uzavřené buď mancipací nebo vykonáním tradice, vyplývala pro prodávajícího povinnost učinit kupujícího nenapadnutelným držitelem věci, tedy tak, aby v případném sporu se třetí stranou zvítězil. Prodávající odpovídal za nerušenou držbu kupujícího, ale nebyl však povinen převést vlastnické právo na kupujícího⁷. Pokud prodal prodávající kupujícímu cizí věc (věc, k níž měla třetí osoba právo vlastnické, spoluvlastnické, zástavní, právo požívat plody-*ususfructus*), tedy věc zatíženou právní vadou, **okamžik vzniku odpovědnosti za tuto vadu** je v Justiniánském právu spojen až s okamžikem, kdy je věc kupujícímu soudně odňata skutečným vlastníkem, třetí osobou. Potom prodávající ručí za evikci. Je nutno dodat, že v počátcích vývoje kupní smlouvy v římském právu, pokud se věc převáděla pouhou tradicí, nikoliv mancipací, bylo nutné připojit tzv. stipulační úmluvu a to dvojího typu: *stipulatio habere licere* a *stipulatio duplae*. V první stipulaci sliboval prodávající, že zaručí kupujícímu nikým nerušenou držbu věci a ve druhé se zavazuje prodávající k zaplacení peněžité pokuty (dvojnásobný obnos ceny) pokud třetí osoba odejme věc kupujícímu nebo tento bude nucen zaplatit *litis aestimaci* (nastane evikce) a kupující spor prodávajícímu oznámí. Dalším vývojem došlo k tomu, že ručení za evikci se stalo součástí smluvních povinností. Žalobou sloužící k vynucení ručení za evikci se stala *actio empti*.

Existovala i možnost se ručení za evikci zbavit a to zvláštní úmluvou *pactum de non praestanda evictione*. Justiniánské právo důsledky této úmluvy, úplné zbavení se evikčního ručení, omezilo pouze na situace, kdy prodávající byl v dobré víře, že věc je, co se týče právních vad, bezvadná. Pokud úmyslně zatajil svoji vědomost právních vad, ručí za evikci, i když si sjednal s kupujícím úmluvu, že za evikci ručit nebude.

Ručení za evikci se vyskytovalo nejen u kupní smlouvy, ale **i u smlouvy nájemní**, kdy ručení za evikci bylo součástí povinností pronajímatele vůči nájemci. Ručení bylo stejného charakteru jako při kupní smlouvě, s tím rozdílem, že pronajímatel se mohl svých povinností vůči nájemci zprostit tak, že poskytne nájemci jiný objekt k užívání.

Vývojově později se v římském právu objevuje odpovědnost za vady faktické.

⁷ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, díl II., Právo majetkové, Praha 1935

Závazkové právo bylo v období raného **středověku** na nízkém stupni. Rodové společenské zřízení a zemědělský způsob života nevyžadovaly regulaci složitých právních vztahů vznikajících při rozvinutém obchodování. Obchod se uskutečňoval prostřednictvím směny, pokud později docházelo ke koupi, šlo o koupi „z ruky do ruky“ a omezen pouze na věci movité. Už v těchto počátcích se ale objevují zárodky odpovědnosti prodávajícího za právní vady prodané věci. Pokud si na prodanou věc dělala nárok třetí osoba – vlastník, kupující pokládal újmu, která mu takto vznikla za krádež či loupež, a postupoval jako při závazku z deliktu, tedy odpovědnost za právní vady se vyvíjela z počátku v oblasti práva trestního,⁸ (v otázce viny se nerozlišovalo mezi úmyslem a nedbalostí). Další vývoj znamenal, že začaly vznikat závazky nejen z deliktů ale i z dobrovolného závazku ve smlouvě. Smlouva kupní (trhová) měla tehdy širší význam než dnes a obsahovala v sobě více, dnes samostatných, smluvních typů. Pod pojmem „prodej“ bylo chápáno jakékoliv odevzdání věci jinému k držbě a užívání, ať už navždy či jen dočasně a termín „koupě“ se používal ve smyslu smlouvy kupní, ale i zástavní.⁹

S rozvojem obchodu ve městech a s recepcí římského práva dochází k rozvoji závazkových vztahů. Odpovědnost za vady se u smlouvy trhové (kupní) rozlišovala podle toho, zda byly prodávány movité věci či nemovitosti. U kupní smlouvy týkající se nemovitosti, měl prodávající tzv. „**závazek ze správy**“ (disbrigatio, staročesky „zprava“, v uherském právu expeditoria cautio, něm. Gewährleistung). V římském právu tomuto odpovídal závazek praestare auctoritatem.¹⁰ Obsahem závazku ze správy, která nastávala ze zákona (ipso iure), byla povinnost prodávajícího převzít na sebe případný soudní spor kupujícího s třetí osobou, nárokuje si koupenou nemovitost, poté co jej k tomu kupující vyzval. Nesplnil-li prodávající tuto povinnost a kupujícímu byla nemovitost ve sporu odejmuta, byl povinen vrátit mu kupní cenu nebo dát jinou nemovitost. Stejnou povinnost měl, pokud spor s třetí osobou prohrál. Kromě toho, byl prodávající ještě povinen zaplatit kupujícímu pokutu a to buď ve výši kupní ceny, její poloviny nebo třetiny (české právo zemské – „zpravná třetina“). Jakékoliv nároky vůči prodávajícímu však mohl kupující uplatnit jen, pokud prodávajícího vyzval k přistoupení ke sporu. Povinnost „správy“ zanikala uplynutím promlčecí doby, jejíž délka však mohla být smlouvou zkrácena, v českém právu zemském se objevuje i „správa“ v čase trvající neomezeně (správa věčná a dědičná). Osobou odpovědnou za právní vady nemusel být

⁸ Saturník, T.: Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě, Praha 1945, s. 109

⁹ Saturník, T.: Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě, Praha 1945, s. 110

¹⁰ Termínu „praestare“ se užívalo k označení povinnosti ručit za nějakou okolnost, např. za úmysl, nedbalost, ukradení, vysouzení třetí osobou a z toho vznikající povinnost k náhradě škody nebo také v širším slova smyslu k označení jakéhokoliv plnění ze závazku. Viz Vážný, J.: Římské právo obligační, Brno 1946, s. 179

jen prodávající, ale jakákoliv jiná osoba – správce, který na sebe takový závazek převzal.

Při prodeji movitých věcí je možné počátky odpovědnosti za vady vidět v tzv. „svodu“. Odpovědnost za právní vadu věci, za kterou byla pokládána krádež nebo loupež, měl poslední, případně třetí předchozí držitel věci. Byli-li usvědčeni, musel nahradit škodu a zaplatit pokutu. Později po zániku svodu v českém právu, musel kupující vrátit movitou věc zatíženou právní vadou z krádeže, skutečnému majiteli. Měl právo obrátit se potom s žalobou na prodávajícího o příslušnou náhradu.

Odpovědnost za **faktické vady** se v právu zemí Střední Evropy historicky objevuje až později a označuje se také jako správa. Rakouský Obecný občanský zákoník (ABGB) z roku 1811 pak upravuje tzv. správu pro vady faktické a správu pro vady právní a vztahuje tyto jako obecnou instituci ke všem úplatným smlouvám. Závazek ze správy může nabyvatel uplatnit jen proti svému bezprostřednímu právnímu předchůdci a je postaven na principu objektivní odpovědnosti zcizitele, ať už o vadách věděl nebo nikoliv. Co se týká právních vad, ABGB v § 923 rozlišuje „**kromobyčejná břemena právní**“ a „**obyčejná břemena právní**“. V prvním případě jde o tzv. evikci totální – byla zcizena úplně cizí věc, ve druhém případě pak o evikci parciální, tj. byla-li zcizena věc zatížená cizím právem. Důvodem vzniku závazku ze správy je nedostatečnost právní pozice nabyvatele, např. u kupní smlouvy odpovídá prodávající kupujícímu za to, že jej učinil vlastníkem ne jenom za to, že věc může mít u sebe.¹¹ Uplatnění nároků ze správy, ať už pro evikci totální nebo parciální, bylo pro nabyvatele věci svázáno s povinností oznámit zciziteli to, že si na věc činí nárok třetí osoba a požádat jej o zastoupení (§ 931 ABGB). Pokud tak nabyvatel neučinil, nepozbyl tím nároky ze správy, ale zcizitel se proti němu mohl bránit veškerými námitkami, které nebyly použity proti třetí osobě. Pokud by tyto námitky byly úspěšné, zcizitel neručil za evikci, nenesl tedy žádnou odpovědnost za právní vady. Podle ustanovení § 932 ABGB „Je-li vada zakládající závazek ke správě té povahy, že nemůže býti zdvižena, a že spolu je na újmu řádnému užívání věci, může nabyvatel žádati, aby smlouva byla zrušena. Vedle toho odpovídá zcizitel i za zaviněnou škodu.“¹² Za takovou vadu byla považována právní vada spočívající v tom, že věc byla cizí (totální evikce), tak i evikce parciální, ale jen tehdy, znemožňovala-li tato právní vada řádné užívání věci. Pokud řádnému užívání nebránila nebo mohla být napravena, mohl nabyvatel žádat přiměřenou slevu z ceny.

¹¹ Krčmář, J.: Právo obligační. Všeobecná část, Spolek českých právníků Všehrd, 1919, s. 106

¹² Krčmář, J.: Právo obligační. Všeobecná část, Spolek českých právníků Všehrd, 1919, s. 109

K nárokům ze správy se vztahovaly následující prekluzivní lhůty pro uplatnění práv u soudu. Nároky ze správy bylo nutné uplatnit u soudu v tříleté lhůtě u věcí nemovitých, šestiměsíční u movitých věcí a dobytka. Lhůta u právních vad (evikce totální i parciální) počínala běžet dnem, kdy se nabyvatel o vadě dozvěděl. U vad faktických to bylo dnem odevzdání věci nabyvateli. Je zajímavý subjektivně stanovený počátek běhu této lhůty u nároků z právních vad, z dnešního pohledu je to jistě významná výhoda na straně nabyvatele věci.

Československý občanský zákoník z roku 1950 navázal svými ustanoveními o odpovědnosti za vady na úpravu obsaženou v ABGB. Byla zde upravena odpovědnost za vady obecně v § 225-238 v části čtvrté věnované závazkovému právu. Zákonodárce existenci odpovědnosti za vady stanovil pouze u úplatných smluv týkajících se přenechání věci nebo i práva. Odpovědnost za vady byla založena na objektivním principu – zcizitel odpovídá za vady, ať už o nich věděl či nikoliv. Zvláštní ustanovení o odpovědnosti za vady byla u smlouvy o dílo, postoupení pohledávky a nájemní smlouvě. Objevil se tu pojem právní vady v souladu s dnešní terminologií a to v ustanovení § 225. ...“ kdo jinému přenechá věc za úplatu, odpovídá za to, že věc v době plnění má vlastnosti výslovně vymíněné a jaké obyčejně mívá, že ji lze upotřebit podle povahy a účelu smlouvy nebo podle toho, co strany ujednaly, a že je bez právních závad“. Právní vady zde však byly vykládány v tradičním pojetí v tom smyslu, že věc je ve vlastnictví třetí osoby nebo je zatížena jejím jiným právem, např. věcným břemenem, o zatížení právem duševního vlastnictví se zde nehovoří.

Současná právní úprava, zákon č. 40/1964 Sb. občanský zákoník (dále jen ObčZ) a zákon č. 513/1990 Sb., obchodní zákoník (dále jen ObchZ) vady převáděných věcí dělí na vady faktické a vady právní. Za vady faktické jsou považovány fyzické (věcné) nedostatky předmětu plnění, lze je dělit na vady spočívající v nedostatečné jakosti (nefunkčnost věci, nižší jakost než byla sjednána, nesplnění vlastností vyžadovaných technickými normami), vady množství, obalu, neúplnost spočívající v nedodané dokumentaci, návodu apod.¹³ V souhrnu lze říci, že faktické vady snižují užitnou hodnotu věci.

Právní vadou se, na druhé straně, rozumí situace, kdy dodaná věc je bezvadná z hlediska svých věcných vlastností, ale vykazuje „nedostatky,

¹³ Blíže: Švestka, J., *Odpovědnost za vady podle Československého socialistického práva*, Univerzita Karlova, Praha 1976, s. 95

kteřé brání tomu, aby nabyvatel získal k předmětu plnění práva v takovém rozsahu a takového obsahu, která vyplývají ze smlouvy mezi účastníky¹⁴.

V platném občanském zákoníku se pojem odpovědnost za právní vady věci objevuje nejdříve v **obecných ustanoveních** závazkového práva a to v §§ 499 a následujících ObčZ. Podle § 499 OZ je možné uplatnit odpovědnost za vady tam, kde není explicitně obsažena její právní úprava u jednotlivých smluvních typů, kde by pak měla přednost speciální úprava.

§ 499 obsahuje následující podmínky vzniku odpovědnosti za vady. Odpovědnost může vzniknout pouze u úplatných závazků a pak zcizitel odpovídá nabyvateli za to, že věc v době plnění má vlastnosti výslovně vymíněné nebo obvyklé, že je jí možno použít podle povahy a účelu smlouvy nebo podle toho co si účastníci smlouvy ujednali a že věc nemá právní vady. Tato odpovědnost je objektivního charakteru, tj. zcizitel se jí nemůže zprostit poukazem na to, že vadu nezavinil, že o ní nevěděl a ani nemohl vědět, či jí nemohl zabránit.¹⁵

Právním vadám je věnováno samostatné ustanovení § 503 ObčZ. Stanoví nabyvateli věci povinnost bez zbytečného odkladu oznámit zciziteli, že třetí osoby si činí nárok na věc. Neučiní-li tak, neztratí sice svůj nárok z odpovědnosti za vady, ale jeho předchůdce může proti němu uplatnit všechny námitky, které nebyly uplatněny proti třetí osobě. Lhůta „bez zbytečného odkladu“ je stanovena subjektivně a musí být vykládána s ohledem na konkrétní situaci, zejména s ohledem na to, aby zcizitel se mohl bránit nároku třetí osoby. Oznámení vady (notifikace) nemůže spočívat pouze v tom, že nabyvatel zcizitele uvědomí o tom, že třetí osoba uplatnila právo, ale musí mu být sděleno, o jaké právo se konkrétně jedná. Z hlediska formy zákon žádnou výslovně nepředepisuje, ale s ohledem na pozdější důkazní situaci nabyvatele, lze samozřejmě písemnou formu jen doporučit.

Domnívám se, že postup uplatnění odpovědnosti za právní vady věci bude v zásadě stejný jako u vad faktických, to znamená, že nabyvatel musí vadu právně relevantně uplatnit u zcizitele. Nabyvatel věci může uplatňovat nárok z odpovědnosti za vady u soudu jen tehdy, vytkl - li vady bez zbytečného odkladu poté, kdy měl možnost věc prohlédnout, tato lhůta má však charakter pouze pořádkové lhůty a její trvání je omezeno 6 měsíční lhůtou, charakteru prekluzivní doby, jejím nevyužitím právo zaniká - § 504 ObčZ. Tato 6 měsíční lhůta začíná běžet od okamžiku, kdy měl nabyvatel možnost si věc prohlédnout. Zde vidím zásadní problém v přesném určení

¹⁴ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 6. vydání. Praha. C.H. Beck 2001, s. 750

¹⁵ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 6. vydání. Praha. C.H.Beck 2001, s.749

tohoto okamžiku a zvláště v jeho pozdější prokazatelnosti. Vytknutí vady je jednostranný právní úkon nabyvatele a zákon již nyní nepožaduje, aby současně s oznámením nabyvatel sdělil, jaká práva na zciziteli uplatňuje.

Kromě právě zmíněné zákonné odpovědnosti za vady, upravuje ObčZ v ustanovení

§ 502 odst. 1 úpravu záruky za věc, tedy možnost založit odpovědnost za vady, které se vyskytnou do stanovené nebo sjednané doby po splnění nad rámec zákonné odpovědnosti. Záruční dobu je možné založit zákonem, prováděcím předpisem, dohodou účastníků nebo i jednostranným prohlášením zcizitele. V případě dvou posledních variant platí, že odpovědnost za vady může být dohodnuta nebo jednostranně prohlášena pouze pro zcizitele přísnějším způsobem nebo širším způsobem než je stanoveno zákonem. Co se týká formy dohody, nemusí být písemná, ale zcizitel je povinen vydat nabyvateli písemné potvrzení (záruční list). Zákonná záruka nemůže být omezena nebo vyloučena ani dohodou či jednostranným prohlášením. Zcizitel neodpovídá za vady, které byly způsobeny samotným nabyvatelem.

Nárok z odpovědnosti za vady nelze uplatňovat pokud věc má **zjevnou vadu** a nebo jde o vady, které lze zjistit z příslušné evidence nemovitostí, ledaže zcizitel nabyvatele výslovně ujistil, že věc je bez jakýchkoliv vad (§500 OZ). Vady lze dělit na vady zjevné a skryté, podle toho, zda je nabyvatel může objevit při obvyklé pozornosti při prohlídce věci.

Další úvahy o režimu právních vad je možné naznačit v souvislosti s ustanovením § 501 ObčZ, které se zabývá přenecháním věci „**jak stojí a leží**“. Jedná se o smlouvy jejichž předmětem jsou věci určené úhrnem nikoliv jednotlivě nebo podle druhu a zcizitel neodpovídá za vady, ledaže by o věci výslovně prohlásil, že má určitou vlastnost a nebo nabyvatel si některou vlastnost výslovně vymínil. Související ustanovení § 595 ObčZ, které říká, že kupujícímu patří budoucí užitky věci určené úhrnem („**jak stojí a leží**“), ale nese ztrátu, bylo-li jeho očekávání zmařeno. Z textu těchto ustanovení není jasně patrné, zdali se osvobození prodávajícího z odpovědnosti za vady vztahuje i na vady právní, ale jsem toho názoru, že odpovědnost za právní vady se prodávající u věcí určených úhrnem zprostit nemůže, charakter a smysl této právní úpravy se vztahuje pouze na vady faktické.

Další úprava právních vad je obsažena v ustanoveních týkajících se kupní smlouvy, která je v ObčZ upravena obecně v §588 a násl. Právními vadami se zabývá ustanovení § 596 ObčZ, kde prodávajícímu je uložena povinnost při sjednávání smlouvy upozornit kupujícího na vady o kterých ví. Podle

komentáře k ObčZ¹⁶ se tato povinnost vztahuje na vady skryté i zjevné, faktické i právní. Režim odpovědnosti za vady je následující. Pokud dodatečně vyjde najevo vada, na kterou prodávající kupujícího neupozornil, má kupující následující možnosti:

- kupující má právo na přiměřenou slevu z ceny,
- kupující má právo odstoupit od smlouvy, jde-li o vadu, která činí věc neupotřebitelnou,
- kupující má právo odstoupit od smlouvy, pokud se ukázalo, že ujištění prodávajícího, že věc má určité vlastnosti nebo že věc nemá žádné vady je nepravdivé.

Je zajímavé, že oproti obecné úpravě v § 507 odst. 1 ObčZ nemá možnost kupující požadovat opravu věci nebo doplnění toho co chybí¹⁷

Dále je upravena speciální varianta kupní smlouvy - **prodej zboží v obchodě** § 612 a násl. ObčZ. Zde právní úprava zdůrazňuje ochranu spotřebitele jako slabší smluvní strany a to délkou zákonné záruční doby 24 měsíců i širokou možností volby reklamačních nároků. Smluvními stranami je zde prodávající – podnikatel, který má prodej zboží v předmětu svého podnikání a kupující spotřebitel, který kupuje zboží pro svoji konečnou spotřebu. Právní vady nejsou výslovně v této právní úpravě zmíněny, lze je však dle mého názoru zahrnout pod široce koncipovaný pojem „shoda s kupní smlouvou“ definovaný v § 616 ObčZ.

Konkrétní úpravu právních vad spočívajících v zatížení věci průmyslovým či jiným právem duševního vlastnictví nalezneme v **Obchodním zákoníku** v §§ 433 – 435 ObchZ v rámci právní úpravy kupní smlouvy obchodní. Zde je právní vada definována jako stav, kdy je prodané zboží zatíženo právem třetí osoby, ledaže kupující s tímto omezením projevil souhlas. Dále pak se speciálně věnuje právním vadám způsobeným tím, že zboží je zatíženo právem třetí osoby z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví. V souhrnu lze říci, že právem třetí osoby mohou být: věcná práva (vlastnické právo, zástavní právo, zadržovací právo), práva z průmyslového vlastnictví (patent na vynález, právo na ochranu topografie polovodičového výrobku, průmyslový nebo užitný vzor, ochranná známka, označení původu výrobků či zeměpisné označení), obchodní firma, know – how nebo autorské právo.

¹⁶ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 6 vydání. Praha. C.H. Beck 2001, s.930

¹⁷ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 6 vydání. Praha. C.H. Beck 2001, s.932

ObchZ z důvodu teritoriálního omezení právní ochrany práv průmyslového a jiného duševního vlastnictví speciálně rozlišuje následující situace:

právo průmyslového či jiného duševního vlastnictví, které představuje právní vadu, požívá právní ochrany podle právního řádu státu, na jehož území má prodávající sídlo nebo místo podnikání, popřípadě bydliště

prodávající v době uzavření smlouvy věděl nebo musel vědět, že toto právo požívá právní ochrany podle právního řádu státu, na jehož území má kupující sídlo nebo místo podnikání, popřípadě bydliště nebo podle právního řádu státu, kam zboží mělo být dále prodáno nebo kde mělo být užíváno, a prodávající o tomto prodeji nebo místu užívání v době uzavření smlouvy věděl.

Nárok z právních vad nevzniká, jestliže kupující o právu třetí osoby věděl v době uzavření smlouvy nebo prodávající podle smlouvy byl povinen při plnění svých povinností postupovat podle podkladů, které mu předložil kupující.

Uplatnění práva z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví třetí osobou s uvedením jeho povahy, je kupující povinen oznámit prodávajícímu bez zbytečného odkladu poté, kdy se o něm dověděl (oznamovací povinnost).

Práva kupujícího z právních vad zboží nemohou být přiznána v soudním řízení, jestliže kupující nesplní oznamovací povinnost a prodávající v soudním řízení namítne nesplnění této povinnosti kupujícím. Tyto účinky nenastávají, jestliže prodávající o uplatnění třetí osobou věděl v době, kdy se o něm dověděl kupující.

Literature:

- Tureček, J. a kolektiv: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Orbis Praha 1963,
- Vážný, J.: Římské právo obligační, Brno 1946
- Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, díl II., Právo majetkové, Praha 1935
- Saturník, T.: Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě, Praha 1945
- Krčmář, J.: Právo obligační. Všeobecná část, Spolek českých právníků Všeohrd, 1919
- Švestka, J., Odpovědnost za vady podle Československého socialistického práva, Univerzita Karlova, Praha 1976

- Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 6 vydání. Praha. C.H. Beck 2001, s. 1471, ISBN 80-7179-339-

6

Contact – email

kelblova@mendelu.cz

ÜBER DAS SCHICKSAL DER ÄLTESTEN MATERIALIEN ZUR GESETZGEBUNGSGESCHICHTE DES ÖSTERREICHISCHEN ABGB.

NESCHWARA CHRISTIAN

Faculty of Law, University of Vienna

Abstract in original language

Der Beitrag behandelt auf Grundlage der ältesten Quellen und Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB Fragen der Organisation und Arbeitsweise der 1753 für das Projekt des *Codex Theresianus* als allgemeines Landrecht der deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie in Brünn und Wien wirkenden Gesetzgebungskommissionen.

Die Autoren der ältesten noch vorhandenen Materialien, Josef Azzoni und Josef Ferdinand Holger, stehen hierbei im Mittelpunkt.

Key words in original language

Allgemeines Recht; Bürgerliches Recht; Gesetzbuch; Gesetzgebung; Kodifikation; Rechtsquellen; Zivilrecht.

Abstract

Based upon the eldest sources and materials concerning the history of codification of the Austrian ABGB the contribution deals with questions of organisation and mode of operating of law making commissions, which came into being in 1753 at Brno and Vienna to realize the project of *Codex Theresianus* as a common law for all german hereditary provinces of the Austrian Monarchy.

The authors of the edlest just available materials, Josef Azzoni and Josef Ferdinand Holger, are staying in the centre of attraction.

Key words

Civil Law; Code; codification; common law; legislation; Private Law.

1. HABENT SUA FATA LIBELLIS

Wenn man über das Schicksal von Schriftgut spricht, dann wird nicht selten die lateinische Phrase ... *habent sua fata libellis* bemüht. Eigentlich ist diese Phrase bloß ein Fragment aus einem unvollständig zitierten Sprichwort, das vollständig lautet *pro captu lectoris habent sua fata libelli*; es stammt aus einem antiken Lehrgedicht¹ und wollte ursprünglich besagen: Je nach Auffassungsgabe des Lesers haben die Büchlein ihre Schicksale.

Heutzutage wird der Satz gewöhnlich in dem Sinne gebraucht, dass ein Text nur so viel Kenntnis vermitteln kann, wie der individuelle Leser überhaupt zu erfassen bereit ist, oder vielleicht auch in der Lage ist. Man kann das Sprichwort aber auch so verstehen wie James Joyce:² "Das Schicksal eines Buches beginnt damit, dass ... der Text in die Welt gelangt" – durch Drucklegung: to give a "book in print a life of its own".

Es gibt Texte, die in diesem Sinne nie das Licht der Welt erblickt haben oder solche, die zwar existierten und über die ursprünglich auch ein verbreitetes Bewusstsein über ihre Existenz bestanden haben mag, später aber in Vergessenheit geraten sind – etwa durch eine Brandkatastrophe, in welcher das einzige Exemplar eines Textes vernichtet wird.

Wer denkt da nicht auch an Umberto Eco und seinen Roman "Der Name der Rose", dessen Handlung um das vermeintlich einzige Exemplar eines verschollen geglaubten Buches kreist, das schließlich in einem gewaltigen showdown mitsamt der Bibliothek der fiktiven Benediktinerabtei, in der es verwahrt war, vernichtet wird. Die Hauptakteure der Handlung sind der Franziskanermönch William von Baskerville, ein scharfsinniger Untersuchungsrichter, der als Detektiv, die zahlreichen in Verbindung mit diesem Buch sich ereignenden Verbrechen aufzuklären hat, und sein Adlatus, der zur Zeit dieser Ereignisse – 1327 – noch jugendliche Novize Adson aus der Benediktinerabtei Melk, der als Erzähler von dieser Apokalypse am Ende seines Lebens berichtet; ihm legt Eco am Schluss seines Roman die – vielfältig auslegbaren – Worte in den Mund: *Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*; wörtlich: "Die Rose von früher steht nur noch als Name, uns bleiben nur nackte Namen". Man kann sie vielleicht aber auch so verstehen: Für das verbrannte Buch steht nur noch sein Name, von ihm bleibt bloß noch sein Name.

¹ Teil eines unvollständig überlieferten Lehrgedichts des antiken Grammatikers TERENTIUS MAURUS, der vermutlich gegen Ende des 2. Jahrhunderts nach Christus wirkte.

² So Fritz SENN, *Habent sua fata*, in: James Joyce Quaterly Vol. 27, No. 1, European Perspectives (Fall, 1989), pp. 132–134, 132: "[...] however, they have given my book in print a life of its own. *Habent sua fata libelli!*".

Sechshundert Jahre nach diesen von Eco erzählten Ereignissen, am 15. Juni 1927, haben die wichtigsten Akten zur Entstehungsgeschichte des österreichischen ABGB ein ähnliches Schicksal wie die Bestände der mittelalterlichen Klosterbibliothek in den Abruzzen erlitten, nämlich beim Brand des Wiener Justizpalastes, wo sie im Archiv des Justizministeriums verwahrt gewesen sind.

Für die Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte des österreichischen Zivilrechts hat diese Vernichtung freilich keinen Totalverlust der betreffenden rechtshistorischen Quellen nach sich gezogen, weil nach der Herausgabe des Codex Theresianus und seiner Umarbeitungen durch Philipp Harrasowsky 1883/86 sowie der Edition des Ur-Entwurfs und der Beratungsprotokolle der Gesetzgebungs-Hofkommission durch Julius Ofner 1889 die wichtigsten Materialien zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen Zivilrechts nahezu vollständig überblickt werden konnten.



habent sua fata libelli: am 15. Juli 1927 im Justizpalast / Wien
(Quelle: Österreichisches Staatsarchiv /Wien: <http://oesta.gv.at/site/4986/default.aspx>)

Die ältesten Materialien aber, welche 1753 am Beginn der Ausarbeitung des 1766 vollendeten *Codex Theresianus* durch die sogenannte Kompilationskommission standen, sind damals im Archiv verblieben; nämlich zum einen der von Josef Azzoni im Juni 1753 vorgelegte "Plan"³ für den "Entwurf des *Codex Theresianus*", der mehr als nur ein formelles Gliederungskonzept (von Azzoni als "Kurtzer Anblick" etikettiert) für die Ausbreitung dieses Projekts bot, sondern bereits eine erste Beschreibung des künftigen Inhalts ("Vorläufiger Inhalt") enthielt, und somit durchaus als "Vorentwurf"⁴ zum

³ AVA, OJ / Hfk, Karton 43. – Vergleiche HARRASOWSKY, Geschichte 49 ff.

⁴ HARRASOWSKY hat ihn 1868 in seiner Geschichte der Codification zunächst als

Projekt des *Codex Thesianus* angesehen werden kann; zum anderen die von den Mitgliedern der Kompilationskommission als materielle Grundlage für die mit diesem Projekt initiierte Vereinheitlichung des Privatrechts für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie gelieferten Darstellungen der einzelnen Länderrechte, aus denen ein allgemeines Recht erarbeitet werden sollte.

Harrasowsky hat von diesen Materialien in seiner 1868 veröffentlichten "Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes"⁵ beziehungsweise in seiner Edition des *Codex Thesianus* in den Anmerkungen lediglich die Gliederungsüberschriften von Azzonis Vorentwurf wiedergegeben. Die Darstellung der einzelnen Länderrechte – soweit sie ihm damals zur Verfügung standen – haben in seiner Edition des *Codex Thesianus* zwar auch Berücksichtigung gefunden – allerdings nur punktuell und auch weit verstreut in den Anmerkungen zu den einzelnen Kapiteln des *Codex*. Am häufigsten sind dort Anmerkungen zur Darstellung des österreichischen Rechts von Josef Ferdinand Holger zu finden.⁶

2. DIE ÄLTESTEN MATERIALIEN ZUR KODIFIKATIONS- GESCHICHTE DES ABGB UND IHR SCHICKSAL

Zu Beginn der Kodifikationsarbeiten – im November 1753⁷ – stand außer der Arbeit von Holger für Nieder- und Oberösterreich noch jene von Heinrich Xaver Hayek-Waldstätten für Mähren sowie eine Zusammenstellung des Privatrechts für Innerösterreich durch Ferdinand Josef Thinnfeld zur Verfügung. Hinzu kommen Darstellungen für Böhmen durch Azzoni sowie für Tirol und Vorderösterreich durch Josef Hormayr, welche sich später in den Akten der Kompilationskommission finden. Von Franz Burmeister, dem Vertreter für Schlesien in der Kompilationskommission, ist eine Darstellung des schlesischen Rechts in den Protokollen nicht erwähnt.

Die Forschung hat sich seit Harrasowsky um diese ältesten Materialien zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen ABGB erst wieder nach dem Zweiten Weltkrieg angenommen, vereinzelt Hinweise auf diese Materialien

"Generalplan", später, 1883 in seiner Edition des *Codex Thesianus*, aber aber als "Hauptübersicht" bezeichnet – beziehungsweise nach den bis November 1753 folgenden Modifikationen durch die Kompilationskommission auch als "Arbeitsplan" und in der weiteren Ausarbeitung durch Azzoni schließlich als "Detailplan". Im folgenden wird die Kennzeichnung als "Vorentwurf" verwendet: So auch schon BRAUNEDER, ABGB 212.

⁵ HARRASOWSKY, Geschichte 51 ff.

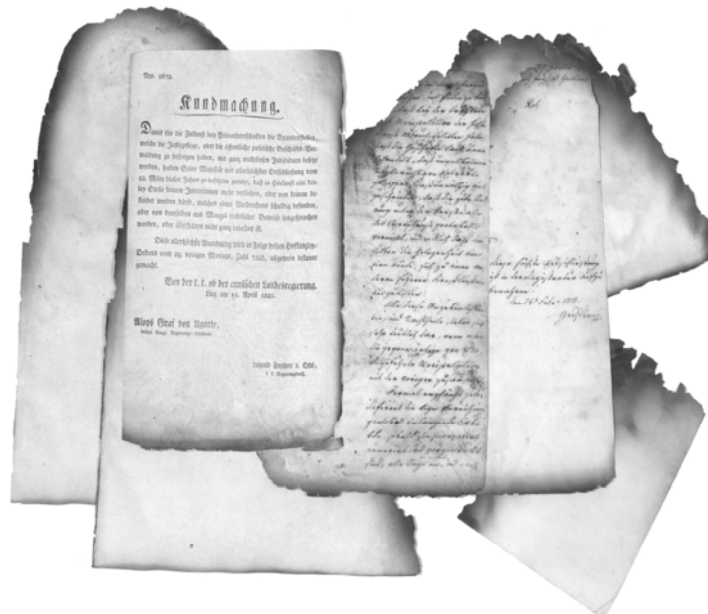
⁶ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10/13.

⁷ HARRASOWSKY, Geschichte 60 ff; HARRASOWSKY, Codex I 3.

zu finden, freilich nicht im Sinne einer umfassenden oder in Bezug auf einzelne Fragen tiefgehende inhaltliche Beschäftigung mit diesen Texten.⁸

Diese zunächst in der Registratur der Obersten Justizstelle verwahrten Materialien sind 1849 in das Archiv des Obersten Gerichtshofs übernommen worden. 1897 wurden sie an das Archiv des Justizministeriums abgetreten und sind sodann 1921 mit den Akten des Innenministeriums zum "Staatsarchiv des Inneren und der Justiz" zusammengefasst worden. Ein Großteil dieser im Wiener Justizpalast verwahrten Bestände, etwa 75 Prozent, ist bei der eingangs erwähnten Brandkatastrophe am 15. Juli 1927 vernichtet worden.

Von den Berichten über die Länderrechte ist heute nur mehr jene von Holger in vollem Umfang in den Akten des Justizarchivs erhalten. Von den Arbeiten Azzonis, Waldstätens und Hormayrs für Böhmen, Mähren sowie Tirol und die Vorlande, stehen bloß Fragmente zur Verfügung, jene für Innerösterreich stand selbst Harrasowsky für seine Edition des *Codex Theresianus* nur mehr als Leihgabe der Familie Thinnfeld zur Verfügung; heute gilt sie als verschollen.⁹



Brandakt (Quelle: Heeresgeschichtliches Museum / Wien:
http://de.wikipedia.org/wiki/Wiener_Justizpalastbrand)

⁸ HÖSLINGER 73 f; WESENER, Erbrecht 20; LOSCHOLDER 47 ff.

⁹ HARRASOWSKY, Codex I 3 Anmerkung 6.

Der Rest konnte zwar vor der Vernichtung bewahrt werden, weist aber zum Teil auch schwere Beschädigungen durch Feuer- und Löschwasser-einwirkung auf. Auch die Akten der Gesetzgebungs-Hofkommissionen sind durch den Justizpalastbrand auf wenige Reste reduziert worden; sie zählen zu den sogenannten "Brandakten"¹⁰, welche einer Benützung im Archiv in der Regel nicht offenstehen.

Von den ältesten Materialien zum *Codex Theresianus* ist – außer der Darstellung von Holger zum österreichischen Privatrecht seiner Zeit – nur noch der "Vorentwurf" von Azzoni nahezu vollständig erhalten geblieben. Beide Texte weisen zwar auch deutliche Spuren der Katastrophe von 1927 auf, die Brandschäden sind aber nicht so umfassend, so dass sie im Österreichischen Verwaltungsarchiv zur Benützung offenstanden und eine Transkription dieser Texte für die beabsichtigte Edition möglich gewesen ist.¹¹

3. DIE ÄLTESTEN MATERIALIEN ZUR KODIFIKATIONS- GESCHICHTE DES ABGB UND IHRE AUTOREN JOSEF AZZONI UND JOSEF FERDINAND HOLGER

Die Autoren dieser beiden Texte, der 1706 in Landshut geborene Josef Ferdinand Holger¹² wie auch der 1712 in Prag geborene Josef Azzoni¹³, haben sehr ähnliche Lebensläufe zu verzeichnen; beide hatten – wie man heute sagt – Migrationshintergrund: Holgers Vater war Stadtsyndikus in Landshut und ist mit seiner Familie aus Niederbayern nach Wien zugewandert; und Azzoni entstammte einer von Mailand nach Böhmen zugewanderten Familie, die sich in Prag niedergelassen hat.

Beide haben nach Erwerb des juristischen Doktorats, Holger wurde 1733 in Wien, Azzoni 1738 in Prag promoviert, die akademische Laufbahn eingeschlagen: Holger erhielt unmittelbar nach der Promotion zum Doktor der Rechte die Professur der Institutionen an der Universität Wien, Azzoni wurde nach einer kurzen Rechtspraxis 1740 auf eine außerordentliche Professur für praktische Rechtslehre an die Universität Prag berufen. Nahezu zeitgleich wurden die beiden auch in die höchsten akademischen

¹⁰ Zur Geschichte dieser Archive: <http://www.oesta.gv.at/site/4986/default.aspx#a10>.

¹¹ Diese Edition wird für aus Anlass des zweihundertjährigen Bestandes des österreichischen ABGB im kommenden Jahr 2011 dieser ältesten noch vorhandenen Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Privatrechts vorbereitet, sodass sie als Buch ins Leben treten und der rechtshistorischen Forschung, aber auch einem breiteren, historisch interessierten Kreis von Juristen zur Verfügung gestellt werden können.

¹² MAASBURG, Justizstelle 133 f; HARRASOWSKY, Geschichte 97; LOSCHELDER 44 ff passim; HÖSLINGER 74 Anmerkung 4 und 6; STARZER 460

¹³ MAASBURG, Justizstelle 127 ff; DÖLEMAYER 73 ff; BRAUNEDER, Juristen 309 f.

Ämter gewählt: Holger war 1750/51 Dekan der Juristenfakultät Wien, Azzoni bekleidete dieselbe Funktion in Prag von 1751 bis 1753; und anschließend waren sie beide auch nahezu zeitgleich Rektoren ihrer Hochschulen, Holger 1751/2 in Wien, Azzoni 1754/55 in Prag.

Neben ihren akademischen Funktionen hatten beide jeweils auch an höheren Gerichtsstellen in richterlichen Funktionen gewirkt: Holger war seit 1736 Rat der niederösterreichischen Regierung in Wien, Azzoni wurde 1747 in die böhmische Hofkanzlei in Prag übernommen.

Sodann sind beide um 1750 jeweils mit Aufgaben im Rahmen der landesfürstlichen Legislative eingebunden worden¹⁴, und zwar zunächst jeweils in Spezialgremien zur Revision von einzelnen Gesetzgebungsprojekten ihrer Heimatländer: Azzoni gehörte seit 1748 der in Prag installierten Kommission für die Ausarbeitung einer neuen Landesordnung an und wurde später in die 1752 in Wien für die Angleichung der Strafgesetze von Österreich und Böhmen eingerichtete Kommission berufen; Holger wurde im selben Jahr als Beisitzer einer zur Revision des *Tractatus de juribus incorporalibus* in Wien eingesetzten Kommission mit der Ausarbeitung einer Abhandlung über die Grundherrlichkeit¹⁵ beauftragt.



Jos. Ferd. nobilis de Holger
Ditionum Aust^{ra}equar, Regni Boh^{em} Provincialis,
et S.C.R.A.M. Consiliarius aul. act. in supremo Just^{it} Tribunali.
natus 27. Febr. 1706.

Josef Ferdinand Holger (1706–1783)
(Quelle: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, 1. Teil, Wien 1911)

¹⁴ Vergleiche HARRASOWSKY, Geschichte 30 ff, und LOSCHELDER 29.

¹⁵ Rewi FB, Dr Holger's, Abhandlung von der Grundherrlichkeit, I. Teil, 1–453.

Mit dem nächsten Karriereschritt vereinigten sich sodann die Laufbahnen der beiden Juristen:¹⁶ Im Februar 1753 wurden sie – neben anderen Rechts-
experten aus anderen Ländern der Habsburgermonarchie – in jene
Kommission berufen, welche mit der "Ausarbeithung eines für samment-
liche ... Teütsche Erb= Lande hinkünfftig gelten sollenden, sicheren und
universal-Rechts", des sogenannten *Codex Theresianus*, als "allgemeine"
Gerichtsordnung und "gleiches" Landrecht, beauftragt war. In diesem –
wohl in Hinblick auf Arbeitsmethode und Arbeitsmaterial (dazu sogleich
unten 4.) – als "Kompilations-Kommission" bezeichneten Gremium,
welches von November 1753 bis Anfang 1756 in Brünn arbeitete, waren
beide federführend an der Ausarbeitung dieses allgemeinen Gesetzbuches
beteiligt: Azzoni hatte als Hauptreferent die Textvorschläge für die Debatte
und Abstimmung in der Kommission zu liefern, Holger war sein wichtigster
Zuarbeiter und hatte die Ausarbeitung der die Entwurfstexte begleitenden
Motive zu den von der Kommission getroffenen Beschlüsse zu besorgen.

Die Weitschweifigkeit des Inhalts und seine Überfrachtung mit
theoretischen Begründungen ließen das Ergebnis mehr als Lehrbuch denn
als Gesetzbuch erscheinen – in der Folge kam es daher 1755 zu einer
Überprüfung des Ergebnisses durch eine andere Kommission in Wien,
welche aber an der Revision dieses gigantischen Konvoluts scheiterte.¹⁷

Nach Auflösung der in Brünn wirkenden Kompilationskommission¹⁸
wurden von ihren Mitgliedern nur Azzoni und Holger in die nun in Wien
mit der Fortführung der Arbeiten am *Codex Theresianus* betraute
Überprüfungskommission übernommen. Azzoni blieb bis zu seinem Tod –
er starb im November 1760 in Baden bei Wien – Haupt-Referent, und
Holger blieb sein wichtigster Zuarbeiter; beide wurden 1759 außerdem in
die bereits seit 1752 mit der Ausarbeitung einer *Constitutio Criminalis
Theresiana* bestehende Kommission übernommen, wo er als Referent
wirkte.

Nach Fertigstellung des *Codex Theresianus*¹⁹, welche nach dem Ableben
von Azzoni in der Hand seines Schülers Johann Bernhard Zencker als
Referent lag, gehörte Holger seit 1766 außerdem der zur Ausarbeitung einer
allgemeinen Gerichtsordnung eingesetzten Kommission an; die ihm dort

¹⁶ Zum Folgenden HARRASOWSKY, Geschichte 38 ff, besonders 40; HARRASOWSKY,
Codex I 2 f; LOSCHELDER 30 ff; BRAUNEDER, ABGB 211 ff; WESENER, FS
Kroeschell 1368 ff.

¹⁷ HARRASOWSKY, Geschichte 65 ff; HARRASOWSKY, Codex I 3 ff.

¹⁸ HARRASOWSKY, Geschichte 71 ff, 95 ff; HARRASOWSKY, Codex I 6 f.

¹⁹ HARRASOWSKY, Geschichte 121 ff; HARRASOWSKY, Codex I 8 f; BRAUNEDER,
ABGB 212 f.

zugeschriebene Rolle des Referenten konnte er aber wegen seines bereits fortgeschrittenen Alters nicht mehr zur Zufriedenheit der Zentralstellen wahrnehmen, 1774 wurde er vom Referat enthoben.²⁰

So wie Azzoni war es aber auch Holger nicht vergönnt, konkrete Ergebnisse der seit 1753 laufenden Bemühungen zur Vereinheitlichung des Privatrechts zu erleben; er ist im Februar 1783 in Wien verstorben – lange bevor im Mai und November 1786 mit dem Erbfolgepatent und dem ersten Teil des josephinischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches zwei Kodifikationen über einzelne Teilbereiche der allgemeinen Privatrechtsordnung ins Leben getreten sind – beide Gesetze sind aus dem von Johann Bernhard Horten überarbeiteten und gekürzten Text des *Codex Theresianus* hervorgegangen.²¹

4. ARBEITSMETHODEN UND ARBEITSGRUNDLAGEN

4.1 VORGABEN DER MONARCHIN

Nach den Intentionen der Monarchin²² sollte sich die Rechtsvereinheitlichung auf das Privatrecht im weiten Sinn unter Einschluss des Verfahrensrechts beschränken – Fragen des öffentlichen Rechts sowie der Gerichtsorganisation waren explizit davon ausgenommen.

Der räumliche Umfang sollte sich – unter Berücksichtigung des besonderen verfassungsrechtlichen Verhältnisses zu Ungarn – auf die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie beschränken.

Für die Gliederung des Stoffes wurde das von Seiten der dafür eingesetzten Kommission als Vorbild vorgeschlagene traditionelle Institutionensystem übernommen. Der geplante *Codex Theresianus* war daher in Personen- und Sachenrecht sowie Schuld- und Verfahrensrecht zu gliedern.

Das künftige allgemeine Recht war aus den besonderen Länderrechten unter Anleitung der Vernunft und bewährter Rechtslehre abzuleiten, wobei keinem der Partikularrechte ein Vorzug zukommen sollte. Es mussten dafür aber erst die dafür erforderlichen formalen und materiellen Voraussetzungen geschaffen werden, zunächst war ein Gliederungs-"Plan"²³ festzulegen, welchem die weitere Unterteilung der vier Hauptteile des geplanten

²⁰ LOSCHELDER 48 ff, besonders 51 f.

²¹ HARRASOWSKY, Geschichte 142 ff; BRAUNEDER, ABGB 213 ff.

²² AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/13 (Protokoll vom 5.11.1753 mit Rückblick auf die Aktivitäten seit 14.2.), 10/8 (Hofdekret vom 14.5.1753), 10/8 (Hofdekret vom 18.6.1753); HARRASOWSKY, Geschichte 45 ff; LOSCHELDER 32 ff.

²³ Dazu siehe sogleich unten 4.2.1.

Gesetzbuchs in Abhandlungen und Abschnitte zugrundegelegt sein sollte; ferner waren die einzelnen Länderrechte zu erheben und nach der Ordnung dieses "Plans" darzustellen²⁴, und schließlich mussten gleichförmige "Prinzipien" festgestellt werden, an welchen sich die konkrete Ausarbeitung des *Codex Thesianus* zu orientieren hatte.

Aufgrund dieser methodischen Vorgaben und der dafür erforderlichen Arbeitsgrundlagen wurden die Kommission auch als Kompilationskommission²⁵ etikettiert und ihre Beisitzer als Kompilatoren bezeichnet.

4.2 ARBEITSGRUNDLAGEN DER KOMPILATIONSKOMMISSION

4.2.1 AZZONIS GLIEDERUNGS-"PLAN" – DER VORENTWURF DES *CODEX THERESIANUS*

Bei der Ausarbeitung des Gliederungs-"Plans" ist Azzoni federführend hervorgetreten. Unmittelbar im Anschluss an die erste Sitzung der Kompilationskommission vom 7. Mai 1753 hat er im Einvernehmen mit den Beisitzern²⁶ mit der Ausarbeitung eines Gliederungs-Konzepts begonnen, das der Kommission nach etwa vier Wochen schon am folgenden 4. Juni vorlag.²⁷ Um eine "Vorhersicht des ganzen Wercks gleichsam in einem Grund= Riß" zu ermöglichen, hat Azzoni die vier Hauptteile des Stoffes in Abhandlungen²⁸ und diese wiederum in Abschnitte gegliedert und dieses Gliederungs-Konzept als "Kurzer Anblick" bezeichnet; darüberhinaus hat er auch bereits eine erste inhaltliche Skizzierung des Entwurfs vorgenommen und diese als "Vorläufiger Inhalt demnächstiger Verabfassung" des *Codex Thesianus* bezeichnet.

Die einzelnen Abhandlungen sind fortlaufend mit Anmerkungen über die dem Inhalt jeweils sachlich entsprechenden römisch-gemeinrechtlichen

²⁴ Siehe unten 4.2.2.

²⁵ HARRASOWSKY, Geschichte 38. – Vergleiche AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/9: Protokoll vom 9. Juni 1753, wo die zu Beginn des Protokolls von der „zur Verfassung des *Codicis Thesiani* niedergesetzte Commission“ die Rede ist, am Schluss des Protokolls wird sie ausdrücklich als „Compilations= Commission“ bezeichnet.

²⁶ Hinweis im Aktenverzeichnis ("Zaiger. Deren in diesem Band enthaltenen ... Stucken") zu dem Vorentwurf Azzonis: AVA, OJ / Hfk, Karton 43.

²⁷ AVA, OJ / Hfk, Karton 43, Entwurf, 1–76 (allgemeines Privatrecht) und 76–120 (Gerichtsordnung), 120 noch eine "Schluss- Bemerkung".

²⁸ AVA, OJ / Hfk, Karton 43, Entwurf fol.2 und 3. – Belege zur Gliederung bei HARRASOWSKY, *Codex* I 33, 54, 86, 140, 148, 169, 265; II 3, 37, 41, 60, 76, 98, 104, 126, 136, 156, 163, 201, 224, 256, 286, 343, 352, 368, 404, 432, 442, 451, 471, 475, 478, 487, 500, 518; III 3, 52, 119, 137, 195, 199, 204, 229, 244, 261, 278, 322, 336, 346, 380, 388, 400.

Quellen versehen. Sie sind ausschließlich in Latein formuliert, so dass auch "die zur Rechts= Lehre gehörige[n] Ausdrückungen, und Worte in dem gewohnten Latein beÿgerucket" sind; dies tat Azzoni aber "nicht, um dem Römischen Recht einen Vorzug, oder unmittelbaren Einfluß einzuräumen, sondern" um einerseits "darzuzeigen: welchergestalten alle sämtliche, und sich auf den deutschen Länder= Stand beziehende Rechts= Lehre hier einbegriffen werde"; andererseits dienten sie aber vor allem auch dazu, "denen, so aus der Schule kommen", also den Universitätsabgängern, welchen das Wissen um das in der Praxis gehandhabte Recht noch fehlte, "einen Begriff dieses Erbländischen Rechts mittelst anleitlichen Einschaltung deren erlernten gemeinen Römischen Rechten" zu erleichtern. Überdies sollten die lateinischen Anmerkungen auch zum "besseren Verständnis" des – grundsätzlich deutschsprachigen – Gesetzestextes beitragen, indem sie einer "etwannigen Dunkelheit" zuvorkommen sollten, "so die zu befleissende deutsche Schreib= Art" bei den Konsumenten des Gesetzes "durch die beklägliche Gewöhnung an die lateinische" Sprache, und die verbreitete Praxis, auch "andere fremde Worte" zu gebrauchen, hervorrufen könnte.²⁹ Sein Bemühen, lateinische Ausdrücke im Entwurf auszumerzen, hat Azzoni konsequent durchgehalten.³⁰

Der Vorentwurf von Azzoni diente für das nach der Gesetzgeberin amtlich als *Codex Theresianus* bezeichnete³¹ Projekt der Kompilationskommission in der Folge als Grundlage für die Redaktion des Gesetzestextes; dies gilt vor allem für die erste Phase bis zum Abschluss des ersten Teils über das Personenrecht bis etwa Mitte 1755.³²

²⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 43, Entwurf, fol.4v f (erste Anmerkung). – Den Text des *Codex Theresianus* sollten lateinische Marginalrubriken begleiten; sie hatten etwa den Umfang von einem Fünftel des Gesamttextes eingenommen: HARRASOWSKY, *Codex I* 8 Anmerkung 17; vergleiche BRAUNEDER, ABGB 229.

³⁰ Ausgenommen der Terminus *contractus*, der im Schuldrecht regelmäßig als lateinisches Synonym neben dem deutschen Wort "Verbindung" verwendet wird.

³¹ *Codex* als Synonym für Gesetzbuch (Kodifikation) und *Theresianus* als Ausdruck des exklusiven Gesetzgebungsrechts der Monarchin.

³² Weggefallen sind als eigene Kapitel vor allem die Einleitung "Von dem Anlass, Nuzbarkeit, und Abtheilung dieses allgemeinen Rechts" sowie geplanten Abhandlungen "Von Obsorg, und Pflege deren minderjährigen, und anderen Personen" und über "Herren, und Unterthanen"; Modifikationen in der Gliederung weisen aber auch die übrigen Kapitel und Paragraphen der Endfassung des *Codex* im Vergleich zu den von Azzoni vorgesehenen Abhandlungen und Abschnitten auf.

4.2.2 DIE DARSTELLUNGEN DER LÄNDERRECHTE – IM ALLGEMEINEN

Die Vorlage der Darstellungen über den Stand der jeweiligen Länderrechte³³ war von der Monarchin mit Dekret vom 18. Juni auf 1. Oktober festgesetzt worden. Innerhalb der mit etwa dreieinhalb Monaten wesentlich knapper als von der Kommission bemessenen Frist ist es nur Holger gelungen, die Ausarbeitung seiner "Anmerckungen in wie weit das ... Land= Recht ... von dem Gemeinen Rechte abweiche, und unterschieden seye" vorzulegen.³⁴

Bis zur Wiederaufnahme der Kommissionssitzungen mit 5. November 1753 lagen dann immerhin noch zwei weitere Darstellungen von Länder-Rechten vor, nämlich jene von Waldstätten für Mähren mit dem Titel "Auszüge der hauptsächlichen Abfällen ... von dem allgemeinen Römischen Recht"³⁵ sowie jene von Thinnfeld für Innerösterreich mit dem Titel "Sammlung deren sonderbaren geschriebenen Gesätzen ...".³⁶ Noch später sind die Darstellungen der Länder-Rechte für Böhmen durch Azzoni³⁷ und durch Hormayr für Vorderösterreich und Tirol³⁸ vorgelegen. Er tritt in den Beratungen selbst allerdings erst im Frühjahr 1754 auf; von Burmeister, dem Vertreter für Schlesien in der Kommission, ist nicht belegt, ob er seine

³³ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/13; vergleiche LOSCHELDER 37 ff.; WESENER, Erbrecht 20; HÖSLINGER 73 f. – Ein zweites – inhaltlich nahezu identisches und ebenfalls von Brandschäden betroffenes – Exemplar liegt auch in AVA; OJ / Hfk, Karton 23 ein, der mit der irrigen Bezeichnung "ca 1756" etikettiert ist.

³⁴ Das im Verwaltungsarchiv vorliegende Exemplar umfasst 215 doppelseitig beschriebene Blätter und ist mit 20. September datiert (fol.215r).

³⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 3: Von Waldstätens Darstellung ist der Text nicht zur Gänze erhalten: von der Einleitung nur der 1. und 2. Abschnitt (die übrigen vier fehlen); vom 1. Teil sind die Abhandlungen nur bis einschließlich "Von der vätterlichen Gewalt" vorhanden, zum Teil aber aufgrund von Brandschäden unlesbar oder zerstört; der 2. Teil ist weitgehend lesbar; der 3. Teil ist durch Brandeinwirkung zum Teil zerstört oder unlesbar.

³⁶ Das Exemplar ist verschollen: HARRASOWSKY, Codex I Anmerkung 3; LOSCHELDER 37.

³⁷ Fragmente mit dem Titel "Kurtzer Begriff deren Königlichen Böheimischen Landes= Gesätzen Gewohnheiten und Rechts= Übungen ... zu Bemerkung des Unterschiedes vonn gemeinen Römischen und anderen Rechten" zu Einleitung inklusive Abschnitt VI ("Gegenstand der Rechten") sowie zum 1. Teil (Personenrecht) inklusive eines Teils der Abhandlung "Von der vätterlichen Gewalt".

³⁸ AVA, OJ / Hfk, Karton 43, Entwurf, 147: Hormayr war in den ersten Sitzungen wegen anderer Geschäfte in Tirol verhindert,. – Ein in den Akten der Gesetzgebungs-Hofkommissionen befindliches Fragment mit dem später beigefügten Titel "*Notae Statutaria Tyrolenses* über den Entwurf des *Codicis Theresiani*" ist wohl ihm zuzuschreiben. Seine Darstellung bricht im 2. Teil beim Abschnitt "Schenkungen unter Lebenden" ab: AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/17.

Darstellung des schlesischen Länder-Rechts überhaupt jemals abgeliefert hat; er war auch nur in den ersten Sitzungen der Kommission im Mai und Juni anwesend, Harrasowsky hat ihn in den Anmerkungen zu seiner Edition des *Codex Theresianus* auch nicht erwähnt.

Die Beisitzer sollten sich bei der Darstellung der Länder-Rechte an der Gliederung von Azzonis Gesamtplan orientieren und "Anmerckungen über die Specialitäten"³⁹ in den Partikularrechten liefern sowie auf die entsprechenden Parallelstellen im gemeinen römischen Recht hinweisen; sie sollten dabei die herrschende Rechtslehre kommentieren und auch schon Vorschläge für die Textierung künftiger Gesetze liefern. Im Vergleich zu den Anmerkungen über das österreichische Recht von Holger, welcher aber auch keine umfassende, erschöpfende Beschreibung liefert, sind die anderen Länderrechte bloß als Fragmente zu charakterisieren. Die einzelnen Darstellungen hinterlassen insgesamt den Eindruck einer eiligen, flüchtigen Ausarbeitung⁴⁰, sie rücken die Feststellung der Differentien der heimischen Rechtsordnungen zum gemeinen römischen Recht in den Vordergrund.⁴¹ Ihr sachlicher Schwerpunkt liegt im Personen- und Erbrecht, weniger im übrigen Sachen- und nur punktuell im Schuldrecht. In Harrasowskys Edition des *Codex Theresianus* wird in Anmerkungen laufend auf die Darstellungen der Länderrechte hingewiesen.⁴²

4.2.3 HOLGERS DARSTELLUNG FÜR ÖSTERREICH IM BESONDEREN

Holger hat im Anschluss an die mit Hofdekret vom 18. Juni 1753⁴³ zum Zweck der Sammlung und Aufzeichnung der einzelnen Länderrechte verfügte Unterbrechung der Beratungen der Kompilations-Kommission mit den Arbeiten an seinen Anmerkungen über österreichisches Recht und seine Abweichungen vom gemeinen römischen Recht begonnen. Nach Sammlung und Sichtung der Materialien hat er am 14. August mit der Aufzeichnung begonnen, am 20. September lagen sie bereits der Kommission vor. Seine "Anmerckungen, in wie weit das ... Land= Recht ... von dem Gemeinen Rechte abweiche, und unterschieden seye", umfasst 215 doppelseitig beschriebene Blätter. Im selben Zeitraum hat Holger außerdem eine

³⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/10: Sitzungsprotokoll der Kommission vom 5.11.1753.

⁴⁰ HARRASOWSKY, Geschichte 59 f.

⁴¹ Vergleiche PFAFF, JBl 1883, 255 Anmerkung 4.

⁴² HARRASOWSKY, Codex I 36 ff passim; II, 3 f passim; III, 4 ff passim.

⁴³ Siehe oben 4.1. bei Anmerkung 22.

tabellarische Übersicht⁴⁴ der den Materien in Azzonis Vorentwurf entsprechenden Parallelstellen aus den gemeinrechtlichen Quellen im Umfang von 65 doppelseitig beschriebenen Blättern abgeliefert.

Insgesamt hat Holger also innerhalb von nur einem Monat mehr als 550 Manuskriptseiten produziert – eine Respekt gebietende Leistung. In beiden Darstellungen folgt er strikt der Gliederung von Azzonis Vorentwurf. Vor allem seine Anmerkungen zum österreichischen Recht – "in wie weit das ... Land= Recht ... von dem Gemeinen Rechte abweiche, und unterschieden seye", – sind von besonderem "Werth, weil sie von der Jurisprudenz seiner Zeit Zeugnis geben".⁴⁵ Sie gelten als "höchst wertvolle und verlässliche Quelle des Landesrechts ... im 18. Jahrhundert".⁴⁶ Holger widerspiegelt in seiner Darstellung die Situation des in Nieder- und Oberösterreich zu Mitte des 18. Jahrhunderts geltenden Privatrechts – und Zivilprozessrechts⁴⁷ – unter Hervorhebung der Abweichungen der heimischen Rechtsquellen vom gemeinen römischen Recht; insofern hat Holger eigentlich nicht, wie in der Literatur – einer Einschätzung von Voltelini folgend – hervorgehoben wird, den Vorarbeiten zum ABGB nur den "breiten Strom des gemeinen Rechts"⁴⁸ zugeführt, sondern auch heimischen Rechtsvorstellungen den Boden für eine Konservierung im kodifizierten Privatrecht bereitet.

Holger beginnt seine Anmerkungen über das österreichische Recht mit einem ausführlichen Überblick über die Rechtsquellsituation. Er weist darauf hin, dass das "Justinianische Recht" durch Rezeption auch in Österreich in der Gerichtspraxis derart "eingeföhret, und angenommen worden" sei, dass man "in Ermangelung deren Landes= Sazung- und Gewohnheiten die Zuflucht zu dem Römer= Recht genohmen"⁴⁹ habe. Darüber hinaus habe das "geistliche Recht, oder *Jus Canonicum*" Einfluss auf die Entwicklung des gerichtlichen Verfahrensrechts genommen. Hinzu kamen – "besonders von Zeiten ... Ferdinandi", also mit Beginn der Frühen Neuzeit – eine Reihe von gesetzlichen "Ordnungen", welche auch in das Privatrecht einschlugen;

⁴⁴ *Systema Codicis Theresiani combinatum cum Titulis Iuris communis. Seu Conspectus, in quo omnes Tituli Institutionum Imperialium, Digestorum, Codicis, Novellarum, et Juris Canonici ad Systema Codicis nostri Theresiani eo fine reducti exhibetur, ut uno quasi obtutu dispici valleat, quae Jurium argumenta ad rubicam quamlibet, tamquam ad Sedem Suam congruam veniant: HÖSLINGER 72 ff. – Vergleiche oben 4.2.1. bei Anmerkung 29.*

⁴⁵ HARRASOWSKY, Codex I 3 in Anmerkung 6.

⁴⁶ WESENER, Erbrecht 30.

⁴⁷ LOSCHELDER 39.

⁴⁸ VOLTELINI 38.

⁴⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen fol.1r.

es waren dies – neben verfahrensrechtlichen Gesetzen⁵⁰ und sonderprivatrechtlichen Vorchriften⁵¹ – vor allem der *Tractatus de Juribus incorporalibus* von 1679 und die Erbfolgeordnung von 1720.⁵² Hinzu kamen aber auch zahlreiche Anordnungen des Landesfürsten – "Generalien, und *Resolutiones*" –, welche zum Großteil aufgrund von Entscheidungen in einzelnen Rechtsstreitigkeiten ergangen sind. Sie wurden aber, anders als die angeführten "Saz- und Ordnungen", nur zum Teil auch in den bis 1752 erschienenen vier Bänden des *Codex Austriacus*⁵³ aufgenommen; zum Teil waren sie außerhalb dieser Sammlung verstreut "in denen Registraturen verborgen" und "folgsam größtentheils denen Richtern, und Rechts=Freunden unbekannt" geblieben.

Es bestehe in Österreich auch "fast bey jeder Gerichts= Stelle eine andere ... Ordnung". Zur "Verwirrung des Land= Rechts" trage überdies bei, dass "verschiedene ungleiche Lands= Bräuch da und dort" existierten. Und "zu allem Überfluß" kämen noch "unzehlige *Commentarij* deren Rechts= Gelehrten" hinzu, welche "zu vermeintlichen Erklär- und Erörterung der Römischen Gesäzen" gebraucht werden. Es bestehe also "eine große Ungewißheit des Rechtes", wodurch sich auch "die Rechts= Streite zu Beschwerde des gemeinen Wesens immer mehr angehäuften" haben.⁵⁴ Holger glaubte daher, es werde der Monarchin "zu unsterblichen Nachruhm" gereichen, und es werden dadurch auch "ihre glorreichste Helden= Thaten ... vollends becrönet", dass sie für ihre Erbländer "zu deren unzertrennlich- engst- und glückseeligsten Verknüpfung ein gewisses gleichförmiges Länder= Recht" zu erlassen beschlossen habe.⁵⁵

Von der Darstellung des Privatrechts hat Holger – dem Vorentwurf von Azzoni folgend – die Bestimmungen des öffentlichen Rechts⁵⁶ soweit

⁵⁰ "Advocatens= und Gerichts= ..., Appellations= Executions= Gerhabschafts= Revisions=" Ordnungen.

⁵¹ "Weingartens= Zehent= Wechßl= Falliten= und dergleichen Ordnungen".

⁵² Dazu NESCHWARA, Einfluss 204, 207.

⁵³ Teil I und II von Franz QUARIENT, herausgegeben 1704 in Wien unter dem Titel "*Codicis austriaci*. Das ist: Eigentlicher Begriff und Inhalt aller unter Leopoldi I, publicirten Generalien, Patenten, Ordnungen, Edicten, Decreten und Mandaten"; Teil III von Sebastian Gottlieb Herrenleben 1748 in Leipzig-Eisfeld unter dem Titel "Sammlung oesterreichischer Gesetze und Ordnungen bis auf das Jahr 1720"; Teil IV von demselben 1752 in Wien herausgegeben unter dem Titel "Sammlung oesterreichischer Gesetze und Ordnungen so viel deren vom Jahr 1721 bis auf Tod-Fall Caroli VI. aufzubringen waren".

⁵⁴ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.1r f.

⁵⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.2v.

⁵⁶ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.2v und 3r.

abgesondert, als sie in die "innerliche Landes= Verfassung" einschlugen, wie in erster Linie das "Pollicey= Recht", oder die "aussere Völckerschaften" betrafen, wie insbesondere "das Staats= Recht".

Als Hauptquellen des heimischen Privatrechts⁵⁷ führt Holger Gesetze und Gewohnheiten an; das Gesetzgebungsrecht gilt ihm als Exklusivrecht des Landesfürsten⁵⁸, wengleich auch bei einzelnen Gesetzgebungsakten in den Ländern "vorläufig die betreffende[n] Stellen mit Bericht, und Gutachten" einbezogen und fallweise – bei "Verfassung einer Haupt= Saz- und Ordnung" sogar eigene "Regirungs= *Commissiones* mit Zuziehung der Stände" einberufen würden.

Die Kundmachung der allgemein geltenden Gesetze erfolgte nach Angabe von Holger hauptsächlich durch öffentlichen Anschlag "in der Haupt= Stadt an die Thör" sowie mittels Zustellung durch geschworene Gerichtsboten zur weiteren Kundmachung an die "Landgerichts= und Grund= Obrigkeiten im ... Land"; in dringenden Fällen auch bloß "durch offenen Ruf an bestimmten Plätzen der Haupt= Stadt". Die Bindung der Gesetze⁵⁹ erfasste alle Landesangehörigen "ohne Ausnahme der Weibsbilder, Kriegs= und Bauers= Leut", so dass aufgrund der Gesetze – wie Holger betonte – "forthin ein gleiches Recht" im Land gelten werde.

Verweise auf konkrete Gesetze sind in der Darstellung in einer großen Vielfalt zu konstatieren – die Bandbreite reicht von umfangreichen Ordnungen, welche teils bloß vereinzelt⁶⁰, teils mehrfach⁶¹ als Belege angeführt sind,

⁵⁷ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.4r.

⁵⁸ Die Gesetzgebungsbefugnis galt als Ausfluss der landesfürstlichen "Oberherrlichkeit, dero allein die Gesazgebung in Pollicey= und Justiz= Weesen" zukam: AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.8r.

⁵⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.4v.

⁶⁰ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen: Advokatenordnung (fol.1r), Appellationsordnung (fol.1r), Ausziehungsordnung "1725" (fol.141r), Dienstbotenordnung (fol.55v), Exekutionsordnung (fol.134r), Handwerksordnung (fol.13v), Halsgerichtsordnung (fol.142v), niederösterreichische Landtafel (fol.139v), Strafgesetz (fol.7r).

⁶¹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen: Österreichische Erbfolgeordnung 1720: fol.1r, 24, 25v, 34v, 43v, 44r, 80r, 82r, 89r, 92v, 93, 129v. – *Tractatus de juribus incorporalibus* 1679: fol.1r, 62, 63v, 66r, 97, 98r, 106v, 127v, 142v. – Österreichische Gerhabschaftsordnung 1669: fol.1r, 26v, 44r, 45, 46r, 102v. – Niederösterreichische Gerichtsordnung 1557: fol.1r, 2r, 4r, 23r ("Gerichts-Ordnung"); 116r ("Ordnung des gerichtlichen" Verfahrens): fol.134v ("allgemeine"); fol.138v ("... 1557"). – Österreichische Wechselordnung 1717: fol.1r, 141r ("Wechßl"-Ordnung), fol.135v ("... 1717"). – Österreichische Fallitenordnung 1734: fol.1r, 135v, 141v ("Fallitenordnung"); fol.135r ("... 1734"). – Österreichische Jägerordnung 1743: fol.62v, 63r ("Jäger-Ordnung"); fol. 63v ("... 1743"); fol.63v ("Jägerei-Satzung"). – Niederösterreichische Landgerichtsordnung 1656: fol.29v ("niederösterreichische"), fol.107r. – Entwurf einer grundherrlichen Untertanenordnung 1753: fol.92, 97r ("Abhandlung von der Grundherrlichkeit ... 1753");

oder wie im Fall der Gerhabschafts- und Erbfolge-Ordnungen bei einzelnen Abschnitten durch Generalverweis sogar die eigene Darstellung von Holger ersetzen⁶², bis zu Einzelgesetzen, fallweise sind auch Belege aus dem *Codex Austriacus*⁶³ angeführt. Meist sind aber Hinweise auf Gesetze unbestimmt.⁶⁴ Es finden sich Verweise auf landesfürstliche Edikte und Generalien sowie Resolutionen mit⁶⁵ und ohne⁶⁶ Angabe von Datum oder Hinweise auf den Inhalt. Vereinzelt finden sich Verweise auf öffentlichrechtliche Normen⁶⁷ sowie auf autonomes Satzungsrecht.⁶⁸

Die Auslegung der Gesetze⁶⁹ hatte nach Holger dem "Landes= üblichen Wort= Verstand" zu folgen, es musste außerdem die "Landsfürstliche Willens= Meinung", soweit sie aus kundgemachten Motiven ersichtlich war,

fol.118 ("Abhandlung vom Grund-Recht ... 1753").

⁶² AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen: Generelle Verweise auf die Gerhabschaftsordnung 1669 finden sich im ersten Teil, 6. Abhandlung (Vormundschaft): fol.44r–45r; 7. Abhandlung (Pflegschaft): fol.45v–46r. – Auf den *Tractatus de juribus incorporalibus* 1679 wird generell verwiesen im zweiten Teil, 12. Abhandlung (Dienstbarkeiten): fol.98r; sowie im dritten Teil, 10. Abhandlung (Verbindlichkeiten aus Verbrechen): fol.142v–143r. – Auf die Erbfolgeordnung 1720 wird pauschal verwiesen im ersten Teil, 5. Abhandlung (Verwandtschaft): fol.43v–44r; sowie im zweiten Teil, 8. Abhandlung (gesetzliche Erbfolge): fol.92v–93r.

⁶³ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.1v, 63v, 84r, 111v, 131v, 139v.

⁶⁴ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.4r–5r ("allgemeine landesfürstliche Gebote", "Gesetze", "Satz- und Ordnungen"); fol.6v ("Landes-Gesetz"), fol.10r, 14v ("[österreichische] Landes-Satzungen"), fol.8v, 26r ("[landesfürstliche" beziehungsweise "österreichische"] Satz- und Ordnungen"); 134v ("allgemeines Landes-Satzung").

⁶⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen: Edikte (fol.131v: 1655 VIII 7), Generalien (fol.145r: 1633 XII 5; fol.139v: 1635 VIII 17; fol.145r: 1659 VI 18; fol.135v: 1693 V 25; fol.106v: 1750 IV 25; fol.116v: 1751 IV 26). – Landesfürstliche Gesetze (fol.84r: 1737 IV 12; fol.131v: 1710 X 15), Landesgesetze (fol.111v: 1704 IX 24), Pragmatikalgesetze (fol.26v, 37r: 1753 IV 12; fol.84r: 1674 X 2; 100r: 1713 V 9), Resolutionen (fol.111v: 1634 II 25; 82r: 1740 VI 6; 104v: 1722 XI 5 und 1750 II 26; 105r: 1550 III 9 und XI 21), landesfürstliche Satzung (fol.131v: 1655 VII 31).

⁶⁶ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen: Resolutionen (fol.72r, 7r, 8), Verordnungen (fol.2r), Pragmatikalgesetze (fol.2r).

⁶⁷ AVA, OJ / Hfk, Karton 43, Entwurf, fol.15r ("öffentliches Recht"), fol.3r ("Staats-Recht"), fol.3r ("Pollicey-Recht"); fol.3r, 14v, 110v, 116r ("Landes-Verfassung").

⁶⁸ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.8 ("*Statuta*" der Städte, Märkte, Dörfer, Versammlungen, Gemeinden), 8r ("Satzungen von Gemeinden, Obrigkeiten), fol.13v ("Handlungs-Freiheiten").

⁶⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.9r.

in Betracht gezogen werden, im Übrigen war nach "allgemeiner Rechts=Lehre" vorzugehen. Auf Anfragen bei Hof zur Erteilung von Rechtserläuterungen erging nach dem Befund von Holger meist nur der "Ruck= Bescheid ...: dass die Antrags= Werber ... selbst den Rechten gemäß zuhandeln" haben und bei ihren Erkenntnissen "allenfalls sich der Rechts= Lehrer brauchen, oder ... die natürliche Billigkeit zu Hilf" nehmen sollten.

Gewohnheiten⁷⁰ standen nach Angabe von Holger "entweder entgegen ..., ... nach ..., oder neben Gesaz" in Übung; Landesgesetzen entgegenstehende Gewohnheiten waren jedenfalls "unerlaubt, ungültig, und unkräftig"; bei den "neben" oder "nach" den Gesetzen bestehenden Gewohnheiten wurde allerdings vermutet, dass sie die "Landsfürstlich- und obrigkeitlich-stillschweigende Zulassung" genießen.

Zu ihrer Geltung wurde jedoch gefordert, dass "alte Herkommen, und Lands= Gebräuch, oder sonderbare Bräuch" einzelnen Gemeinden vernünftig sind. Ihre Anwendung blieb außerdem "dem klugen Ermessen des Richters anheim gestellet."⁷¹ Verweise auf Gewohnheiten sind im ersten Teil am häufigsten⁷², im Sachenrecht⁷³ weniger häufig, im Schuldrecht⁷⁴ nur selten.

Bei Fehlen von Landesgesetzen, oder für den Fall, dass auch "kein ... richtiger Lands= Brauch vorfindig" war, wurde nach Holger stets das gemeine römische Recht "als einheimisch angesehen". Andere fremde Rechte, wie "Reichs= Abschied, und Reichs= Rechten, Sächsischen Rechten", fanden bei den "Rechts= Freunden" und in ihren Schriftsätzen dagegen nur selten Beachtung.⁷⁵ Verweise auf gemeines römisches Recht sind in allen

⁷⁰ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.6v.

⁷¹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.6v.

⁷² AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.1v ("Brauch von uralten Zeiten"), fol.7r (["sonderbare"] "Gemeinde-Bräuch"); fol.2r, 9r, ("Lands-Bräuch"); fol.33v ("landsbräuchig"), fol.7r ("Gerichts-Bräuch"), fol.5r ("Gerichtsübung"); fol.1r, 3v, 6v, 7r ("Gewohnheiten"); fol.7v ("wohlhergebrachte Gewohnheiten"), fol.7r ("altes Herkommen"), 1r ("österreichisches Land-Recht"); fol.8v, 9r ("Land[es]-Recht"); fol.9r ("österreichisches Recht").

⁷³ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.83r, 93v ("Lands-Bräuch"); fol.60v ("allgemeiner Landsbrauch"), fol.108v ("uralter Landsbrauch"), fol.73v ("Gebrauch"), fol.107r ("Landesgewohnheit"), fol.107r ("Landrecht"), fol.56v ("gemeines Landrecht").

⁷⁴ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.139v ("Lands-Bräuch"), fol.130r ("landsüblich"), fol.130r ("deutscher Redlichkeitsgrundsatz").

⁷⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.9r.

drei Teilen gleich häufig zu konstatieren⁷⁶, bei einzelnen Abschnitten sind Verweise generell an die Stelle der Darstellung von Holger getreten.⁷⁷

Schließlich enthält Holgers Darstellung auch Verweise auf das Natur- oder Völkerrecht; sie finden sich häufiger vor allem zum Personen- und Schuldrecht.⁷⁸ Verweise auf das geistliche Recht⁷⁹ sind bloß vereinzelt im Personenrecht zu finden. Hinweise auf die Rechtslehre⁸⁰ oder Rechtsliteratur finden sich nur punktuell; Holger führt nur einige wenige Autoren namentlich und mit ihren Werken an.⁸¹

Lediglich bei zwei Abhandlungen finden sich keine Verweise auf die im Rechtsleben maßgeblichen Rechtsquellen, nämlich im ersten Teil bei den Rechtsverhältnissen zwischen "Herren, und Unterthanen", welche Holger in Anlehnung an seine "Abhandlung von der Grundherrlichkeit" dargestellt hat, sowie im zweiten Teil bei der Abhandlung über Schenkungen.⁸²

⁷⁶ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, Titelblatt (r), fol.3v, 9r, 15r, 69r, 78v, 79v, 81r, 96v, 97v, 105r, 123v, 129, 135v, 136v, 137r, 136v, 137, 131v, 142r, 144v ("gemeines Recht"); fol.7v, 96v, 98v ("geschriebenes Recht"); fol.1r ("Justinianisches Recht"); fol.1r, 2r, 16, 26r, 60r, 81r., 83r, 138r ("Römer-Recht"); fol.2r ("römische Gesetze"); fol.11r ("römisches Recht"); fol.130r ("römische Abteilung").

⁷⁷ Generelle Verweise auf "gemeines Recht" finden sich im 3. Teil, 4. Abhandlung (Erwerb aus Erbfolge): AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.129; 11. Abhandlung ("von Verbindungen, ... gleichsam aus Verbrechen"): fol.143; 12. Abhandlung ("von Verbindungen aus natürlicher Billigkeit"): fol.143v; 14. Abhandlung (Aufhebung von Schuldverhältnissen): fol.145r.

⁷⁸ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.3v ("natürliche Satzung"), fol.11v, 114r ("natürliche Billigkeit"); fol.15v, 27v, 61v, 113 ("[allgemeines] Natur- [und Völker]recht"); fol.16, 129v ("natürliches Recht"); fol.26v, 53r, 73r ("allgemeines Völkerrecht"); fol.53 ("natürliche Weiß"), fol.114r, 143v ("natürlicher Grundsatz"); fol.130r ("natürliche Abteilung" [des Rechts]).

⁷⁹ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.1v, 2r, 28v ("geistliche Rechte", "geistliches Recht", "*Jus Canonicum*"); fol.3r, 7v ("göttliches Recht").

⁸⁰ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.2r ("Commentaris der Rechts-Gelehrten"), fol.3r, 114v ("allgemeine Lehr-Sätze"), fol.9v, 10v ("Rechts-Lehre"); fol.60r ("Meinungen der Rechts-Lehrer"), fol.136r ("Meinungen der Rechts-Gelehrten"), 138v ("Lehre der Land-*Practicorum*").

⁸¹ Verwiesen wird auf Johann Baptist Suttinger, und zwar auf dessen *Consuetudines* (fol.20r, 83r, 138v und 139r) und *Observationes practicae* (fol.138v); zu ihm: NESCHWARA, FS Brauneder 371 f. – Ferner auf Benedikt Finsterwalder, nämlich auf dessen *Observationes practica* (fol.55r, 60v, 138v); zu ihm: WESENER, FS Kocher 373 ff. – Schließlich ist noch Johann Baptist Schwarzenhaler, und zwar auf seinen *Processus* (fol.20r, 138v); zu ihm: WESENER, Einflüsse 45 ff, zum *Processus* insbesondere 46.

⁸² AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10, Anmerckungen, fol.46v ff.

4.2.4 RECHTSVEREINHEITLICHUNGS-GRUNDSÄTZE

Bevor die Ausarbeitung des *Codex Theresianus* konkret in Angriff genommen werden konnte, befasste sich die Kompilationskommission in den Sitzungen am 13. und 20. November noch einmal mit Fragen der bei der Verfassung eines allgemeinen Rechts auf Grundlage der verschiedenen Partikularrechte einzuschlagenden Arbeitsweise.⁸³

Seit dem Hofdekret vom 18. Juni war es der Auftrag der Kommission, die vorhandenen Länderrechte "in Gleichförmigkeit" zu bringen und bei Konkurrenz "das natürlichste und billigste auszuwählen, nöthigen Falls die sich äußernde[n] Abgänge nach ... Vernunft und dem ... Allgemeinen Natur... Recht zu ergänzen" und zur Lückenschließung "auch gantz neue Satzungen, der Bedürfnis und Billigkeit nach in Vorschlag zu bringen". Zur Erzielung der angestrebten "Gleichförmigkeit" des künftigen allgemeinen Rechts war also aus dem Reservoir der zugrunde zu legenden Quellen der Länderrechte jene Norm vorzuziehen, welche als die "natürlichste und billigste" anzusehen war. Bei Abweichungen einzelner Länderrechte sollte aufgrund der jeweils zugrundeliegenden Hauptprinzipien festgestellt werden, welcher Grundsatz "unstreitig für den natürlichsten und billigsten ... zu halten" und dem künftigen allgemeinen Recht zugrundezulegen ist.

Azzoni räumte zwar ein, "daß es schwer und fast unthunlich seye, dergleichen Haupt-*principia* vorhinein fest zustellen, welche in das materiale deren hinkünftigen Abhandlungen einschlagen, und zur Richtschnur andienen sollten", doch hielt auch er es für unumgänglich, dass sich die Kommission bei ihrer Arbeit an einem "Leit-Stern" orientieren müsse, um nicht auf "Irrwege verleitet" zu werden. Die von ihm konzipierten "Grund-Sätze oder Detail-*principia*"⁸⁴ sahen für die Relevanz der verschiedenen Rechtsquellen als Grundlage für das künftige allgemeine Recht folgende Hierarchy vor: Primär waren zu berücksichtigen heimische Gesetze und – diesen gleichgestellt – landesfürstlich bestätigte Gewohnheiten oder Gerichtsgebräuche, sodann alle anderen Gewohnheiten und Gerichtsgebräuche. Bei Lücken kam subsidiär das Naturrecht zum Zug – geschöpft aus Grundsätzen des römischen Rechts, aus ausländischen Gesetzen und aus der herrschenden Rechtsliteratur.

Beziehungsweise 93v ff.

⁸³ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Beilage zu Faszikel 10: am 13. und 20.11. fand die "Zusammentretung bey Herrn Waldstätten" statt, am 7. und 10.12. "bey Herrn Azzoni"; Hormayr und Burmeister waren jeweils abwesend; vergleiche auch LOSCHELDER 40.

⁸⁴ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/14. – Zum Folgenden auch HARRASOWSKY, Geschichte 46 ff; HARRASOWSKY, Codex I 16 ff. Vergleiche ferner: LOSCHELDER 40 ff; WESENER, FS Kroeschell 1374; BRAUNEDER, ABGB 212.

Als Ergebnis seiner Vorstellungen⁸⁵ über solche "Haupt-Regeln, aus der reinen Vernunft" abgeleitet, und in den "natürlichen Rechts-Lehren ... gegründet", legte Azzoni am 20. November 37 Grundsätze⁸⁶ vor, welche der Kommission als Kollisionsregeln bei Konkurrenz von mehreren Länderrechten beziehungsweise als Leitsätze für die Schaffung von neuen Rechtsnormen dienen sollten. Bei der Mehrzahl der von ihm konzipierten Vorschläge ist von den Beisitzern "nichts zu erinnern erfunden worden". Lediglich über die Ausformulierung von einem dieser Grundsätze ergab sich eine längere Debatte, an der sich sämtliche Beisitzer beteiligten, und zwar bei Grundsatz II; bei einem weiteren Vorschlag von Azzoni führte die Einwendung eines einzelnen Beisitzers zu Modifikationen des Textes, nämlich vor allem bei Grundsatz XV.⁸⁷

Grundsatz II betraf die Frage, wie bei Vorliegen divergierender Landesrechte vorzugehen ist, um aus den jeweils zugrunde liegenden Hauptprinzipien festzustellen, welcher "unstreitig für den natürlichsten und billigsten Grundsatz zu halten" sei. Hierzu wurde "von sammentlichen ... Beysitzern erinnert", dass sich im Laufe der Ausarbeitung Fälle ergeben könnten, in welchen die meisten Länderrechte übereinstimmen, ihnen aber "nicht eben das natürlichste, und billigste" zugrundeliege. Es wurde daher eine Modifikation der Textierung beschlossen, welche es ausschließen sollte, dass im Fall einer Divergenz von landesrechtlichen Bestimmungen allein die Quantität der übereinstimmenden Landesrechte maßgebend dafür sein könnte, um als Richtschnur für das künftige allgemeine Recht zu gelten.⁸⁸

Grundsatz XV betraf die Frage, ob Gewohnheiten immer hinter geschriebenes Recht zurückzutreten hätten, was in den beiden vorhergehenden Grundsätzen (XIII und XIV) so bestimmt war, weil dies – wie Holger in einer umfangreichen Einwendung erläuterte, – in vielen Fällen,

⁸⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/15, hier als Anhang der Vortrag von Blümegen über die am 20.11. beschlossenen Grundsätze (unvollständig, bricht bei Grundsatz XV ab); vergleiche HARRASOWSKY, Geschichte 60 ff, und LOSCHELDER 39.

⁸⁶ HARRASOWSKY, Geschichte 46 ff, besonders 49 f, 61; als Beilage 2 in vollem Wortlaut in seiner Edition: HARRASOWSKY, Codex I 14 ff.

⁸⁷ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/14. – Divergenzen gab es auch bei Grundsatz XIX: Hier war festgelegt, dass Normen, welche sich auf „die Lands= fürstliche Hoheit, und Regalien, das *aerarium*, die *cameralia*, *fiscalia*, und dergleichen“ bezogen, bei der „Verabfaßung des *Juris privati*“ keine Relevanz haben sollten. Auf Antrag von Waldstätten erfolgte eine Modifikation, wonach privatrechtliche Verhältnisse des Fiskus doch zu berücksichtigen waren: HARRASOWSKY, Codex I 20 Anmerkung 30.

⁸⁸ HARRASOWSKY, Codex I 17 Anmerkung 28: "Es wäre dann, daß ohnerachtet der Einhelligkeit deren ... erbländischen Gesetzen etwas Billlicheres und zu Erreichung dermaligen Endzwecks Diensameres vorzuschlagen und fürders *pro principio* zu halten wäre."

einen Vorrang des böhmischen Rechts gegenüber dem – etwa in den österreichischen Ländern geltenden – Gewohnheitsrecht zur Folge hätte. Auch müsse in Rechnung gestellt werden, dass das Gewohnheitsrecht in der Regel "von dem allgemeinen Natur= ...recht unmittelbar abgeleitet sei", das schriftliche Recht aber "nicht eben allezeit auf der Wagschale des allgemeinen Natur- ...rechts abgewogen, sondern meistens den Ständen auf ihre Bitte *per modum privilegii* bestätigt worden" sei. Auch die Erwägung, dass schriftliches Recht "*expressam principis voluntas*" enthalte, könne nicht allein entscheidend sein, weil es gegenwärtig der ausdrückliche Wille der Landesfürstin sei, dem künftigen allgemeinen Recht "das Natürlichste und Billigste" zugrunde zu legen, ohne sich durch eine Unterscheidung zwischen den Landesrechten oder zwischen dem schriftlichen und dem ungeschriebenen Recht beeinflussen zu lassen. Nachdem auch die anderen Beisitzer diese Bedenken teilten, wurde eine entsprechende Modifikation der ursprünglichen Textierung dahingehend beschlossen, dass Gewohnheiten dem Gesetz vorzuziehen sind, wenn sie "dem Natur- ...recht und der natürlichen Billigkeit näher beikommen" als das schriftliche Recht.⁸⁹

Dem Programm der "Kompilationsgrundsätze"⁹⁰ lagen also zwei Hauptprinzipien zugrunde, nämlich einerseits der Vorrang der Länderrechte, von denen, soweit ihnen ein gemeinsames Prinzip zugrundelag, das "natürlichste und billigste" als allgemeine Norm den Vorzug erhalten sollte, wobei Gewohnheitsrecht beziehungsweise Gerichtsgebräuche Gesetzen im Wesentlichen gleichzustellen waren. Andererseits war die Schaffung von neuen, aus keinem Länderrecht abgeleiteten Normen nur bei grundsätzlichen Widersprüchen in den Länderrechten gerechtfertigt; diese sollten durch "gesunde Vernunft" aus dem Naturrecht geschöpft werden. Als Naturrecht wurde alles aufgefasst, was als Recht den gesitteten Völkern gemeinsam ist, wie beispielhaft in Grundsatz XXVIII angeführt: die persönliche ("natürliche") Freiheit sowie die Eigentums-, Testier- und Vertragsfreiheit.

Als wichtigste Erkenntnisquelle für naturrechtliche Normen wurde das römische Recht angesehen. In den Anmerkungen zum "Vorentwurf" von Azzoni als auch in der dazu von Holger ausgearbeiteten Tabelle sind die entsprechenden Belege der Quellen des gemeinen römischen Rechts

⁸⁹ HARRASOWSKY, Codex I 19 Anmerkung 29.

⁹⁰ So HARRASOWSKY, Codex I 16 ff. – Der im Anschluss an die Sitzung vom 20. November erstattete Vortrag über den "Versuch einiger Grund= Sätze nach welchen in Vereinbarung deren unterschiedenen ... Erb= Länder= Rechten, und Verfassung eines gleichförmigen Rechts, mit Verlässlichkeit fürgegangen, und die Ausarbeitung beschleuniget werden könne": AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/15 (unvollständig, erstreckt sich nur bis Grundsatz XV); vergleiche HARRASOWSKY, Geschichte 65, wo als Datum der 21. November angeführt ist!

ersichtlich gemacht.⁹¹ Der *Codex Theresianus* war letztlich auch stark vom römischen Recht beeinflusst.⁹² Dies gilt besonders für die Zeit als das Haupt-Referat von Azzoni auf Zencker übergang und auch Holger aus der Kompilationskommission ausgeschieden war.⁹³

5. ÄUSSERER ABLAUF DER RECHTSVEREINHEITLICHUNG BIS ZUR VORLAGE DES *CODEX THERESIANUS* 1766

Im Anschluss an die Festlegung der Kodifikations-"Grundsätze" wurden mit der Sitzung vom 7. Dezember 1753 die konkreten Arbeiten am Gesetzbuch⁹⁴ aufgenommen; die Sitzungsabfolge zeigt bis Ende April einen regelmäßigen, nicht aber strikt wöchentlichen Turnus; danach folgten zwei einzelne Sitzungen Anfang Juni und Anfang August 1754.⁹⁵ Aufgrund der Umständlichkeit des Beratungsmodus kam die Kommission mit konkreten Ergebnissen nur schleppend voran. Erst Anfang Oktober 1754 konnte die Brüner Kommission ein erstes Ergebnis in Wien vorlegen, nämlich die Einleitung⁹⁶ und die ersten vier Hauptstücke des ersten Teils.⁹⁷

Bis Februar 1755 folgte eine weitere Lieferung von Hauptstücken und bis Juni 1755 der Rest des ersten Teils⁹⁸: Insgesamt lagen – wie oben erwähnt – fast 2.800 Seiten vor, wozu noch 17 Foliobände mit Erläuterungen ("Motive") aus der Feder von Holger hinzukamen.⁹⁹

⁹¹ Das Problem der Subsidiarität des gemeinen römischen Rechts wurde durch seine Verlagerung in das Gesetz verdrängt – unter Inkaufnahme einer hypertrophen Kausistik, was letztlich auch zum Scheitern des Projekts im Staatsrat 1769/71 führte: VÖLKL 286 ff.

⁹² WESENER, FS Kroeschell, 1386, unter Verweis auf PFAFF, JBl 1883, 256; WESENER, ZRG / RA 2010 238. – Der *Codex Theresianus* wurde von den Zeitgenossen daher auch als Kombination von Gesetz und Lehrbuch des *Usus modernus pandectarum* charakterisiert: HARRASOWSKY, Codex I 10; vergleiche auch VOLTELINI 55.

⁹³ Dazu unten 5. bei Anmerkung 107.

⁹⁴ HARRASOWSKY, Geschichte 65 ff; HARRASOWSKY, Codex I 3 ff.

⁹⁵ AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/19; Burmeister fehlt in allen, Hormayr erscheint nur in den letzten drei Sitzungen, Holger ist an zwei Terminen im März 1754 abwesend.

⁹⁶ Gemäß Hofdekret vom 18.6. wurde die Ausarbeitung des Kundmachungspatents zurückgestellt, die Einleitung soll später in das Kundmachungspatent eingefügt werden: HARRASOWSKY, Codex I 28 Anmerkung 1.

⁹⁷ HARRASOWSKY, Geschichte 65 f. – Fragmente der von Azzoni dazu ausgearbeiteten "unvorgreifliche Sätze": AVA, OJ / Hfk, Karton 17, Faszikel 10/18.

⁹⁸ HARRASOWSKY, Geschichte 69; WESENER, FS Kroeschell 1375.

⁹⁹ HARRASOWSKY, Geschichte 65, 69; HARRASOWSKY, Codex I 3 ff. – Die von

Die Weitschweifigkeit des Inhalts und seine Überfrachtung mit Begründungen "mußte bei den entscheidenden Kreisen in Wien, beim Direktorium und bei der Obersten Justizstelle – Bedenken erregen".¹⁰⁰ Knapp nach Einlangen der zweiten Lieferung wurde die Prüfung der Vorlagen der Brünner Kommission durch eine in Wien unter Vorsitz von Franz Anton Buol, dem Präsidenten des Direktoriums, eingesetzte Kommission¹⁰¹ angeordnet. Als Beisitzer fungierten drei Hofräte des Direktoriums und sechs Hofräte der Obersten Justizstelle, welche allesamt von der Wiener Kriminalkommission rekrutiert wurden.¹⁰²

Die "Prüfungs-Kommission" in Wien¹⁰³, die mit der laufenden Überarbeitung des Entwurfs der Brünner Kommission nur schleppend vorankam, hatte sich nun außerdem mit den von dort zu den einzelnen Kapiteln einlangenden Stellungnahmen auseinanderzusetzen. Der Ablauf der Arbeiten musste aufgrund der Verteilung des Stoffes auf mehrere – insgesamt neun – Referenten und der in bloß wöchentlichem Turnus abgehaltenen Sitzungen zwangsläufig ins Stocken geraten. In Folge der komplexen Arbeitsweise der Wiener Kommission wurde aber auch die Brünner Kommission in ihrer Arbeit gehemmt, weil sie bei der Ausarbeitung des zweiten Teils zum *Codex Theresianus* bei einigen Gegenständen auf Ergebnisse der Überprüfung durch die Wiener Kommission zum ersten Teil warten musste.

Ende Mai 1756 erging von Seiten der Monarchin an beide Kommissionen die Aufforderung, die Gründe für die eingetretenen Verzögerungen und die dafür verantwortlichen Personen bekannt zu geben.¹⁰⁴ Als Alternative wurde die Auflösung der Brünner Kommission und die Übernahme von Repräsentanten der österreichischen und der böhmischen Länder in die Wiener Kommission vorgeschlagen. Am¹⁰⁵ 9. Juli 1756 wurde schließlich die Aufhebung der Brünner Kommission verfügt. Lediglich Azzoni und

Holger verfassten Motiven-Bände sind nicht mehr vorhanden.

¹⁰⁰ HARRASOWSKY, Codex I 3 sowie ebenda 4 in Anmerkung 9.

¹⁰¹ Daher "Prüfungskommission" oder "Revisionskommission" genannt: HARRASOWSKY, Geschichte 69, beziehungsweise HARRASOWSKY, Codex I 5.

¹⁰² Vom Direktorium: Hermann Kannegießer, Johann Bernhard Zencker und Karl Cetto von Kronsdorf; Von der Justizstelle: Johann Leonhard Pelser, Johann Franz Bourguignon, Johann Georg Haan, Johann Georg Müller von Mühlensdorff, Franz Karl Frank von Frankenbusch. Zu allen Genannten: MAASBURG, Justizstelle passim.

¹⁰³ Zum Folgenden MLA, G 76 / Familienarchiv Blümegen, Ev. Nr. 70, Inv. Nr. 848, fol.12–18; ferner HARRASOWSKY, Geschichte 68, 70 f.

¹⁰⁴ HARRASOWSKY, Geschichte 70 ff.

¹⁰⁵ HARRASOWSKY, Geschichte 72 ff; HARRASOWSKY, Codex I 6 f.

Holger wurden als Verstärkung in die Wiener Kommission übernommen. Sie sollten weiterhin federführend mit der Ausarbeitung der Entwürfe betraut bleiben; und von ihnen sollte daher weiterhin auch der maßgebliche Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des *Codex Theresianus* ausgehen.¹⁰⁶

Die weiteren Arbeiten¹⁰⁷ kamen – bedingt durch die zunehmende Kränklichkeit von Azzoni – aber nur schleppend voran, hemmend kam hinzu, dass die Kommission nun auch mit der Ausarbeitung des Kriminalkodex beauftragt wurde.

CODIX THERESIANUS

Nach dem

Imperatordictum genehmigten

Entwurf

Titelblatt der ersten Lieferung der Brünner Kommission über die Einleitung und die ersten vier Hauptstücke zum ersten Teil des Codex Theresianus (Quelle: homepage des Instituts für Rechtsgeschichte an der Masaryk-Universität Brünn: [<http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/ps09/codex/web/pages/clenove-kompilacni-komise.html>])

¹⁰⁶ Siehe oben 4.2.3., letzter Absatz.

¹⁰⁷ HARRASOWSKY, Geschichte 89 f, 93 f 95 f; HARRASOWSKY, Codex I 7.

Azzoni blieb zwar bis zu seinem Tod Referent des Zivilkodex-Entwurfs, er wurde nun aber – wie erwähnt – von Zencker, seinem Schüler aus der Prager Universitätszeit¹⁰⁸, unterstützt, der als Mitglied der "Prüfungs-Kommission" bei der Revision des ersten Teils mit dem Referat über das Vormundschaftsrecht betraut gewesen ist. Er war nun für die Ausarbeitung des dritten Teils verantwortlich und übernahm nach dem Ableben von Azzoni im November 1760 auch die Schlussredaktion des zweiten Teils, der von der Kommission bis 1763 vollständig überarbeitet werden konnte; bis Jahresende 1766 folgt sodann auch der dritte Teil. Damit war die Hauptaufgabe der Kompilationskommission, die Ausarbeitung des Entwurfs zum *Codex Theresianus* – allerdings ohne die als vierten Teil geplante Gerichtsordnung – abgeschlossen: Der Entwurf des Kundmachungspatents wurde am 25. November bei Hof vorgelegt; zugleich erhielt die Monarchin eine sechs Foliobände umfassende Prachtausgabe des Gesamtentwurfs.¹⁰⁹

6. ERGEBNISSE DER RECHTSVEREINHEITLICHUNG UNTER MARIA THERESIA

Nach Vorlage des Entwurfs zum Kundmachungspatent und nachdem im Verlauf der ersten Jahreshälfte 1767 auch bereits über die Drucklegung des Entwurfs bei Trattnern in Wien verhandelt wurde – der deutsche Text sollte in drei Bänden veröffentlicht werden – sowie mit der Ausarbeitung von Übersetzungen¹¹⁰ in die tschechische und italienische Sprache begonnen wurde, schien die Sanktionierung in absehbarer Zeit bevorzustehen.

Auch bei den Bemühungen um die Strafrechtsangleichung¹¹¹, welche nach Bildung der Überprüfungs-Kommission zur Revision des *Codex Theresianus* (dazu sogleich weiter unten) 1756 nahezu zum Stillstand gekommen waren, zeigten sich bald Fortschritte, obwohl die Mehrzahl der Mitglieder zugleich auch mit der Ausarbeitung des Zivilkodex beschäftigt war. Nach Reaktivierung der Kriminalkommission im Frühjahr lag im März 1766 auch der Entwurf des *Codex criminalis* vor.

¹⁰⁸ Azzoni war Vorsitzender des Fakultätskollegiums, vor dem Zencker 1750 seine Dissertation an der Universität Prag zu verteidigen hatte: DÖLEMEYER 74. Siehe oben 3. bei Anmerkung 19.

¹⁰⁹ So MAASBURG, Justizstelle 133 sowie MAASBURG, AöGZ 210 Anmerkung 11; 8 Bände bei den Akten der Kompilationskommission: AVA, OJ / Hfk, Bücher 112–119. – Vergleiche auch HARRASOWSKY, Codex I 10 Anmerkung 23.

¹¹⁰ HARRASOWSKY, Geschichte 124; HARRASOWSKY, Codex I 8 und Anmerkung 17.

¹¹¹ HÖGEL 65 ff; MAASBURG, Halsgerichtsordnung; WAHLBERG, Genesis; ZEILLER, Criminal-Gesetzgebung 71 ff.

Die 1752 angestrebte Rechtsvereinheitlichung schien sich nun in großem Umfang – unter Einschluss des Strafrechts – anzubahnen.¹¹² Beide Entwürfe waren aber vorerst einer Revision durch den Staatsrat, der 1761 als neues Beratungsorgan der Monarchin ins Leben getreten war¹¹³, unterzogen werden: Während der Staatsrat sich wegen Arbeitsüberlastung außer Stande sah, den *Codex criminalis* selbst zu prüfen und die Begutachtung dem Prager Appellationsgerichtspräsidenten überließ, nahm er den Entwurf des Ende 1766 vorgelegten *Codex civilis* selbst in Augenschein. Obwohl der Kriminalkodex – geprägt von Inquisitionsverfahren und Folter – dem Zeitgeist der Aufklärung und vernunftrechtlichen Postulaten nicht entsprach, wurde er Ende 1768 sanktioniert und als *Constitutio Criminalis* mit Geltungsbeginn ab 1769 für die Erbländer kundgemacht.¹¹⁴

Der Zivilkodex fand aber bei der bis Ende 1770 – im Umlaufweg – durchgeführten Revision¹¹⁵ durch die Staatsräte eine einhellige Ablehnung.¹¹⁶ Die Kombination von Gesetz und Lehrbuch, vor allem aber der enorme Umfang des Entwurfs mit weit mehr als 8.000 Bestimmungen verteilt auf acht starke Foliobände, ließen an der Praktikabilität des Kodex zweifeln: Nur eine massive Kürzung und Umarbeitung auf Grundlage von Richtlinien des Staatsrates konnte dem abhelfen, außerdem sollte das künftige allgemeine bürgerliche Recht aus seinen Bindungen zum römisch-gemeinen Recht, aber auch aus seinen Grundlagen im Provinzialrecht herausgelöst und stärker auf vernunftrechtliche Grundlagen gestellt werden.

Zugleich mit der Entscheidung zur Revision des Zivilkodex erging Ende 1770 an die Kompilationskommission auch der Auftrag zur Ausarbeitung einer Gerichtsordnung¹¹⁷, konkrete Arbeiten dazu konnten jedoch erst im Frühjahr 1772 aufgenommen werden.¹¹⁸ Inzwischen war die Überarbeitung und Kürzung des Zivilrechtsentwurfes weitergelaufen und konnte für den ersten Teil auch abgeschlossen und bis Ende 1773 partiell auch auf den

¹¹² Mit dem vorläufigen Abschluss der Arbeiten am Zivil- und Strafrechtskodex wurden nun auch die Weichen für die Ausarbeitung einer vom Zivilkodex abgesonderten Allgemeinen Gerichtsordnung gestellt.

¹¹³ BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 83, 91.

¹¹⁴ MAASBURG, AöGZ.

¹¹⁵ HARRASOWSKY, Codex I 9 ff; VOLTELINI 33 ff, besonders 39 f, 43.

¹¹⁶ HARRASOWSKY, Codex IV 3 Anmerkung 4.

¹¹⁷ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; HARRASOWSKY, Geschichte 125 ff; HARRASOWSKY, Codex IV 1.

¹¹⁸ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; HARRASOWSKY, Geschichte 125 ff; HARRASOWSKY, Codex IV 1 f.

zweiten und dritten Teil ausgedehnt werden. Die Revisionsarbeiten kamen dann aber zum Stillstand, weil nun die Fertigstellung der Gerichtsordnung in den Vordergrund rückte.¹¹⁹ Sie wurde zügig durchgeführt und konnte bis August 1776 auch abgeschlossen werden. Der Entwurf erhielt danach zwar grundsätzlich die Sanktion, allerdings vorbehaltlich der Klarstellung der Geltung von widersprüchlichem Provinzialrecht; die Kundmachung musste schließlich unterbleiben. Erst Anfang 1779¹²⁰ kam diese Frage mit der Bestellung eines Komitees der Obersten Justizstelle zur Revision des Entwurfs wieder auf die Tagesordnung. Die Beratungen waren nach zwei Jahren abgeschlossen – im Jänner 1781 konnte die Gerichtsordnung endlich kundgemacht werden: Damit lag die erste gesamtstaatliche Kodifikation, freilich nur für das Gebiet des Zivilprozessrechts, vor.¹²¹

7. AUSBLICK AUF DEN WEITEREN VERLAUF DER RECHTSVEREINHEITLICHUNG

Während die Gerichtsordnung schon auf dem Weg zur Realisierung war, blieb die Fortsetzung der Arbeiten am Zivilrechtsentwurf weiterhin in Schwebelage, insbesondere nachdem sich die Oberste Justizstelle im März 1780 über den Erfolg der bisherigen Bemühungen kritisch geäußert hatte. Auch nach der Kundmachung der Gerichtsordnung blieb das Zivilrecht unter den Gesetzgebungsprojekten der Kommission weiterhin im Hintergrund.

Seit März 1781 rückte nämlich die Revision des Strafkodex¹²² wieder in den Vordergrund, nachdem bereits 1776 in Verbindung mit der Aufhebung der Folter auch eine wesentliche Einschränkung der Anwendung der Todesstrafe erfolgt war – und zwar unter dem Gesichtspunkt ihrer Aufhebung und der Milderung auch von anderen Härten im Strafsystem der *Constitutio Criminalis*.¹²³ Dies sollte – auf Anregung der Kompilationskommission – jedoch nicht durch eine Adaptierung des nicht mehr zeitgemäßen Kriminalkodex geschehen, sondern im Rahmen eines neuen Strafgesetzes, das sich in gerichtlich strafbare Kriminal- und andere polizeilich strafbare politische Verbrechen gliedern und für das Verfahren einen grundsätzlich dreigliedrigen Instanzenzug vorsehen sollte. Zu Jahresbeginn 1787 war diese Voraussetzung dann auch soweit erfüllt, dass das inzwischen

¹¹⁹ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; LOSCHELDER 51 ff, 55 ff, 67 ff.

¹²⁰ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; LOSCHELDER 72 ff.

¹²¹ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; siehe auch DOMIN-PETRUSHEVECZ 173 ff; WALTER, Zentralverwaltung (1950) 10 f, 51 f, 66.

¹²² Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; CONRAD 56 ff; HÖGEL 78 ff.

¹²³ Hierzu jüngst AMMERER; vergleiche WAHLBERG, Tortur.

ausgearbeitete neue Strafgesetz kundgemacht werden konnte; im selben Jahr folgte noch der Erlass von Vorschriften für das Verfahren bei politischen Verbrechen und Mitte des nächsten Jahres eine Kriminalgerichtsordnung.

Danach konnte sich die Kompilations-Kommission wieder den seit 1774 sistierten Kodifikationsarbeiten auf zivilrechtlichem Gebiet widmen – und bald stellten sich auch hier konkrete Erfolge ein:¹²⁴ Auf Basis der vorliegenden Revisions-Entwürfe wurde 1783 ein Ehepatent erlassen, das zur Verstaatlichung des Eherechts führte;¹²⁵ im Mai 1786 folgte mit dem Erbfolgepatent die erste gesamtstaatliche Kodifikation über einen einzelnen Bereich des Zivilrechts, der aus dem dritten Teil des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹²⁶ herausgelöst und vorläufig kundgemacht wurde. Dasselbe geschah danach im November 1786 mit dem ersten Teil dieses Entwurfs über das Personenrecht. Die weiteren Arbeiten mussten Ende 1786 aber – bedingt durch den Abschluss der Strafrechtsreform – wieder abgebrochen werden; und sie blieben bis zum Tod von Josef II. auch sistiert.

Von den danach unter Leopold II. einsetzenden Bestrebungen zum Abbau der josefinischen Errungenschaften¹²⁷ wurde auch die Organisation der Gesetzgebung erfasst. Im Februar 1790 erfolgte die Auflösung der Kompilationskommission.¹²⁸ An ihre Stelle trat im darauffolgenden April zwar eine neue Gesetzgebungshofkommission; sie war aber zunächst nicht dazu berufen, die Kodifikationsprojekte wieder aufzunehmen, sondern sollte die josefinischen Gesetzbücher evaluieren. Erst unter Franz II.¹²⁹ wurde – unter Leitung von Karl Anton Martini¹³⁰ und Franz Georg Keeß¹³¹ als Referenten – mit der Revision der vorliegenden Kodifikationen begonnen. Mit den für den Gesamtstaat konzipierten Entwürfen wurde sodann im 1795 erworbenen Westgalizien vorläufig auch schon ein Versuch gemacht,

¹²⁴ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; BRAUNEDER, ABGB 213 ff; HARRASOWSKY, Geschichte 142 ff; WALTER, Zentralverwaltung (1956) 226–238 passim, besonders 231–234.

¹²⁵ Dazu ZEILLER, Ehegesetze; MÜHLSTEIGER.

¹²⁶ Edition: HARRASOWSKY, Codex IV 15 ff.

¹²⁷ Zur Verfassungssituation: BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 85, 88 f.

¹²⁸ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; BRAUNEDER, ABGB 215; HARRASOWSKY, Geschichte 152 ff; HARRASOWSKY, Codex IV 7 ff.

¹²⁹ Zum Folgenden NESCHWARA, Justizstelle; siehe auch DOMIN-PETRUSHEVECZ 212 ff passim; WALTER, Zentralverwaltung (1956) 226–238 passim, besonders 231–234.

¹³⁰ SCHLOSSER; NESCHWARA, Martini.

¹³¹ BINDER / SUCHOMEL; KOCHER, Keeß.

nämlich 1796 mit dem Entwurf der revidierten Gerichtsordnung und zum neuen Strafgesetz sowie 1797 mit dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.¹³² Nach Fortführung der Revisionsarbeiten auf der Grundlage dieser sodann auch für Ostgalizien und die Bukowina in Geltung gesetzten Kodifikationen konnte Ende 1803 zunächst ein neues Strafgesetz für die Erbländer kundgemacht werden.¹³³ Die Ende 1797 anlaufende Schlussredaktion der Zivilrechtskodifikation¹³⁴ erreichte unter Leitung von Mathias Wilhelm Haan¹³⁵ und Franz Zeiller¹³⁶ als Referenten 1801 ihre letzte Phase und konnte Mitte 1811 mit der Kundmachung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für die Erbländer beendet werden.

Damit war der Gesetzgebungskommission auch schon ihr letzter Erfolg beschieden.¹³⁷ Die geplante Kodifizierung des Außerstreitverfahrens¹³⁸ konnte ebenso wenig realisiert werden wie die abermalige Revision des Strafrechts;¹³⁹ auch die Gesetzgebungsprojekte auf dem Gebiet des Handelsrechts verliefen im Sande. Und das Projekt zur Kodifizierung des Verwaltungsrechts in einem Politischen Kodex¹⁴⁰ wurde mit dem Tod seines Protagonisten, Josef Sonnenfels, auch zu Grabe getragen.

¹³² BRAUNEDER, ABGB 215 f; HARRASOWSKY, Geschichte 155 ff; HARRASOWSKY, Codex V 9 f. – Edition des Entwurf Martini bei HARRASOWSKY, Codex V 3 ff.

¹³³ OGRIS, Strafrecht; HÖGEL 85 ff; ZEILLER, Criminal-Gesetzgebung.

¹³⁴ NESCHWARA, Pratobervera 134 ff; BRAUNEDER, ABGB 215 f; HARRASOWSKY, Geschichte 155 ff; HARRASOWSKY, Codex IV 10 ff; PFAFF, Materialien; PFAFF / HOFMANN, Commentar I 8 ff; PFAFF / HOFMANN, Excuse I 1 ff. – Aus zeitgenössischer Sicht: ZEILLER, Privat- Recht; ZEILLER, Gesetzbücher.

¹³⁵ KOCHER, Haan; COULON.

¹³⁶ PAULI; HOFMEISTER; KOCHER, Zeiller; OBERKOFER; NESCHWARA, FS Baltl 210 ff.

¹³⁷ WALTER, Zentralverwaltung (1956) 272–280.

¹³⁸ Aus zeitgenössischer Sicht: ZEILLER, Gerichtsordnung; PRATOBEVERA, Gerichtsordnung; vergleiche NESCHWARA, FS Palme 392 f, und NESCHWARA, Außerstreitverfahren 33 f.

¹³⁹ NESCHWARA, FS Putzer 579 ff, besonders 603 ff; NESCHWARA, Pratobervera 170 ff; NESCHWARA, Homenaje Bravo Lira; NESCHWARA, Zeiller.

¹⁴⁰ OGRIS, Sonnenfels; WAGNER passim.

Literature:

1. Public Archives:

- Allgemeines Verwaltungsarchiv (Wien) [AVA]:
Oberste Justiz, Hofkommissionen [OJ / Hfk], Karton 17, 23, 43
- Bibliothek Rechtswissenschaftliche Fakultät, Wien [Rewi FB]:
Sammlung lithographierter Mitteilungen und Abschriften österreichischer Rechtsquellen der Neuzeit, hrsg von Chorinsky C.:
Dr Holger's, Abhandlung von der Grundherrlichkeit, I. Teil, 1–453
- Mährisches Landesarchiv, Brünn [MLA]:¹
Fonds G 76 / Familienarchiv Blümegen

2. Printed Literature:

- AMMERER G., Das Ende für Schwert und Galgen? Legislativer Prozess und öffentlicher Diskurs zur Reduzierung der Todesstrafe im ordentlichen Verfahren unter Joseph II. (1781–1787) (= Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs, Sonderband 11), Wien 2010 (ISBN 978-3-7065-4935-6), 633 Seiten
- BINDER J. K. / SUCHOMEL H., Zur Lebensgeschichte des Hofrates Franz Georg Edlen von Keeß – Mitteilungen aus dem Archive des k.k. Justizministeriums, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911, 357–377
- BRAUNEDER W. (Hrsg), Juristen in Österreich 1200–1980, Wien 1987 (ISBN 3-7015-0041-X), 383 Seiten
- BRAUNEDER W., Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von

¹ Die nachstehenden Archivalien wurden von Dr. Drahoslav SOJKA, emeritierter Anwalt in Mähren, als pdf-files ins Netz gestellt: Siehe homepage des Instituts für Rechtsgeschichte an der Masaryk-Universität Brünn: [<http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/ps09/codex/web/pages/clenove-kompilacni-komise.html>] (18.08.2010).

- 1811 [ABGB], Gutenberg-Jahrbuch LXII (Mainz 1987), 205–254, besonders 206–231 (Entstehung des ABGB)
- BRAUNEDER W., Österr. Verfassungsgeschichte, 11. Auflage, Wien 2009 (ISBN 978-3-214-14876-8), 282 Seiten
 - CONRAD H., Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780–1790), in: Welzel H. / ua (Hrsg), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, Bonn 1963, 56–74
 - COULON K., Mathias Wilhelm Edler von Haan – Ein Lebensbild, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, 1. Teil, Wien 1911, 303–353
 - DÖLEMEYER B., Joseph Ritter von Azzoni 1712 – 1760, in: Brauner, Juristen 73–77
 - DOMIN-PETRUSHEVECZ A., Neuere österreichische Rechtsgeschichte, Wien 1869, 379 Seiten
 - HARRASOWSKY Ph. Harras von (Hrsg), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen,
Band I–III (Codex Theresianus), Wien 1883, 290, 534 und 440 Seiten;
Band IV (Entwurf Horten's), Wien 1886, 557 Seiten;
Band V (Entwurf Martini's), Wien 1886, 248 Seiten
 - HARRASOWSKY Ph. Harras von, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes, Wien 1868, 167 Seiten
 - HOFMEISTER H., Die Rolle Franz v. Zeillers bei den Beratungen zum ABGB, in: Selb W. / Hofmeister H. (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, Wien-Graz-Köln 1980, 107–126
 - HÖGEL H., Geschichte des österreichischen Strafrechts in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen, Erstes Heft, Wien 1904, 65 ff
 - HÖSLINGER R., Die gemeinrechtlichen Quellen des Codex Theresianus in der von Holger besorgten Zusammenstellung, in: Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 1 (1950), 72–83

- KOCHER G., Franz v. Zeiller als Praktiker bei der Obersten Justizstelle, in: Selb W. / Hofmeister H. (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, Wien-Graz-Köln 1980, 127–133
- KOCHER G., Mathias Wilhelm Virgilius von Haan 1737–1816, in: Brauneder, Juristen 91–93
- KOCHER G., Franz Georg Ritter von Kees 1747–1799, in: Brauneder, Juristen 93–97
- LOSCHELDER M., Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781. Grundlagen- und Kodifikationsgeschichte, Berlin 1978 (ISBN 3-428-04229-8), 214 Seiten
- MAASBURG F., Geschichte der obersten Justizstelle in Wien (1749–1848), 2. Aufl., Prag 1891, 502 Seiten
- MAASBURG F., Gutachtliche Äußerung des österreichischen Staatsrathes über den von der Compilationscommission im Entwurfe vorgelegten Codex thesianus civilis, in: Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung [AöGZ] 1881, 209f, 213–214, 217–218
- MAASBURG F., Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung mit besonderer Rücksicht auf das im Artikel 58 derselben behandelte crimen magiae vel sortilegii, Wien 1880, 60 Seiten
- MÜHLSTEIGER J., Der Geist des josephinischen Eherechts, Wien-München 1967, 282 Seiten
- NESCHWARA Ch., Martini, Karl Anton, in: Stolleis M. (Hrsg), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 1995 (2. Aufl. 2001), 409–411
- NESCHWARA Ch., Über Carl Joseph von Pratobevera und Franz von Zeiller. Ein Beitrag zur Gesetzgebungsgeschichte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: Ebert K. (Hrsg), Festschrift zum 80. Geburtstag von Hermann Baltl, Wien 1998, 205–224

- NESCHWARA Ch., Über Carl Josef von Pratobevera. Ein Beitrag zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte des österreichischen Rechts im Vormärz, in: Ingenhaeff W. / ua (Hrsg), Festschrift zum 60. Geburtstag von Rudolf Palme, Innsbruck 2002, 369–394
- NESCHWARA Ch., Pratobevera - Zeiller - Jenull: Eine "herrliche Trias unserer Gesetzgebung". Ein Beitrag zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen Strafrechts im Vormärz, in: Aichhorn U. / Rinnerthaler H. (Hrsg), Festschrift für Peter Putzer zum 65. Geburtstag, Egling 2004, Band II, 579–612
- NESCHWARA Ch., Ohne Notariat geht's auch? Notarielles Gerichtskommissariat und Außerstreitverfahren 1848–1854, in: Rechberger W. (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005 (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXIX) Wien 2006, 31–39
- NESCHWARA Ch., Landständischer Einfluss auf die Gesetzgebung in der Frühneuzeit – am Beispiel des Landesordnungsprojekts für Österreich unter der Enns von 1650, in: Gehringer H. / ua (Hrsg), Landesordnungen und Gute Policey in Bayern und Österreich (Studien zu Policey und Policeywissenschaft), Frankfurt/Main 2008, 169–210, besonders 197–207
- NESCHWARA Ch., Ein österreichischer Jurist im Vormärz. "Selbstbiographische Skizzen" des Freiherrn Karl Josef Pratobevera (1769–1853), Frankfurt/Main-ua 2009 (ISBN 978-3-631-57612-0), 299 Seiten
- NESCHWARA Ch., Franz Zeiller und das Strafrecht, in: Journal on European Legal History (Brünn) 1/2010, 4–15
- OBERKOFER G., Franz Anton Felix von Zeiller 1751–1828, in: Brauneder, Juristen, 97–102
- OGRIS W., Joseph von Sonnenfels (1732–1817), in: Brauneder, Juristen 82–87
- OGRIS W., Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts, in: Luigi Berlinguer (Hrsg), La "Leopoldina".

Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del settecento Europeo X,
Mailand 1990, 459–482

- PAULI L., Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte, in: Selb / Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 180–191
- PFAFF L., Über die Materialien des österr. allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das gesamte Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 2 (1875), 254–317
- PFAFF L., [Rezension zu] Philipp Harras-Harrasowsky (Hrsg), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band I (Codex Theresianus), Wien 1883, in: Juristische Blätter [JBI] 1883, 255–258
- PFAFF L. / HOFMANN J., Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, 1. Abteilung, Wien 1877, 800 Seiten
- PFAFF L. / HOFMANN J., Excuse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, Beilagen zum Commentar Band I, 1. Abteilung, Wien 1877, 430 Seiten
- PRATOBEVERA C. J. Ideen über den Umfang und die Oeconomie einer allgemeinen bürgerlichen Gerichtsordnung, in: Pratobevera C. J. (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band I (1815), 206–217
- SCHLOSSER H., Karl Anton Freiherr von Martini zu Wasserberg 1726–1800, in: Brauneder, Juristen 77–81
- STARZER A., Beiträge zur Geschichte der niederösterreichischen Statthalterei, Wien 1897, 538 Seiten
- VÖLKL A., Die österreichische Kodifikation und das römische Recht, in: Barta H. / ua (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation: Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998, Wien 1999, 277–301
- VOLTELINI H., Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911, 1. Teil, 35–82

- WAGNER St., *Der politische Kodex. Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Österreich 1780–1818*, Berlin 2004 (ISBN 3-428-11363-2), 555
- WAHLBERG W., *Bruchstücke der Genesis der Theresiana*, in: Wahlberg W., *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprocess, Gefängniskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Österreich*, Band II, Wien 1877, 115–121 [Separatdruck aus: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 1866]
- WAHLBERG W., *Zur Geschichte der Aufhebung der Tortur in Österreich*, in: Wahlberg W., *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprocess, Gefängniskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Österreich*, Band II, Wien 1877, 265–272
- WALTER F., *Die Geschichte der österreichischen Zentralverwaltung 1780–1848*, Teil 1: *Die Zeit Josephs II. und Leopolds II. (1780–1792)*, Wien 1950 (= *Die österreichische Zentralverwaltung, II. Abteilung: Von der Vereinigung der österreichischen und böhmischen Hofkanzlei bis zur Einrichtung der Ministerialverfassung 1749–1848*, Band I, 2. Halbband, Teil 1), 107 Seiten
- WALTER F., *Die Geschichte der österreichischen Zentralverwaltung 1780–1848*, Teil 2: *Die Zeit Franz' II. (I.) und Ferdinands I. (1792–1848)*, Wien 1956 (= *Die österreichische Zentralverwaltung, II. Abteilung: Von der Vereinigung der österreichischen und böhmischen Hofkanzlei bis zur Einrichtung der Ministerialverfassung 1749–1848*, Band I, 2. Halbband, Teil 2), 363 Seiten
- WESENER G., *Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption*, Graz-Köln 1957, 211 Seiten
- WESENER G., *Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus. Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts*, in: Köbler G. / Nehlsen H. (Hrsg), *Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München 1997, 1365–1388

- WESENER G., Kodifikationen und Kompilationen. Reformprogramme und Landrechtsentwürfe des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung [ZRG / RA], Band 127 (2010), 202–244
- ZEILLER F., Nothwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privat= Rechts. Grundzüge zur Geschichte des Oesterr. Privat= Rechts. Eigenschaften eines bürgerlichen Gesetzbuches, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band I (1806), 1–70
- ZEILLER F., Zweck und Principien der Criminal= Gesetzgebung. Grundzüge zur Geschichte des Oesterreichischen Criminal= Rechts. Darstellung der durch das neue Criminal= Gesetzbuch bewirkten Veränderungen, sammt ihren Gründen, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band I (1806), 71–185
- ZEILLER F., Von dem Eherechte überhaupt, und dem für Salzburg und Berchtesgaden kundgemachten Ehegesetze insbesondere, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band III (1808), 94–133
- ZEILLER F., Grundzüge der Geschichte der Oesterreichischen bürgerlichen Gerichtsordnung, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band IV (1809), 1–12
- ZEILLER F., Von dem Testamente eines gerichtlich als Verschwender verurtheilten Vaters, nebst einigen Bemerkungen über vaterländische Gesetzbücher überhaupt, und das österreichische insbesondere, in: Pratobevera C. J. (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, in den Oesterreichischen Erbstaaten, Band VI (1822), 318–347

3. Literature forthcoming:

- NESCHWARA Ch., Franz Zeiller und das Strafrecht: Seine Ambitionen zur Verbesserung des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Westermayer F. (Hrsg), Homenaje al professor Bernardino Bravo Lira = Revista Chilena de Historia del Derecho (2010 im Erscheinen)
- NESCHWARA Ch., Oberste Justizstelle und gesamtstaatliche Rechtsvereinheitlichung, in: Winkelbauer Th. / Hochedlinger M. (Hrsg), Verwaltungsgeschichte der Habsburgermonarchie in der Frühen Neuzeit (1500–1800), Band I (Drucklegung vorbereitet für 2011)

Contact – email

christian.neschwara@univie.ac.at

THE POSITION OF THE FREEDOM OF CONTRACT IN THE HUNGARIAN LAW ON MIGRATION (1903)

BALÁZS PÁLVÖLGYI

Széchenyi István University, Deák Ferenc Faculty of Law and Political
Sciences, Győr, Maďarsko

Abstract

By the turn of the century, the number of migrants from Hungary touched new peaks and the government launched a new legislation-program to handle the situation. The problem remained extremely complex and it seemed that there is no solution acceptable for all. The lack of real border-control, the complicated relation between Austria and Hungary and the augmenting tension concerning the ethnic minorities posed the Hungarian politics the great question: whether it is possible to touch the freedom of contract and it is possible that the state could determine in detail the contain of a contractual relation. Having seen the failure of the first legislation concerning the migration-agents in 1881, the Hungarian government tried to rethink its migration-policy. As the number of migrants increased till the turn of the century, and the activity of the non-authorized agents remained a constant problem, the government opted for the licensing-policy with state-control. It meant not only the authorization of a company for creating a direct line between the Hungarian port Fiume and New York, but also the block of other ways. The only official entrepreneur became the Cunard Line company (with the Hungarian partner Adria company) which had an exclusive right in maintaining the Fiume – New York line. In the end that wasn't the government's migration-policy (with the legislation of 1903 and 1909) which blocked the flux of migrants to the United States from Hungary. The changes of the American economy and the American legislation could only slow down the migration, and finally that was the First World War, which closed the American ports.

Key words

Migration; Austria-Hungary; United States; freedom of contract.

By the turn of the century, the number of migrants from Hungary touched new peaks and the government launched a new legislation-program to handle the situation. The problem remained extremely complex and it seemed that there is no solution acceptable for all. The lack of real border-control, the complicated relation between Austria and Hungary and the augmenting tension concerning the ethnic minorities posed the Hungarian politics the great question: whether it is possible to touch the freedom of contract and it is possible that the state could determine in detail the contain of a contractual relation.

I.

In the second half of the 19th century, we could observe an increasing proportion of births with decreasing proportion of deaths in Hungary. The developing health-care system and the old family structures (high number of births) gave an élan to the demographical boom by the end of the century. This phenomenon with the development of the industrial production made a new situation from point of view of the migration as well.

The migration from Hungary to the neighbouring countries (especially to Austria¹ and Rumania²) and to the United States is the phenomenon of the second half of the 19th century.³ Although we don't have exact data of the number of the migrants till the end of the century, precisely till 1899, but from the reports submitted by the local authorities the central government concluded on the increasing migration which touched at the beginnings only certain parts of the country but it became more and more intensive during the few decades from the second half of the 70's.

As the typical Hungarian migrant came from the underdeveloped regions of the country and those people were mainly analphabetic, poor and uninformed. The long trip to America formed a dangerous adventure through the big Empire of Austria-Hungary and Germany to the Northern ports. No wonder that they were seeking help to get all the tickets in advance and to have a guide during the trip to arrive safely. The migration became a sort of business not only for the great steam ship companies and not only for its agents and agencies but for the so-called „small agents” or „secret agents” as well. The great majority of the big foreign companies tried to find the way to the future migrants so they hired local agents who spoke the language of the local people and who made them aware of the new opportunities and gave tips how to find the „best, shortest and cheapest way” to America.⁴

Having realized that the increasing migration would affect not only the Hungarian economic growth but also the military capacity of the country, the government decided to make efforts to block the migration somehow. This point became extremely controversial question not only in the press

¹ MOL K150-370-1874-VI-7-1518

² MOL K150-952-1882-I-10-32040

³ ALBERT KRALER, KARL HUSA, VERONIKA BILGER, IRENE STACHER (Hg.): *Migrationen. Globale Entwicklung seit 1850*. Mandelbaum, 2007, Wien. 41.

⁴ HEGYI JENŐ: *A magyarországi kivándorlás állapota és rendezése*. Fiume, 1902, Unió ny. 9.

reactions and commentaries but in the parliament as well. The main question: whether it is acceptable to restrict the liberal rights of free movement and consequently the freedom of contract.

The government chose the way of restrictions. With the 1881 law of Migration Agents the government tried to control or rather to eliminate the activity of the agents which action remained absolutely unsuccessful because the agents could continue their activity maintaining bases in abroad (mainly in Vienna) from which they could use their contacts with the local agents in Hungary who could work secretly. In the last two decades of the 19th century the flux of migrants continued from Hungary and the movement even accelerated not only by the activity of the so called “secret agents” but by the private, non-paid publicity of the returned migrants as well. Although there was no concession issued to migration agents in Hungary and – in theory – the authorities had to prosecute all form of activity of the agents; neither the ministries nor the local authorities managed the problem.⁵ The law of 1881 wasn’t capable to resolve the extremely complex problem of the migration. The local authorities could show only a few culprits who gave information-sheets or sold tickets to the migrants, or who accompanied a group of them⁶, but the big fishes remained untouched in abroad in spite of the hardly hided publicity even in big newspapers.⁷

The complex internal relations within the Empire made the whole situation even more complex because the lack of border-control and the different regulation concerning the migration-agencies in Austria opened a loophole not only for the agents but also for the migrants as well. Several migrants got the necessary papers from abroad to make the embarkation.⁸

The big agents tended to exploit this situation working in Austria and in other Western countries. Among the three bigger agencies, it seemed that F. Missler (based in Bremen) who tried to persuade the Hungarian government of the necessity of the liberalisation. Missler’s argumentation was based on two bigger pillars. On the one hand, he tried to prove that it was not the activity of the agents, which accelerated the migration in Hungary but only the economic situation. It is unnecessary to make efforts to block the migration with administrative tools, added to which that the migration was very lucrative for the country with the amounts sent back by the migrants working abroad. On the other hand, he referred to the uncertain situation of

⁵ Farkas Pál: *Az amerikai kivándorlás*. Budapest, 1907, Singer és Wolfner. 40.

⁶ MOL K150-2770-1896-VII-14-4864

⁷ *Kivándorlási Értesítő*, 1904. ápr. 1.

⁸ MOL K150-2486-1894-VII-14-35156

the migrants – who departed mainly with an illegal contract – which was the base of the frequent cases of fraud to the detriment of them. As a plausible solution he had a plan of the introduction of a new tax paid by the migrants and from this would be possible to finance the action of the government to make the migration-ways more secure.⁹ Later he wrote that the maintaining of the restrictions concerning the activity of the agents contributed to the exploitation of the migrants because of the Hungarian restrictions the migrants were heading mainly to Vienna to buy their tickets there. As the Bremen way was more popular than the others the agents were inclining to cheat them with the direction and several migrants were misled to other ports.¹⁰ We could observe that the early efforts of the government to slow down the flux of migrants didn't succeed and even the information of the Austrian Minister of Interior concerning the escape-way of Hungarian migrants through Austria remained rather useless.¹¹

II.

Apart of interests of the migrants (which were in fact the second in the argumentation during the debates concerning the migration), the mass-migration affected the military interests of the country.¹² As from the reports of the local authorities emerged that there was a considerable number of migrants without accomplished their military service¹³, the government tried to find a solution to the problem and launched a serial of negotiations with the Austrian partner.¹⁴ Those negotiations naturally didn't have direct connections to the freedom of contract in Hungary but at that time the government launched a new legislation-program and tried to rebuild somehow the till that time rather simple regulation.¹⁵

The government avowed that its migration-policy wasn't effective at all and at the turn of the century tried to widen the domain of the migration-policy. As the main line of the regulation remained in using the rules of the criminal law somehow, there were only modest results. The agents found the way to

⁹ MOL K150-2486-1894-VII-14-13381

¹⁰ MOL K150-2486-1894-VII-14-72621

¹¹ MOL K150-2770-1896-VII-14-27326

¹² KN 1878-391 (1878-XVIII-362)

¹³ MOL K150-2486-1894-VII-14-5586

¹⁴ MOL K150-3609-V-20-1904-5339

¹⁵ FI-1901-3 (1901-I-7)

reach the Hungarian migrants, they sent their publicities by post, and worked with the local agents. Because of this the Hungarian government tried to control the those kinds of letters and packets and by the end of the 19th century the issue of regulations aimed to inform the future migrants became more and more frequent.¹⁶

The new legislation tried to surpass the previous, rather restrictive rules and in the preamble of the new law of 1903 defined the new approach as well. Therefore, it was admitted that the phenomenon of the migration could not be repressed in an administrative way, notwithstanding that it formed a disadvantageous process. On the one hand, the state's task in this domain remained the same: to diminish of the number of migrants – with respect of the self-determination and free movement – and on the other hand, as a new part of the official Hungarian migration-policy: to create a new system for canalizing and protecting the migrants and to help them to return to Hungary.

Although we examine only the aspects of the freedom of contracts and the restrictions and prescriptions of the new law concerning the contracts concluded by the migrants, we have to shortly overview the main clauses of the law of 1903.

The law defined the notion of the migrant, so in this relation this legal status depended on the intention of working abroad for a longer period. The law enumerated the cases of restriction concerning the migrants, which contained the point of view of the defence of the state, in brief the military aspects and some points, which aimed to protect the migrants (e.g. children and those who didn't have enough money for the trip and those who were to transport and to hire by a foreign company or state for free). In these cases, the migrant can't get his passport, can't leave the country, consequently can't conclude treaty with the migration-entrepreneurs or the agents of the companies.

As in the previous period, the illegal activity of the so-called "secret agents" caused problems for the authorities and as in the debates concerning the migration all participants referred to this phenomenon, the law regulated the activity of the agents as well. Therefore, while the law of 1881 introduced the concession in domain of the migration-agents and the official policy didn't tolerate this kind of activity, the new law re-regulated the situation of the entrepreneurs, and instead of having legalized the agents' activity, gave distinct rules for the trustees of the foreign companies in Hungary as well. As there were no Hungarian experiences concerning the legally working

¹⁶ e.g. BM 13.868/1896

agents and agencies, the legislator took the German and Italian law as a model to regulate those kinds of activity. Therefore, that was the reason why the agent or entrepreneur became the central actor in these situations. In this liberal period the founding an enterprise mustn't have touched so the legislator decided to determine the legal possibilities of its activity. In accordance with the new law the trustees of the entrepreneurs could work only in a well-determined county of Hungary and there was no possibility to hire more than one trustee in one district. The new law excluded the rake-off on the concluded contracts, so the previous (and illegal) practice of the agents became prohibited, and excluded the engagement of teachers, priests and the members of the local administration from this activity. As the essential point of the previous – one of the still existing - practice of the illegal agents the prestation of small credits for paying the ship ticket was, the new law forbade for the entrepreneurs and trustees that kind of activity. This point of the new law tended to press back the widespread practice of usury in connection of the migration, which especially affected the poorest regions of the country.

In the third part of the law contained the rules of the contract between the entrepreneurs and the migrants. In the preamble, the legislator gave an explanation to the strict form and the obligatory parts of the contract. Firstly, the contract must have been concluded in written form, in Hungarian language and in the language spoken by the migrants as mother-language. Secondly, the contract must have contained precisely all data referring to the service fulfilled by the entrepreneur on basis of the contract. The passport-obligation, the presentation of a copy of the concluded contract showed the enforced control of the government in the domain, and the obligatory parts of the contract aimed to assure the security of the migrants and contributed to the detailed data collection of the local authorities as well. In accordance with the law, the migrants didn't have the possibility to pay during the trip with any kind of work or to pay after the arrival to the destination. The new law defined the cases of the cancellation of the contract and the trip by the migrant: it touched the cases of default on the scheduled time of departure or cases of illness.

The new law reserved the right of restriction of migration in some countries which it estimated dangerous for the migrants. This rule meant that the government could inform the migrants concerning the prohibited destinations and could deny the issue of the passports to the prohibited destinations. Consequently, in case of this the migrants didn't have the possibility to conclude a contract with the entrepreneur or with its trustee. With the obligation of the passport for the migration and the possibility of revision of the possible destination, the government had in theory the tool for influencing the direction of the migration, and naturally, the migrants who aimed to go to a prohibited country had to choose non-official ways to reach the forbidden destination.

The new law aimed to create a new fund to help the poor migrants to return to Hungary and to build house of refuges for Hungarian migrants mainly in the United States. This fund was to be created from the fees paid by the migrants and entrepreneurs. The government intended to resolve the problem of the non-secure transfers of funds from the United States to Hungary, and declared its goal to find the ways of a money transfer based in a Hungarian bank.

III. The questions of the accomplishment of the law

In an answer given to an interpellation in the parliament on 13th April 1904, the Prime Minister Tisza, explained the new policy of the migration of the government.¹⁷ From 1901 simultaneously with the preparation-work of the bill, the government launched a series of negotiations with the big steamship companies. This action aimed to create a direct connection between the Hungarian port of Fiume and the North American ports, especially New York, which was the most important condition of the accomplishment of the new governmental policy concerning the migration. The Prime Minister reported that all of the big companies would have undertaken to maintain the direct connection with America with the support of the Hungarian state and with the guarantee of a high number of passengers. As the offers of the companies contained similar tough conditions in a way, the previous government decided to get a proportion in a Hungarian company, which would be able to fulfil the task of transportation of migrants. In brief: the whole business would have nationalized. As the plan of this became clear, the government received a rather acceptable offer from a company, which didn't contain the point of support and the point of the fixed number of passenger touched only the guaranteed income of the company not the real number of them. In brief: having finished the negotiations, the Prime Minister estimated it favourable to contract with the Cunard Line – Adria companies. In the argumentation of the Prime Minister this treaty gave a cheaper possibility to the migrants than the North European way (mainly to Bremen or Hamburg), which was the main way to America for the Hungarian citizens. The Prime Minister referred to the fact, that from the conclusion of the treaty there were several attacks against the new Hungarian solution and he proved his argumentation with a citation of Missler's publicities.

The Prime Minister referred to the fact, that the new law gave the possibility to the government to define the way of the migration to the port of

¹⁷ KN 1901. XXIV. kötet (1904. április 12–1904. április 25.)37.

embarkation. That possibility covered the use of different tools such as the denial of issue of passports and other pressures. He added that the use of those tools should be used as last resorts, because in case of this the liberal right of free movement would be affected. He declared that till the Fiume – New York line would be strengthened sufficiently he won't issue concessions for those entrepreneurs who would tend to canalize the migrants to the Northern ports. He referred to the information concerning the attacks against the new Hungarian law, especially the rumours of the eventually American reaction against the point of guarantee of the new law. He explained to the House that it must have been a mistake concerning the core of the law, which didn't aim to guarantee a certain number of migrant to the Cunard Line company.

The mentioned Cunard Line-contract formed a crucial point in the migration policy of the government,¹⁸ and this point was in spotlight enough to give munitions to the rough attacks against the Prime Minister and his migration-policy as well. The rumours concerning the guaranteed number of migrants and the supplement promised for the Cunard Line company caused a serious serial of attacks and gave the United States' government reason for sending a migration commissioner to Hungary as well. The experts remained divided in the question of the state's involvement to the relation between the migrants and the companies though, and despite of the increasing migration some of them claimed a bigger participation of the state in this domain.¹⁹ Although during the argumentation in the parliament the Prime Minister clarified the main number of the costs of the migration-policy, in the critics they tried to prove the opinion that with buying own ships, the Hungarian state could have spare a great amount of money in the end.²⁰

The Cunard Line-contract and the point of the presumed subvention for the company and the (false) information of the guaranteed number of passengers took a great effect on the mainly German steam ship companies and the American migration policy as well. In the Hungarian press in the United States several information were published referring to the news appeared in the American press as well. One of the biggest American-Hungarian newspaper, The "Amerikai Magyar Népszava" paid particular attention to all information concerning this domain. The newspaper had special reports on all events in connection to the migration and published the changes in the Hungarian migration-policy as well. Therefore, the

¹⁸ *Cunard Hajók*. Amerikai Magyar Népszava [AMN], 1903. okt. 9.

¹⁹ FARKAS PÁL: *Az amerikai kivándorlás*. Budapest, 1907, Singer és Wolfner. 35.

²⁰ LÖHERER ANDOR: *Az amerikai kivándorlás és a visszavándorlás*. Budapest, 1908, Pátria. 195.

newspaper gave information not only from the preparation of the treaty²¹ but from the aftermaths of the agreement as well. It caused a real anxiety that the American press published information concerning the guaranteed number of passengers and the subvention as well, and criticized the Hungarian government's new policy.²² The newspaper referred to the fact that the point of the agreement could be contrary to the American regulation, as the guarantee provided by the Hungarian government could be qualified as state-backed migration²³ (or in worst case forced migration) which would form a basis for exclusion of those migrants. After those articles published in the United States and the circulating rumours concerning its new law and migration-policy, Hungary became slightly suspect in the eyes of the American authorities as well.

Therefore, the American Immigrant inspector Marcus Braun with an official appointment made a round-trip in the countries most affected by the migration, and visited naturally Hungary and gave information concerning the new Hungarian rules as well.²⁴ The Inspector tried to find an explanation to the increasing Hungarian migration to the United States and the "Hungarian business" of the great companies and he pointed at the effects of the new Hungarian law and the Cunard Line-contract. He referred to the fact that the big steam ship companies were extremely active in Hungary and despite of the strict regulation and the new law there were several publicity of the competitors in the Hungarian newspapers as well and it had been developed a strong rebate-race on prices between them. As he wasn't sure whether the new law (and the Cunard-contract) conformed to the American legal system he tried to get information concerning the details of it. He had a meeting with the Secretary of State and questioned him of the attacked points of the new regulation, and the ambiguous points of the Cunard-contract. The Secretary of State declared that there is no problem with the law and with the contract either, and to the question relative to the guaranteed number of passengers he explained that in that time when more than 100.000 migrants left the country per year a promise concerning 30.000 passengers didn't count. The Inspector succeeded in receiving the texts of

²¹ AMN 1903. okt. 9.

²² *Gyalázat. Kormány szerződése angol vonallal. Magyar kivándorlók ügye.* AMN 1904. ápr. 2.

²³ *Hihetetlen. Furcsa hírek jöttek Washingtonból. Magyar kormány gyanúsítva.* AMN 1904. ápr. 5.

²⁴ *United States. Certain reports of Immigrant Inspector Marcus Braun :letter from the secretary of commerce and labor, transmitting, in response to the inquiry of the House, certain reports made by Immigrant Inspector Marcus Braun.* [Washington, G.P.O., 1906]. 4.

the law and the contract as well, and having examined he found out that there was no legal problem with it. Finally, Braun met with the Prime Minister Tisza as well, who admitted of the existence of the “30.000” clause of the treaty with the Cunard Line company.²⁵ By that time appeared information of the elimination of the controversial points of the Cunard-treaty in the Hungarian press in the United States.²⁶ However the situation was quite opaque the text of the contract was published, so we can examine its points whether the claims against it were well-based or not.²⁷

Having examined the official version of the contract, we could say, that the document didn't contain points concerning the guarantee provided by the government to give a certain gain to the company. The document enumerated the details of the service of the company: 1) the sailing-table of the Fiume – New York line, 2) the exact itinerary of it 3) the right of the company to canalize the migrant's flow to the Northern ports on case of lack of place on the ships 4) the accommodation of the migrants in the port for 2 days and the medical service for free during the crossing 5) and the exact table of fees which contained all costs of the crossing, including the tax to be paid in the Hungarian “Migrants Fund” and the American head tax, and the above mentioned costs of the eventual medical care. In accordance with the contract the Interior Minister had strong positions in the control of the activity of the company: the Cunard Line had to submit the exact sailing-table in advance and the Minister had the right of endorsement, and in case of delay or lack of sailing the Minister had the possibility to impose a fine on the company, which was to pay from the deposit of the Cunard Line. Otherwise the government could assure some points which reinforced the national interests of the country: so the company was obliged to hire naval officers who accomplished their studies in the Naval Academy of Fiume, and among the crew it was obligatory to hire as much Hungarian sailor as it was possible. On the whole, it was clear that the contract served the interests of the Hungarian migrants.

The government even stipulated that the company had to give a cheap return-ticket for poor Hungarian subjects and had to undertake to help the return the Hungarian migrants as well, consequently it was adjusted to the government's migrations policy plans, which aimed to control the migrants through the Hungarian associations in the United States and to encourage the return of the Hungarians from America.

²⁵ BRAUN, 1906, 7.

²⁶ *Némi változás. A Cunard szerződés módosítva lett. Magyar kormány észre tér.* AMN 1904. jún. 10.

²⁷ **FI 1910. XXI. kötet (1019-1155. sz.) 1910-1110 (1910-XXI-297)**

As the government aimed to make a clearer situation in this domain we have to examine how the government's goals were realized, and above all, how could affect those measures the freedom of contract in the practice.

After the Hungarian legislation became more exact on the domain of migration, there appeared more frequently the Interior Minister's regulations as well, and it seemed as if the Hungarian migration policy gave more attention to the changes of the American situation as well. Therefore, apart from the law of 1903 and the Cunard Line-contract there were the regulations from which we could observe a more or less exact direction of the Hungarian migration policy respecting the development of the contractual relations in this domain. Having increased the migration from the Central- and Southern part of Europe, the migration-policy of the United States got in spotlight in the press and in the high-politics as well. There were great debates about the function of the migration and about the ideal migrant as well. The American rules were getting tougher and tougher and all points in the (Central- and South) European legislation, which could display a state-backed migration or every form of the influence of the state in the flow of migrants, became suspicious. In brief the United States started to give attention to the European migration-policy.²⁸

The crucial point of the Hungarian migration-policy was not only the legislation-work, but also the accomplishment of the new rules, and that was what the Hungarian experts and the American inspector Marcus Braun examined as well.

On the whole we could admit that the reduction was the most important point for the government, and the regulation given to the local authorities aimed to control the migrants and to canalize them to Fiume, to the port from which the state-backed Cunard Line company's ships sailed.²⁹ Although in a regulation issued in 1904 concerning the fulfilment of the law of 1903 the Home Office declared that the migrants shouldn't be forced to the southern way (via Fiume) but in favour of the migrants it was the local authorities' task that the migrants would choose the Fiume-direction "of they own accord".³⁰

²⁸ WHELPLEY, J[AMES] D[AVENPORT]. *The problem of the immigrant :a brief discussion, with a summary of conditions, laws, and regulations governing the movement of population to and from the British empire, United States, France, Belgium, Switzerland, Germany, Italy, Austria-Hungary, Spain, Portugal, Netherlands, Denmark, Scandinavia and Russia.* London : Chapman & Hall, 1905. 11.

²⁹ BM 1904/85.163

³⁰ BM 1904/64.041

In accordance with its migration-policy the government created check-points in the border railway stations and built up the border-warden service as well, toughened the control of migration-way, and ordered the local authorities that they to make their activity more effective in this domain.³¹ The local authorities became sometimes rather confused because they obviously didn't have enough information concerning the details of the contract of the Cunard Line, so the opportunity of the company to canalize those migrants to the Northern ports who didn't have place in the ships in Fiume.

The government made the paths of migration definitely narrower: prescribed for the authorities the passport-control relating the migration even to Austria (which remained a foreign country from point of view of the Hungarian migration-policy)³² and made severe steps for blocking the using of the ship-tickets bought from non-official entrepreneurs. Concerning the tickets sent by the member of family, which remained a constant problem not only for the Hungarian but also for the American authorities³³, the government tried to restrict the activity of the so called secret agents, and made an effort to canalize and control the using of tickets coming directly from the United States. The possessor of a ticket sent from America could use it only with the attestation of provenance. The government informed the migrants in the United States that the tickets valid not for the Fiume – New York line should have been sent not for the member of family but the local authority which would examine the provenance of it. The tickets endorsed by the local authority could be used without any problem. The tickets bought from non-official entrepreneur should be confiscated with the promise that the customer would receive compensation.³⁴ In fact, the great majority of the tickets sent from the United States was sold by the agents of the big steam ship companies, and were valid for the trip not from Fiume (Hungary) but rather the Northern ports. Therefore, it became practically impossible to exclude the companies without permission from the Hungarian market.³⁵

Conclusions

³¹ BM 77336/1905

³² BM 1906/33.926

³³ BM 1904/82.912

³⁴ BM 85195/1904

³⁵ Kivándorlási Értesítő, 1904. szept. 20. *Versengés a kivándorlókért.*

Having seen the failure of the first legislation concerning the migration-agents in 1881, the Hungarian government tried to rethink its migration-policy. As the number of migrants increased till the turn of the century, and the activity of the non-authorized agents remained a constant problem, the government opted for the licensing-policy with state-control. It meant not only the authorization of a company for creating a direct line between the Hungarian port Fiume and New York, but also the block of other ways. The only official entrepreneur became the Cunard Line company (with the Hungarian partner Adria company) which had an exclusive right in maintaining the Fiume – New York line. This solution caused problems in the American relations and the United States decided to send an immigration inspector to clarify bases of the Hungarian migration policy. Although Marcus Braun revealed that the Hungarian rules weren't contradictory to the American legal solution, there remained serious problems with its accomplishment. The activity of the so called secret migration agents remained a constant problem while the state-backed Fiume-New York line didn't resolved the increasing flux of migrants to the Northern ports. The Hungarian authorities blocked the freedom of contract, forced the migrants to take the Fiume-way with direct pressure and with administrative tools as well.

In the end that wasn't the government's migration-policy (with the legislation of 1903 and 1909) which blocked the flux of migrants to the United States from Hungary. The changes of the American economy and the American legislation could only slow down the migration, and finally that was the First World War, which closed the American ports.

Contact – email

bpalvolgyi@yahoo.com

ODKAZ - ŘÍMSKOPRÁVNÍ INSTITUT VE SVĚTLE ČESKÉHO PRÁVA 20. STOL.

PAVEL SALÁK

Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity,
Česká Republika

Abstract in original language

Institut odkazu v římském právu umožňoval zůstaviteli disponovat se svým majetkem i po své smrti. Na rozdíl od dědice se však odkazovník nestával univerzálním nástupcem zůstavitele. Odkaz se týkal konkrétní věci, či věcí. Jeho význam byl tím větší, že římské právo neumožňovalo kombinovat posloupnost testamentární a intestátní. Na počátku 20. stol. na našem území platilo rakouské ABGB, které rovněž znalo institut odkazu, nicméně jeho pozice a význam již nebyly tak patrný, jako v římském právu, neboť již znalo kombinaci dědických titulů ať již zákonného, nebo testamentu, popř. dědické smlouvy. Proto se již v průběhu 1. pol. 20. stol. začali objevovat názory o zbytečnosti institutu odkazu. Jeho zánik pak nastal s nástupem komunismu. V občanském zákoníku z r. 1950 ještě zůstal institut odkazu zachován, byť jen v jediném velmi stručném ustanovení. V občanském zákoníku z r. 1964 však již zcela absentuje. Situace se nezměnila ani po pádu komunistického režimu r. 1989 a teprve chystaná nová kodifikace uvažuje o vrácení se k tomuto institutu.

Key words in original language

Odkaz; dědic; ABGB; občanský zákoník 1950; občanský zákoník 1964; římské právo; komunistické právo.

Abstract

In roman law, the combination of descent upon testament and descent upon intestacy was impossible. The heritor was the universal successor of the testate. So the heritor inherited his goods as a whole. The institute of legacy enabled to legate one or more individual things to another person than the heritor. In the 1st half of 20th century the law of succession was regulated by ABGB /Austrian civil code 1811/. This regulation allowed to combine testament, intestacy succession and also the heirship contract. In all these situations we speak about universal succession, so the succession of assets, but also of debts. The legacy was known to this legal regulation as well, but we could hear in this time opinions, that the legacy is no more necessary in the law of succession.

In the 2nd half of 20th century, when the communist regime in our country starts, in compliance with communist conception of ownership, we can speak about the end of this institute in our legal regulation. In the Civil Code 1950 the regulation of legacy was very brief and the Civil code 1964 doesn't recognize the institute anymore. The situation will probably change now by enactment of the newly prepared codification of civil law.

Key words

Legacy /Legatum/; Heir; ABGB; Civil code 1950; Civil code 1964; Roman Law; Communist Law.

Ochrana soukromého vlastnictví je jedním ze základních charakteristických znaků římského práva. Proto se již poměrně záhy prosadila možnost disponovat s majetkem i po smrti. Zde je ještě ale třeba poznamenat, že Římané nechápali dědictví jen ve smyslu majetkovém, ale mělo i svůj „duchovní“ rozměr.¹ Volná dispozice s majetkem i pro případ smrti vedla k tomu, že již zákon dvanácti desek zná institut závěti v rozvinuté formě.² Římské dědické právo také stojí především na zásadě univerzální sukcese. Dědic, popř. dědicové nastupují do pozice zůstavitele a dědictví na ně napadá ne v jednotlivostech, ale jako celek. Pochopitelně, že na ně napadají jak aktiva, tak ale i pasiva zůstavitele. Velikost dědictví byla totiž určena podílem – ideálně tak každý dědic měl např. jednu třetinu z každé věci, jež byla předmětem dědictví, a ve stejné míře mu také příslušel podíl na zůstavitelových dlužích. V souvislosti s tímto principem se v římském právu objevuje ještě jeden princip – nemožnost kombinace testamentární a intestátní posloupnosti. Zůstavitel tedy nemohl označit testamentem dědice jen k určité části dědictví s tím, že zbytek dědictví ponechává dědicům intestátním.³

Tyto právní stránky jsou samozřejmě formovány společenskými podmínkami a podmínkami ekonomickými. V nejstarších dobách byla římská společnost společností agrární a pro drobný zemědělský majetek – statek – bylo jakékoliv štěpení mezi více dědiců rizikem, že takto rozdělený majetek nikoho neuživí. Proto, odečteme-li již zmiňované nemajetkové aspekty, bývalo zvykem že majetek přecházel na jediného dědice – prvorozeného syna. Ostatní členové rodiny, především pak manželka, museli však být také nějakým způsobem zabezpečeni. Ve světle zmiňovaných skutečností je pak třeba hledat kořeny institutu odkazu -

¹ Je třeba si uvědomit, že pater familias byl pro rodinu hlavou nejen v majetkových záležitostech, ale i v otázkách náboženských. Dědic tedy přejímal nejen majetek (včetně závazků), ale i něco, co by se označilo, jako „rodinná tradice“. I proto Římané chápali dědictví jako určitou vlastnost, což pak vedlo k zásadě „Semel heres, semper heres.“ K tomu srovnej Dostálík, P., Quis astrigantur sacris aneb přechod náboženských povinností patris familias na jinou osobu než dědice, in: Římská rodina v sociálních a právních vztáhoch (ed. R. Brtko), Bratislava 2007, str. 41 - 49. Podobné chápání dědictví má evidentně prastaré kořeny, sahající až do rodové společnosti, nalézt ho konec konců můžeme i u Germánů. K tomu viz Gurevič, A., Kategorie středověké kultury, Praha: Mladá fronta, 1978, kapitoly o vnímání prostoru a času ve středověku.

² Kincl, J., Urfus, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990, s. 331-332.

³ Jedinou oblastí, kde tato zásada byla porušena byl vojenský testament, který, s ohledem na specifika vojenského života, představoval výjimku z většiny zásad, na kterých stálo římské právo dědické. Někdy se až hovoří o samotné dědické posloupnosti Kincl, J., Urfus, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990, s. 347.

Legata. Také tento institut zná zákon dvanácti desek již jako rozvinutý a jeho účelem je právě zabezpečení členů rodiny, jež nebyli dědici.

Postupem času však vedle těchto osob přistupují další osoby. Za svého života každý potká řadu lidí, přičemž vazba, jež jej s těmito osobami pojí, může být různá. S někým sdílí společný zájem o umění, s jiným jej např. váží společné vzpomínky na vojenskou službu, další zas je jeho společníkem při hostinách. Ne vždy musí jít o vztah natolik silný, aby na tyto své přátele zůstavitel pamatoval, jako na své nástupce, tedy aby je označil za dědice. Přesto však si může přát, aby tyto osoby poté, až odejde z tohoto světa, na něj měly připomínku. Tou připomínkou by pak mohl být nejlépe právě nějaký předmět, nějaká věc, která se vázala k jejich vztahu – jednou kniha či socha, jindy pak třeba zbraň, nebo otrok, který byl oblíbeným kuchařem. Díky tomu institut odkazu nabyl značné obliby. Ostatně důkaz o tom nám poskytuje i hlavní zdroj našeho poznání o římském právu – justiniánská digesta. Institutu odkazu je zde věnováno přímo pět knih (a to do té míry, že dokonce první tři nejsou ani členěny na tituly). Navíc zmínky o odkaze nalézáme roztroušeny po digestech i na řadě jiných míst, v rámci jiných institutů, např. usufructu, atp.

Pokud bychom chtěli odkaz definovat, jde o jednostranné jednání mortis causa, kterým zůstavitel prostředně nebo bezprostředně poskytuje na útratu dědictví majetkový prospěch.⁴ Je obvyklé, že odkaz se týká jedné, popř. souboru věcí, nicméně stejně dobře je možno učinit odkaz i k určité alikvotní části dědictví, případně i k dědictví celému.⁵ Rozdíl mezi odkazovníkem a dědicem pak spočívá v tom, že odkazovník nenese tíhu na pasivech váznoucích na pozůstalosti. Odkazovník se však k odkazu nedostával přímo, nýbrž zprostředkovaně – zpravidla přes dědice. Podmínkou uskutečnění odkazu tedy bylo, aby došlo k univerzální sukcesi.⁶ Jelikož šlo, podobně jako v případě testamentu o sukcesi mortis causa, z důvodu právní jistoty vyžadoval rovněž tento úkon zůstavitele přísné formální náležitosti. Legatum bylo původně možno učinit pouze v testamentu, později též v kodicilu testamentem potvrzeném. Vedle obligatorní písemné podoby, latinského jazyka a rozkazovací formy, ještě římské právo rozlišovalo čtyři druhy legátů podle toho, co bylo jejich předmětem – legát vindikační, damnační, sinendi modo a per

⁴ K tomu srovnej Arndste ryt. z Arnesbergu, Učební kniha pandekt. V. kniha. Praha: Právnická jednota, s. 229, Kincl, J., Urfus, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990, s.376. Ke zde uvedené definici jen uvádím, že není zcela přesná, když říká „osobě, která není jeho dědicem“ – římské právo připouštělo, aby odkaz byl učiněn i ve prospěch dědice.

⁵ Zde jde o tzv. univerzální fideikomis (fideicommissum hereditatis).

⁶ Vydat odkaz byl povinen nejen dědic, ale každý kdo nabyt univerzální sukcesí, tedy i substitut, dokonce i fiskus. K tomu srovnej Arndste ryt. z Arnesbergu, Učební kniha pandekt. V. kniha. Praha: Právnická jednota, 1886, s. 230-234.

praeceptionem.⁷ Můžeme ale také říci, že šlo o dva typy, z nichž každý měl svůj podtyp.⁸ Přílišná formálnost a strohost však často vedly k tomu, že ustanovení odkazu se stávalo neplatným. Postupem vývoje tedy docházelo ke snižování formálních náležitostí a jakémusi splývání jednotlivých typů legátu do typu jednoho – legatu damnačního.

Vedle formálního civilního legatu se postupem začíná vyvíjet ještě odkaz neformální – fideicommissum. Jeho kořeny sahají do proseb, jimiž se zůstavitel obracel k těm osobám, jež měly od něj nějakého majetkového prospěchu. Tím se odlišuje také od legata, jež mohlo být učiněno jen na tíhu dědice. Neformálnost, jež fideikomisa činila velmi oblíbenými, však měla svou stinnou stránku v tom, že jim neposkytovalo právo žádnou právní ochranu. Odkazovník mohl pouze doufat, že dědic bude respektovat pod tlakem obecné morálky vůli zůstavitele a danou věc vydá. Situace se však postupně začíná měnit během principátu, kdy v jednotlivých případech, později však en block, je fideikomisu potvrzena jejich právní vymahatelnost. Situace tak postupně spěla k tomu, že právo poklasické začalo pro fideikomisa vyžadovat alespoň minimální formální požadavky a definitivně za práva justiniánského pak došlo ke splynutí obou institutů. Na odkaz mělo být hleděno jako na legatum i fideikomisa a odkazovníkovi zakládalo obligační nárok, avšak byla-li odkázaná věc v majetku zůstavitele i v okamžiku smrti, příslušela mu vedle toho žaloba věcná na vydání věci.⁹

Podle pojetí odkazu v rakouském občanském právu, odkazem nazýváme přímé poskytnutí prospěchu majetkového posledním pořízením (na případ smrti), pokud nejde o povolání k posloupanosti univerzální.¹⁰ Jakkoliv bylo dědické právo v rakouském občanském zákoníku významně ovlivněno římským právem,¹¹ ABGB¹² s sebou přineslo řadu ustanovení, jež římské právo neznalo nebo nebyly pro něj typické. Z hlediska odkazů je třeba na prvním místě zmínit fakt, že odkazovníkovi se zakládá výhradně obligační nárok na odkázanou věc.¹³ Pouze právo uherské znalo jak vindikační, tak

⁷ Jde o legát vindikační, damnační, sinendi modo a per praeceptionem. K výkladu o jednotlivých typech srovnej např. Gai Inst. II, 193an., II, 201an., II, 209an., II, 216an.

⁸ Podtypem vindikačního byl legát perceptní, od damnačního pak byl odvozen legát sinendi modo. Bartošek, M., Encyklopedie římského práva. Praha: Panorama, 1981, s. 213-214.

⁹ Slučování obou institutů probíhalo postupně v zásadě od dob Konstantina a vyvrcholilo za Justiniána. Heyrovský, L., Dějiny a systém římského práva soukromého. 4. vydání, Praha: J. Otto, 1910, s. 1144-1145.

¹⁰ Krčmář, J., Právo občanské V. díl. Právo dědické. Praha: Všeohr, 1928, s. 101

¹¹ Bubelová, K., Odkaz římského dědického práva pro moderní právní systémy. In: Mířníky práva v stredo-európskom priestore, PF UKo: Bratislava 2009, s. 319 - 332.

¹² Zákon č.946/1811 Sb.z.s., též pod zkratkou o.z.o. (obecný zákoník občanský).

¹³ Z téhož důvodu se nedá plně hovořit o sukcesi singulární, leda by šlo o singulární sukcesi po dědici. Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 23, komentář k § 535.

damnační legát.¹⁴ Pokud jde o osobu, jež je odkazem obtížena pak je jí typicky dědic,¹⁵ ale též odkazovník či stát. Co je však důležité, neexistuje v rakouském právu ustanovení chránící dědice před dědictvím přetíženým odkazy, neplatí zde tedy falcidiánská kvarta.¹⁶ Právo připouští i tzv. smlouvu odkazovou, přičemž v tomto případě jde v podstatě o obdobu smlouvy dědické. Uzavření této smlouvy je tedy možné jen mezi manželi, popř. mezi snoubenci pro případ manželství.¹⁷

Pokud jde o předmět odkazu, pak jím může být pouze věc, jež je in commercio, a musí jít o věc majetkové hodnoty. Pokud by odkazovník neměl způsobilosti k nabití odkázané věci (zde by do úvahy přicházela např. zbraň), pak mu místo věci samé náleží finanční částka rovnající se vyšší hodnoty dané věci. Jelikož má odkazovník jen obligační nárok, není nutné, aby odkazovaná věc byla v majetku zůstavitele.

Odkaz bylo možno podmínit podmínkou, uložením času či modem, stejně tak bylo možno odkazovníkovi uložit pododkaz, třeba by i pododkaz převyšoval hodnotu odkázané věci. Odkaz mohl směřovat i k dávkám opakujícím se.

Pokud šlo o formální náležitosti, mohl být odkaz učiněn písemně a to jednak v testamentu, jednak v kodicilu /tj. dovětku/. Velmi výrazným zásahem do systému dědického práva z hlediska práva římského bylo porušení zásady, že dědic je dědicem buďto testamentárním, nebo intestátním. ABGB vedle těchto dvou titulů zavedlo ještě dědickou smlouvu a - co je z našeho hlediska důležitější - je právě skutečnost, že § 534 umožnil kombinaci všech dědických titulů. Podle něj tedy bylo možno ustanovit testamentem jen o části majetku.¹⁸ V této chvíli zřetelně vystupuje problém, který byl římskému právu neznámý – jak od sebe odlišit dědice k části majetku a odkazovníka. Kritérium formálnosti, tedy slov jichž užil zůstavitel ve formulování svého posledního pořízení by bylo zjevně nevhodné – konec konců dodnes se běžně říká, že zůstavitel dědici něco „odkázal“. Podle judikatury proto měla být šetřena především vůle zůstavitelova, jež se nedovožovala z použitých slov, nýbrž z ostatních okolností. Jestliže tedy někdo ustanovil svou poslední vůli tak, že „dědice“ omezil ke konkrétní

¹⁴ Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 24.

¹⁵ Zde s výjimkou zákonného dědice nepominutelného, jehož povinný díl by odkaz omezoval.

¹⁶ Krčmář, J., Právo občanské V. díl. Právo dědické. Praha: Všehrd, 1928, s. 106.

¹⁷ K tomu srovnej Krčmář, J., Právo občanské V. díl. Právo dědické. Praha: Všehrd, 1928, s.114an.

¹⁸ K tomu viz komentář k příslušnému paragrafu v Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s.21.

věci a zbytek dědictví „odkázal“ jiné osobě, platilo, že „dědic“ je odkazovníkem a naopak.¹⁹ Obecně platilo pravidlo, že kde panovaly pochybnosti, zda šlo o povolání k odkazu, nebo k dědictví určité věci či věcí, uznávalo se toto za odkaz.²⁰

V průběhu první republiky připravovaná novela občanského zákoníku, jejíž osnova vyšla r. 1937, byla připravována pod výrazným vlivem ABGB. V souvislosti s připravovanou novelou se pochopitelně řešila i otázka odkazu. A jakkoliv se zdá, že tento starý institut byl pevně zakořeněn v právním povědomí obyvatelstva, zdá se, že opak je pravdou. Zazněly tedy myšlenky, zda zrušit či ponechat institut odkazu v našem právním řádu. Takovýto názor prezentuje Ondřej Hora, tab. soudce.²¹ Důvody, které ho vedly k této myšlence, byly dány především skutečností, že jakkoliv slovenské právo rozlišovalo mezi odkazem a dědictvím, rozdíl zde byl jen těžko poznatelný.²²

Hora argumenty pro svůj postoj hledá jednak v historickém právu zemském, jež mezi dědicem a odkazovníkem nerozlišovalo,²³ jednak ale i v poválečné situaci samotné. V období po první světové válce díky krizi došlo k znatelným změnám v cenách – např. k výraznému poklesu cen nemovitostí. To mohlo pak ovlivnit skutečnost, že před válkou méně hodnotný odkaz, se vlivem této situace stal hodnotnějším a naopak osoba, jež původně byla považována za dědice se nyní octla v postavení méně významném.²⁴ Naopak shledává „spravedlivějším“ zvykové právo na Slovensku a Podkarpatské Rusi, kde i odkazovník měl podíl na pasivech zůstavitele.²⁵ Přesto však Hora předpokládal, že by nemělo dojít k úplnému

¹⁹ Sbíрка soudních rozhodnutí Glasser-Unger. rozhodnutí č. 1529 (svazek IV., rok 1862), č. 350 (svazek I., rok 1857), č. 247 (svazek I., rok 1856).

²⁰ Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 22.

²¹ Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právní obzor. V., s. 161-167.

²² K tomu též Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 24. Komentář k §535 o slovenském právu. Tento rozdíl mezi závětí a odkazem se smývá především ve chvíli, kdy by došlo k označení poměrné části pozůstalosti.

²³ Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právní obzor. V., s. 164.

²⁴ Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právní obzor. V., s. 162, 165.

²⁵ Jeho povinnost odpovídat za dluhy však byla dána jen subsidiárně, navíc zde platí zásada, že se za dluhy odpovídá jen do výše hodnoty dědictví. Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právní obzor. V., s. 167, Též komentář o slovenském právu k § 630 viz Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 225.

zániku institutu odkazu, předpokládal, že by měly být zachovány odkazy ve prospěch nadací, církevních institucí a nebo osob dle § 651 o.z.o.²⁶

Občanský zákoník č. 141/1950 sb., tzv. střední kodex, s sebou přinesl podstatné změny v oblasti dědického práva jako celku. Tato skutečnost je dána především v přístupu komunistů k vlastnictví²⁷ (rozuměj soukromému vlastnictví), neboť „dědické právo bylo vždy atributem vlastnictví.“²⁸ Jestliže cílem dědického práva v kapitalistické společnosti byla teaurace majetku, pak podle autorů zákoníku je cílem utužení rodinných svazků a upevnění nové socialistické rodiny.²⁹ Tato skutečnost se pak odráží v mnoha faktech, např. již v tom, že se dědické právo v systematice zákoníku práva odpoutalo od věcných práv. Dlužno říci, že vysněnou ideou byla situace, kdy dědické právo nebude existovat vůbec.³⁰

Nové dědické právo tedy především opustilo zásadu, že testament má přednost před zákonem.³¹ Nestalo se tak úplným vymýcením testamentu, nicméně výrazným omezením testovací svobody. Dálo se tak jednak neplatností podmínek, modů atp. v testamentu, dále pak především určením maximální výše podílu nepominutelných dědiců.³² Ruku v ruce s tím šlo i značné snížení formalit, jež právní řád s instituty dědice a odkazovníka spojoval. Další ze změn, jež přinesla nová právní úprava, byla skutečnost, že nově dědic odpovídal za dluhy zůstavitele jen do výše dědictví.³³

²⁶ Tento paragraf myslí na příbuzné, služebné, chudé... Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právny obzor. V., s. 167.

²⁷ Knapp, V., Vlastnictví v naší společnosti. Právnik, 1949. s. 299-316.

²⁸ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právnik, 1951, s. 234.

²⁹ Občanský zákoník, Praha. Orbis, 1950, s. 296 komentář k § 512: „Dědění ze zákona je odůvodněno poměrem rodinným a je posílením rodinného svazku jako základny rozvoje národa...“

³⁰ Tak tomu bylo např. zpočátku v bolševickém Rusku, nicméně již během NEPu bylo dědické právo zavedno zpět. K tomu srovnej např. Lityński, Adam. Prawo Rosji i ZSSR 1917-1991 czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików). Krótki kurs. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck (série Wykłady specjalizacyjne), 2010, příslušná kapitola o právu dědickém.

³¹ Občanský zákoník, Praha: Orbis, 1950, s. 296-297. Důvodová zpráva k § 512: „Osnova..... pečuje o to, aby zůstavitel nemohl svojí individuální vůlí porušit základní zásady dědění ze zákona... upravuje dědění ze zákona na prvním místě....podporuje přechod zůstavitelova majetku na dědice zákonné.“

³² Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právnik, 1951, s. 234.

³³ Zde je však na místě říci, že tato úprava našemu právu nebyla neznámá, neboť platila již za první republiky na Slovensku a Podkarpatské Rusi, kam byla přejata z uherského právního řádu. K tomu srovnej komentář k § 548, Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, s. 59. Pokud jde o samotné neomezené ručení ze strany dědice, je zde velmi jasně patrný vliv římského práva. Na druhou stranu již v první republice zaznívaly hlasy o tom, že tento přístup je přežitkem. Ironií osudu pak tento názor představoval právě jeden z našich předních romanistů té doby. Vážný, J., Pojem dědického práva a účelnost jeho dnešní struktury. Právny obzor VI., 1923, s. 97-103.

Odpovědnost dědice za dluhy zůstavitele a za náklady přiměřeného pohřbu vycházela z ideje, že nabytí práv také v sobě nese nabytí povinností.³⁴ Určitou výjimku z této zásady znamenal institut odkazu, který byl zmíněn v § 537 zákona 141/1950 Sb.:

„Byla-li někomu zůstavena peněžitá částka nebo jiná movitá věc jako odkaz, platí o odkazu a odkazovníkovi přiměřeně ustanovení o dědictví a dědici. Odkazovník však neodpovídá za závazky zůstavitelovy, ani za náklady jeho pohřbu, byla-li odkazovníkovi zůstavena věc, jejíž cena je v poměru k ceně zanechaného majetku jen nepatrná, a jestliže souhrn odkazů nečiní více než čtvrtinu toho, co zůstane ze zanechaného majetku po odečtení dluhů.“

Výše zmiňované kritérium přiměřenosti hrálo roli především ve vztahu k ustanovením § 511 (dědictví lze nabýt i jen ke konkrétní věci), a § 514 (dědická odpovědnost za závazky zůstavitele a náklady pohřbu) středního kodexu. Mají-li se ustanovení zákona použít přiměřeně, pak platí:

1. Nárok, který je odkazovníkovi založen, je nárokem věcněprávním, nikoliv obligačním (srovnej výše). Toto má svůj dopad ve skutečnosti, že nenacházela-li se věc v době smrti zůstavitele v jeho majetku, je odkaz neplatný. Zde byl určitou výjimkou odkaz peněz, neboť ty se daly získat prodejem věcí, jež zůstavitel zanechal /§ 549 odst. 1 a 2. středního kodexu/.³⁵

2. Odkazovník může odkaz odmítnout, nicméně jen pokud s odkázanou věcí nenakládal jako se svou. Pokud jde o odmítnutí odkazu, tak je k tomu dána prekluzivní lhůta jednoho měsíce ode dne, kdy se o svém právu úředně dozvěděl.

3. Obdobně platí i ustanovení o dědické nezpůsobilosti.

4. Odkaz, jehož nikdo nenabude (odmítnutí, smrt odkazovníka předcházela smrti zůstavitele), přirůstá odkaz dědicům ze závěti.

5. Obdobně jako závěť jej nejde omezit podmínkou, podmínka týkající se odkazu je neplatná, odkaz sám o sobě platným (odkazovník není podmínkou vázán).

V zásadě můžeme říci, že odkaz se od singulární dědické sukcese (§ 511 středního kodexu)³⁶ liší jen tím, že odkazovník neodpovídá za pasiva. Důvodová zpráva zákona odůvodňovala význam institutu odkazu takto: „V širokých vrstvách pracujících jsou časté případy, kdy zůstavitelé obmýšlejí osoby, k nimž měly zvláště dobrý poměr, jednotlivými věcmi menší ceny, aby jim zanechali po sobě upomínku, anebo odměňují někoho za to, že se o ně ve stáří nebo nemoci staral. Nebylo by vhodné a jistě by

³⁴ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 236.

³⁵ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 236.

³⁶ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 238.

odporovalo intencím zůstavitele, aby nabyvatel poměrně nepatrné částky zůstavitelova majetku měl nést také část zůstavitelových závazků. Byl proto pro tyto a podobné účely ponechán vžitý institut odkazu, ovšem – se zřetelem k nové funkci dědického práva – ve formě přiměřeně omezené.³⁷

Předmětem odkazu tak mohla být jen věc movitá, nebo peněžitá částka.³⁸ Z toho plyne, že předmětem odkazu nemohla být nemovitost, bez ohledu na to, byla-li či nikoliv zaevidována v pozemkové knize. Stejně tak nemohla být předmětem ani pohledávka, ať již na peněžitě, nebo nepeněžitě plnění. Rovněž nebylo možno učinit odkaz o právech věcných či osobních. Pokud jde o peníze, pak jde – jak vyplývá z dikce zákona – o jednorázovou částku. Nebylo tedy možné odkázat rentu či jakékoli jiné právo opakované peněžité dávky, popř. odkaz částky ve splátkách.³⁹ Věc, jež měla být předmětem odkazu, musela být v majetku zůstavitele v okamžiku jeho smrti. Pokud věc byla zůstavitelem po sepsání odkazu zcizena, chápalo se to jako odvolání odkazu. Podobně i v případě její ztráty nebo nahodilé zkázy nevznikal odkazovníkovi nárok na náhradu její hodnoty, leda by tak činil někdo z dědiců úmyslně.⁴⁰

Nejdůležitějším omezením odkazu bylo omezení výše hodnoty odkazu. Jak vyplývá z ustanovení § 537 středního kodexu, musela být hodnota odkázané věci⁴¹ k hodnotě aktiv dědictví zcela nepatrná. Zde je třeba vždy postupovat s ohledem na konkrétní situaci, tedy na poměr odkázané věci k celkovému úhrnu aktiv a není možné dát jasné jednotné ustanovení, co ještě je a co není „nepatrná hodnota.“⁴²

Jak již bylo ukázáno, zatížení dědictví odkazy bylo problémem již v Římě a řešení římskoprávní využil i občanský zákoník z r. 1950, byť ve formě zcela převrácené. Předně si ale musíme uvědomit, že v pojetí odkazu podle středního kodexu není odkaz dluhem na dědictví, proto se jeho cena neodečítá tak, jako dluhy zůstavitele a náklady na pohřeb.⁴³ Omezení souhrnné hodnoty odkazů je pak a priori ochranou věřitelů zůstavitele,

³⁷ Občanský zákoník. Praha: Orbis, 1950, s. 302.

³⁸ Peníze jsou vyjmuty z movitých věcí ze dvou důvodů – jednak pro snazší srozumitelnost ustanovení laické veřejnosti, jednak pro poněkud odlišný režim v případě, že předmětem odkazu jsou peníze, nicméně ty se v dědictví v hotovosti nenacházejí – viz výše. Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 239.

³⁹ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 239.

⁴⁰ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 239. § 522 odst. 1 zákona. č. 141/1950 Sb.: „*Dědit není způsobilý ten, kdo se dopustí.....zavrženíhodného jednání proti poslední vůli zůstavitele.*“

⁴¹ Jakkoliv na tomto místě zákon hovoří jen o věcech, míní se tím zde bezesporu i odkaz peněžitý. viz. Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 240.

⁴² Blažke zde uvádí příklad milionáře a odkazu automobilu, byť jak sám připouští, jde spíše o příklad školní než v dané době reálný. Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 240.

⁴³ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 241.

nikoliv jeho dědiců.⁴⁴ V době římské se ochrana dědiců před dědictvím přetíženým odkazy vyvíjela poměrně dlouho, až svou podobu našla v již zmiňovaném Falcidiově zákoně o odkazech. Právě ten si vzali za předobraz i zákonodárci v padesátých letech, nicméně poměry zcela převrátili. Platilo-li tedy v Římě, že odkazy je možno učinit jen do výše tří čtvrtin čistého zanechaného jmění, pak nově bylo stanoveno, že součet odkazů nesmí přesáhnout jednu čtvrtinu čistého zanechaného jmění. Jako určité drobné pozitivum posledně jmenovaných kroků je možné uvést snad jen fakt, že při jejich porušení se odkaz nestával neplatným, ale na odkazovníka se hledělo jako na dědice a nesl tedy také odpovědnost za pasiva.⁴⁵

Jak je patrné, nejen že došlo k podstatné změně podoby institutu odkazu, nýbrž i v nazírání práva na něj (není pasivem váznoucím na dědictví), v některých rysech dokonce můžeme říci, že se přiblížil jednomu z typů legat v klasickém římském právu – legatu vindikačnímu.⁴⁶ Zde jde však spíše o kouzlo nechtěného.

V roce 1964 byl v souladu s novou „socialistickou“ ústavou z r. 1960 přijat nový občanský zákoník, zákon č. 40/1964 Sb. Důvody vzniku tohoto zákoníku byly ovlivněny jednak skutečností, že některá ustanovení středního kodexu prostě již vyšla z užívání, především pak ale, jako celá kodifikační vlna šedesátých let, politicky – společnost se z lidově demokratické změnila na socialistickou a v tomto duchu také bylo třeba změnit zákony. O jeho kvalitách vypovídá fakt, že tento zákon předstihl dokonce vzorový svazový socialistický občanský zákoník v SSSR. Již tato věta napovídá, že zejména v oblasti věcných práv došlo k zásadním změnám. V rámci těchto změn tak v našem právu také zcela zmizel institut odkazu. Dlužno podotknout, že se ani důvodová zpráva k zákonu nijak výrazněji nezabývá důvody proč tak zákonodárce rozhodl, zřejmě tak do důsledku dotáhl zásadu, že „kdo má mít prospěch, musí také nést povinnosti“ a navíc, zcela zřejmě šlo o další omezení svobody dispozice s majetkem. Skutečnost, že právní řád umožňoval nadále dědickou sukcesi i k jednotlivostem, nejevila se absence odkazu tolik patrnou, navíc, je třeba si uvědomit, že v socialistickém společenství předlužená pozůstalost byla jevem velmi vzácným, takže onen podíl na dluhách, který z nabytí dědictví pro dědice plynul nebyl tak výrazný. Možná i proto, na rozdíl od institutu držby a vydržení nebyl institut odkazu do našeho právního řádu vrácen ani novelou v r. 1982, ale dokonce ani novelami, jež přišly po listopadu 1989.

⁴⁴ Zde se sluší připomenout, že ti odpovídají za dluhy jen do výše hodnoty dědictví.

⁴⁵ Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 241.

⁴⁶ Především ve skutečnosti, že odkaz zakládal věcněprávní nárok a dále pak proto, že odkazovaná věc musela být v majetku zůstavitele v okamžiku jeho smrti. K tomu srovnej Gai Inst. II,193an.

Se znovuzavedením institutu odkazu počítá až v současné době připravovaná novela soukromého práva. Jak uvádí důvodová zpráva k chystané novele, institut odkazu má dědické řízení zjednodušit a to právě v otázce, že odkazovník není dědicem a tudíž se také neúčastní dědického řízení. Zavedením institutu odpadne nynější stav, kdy každý, kdo nabude majetek zůstavitele, musí se podílem hodnoty tohoto majetku také podílet na dlužích zůstavitele. Jakkoliv je chystaná novela inspirována ABGB a osnovou občanského zákoníku z r. 1937, na rozdíl od ABGB zná falcidiánskou kvartu (§ 1457 návrhu).⁴⁷

Závěrem

Institut odkazu, legata, má své kořeny v římském právu. V průběhu několikasetletého vývoje docházelo k postupnému uvolňování přísného formalismu, jež byl spojen s legatem a to především pod vlivem neformálního odkazu – fideicommissu. Na počátku 20. stol. úprava tohoto institutu v ABGB vycházela právě ze svého římskoprávního vzoru, byť upraveného od dob klasických právem justiniánským a posléze recepce římského práva ve středověku a novověku. Chystaná kodifikace občanského práva za první republiky v osnově nepřinesla zásadnější změny. Již za první republiky však tento institut vyvolával pochybnosti o své nutnosti – zejména z důvodu, že běžnému laikovi nebylo příliš patrné, jaký je rozdíl mezi odkazem a závětí. Tato skutečnost byla způsobena především faktem, že právo umožňovalo existenci více delačních důvodů vedle sebe a bylo tak možné stanovit dědice i jen k části pozůstalosti.

Zásadní změna přichází až s nástupem komunismu a občanským zákoníkem z r. 1950. Krom skutečnosti, že tento zákoník sjednocuje právo ve všech částech Československa, upravuje tento institut na potřeby komunistické společnosti. Dochází především k maximálnímu zjednodušení a omezení formálnosti na nejmenší možnou míru. Především však ale dochází k omezení dispoziční svobody jednak nemožností podmínek a podobných doplňujících ustanovení a rovněž tak i omezení odkazu na movité věci /a peníze/ nepatrné hodnoty. Součet odkazů pak nesměl činit více, než jednu čtvrtinu celkové čisté hodnoty dědictví. Rovněž došlo i v chápání pojmu odkaz ke značným změnám – předně, že nebyl chápán jako pasivum vázající na dědictví, popř. skutečnost, že šlo o věcněprávní nárok odkazovníka, tedy odkázaná věc se k okamžiku smrti zůstavitele stala odkazovníkovým vlastnictvím.

⁴⁷ K tomu srovnej návrh chystaného občanského zákoníku a důvodovou právu k němu. Viz: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/uvodni-stranka.html> , 10. 9. 2010, 18hod.

Roku 1964 byl institut odkazu zrušen a od tohoto roku se žádnou novelou do našeho občanského práva nevrátil. Jakkoliv můžeme říci, že jeho absence není tolik na škodu vlivem skutečnosti, že je možno učinit dědice i k jedné konkrétní věci, realita je taková, že v povědomí řady lidí, zejména starších, přežívá představa, že pokud je někdo dědicem ke konkrétní věci, nemusí se podílet na uhrazování pasiv zůstavitele. Tato skutečnost také ukazuje, že je vhodné, aby se legatum do našeho právního řádu vrátilo. Z toho důvodu s ním počítá chytaná kodifikace občanského práva, již jako předobraz sloužily právě ABGB a osnova občanského zákoníku z r. 1937. Je však otázkou, jak takovéto pojetí odkazu – a celkově dědického práva – přijmou řadoví občané, kteří s odkazem jako institutem dědického práva nemají již řadu let žádných zkušeností. Je otázkou, zda sofistikovaná propracovanost nepovede spíše k větší právní nejistotě, kdy jí bude právně nevzdělaný člověk zmaten. Rovněž je otázkou zda v době, kdy právní řád umožňuje učinit testamentem dědice jen k části pozůstalosti, plní odkaz v této podobě stejnou funkci, k jaké byl historicky určen.

Literature:

- Arndste ryt. z Arnesbergu, L., Učební kniha pandekt. V. kniha. Praha: Právnická jednota, 1886.
- Bartošek, M., Encyklopedie římského práva. Praha: Panorama, 1981.
- Blažke, J., Odkaz v novém právu dědickém. Právník, 1951, s. 232-241.
- Bubelová, K., Odkaz římského dědického práva pro moderní právní systémy, in: Mílniky práva v stredoeurópskom priestore, PF UKo: Bratislava 2009, s. 319 - 332.
- Dostalík, P., Quis astrigantur sacris aneb přechod nábeženských povinností patris familias na jinou osobu než dědice, in: Římská rodina v sociálních a právních vztáchoch (ed. R. Brtko), Bratislava 2007, str. 41 - 49.
- Gurevič, A., Kategorie středověké kultury, Praha: Mladá fronta, 1978.
- Heyrovský, L., Dějiny a systém římského práva soukromého. 4. vydání, Praha: J. Otto, 1910.
- Hora, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? Právní obzor. V. roč., 1922, s. 161-167.

- Kincl, J., Gaius, učebnice práva ve čtyřech knihách. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007.
- Kincl, J., Urfus, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990.
- Knapp, V., Vlastnictví v naší společnosti. Právník, 1949. s. 299-316.
- Krčmář, J., Právo občanské V. díl. Právo dědické. Praha: Všehrd, 1928.
- Lityński, Adam. Prawo Rosji i ZSSR 1917-1991 czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików). Krótki kurs. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck (série Wykłady specjalizacyjne), 2010
- Občanský zákoník, Praha: Orbis, 1950.
- Rouček, Fr., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusy. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936.
- Vážný, J., Pojem dědického práva a účelnost jeho dnešní struktury. Právní obzor VI, 1923, s. 97-103.

Tento příspěvek představuje výstup ze standardního grantového projektu GAP408/10/0363 „Vývoj soukromého práva na území České republiky“

Contact – email
pavel.salak@email.cz

THE CHANGES OF THE RULES OF DIVORCE IN THE CHRISTIAN ROMAN EMPIRE

PÁL SÁRY

Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary

Abstract in original language

The Christian Roman emperors drastically changed the classical legal rules of divorce which had been very liberal. The post-classical and Justinianean laws specified the just causes of unilateral divorce. These causes (different common crimes and various marital offences) were continuously altered by the successive constitutions. Persons who repudiated their consorts without a legitimate reason had to suffer a punishment. The punishment of frivolous repudiation (loss of dowry or prenuptial gifts, deportation, prohibition of remarrying, relegation to a monastery) was modified from time to time. The penalty of the women was usually heavier than the men's. This legal situation was changed only in 548 when Justinian decreed that men and women had to suffer the same punishment for the same offence. Persons who were repudiated by their consorts with a just cause were penalized, too. In Justinianean law there were only three exceptional reasons for which a marriage might be dissolved with impunity. They were impotence of the husband, entry of either party into the monastic life and captivity. Divorce by mutual consent remained unpenalized till 542 when Justinian prohibited this type of divorce except for the purpose of living in monastic chastity. This prohibition was revoked by Justin II. Summarizing, we can state that during the Christian era the Roman legal rules which restricted the right to divorce drew near the Christian religious and moral doctrines, but Roman law never precluded entirely the possibility of divorce. Even Justinian considered marriage only a human bond created by human affection, which, for this reason, was always dissolutive.

Key words in original language

Family law; Marriage; Divorce; Repudiation; Roman law; Christianity; Imperial legislation; Post-classical law; Justinian.

The classical Roman legal rules of divorce were very liberal. Either party could unilaterally end the marriage at any time, without offering an explanation.¹ A divorce at most went with some pecuniary loss: the husband had to restore his wife's dowry, except for some deductions (*retentiones propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas*, and

¹ This is why the frivolous repudiations became so numerous. According to Seneca, certain illustrious and noble ladies reckoned their years, not by the number of consuls, but by the number of their husbands (*De benef.* 3,16,2).

propter res amotas). After the victory of Christianity, this legal situation drastically changed. In 331 Constantine forbade the married persons to repudiate their consorts without a just cause.² Repudiation could be justified only in the case of certain crimes. A woman might legitimately divorce her husband only if he were a homicide (homicida), a sorcerer (medicamentarius), or a destroyer of tombs (sepulcrorum dissolutor). If she sent a notice of divorce to her husband for any other cause (such as drunkenness, gambling, or sexual offenses), she lost all of her property and was deported to an island.³ A man might divorce his wife only if she were an adulteress (moecha), a sorceress (medicamentaria), or a procuress (conciliatrix).⁴ If he repudiated his wife for other reasons had to restore her dowry and was debarred from a second marriage. If he remarried, his former wife could size his second wife's dowry.⁵

This law of Constantine was surely annulled by the emperor Julian (361-363).⁶ In 407 an African Council condemned all remarriages by divorced persons and decided to ask the emperor to pass a decree against this misdeed.⁷ In 421 Honorius enacted a law which distinguished between three

² CTh 3,16,1.

³ The text is obscure. According to Reynolds, the husband who was repudiated by his wife without a just cause could take all her property (Reynolds, Philip Lyndon, *Marriage in the Western Church: the Christianization of marriage during the patristic and early medieval periods*. Brill, Leiden/New York, 1994, 50). According to Evans Grubbs, however, the property of the woman was confiscated by the state, so the husband could obtain only her dowry (Evans Grubbs, Judith, *Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*. Clarendon Press, Oxford, 1995, 231). The text of the law (oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere) supports the opinion of Reynolds, but the text of the interpretation (ut et dotem, quam dederat, vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam percepit, amittat) supports the view of Evans Grubbs.

⁴ It is worth mentioning that only the man, and not the woman, might divorce his partner for adultery. Cf. Reynolds, *op. cit.*, 50.

⁵ The text is obscure again. According to Evans Grubbs, the former wife might size only the dowry of the second wife (Evans Grubbs, *op. cit.*, 231). According to Reynolds, however, the former wife might size not only the dowry of the second wife of her ex-husband but also his home and all his property (Reynolds, *op. cit.*, 50). The text of the constitution (domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi illata) supports the view of Evans Grubbs, but the text of the interpretation (domum mariti sui atque omnem eius substantiam sibimet vindicare) supports the opinion of Reynolds.

⁶ Many passages of the Church Fathers relate to the fact that in the late 4th and early 5th centuries there were no great legal obstacles to divorce in Rome. See Arjava, Antti, *Divorce in Later Roman Law*. *Acta Philologica Fennica* 22 (1988), 9-13.

⁷ Council of Carthago, canon 102.

grades of reasons for repudium.⁸ A woman who sent a notice of divorce to her husband without any reason had to return his prenuptial gifts, lost her dowry, and was deported, and debarred from a second marriage. A wife who repudiated her husband for his bad character and trivial faults had to give back his prenuptial gifts, lost her dowry, and debarred from a second marriage. If she remarried, her ex-husband could prosecute her.⁹ A woman who divorced her husband for his serious crime might keep her dowry and gifts and remarry after a period of five years from the day of the divorce. A man who repudiated his wife without any reason had to restore her dowry, lost his gifts, and was compelled to live in perpetual celibacy. The unjustly divorced wife might remarry after the termination of a year. A husband who divorced his wife for her character faults had to return her dowry, but recovered his gifts, and might remarry after a period of two years. Finally, if his wife committed a grave crime, the husband could bring charges against her, and if she was convicted, he might keep her dowry, recovered his gifts, and could remarry immediately.

As Reynolds writes, these rules were based on Constantine's, but Honorius "recognized that merely moral faults, and not only criminal ones, might be grounds for divorce. In this way, he introduced an intermediate category between divorce without cause and divorce with good cause."¹⁰ Reynolds pointed out an interesting inequality regarding the intermediate category: a husband who divorced his wife because of her moral failings had the right to remarry, while a wife who divorced her husband on such grounds did not.¹¹

In 439 this law was revoked by Theodosius II who restored the classical, liberal rules of divorce.¹² This law was received in the West in 448,¹³ but

⁸ CTh 3,16,2.

⁹ According to Corbett, the repudiated husband might prosecute his ex-wife for adultery (Corbett, Percy Ellwood, *The Roman Law of Marriage*. Clarendon Press, Oxford, 1930, 244). Evans Grubbs, however, writes that the man might prosecute his ex-wife probably for stuprum, illicit sexual activity (Evans Grubbs, *op. cit.*, 234). I agree with the latter opinion. The woman could not be an adulteress, since her marriage was dissolved.

¹⁰ Reynolds, *op. cit.*, 51.

¹¹ Reynolds, *op. cit.*, 51.

¹² NTh 12. According to Jones, this law also forbade divorce by mutual consent (Jones, A. H. M., *The Later Roman Empire 284-602. A Social Economic and Administrative Survey*. Clarendon Press, Oxford, 1964, II, 974). I share the opinion of Evans Grubbs who writes that there is no reason to think this (Evans Grubbs, *op. cit.*, 235). It would have been entirely illogical to liberalize the rules of unilateral divorce and to prohibit bilateral divorce at the same time.

Valentinian III in 452 revoked it, going back to the law of Honorius.¹⁴ During this time, in 449, Theodosius II also enacted a new law prohibiting divorce without just cause.¹⁵ This constitution contained a comprehensive list of reasons justifying unilateral divorce. These reasons may be collected into three groups in the following way.¹⁶

(1) Infidelity: either party might repudiate the other for adultery.¹⁷ She might repudiate him for shaming her by consorting with immoral women in the common home. He might repudiate her for doing any of the following without his knowledge or against his prohibition: keeping company with other men; staying out all night; attending circuses, theatrical or amphitheatrical shows.

(2) Violence within marriage: either party might repudiate the other for threatening his or her life. She might repudiate him for wife-beating.

(3) Crimes outside the marriage: either party might repudiate the other for murder, poisoning, treason, forgery, violation of sepulchres, church-theft, harbouring of robbers, kidnapping. She might repudiate him for robbery and cattle-thieving.

A wife who repudiated her husband for any of these reasons could receive her dowry, keep the prenuptial gifts, and remarry after a year. A wife who divorced her husband without a just cause had to give back his gifts, lost her dowry, and was not allowed to marry again within five years. If she remarried within this period, her new union was not qualified as a lawful marriage, and she became an infamous person. A man who repudiated his wife for a just cause might keep her dowry, recover his gifts, and marry

¹³ NVal 26.

¹⁴ NVal 35,11.

¹⁵ C. 5,17,8.

¹⁶ Cf. Noonan, John T., *Novel 22. In The Bond of marriage: an ecumenical and interdisciplinary study* (ed. by William W. Bassett). University of Notre Dame Press, Notre Dame, Ind., 1968, 49-50; Reynolds, *op. cit.*, 52-53.

¹⁷ This, however, as Reynolds writes, "does not mean that a woman, like a man, could divorce her spouse on the ground of his mere infidelity to her. In classical Roman law and in the *lex Iulia de adulteriis*, adultery consists in the extra-marital sexual relations of married woman. Thus the paramour of the adulteress is an adulter because she is married, regardless of whether or not he himself is married. That a husband was unfaithful to his wife, therefore, did not in itself make him an adulterer" (Reynolds, *op. cit.*, 53).

again forthwith. A man who sent a notice of divorce to his wife without a just cause had to return her dowry, and lost his prenuptial gifts.¹⁸

In 528 Justinian to the just causes for unilateral divorce as laid down by Theodosius II added the husband's impotence keeping on two consecutive years, from the beginning of the marriage. In such a case the woman, while she recovered her dowry, had to restore the prenuptial gifts.¹⁹

In 533 the emperor added to the legitimate reasons for repudiation some further offences by the wife, such as procuring an abortion, bathing with other men, and attempted bigamy. The same law determined the penalty – both for just and unjust divorces – in cases where dowry was not given. In such cases the culpable party was liable to the forfeiture of one-quarter of his or her property to a maximum value of 100 pounds of gold. The forfeited money was at the free disposal of the innocent party where there were no children. When there were children or grand-children, the property had to be preserved intact for their benefit.²⁰

In 536 Justinian increased to three years the period after which the wife might divorced her impotent husband,²¹ and declared that either the husband or the wife might legitimately repudiate his or her consort for the purpose of living a life of monastic chastity.²² The party who entered monastic life was considered to have died. Any agreement made in the event of his or her death came into effect. When a man divorced his wife to live in chastity, then she (like the widow) might not remarry for one year.²³

¹⁸ Probably, as Corbett (op. cit., 245) and Reynolds (op. cit., 53) think, this law, in the same way as the previous law, forbade the man who repudiated his wife without a just cause to remarry within two years.

¹⁹ C. 5,17,10.

²⁰ C. 5,17,11.

²¹ Nov. 22,6.

²² Nov. 22,5.

²³ Cf. Reynolds, op. cit., 54.

In 542 the emperor modified in some measure the reasons and penalties for divorce. According to this new constitution, a husband was permitted to repudiate his wife if she was privy to machinations against the emperor, and did not inform him; if she was convicted by a court for adultery; if she tried to kill him, or failed to reveal that others wanted to do so; if she had a dinner or a bath with other men, against his will; if she remained away from his house without his consent; and finally, if she attended public entertainments without his knowledge, or against his prohibition. Under these circumstances the husband might keep his wife's dowry, and recovered his prenuptial gifts. In addition, in the case of the wife's conviction for adultery, the constitution assigned to him all her property if there were children (this property had to be preserved intact for their benefit), and a portion of it equal to one-third of her dowry if there were not.²⁴

A man who divorced his wife without a just cause had to return her dowry, lost his nuptial gifts, and was obliged to give her a sum equal to the third part of the amount of his gifts.²⁵

A wife might divorce her husband, if he was implicated in a plot against the emperor, or where he was in the secret that others committed such a crime, and did not denounce them; if he tried to kill her, or failed to reveal that others wanted to do so; if he attempted to violate her chastity, by seeking to deliver her to other men for the purpose of committing adultery; if he filed an accusation of adultery against her, but could not prove it; and finally, if he entertained another woman in the common home, or even in the same city, if the offence was repeated. In such cases the wife might keep the prenuptial gifts, and recovered her dowry. In addition, where her husband prosecuted her for adultery, but failed to prove her guilty, she could obtain all his property if there were children (this property had to be preserved for their benefit), and a portion of it equal to one-third of his gifts if there were not. If the husband entertained a mistress in the common home, in addition to her dowry and his prenuptial gifts the wife was allowed to obtain a portion from his other property up to one-third of the value of his gifts.²⁶

²⁴ Nov. 117,8.

²⁵ Nov. 117,13.

²⁶ Nov. 117,9.

A wife who repudiated her husband without a just cause had to return his prenuptial gifts, lost her dowry, and had to be sent to a monastery for life. When such a woman had children, two-thirds of her property was to be given to them, and the other third to the monastery to which she was sent. When she was childless, but had parents, two-thirds of her property was to be transferred to the monastery, and the other third to her parents. Where she had neither living children nor parents, all her property was to be given to the monastery.²⁷

As we can see, Justinian substantially reduced the list of just causes, eliminating most of the earlier grounds that had involved crimes against parties other than the spouse. Forgery, robbery, kidnapping and the other common crimes specified in the Theodosian law of 449 (with the exception of treason) no longer justified a repudiation. Wife-beating with a whip or a rod, which had been a just cause for divorce, was punished by the new Justinianean law merely by a fine equal in value to one-third of the prenuptial gift, and this was remitted when the circumstances were sufficient to cause dissolution of the marriage.²⁸

Apart from different offences a marriage might yet be dissolved without a penalty. Justinian made it possible if the husband was impotent; if either the husband or the wife desired to live in a monastery; and finally, if either consort was detained in captivity for a considerable time.²⁹

In 548 Justinian modified the penalty of the husband who repudiated his wife without a just cause. He decreed that in such cases men, like women, were to be relegated to a monastery for life.³⁰

Before Justinian the Christian emperors did not changed the classical rules of bilateral divorce. In 497 Anastasius cleared up an ambiguity by declaring that if a marriage dissolved by common consent, rather than by the

²⁷ Nov. 117,13.

²⁸ Nov. 117,14.

²⁹ Nov. 117,12. In case of captivity, as Corbett thinks (op. cit., 247), a five-year delay was presumably required.

³⁰ Nov. 127,4.

repudiation of the wife, and not on account of any cause included in the Theodosian law of 449, the woman did not have to wait five years but might remarry after the year laid down by the classical law.³¹ In 542 Justinian made an elementary change. He prohibited divorce by consent except for the purpose of living a life of monastic chastity.³² In 556 the emperor ordained that if the consorts divorced by consent for any other reason, both of them were to be confined in a monastery for the remainder of their lives, and their property was to be divided in fixed portions between the monastery and their children or parents, or failing such relatives all their property was to be transferred to the monastery.³³ The prohibition of bilateral divorce caused much discontent. In 566 Justin II, the successor of Justinian, had to revoke this prohibition, and reaffirm the right to divorce by consent.³⁴

Literature:

- Arjava, Antti, Divorce in Later Roman Law. In: *Arctos. Acta Philologica Fennica* 22 (1988), 5-21.
- Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano I-III*. Milano: Giuffrè, 1952-1954.
- Corbett, Percy Ellwood, *The Roman Law of Marriage*. Oxford: Clarendon Press, 1930.
- Evans Grubbs, Judith, *Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Gaudemet, Jean, *La législation sur le divorce dans le droit impérial des IV et V siècles*. In: *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. VII convegno internazionale*. Perugia: Università degli studi, 1988, 75-88.

³¹ C. 5,17,9. In such a case a husband, of course, might remarry at once. Cf. Reynolds, *op. cit.*, 53.

³² Nov. 117,10.

³³ Nov. 134,11.

³⁴ Nov. 140. According to the explanation, "if matrimony is brought about by mutual affection, it is certainly reasonable that a contrary desire should annul it" (Nov. 140,1; trans. by Samuel Parsons Scott).

- Giunti, Patrizia, *Concors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*. Milano: Giuffrè, 2004.
- Jones, A. H. M., *The Later Roman Empire 284-602. A Social Economic and Administrative Survey I-II*. Oxford: Clarendon Press, 1964.
- Kuefler, Mathew, *The Marriage Revolution in Late Antiquity: The Theodosian Code and Later Roman Marriage Law*. In: *Journal of Family History* 32 (2007), 343-370.
- Noonan, John T., *Novel 22*. In: William W. Bassett (ed.), *The Bond of marriage: an ecumenical and interdisciplinary study*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1968, 41-90.
- Reynolds, Philip Lyndon, *Marriage in the Western Church: the Christianization of marriage during the patristic and early medieval periods*. Leiden – New York: Brill, 1994.
- Venturini, Carlo, *La ripudianda (In margine a CTh. 3,16,1)*. In: *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. VII convegno internazionale*. Perugia: Università degli studi, 1990, 343-365.
- Visky, Károly, *Le divorce dans la législation de Justinien*. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 23 (1976), 239-264.

The research for this paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

Contact – email

jogsary@uni-miskolc.hu

ABGB A DĚDICKÉ PRÁVO

KAREL SCHELLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Všeobecný zákoník občanský (německy Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, zkratka ABGB) byl základem občanského práva v habsburské monarchii téměř po celé 19. století. Byl vyhlášen 1. června 1811 patentem císaře Františka I. č. 946 Sb. z. s. s platností pro všechny země rakouského císařství, vyjímaje země koruny uherské. První Československá republika zákoník recipovala. Na českém území byl platným právem prakticky až do vydání nového zákoníku práce v roce 1965, ačkoliv rozsáhlé pasáže nahradily nové československé kodexy z let 1950 a 1964. Zákoník vycházel nejen z tradic římského práva, ale především zohledňoval koncepci přirozeného práva. Dědickému právu byla věnována osmá kniha, která se dělila na následující hlavy:

O dědickém právu

O projevení poslední vůle vůbec a o závětech zvláště

O náhradních dědicích a o svěřenstvích

O odkazech

O omezení a zrušení poslední vůle

O zákonné dědické posloupnosti

O povinném dílu a o započtení do povinného dílu nebo dědického podílu

O ujmutí se držby dědictví

O společenství vlastnictví a jiných věcných právech.

Key words in original language

ABGB; dědické právo.

Abstract

The basis of the civil law in the Hapsburg Monarchy almost for the whole of 19th century was The Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (its whole name being Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, abbreviated ABGB). It was declared by the emperor František I. on 1st June 1811 by a patent Nr. 946 Coll. and it was valid for all countries included in the Austrian monarchy,

except of Hungary. The first Czechoslovak Republic has adopted this statute. On the Bohemian territory it was valid practically until 1965, when a new labour code was issued, although some parts of the ABGB were replaced by new Czechoslovak codices issued in 1950 and 1964. The ABGB was inspired by both, traditions of the Roman law and mainly the conception of the *jus naturale*. The eighth book of the ABGB dealt with the law of succession and was divided into following parts:

About the Law of Succession

About the Last Will and mainly about Testaments

About the Substitute Heirs and Trusts

About the Legacy

About Limitation and Abolition of the Last Will

About the Legal Hereditary Succession

About the Obligatory Part and about the Inclusion of the Obligatory Part or of Per Pars

About the Entry of the Heritage.

Key words

ABGB; Law of Succession.

1. VÝVOJ DĚDICKÉHO PRÁVA DO ABGB

Dědické právo se v době předhusitské vůbec nerozvinulo. Základním důvodem byla existence odúmrtního práva panovníka, který si vyhrazoval nejen právo ke statkům, jejichž držitel zemřel bez potomků, ale i případech, kdy potomky měl, avšak jejich dědický nárok nebyl uznán.

Pokud rody a rodiny tvořily v oblasti majetkové rodinné nedíly, dědění zejména věcí nemovitých, individuálně určeným dědicem nepřicházelo v úvahu. Postupné uvolňování nedílových svazků vytvářelo podmínky pro změnu. Při nedostatku nedílníků se začalo přihlížet i k odděleným příbuzným podle určitých stupňů příbuzenství. Dědění podle testamentu, česky kšaft, v souvislosti s předchozí situací se u nás neuplatňovalo. Teprve postupně vlivem práva kanonického se začala uplatňovat tato forma dědění. Význam v právu dědickém měl rozdíl mezi věcmi movitými a nemovitými, právní pravidla se více méně soustředila na úpravu dědění nemovitostí. Přitom ovšem byl rozdíl, zda šlo o svobodné statky, lenní majetek, pozemky poddaných, nebo šlechtický majetek rodový, podléhající fidejkomisu (viz výše). Z toho plyne, že římský pojem universální sukcese nebyl akceptován. Dědicem byl totiž i ten, na něhož přešly z pozůstalosti jen některé věci. V tomto ohledu se odlišovalo právo městské, kde se vývojem (vlivem

římského práva přes právo německé) dospělo k sjednocení celé pozůstalosti. Nedostatek universální sukcese vedl také k jiné úpravě ručení z pozůstalosti. V zásadě nebylo třeba k nabytí dědictví výslovný projev vůle dědice. Jestliže se synové po smrti otce dělili o rodinné jmění, dělili se o majetek, který už před tím měli, byt v nedílném společenství. Přijetí dědictví ve smyslu římského „aditio hereditatis“ nebylo třeba. Nicméně v českém právu byla také úprava převzetí dědictví za součinnosti úředníka, uvázání se v dědictví s komorníkem. Vedle toho existovalo i svémocné ujmoutí se dědictví, se stejnou právní relevancí.

Pokud jde o ručení za dluhy z pozůstalosti, ne všechny zůstavitelovi dluhy přecházely na dědice. Dluhy čistě osobní, jako například z deliktu, nebo z rukojemství nepřecházely, ale české právo připouštělo přechod závazku z rukojemství za podmínky, že to bylo při vzniku tohoto závazku dohodnuto. Posléze se vžila zásada, že s dědictví přechází i s dluhy vůbec, ale dědic byl povinen je uhradit jen do té výše, na kterou stačilo dědictví. Soukromé jmění dědice tím nebylo dotčeno.

Pokrevní příbuzenství a jeho stupně

Původně byly chápány jako osoby příbuzné všechny osoby, které odvozovaly svůj původ od společného mužského předka, které byly členy téhož rodu. Příbuzenství přes ženy se nebralo v úvahu, tedy rod byl svazkem agnátů. Posléze se začalo přihlížet i k příbuzenství skrze ženy po přeslici. Tím se stalo, že pro příbuzenství nebyl už rozhodující původ pouze od mužského předka, nýbrž od rodičovské dvojice. Pokrevní příbuzenství zahrnovalo jak agnáty, tak i kognáty a určení stupně příbuznosti se stalo složitějším, protože jedinec měl příbuzné ze strany otce i matky.

Stupně příbuzenství se v českém právu počítaly podle systému lineárního čili parentelního. První parentelu tvořili ti, kdož pocházeli od nejbližšího společného ascendentu (předka), tedy jeho děti s dalšími potomky (vnuky). Rodiče a jejich descendenté tvořili druhou parentelu a prarodiče s jejich descendenty byli třetí parentelou. Blízkost příbuzenství se počítala v první řadě podle parentel (vnuk z první parentely byl bližším příbuzným než bratr, nebo bratranec); uvnitř parentely se pak počítalo na stupně (kolena) směrem ke společnému předkovi. Při určování příbuzenství byla rozhodující nejen bližší parentela, ale i bližší stupeň ke společnému předkovi této parentely. Tento způsob počítání příbuzenství se označuje jako lineogradiální systém.

Dědická posloupnost příbuzných

V českém zemském právu v rámci rodinného nedílu byli nejbližšími zákonnými dědici zůstavitele jeho děti (descendenti) a jejich potomstvo (vnuci). Když jich nebylo, nastupovali zůstavitelovi ascendenti (rodiče) a jeho sourozenci. Teprve, když tito nežili, nastupovali potomci sourozenců zůstavitele (poboční - bratřenci). Ascendenti s výjimkou rodičů byli pomíjeni podle zásady, že „nápady před se jdou a ne zpátkem“. Podle privilegia Jana Lucemburského (z roku 1310 pro Čechy, z roku 1311 pro Moravu), bylo dědické právo příbuzných omezeno do 4. kolena (stupně), přičemž osoba společného předka se počítala za 1. koleno. V roce 1497 král Vladislav II. Jagellonský omezení nedílných dědiců do 4. kolena zrušil a umožnil, aby v případě nedostatku nedílných dědiců mohli dědit oddělení příbuzní. Na Moravě tuto výhodu dosáhla šlechta až v roce 1587 od císaře Rudolfa II. OZZ úplně odstranilo rozdíly mezi dědici nedílnými a oddělenými a zavedlo nové dědické právo ad intestato, podle něhož byli dědici rozděleni do pěti tříd (ordines); v první nastupovali descendenti, ve druhé ascendenti, ve třetí poboční, ve čtvrté manželé mezi sebou, a v páté královská komora. Tím byl v českém zemském právu převzat německý systém lineograduální, ovlivněný římským právem.

České městské právo převzalo lineograduální systém pro dědickou posloupnost už ve 14. století a důkazem jsou ustanovení v Knize brněnského písaře Jana (roku 1353), v Koldínově zákoníku zůstal zachován.

Právo reprezentace uplatňované v dědické posloupnosti umožňovalo, že v případě, když dědili zůstavitelovi synové (první parentela) a jeden z nich už byl mrtev, mohli současně s nimi dědit potomci tohoto dříve zemřelého syna. Obdobně, když dědili sourozenci zůstavitele (druhá parentela), mohli současně s nimi dědit potomci zemřelého bratra.

Pokud šlo o dědění žen, mohlo jim podle zemského práva připadnout dědictví nemovitostí teprve tehdy, když nebylo oprávněných mužských potomků. V průběhu doby se postavení žen měnilo k lepšímu, ale stejné postavení s muži nedosáhly. Omezování žen při dědění nemovitostí sledovalo záměr nedrobit majetek rodiny, poněvadž dědickým nárokem žen by se dostal do rodiny jejího manžela.

Naproti tomu ženy podle městského práva byly v dědění úplně rovnoprávné s muži. Vývoj ve městech k tomu dospěl do konce 15. století. Příčinou byly odlišné rodinné i majetkové poměry měšťanů. Řemeslná výroba a obchod umožňovaly vznik značných majetků, což vyžadovalo svobodu nakládání s těmito majetky a tedy i volnost v právu dědickém.

Odúmrť

Pokud nebylo pokrevních dědiců, stávala se pozůstalost odúmrť. Na prvním místě připadala odúmrť českému panovníkovi jako jeho regální právo.

Vyplývalo to z chápání státu jako patrimonia panujícího rodu. Panovník byl majitelem veškeré neosazené půdy, tudíž i odumřelé nemovitosti. Odúmrtí nárok českých králů se vztahoval ke svobodnému, deskovému majetku šlechty (v Čechách do roku 1497, na Moravě do roku 1587). Odumřelé městské nemovitosti původně patřily také panovníkovi, ale čeští králové se jich vzdávali ve prospěch jednotlivých měst od 13. a během 14. století. Odúmrtí poddaných připadala vrchnosti.

Měštům připadala odúmrtí jen po měšťanech, „kteří s městem trpěli - přispívali na jeho potřeby, účastnili se jeho obrany, podléhali jeho soudu“. Odúmrtí právo měli také kláštery, nemocnice, chudobince a sirotčince k pozůstalosti osob, které u nich zemřely a neměly žádné dědice.

Darování pro případ smrti

Poslední pořízení o pozůstalém majetku nebyla u nás prakticky možná, poněvadž tomu bránil rodinný nedíl. Mimoto intestátní (zákonná) dědická posloupnost stanovovala dědický nárok pokrevních příbuzných. To znamenalo, že kdo měl pokrevní příbuzné, nemohl je odsunout ve prospěch jiného cizího dědice. Konečně, když nebylo intestátních dědiců, nastupovalo odúmrtí právo krále, event. jiných subjektů.

Teprve pod vlivem církve římsko-katolické se stalo možným naložit alespoň s částí majetku zůstavitele pro případ smrti. Šlo tady o zbožná darování (záduší), které zůstavitel poskytl kostelu, aby spasil svou duši. Nebylo to poslední pořízení v pravém slova smyslu, nýbrž jednání mezi živými s účinky na případ smrti. Mohlo se to udělat dvojím způsobem.

V prvním případě byly účinky darování vázány na suspenzivní výminku dárcovi smrti. Druhý způsob umožňoval, aby účinnost daru nastala okamžitě a dárci zůstala (až do smrti) jen držba užitků z darované nemovitosti. Bylo možné vázat účinnost darování ne na smrt zůstavitele, ale třetí osoby, což odsunovalo převod nemovitosti na pozdější dobu. V druhém případě bylo možné dosáhnout obdobný výsledek tím, že držba užitků byla vyhrazena nejen pro dárci, ale i pro třetí osobu. Co do velikostí neměl dar přesahovat díl, který by na zůstavitele připadl, kdyby došlo k rozdělení rodinného nedílu. Někdy se pro toto darování užíval zápis do zemských desk (dání dskami). Nebylo to však moc časté, poněvadž takový zápis bránil dárci učinit později změnu nebo darování zrušit. Při zápisu v zem. deskách byla změna nebo zrušení možné jen se souhlasem obdarovaného.

Testament - Kšaft

Na rozdíl od darování pro případ smrti testament je jednostranný právní akt, který činí zůstavitel o svém majetku a jehož účinky nastanou až po smrti zůstavitele. Činit poslední pořízení bylo v českém zemském právu dosti ztíženo (viz výše). Ten, kdo neměl nedílné příbuzné, mohl o svém majetku pořizovat (kšaftovat) jen když dostal souhlas krále mocným listem, kterým

se král vzdal svého práva na odúmrť v jednom individuálním případě. Povinnost obstarat si pro testování mocný list, se obcházela fingovaným dlužním zápisem do zemských desek. Pokud šlo o movité věci, mohlo o nich být volně pořizováno závětí od 16. století bez ohledu na nedílné příbuzné a královo odúmrtní právo, které se vztahovalo pouze na nemovitosti. OZZ zakotvilo testovací svobodu a mocné listy už nebyly potřebné.

Oproti zemskému právu české městské právo připouštělo poměrně brzo testovací svobodu. Nejprve měli výhodu volného kšaftování jen měšťané těch měst, jimž to král povolil v městském privilegii. Od roku 1372 měla toto právo všechna královská města.

U písemného kšaftu české zemské právo vyžadovalo 2 až 3 zachovalé svědky, na Moravě (kniha Tovačovská) bylo třeba svědků aspoň šest. Testament, který byl přímo vkládán do zemských desek, nemusel být dosvědčován svědky. Ústní kšafy byly výjimečné a pouze o movitostech. V městském právu (podle Koldína) stačili při ústním i písemném testamentu dva svědci. OZZ předepsalo 3 - 5 svědků. Písemné testamentsy se opatřovaly pečeti zůstavitele, svědků resp. úředního orgánu. Význam pečeti byl ale jiný, než v římském právu, kde to znamenalo uzavření listiny. V našich podmínkách pečeti ověřovaly podpisy osob, které byly přítomny sepsání kšaftu.

Až do OZZ nebylo možné volně měnit, nebo zrušit existující testament. Zemské právo umožňovalo změnu testamentu, resp. zrušení starého testamentu novým jenom tehdy, jestliže si zůstavitel při sepsání prvního testamentu výslovně vyhradil právo zrušit jej pozdějším kšaftem. Když to neudělal, zůstal první testament v platnosti.

Rodinný nedíl - nedílové zřízení

Je to majetkoprávní rodinné společenství pokrevně příbuzných, převzaté z předstátní doby. Feudální společnost využívala tuto formu bezpodílového spoluvlastnictví a ve středověku došlo k jeho novému rozvoji a nové právní formulaci. Postupně vznikalo právo nedílové tvořené smlouvami uzavíranými dlouhodobě s tímž obsahem; faktickým dodržováním obyčejů; soudními nálezy; usneseními dvorských sjezdů a nařízeními knížat a králů.

Nedílové společenství nacházelo široké uplatnění. Vztah k majetku byl tímto způsobem upraven nejen v rodinách pánů a rytířů tj. svobodných lidí, ale i v rodinách poddaných rolníků. Česká šlechta využívala čtyři hlavní typy nedílných majetkových společenství:

- nedíl otcovský (resp. dědovský)

- nedíl bratrský

- nedíl strýcovský
- nedíl vdovský resp. mateřský.

V otcovském nedílu spolu žili (říkalo se „chlebí“) rodiče, děti, vnuci případně pravnuci. Hlavou společenství byl otec (děd), který uplatňoval otcovskou moc nad ostatními i když tito už byli dospělí. V průběhu 15. - 16. století vznikla právní pravidla, zabráňující zneužití otcovské moci. Otec mohl jednat za všechny účastníky nedílu a předpokládalo se, že vyjadřuje vůli všech. Po smrti otce se typ nedílu změnil (viz dále) postavení hlavy nedílu zaniklo. Jenom v otcovském nedílu tvořil společný nemovitý majetek jednu jedinou masu, k níž měli všichni plnoprávní nedílníci (dospělí muži) stejné právo. Plnoprávními subjekty rodinného nedílu byli dospělí muži. Objektem byl nejprve veškerý majetek příslušníků rodiny s výjimkou jejich osobních věcí. Postupně základní majetkovou masu tvořily po iae nemovitosti a z věcí movitých jen takové, které byly nezbytné pro využívání nemovitého majetku (například dobytek, hospodářské nářadí atd.)

Na první pohled by se mohlo zdát, že jde o spoluvlastnictví s ideálními díly, avšak není tomu tak. Stará právní literatura nás informuje o tom, že společným trhem (koupí) dvou či více osob nevznikne mezi nimi k takto nabyté nemovitosti nedílnost, nýbrž jen spoluvlastnictví. Lze se tedy důvodně domnívat, že rodinné nedílové společenství muselo pravděpodobně mít smluvní základ, který bylo možné v případě potřeby (např. soudní pře) dokázat svědky, listinami, zápisy v zemských deskách. Majetek rodinného nedílu zásadně patřil všem plnoprávným nedílníkům tak, že (a v tom je rozdíl oproti spoluvlastnictví s ideálními podíly) každý měl právo k celému majetku, ale nikdy nemohl sám disponovat žádnou jeho částí. K dispozici s nedatovým jměním byl vždycky potřebný souhlas všech oprávněných.

Proměny v počtu plnoprávných nedílníků byly právně bezvýznamné. Při zmenšení počtu nedílníků se fakticky zvětšila jejich účast na plodech a užitcích z nedílu plynoucích. V opačném případě se jejich účast zmenšila. Když zemřel poslední plnoprávný nedílník uplatnilo se královo právo na šlechtickou odúmrt'. Účast žen v nedílovém společenství se označuje jako pasivní, skrytá a zviditelňovala se teprve, když nežil žádný dospělý mužský účastník (viz vdovský nedíl), nebo když bylo třeba sestru vybavit. V takovém případě měla dostat rovný díl (partem aequalem): Většinou šlo o uzavření manželství, případně vstup do kláštera. Věno dostávala v obou případech.

Bratrský nedíl vznikl z otcovského, smrtí otce a žili v něm bratři se svými rodinami a neprovdané sestry. Moc analogická otcovské moci zde neexistovala. V tomto typu nedílu (obdobně i ve strýcovském) společný majetek už netvořil jednu jedinou masu, nýbrž se dohodou bratří rozdělil na

tolik objektů, kolik jich bylo. Termín vystihující tuto situaci je podělení nebo také užší nedíl. V podstatě šlo o technicko-hospodářské rozčlenění základní majetkové masy tak, že každý bratr s rodinou využívá určitou část (která nemusela přesně odpovídat skutečnému podílu) a právní podstata nedílového společenství zůstala nezměněna. Pokud zemřel bratr bez mužských potomků, ujali se majetku ostatní plnoprávní nedílníci (z širšího nedílu) a královská odúmrť se neuplatnila. V případě, že měl dospělé mužské potomky, přešel na ně podle zásady reprezentace (*divisio in stirpes*) už zmiňovaný užší nedíl.

Ve strýcovském nedílu žili bratři se svou rodinou a s potomky (pozůstalou rodinou) již zemřelého bratra (bratrů), nebo zde žili už jen potomci zemřelých bratrů. Příbuzenský vztah mezi nimi se označoval jako sestřičení. Účast strýců, tet, synovců a neteří je vlastně dvojí. Jednak je to účast v užším nedílu (jen po otci), jednak účast na celém rodinném jmění tj. na širším nedílu.

Vdovský či mateřský nedíl sestával z matky-vdovy a jejich nedospělých dětí. Majetkovou podstatou byly nemovitosti zaručující obvěnění čili vdovské věno. Je možné předpokládat, že v okamžiku kdy některý ze synů dosáhl dospělosti, ujal se podle už zmíněné zásady reprezentace, užšího nedílu po svém otci a vdovský nedíl zanikl.

Zvláštním jměním jednotlivých účastníků v rodinném nedílu bylo to, co některý z nedílníků individuálně nabyt. Za jistých podmínek s tím mohl samostatně disponovat. Obvykle toto zvláštní jmění zvětšilo majetkovou masu užšího nedílu.

Oddělení se z rodinného nedílu se postupem doby stalo možné, ale byly určité odlišnosti podle toho, o jaký typ rodinného nedílu šlo. V otcovském nedílu bylo do konce 15. stol. pravidlem, že syn má právo žádat otce, aby mu při odchodu dal pravý díl, tj. poměrný díl majetku podle současného počtu plnoprávních nedílníků. Právo syna žádat na otci pravý díl v 16. stol. zaniklo, nicméně Vladislavské zemské zřízení stanovilo, že otec má syna slušně opatřit živností. Na Moravě (podle knihy Tovačovské a Drnovské), měl otec povinnost dát synovi díl, ale jenom takový, jaký otec a ostatní nedílníci určili, ne takový, jaký by mu připadl po otcově smrti. Bratrský rodinný nedíl mohl být rozdělen pouze na rovné díly, přičemž nejstarší bratr stanovil díly a od nejmladšího si jednotliví bratři díly volili. Nedíly strýcovské se dělily s přihlédnutím k zásadě reprezentace (*divisio in stirpes*). Každý díl byl popsán na zvláštní listině. Provedené rozdělení i oddělení se zabezpečovalo vkladem (zápisem) do zemských desk (resp. dvorských).

Výhodou oddělení nebo rozdělení bylo, že bývalí nedílníci získali svobodu disponovat vlastním majetkem. Nevýhodou bylo, že v případě úmrtí bez potomků (do konce 15. století) se uplatnila královská odúmrť. Oddělený nedílník měl vůči původnímu nedílu předkupní právo chráněné retraktem neboli ssutím.

Umělý nedíl - unio vznikal (do konce 15. století) jako obrana proti královskému právu na odúmrt' ke svobodným statkům. Smluvní majetkové společenství uzavírali ti, u nichž byla obava, že zemřou bez mužských potomků. Typově se umělý nedíl podobal bratrskému, v němž bylo provedeno podělení. Společenství se uzavíralo buď ke všemu majetku zúčastněných osob (včetně budoucího), nebo jenom k některým přesně určeným majetkovým objektům, resp. k určitým právům. Umělá společenství vznikala mezi pokrevně nepřibuznými osobami, ale vznikala také mezi osobami sice příbuznými (švagrovství - zákonné příbuzenství), ale jejich příbuzenství nebylo základem nedílnosti. Dokonce umělý spolek mohl vzniknout i mezi osobami nedílnými, ovšem pouze ohledně majetku, který do nedílu nepatřil.

2. DĚDICKÉ PRÁVO V ABGB

Rozhodující změnu v pojetí dědického práva znamenalo 18. století, kdy se vytvářela novodobá kodifikace občanského práva vrcholící vydání všeobecného občanského zákoníku (ABGB) v roce 1811. Všeobecný zákoník občanský (německy Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, zkratka ABGB) byl základem občanského práva v habsburské monarchii téměř po celé 19. století. Byl vyhlášen 1. června 1811 patentem císaře Františka I. č. 946 Sb. z. s. s platností pro všechny země rakouského císařství, vyjímaje země koruny uherské. První Československá republika zákoník recipovala. Na českém území byl platným právem prakticky až do vydání nového zákoníku práce v roce 1965, ačkoliv rozsáhlé pasáže nahradily nové československé kodexy z let 1950 a 1964. Zákoník vycházel nejen z tradic římského práva, ale především zohledňoval koncepci přirozeného práva.

Dědické právo je v ABGB upraveno v hlavách 8 – 16 obsahujících §§ 531 – 858. Z toho vyplývá, že úprava dědického práva je velmi podobná.

V hlavě osmé se obecně definuje dědické právo a dědictví. Dědické právo je zde pojímáno jako „výlučné právo ujmout se držby celé pozůstalosti nebo její části, určené k poměru k celku (např. poloviny, třetiny). Jest to věcné právo, které působí proti každému, kdo si chce přisvojiti pozůstalost.“

Hlava devátá pojednává o testamentárním právu. „Pořízení, kterým zůstavitel zůstavuje jedné nebo několika osobám pro případ smrti odvolatelně svoje jmění nebo jeho část, nazývá se posledním pořízením“ (§ 552).

V hlavě desáté se pojednává náhradních dědicích a o svěřenstvích. Podle § 604 „Každý zůstavitel může pro případ, že ustanovený dědic dědictví nenabude, povolati jiného, a když ani ten ho nenabude, druhého, a ve stejném případě třetí nebo také ještě několik náhradních dědiců. Toto ustanovení nazývá se obecným náhradnictvím.“ Upraveno je zde i tzv. svěřenectví, když „zůstavitel může svému dědici uložiti povinnost, aby

dědictví, které přijal, přenechal po své smrti nebo v jiných určitých případech druhému ustanovenému dědici. (§ 608)“.

Jedenáctá hlava definuje podmínky odkazu. Tyto podmínky jsou v podstatě tři:

- Platný testament, resp. poslední pořízení (totiž vedle testamentu to může být kodícil nebo dědická smlouva).
- Způsobilý odkazovník
- Způsobilý objekt.

Odkazy připadaly zpravidla tíži všem dědicům podle poměru jejich dědického podílu.

V následující hlavě se zůstavitelovi umožňuje své nařízení omezit výjimkou, na čas, příkazem anebo projevem úmyslu. Svou závěť nebo dovětek může kdykoli změnit nebo zrušit. Dále jsou v této hlavě upraveny způsoby omezení poslední vůle.

Ve třinácté hlavě je vymezena zákonná dědická posloupnost. Upravuje čtyři dědické třídy. V první třídě byly zařazeny děti a jejich potomci. Do druhé třídy patřili otec a matka „i s těmi, kteří jsou s ním spojeni skrze otce a matku, totiž: jeho sourozenci a jejich potomci. (§ 731)“. Ve třetí třídě mohli dědit dědové a báby se sourozenci rodičů a jejich potomky. A konečně ve čtvrté třídě mohli dědit první pradědové a prabáby. Samostatně bylo upraveno dědění manželů-manželek.

Následující čtrnáctá hlava pojednává o povinném dílu a o započtení do povinného dílu. Použijeme-li dnešní terminologii, jednalo se o neopomenutelné dědice, jimiž byly, stejně jako dnes, děti zůstavitele.

Předposlední patnáctá hlava nazvaná „O ujmoutí se dědictví“ stanoví, že dědické právo musí být projednáno u soudu a ten rozhoduje o odevzdání pozůstalosti. Jinak se odkazuje na procesní předkusy upravující dědické řízení.

Konečně poslední hlava pojednává o společenství vlastnictví a jiných věcných právech. Společenstvím se myslí společenství několika osob, které společně získají pozůstalost.

Tolik přehled právní úpravy dědického práva ve všeobecném občanském zákoníku z roku 1811. Podrobný kritický rozbor bude proveden v připravované samostatné studii.

Literature:

- Čermák: Dědičné daně v amerických (spojených) státech, Právnické rozhledy, VI, s. 233
- Daň z dědictví v jednotlivých státech evropských, Právník, 1899, s. 222
- Ferényi: Dědičné právo v otázkách a odpovediach, 1922
- Funk: Reforma daně dědičné a daně z darů v Rakousku, Sborník věd právních a státních, X, s. 212
- Grünwald: Právo dědičné, 1853
- Hammer: O chystané reformě dědičného práva, Česká advokacie, 1923, s. 31
- Haněl: O vývinu práva dědičného v Rusku do roku 1649, Právník, XIV, s. 505, 539, 577
- Haněl: Nejhlavnější zásady dědičného práva polského, Právník, XI, s. 297, 333
- Hartmann: Poslední pořizení, 1935
- Hartmann: Nesporné řízení, 1931
- Jadrníček: Nové poplatky dědičné, z darování atd., 1921
- K potřebě rakouského práva dědičného, Právník, XXXVII, s. 30.
- Kalousek: O vzájemných mezích staročeského práva dědičného a královského práva odúmrtního na statcích svobodných, Právník, XXXIII, s. 289, 325.
- Krajíček: O domnělých dědicích, České právo, IV, s. 1
- Krčmář: Právo občanské, V. Právo dědičné, 1933
- Krčmář: Poznámky k dědičnému právu dílčí novely k občanskému zákonu, Právník, 1915, s. 201
- Krčmář: Příspěvky k výkladu reformovaného práva obč. k dědičnému právu třetí novely, Právník, 1918, s. 1, 49

- Krčmář: O reformě občanského práva, *Obzor národohospodářský*, XXI, s. 409, 453, 497, 499
- Kreiml: Dědické právo, *České právo*, III, s. 37
- Lepař: O dani dědické dle poplatkového zákona, *Zprávy právnické jednoty moravské*, 1897, s. 161
- Matouš: Rádce pozůstalých po zemřelých a padlých, 1914
- Mayr: Soustava občanského práva (Kniha pátá. Právo dědické), 1927
- Nová úprava dědického řádu při statcích v Hannoversku, *Právník*, 1909
- O právu veselých dědiců, *Právník* 1907, s. 553
- Pozůstalostní poplatek z nemovitosti před odevzdáním pozůstalosti soudně prodané, *Právník*, XXXIII, s. 369
- Randa: Úvaha o návrhu uherského práva dědického, *Právník*, XXVII, s. 325
- Rauscher: Dědické právo podle českého práva zemského, 1922
- Revise práva dědického, *Soudcovské listy*, 1922, s. 131
- Řibřid: Rádce v záležitostech dědických a pozůstalostních, 1905
- Sedláček, Poznámky k navrhované reformě dědického práva, *Ročenka* 1923, s. 148
- Svoboda, E.: Dědické právo, 1921
- Svoboda, E.: Problém vůle v rakouském právu dědickém, *Právník*, 1912, s. 195, 257
- Svoboda, E.: Dědické právo (Návrh subkomitету pro revisi občanského zákoníku), 1924
- Svoboda, V.: O dědickém právu v osnově všeobecného občanského zákoníku, *České právo*, VI, s. 50.
- Teltšík: Pozůstalostní poplatek při pojištění ve prospěch jiného, *Právnické rozhledy*, XVIII, s. 149.

- Tilsch: Úvod do práva dědického, Sborník věd právních a státních, V, s. 261
- Wocel: O staročeském právu dědickém, 1861
- Změna školního příspěvku z pozůstalostí projednávaných v království Českém, Právník, XXXIV, s. 191
- Zrušiti právo dědické, Právník, 1918, s. 248

Contact – email

karel.schelle@schelle.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K PROMĚNÁM MAJETKOVÉHO PRÁVA MEZI MANŽELY

IVANA STARÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá majetkovým právem mezi manžely v římském právu a následně bude reagovat na vývoj majetkových vztahů mezi manžely *de lege ferenda*. V římském právu neměla žena nikdy rovné postavení s mužem, a proto se její postavení odráží i v manželském právu. Návrh nového občanského zákoníku přináší také změny do oblasti manželského práva a příspěvek bude reagovat na nová ustanovení, které se týkají majetkového vztahu mezi manžely.

Key words in original language

Římské právo; Manželství; Nový občanský zákoník.

Abstract

The article deals with the issue of property law arrangements between husband and wife in the Roman law and it will also respond to the development of proprietary relationships between husband and wife *de lege ferenda*. Wives were never equal to their husbands under the Roman law, which is why their status is reflected in matrimonial law. The draft of the new Civil Code introduces some changes to the issues of matrimonial law. The article will also respond to new provisions that are related to proprietary relationships between spouses.

Key words

Roman law; Marriage; New Civil Code.

1. Úvod

Ve svém příspěvku jsem se rozhodla zaměřit pozornost na majetkové vztahy mezi manžely. První část bude věnována úpravě majetkového práva mezi manžely v římském právu. Pozornost budu věnovat především postavení ženy v obou typech římského manželství, protože právě typ manželství určoval postavení ženy v majetkových vztazích. Dále bude nastíněn vývoj majetkových vztahů mezi manžely až po současnou právní úpravu. Poslední část se bude zabývat úpravou *de lege ferenda* a zaměřena bude zejména na „novinky“, které má přinést nový občanský zákoník.

2. Majetkové vztahy mezi manžely v římském právu

Žena v římském manželství neměla shodné postavení s mužem¹. Římské manželství vznikalo souhlasem² a postavení ženy se odvozovalo od uzavřeného manželství. Manželka v manželství přísném (*matrimonium cum in manum conventione*) byla osobou *alieni iuris*³ a nemohla mít žádný majetek a veškerý majetek, který nabyla, nabývala pro svého manžela⁴. V přísném manželství⁵ měla žena ke svému muži postavení dcery (*sororis loco*) a muž měl nad ženou neomezenou moc⁶. Formu přísného manželství lze přirovnat ke kapitideminuci⁷ manželky a veškerý majetek, který žena měla náležel do moci jejího manžela nebo té osoby, která měla v jeho rodině postavení osoby *sui iuris*⁸.

Po předešlém výkladu by mohla čtenáři tohoto příspěvku vyvstat otázka, proč se chce autorka zabývat majetkovými vztahy mezi manžely, když žena měla postavení *persona alieni iuris*. I přes všechno uvedené v římském právu existovaly případy, kdy žena mohla vlastnit majetek a také s ním mohla nakládat. S postupem doby muselo římské právo reagovat na rozvoj společnosti, a proto se objevuje nová forma manželství, pro které se vžilo

¹ Římské manželství bylo uzavíráno v zájmu muže, který měl neomezenou moc nad manželkou a nad dětmi. Moc nad manželkou nazývá římské právo jako *patria manus*. Více o římském manželství viz Inst. 1,10 nebo Gai. 1,58 a nsl.

² Ulp.D.35,1,15

³ Osoba podrobená cizí moci. Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva. Panorama: Praha. 1981. s.252

⁴ Pokud manžel nebyl osobou *sui iuris*, tak vše co žena nabyla připadalo jeho otci. Blaho. P., Haramia. I., Židlická. M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 130

⁵ Je obsaženo slovo *manus*, které podle Gaiova svědectví bylo symbolem moci manželské nad ženou a od této moci se odvíjelo postavení ženy v manželství. Blaho. P., Haramia. I., Židlická. M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 130

⁶ Manželka byla podřízena svému muži, pouze ona mohla být trestána za nevěru, ale při těžších trestech se muž musel poradit s rodinnými příslušníky. Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva. Panorama: Praha. 1981. s.225

⁷ Doslovně zmenšení osobnosti, která nastává změnou některého stavu, který tvoří osobnost člověka. Právnick Paulus uvádí tři statuty svobodu, občanství a rodinu. Paul.D. 4,5,11

⁸ *Pater familias*, který měl plnou způsobilost k právům. Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva. Panorama: Praha. 1981. s.251

označení volné manželství (*sine in manum conventione*)⁹. Uvedené manželství se vyznačovalo tím, že žena nepřestupovala do rodiny svého muže, zůstala ve své původní rodině¹⁰, ale děti narozené v takovém svazku již připadaly do rodiny otce. Pokud žena již neměla *pater familias*¹¹ stávala se osobou *sui iuris*¹². Volné manželství nezakládalo žádné majetkové vztahy, přesto žena mohla poskytnout svému muži věno¹³, ale nejednalo se o povinnost ze strany ženy. Původně věno opět náleželo do moci manžela¹⁴, který s ním mohl podle své nakládat. Za vlády Oktaviána Augusta se zavedlo opatření, které zakazovalo manželovi zcizovat dotální nemovitosti bez souhlasu ženy. Po skončení manželství byl manžel povinen dotální věci vrátit, a proto o ně musel pečovat tak, jak pečoval o své věci¹⁵. Po zániku manželství mělo být věno navráceno manželce. Jestliže žena zemřela, měl manžel povinnost vrátit věno jejímu otci, který věno zřídil¹⁶.

Pokud byla dcera emancipovaná¹⁷, tak jí příslušelo postavení *sui iuris*. Stejně postavení náleželo i dceři po smrti *pater familias*, pokud byla ve

⁹ Koncem republiky se začalo přísné manželství přežívat a zavádí se forma volného manželství. Blaho, P., Haramia, I., Židlická, M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 130

¹⁰ Manželovi nevznikala moc nad ženou a také vše co žena nabývala připadalo otci a nebo jí samé, pokud byla osobou *sui iuris*. Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo . Praha : C . H .BECK , 1995, s.134

¹¹ Nejstarší mužský ascendent, jediná osoba *sui iuris* a její hlava. Musel být římským občanem, ale nemusí mít děti a sám může být dítětem. Nejprve měl doživotní absolutní moc nad všemi členy rodiny a nad veškerým rodinným majetkem, postupně se tato moc mění z práva v povinnost. Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva. Panorama: Praha. 1981. s.247

¹² Osoba nepodřízená cizímu právu

¹³ *Dos* neboli věno byla majetková hodnota, kterou poskytovala nevěsta a nebo někdo jiný k ulehčení nákladů spojených s manželstvím. U obou typů manželství platila zásada, že náklady manželství nese muž. Věno mělo zajistit ženu v případě rozpadu manželství. Blaho, P., Haramia, I., Židlická, M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 134 a nsł.

¹⁴ Tryp. D.23,3,75

¹⁵ Odpovídal za *culpu in concreto*. Blaho, P., Haramia, I., Židlická, M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 135

¹⁶ *Dos profectitia* a to muselo být navráceno vždy. Justiniánské právo zavedlo lhůty pro navrácení věcí nemovitých, ty měly být vráceny hned a movité do jednoho roku. *Dos adventia* věno zřízené nevěstou nebo jinou osobou manžel vracet nemusel. Blaho, P., Haramia, I., Židlická, M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 135

¹⁷ Propuštění dítěte z otcovské moci. Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva. Panorama: Praha. 1981. s.142- 143

volném manželství. Osoby *alieni iuris* se nemohly smlouvami vůbec platně zavazovat. Ženy *sui iuris* se mohly zavazovat smlouvami, ale některé úkony musely být schváleny jejich poručníkem¹⁸. Žena je lehkovážného ducha a potřebuje poručníka (*tutela mulierum*). Poručník neměl nad ženou žádná práva a ani nespravoval její majetek. Institut poručnictví byl omezen pouze na některé formální úkony (*confarreatio, coemptio, mancipiato*). Zákon vydaný za vlády císaře Oktaviána Augusta zbavoval ženy poručenství narozením třetího dítěte a institut poručnictví postupně mizí z římského práva¹⁹. Podle názoru právníka Gaia, že žena není schopna sama rozumně nakládat s majetkem a potřebuje poručníka²⁰, byl prvek spíše líbivý než důvodný²¹ a v jeho době se institut poručnictví jeví jako přežitek. Autor svůj postoj zdůvodňuje tvrzením, že dospělé ženy jsou schopny samy spravovat svůj majetek, a proto nepotřebují být pod mocí jiné osoby.

Žena bez souhlasu poručníka nesmí zcizit mancipační věc²², ale věc nemancipační²³ zcizovat může, zde je zvýhodněna, neboť nedospělec nemůže zcizit ani věc mancipační. Věc nemancipační nepotřebovala ke svému převodu formálních aktů, a proto žena byla schopná prodat nemancipační věc i bez souhlasu poručníka.

Právo dává ženě možnost půjčovat peníze, které jsou věci nemancipační, bez souhlasu poručníka a tím uzavřít platnou obligaci²⁴. Dlužník může ženě vracet peníze také bez souhlasu poručníka²⁵. Jak jsem již uvedla výše, podle Gaia je souhlas poručníka pouze formální záležitostí.

Další případ, kdy žena mohla využít svůj majetek, zahrnuje situace, kdy muž má dva dlužníky²⁶ a jedním z nich je manželka. Dlužníkem svého manžela mohla být pouze manželka ve volném manželství a ještě musela být osobou *sui iuris*, ta měla majetek a mohla s ním disponovat. Tento

¹⁸ Heyrovský, L. : Dějiny a systém soukromého práva římského. Praha. 1910. s.185

¹⁹ Blaho. P., Haramia. I., Židlická. M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, s. 112

²⁰Více Inst.1,13 - 26

²¹ Gai.1 ,190

²² Věci mancipační jsou zejména pozemky, otroci ,domácí zvířata, která tahají náklady. Gai.2,80

²³ Byly ostatní věci, které nespádaly do věcí mancipačních a k jejich převodu nebylo nutno formalit. Rebro, K. : Římské právo. Bratislava 1980, s. 124

²⁴ Gai.2,81

²⁵ Gai. 2,85

²⁶ Ulp. D. 24,1,5,1

případ se zřejmě nevztahuje k manželství přísnému, neboť dluh ženy by přecházel na manžela, který by byl svým vlastním dlužníkem. Podle mého názoru nemůžeme za dlužníka manžela považovat manželku *alieni iuris* ve volném manželství, zde by se dlužníkem manžela stal její *pater familias*.

Převod majetku mezi manžely formou darování byl neplatný²⁷, tuto větu je třeba zdůraznit, neboť se jedná o nejzásadnější ustanovení týkající se majetkových vztahů manželů v Římě. Důvodem byla především obava, aby nedocházelo k neodůvodněným přesunům majetku mezi rodinami. Přesto se v římském právu setkáváme s darováním před manželstvím²⁸ a platná byla také všechna darování, která neměla v úmyslu zmenšit majetek dárce. Manžel může obdarovat manželku tím, že odmítne převzít dědictví a manželka odmítnuté dědictví přijme²⁹. Římské právo rozlišovalo převody majetku mezi živými a pro případ smrti (*mortis causa*)³⁰. *Mortis causa* byly právem akceptovány a často uskutečňovány³¹.

Nadřazenost muže nad ženou se ponese i následujícím výkladem, kde se pokusím velmi stručně nastínit další vývoj nejen majetkového práva mezi manžely, ale i celkového postavení rodinné práva a v některých částech je právo velmi ovlivněno myšlenkami římských právníků.

3.Stručný nástin vývoje manželského práva až po současnou právní úpravu

Středověké manželství, se kterým byly také spojené majetkové vztahy mezi manžely, bylo velmi ovlivněno katolickou církví. Instituce věna se stávala vlastnictvím manžela, který mohl s věnem volně disponovat. Zvláštní skupinu tvoří věno vdovské, které tvoří majetek, který měl ženě připadnout po smrti manžela³². V pojetí středověkého práva se setkáváme s pojmem

²⁷ Ulp. D.24,1,1

²⁸ *Donatio ante nuptias*, je situace, kdy muž dává ženě majetek pro případ jeho smrti a nebo také rozvodu, který by byl zaviněn jeho osobou. Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. Praha: C. H. BECK, 1995, s.143

²⁹ Ulp. 24,1,5,14

³⁰ Jde o dispozici s majetkem pro případ smrti jako jsou legata a fideiukoimisy. Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. Praha: C. H. BECK, 1995, s.304 a nsf.

³¹ Ulp.D 21,1,9,2

³² Kadlecová, M., Schelle, K., Veselá, R., Vlček, E.: Dějiny českého soukromého práva. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o.2007, s.132

zvláštní jmění. Zvláštní jmění jednotlivých účastníků otcovského nedílu³³ zahrnovalo v sobě vše, co nabyl pouze některý člen a za určitých podmínek s ním mohl nakládat. Dá se říci, že také manželka mohla nabyt majetek do svého vlastnictví, ale je zde otázka do jaké míry s ním mohla disponovat, když majetek náležel jejímu muži.

V době vzniku ABGB³⁴ bylo manželství stále chápáno jako nerovný svazek, kde můžeme nacházet velký vliv katolické církve. Nerovnost ženy se projevovala v ustanovení § 91, kde bylo řečeno, že muž je hlavou rodiny³⁵. Manželství bylo chápáno jako smlouva mezi manžely, založené na snubní svobodě³⁶. Muži zákon přiznával nadřazenou pozici a žena měla plnit nařízení svého muže. ABGB zavedl dosud chybějící úpravu majetkových vztahů mezi manžely, jedná se zejména o svatební smlouvy, možnost modifikovat majetkové společenství, ustanovení o konkursu, zákonné zastupování manželky³⁷. Majetkové společenství bylo uzavíráno na základě smlouvy o společenství statků³⁸. Společenství statků nenastávalo ze zákona, ale bylo nutno uzavřít zvláštní smlouvu mezi manžely. Zpravidla šlo o společenství pro případ smrti³⁹. Pokud manželé neuzavřeli svatební smlouvu, nabývali majetek odděleně a nebo do ideálního spoluvlastnictví⁴⁰. Pokud manželka neodporovala, platila domněnka, že svěřila manželovi jako svému zákonnému zástupci správu vlastního jmění⁴¹. Manžel takové správě

³³ Účastníky otcovského nedílu byli rodiče, děti, vnuci a v čele stál otec, který uplatňoval svoji moc nad ostatními. Plnoprávními subjekty společenství byli pouze dospělí muži. Ženy byly v nerovnoprávním postavení a jejich nárok se uplatnil za předpokladu, že nebylo mužských potomků. Manželka měla právo na vdovský nedíl. Kadlecová, M., Schelle, K., Veselá, R., Vlček, E. : Dějiny českého soukromého práva. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o.2007, s. 89

³⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch z roku 1811 se stal základem práva v habsburské monarchii. 946/1811 Sb.,z.s. platil na našem území pro rodinné právní záležitosti do roku 1949, pro věci občanskoprávní do roku 1950 a pro záležitosti pracovněprávní do roku 1965 a na území Rakouska platí dodnes.

³⁵ Nadřazenost muže nad ženou lze vyčíst z § 92, 141, 147 obecného zákoníku občanského.

³⁶ Kadlecová, M., Schelle, K., Veselá, R., Vlček, E. : Dějiny českého soukromého práva. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o.2007, s.135

³⁷ Schelleová,I., Schelle, K. : Civilní kodexy 1811-1850-1964.Brno: Masarykova univerzita, Doplněk, 2006,s.253

³⁸ §§1233 az 1236

³⁹ Pokorný, M., Holub, M., Bičovský, J. : Společné jmění manželů. Praha : Linde, 2000,s.19 a nsl.

⁴⁰ Pokud v této situaci došlo k pochybnostem, mělo se vždy za to, že majetek nabyl manžel.

⁴¹ Pokorný, M., Holub, M., Bičovský, J. : Společné jmění manželů. Praha : Linde, 2000,s.18.

odpovídal pouze za tvz. Kmenové jmění a nebyl manželce povinen účtovat užitky, které si vybral za trvání správy⁴².

Ústavní zákon č. 150/1948 Sb., zařadil majetkové vztahy pod ochranu státu, došlo k zrovnoprávnění žen a mužů, odstranění diskriminace dětí podle jejich původu⁴³.

Zákon č. 265/1949 Sb. o právu rodinném⁴⁴, chápe manželství jako dobrovolné a rovné spojení muže a ženy. Zákon odstranil institut jednostranné moci otcovské a zdůraznil rovnocenné postavení obou rodičů⁴⁵. Pokud jde o majetkové poměry mezi manžely, tak zákon zavádí institut zákonného majetkového společenství, které je tvořeno veškerým majetkem, který nabyt jeden z manželů za trvání manželství⁴⁶. Výše zmíněný institut zanikal smrtí jednoho z manželů, rozvodem a nebo na návrh jednoho z manželů⁴⁷.

Občanský zákoník z roku 1964 byl ovlivněn novou ústavou z roku 1960, neboť v nové ústavě byly přijaty změny⁴⁸, které vyžadovaly rekodifikaci stávající úpravy. Právo rodinné upravovalo vztahy mezi manžely, dětmi a rodiči. Majetkové právo mezi manžely se vrátilo zpět do práva občanského, konkrétně do zákona č. 40/1964 Sb., který zrušil institut zákonného

⁴² Bobek, M., Molek, P., Šimiček, V. : Komunistické právo v Československu. Brno: MU Mezinárodní politologický ústav, 2009,s. 471

⁴³ Hrušáková, M. a kol.: Rodina a rodinné právo historie,současnost a perspektivy. Praha : EUROLEX BOHEMIA,2005,s.89

⁴⁴ Silně ovlivněn sovětským pojetím rodinného práva , ale je také shodný s polským rodinným právem. Zákon oddělil rodinné právo od občanského , protože od roku 1811 bylo upraveno v jednom právním kodexu. Hrušáková, M. a kol.: Rodina a rodinné právo historie,současnost a perspektivy. Praha : EUROLEX BOHEMIA,2005,s.86

⁴⁵ Hrušáková, M. a kol.: Rodina a rodinné právo historie,současnost a perspektivy. Praha : EUROLEX BOHEMIA,2005,s.91

⁴⁶ Nepatří sem majetek získaný před uzavřením manželství, dědictvím, darem a nebo majetek sloužící k osobní potřebě. Pokorný, M., Holub, M., Bičovský, J. : Společné jmění manželů. Praha : Linde, 2000,s.24

⁴⁷ Na návrh jednoho z manželů mohl majetkové společenství zrušit pouze soud a to ze závažných příčin.

⁴⁸ Náš stát byl prohlášen za Československou socialistickou republiku a zákoník měl odpovídat zejména politickému vývoji státu a prezentovaným ideovým představám. Stávající občanský zákoník nebyl způsobilý zajistit právní prostředí vhodné pro společnost směřující ke komunismu. Bobek, M., Molek, P., Šimiček, V. : Komunistické právo v Československu. Brno: MU Mezinárodní politologický ústav, 2009,s. 436 a nsf.

majetkové společenství a zavedl institut bezpodílového spoluvlastnictví⁴⁹. Novelou v roce 1982 bylo doplněno vypořádání bezpodílového vlastnictví v případě rozvodu⁵⁰. S rozvojem soukromého podnikání po roce 1989 nastala potřeba, aby byly upraveny vztahy mezi podnikajícími manžely⁵¹.

Novela občanského zákoníku 509/1991 Sb., přinesla volnost pro úpravu majetkového společenství manželů. Novela připustila rozšíření nebo zúžení rozsahu společného jmění. Novela ovšem nepokryla veškeré změny týkající se majetkových vztahů mezi manžely a také bylo nutno změnit nevyhovující koncepci bezpodílového vlastnictví manželů, a proto byl přijat zákon č. 91/1998 Sb., který dosavadní institut nahradil společným jměním manželů (SJM)⁵². Do SJM zahrnujeme věci nabyté za trvání manželství⁵³. Současná právní úprava, která reagovala na potřebné změny majetkoprávního stavu mezi manžely je velmi stručná, tento nedostatek by měl být vyřešen přijetím nového občanského zákoníku.

4. Úprava de lege ferenda

Hojně diskutovaný návrh nového občanského zákoníku je velmi silně ovlivněn právem římským, v případě majetkového práva mezi manžely nastává výjimka, kde moc shodných znaků s římským právem nenajdeme. Návrh nového občanského zákoníku vychází ze současné právní úpravy, přesto rozšiřuje velmi skromnou současnou právní úpravu SJM. Rodinné právo bude opět zařazeno do občanského zákoníku do části druhé⁵⁴. Nový občanský zákoník vymezuje pojem manželské majetkové právo a kromě

⁴⁹ Do bezpodílového vlastnictví patřily pouze věci, nikoliv práva a závazky.

⁵⁰ § 149 občanského zákoníku

⁵¹ Zákon číslo 105/1990 Sb. Ustanovuje podmínky pro použití společného majetku k podnikání a zákon požadoval souhlas druhého manžela při zahájení podnikání s použitím společného majetku.

⁵² SJM je založeno na rovnosti manželů v majetkových vztazích a rozšíření úpravy na věci, práva a závazky. Fiala, J. a kol. : Občanské právo hmotné. 3. vydání . Brno: Masarykova univerzita v Brně – právnická fakulta, nakladatelství Doplněk, 1993, s.132

⁵³ Vyloučeny jsou věci nabyté darováním, děděním, věci získané na základě restitučních předpisů po roce 1989 a věci sloužící k osobní potřebě. Fiala, J. a kol. : Občanské právo hmotné. 3. vydání . Brno: Masarykova univerzita v Brně – právnická fakulta, nakladatelství Doplněk, 1993, s.133

⁵⁴ §§ 594 – 915

úpravy společného jmění⁵⁵, zde najdeme ustanovení týkající se bydlení manželů⁵⁶ a zvláštní ustanovení o domácím násilí⁵⁷.

Návrh vychází ze současné právní úpravy, ale výrazně rozšiřuje možnosti jak snoubenců, tak manželů, aby si své majetkové vztahy uspořádaly podle svých potřeb a hlavně své vůle⁵⁸.

Zákonný režim říká, že součástí společného jmění je vše, co nabyl jeden z manželů nebo oba manželé za trvání manželství. Vyloučeny jsou opět věci sloužící k osobní potřebě, dědění, odkazem⁵⁹ nebo darem⁶⁰. Podle důvodové zprávy je řečeno, že již nemají být připomínány věci vydané v restitucích, neboť jsou již majetkově vyřešeny a mají být zakotveny pouze v přechodných ustanovení. Stejně jako současná právní úprava považuje za součást SJM vše, co slouží k výkonu povolání jen jednoho z manželů, tak návrh počítá s možností smlouvy o vynětí toho, co slouží k výkonu povolání jen jednoho z manželů, ze společného jmění. Výslovně jsou v návrhu nového občanského zákoníku uvedeny pohledávky vzniklé z výhradního jmění.

Vedle zákonného režimu stojí smluvní režim, který je založen na vůli snoubenců nebo manželů. Smlouva musí mít charakter veřejné listiny⁶¹. Smluvní režim může mít charakter odděleného jmění, nebo smluvní strany se mohou dohodnout na rozšíření nebo zúžení společného jmění. Smlouvy snoubenců nebo manželů mohou také obsahovat uspořádání majetkových vztahů pro případ rozvodu. Pro případ smrti jednoho z manželů existuje dědická smlouva⁶². Pokud je uzavřena smlouva o majetkovém režimu, tak jsou jí zavázáni oba manželé. Nutno je však dbát na ochranu třetích osob⁶³

⁵⁵ §§ 648 - 682

⁵⁶ §§ 683 - 690

⁵⁷ §§ 691 - 693

⁵⁸ Návrh nového občanského zákoníku se snaží maximálně respektovat vůli jedince a uplatňovat ji před zákonem. Můžeme to spatřovat nejen v manželském právu, ale také v právu dědickém. Viz důvodová zpráva přístupná z http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova_zprava_OZ_LRV_090430_final.pdf

⁵⁹ Odkaz se znovu navrácí do české právní úpravy dědického práva.

⁶⁰ Více § 649

⁶¹ Shodné se současnou právní úpravou § 143 a obč.zákoníku.

⁶² Dvojstranný právní úkon, který se opět navrácí do dědického práva.

⁶³ Tvůrci inspiraci hledali v právních řádech Německa, Itálie. Viz důvodová zpráva

a to pomocí veřejného seznamu, který bude upravován zvláštním zákonem⁶⁴. Ve veřejném seznamu by měl být uveden obsah smlouvy, ale jeho zveřejnění bude opět ponecháno na vůli smluvních stran.

Změna manželského majetkového režimu založeného na rozhodnutí soudu je založena na závažném důvodu⁶⁵ a soud může společné jmění zúžit a nebo zrušit.

§ 671 a 672 se podle důvodové zprávy k návrhu nového občanského zákoníku v současné právní úpravě postrádají. Třetí osobou se rozumí každý, kdo není manželem. Další ustanovení se týkají ochrany třetích osob, zejména pak věřitele.

Úprava o vypořádání společného jmění vychází ze současné právní úpravy, přesto se návrh pokouší o několik změn. Je zde výslovně řečeno, že vypořádání nesmí mít negativní dopad na práva třetích osob.

Nově se do nového občanského zákoníku dostává ustanovení o bydlení manželů, které má zdůraznit význam společného bydlení pro manželské společenství. Opět je dána možnost manželům rozhodnout, zda budou bydlet společně nebo odděleně. Ustanovení o bydlení je převážně dispozitivní povahy. Kromě formy musí být dodržena ochrana nejen každého manžela, ale také dětí nebo pronajímatele.

Do návrhu nového občanského zákoníku bylo zakotveno také domácí násilí, které je založeno na tom, že společné bydlení se stane pro jednoho z manželů nesnesitelným jevem. Soud může na návrh tohoto manžela omezit pobyt a nebo zcela vyloučit pobyt druhého manžela v domě. Právo ochrany neslouží pouze manželům, ale všem osobám, které žijí ve společném domě. Vyloučení soudu nesmí být delší než 6 měsíců, ale soud může opět omezit pobyt pro závažné důvody.

Podle mého názoru je úprava majetkového práva mezi manžely je potřebná, přesto si myslím, že některé ustanovení návrhu nového občanského zákoníku jsou velmi podrobně upravena, což může do praxe přinést některé problémy, přesto nový občanský zákoník hodnotím kladně.

⁶⁴ Jeho úprava nemůže mít soukromoprávní povahu. Viz důvodová zpráva

⁶⁵ Lehkovážný přístup k majetku. Viz důvodová zpráva

5.Závěr

Ve svém příspěvku jsem chtěla poukázat na proměny majetkového práva mezi manžely v průběhu času. V římském právu jsem se zaměřovala zejména na postavení ženy, neboť žena byla většinou osobou *alieni iuris* a byla pod nadvládou muže. Přesto jsem našla případy, kdy i ona mohla využívat svůj majetek. Další vývoj v oblasti majetkového práva také nebyl pro ženy příliš příznivý, přesto i žena časem získala stejnou pozici v oblasti manželského práva jako muž a manželství se stalo svazek, který se neuzavírá pouze v zájmu muže.

Literatura:

- Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva . Praha : Panorama , 1981
- Bartošek, M. : Dějiny římského práva ve třech fázích vývoje. Praha: Academia, 1995, 280, ISBN 80-200-0545-5
- Blaho. P., Haramia. I., Židlická. M. : Základy římského práva. Bratislava 1997, 483,ISBN 80-85719-07-X
- Bobek, M., Molek, P., Šimiček, V. : Komunistické právo v Československu. Brno: MU Mezinárodní politologický ústav, 2009,1005, ISBN 978-80-210-4844-7
- Cirák, J., Pavelková, B., Števček, M. : Rodinné právo. Šamorín : Heuréka, 2008, 216, ISBN 978-80-89122-47-9
- Cvetler, J., Kincl , J. : Právo římské . Praha : 1970
- Dostálík, P. : Texty ke studiu římského práva soukromého. Plzeň: Doplněk, 2009.
- Eliáš, K., Zuklínová, M. : Principy a východiska nového kodexu soukromého práva . Praha : Linde,2001
- Fiala, J. a kol. : Občanské právo hmotné. 3 .vydání . Brno: Masarykova univerzita v Brně – právnická fakulta, nakladatelství Doplněk, 1993, 425,ISBN 80-7293-111-9
- GAIUS. : Učebnice práva ve čtyřech knihách. Přeložil Jaromír Kincl. Brno: Doplněk, 1999, 274, ISBN 80- 7239-057-0

- _ Hrušáková, M., Králíčková, Z. : České rodinné právo. Brno : Doplněk , 2001, 384, ISBN 80- 7239-104-6
- Heyrovský,L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Bratislava:Právnická fakulta Univerzity Komenského, 1927
- Kadlecová, M., Schelle, K., Veselá, R., Vlček, E. : Dějiny českého soukromého práva. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o.2007, 279, ISBN 978- 80- 7380-041-3
- Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo . Praha :C . H .BECK , 1995, 386, ISBN 80-7179-031-1
- Kocourek, J., Plecítý, V. : Občanský zákoník – komentář. 3. doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2004
- Paukerova, M., Tomášek, M.: Nové jevy v právu na počátku 21.století, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2009, 424, ISBN 978-80-246-1687-2
- Pokorný, M., Holub, M., Bičovský, J. : Společné jmění manželů. Praha : Linde, 2000, 229, ISBN 80-7201-226-6
- Rebro, K. : Rímske pravo. Bratislava 1980, 288,
- Schelle, K., Schelleová, I. : Civilní kodexy 1811 – 1950 – 1964. Brno: Doplněk, 1993.
- Skřejpek, M.: Justiniánské instituce , Praha : Nakladatelství Karolinum, 2010,411,ISBN 978-80-246-1749-9
- Skřejpek, M.: Latinsko-český slovníček práva římského. Praha:LexisNexis CZ,2005,575, ISBN 80-85927-82-9
- Sommer,O.: Prameny soukromého práva římského. Praha. vlastním nákladem,1933
- Veselá, R. : Rodina a rodinné právo historie, současnost a perspektivy. Praha : EUROLEX BOHEMIA s.r.o. , 2003, 262, ISBN 80-86432-48-3

Internetové odkazy :

<http://obcanskyzakonik.justice.cz> [citováno 8.11.2010]

<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/digest.htm> [citováno
14.11.2010]

<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/digest.htm> [citováno
14.11.2010]

Contact – email
ivanastara@post.cz

THE DEVELOPMENT OF THE LABOUR LAW POSITION WITHIN THE PRIVATE LAW SYSTEM

JAROSLAV STRÁNSKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra pracovního práva a
sociálního zabezpečení, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá vývojem vztahu mezi pracovním a občanským právem, který v posledních desetiletích probíhal dosti neobvykle. Především z politických a ideologických důvodů totiž došlo k izolaci pracovního práva od zbytku soukromého práva. I přes určitý o obnovení vztahu mezi pracovním a občanským právem, k němuž došlo v souvislosti s rekodifikací zákoníku práce, zůstává tato otázka nadále i nadále předmětem diskuse.

Key words in original language

Pracovní právo; Zákoník práce; Občanské právo; Občanský zákoník; Pracovněprávní vztahy; Subsidiarita.

Abstract

The paper deals with the development of the relationship between labour and civil law in the course of past decades, which could be referred to as quite unusual. Particularly the political and ideological circumstances caused an isolation of the labour law from the rest of the private law system. Despite an attempt to renew the relationship between labor and civil law which was made together with the recodification of the Labour Code, the issue remains still under discussion.

Key words

Labour Law; Labour Code; Civil Law; Civil Code, Labour Relations; Subsidiarity Principle.

1. ÚVOD

Pracovní právo se jako samostatné právní odvětví upravující pracovněprávní vztahy vznikající při výkonu námezdní práce zaměstnanců pro zaměstnavatele historicky vydělilo z práva občanského. Prošlo tedy obdobným vývojem jako například právo obchodní nebo rodinné, tedy odvětví, která svými kořeny rovněž spadají do občanského práva a vytvářejí tak systém soukromého práva. V porovnání s ostatními soukromoprávními odvětvími byl ovšem vývoj vztahu pracovního práva a občanského práva poznamenán řadou zvláštností, z nichž nejvýznamnější a nejneobvyklejší

bylo úplné odtržení pracovního práva od zbytku soukromoprávního systému.

Do určité míry lze specifický vývoj vztahu pracovního práva ke zbytku soukromoprávních odvětví přisoudit předmětu pracovního práva a zvláštní metodě jeho regulace, která kombinuje soukromoprávní prvky s veřejnoprávními. Právě veřejnoprávní aspekty regulace pracovněprávních vztahů, které se vyvíjely v souvislosti s rozvojem pracovněprávních vztahů a s potřebou regulovat tyto vztahy právní úpravou, přitom představovaly základní důvod, pro který se původně ryze soukromoprávní (občanskoprávní) úprava pracovněprávních vztahů přetvořila v relativně samostatné právní odvětví.

Intenzivní působení veřejnoprávní metody regulace v pracovněprávních vztazích, projevující se mimo jiné ve vysokém počtu kogentních norem, ovšem samo o sobě nepředstavuje důvod pro úplnou izolaci úpravy pracovněprávních vztahů od úpravy občanskoprávní, k níž právě v našich podmínkách došlo. Dále bude proto věnována pozornost především dalším důvodům, které vedly k úplnému vydělení pracovního práva ze systému soukromoprávní regulace, jakož i k důsledkům tohoto kroku, s nimiž se vypořádáváme dodnes.

2. VÝVOJ VZTAHU PRACOVNÍHO PRÁVA K PRÁVU OBČANSKÉMU

Skutečnost, že byly vztahy vznikající při výkonu nesamostatné práce zaměstnanců pro zaměstnavatele i v našich podmínkách původně považovány za typ občanskoprávních závazkových vztahů, demonstruje jejich úprava obsažená v Císařském patentu č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, vyhlášeném dne 1. června 1811 (dále jen „obecný zákoník občanský“). V době svého vydání obsahoval tento právní předpis ve své Hlavě XXVI úpravu námezdní smlouvy, která vznikla tehdy, pokud se osoba zavázala k provedení služeb nebo zhotovení díla za peněžitou odměnu.

V souvislosti s postupujícím společensko-hospodářským rozvojem docházelo také k rostoucí potřebě právní regulace dalších aspektů vztahů vznikajících při výkonu nesamostatné práce. Vznikala tak například úprava podmínek práce dětí nebo normy stanovící určité obecné základní standardy bezpečnosti práce. Postupně docházelo také k regulaci dalších oblastí týkajících se pracovních podmínek zaměstnaných osob, v čele s pracovní dobou.

2.1 OBDOBÍ PRVNÍ ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY

Vývoj vzájemného vztahu občanského a pracovního práva v období tzv. první Československé republiky zcela odpovídal obecným poznatkům o

postupném utváření pracovního práva a jeho osamostatňování se vůči právu občanskému.

Základem soukromého práva zůstával obecný zákoník občanský, který byl nadále výchozí normou i pro právní úpravu pracovněprávních vztahů. Pracovní právo již bylo v této době s ohledem na specifickou povahu svého předmětu a míru zvláštní právní úpravy jednotlivých institutů vnímáno jako relativně samostatné právní odvětví. Nebylo ovšem kodifikováno, neboť vedle stručné výchozí úpravy obsažené v obecném zákoníku občanském byly pracovněprávní normy roztrženy v mnoha zákonech a podzákoných normách.

Hlava XXVI obecného zákoníku občanského platila v porovnání se stavem v době přijetí tohoto zákona v pozmeněném znění. Dřívější jednotná úprava námezdní smlouvy byla totiž rozdělena na smlouvu služební a smlouvu o dílo. Převážně dispozitivní právní úprava těchto dvou smluvních typů byla základem všech předpisů pracovního práva, pokud pracovní poměry některých zaměstnaneckých kategorií nebyly upraveny zvláštními právními předpisy. I v takových případech byly nicméně předpisy občanského zákona zpravidla pramenem podpurným¹.

Mezi výše zmíněné zvláštní předpisy týkající se některých skupin zaměstnanců patřil např. zákon ze dne 28. července 1902, č. 156 ř. z., kterým se upravují pracovní poměry dělníků zaměstnaných při režijních stavbách železnic a jejich pomocných ústavech, zákon ze dne 13. ledna 1914, č. 13 ř. z., o služební smlouvě osob ustanovených v hospodářských a lesnických podnicích ke službám vyššího druhu a zejména pak zákon ze dne 11. července 1934, č. 154 Sb. z. a n., o pracovním poměru soukromých úředníků, obchodních pomocníků a jiných zaměstnanců a v podobném postavení (zákon o soukromých zaměstnancích).

Vedle těchto zvláštních předpisů byly v době první republiky vydávány také předpisy zaměřené obecně na pracovní podmínky zaměstnanců, včetně bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, a na zastupování zájmů zaměstnanců. Mezi takové předpisy patřily zákon ze dne 19. prosince 1918, č. 91. Sb. z a n., o osmihodinové době pracovní, zákon ze dne 19. července 1919, č. 420 Sb. z. a n., o práci dětí, zákon ze dne 12. srpna 1921, č. 330 Sb. z. a n., o závodních výborech.

Právě tyto četné právní předpisy představovaly pronikání veřejnoprávního prvku do dosud soukromoprávní a zásadně dispozitivní právní úpravy pracovněprávních vztahů. Důsledkem těchto intenzivních veřejnoprávních zásahů byla zřejmě definitivní emancipace pracovního práva jako samostatné právní disciplíny. Na druhou stranu ovšem v souvislosti s tímto

¹ Srov. FREUDENFELD, F. KASANDA, J. *Pracovní právo republiky Československé*. 2. vyd. Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1938. s. 58 - 59.

pronikáním veřejnoprávních prvků do úpravy pracovněprávních vztahů nedošlo ke změně v soukromoprávní podstatě pracovního práva a jeho těsné vazbě k občanskému právu.

2.2 VÝVOJ PO ROCE 1948

Po komunistickém převratu v únoru roku 1948 následovalo přebudování celého tehdejšího právního řádu tak, aby odpovídal tehdy uznávaným socialistickým principům. Zásadním změnám samozřejmě nemohlo uniknout pracovní právo, jemuž byla přisuzována úloha *upravovat společenské pracovní vztahy a vztahy s nimi těsně spjaté, aby se upevňovala socialistická organizace společenské práce, zejména aby na základě nepřetržitého růstu produktivity práce byly zajišťovány co nejlepší pracovní podmínky, aby byla důsledně uplatněna zásada odměny za práci podle jejího množství a jakosti a aby pracující byli vychováváni k socialistické pracovní morálce, dále aby byly omezovány a vytlačovány kapitalistické pracovní vztahy*².

Základním úkolem tehdejšího zákonodárce v oblasti pracovního práva bylo sjednocení pracovněprávních předpisů, které nadále zůstávaly roztržštěné v řadě legislativních aktů, přičemž řada z nich se nadále vztahovala pouze k určitým skupinám zaměstnanců.

V roce 1950 došlo k vydání zákona č. 141/1950 Sb., občanský zákon. Právě v tomto počínu lze najít první krok směřující k odtržení pracovního práva od práva občanského, neboť nový občanský zákon zcela záměrně neobsahoval žádnou úpravu týkající se pracovní smlouvy. Proto byla také v platnosti ponechána ustanovení § 1151 až 1164 obecného zákona občanského a do budoucna se předpokládalo, že úprava pracovní smlouvy bude přenechána samostatné kodifikaci pracovního práva. Tím bylo dáno najevo, že se úprava pracovněprávních vztahů vylučuje z oboru občanského práva³.

Tehdejší teorie pracovního práva vycházela pod vlivem komunistické ideologie z předpokladu, že pracovní právo je svými zásadami a předmětem (okruhem společenských vztahů) zcela odlišné od občanského práva, stejně jako od dalších právních odvětví⁴. Pracovní právo bylo navíc považováno za jakýsi společenský nástroj, kterým je třeba napomáhat budování socialismu, a tímto jeho vnímáním byl samozřejmě podmíněn jeho obsah. Takovéto vymezení funkcí pracovního práva navíc v našich podmínkách předznamenávalo i nazírání pracovního práva jako právní odvětví zcela nezávislé na občanském právu, za jehož předmět byla považována právní

² HROMADA, J., CHYSKÝ, J., WITZ, K. *Československé pracovní právo*. Praha: Orbis, 1957. s. 21.

³ Srov. tamtéž, s. 76.

⁴ Srov. KOVÁŘÍK, J. *Pracovní právo ČSSR*. Praha: Svoboda, 1966. s. 36

úprava vztahů vznikajících při uspokojování hmotných a kulturních potřeb občanů a při užívání a ochraně jejich osobního vlastnictví⁵.

Održení pracovního práva od občanského práva bylo v duchu nastíněných idejí definitivně realizováno přijetím zákoníku práce, tedy zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce (dále jen „zákoník práce“) který vstoupil v účinnost dne 1. ledna 1966. Zákoník práce se stal kodexem, který zrušil drtivou většinu předpisů, jež byly dosud na pracovněprávní vztahy aplikovány, včetně Hlavy XXVI obecného zákoníku občanského. Zákoník práce upravoval pracovněprávní vztahy zcela samostatně, tedy nezávisle na jiných předpisech, včetně tehdy již účinného zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“). Sám tedy upravoval i obecné právní instituty jako právní úkony, způsobilost k právům a povinnostem a k právním úkonům, počítání času atd.

Tato izolace pracovního práva od zbytku právního řádu, odůvodněná ideologickými a politickými východisky, nebyla v průběhu následujících desetiletí zpochybňována a pochopitelně ani změněna. Teoretická fronta pokročila v odůvodňování samostatného postavení pracovního práva tak daleko, že pracovnímu právu přisoudila zcela zvláštní postavení z hlediska metody regulace, která se v něm uplatňuje. K tomu je třeba podotknout, že socialistické pracovní právo neuznávalo členění právního řádu na právo soukromé a veřejné, ale vycházelo z představy dělení právních odvětví na ta, ve kterých se uplatňuje občanskoprávní metoda regulace a ta, která jsou ovládána metodou administrativní.

Občanskoprávní metoda regulace byla přitom předznamenána rovností jejich subjektů a uplatněním autonomie vůle, zatímco administrativně právní metodu regulace charakterizoval vztah nadřízenosti a podřízenosti subjektů. Ve vztahu k pracovnímu právu se uplatňoval názor, že v jeho rámci dochází k prolínání obou metod úpravy tak, že vzniká nová kvalitativně odlišná metoda právní úpravy, což bylo považováno za důsledek toho, že společenské pracovní vztahy vznikají z jiných sociálně ekonomických podmínek, rovnost a podřízenost subjektů a další znaky obou metod mají jiný společenskoekonomický obsah, jiné motivy a jiný charakter než ve vztazích občanskoprávních⁶.

Skutečností je, že k podobnému vývoji docházelo v poválečném období ve všech zemích tzv. východního bloku. K naprostému održení pracovního práva od práva občanského ovšem došlo pouze v Československu, neboť v jiných zemích byla alespoň částečná vazba těchto odvětví vždy zachována.

⁵ WITZ, K. a kol. *Československé pracovní právo*. Praha: Orbis, 1967. s. 36.

⁶ KALENSKÁ, M. a kol. *Československé pracovní právo*. Praha: Panorama, 1981. s. 16.

Příkladem tohoto přístupu může být Polsko, kde ke kodifikaci socialistického pracovního práva došlo přijetím Ustawy z 26. 6. 1974 r. - Kodeks pracy (dále jen „polský zákoník práce“). Ačkoli byla v této době zdejší právní teorie nepochybně ovlivněna podobnými politickými okolnostmi jako v tehdejší Československu, k úplnému zpřetrhání vazeb mezi občanským právem a pracovním právem zde nedošlo. Vycházelo z předpokladu, že pracovní právo je samostatným právním odvětvím a polský zákoník práce musí jakožto jeho kodex musí obsahovat úpravu celé řady specifických institutů. Na druhou stranu se ovšem vycházelo z předpokladu, podle kterého je ve vztazích upravovaných polským zákoníkem práce třeba aplikovat i ty instituty, které tradičně spadají do práva občanského a jsou tedy upraveny občanským zákoníkem⁷. Aplikace této obecné soukromoprávní, resp. občanskoprávní úpravy byla tedy v pracovněprávních vztazích připuštěna, a to na základě principu subsidiarity.

Pravdou je, že polské pracovní právo se k možnosti aplikovat na pracovněprávní vztahy občanskoprávní pravidla stavělo poměrně zdrženlivě. V literatuře bylo zdůrazňováno, že občanský zákoník lze v pracovněprávních vztazích použít jen tehdy, pokud dotčenou úpravu neobsahuje sám zákoník práce, je-li použití občanskoprávního pravidla nezbytné, dále za podmínky, že dotčené ustanovení občanského zákoníku je použito vhodným způsobem, a pokud nedojde k narušení zásad pracovního práva⁸.

I přes tato velmi omezující pravidla subsidiární aplikace občanského zákoníku v pracovněprávních vztazích, jež zřejmě měla stejně jako v tehdejší Československu akcentovat význam pracovního práva jako jednoho z nástrojů „budování socialismu“, alespoň z principiálního hlediska nebylo pracovní právo od práva občanského definitivně izolováno. V pracovněprávních vztazích tedy byla aplikovatelná zejména obecná občanskoprávní pravidla týkající se osob, právních úkonů, obecných ustanovení splnění závazků a následků jejich nesplnění, pokud tedy pracovněprávní předpisy neobsahovaly vlastní řešení⁹.

Pokud se dále týká Polska, pro úplnost je třeba dodat, že nastíněné pojetí vztahu občanského a pracovního práva zde prakticky v nezměněné podobě přetrvávalo až do současnosti. Článek 300 polského zákoníku práce i

⁷ Srov. KOROLEC, R., PACHO, J. *Nowe prawo pracy*. Warszawa: Książka i Wiedza, 1975. s. 43.

⁸ FILCEK, A. a kol. *Kodeks pracy z komentarzem*. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 1979, s. 702.

⁹ Srov. tamtéž.

v současné umožňuje aplikovat v pracovněprávních vztazích podpůrně občanský zákoník, nedojde-li tím k rozporu se zásadami pracovního práva¹⁰.

2.3 OD ROKU 1989 DO DNEŠNÍCH DNŮ

Po pádu komunistického režimu na konci roku 1989 započaly diskuse o nové podobě soukromého práva, resp. o znovukonstituování soukromého práva jako takového. Poměrně brzy bylo dosaženo všeobecně akceptovaného konsensu o tom, že stávající právní předpisy upravující materii patřící do oblasti soukromého práva jsou s ohledem na dobu svého vzniku a principy, na kterých byly vystavěny, se zřetelem k novým společensko ekonomickým podmínkám nevhodné a měly by být nahrazeny moderní právní úpravou.

V rychlém sledu ovšem následovalo pouze nahrazení hospodářského zákoníku zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „obchodní zákoník“), který vstoupil v účinnost 1. ledna 1992. Ostatní kodexy byly jen novelizovány, byť podstatným způsobem, s tím, že započaly práce směřující k jejich nahrazení novou právní úpravou.

Hlavní síly rekonstrukčního úsilí byly pochopitelně namířeny k občanskému zákoníku. Vize vztahující se k novému občanskému zákoníku byla taková, že by tento předpis měl v rámci právního řádu zaujmout místo, které mu z hlediska kontinentální právní tradice má příslušet. Z občanského zákoníku se tedy v první řadě měl stát základní, výchozí a integrující soukromoprávní předpis, aplikovatelný jako *lex generalis* i v dalších soukromoprávních odvětvích.

Prvním konkrétním výstupem diskusí o podobě nového občanského zákoníku byl návrh, jehož konečná podoba byla k veřejné diskusi předložena v roce 1996¹¹. Tato koncepce nového občanského zákoníku byla poměrně novátorská a radikální, což se týkalo i vztahu občanského zákoníku a zákoníku práce. Záměrem bylo integrovat v občanském zákoníku vlastně veškerou soukromoprávní úpravu. Koncepce občanského zákoníku proto ve vztahu k pracovnímu právu počítala s takovým řešením, že pracovní smlouva bude vřazena do systému občanskoprávního závazkového práva jako jeden ze smluvních typů.

Záměr byl nicméně takový, že v občanském zákoníku bude upravena pouze „soukromoprávní“ část individuálního pracovního práva, přičemž veřejnoprávní pravidla, která jsou a musí být součástí pracovního práva, budou obsažena ve zvláštních právních předpisech. Koncepce proto počítala pouze s poměrně strohou úpravou pracovní smlouvy, pracovního poměru,

¹⁰ Srov. WRATNY, J. *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 2004. s. 729.

¹¹ Viz. Koncepce nového občanského zákoníku. *Právní praxe*. 1996, č. 5. - 6. s. 253 - 380.

základních práv a povinností smluvních stran a výchozích principů pracovněprávních vztahů. Občanský zákoník měl dále obsahovat výslovné zmocnění, podle kterého zvláštní předpisy upraví bližší a další obsah pracovní smlouvy, odměňování, pracovní doby atd. Počítalo se rovněž se zvláštní a samostatnou úpravou kolektivního pracovního práva a úrazového pojištění zaměstnanců.

Zákony upravující pracovní poměr se měly od stávajícího zákoníku práce lišit tím, že by nevycházely z principu všeobecnosti práce a netýkaly by se proto všech jejích právních forem¹².

Hlavními argumenty zastánců tohoto řešení bylo důsledné oddělení soukromého a veřejného práva spolu s reintegrací pracovního práva do systému občanskoprávních závazkových vztahů a vybudováním pozice občanského zákoníku jako skutečného základního kodexu soukromého práva, který integruje i obchodní, rodinné a pracovní právo¹³. Dále bylo zdůrazňováno, že pracovní právo je odvětvím soukromoprávním, v němž se uplatňuje rovnost subjektů a smluvní svoboda, a proto se musí *svými kořeny vrátit do rodiny soukromého, tedy občanského práva*¹⁴.

Nastíněná východiska vztahu občanského zákoníku a zákoníku práce a potažmo občanského a pracovního práva narazila nicméně na poměrně tvrdý odpor, ve kterém se sjednotila jak podstatná část zainteresované odborné veřejnosti, tak i sociální partneři.

Více či méně odmítavě se ke koncepci nového občanského zákoníku a jeho vztahu k zákoníku práce vyjádřila ve svém stanovisku Společnost pro pracovní právo a právo sociálního zabezpečení¹⁵. Výchozím bodem kritiky navrhovaného řešení vřazení právní úpravy pracovní smlouvy do systému občanskoprávních závazků bylo upozornění na skutečnost, že občanskoprávní kodex nemůže pojmout celou pracovněprávní úpravu. Pravdou je, že koncepce návrhu občanského zákoníku výslovně počítala s tím, že občanský zákoník obsáhne pouze „soukromoprávní“ část úpravy pracovní smlouvy a zbytek ponechá zvláštní právní úpravě, nicméně právě

¹² Srov. ZOULÍK, F., Průvodní zpráva k materiálu „Koncepce nového civilního kodexu“. *Právní praxe*, 1996, č. 8. - 9, s. 603.

¹³ Srov. argumentace F. Zoulíka in KALENSKÁ, M. Zruší se v České republice zákoník práce? (Zpráva ze semináře o pracovněprávních vztazích). *Právní praxe*, 1996, č. 8 - 9, s. 552.

¹⁴ Argumentace A. Winterové tamtéž, s. 553.

Srov. též KOSTEČKA, J. Pracovní právo a legislativní koncepce v oblasti soukromého práva. *Právní praxe*, 1995. č. 1, s. 2 - 16.

¹⁵ BĚLINA, M., TRÖSTER, P. Stanovisko Společnosti pro pracovní právo a právo sociálního zabezpečení k připravované rekodifikaci občanského a pracovního práva. *Právní praxe*, 1996. č. 8. - 9, s. 542 - 546.

tento přístup byl ve výše citovaném stanovisku zmíněn jako základní kámen úrazu.

První problém, na který stanovisko upozornilo, je ten, že oddělení „soukromoprávních“ a „veřejnoprávních“ oblastí pracovního práva je vpravdě neřešitelný úkol, neboť pracovní právo je založeno na ingerenci veřejnoprávní a soukromoprávní metody regulace. I kdyby se tento přístup podařilo realizovat, došlo by k situaci, kdy by část určitého pracovněprávního institutu byla upravena v občanském zákoníku a část v předpisu jiném. Takový stav by vedl k rozptýlení pracovněprávních norem, což by mělo za následek značné aplikační problémy. Právě tato výsledná roztržitost pracovního práva do několika předpisů byla druhým zásadním problémem spojovaným s navrhovaným novým občanským zákoníkem. V citovaném stanovisku bylo akcentováno, že pracovněprávní úprava by měla být ucelená, přehledná, aby byla jednoduše aplikovatelná a aby mohla pružně reagovat na změny. Navrhované řešení by z tohoto pohledu neobstálo a mohlo by mít za následek vznik právní nejistoty a nárůst sporů.

Z obdobných důvodů a s použitím obdobných argumentů se k návrhu nového občanského zákoníku kriticky stavěli také představitelé odborné veřejnosti¹⁶ a rovněž i sociální partneři. Jejich stanoviska byla zdokumentována a publikována ve Zprávě ze semináře o pracovněprávních vztazích¹⁷, kde se jak zástupci zaměstnavatelů, tak i odborů, jasně vyslovili proti „rozparcelování“ zákoníku práce do občanského zákoníku a dalších právních předpisů.

Je nicméně třeba podotknout, že podstatná část teoretiků pracovního práva neodmítala myšlenku provázání občanského a pracovního práva jako takovou. I výše citované stanovisko Společnosti pro pracovní právo a sociální zabezpečení bylo uzavřeno názorem, podle kterého by občanský zákoník měl být vybudován jako obecný soukromoprávní kodex, který by subsidiárně platil pro pracovněprávní vztahy zejména pokud jde o obecné soukromoprávní instituty, které by tak zákoník práce nemusel sám a vůči občanskému zákoníku duplicitně upravovat¹⁸.

Z hlediska dalších fází diskusí o podobě vztahu občanského a pracovního práva je podstatné, že práce na občanském zákoníku, který by vycházel z koncepce zveřejněné v roce 1996, byly následně zastaveny. S odstupem

¹⁶ Viz např. ZRUTSKÝ, J. Nová koncepce občanského zákoníku a pracovní právo. *Právní rozhledy*. 1997, č. 2, s. 77 - 79. nebo KALENSKÁ, M. Pracovní právo v koncepci občanského zákoníku. *Právník*. 1996, č. 12, s. 1063 - 1076.

¹⁷ KALENSKÁ, M. Zruší se v České republice zákoník práce? (Zpráva ze semináře o pracovněprávních vztazích). *Právní praxe*. 1996, č. 8 - 9, s. 547-555.

¹⁸ Shodně viz též KALENSKÁ, M. Zachováme zákoník práce? *Právník*. 1997, č. 12, s. 1041 - 1044.

času pak lze říci, že myšlenka částečné integrace právní úpravy pracovní smlouvy do občanského zákoníku tím byla opuštěna.

Po několika letech, kdy se legislativní práce týkající se jak občanského zákoníku, tak i zákoníku práce, soustředily spíše na provádění dílčích novel, přijímaných poměrně často i z důvodu harmonizace české právní úpravy se směrnicemi Evropských společenství, přišel další impuls k zásadnější přestavbě soukromého práva počátkem roku 2000, kdy byl tehdejším ministrem spravedlnosti O. Motejlem pověřen přípravou nového občanského zákoníku K. Eliáš.

Poměrně záhy poté byl vypracován věcný záměr nového občanského zákoníku a v roce 2001 pak byly publikovány hlavní zásady nového soukromoprávního kodexu, jejichž autorkou byla vedle K. Eliáše také M. Zuklínová¹⁹. Důležité místo v této nové koncepci občanského zákoníku pochopitelně patřilo i zamýšlenému vztahu občanského zákoníku k pracovněprávním předpisům.

Autoři zde konstatují, že cesta, která byla podle jejich vlastních slov poznamenána „svatým nadšením“ pro soukromé právo, tedy návrat soukromoprávní úpravy pracovní smlouvy do občanského zákoníku ruku v ruce se samostatnou úpravou veřejnoprávních aspektů, se ukázala jako neefektivní²⁰. Koncepce nového občanského zákoníku z roku 2001 počítala s jiným řešením, a to mimo jiné z důvodů *tradicionalistických, sociálních a i sociálně psychologických a politických*²¹ zachovat zákoník práce jako samostatný právní předpis s tím, že bude vybudováno jeho propojení s občanským zákoníkem. Bylo přijato východisko, že občanský zákoník bude v pracovněprávních vztazích aplikován subsidiárně, což bude z obecného pohledu znamenat vybudování pracovního práva jako zvláštní soukromoprávní disciplíny a tedy jeho pevné ukotvení v systému soukromého práva a z pohledu praktického opuštění duplicitní pracovněprávní úpravy obecných soukromoprávních institutů.

Lze říci, že takováto koncepce vztahu občanského zákoníku a zákoníku práce byla široce akceptována (konsensus byl dosažen nejen s podstatnou částí odborné veřejnosti, nýbrž po určitých jednáních i se sociálními partnery) a přijata jako rozumné východí řešení rekodifikačního úsilí. M. Bělina k tomu kupříkladu poznamenal, že subsidiární působnost občanského zákoníku na pracovněprávní vztahy bude hrát roli zejména ve vztahu k aplikaci obecné části občanského zákoníku a obecných ustanovení o závazcích. Tento názor byl ovšem doplněn o konstatování, že by zákoník

¹⁹ ELIÁŠ, K. ZUKLÍNOVÁ, M. *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Praha: Linde, 2001. 302 s.

²⁰ Srov. tamtéž, str. 34 – 35.

²¹ Srov. tamtéž, str. 68.

práce jako *lex specialis* měl vůči obecnému předpisu, tedy občanskému zákoníku, upravit určité odlišnosti²².

Po dlouhých diskusích bylo tedy dosaženo východiska, podle něž mělo dojít k rekonstrukci občanského zákoníku a spolu s ním a ve vzájemné koordinaci i zákoníku práce s tím, že bude zákoník práce s občanským zákoníkem provázán na principu subsidiarity.

3. ZÁVĚR

Jakkoli by se na základě výše popsaného mohlo zdát, že byla otázka vztahu mezi zákoníkem práce a občanským zákoníkem, resp. pracovním a občanským právem definitivně vyřešena, další vývoj bohužel ukázal, že se tak nestalo.

Závěrem totiž zbývá shrnout, že s účinností k 1. lednu 2007 sice došlo k přijetí nového zákoníku práce, ovšem stále za účinnosti dosavadního občanského zákoníku. Jeho rekonstrukce totiž dosud nebyla provedena. Nový pracovněprávní kodex pak byl s občanským zákoníkem určitým způsobem, provázán, ale na základě tzv. principu delegace. Občanský zákoník měl být tedy v pracovněprávních vztazích aplikován vždy jen na základě odkazu učiněného zákoníkem práce.

Tato zvolená koncepce byla pro svou netradičnost a pro své nedokonalé provedení silně kritizována a její úprava byla spolu s dalšími ustanoveními zákoníku práce navržena skupinou poslanců Parlamentu České republiky Ústavnímu soudu ke zrušení. Ústavní soud pak ve svém nálezu tomuto návrhu částečně vyhověl a za protiústavní mimo jiné označil i koncepci provázání občanského zákoníku a zákoníku práce na základě delegace. V odůvodnění svého nálezu mimo jiné uvedl, že ústavnímu pořádku odpovídá pouze podpůrná, tedy subsidiární aplikace občanského zákoníku v pracovněprávních vztazích.

Dosud ovšem nedošlo k přijetí takové novelizace zákoníku práce, která by vazbu tohoto předpisu na občanský zákoník postavila na pevné základy, a tak zůstává otázka vztahu pracovního práva ke zbytku soukromoprávního systému záležitostí i nadále poměrně rozporuplnou.

Literature:

- Bělina, M. Působnost nové soukromoprávní kodifikace na pracovní vztahy. *Právní praxe*. 2001. č. 1. - 2, s. 105 - 109, ISSN 1211-0825.

²² BĚLINA, M. Působnost nové soukromoprávní kodifikace na pracovní vztahy. *Právní praxe*. 2001, č. 1. - 2, s. 107.

- Bělina, M., Tröster, P. Stanovisko Společnosti pro pracovní právo a právo sociálního zabezpečení k připravované rekodifikaci občanského a pracovního práva. *Právní praxe*. 1996, č. 8. - 9, s. 542 - 546, ISSN 1211-0825.
- Eliáš, K. Zuklínová, M. Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001. s. 302, ISBN 80-7201-313-0.
- Filcek, A. a kol. Kodeks pracy z komentarzem. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 1979. s. 740.
- Freudenfeld, F., Kasanda, J. Pracovní právo republiky Československé. 2. vyd. Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1938, s. 1264.
- Hromada, J., Chyský, J., Witz, K. Československé pracovní právo. Praha: Orbis, 1957. s. 536.
- Kalenská, M. Zruší se v České republice zákoník práce? (Zpráva ze semináře o pracovněprávních vztazích). *Právní praxe*. 1996, č. 8 - 9, s. 550 - 556, ISSN 1211-0825.
- Kalenská, M. a kol. Československé pracovní právo. Praha: Panorama, 1981. s. 399.
- Kalenská, M. Pracovní právo v koncepci občanského zákoníku. *Právník*. 1996, č. 12, s. 1063 - 1076, ISSN 0231-6625.
- Kalenská, M. Zachováme zákoník práce? *Právník*. 1997, č. 12, s. 1041 - 1044, ISSN 0231-6625.
- Korolec, R., Pacho, J. Nowe prawo pracy. Warszawa: Książka i Wiedza, 1975. s. 624.
- Kostečka, J. Pracovní právo a legislativní koncepce v oblasti soukromého práva. *Právní praxe*. 1995, č. 1, s. 2 - 16, ISSN 1211-0825.
- Kovářík, J. Pracovní právo ČSSR. Praha: Svoboda, 1966, s. 369.
- Witz, K. a kol. Československé pracovní právo. Praha: Orbis, 1967. s. 445.

- Wratny, J. Kodeks pracy. Komentarz. Warszawa: C. H. Beck, 2004. s. 762, ISBN 83-7387-121-7.
- Zoulík, F., Průvodní zpráva k materiálu „Koncepce nového civilního kodexu“. Právní praxe. 1996, č. 8. - 9, s. 601 - 610, ISSN 1211-0825.
- Zrútský, J. Nová koncepce občanského zákoníku a pracovní právo. Právní rozhledy. 1997, č. 2, s. 77 - 79, ISSN 1210-6410.
- Koncepce nového občanského zákoníku. Právní praxe. 1996, č 5. - 6., s. 253 - 380, ISSN 1211-0825.

Contact – email

jaroslav.stransky@law.muni.cz

SLUŽEBNOSTI A JEJICH (NE)PROMĚNY

JAN ŠEJDL

Právnická fakulta university Karlovy v Praze, Katedra právních dějin, Česká republika

Abstract in original language

Služebnosti jsou jedním z nejstarších institutů soukromého práva. Příspěvek si klade za cíl nastínit nejobecnější vývojové tendence a principiální změny, jež se v oblasti služebností odehrály od jejich počátku v právu římském až do současnosti, či jež jsou možné v blízké budoucnosti, představované v České republice návrhem nového občanského zákoníku. V této souvislosti se bude také možno zabývat mírou vlivu římského práva v této oblasti.

Key words in original language

Služebnosti; římské právo; ABGB.

Abstract

Servitudes are of the oldest institutes of private law. This article wants to show the most general evolutional tendencies and principled changes, which happened in the area of servitudes from their beginning in the Roman law to the present, or which are likely to happen in the near future in the Czech Republic presented by the proposal of new civil code. In this context it will be possible to resolve the question of quantity of the influence of Roman law in this rank.

Key words

Servitudes; Roman law; ABGB.

I. Uvedení

Název příspěvku se může zdát na první pohled více než zvláštní, či neprávni. Již samotný název v sobě zahrnul základní otázku, na níž se pokusí tento příspěvek alespoň z jednoho velice úzkého úhlu pohledu odpovědět, a sice otázku po proměnách služebností, či naopak jejich stabilitě během věků, jimiž služebnosti, či instituty jim podobné nebo je nahrazující prošly. Tato otázka sama je nesmírně širokým polem, které není možno ani v nejmenším obsáhnout v rozsahu tohoto příspěvku, a proto bylo nutno se zaměřit pouze na určitou dílčí charakteristiku služebností, či jinak řečeno na určitý problém, jež služebnosti v oné dlouhé době provázely. Bývá zvykem postupovat od obecného a nejvšeobecnějšího k problémům dílčím a konkrétnějším a není tedy nevhodné do této problematiky vstoupit z pohledu samotného dělení a kategorisace, či snad systematiky služebností, tedy jedné ze základních charakteristik, jíž služebnosti nabývají.

Skupina služebností je z mnoha úhlů pohledů skupinou unikátní a jedinečnou. Již samotná skutečnost, že minimálně jako konkrétní instituty přetrvaly tisíciletí alespoň v základních obrysech, svědčí nikoliv snad o značné míře konservativnosti práva jako společenského fenoménu, ale spíše o stabilitě hospodářsko-společenských vztahů, na něž služebnosti navazují a jejichž problémy řeší, či se o to alespoň pokoušejí. Vrhne-li se alespoň letným pohledem do dávných dob římské společnosti, kdy snad ještě ani není možno mluvit o státu, můžeme tušit vznik služebností z prosté hospodářské potřeby tehdejších rolníků a jejich do pevnosti a stability se rozvíjejícího vztahu k půdě, či jinak pozemkům. S touto stabilisací, jež tvoří základy vytvářejícího se práva vlastnického, vznikají přirozené konflikty mezi jednotlivými vztahy a také mezi zájmy a osobami, jež jsou od těchto vztahů v jistém smyslu odvozeny. Nejstarší služebnosti, tedy některé služebnosti vodní a cestné jsou přímým vyústěním těchto konfliktů a představují sice omezení a jistou „proti-systémovost“, či snad narušení koncepce moci nad věcí jako projevu vlastnického práva, ale proti tomu umožňují smysluplné a optimálnější hospodářské využití tak cenné věci, jakou pozemek byl. Jak je vidno, tak služebnosti a vznik vlastnického práva (či snad věcných práv obecně) není možno od sebe zcela oddělit, neboť se jedná jakési spojitě nádoby, které si vzájemně umožňují optimálnější existenci, ač je v tomto vztahu oním v jistém smyslu silnějším činitelem právo vlastnické. Lze se však z tohoto důvodu domnívat, že samotná existence vlastnického práva bude vždy produkovat potřebu existence služebností, či práv jim podobných, které ony konflikty budou umět konkrétně řešit.

Další zvláštní charakteristika služebností jako skupiny rovněž částečně vychází z jejich dávné historie a velice starého původu. Institut služebností spočívá v klassickém pojetí v souhrnu mnoha konkrétních a do značné míry kasuistických oprávnění, či jinak též konkrétních služebností. Poněkud starší termín *iura praediorum* označující služebnosti pozemkové vyjadřuje tuto skutečnost zcela jasně a zřetelně. Tato charakteristika služebností jako skupiny staví do určitého popředí otázku kategorisace služebností, tedy tvorby určitých skupin se shodnými, či alespoň potřebnými atributy. Skutečností však je, že vývoj a historie si bez těchto teoretických snah a činností poradila. Konkrétní služebnosti fungovaly, aniž by bylo nutno je výrazně zařazovat. Až s rozvojem právní vědy vyšly do popředí jisté společné rysy těchto jednotlivých práv a začaly vznikat struktury, jimž by zde mělo být místo věnováno především.

II. Právo římské

Mnohdy bývá na právo římské pohlíženo jako na jednolitou a v čase nepřilíhš proměnnou masu práva. Je však nutno si uvědomit, že doba, po níž se římské právo vyvíjelo, je dobou o mnoho delší, než jakou prošlo právo moderní (např. od novodobých civilních kodifikací) a není možno domnívat

se, že by za tuto dobu nedocházelo k významným změnám. I tehdy, odhlédneme-li od samotného vzniku a stabilisace služebností, či jednotlivých jejich práv, můžeme v římském právu vidět několik oblastí služebností se týkajících, v nichž docházelo k posunům, či změnám. Jednou z těchto oblastí je také samotná kategorisace, či systematika služebností, která prošla poměrně zajímavým přerodem především v souvislosti s justinianskou kodifikací.

II. 1. Servitutes personarum a servitutes rerum

Po dlouhá staletí římského právního vývoje byl pojem služebnost spojován především s právem vázaným k cizímu pozemku. Služebnosti v klassickém smyslu představují ona *iura praediorum*, práva pozemková, tedy ty právní vztahy, kde oprávněný (obecně vlastník panujícího pozemku) má možnost určitého působení na cizí pozemek a povinný (obecně vlastník služebného pozemku) je povinen ke strpění, či nekonání (s výjimkou *servitutis oneris ferendi*). Tyto klassické služebnosti se pak dělí mezi služebnosti městské a venkovské. Vedle uvedených práv pak existují jednotlivá práva, jež je možno do jisté míry avšak zavádějícím způsobem nazvat osobními užívacími právy, do kteréžto kategorie by pak bylo lze zařadit kupříkladu *usus*, *usufructus*.

Tento systém se však velice výrazně mění v justinianských kodifikacích. Určité společné znaky uvedených práv přivedly kompilátory k myšlence spojit do jedné kategorie služebnosti a ona osobní užívací práva. Tímto způsobem se zcela mění jak systematika služebností, tak i význam a rozsah samotného pojmu služebnosti.

Na samotném úvodu VIII. knihy *Digest*, jež celá je věnována služebnostem, stojí Marcianův fragment, jenž konstatuje, že „*servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*“.¹ Z tohoto fragmentu jasně do popředí vystupuje primární rozdělení služebností na *servitutes personarum* a *servitutes rerum*. Pod pojmem *servitutes rerum* můžeme vidět obor původních služebností v klassickém smyslu slova a pojem služebností osobních zahrnuje zvláštní osobní práva k cizí věci, jako například *usus* a *usufructus*. Tato práva jsou zde zcela nově zařazena pod společný pojem *servitutes*.

Je rovněž možno se ptát po vhodnosti a oprávněnosti systematiky uvedené v *Digestech*. Není nezjevné, že vytvořením souhrnného pojmu služebnost pro původní služebnosti a osobní práva jako *usus* a *usufructus* došlo k velmi značnému jeho sblížení s pojmem *iura in re aliena*. Tento problém však

¹ Dig. 8.1.1 (Marc. lib. 3 reg.).

tvůrci Justinianských vůbec nemohli mít na paměti, neboť se časově nacházeli daleko před vznikem pojmu *iura in re aliena*. Středověcí právníci pozorovali společné rysy mezi jistými druhy práv a oprávnění, avšak celou skupinu dnešních práv k věci cizí zahrnout pod termín *servitus* by bylo nejen odvážné, ale rovněž z hlediska etymologického i protismyslné. Výsledný pojmový systém, který je jasným plodem těchto časových následností, tedy vykazuje jistou slabinu v přílišné blízkosti pojmů *servitus* a *iura in re aliena* a poměrně velké šíři pojmu *servitus*.

Jistě nelze nechat bez povšimnutí otázku, proč tedy již dříve římscí právníci nepřišli s tímto konceptem. Říká se, že římscí právníci byli především praktici, jež byli daleci přílišných teoretických struktur, ale i mimo tuto skutečnost lze nalézt několik důvodů, proč nebylo (a do jisté míry i není) zcela vhodné vytvořit onen souhrnný pojem *servitus* ve smyslu justinianském. Pokud bychom se chovali více formalisticky, tak by jistě na mysl připadla ponejprve otázka platnosti a dosahu zásad, jež jsou v oblasti služebností vedeny. Skutečnost je taková, že mnohé ze zásad výše nastíněných se často v jistém smyslu týkají celého oboru *iuris in re aliena* (např. *nulli res sua servit*² s analogickým použitím kupříkladu na právo zástavní), jiné se proti tomu týkají výhradně služebností pozemkových (typicky *praedia vicina esse debent*,³ kteroužto formuli není příliš úspěšně možno pro služebnosti osobní použít). Tato skutečnost svědčí nejen o rozdílnosti historického původu obou druhů justinianských služebností, ale hlavně o podstatných rozdílech ve fungování *servitutis viae* a kupříkladu *usufructus*.

Tímto rozdílem ve fungování přichází na mysl onen méně formalistický přístup, tedy otázka po účelu a funkci samotných služebností osobních a pozemkových, jež se do jejich fungování výrazně promítá. Služebnosti pozemkové, jak už ze samotného jejich původu a způsobu vzniku vyplývá, jsou určeny především ke zlepšení a zjednodušení možnosti vhodného hospodářského užívání pozemku. Tyto služebnosti mají především bránit situacím, kdy je nemožno pozemek účelně využívat kupříkladu jen proto, že na něho nevede cesta, či nemá tento pozemek přístup k vodnímu zdroji. Je však vhodné si uvědomit, že římské právo nepracuje s institutem nutné stezky, či cesty, jako mnohé moderní právní řády. V této souvislosti je rovněž vhodné zmínit, že míra potřeby tohoto pozemku je také jedním určovacích faktorů míry užívání služebnosti a jejího faktického fungování

² Dig. 8.2.26 (Paul. lib. 15 ad sab.): *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit): itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.*

³ Dig. 8.3.7.1 (Paul. lib. 21 ad ed.): *In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit.*

(například pro větší panující pozemek bude potřeba vody v rámci *servitutis aquae ducendae* větší, než v případě pozemku malého.

Účel, či úloha služebností osobních je však zcela odlišná. Jejich podstata spočívá především v zajištění (nikoliv ve smyslu běžném pro právo zástavním) oprávněné osoby, respektive jejich osobních například vyživovacích potřeb. Jedná se tedy o ta práva, která umožňují konkrétní osobě, či osobám působit na věci cizí pro jejich vlastní potřebu, či potěchu. Lze se domnívat, že povětšinou bylo služebností osobních užíváno například při převodu vlastnického práva, kdy se předchozímu majiteli ponechávala doživotně určitá dispozice, či možnost působení na věc. Není tedy možno nevidět v osobních služebnostech jistou formu blízkou současnému systému zabezpečení například pro stáří.

II. 2. Služebnosti městské a venkovské

Jak z výše uvedeného Marcianova fragmentu⁴ vyplývá, v případě služebností pozemkových, či věcných nekončí dělení na této úrovni a postupuje hlouběji. Tato skutečnost není dána ani tak větším množstvím konkrétních služebností, jež by bylo možno do těchto kategorií zahrnovat, ale především v historickém vývoji, kdy nejprve vznikaly ony služebnosti venkovské a teprve s rozvojem městského života služebnosti městské. Skutečností také je, že obě tyto skupiny mají mezi sebou i jisté principiální rozdíly (například ve vztahu dělení služebností na negativní a pozitivní, či pojmání služebností jako *res Mancipi*, či *nec Mancipi*).

Dělení toto mohlo by se zdát na první pohled svým způsobem neproblematické, vztahuje-li se služebnost k pozemku umístěnému ve městě, tedy bychom hovořili o služebnosti městské a naopak. Takovéto vnímání by však bylo poněkud pomýlené. To, co je určující pro toto rozdělení je hospodářské využívání pozemku, tedy skutečnost, zda se pozemku využívá „k hospodářství rolnickému nebo ke stavbě.“⁵ Neodvídají se tedy toto rozdělení od samotného umístění pozemku, ale od způsobu, jímž je využíván. Tato skutečnost nachází také svoji souvislost s pravidlem, že pozemkové služebnosti odpovídají objektivní hospodářské potřebě pozemku,⁶ neboť právě charakteristika užívání pozemku je také určující

⁴ Dig. 8.1.1.

⁵ J. Vančura, Úvod do studia soukromého práva římského, Praha, 1923, s. 212. Viz též například L. Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského, Bratislava, 1929, s. 260.

⁶ Viz například F. Pastori, *Gli Istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Bologna, Cisalpino, 1992, s. 372 a 373, či V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene editore, 1994, s. 234 a 235.

veličinou pro hospodářskou potřebu pozemku a tedy i pro služebnosti, jež jsou k této potřebě relevantní.

Ani na této úrovni však možnost dělní služebností nekončí, neboť je možno už konkrétní služebnosti systémově rozřazovat mezi funkčně určené skupiny. Můžeme tedy pozemkové venkovské služebnosti dělit nikoliv však beze zbytku na služebnosti cestné (např. iter, actus, via, ale také dle mého soudu i servitus navigandi), vodní (například servitus aquae ducendae, či aquae haustus) a užitkové (například servitus harenae fodiendae, či cretae eximendae). Je zjevné, že hranice mezi těmito skupinami nemusejí být zcela ostré a mnohá oprávnění v sobě mohou zahrnovat i další, řekněme vedlejší, či doprovodná oprávnění, jež by jinak mohla odpovídat samostatné služebnosti (například servitus aquae hauriendae v sobě zahrnuje i ius itineris tedy vůbec možnost k onomu zdroji vody se dostavit a vstoupit na cizí pozemek).⁷ Rovněž i jednotlivé služebnosti městské je možno zařadit do podobných skupin, a sice mezi iura luminum (např. servitus luminum, ale také z důvodu jisté příbuznosti též servitus ne prospectui officiatorum), druhou skupinu bychom mohli pak charakterisovat jako iura stillicidiorum do níž je možno zahrnout například servitus stillicidii, či také servitus cloacae immitendae, třetí skupinu tvoří iura parietum (což ovšem není úplně nejvhodnější název, neboť by snad bylo vhodnější název jejich odvozovat od skutečnosti poskytování určité opory) v níž je možno nalézt například servitus tigni immitendi, či oneris ferendi. Čtvrtou skupinou, velice specifickou, jejíž jednotlivá oprávnění je možno vyvozovat z výše uvedených skupin jsou pak zvláštní služebnosti „opačné“ kupříkladu servitus altius tollendi nebo luminibus officiendi, které umožňují postup proti jiné, či přísnější právní reglementaci.

II. 3. Servitutes rerum a servitutes praediorum

Jak bylo již uvedeno, na samotném počátku VIII. knihy Digest se dočítáme, že „servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum“.⁸ Za povšimnutí v tomto fragmentu mimo jiné stojí i ony „servitutes... rerum...“, což je termín, který se již dále v VIII. knize nikde nevyskytuje. Všeobecně přijímaná bipartice servitutes personarum proti servitutes praediorum, je v tomto pohledu na

⁷ Dig. 8.3.3.3 (Ulp. lib. 17 ad ed.): Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum et, ut ait Neratius libro tertio membranarum, sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit, sive tantum hauriendi, inesse et aditum sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. haec de haustu ex fonte privato. ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere.

⁸ Dig. 8.1.1 (Marc. lib. 3 reg.).

Marcianův zlomek pojmána poněkud jinak, než bývá zvykem. Je možno se tázat, do jaké míry je obsah fragmentu původní a lze jej přičítat Marcianovi, či co naopak může být zásahem kompilátorovým. Domnívám se, že zásahy kompilátorů směřovaly především ke sjednocování terminologie, odstraňování rozporů, či zjednodušování a v tomto duchu podobně. Pokud bychom přistoupili ke tvrzení, že výše uvedený fragment je výrazně (po terminologické stránce) upraven kompilátory, pak bychom se museli tázat, proč jej upravili do podoby, která není příliš souladná se zbytkem VIII. knihy. Jistě, že ani Digesta nejsou prosta jistých chyb a rozporů uvnitř textu, což lze vzhledem k šíři a rozsahu materie v porovnání s časem, který kompilátoři k sestavení sbírek potřebovali a jejich obdivuhodné organizaci práce více než pochopit, avšak vzhledem i k umístění daného fragmentu hned na samotné čelo VIII. knihy, domnívám se, že terminologická struktura tohoto zlomku, odlišná od systematiky celého díla, je dílem Marcianovým a odráží část cesty, která vedla ke sblížení služebností pozemkových a osobních. Bohužel ani přímo navazující část tohoto fragmentu není příliš objasňující. Formulace dělící servitutes rerum na servitutes rusticorum praediorum et urbanorum umožňuje, a nutno říci, že snad i přímo nabízí výklad vztahující praediorum pouze ke slovu rusticorum, nikoliv však k urbanorum. V tomto úhlu pohledu lze pak vykládat i ona servitutes rerum. Marcianus je nemůže označit jako praediorum, neboť servitutes urbanorum nemají přívlastku praediorum a jako praediorum označuje pouze servitutes rusticorum. Je možno si klást otázku, co vedlo autora k odepření přívlastku praediorum pro servitutes urbanorum. Jak již bylo výše uvedeno, starší termín iura praediorum se vztahoval historicky spíše na pozemkové služebnosti venkovské (vzhledem k době, kdy jeho bylo používáno), je možno, že i toto bylo jedním z důvodů, proč Marcianus postupoval při svém dělení uvedeným způsobem. Domnívám se však, že tento důvod nemůže být dostačující. Patrně autor nevnímal tak silnou vazbu mezi pozemkem a právem, jako je tomu v případech servitutum rusticorum, kdy je zatížen povětšinou přímo pozemek (je po něm chozeno, z něho těženo, odebírána voda...). V případech servitutum urbanorum ono hmotné zatížení směřuje především proti tomu, co na daném pozemku stojí (servitus oneris ferendi), či limituje majitele v jeho stavebních plánech (servitus altius non tollendi), případně se může týkat určitého podzemního vedení (servitus cloacae immitendae). Je dobře známa důsledně provedená římská zásada superficies solo cedit a z hlediska práva to, co se týče povrchových staveb, týče se i pozemku samotného. Jistě se lze domnívat, že ani Marcianus sám neměl nejmenšího úmyslu vzdálit se této zásady, avšak považoval za vhodné jistým způsobem upozornit na nuance, jež se mezi oběma druhy služebností skrývají a jež jsou určeny mírou vztahu k pozemku jako takovému. Proti tomu je však také možno říci, že pojmenování skupin služebností řídí se především podle oprávněného, nikoliv podle povinného. Je zjevné, že v případě služebností pozemkových venkovských na obou stranách jasně stojí pozemek, v případě osobních služebností stojí na oprávněné straně osoba, v případě městských služebností je na jedné straně pozemek v nastíněném zvláštním postavení, a

proto autor fragmentu tuto zvláštnost vyjádřil rozlišením přívlastkem *praediorum*. V této souvislosti pak mohou variantně vycházet *servitutes rerum* jako logický završující pojem pro *servitutes praediorum rusticorum* a pro *servitutes urbanorum*.

II. 4. *Servitutes irregulares*

Samotný termín *servitutes irregulares* nepochází však z doby římské, ale byl vytvořen až středověkými právními školami pro zvláštní kombinace služebností osobních a pozemkových, které však byly známy i právu římskému ve formě *Digest* justiniánských. Prameny jasně hovoří o možnosti, aby bylo zřízeno právo pastvy, jinak zcela typická služebnost pozemková, i jako služebnost osobní.⁹ Ona nepravidelnost spočívala především ve vztahu k typisaci, jež v oblasti služebností vládne. Oprávnění, která zahrnovala služebnost pozemková a která byla typickou činností pozemkové služebnosti původně, nebylo lze vykonávat v režimu služebnosti osobní. Pokud bychom se snažili pátrat po zdůvodnění takového postupu, je možno se domnívat, že za ním stojí rozdíl v účelech a funkcích, jež oběma druhům služebností náležely. S postupem času však toto omezení ztrácelo na své síle a nepřekonatelnosti a *Digesta* již jasně ukazují, že tato hranice byla prolomena. Že se nejednalo pouze o výjimku pro právo pastvy, naznačují *Digesta* rovněž.¹⁰ Řídkost a útržkovitost zmínek o těchto zvláštních kombinacích svědčí o skutečnosti, že nešlo zřejmě o příliš častý jev, což může být dáno jistou rozporností s účely služebností a s cíly, jichž chtěli zřizovatelé služebností dosáhnout. Je nutno také zacházet velice opatrně s termínem *irregulares*. Tento neznačí výjimky, či nepravidelnosti v zacházení s těmito instituty jako s osobními služebnostmi, ale ukazuje právě na nepravidelnosti v zařazení těchto služebností, dosti možná ukazuje také na řídkost práv tohoto charakteru.

III. Středověk a počátek novověku

Jak jsem již výše naznačil, je zřejmé, že ani v souvislosti se zánikem římské říše nezánikly ani se nijak výrazně neproměnily potřeby, jež právo sleduje a

⁹ Dig. 7.1.32 (Pomp. lib. 33 ad sab.): Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usum fructum. sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. et habitationis exceptione, sive temporalis sive usque ad mortem eius qui exceptit, usus videtur exceptus.

¹⁰ Dig. 45.1.38.12 (Ulp. lib. 49 ad sab.): Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

instituty služebností, či jim podobné existovaly i nadále. Nyní bude vhodné pohled zúžit pouze na České země, neboť rozhlédnout se po celé středověké Evropě a jejich právních rádech by bylo snad až příliš široké.

Soukromé právo v době středověku nachází svoji nejživnější půdu především v měšťanské společnosti a tedy i v městském právu. V této souvislosti je vhodné uvést skutečnost, že právo městské se nevztahovalo pouze na samotnou kupříkladu hradbami ohraničenou oblast města, ale mělo svůj dosah i na přilehlá území a okolí, tedy i do oblastí venkovských, řekněme zemědělských. Městské právo, jehož systematika služebností zde bude zkoumána, pro tento příklad bude reprezentováno třemi materiály.

Prvním materiálem, jímž je možno se v dané souvislosti zabývat, je právní kniha města Brna.¹¹ Zde je možno nalézt článek 603,¹² který je nadepsán jako *de "servitutibus urbanis et rusticis communia."* Jedná se o poměrně propracovaná a výrazně z římského práva recipovaná¹³ ustanovení upravující právě oba uvedené druhy služebností. Skutečností však je, že se v tomto prameni nijak nemluví o služebnostech osobních. Pod pojmem služebností se tedy dle Brněnské knihy právní míní pouze služebnosti pozemkové a služebností osobních tento pramen práva vůbec nezná.

Druhým materiálem, který si zaslouží zmínění v tomto snad až příliš rychlém přehledu, jsou práva městská Brikcího z Licska.¹⁴ Zde také je možno nalézt institut služebností, kterému je věnována celá jedna kapitola. Nadpis jí samotné zní "o služebnostech obapolních městských," ale níže pak můžeme číst, že „stavení městská také poplužní nazýváme, a žádný nemuož služebnosti dobytí, buďto městské nebo vesské, jedině kdož má popluží; aniž kdo muož mieti služebnosti, leč bude mieti popluží aneb forberk.“¹⁵ Z těchto slov je patrné, že i tento pramen práva rozeznává služebnosti městské a venkovské (vesské) a není v něm nezjevná i souvislost s římským právem, tak jak je můžeme číst prostřednictvím *Digest Justinianských*.¹⁶

¹¹ Vydána v: Právní kniha města Brna z poloviny 14. století, ed. M. Flodr, Brno, 1990.

¹² In Právní kniha města Brna z poloviny 14. století, cit. sub 11, str. 353.

¹³ Srov. například: čl. 603 (a) *Edificia urbana eciam predia appellamus; et nemo servitutes acquirere potest vel urbani vel rustici predii, nisi qui habet predium, nec quisquam debere potest servitutum, nisi habeat predium. A Dig. 8.4.1.1 (Ulp. lib. 2 inst.): Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutum acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium ^ nec quisquam debere, nisi qui habet praedium^.*

¹⁴ Brikcí z Licska, *Práva městská, Codex Juris Bohemici*, tom. IV, pars. III, sec. I, J. a H. Jireček, Praha, 1880.

¹⁵ Op. cit. sub 14, str. 285 a 286.

¹⁶ Dig. 8.4.1.1.

Naproti tomu, ani zde není nijak zmiňován termín služebností osobních, či jakékoliv společné vazby mezi právy zahrnovanými mezi služebnosti pozemkové a mezi služebnosti osobní. Je možno si tedy klást otázku, zda tato skutečnost souvisí s recepcí práva v jeho předjustiniánské podobě, či zda se jedná o jistý autonomní vývoj práva v oblasti Českých zemí, či celkově střední Evropy.

Dalším a posledním pramenem, který by měl být v této souvislosti a v této kapitole zmíněn, jsou práva městská sestavená Pavlem Kristiánem z Koldína.¹⁷ Zde je možno rovněž nalézt celou kapitolu nazvanou "De servitutibus, O služebnostech a nezvolech." Na rozdíl od předchozích dvou právních knih, či pramenů, jež byly výše uváděny, Koldínův zákoník vystupuje s novým a odlišným dělením služebností, které vychází z pojetí pojmu služebnost, jak jej vytvořila Digesta Justinianská. V článku K. XLVI¹⁸ můžeme číst, že „všechny služebnosti na dvě se dělí... A proto slove servitus realis, to jest, služebnost na věci aneb na gruntu záležející.“ Následně pak v čl. L. I¹⁹ čteme, že „druhá služebnost jest, kterážto slove servitus personalis, to jest, služebnost na osobě záležející“. Koldínovo dílo tedy zjevně pojímá služebnosti v širším smyslu, než předchozí právní prameny a rozděluje je na služebnosti osobní a pozemkové (věcné). Domnívám se, že tato skutečnost názorně ukazuje na rozšiřování působení Justinianské kodifikace nejen v právu vůbec, ale především v samotné recepci římského práva. Rovněž je v tomto prameni zahrnuto i ono dělení služebností na městské a venkovské. V čl. K. XLVII můžeme číst o služebnostech hospodářských, „záležejících na polích, lukách, stodolách, chlívích...“²⁰ naproti tomu v čl. K. XLIV nalézáme, že „služebnosti při gruntech městských všechny téměř na těchto věcech záležejí.“ Toto dělení není již však tak jasně sděleno, zdá se být zmíněno skoro až mimoděk a nehraje podstatnější roli. Tu nyní zastává zásadní rozdělení služebností mezi servitutes realis a servitutes personalis. Za povšimnutí rovněž stojí i výše uvedená formulace, že městské služebnosti na „věcech záležejí“, která nikoliv nepřipomíná konstrukci, která byla nastíněna při řešení problematiky servitus realis proti servitus personalis. Lze tedy říci, že dílem Pavla Kristiána z Koldína se znovu objevuje dělení služebností tak, jak je vytvořili kompilátoři samotný Digest Justinianských.

¹⁷ Jus municipale regni Bohemiae, Codex Juris Bohemici, tom. IV, pars. II, sec. II. J. Jireček, 1876.

¹⁸ Op. cit. sub 17, str. 285.

¹⁹ Op. cit. sub 17, str. 287.

²⁰ Op. cit. sub 17, str. 285 a 286.

IV. ABGB

Další významný milník vývoje soukromého práva v Českých zemích, ale troufám si říci v celé střední Evropě, představuje rakouský Všeobecný zákoník občanský z roku 1811, všeobecně známý především pod zkratkou ABGB.²¹ Toto skvělé právní dílo rakouské civilistiky se samozřejmě služebnostmi zabývalo a věnuje jim celou sedmou hlavu. Protože je nutno se věnovat nyní pouze dělení služebností, zaměří se naše pozornost především na dva konkrétní jeho paragrafy, a sice §§ 473 a 474.

V § 473²² můžeme nalézt rozdělní služebností mezi osobní a pozemkové. Jistě stojí za poznamenání, že jak český, tak originální text německý opouští formulaci analogickou k *servitutibus rerum*, ale formuluje tento druh služebností jako pozemkové (*Grunddienstbarkeit*). Rovněž za pozornost stojí skutečnost, že určujícím činitelem není pouze držba pozemku, ale také charakter důvodů, pro něž má služebnost vzniknout, tedy otázka prospěšnějšího, či pohodlnějšího užívání pozemku. Tato konstrukce se například v Koldínově zákoníku nevyskytuje. Protože se zřejmě zdálo obtížnější podobně charakterisovat služebnost osobní, je ta definována vlastně opačným způsobem, tedy jako zbytková kategorie služebností proti služebnostem pozemkovým. Tato formulace také umožňuje, aby vznikla služebnost ve prospěch osoby určené vlastnickým právem k určité nemovitosti a proti movité věci služebné,²³ neboť osobní služebnosti připouštějí (a bylo tomu tak i v právu římském) jako služebnou věc i movitost. V tomto smyslu tedy pojem služebnosti nabývá dle ABGB zhruba stejného rozsahu, jako tomu bylo v *Digestech* justiniánských.

V ustanoveních § 474²⁴ pak nacházíme rozdělní služebností dle klassického dělení na městské a venkovské, avšak toto se skrývá za poněkud jinými

²¹ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

²² §. 473. Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemerem Benützung verknüpft; so entsteht eine Grunddienstbarkeit; außer dem ist die Dienstbarkeit persönlich.

§ 473 Je-li právo služebnosti spojeno s držbou pozemku, aby se mohlo prospěšněji nebo pohodlněji užívat, vzniká pozemková služebnost; jinak je služebnost osobní.

²³ Viz F. Rouček a J. Sedláček et al., Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému, II. díl, Praha, 1935, s. 817.

²⁴ §. 474. Grunddienstbarkeiten setzen zwey Grundbesitzer voraus, deren Einem als Verpflichteten das dienstbare; dem Andern als Berechtigten das herrschende Gut gehört. Das herrschende Grundstück ist entweder zur Landwirthschaft oder zu einem andern Gebrauche bestimmt; daher unterscheidet man auch die Feld- und Haus-Servituten.

§ 474 Pozemkové služebnosti předpokládají dva držitele pozemků, z nichž jednomu jakožto zavázanému náleží služební statek; druhému jako oprávněnému panující statek.

pojmenováními. Za bipartici služebností polních a domovních neskrývá se totiž nic jiného než služebnosti venkovské a městské. Určujícím pro charakter dané služebnosti je zde výslovně uveden pozemek panující, a skutečnost, jakým způsobem je jeho využíváno, tedy zda k polnímu hospodářství, či jiné potřebě. Samotný komentář však toto rozdělení nevnímá jako zcela ostré a bezvýhradně přijímané.²⁵ Za pozornost jistě také stojí pojmenování služebností na polní a domovní. Lze mít za to, že se do jisté míry jedná o vhodnější pojmenování, neboť odstraňuje chybnou možnost určovat služebnost městskou, či venkovskou pouze dle jejího umístění, jak tomu částečně nahrává rozdělení služebností na městské a venkovské. Rovněž ve starší romanistické literatuře se můžeme setkat pojmenováním římských služebností jako polních, či domovních.²⁶

V. Návrh nového občanského zákoníku

Je jistě vhodné ještě před závěrem nahlédnout také do díla, jež se teprve chystá stát pramenem práva, a sice do chystaného nového občanského zákoníku vytvořeného pod vedením prof. Eliáše. Institut služebností se jeho prostřednictvím chystá opět vrátit na své historické místo a odstranit tak dlouholeté právní skorem vakuum, které nastalo legislativní činností po roce 1948. Na základě této skutečnosti by si jistě zasloužil větší zájem, než mu bude moci být věnován zde.

V díle 5. nacházíme obecnou úpravu věcných práv k věcem cizím. Tato široká kategorie, jejíž název není původu římskoprávního, ale vychází až ze středověké recepce římského práva a byl až doposud spíše teoretickým pojmem, než že by našel své zakotvení přímo v zákonných textech, se systematicky dle textu návrhu dělí na právo stavby, věcná břemena, zástavní právo a zadržovací právo. Služebnosti jsou pak zahrnuty pod pojem věcných břemen spolu s břemeny reálnými. Služebnosti se pak dále dělí na osobní a pozemkové, přičemž další dělení na služebnosti městské a venkovské již prováděno není. I rozdělení na služebnosti osobní a pozemkové se děje spíše faktickou cestou, tedy že jsou tyto pojmy v textu, či nadpisech zmiňovány, aniž by existovalo souhrnné „dělicí“ ustanovení. Rovněž nad vhodností konstrukce věcných břemen a pod nimi reálných břemen lze mít vícero pochybností. Již samotná etymologie obou slov hovoří pro jejich užívání ve zcela stejném smyslu a nikoliv malým problémem bude překlad těchto pojmů (především do románských jazyků). Domnívám se, že by nebylo

Panující pozemek jest určen buď k polnímu hospodářství nebo k jiné potřebě; proto rozeznávají se také služebnosti polní a domovní.

²⁵ Viz op. cit. sub 23, str. 820 a 821.

²⁶ Viz L. Heyrovský, op. cit. sub 5, str. 260.

nevhodné ponechat služebnosti a reálná (či věcná) břemena na stejné úrovni jako například právo stavby, či právo zástavní. Z dané konstrukce rovněž vyplývá silný inspirační zdroj jak rakouského ABGB, či německého BGB,²⁷ tak ale obecně středoevropského pojetí služebností, například proti pojetí francouzskému, které zůstává věrně klassické formulaci služebností pouze jako služebností pozemkových.²⁸ I přes tato slova však již samotné znovuzavedení služebností představuje významný krok k návratu českého občanského práva mezi ostatní vyzpělé klassické evropské právní systémy.

VI. Závěr

Jak bylo výše nastíněno, služebnosti během své existence prošly nemalým vývojem, a to již během trvání Římské říše. Tento římskoprávní vývoj byl završen justiniánskou kodifikací, jež ovlivnila a ještě stále ovlivňuje právo v dané oblasti velice významným způsobem. Její vznik také způsobil rozdělení pojmu služebností na dvě větve, kdy prvá se drží klassického způsobu, tedy služebností, jakožto práv pozemkových, a druhá pak pokračuje v tradici justiniánské, pojem služebnosti rozšířila a dělí je na služebnosti osobní a pozemkové. Následný vývoj je pak představován rivalitou mezi těmito směry, přičemž na území Českých zemí postupně získává na významu pojetí justiniánské, stejně jako je tomu i v ostatních středoevropských zemích. Návrh občanského zákoníku na této tendenci nic nemění. Rozdělování služebností (pozemkových) mezi městské, jinak též domovní a venkovské, jinak též polní pak s postupem času ztrácí na praktickém významu, až nakonec do nového návrhu občanského zákoníku v Českých zemích není zahrnut vůbec. Jak z uvedeného vyplývá, míra recepce římského práva v oblasti služebností zdá se být velice značná, ne-li pro podobu služebností zcela esenciální a určující.

²⁷ Německý BGB - Bürgerliches Gesetzbuch z roku 1896.

²⁸ Viz například Code civil

Article 687 Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre.

Celles de la première espèce s'appellent "urbaines", soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne.

Celle de la seconde espèce se nomment "rurales".

Literature:

- Brikcí z Licska, Práva městská, Codex Juris Bohemici, tom. IV, pars. III, sec. I, J. a H. Jireček, Praha, 1880
- F. Pastori, Gli Istituti romanistici come storia e vita del diritto, Bologna, Cisalpino, 1992
- F. Rouček a J. Sedláček et al., Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému, II. díl, Praha, 1935
- J. Kincl – V. Urfus – M. Skřejpek, Římské právo, Praha, C. H. Beck, 1995
- J. Vančura, Úvod do studia soukromého práva římského, Praha, 1923
- Jus municipale regni Bohemiae, Codex Juris Bohemici, tom. IV, pars. II, sec. II. J. Jireček, 1876
- L. Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského, Bratislava, 1929
- M. Talamanca, Istituzioni di diritto romano, Milano, Giuffrè, 1990
- O. Sommer, Učebnice soukromého práva římského, Praha, Všehrd, 1946
- P. Bonfante, Istituzioni di diritto romano, Torino, G. Giapichelli, 1946
- Právní kniha města Brna z poloviny 14. století, ed. M. Flodr, Brno, 1990
- V. Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli, Jovene editore, 1994
- V. Urfus, Historické základy novodobého práva soukromého, 2. vyd., Praha, C. H. Beck, 2001

Contact – email

sejdl.j@seznam.cz

PREMENA MANŽELSKÝCH OSOBNÝCH PRÁV A POVINNOSTÍ V ČESKOSLOVENSKOM PRÁVE V POLOVICI 20. STOROČIA

IVANA ŠOŠKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici (Slovensko),
Katedra teorie a dejín štátu a práva

Abstract in original language

Prezentovaný príspevok sa zameriava konkrétne na historicko-právnu analýzu osobno-právnych pomerov medzi manželmi. Osobné práva a povinnosti manželov tu autorka skúma akoby v dvoch fázach vývoja. Najprv ich približuje ako boli vnímané a vykladané právnou vedou od konca 19. storočia a aký odraz nachádzali v práve platnom v Československu i po skončení druhej svetovej vojny. Následne upriamuje pozornosť na zásadnú premenu v úprave týchto práv a povinností po prijatí Ústavy 9. mája z roku 1948 a potom Zákona č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve, ktoré dôsledne odmietli nerovnosť pohlaví a dovtedajší výklad o osobitných právach a povinnostiach na strane manžela a osobitných na strane manželky. Príspevok má za cieľ vytvoriť podklad pre úvahy o zmysle a pôvode noriem, ktoré i dnes predstavujú základný rámec úpravy vzájomných osobných práv a povinností medzi manželmi v Slovenskej i v Českej republike.

Key words in original language

Rodinné právo; Manželstvo; Osobné práva a povinnosti manželov; Vzájomné práva a povinnosti manželov; Československá republika; Ústava 9. mája 1948; Zákon č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve.

Abstract

Presented article aims specifically at legal analysis of personal matrimonial matters. The author examines the personal marital rights and duties as they were in two development phases. The first, as these rights and duties were perceived and interpreted in jurisprudence since the late 19th century and what way they were reflected in Czechoslovak law valid after World War II. Subsequently author draws attention to the fundamental transformation in adjustment of these marital rights and duties after the adoption of the Constitution of 9th May 1948 and the Act No. 265/1949 Coll. on family law, which consistently refused the gender inequality and the interpretation of the then special rights and duties of the husband and special ones of the wife. This article is to bring some basis for consideration of reason and genesis of those legal rules, which today constitute basic legal framework for mutual marital rights and duties in Slovakia and Czech Republic as well.

Key words

Family law; Matrimony; Personal marital rights and duties; Mutual marital rights and duties; Czechoslovak Republic; The Constitution of 9th May 1948; Act No. 265/1949 Coll. on family law.

Manželstvo ako trvalé a úplné životné spoločenstvo muža a ženy, založené sobášnym aktom, zakladá celý rad práv a povinností medzi manželmi. Okruh manželských práv a povinností tvoriacich obsah manželského pomeru nie je vzhľadom na špecifickosť vzťahov medzi manželmi možné vopred presne zadefinovať. Vzájomné práva a povinnosti, ktoré manželom vyplývajú z manželstva sú vždy jednak osobnoprávne a jednak majetkovoprávne. Hlavný rozdiel medzi nimi spočíva v tom, že osobné práva sú nepremlčateľné, neprenosné, nescudziteľné, nezdediteľné. Prináležia svojmu nositeľovi v celosti, nemožno ich zmluvne obmedziť, ani sa ich nemožno vopred platne vzdať. Majetkové práva sú právami vecnými, sú teda prenosné, v zásade aj zdediteľné, možno ich zmluvne upravovať. Manželské práva a povinnosti predovšetkým vyplývajú zo samotného účelu manželstva, kde sa nimi sleduje fungovanie trvalého životného spoločenstva dvoch osôb rôzneho pohlavia a rodiny z neho pochádzajúcej. Konkrétnejšiu podobu im však môže stanoviť priamo zákonná úprava, odrážajúca sociálno-ekonomické podmienky a morálne hodnoty spoločnosti na určitom stupni jej historického vývoja.

V prvej polovici 20. storočia bolo i rodinné právo platné v Československu výrazne postihnuté právnym dualizmom. Na územiach patriacich pred vznikom samostatnej ČSR v roku 1918 do rakúskej časti monarchie – v Čechách a na Morave - tvorilo rodinné právo súčasť práva občianskeho. Základný rámec právnej úpravy rodinného práva tu tvoril recipovaný kódex občianskeho práva - Všeobecný občiansky zákonník

(ABGB) ešte z roku 1811¹. Základnú zákonnú úpravu rodinného práva na Slovensku predstavoval pôvodom uhorský zák. čl. XXXI/1894 o práve manželskom (tzv. manželský zákon – ďalej len „MZ“), ktorý bol do československého právneho poriadku taktiež prevzatý recepciou v roku 1918 a platil na území Slovenska ako základný pilier rodinného práva v takmer nezmenenej podobe i po skončení druhej svetovej vojny až do 1.1.1950.² Vtedy nadobudol účinnosť nový československý kódex rodinného práva z.č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve (ďalej len „ZoRP“). Tieto normy teda predstavovali základný rámec právnej úpravy manželských pomerov, v rámci ktorých sa bližšie zameriame na manželské práva a povinnosti osobného charakteru.

Ak by sme chceli v zmysle uvedených rodinno-právnych noriem čo najširšie vystihnúť okruh konkrétnych vzájomných manželských práv a povinností, tvoriacich obsah manželstva, musíme vychádzať:

- a) predovšetkým zo samotného **účelu manželstva** – keďže manželstvo znamenalo trvalé životné spoločenstvo dvoch osôb rôzneho pohlavia, ukladali sa v ňom manželom také práva a povinnosti, ktoré umožňovali, aby toto spoločenstvo zdarne fungovalo (žiť spolu, byť si verní, vzájomne sa rešpektovať, vzájomne si pomáhať, spoločne sa starať o deti, o potreby a záležitosti rodiny a pod.)

¹ Samozrejme aj táto kodifikačná norma prešla viacerými zmenami, pre oblasť rodinného práva mali najväčší význam novely vydané cisárskymi patentami z rokov 1914 a 1916. Bližšie pozri: VESELÁ, R. a kol.: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. (II. vydání). Praha: EUROLEX BOHEMIA, s.r.o., 2005. 283 s.

² Rodinné a manželské právo v medzivojnovej prvej ČSR neprešlo komplexnou premenou či reformou, ktorá by kodifikovala a zároveň unifikovala nové rodinné právo v spoločnom štáte. Určité zmeny v oblasti rodinného práva nastali iba prostredníctvom parciálnych zákonov, ako boli tzv. manželská novela z.č. 320/1919 Sb. (v českých krajinách známejšia skôr ako „rozlukový zákon“), ďalej z.č. 256/1921 Sb. o ochrane detí v cudzej starostlivosti a detí nemanželských; z.č. 25/1928 Sb. o osvojení a napokon tzv. alimentálny zákon č. 4/1931 Sb.

- b) **zo zákona** - vzájomné práva a povinnosti sa dali vyvodit' priamo z ustanovení ABGB – konkrétne z §44 a potom §§ 91 a 92; v práve platnom na Slovensku zo zák. čl. XXXI/1894 o manželskom práve – tu však nepriamo - najmä z jeho *hlavy V.* rozoberajúcej *Zaniknutie manželstva*: z dôvodov rozluky/rozvodu a tiež z obsahových náležitostí rozsudku bolo možné a *contrario* vydedukovať manželské práva a povinnosti (vzájomné slušné správanie, spoločná domácnosť, mravný život, výživné manželky, starostlivosť a výživa nezletilých detí a pod.)
- c) a napokon aj **zo zmlúv** – vo význame právnych úkonov, ktorými si manželia mohli upraviť svoje majetkové pomery.

Až vezmúc všetky tieto zdroje do úvahy, bolo možné vytvoriť globálnejší pohľad na vzájomné práva a povinnosti manželov, tvoriace obsah manželského zväzku.

OSOBNÉ PRÁVA A POVINNOSTI MANŽELOV DO PRIJATIA ZÁKONA O RODINNOM PRÁVE Č. 265/1949 SB.

Vzájomné práva a povinnosti osobného charakteru nebolo vzhľadom na nesmiernu špecifickosť každého manželského vzťahu možné taxatívne vypočítať. Aj v dnešnej dobe, kedy sa už rodinnoprávne normy aspoň čiastočne osobného pomeru manželov dotýkajú, robia tak len vo veľmi všeobecnej rovine. Ostatné sa preto ponecháva viac-menej na silu morálnych a spoločenských noriem³. Inak to nebolo ani v minulosti. Pri osobnom pomere medzi manželmi bolo potrebné vychádzať z toho, že sa manželstvo charakterizovalo ako trvalé a úplné spoločenstvo života muža

³ VESELÁ, R. a kol.: *Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy*. (II. vydání). Praha: EUROLEX BOHEMIA, s.r.o., 2005. str. 130.

a ženy. Manžel a manželka boli z moci manželstva voči sebe navzájom povinní viesť spolu manželský život tak, aby toto životné spoločenstvo napĺňali a zachovávali.

Práva a povinnosti osobného charakteru vznikali manželom okamihom platného uzavretia manželstva. Nebolo možné ich súdne vymáhať, inak povedané, nebolo možno žalovať o ich splnenie. V prípade, že ich ale niektorá manželská strana neplnila resp. porušovala, dávala tak druhej manželskej strane príčinu žiadať o rozlúčenie manželstva z viny druhého manžela, teda vystavovala sa tak riziku, že ju súd uzná za vinnú, čo mohlo mať ďalšie (najmä majetkovoprávne) následky.

Manželia boli predovšetkým viazaní **k spoločnému životu, k vzájomnej starostlivosti o osobné dobro, k slušnému zaobchádzaniu** - t.j. k vzájomnej úcte, vážnosti a zachovávaniu dôstojnosti, ďalej **k manželskej vernosti, uspokojovaniu manželskej lásky a k spoločnému vychovávaní detí**. V niektorých ohľadoch mal muž jednostranne silnejšie postavenie, a to najmä v tom, že bol hlavou domácnosti a patrilo mu v nej rozhodujúce slovo.⁴ Muž bol hlavou rodiny. On s konečnou platnosťou rozhodoval o záležitostiach manželského života, ako aj života rodinného vôbec.

Práva a povinnosti manželov, by sa dali rozdeliť na tri skupiny: práva a povinnosti obom manželom spoločné, ďalej práva a povinnosti vyplývajúce z manželstva zvlášť manželovi a napokon vyplývajúce zvlášť manželke, pričom prirodzene, povinnosti vyplývajúce jednej strane treba inverzne vždy vnímať ako práva strany druhej. Rozdelenie manželských osobných práv do prehľadných troch skupín som si osvojila na základe

⁴ LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity, Ústav všeobecného práva súkromného, 1947. str. 218.

podrobnejšieho výkladu týchto práv a povinností uvedeného v Komentári k čl. obecnému zákoníku občanskému (díl I., Praha 1935). Dovolím si podotknúť, že dobová právna veda na Slovensku⁵ nevenovala osobnému právu manželskému veľkú pozornosť. Autori sa tu zväčša sústredili len na niekoľko riadkový exemplifikatívny výpočet osobných manželských práv a povinností alebo na výrok, že rovnaké „zásady platia aj v práve slovenskom⁶“.

Práva a povinnosti spoločné obom manželom

Prvou a možno povedať základnou povinnosťou oboch manželov bolo viesť spoločný život. **Manželské spolužitie** mohla manželská strana odoprieť len vtedy, keď jej druhá strana zavdala podstatný dôvod na rozluku; mohla ho však odopierať len dovtedy, kým bolo možné tento dôvod uplatňovať pred súdom. Aj keby tam inak dôvod rozluky nebol, nebolo možné manželskú stranu zaviazat' k pokračovaniu v manželskom spolužití, ak by táto žiadosť bola zrejme proti slušnosti (napr. keď druhá strana bola v dôsledku duševnej poruchy nebezpečne agresívna a pod.). Ďalšou dôležitou záležitosťou manželského spolužitia bol **pohlavný styk**. Každý z manželov mal k nemu povinnosť, ale samozrejme mal naň aj právo. Takéto vymedzenie práva a povinnosti sa viazalo vždy len na vzťah k druhému manželovi, inak by šlo o cudzoložstvo⁷. Aj pri pohlavnom styku

⁵ Pozri napr. LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity, Ústav všeobecného práva súkromného, 1947. Obdobne: FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A.: Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. III. vydanie pôvodného diela. Šamorín: Heuréka, 1998.

⁶ Pozri napr.: Právo slovenské k §90, 91 a 92, I. odsek komentára, autor: Nožička. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: Komentár k čl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935. str.460, 482, 494.

⁷ Rozhodnutie najvyššieho súdu: „*Je hrubým porušením manželskej povinnosti, jestli manželka žijúca od muža odlúčene spáva v jednej miestnosti s cudzím mužom, u ktorého je gazdinou (Právny Obzor 1926, str.105)*“. Citované podľa: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.:

mali manželia vzájomne rešpektovať svoju dôstojnosť, preto mohla manželská strana odopierať súlož vyžadovanú spôsobom jej sa priečiacim, alebo podľa jej názoru nenormálnym. V takomto prípade nebolo možné hovoriť o odopieraní manželskej povinnosti a manžel si jej splnenie nesmel násilne vynucovať. Zakladalo by to dôvod na rozluku manželstva pre hrubé porušovanie manželského spolužitia.

Manželia mali spolu **slušne zaobchádzať**. Intimita rodinného života nemá nikdy viesť k tomu, aby sa manželia mohli vzájomne skutkami či slovami urážať. A ináč to nebolo ani v minulosti. Manžel, hoci mal v niektorých ohľadoch silnejšie postavenie ako žena, nemal právo svojvoľne manželku trestať, inak by to bol opäť dôvod k rozluke alebo rozvodu (ublíženie na zdraví, telesné poškodenia v dôsledku bitky – išlo o tzv. absolútne rozlukové dôvody).

Medzi spoločné manželské práva a povinnosti patrila i **manželská vernosť**. Táto neznamerala len vernosť v pohlavnej sfére, ale mala to byť v prvom rade vernosť vyplývajúca zo životného spoločenstva. Manželia mali byť voči sebe otvorení, mali si vzájomne dôverovať, klamanie jedného druhému by bolo porušením vernosti. Samozrejme, tu mám na mysli klamstvá resp. podvádzania smerujúce k ohrozeniu či už osobného alebo majetkového záujmu druhého manžela, a to podstatným spôsobom, t.j. že sa tým narúšala možnosť spolužitia. Drobné klamstvá (v praxi tak bežné), v ktorých treba vidieť skôr snahu o zachovanie či uchránenie si vlastnej individuality každého z manželov, nebolo možné považovať za porušovanie vernosti, keďže v skutočnosti manželské spolužitie neohrozovali.

Autori Komentáre vo svojom výklade prezentovali i všeobecný, historicky dlhodobo tradovaný názor vtedajšej spoločnosti, keď za náplň pojmu manželská vernosť považovali aj určité rešpektovanie manželských

Komentár k čl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnické knižkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935. str.462.

rolí v podobe del'by úloh: manžel - živiteľ rodiny, žena – starostlivosť o domácnosť a o deti. „Dále vyžaduje věrnost, aby každý z manželů zařídil své jednání tak, aby každý z manželů mohl své funkce v manželství řádně plnit: manžel aby se mohl postarat o společenskou a hospodářskou základnu manželství a manželka aby mohla vésti domácnost a pečovat o děti. V tom spočívá těžiště věrnosti a ne v pohlavní stránce.“⁸ Už z tohto je jasne vidieť predstavy spoločnosti o manželských stereotypoch a teda aj vtedajšie zákonite nerovnaké pozície manželov, čo vzhľadom na rozsah úkonov, ktoré mohli v rámci takejto svojej „agendy“ urobiť, zabezpečovalo aj ich právne nerovné postavenie.

Práva a povinnosti zvlášť manžela

Muž bol **hlavou rodiny**. Jeho základnou povinnosťou bolo hmotne zabezpečovať rodinu a poskytovať jej ochranu proti tretím osobám. Mohlo by sa zdať, že táto jeho povinnosť bola skôr majetkového charakteru. Avšak práve naopak, bola to povinnosť rýdzo osobná, preto ju muž – manžel nemohol na niekoho preniesť alebo sa jej vzdať. Nesplnenie tejto povinnosti mu podľa všeobecne uznávanej morálky nemohlo byť tolerované. Preto, vzhľadom na dôležitosť povinností, ktoré boli mužovi ukladané spoločnosťou, požíval tento aj osobitné postavenie v rodine, čo sa prejavovalo v jeho rozhodujúcom slove pri riešení rodinných záležitostí. Muž bol ako hlava rodiny zodpovedný za celú rodinu tak v smere osobnom i majetkovom. Nebolo však plne na jeho ľubovôli určovať pomery v domácnosti. V tomto ohľade by sa dalo povedať, že mal naozaj viac povinností ako práv. Riadenie rodiny prináležalo obom manželom, mužovi i

⁸ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: Komentář k čsl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935. str. 458. Uvedené podporuje aj judikát najvyššieho súdu: „*Manželka je povinná po dobu trvania manželského zväzku zachovávať manželskú vernosť a viesť život, zrovnávajúci sa s verejnou mravnosťou (Rv III719/27, P.O. 1928, str. 391).*“ Citované z: *tamtiež*.

žene, podľa prirodzenosti rozumu a zvyklostí, to znamená že muž nebol v žiadnom prípade úplným pánom ženy⁹. Patrilo mu síce hlavné rozhodovacie slovo, vo význame ak to, čo zariadil, bolo v zhode s účelom životného spoločenstva a bolo to na podporu tohto spoločenstva, všetci ostatní členovia rodiny boli povinní sa mu podriaďiť. Muž nemohol zasahovať do osobných práv manželky. Mohol určovať celý jej spôsob života len v tom smere a potiaľ, pokiaľ to bolo potrebné k dosiahnutiu ich životného spoločenstva. Ak by ale muž svojím rozhodovaním vážne zasahoval do osobných či dokonca ľudských práv manželky, mohla táto žalobou žiadať o ochranu svojich dotknutých práv. Keďže mal manžel povinnosť zabezpečovať hmotné prostriedky pre životné spoločenstvo oboch manželov, určoval tak nielen životnú mieru manželstva, ale aj sociálny a hospodársky spôsob rodinného života.

Ďalej muž rozhodoval o **spoločnom bydlisku manželov**, t.j. prináležalo mu právo voliť miesto a priestory bývania. Ním určené bývanie však malo zodpovedať účelu životného spoločenstva manželov. Prirodzene, nie vždy ekonomické podmienky umožnili okamžité samostatné bývanie manželov. Núdzové opatrenie sa však nemalo stať uspokojivým riešením, od muža sa očakávalo, a teda považovalo sa za jeho povinnosť, zabezpečiť samostatnú domácnosť. Spoločné bydlisko manželov malo byť vždy určované takým spôsobom, aby vyhovovalo obom manželom. Preto musel manžel pri svojom rozhodovaní slušne uvážiť všetky manželkine námietky. Ak by zneužíval toto svoje rozhodovacie právo, jeho rozhodnutie by sa nestalo pre manželku záväzným.¹⁰

⁹ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: Komentář k čl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935. str.463.

¹⁰ Z judikatury: „Zvolenie miesta spoluzitia a spoločného bydlenia manželského patrí ku právam manžela ako prednostu domácnosti (hlavy rodiny) a toto jeho oprávnenie je obmedzené len potiaľ, že pri jeho vykonávaní je povinný vziať slušný zreteľ na rady a námietky svojej manželky. – Tá púha skutočnosť, že strany sa zhodli v tom, že budú stále spolu bydlieť na určitom mieste, nemôže zbaviť manžela v obore práv jemu prislúchajúcich ani toho oprávnenia, aby mohol miesto spoluzitia a spoločného bydlenia v pozdejšej dobe

Manžel bol tiež oprávnený **zastupovať** svoju manželku pred úradmi a súdmi v záujme ochrany jej osoby a majetku. Nebol však nijakým zákonným poručníkom manželky, manželku mohol zastupovať len vtedy, ak ona sama v danej záležitosti neurobila určité opatrenia. V rámci majetkových práv mal za určitých okolností aj právo spravovať manželkin majetok a povinnosť **vyživovať svoju manželku**.

Práva a povinnosti zvlášť manželky

Žena bola povinná **nasledovať** svojho manžela **do** ním zvoleného **miesta bydliska**¹¹. Na druhej strane mala aj právo žiadať manžela, aby sa o riadne bydlisko postaral a aby ju do tohto spoločného bydliska aj prijal. Spoločne s bydliskom nasledovala svojho muža aj v **domovskej príslušnosti**, t.j. príslušnosti k obci. Zachovávala si ju aj po smrti manžela dovtedy, kým nezískala príslušnosť v inej obci. Ak bolo manželstvo rozlúčené, vrátila sa žena do zväzku s tou obcou, do ktorej patrila pred uzavretím manželstva.

odchylným spôsobom zvolit', než bolo s jeho manželkou dohodnuté, jestliže to pokladá za potrebné vzhľadom na zmenené pomery. Manžel môže byť pri tomto rozhodovaní obmedzovaný jedine tou námietkou manželkinou, že manželom zvolené bydlisko alebo nový byt sa nehodí pre užívanie v zmysle manželského spoložitia, alebo že je pre manželstvo z mravného hľadiska škodlivé, alebo že by bolo manželstvu na materiálnu ujmu zo stanoviska existenčného. Z.R. 409.“

Podobne: „Zvolenie miesta spoločného bydlenia manželského patri k právam manžela ako hlavy rodiny, vo vykonávaní ktorého je obmedzovaný iba povinnosťou brať slušný zreteľ na rady a námietky manželky. Toto miesto môže byť podľa okolností prípadu aj v Amerike. Úr.sb. 602.“

¹¹ Z judikatúry: „Ak sa dohodli manželia v súdnom pokonaní, že obnovia spoložitie s vylúčením určitých miest manželovho pobytu, a ak sa domáhal manžel toho, aby bol služobne pridelený práve do jedného z oných miest, kam ho manželka nechce nasledovať, ide o porušenie manželských povinností na strane manžela a nie manželky. Úr.sb. 1137.“

„Manželka lodníka povinná je nasledovať svojho manžela i do bydlíšť, ktoré je v cudzozemsku, jestli bol ta zamestnávateľom z úradu preložený. Úr.sb. 1184.“

Cudzia štátna príslušníčka uzavretím manželstva s československým občanom nadobúdala československé **občianstvo**. Žena, ktorá sa vydala za cudzinca, vydajom svoje pôvodné čl. štátne občianstvo strácala; po zrušení manželstva s cudzincom ho mohla spätne získať, pričom sa vtedy vrátila i do zväzku obce, ku ktorej patrila pred sobášom (domovská príslušnosť).

Ďalšie významné právo statusového charakteru, ktoré vznikalo manželke uzavretím manželstva bolo, že ak v čase sobáša ešte nebola zletilá (t.j. nedovŕšila 21. rok svojho života¹²), **sobášom sa stávala zletilou** bez ohľadu na jej vek. Toto právo jej ostávalo zachované aj v prípade zániku manželstva či vyhlásenia manželstva za neplatné v čase pred dosiahnutím jej 21. roku veku.

Uzavretím manželstva získavala manželka manželovo **rodinné meno** (v dnešnom ponímaní priezvisko). Zmena manželkinho priezviska bola obligatórna, strany sa nemohli dohodnúť na používaní iného priezviska resp. ponechaní si manželkinho dievčenského priezviska. Zmena sa vyznačila v sobášnej matrike a manželka bola povinná používať v úradnom styku jedine toto manželovo priezvisko, dievčenské priezvisko už používať nemohla, keďže už jej neprináležalo¹³. Manželovo priezvisko jej ostávalo i po zániku manželstva, s výnimkou, ak by manželstvo bolo rozlúčené z viny manželky. Vtedy napr. podľa § 94 MZ si vinná manželka nemohla podržať meno /priezvisko/ svojho manžela. Nevinná manželka tak mohla aj po rozluke, ak o to požiadala v priebehu sporu; sudca bol vtedy povinný toto právo manželky vysloviť v rozsudku o rozluke. Rozvod od stola a lože vplyv na priezvisko rozvedenej ženy nemal. Pri prehlásení manželstva za

¹² Pozri §1 z.č. 447/1919 Sb. z. a n. o znížení věku nezletilosti.

¹³ S narastajúcim počtom verejne aktívnych žien sa objavovali postupne prípady, kedy si vydaté ženy popri svojom manželstvom nadobudnutom priezvisku ponechávali aj svoje dievčenské priezvisko, aby tak bola zachovaná ich známa totožnosť za slobodna. Bližšie pozri napr. ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: Komentář k čl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935. str. 488.

neplatné právo i povinnosť manželky nosiť priezvisko svojho manžela zanikalo.

ÚPRAVA OSOBNÝCH PRÁV A POVINNOSTÍ MANŽELOV PODĽA Z.Č. 265/1949 SB. O RODINNOM PRÁVE

Podstata vzájomných práv a povinností manželov, ich rozdelenie, charakteristika či vlastnosti sa oproti predchádzajúcej právnej úprave v mnohom nelíšili. Mám na mysli podstatu spojenú vôbec so zmyslom manželstva ako zväzku, do ktorého muž a žena vstupujú za účelom spolužitia, vzájomnej pomoci a založenia rodiny. Toto poslanie manželstva ostáva v každom vývojovom období rovnaké. V teoretickej rovine aj nová právna úprava manželských práv a povinností v ideovo novom zákone o rodinnom práve č. 265/1949 Sb (ďalej len „ZoRP“) vychádzala z delenia na práva a povinnosti osobné, **osobného charakteru**, ktorých vlastnosťami bola nepremlčateľnosť, nescudziteľnosť, nemožnosť prevedenia na tretie osoby a nezdediteľnosť; a potom na manželské práva a povinnosti **majtkového charakteru**, ktoré boli prenosné, v zásade aj zdediteľné, na rozdiel od osobných ich bolo možné aj zmluvne upravovať.

Samozrejme podať exaktný výpočet manželských práv a povinností bolo aj tu nemožné. Práva a povinnosti totiž vždy vyplynú zo samotného života počas existencie manželstva. Preto aj ZoRP vo svojej druhej časti s názvom „Práva a povinnosti manželov“ bol celkovo pätnástimi paragrafmi zameraný len na tie najzásadnejšie práva a povinnosti, ktoré tvorili podstatný obsah každého manželstva. Pre manželov tak mal byť stanovený určitý základný právny rámec napĺňania ich manželstva. V čom bola podstatná a oproti ponímaniu z minulosti priam principiálna zmena, bolo zámerné opustenie výkladu, že v manželstve má zvlášť svoje práva a povinnosti manžel a zvlášť manželka, pričom manžel ako živiteľ rodiny vo väčšej miere. Táto nerovnoprávnosť pohlaví sa stala terčom útoku

ľudovodemokratického zriadenia.¹⁴ Dôsledné zrovnoprávnenie mužov a žien našlo prioritne svoj základ predovšetkým v Ústave 9. mája 1948, následne samozrejme v ZoRP. Rovnoprávnosť malo zaistiť nové hospodárske a spoločenské zriadenie ľudovodemokratického štátu.¹⁵

Rovnosť práv a povinností manželov bola vyjadrená výslovne formuláciou §-u 15 ZoRP, podľa ktorého mali v manželstve muž a žena **„rovnaké práva a rovnaké povinnosti, boli povinní žiť spolu, byť si verní a vzájomne si pomáhať“**. Táto formulácia vyjadřila základné spoločenské povinnosti manželov. Boli teda vnímané ako povinnosti manželov nielen voči sebe, ale prostredníctvom seba už aj voči spoločnosti. Povinnosti uložené rovnako obidvom manželom navzájom zdôrazňovali mravný význam manželského spoločenstva, vzájomnú solidaritu manželov a ich zodpovednosť za blaho rodiny, založenej v manželstve, ktorá bola chránená ako základ spoločnosti. Dalo by sa zovšeobecniť, že manželia boli predovšetkým viazaní k spoločnému životu, k vzájomnej starostlivosti o osobné dobro, k vzájomnej úcte, slušnému zaobchádzaniu, k manželskej vernosti, k spoločnému vychovávaní detí, k uspokojovaniu svojich vzájomných či už osobných alebo materiálnych potrieb, ako aj potrieb rodiny. To všetko malo byť rešpektované tak, aby boli naplnené zásady

¹⁴ „*Nepevné a nenormálne poměry v antagonistické společnosti jsou především určovány sociální nerovnoprávností pohlaví, která je charakteristická pro všechny formy rodiny, vybudované na soukromém vlastnictví.*“ PATSCHOVÁ, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Československého práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnícká komise ÚVKSC 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddělení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j. 265. arch.j. 265, list č.9.)

¹⁵ „*Hmotně je rodina zabezpečena hospodářským zřízením lidově demokratického státu, které trvale odstranilo krise a nezaměstnanost a zaručilo každému občanu právo na práci a spravedlivou odměnu za ni. Těžisko právní úpravy rodiny nespočívá proto již v hledisku majetkoprávním, jak tomu bylo za kapitalismu, nýbrž zdůrazňuje rodinu jako „pevný kolektiv“... Rodina v socialistické společnosti je společenský kolektiv, pro jehož členy stojí na prvním místě společenské zájmy, boj za vysokou výrobnost práce, boj za komunismus.*“ Tamtiež, list č. 5.

z preambuly ZoRP, že manželstvo a rodina mali slúžiť k prospechu spoločnosti v súlade s jej pokrokovým vývojom a byť zdravým základom vývoja národa.

Požiadavka **spoločného žitia** znamenala harmonické spolužitie. Podstata životného spoločenstva manželov však bola vnímaná hlbšie než samotný pojem spoločného bývania. Spoločné bydlisko manželov malo byť pravidlom. No súčasne predpoklad manželského súladu nebolo možné zužovať len do pojmu „spoločné bývanie“, či „užívanie spoločného bytu“. V požiadavke spoločného žitia malo byť obsiahnuté všetko, čo smerovalo k súladu manželského života.¹⁶ Čo sa oproti minulosti zmenilo, bolo odstránenie povinnosti manželky nasledovať muža do ním zvoleného bydliska. Spoločné bydlisko malo byť vecou dohody a kompromisu oboch manželov vzhľadom na ich možnosti či povolanie a pod., v rámci princípu demokratickej dohody manželov o všetkých podstatných podmienkach manželského a rodinného života v zmysle §16 ZoRP. K výkonu povolania a ku zmene miesta zamestnania (čo samozrejme malo vplyv aj na riešenie miesta spoločného bydliska manželov) totiž žiadny z manželov nepotreboval súhlas druhého manžela.¹⁷ Z výrazu „povinní žiť spolu“ teda

¹⁶ Z judikatúry: „*Pro otázku nároku na úhradu osobních potřeb manželů není rozhodnou otázkou viny na rozvratu a zda rozvrat nastal. Nárok na úhradu osobních potřeb nemá však ten z manželů, který hrubě poruší manželské spolužití, protože povinnosti manželů podle §15 jsou vzájemné. Tato povinnost není závislá na existenci společné domácnosti.*“ *Kraj.s. Praha 25 Ok 90/51.*

¹⁷ Právo na prácu ako jedno z najvyšších spoločenských oprávnení v ľudovej demokracii nesmeli byť okliešťované osobným stanoviskom druhého manžela ani v tak dôležitom zväzku, akým bolo manželstvo. Blaho rodiny a všetkých jej členov sa v zmysle pofebruárového nadšenia a ideológie vkladalo jedine do socialistickej spoločnosti. Bolo preto povinnosťou každého človeka a teda i každého člena rodiny, aby na vytvorení takejto spoločnosti pracoval. Z hľadiska záujmov spoločnosti sa tak pracovné zaradovanie jednotlivých osôb vhodne regulovalo rozhodovaním príslušných orgánov, z toho dôvodu tiež miesto výkonu zamestnania nesmeli byť nijako závislým na zvoľení alebo nezvoľení druhého manžela. Pozri PATŠCHOVÁ, Z.: Rodinné právo. Podmienky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnícká komise ÚVKŠČ 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddelení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkam rodinného a manželského práva, arch.j. 265, list č. 20.

nebolo možné vyvodzovať povinnosť spoločného bývania tam, kde oddelené bývanie manželov bolo vyvolané zmenou pôsobiska manžela v jeho zamestnaní. Hoci sa ideologicky predkladal názor, že osobné záujmy manželov museli ustúpiť do úzadia tam, kde križovali záujem spoločnosti¹⁸, predsa len si spoločnosť uvedomovala svoju úlohu dbať pri umiestňovaní manželov pri ich pracovnom nasadení na to, aby sa manželstvá takýmito zásahmi netrhali, aby oddelené žitie nenastávalo proti vôli manželov, pretože potom manželstvo nemohlo plniť svoje poslanie voči spoločnosti spočívajúce v spoločnej výchove detí.¹⁹ Samozrejme, optimálne bolo vždy zladiť záujem spoločnosti so záujmom osobným. Preto pri takýchto životných situáciách bolo namieste, aby manželia zvažili aj do úvahy prichádzajúcu zmenu bydliska a spoločne našli riešenie v konečnom dôsledku prospešné manželstvu i rodine.

Vernosť manželov asi nepotrebuje podrobnejší komentár. Spočívala v samej podstate manželstva, ktoré bolo zväzkom založeným na vzájomnej láske a dôvere, dobrovoľne oboma partnermi. Požiadavka vernosti vyplývala i zo spoločenského nazerania na samotnú funkciu a účel manželstva.

Ďalšou vzájomnou povinnosťou manželov bola **vzájomná pomoc medzi manželmi** (§15 ZoRP) a uspokojovanie potrieb rodiny podľa síl manželov a samozrejme podľa pomeru ich zárobkových a majetkových možností (§19 ZoRP). Vzájomne si pomáhať znamenalo psychicky, morálne, ale i materiálne uskutočňovať podporu druhému manželovi a sledovať tak jeho prospech. To potom prinášalo pozitíva manželstvu i rodine. Do rámca vzájomnej povinnosti patrila i povinnosť starať sa o uspokojenie potrieb toho z manželov, ktorý nemal možnosť vlastného zárobku kvôli chorobe, starobe, alebo kvôli starostlivosti o domácnosť

¹⁸ ŠIMKOVIC, A.: Niekoľko otázok z rodinného práva. Právny obzor č. 5/1950. str. 256.

¹⁹ Tamtiež, str. 257.

a deti. Práve posledný dôvod odrážal bežný jav vtedajšej doby podmienený historicky, že manželka sa poväčšine venovala výlučne starostlivosti o domácnosť a deti.²⁰ Táto práca manželky bola síce považovaná za nie spoločensky dôležitú²¹, ale za doteraz spoločensky nutnú a preto mala byť nezárobkovo činná žena po dobu trvania manželstva zabezpečená nárokom na úhradu osobných potrieb voči svojmu manželovi.²² Táto pomoc manžela nebola v žiadnom prípade považovaná za bezdôvodnú.²³ Osobný výkon starostlivosti o deti a o spoločnú domácnosť, ktorú v rodine zabezpečovala viac-menej manželka, bol ekvivalentom peňažného príspevku manžela, ktorý na uspokojovanie potrieb rodiny zasa prispieval skôr finančne. Charakteristika tohto práva ako práva medzi manželmi vzájomného znamenala nárok na úhradu osobných potrieb aj opačne, teda bez ohľadu na pohlavie. Výška tohto nároku sa potom určovala na základe zárobkových možností pracujúceho manžela, majetkovými pomermi rodiny a taktiež počtom detí, o ktoré sa manžel ostávajúci v domácnosti staral.²⁴

²⁰ Zaopatrovanie manželiek, ktoré z dôvodu starostlivosti nevykonávali zárobkovú činnosť, sa však považovalo za prechodnú záležitosť. Stále viac žien sa vďaka novo nasmerovanému hospodárstvu štátu zapájalo do pracovného procesu. „*Tímto ustanovením je zejména pamatováno na zaopatření manželek, jež z důvodu péče o domácnost a o děti jsou doposud vyřazeny z výdělečného zaměstnání. I když v souhlase s pokrokovým vývojem počet žen zařazovaných do veřejného pracovního procesu stále vzrůstá, nutno pro přechodnou dobu počítat s celou řadou manželek, jež se budou výlučně věnovat jen péči o domácnost a dítě.*“ PATSCHOVÁ, Z.: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnícká komise ÚVKSC 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddělení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j. 265, č. listu: 19 a 20.

²¹ Tamtiež, list č. 20. Osobne som toho názoru, že na takomto hodnotení sa prejavila postupujúca účelová a zdravú kritiku strácajúca propaganda smerovania ku socializmu.

²² „*Manželce pečující o tři děti ve stáří 1½ až 5 let přísluší vůči jejímu manželu nárok na úhradu osobních potřeb z důvodu péče o děti.*“ *Kraj.s. Olomouc 8 Ok 134/51.*

²³ „*Pečuje.li manželka o dvě děti, nelze úhradu osobních potřeb poskytovanou jí manželem považovat za bezpracný důchod odporující zásadám lidově demokratického zřízení a socialistického soužití občanů.*“ *Kraj.s. Praha33 Ok 289/51.*

²⁴ „*Oba manželé za trvání manželství – i když nežijí ve společné domácnosti – jsou povinni pečovat podle svých sil a možností o uspokojení svých osobních potřeb. Protože mají za trvání manželství nárok na přibližně stejnou životní úroveň, je povinností jednoho manžela*

Miera povinností manželov týkajúcich sa **uspokojovania potrieb rodiny** bola vyhradená predovšetkým dohode manželov podľa §16 ZoRP. Išlo najmä o dohodu ohľadne výchovy a výživy detí, uhrádzania nákladov na chod domácnosti a, skrátka, ohľadne všetkého, čo podmieňovalo riadne spolužitie manželov a fungovanie ich rodiny. Toto ustanovenie zákona ponechávajúce všetky podstatné rozhodnutia na dohode manželov malo byť ďalším z tých, ktoré dôsledne podporovali a uskutočňovali ústavne deklarovанú rovnosť manželov. Manžel už nemal byť „nedotknuteľnou“ hlavou rodiny s hlavným rozhodujúcim slovom z titulu živateľa rodiny. Manželia mali pri rozhodovaní rešpektovať jeden druhého tak, aby nachádzali vždy určitý kompromis k usporiadaniu záležitostí svojich, ako aj záležitostí rodiny. Naozaj len vo výnimočných situáciách, kedy by manželia neodkázali takýto kompromis medzi sebou nájsť, arbitrom im bol súd, rozhodujúci v nesporovom konaní. Úlohou súdu bolo pôsobiť na manželov v prvom rade výchovne. Dnešnými slovami povedané, mal viesť najprv akési zmierovacie konanie a v ňom presvedčiť manželov v záujme ich prospechu i prospechu rodiny nimi založenej, aby sa sami rozumne o danej veci dohodli. Až keď sa súdu nepodarilo zjednať medzi manželmi dohodu, zahájilo sa príslušné konanie, ktoré sa viedlo vždy pred ľudovým súdom miestne príslušným podľa bydliska manželov resp. podľa bydliska odporcu (ak manželia nemali evidované spoločné bydlisko).

Pri tvorbe zákona o rodine sa dalo predpokladať, že „prerod“ v myslení najmä žien ohľadne ich postavenia voči manželovi, bude len pozvoľný. Zákom zakotvená možnosť prejaviť nesúhlas s rozhodovaním manžela o podstatných veciach rodiny, keď to manželka cítila alebo videla ináč – to položilo na prax veľký otáznik. Aby nedôvera žien čo najskôr odpadla, priamo v súdnych senátoch mala byť ženám zabezpečená aktívna účasť. Podľa prehlásenia vtedajšieho ministra spravodlivosti A. Čepičku pri

doplnit druhému manželovi, není-li to v jeho silách a možnostech, čeho se mu nedostává k vyrovnání životní úrovně.“ Kraj.s. Praha 33 Ok 4/51.

prejednávani návrhu ZoRP v pléne Národného zhromaždenia dňa 7. decembra 1949²⁵, mala v senáte každého súdu, ktorý riešil manželské a rodinné veci zasadať vždy aspoň jedna žena ako sudca z ľudu²⁶, čo sa naozaj neskôr efektívne prenieslo do praxe²⁷. Bol to oproti minulosti skutočne posun. Priniesol nielen posilnenie a definitívne zakotvenie rovnakej pozície žien v rodine, ale vyzdvihol ich pozíciu i spoločensky, keď zrazu boli vítané na postoch, kde dovtedy dominovali muži.

Do okruhu vzájomných osobných práv medzi manželmi, kde nový ZoRP priniesol podstatné zmeny patrilo aj **právo nosiť** od uzavretia manželstva manželovo **priezvisko**. Markantnou zmenou bolo, že predchádzajúci obligatórny stav, kde žena jednoducho automaticky vstupom do manželstva prijímala mužovo priezvisko, sa zmenil na fakultatívny²⁸. Do účinnosti ZoRP právne zakotvená povinnosť, pri ktorej vôľa ženy nemala žiadny vplyv, pretože sa vnímala ako prirodzený dôsledok ženinho „vydaja“ za manžela, sa teraz zmenila na jej zákonom chránené právo. To značí, žena mohla, ale aj nemusela prijať priezvisko manžela. Rovnako manžel mal zákonom danú možnosť ponechať si svoje priezvisko alebo prijať priezvisko manželky, ak si to manželia želali²⁹. ZoRP totiž vychádzal z ústavne

²⁵ Zdroj: www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.

²⁶ „Je jistě správná zásada, aby manželské a rodinné věci byly řešeny před soudem, u něhož zasedá jako soudce z lidu alespoň jedna žena. ... Bude jen třeba, aby se ženy chopily této příležitosti a o funkci soudců z lidu se početně hlásily. Příležitost jim bude dána a bude záležet na nich, jak ji využijí. Není nejmenší pochybnosti, že naše ženy, které se v takovém počtu a v takových krásných výsledky podílejí na výstavbě nového společenského řádu, budou nyní za příznivých společenských podmínek střežit štěstí rodinného krbu lépe, než tomu bylo v minulosti, a lépe než kdokoliv jiný.“ Tamtiež.

²⁷ Táto zásada našla svoje právne vyjadrenie v §65 nariadenia ministra spravodlivosti č. 95/1952 Sb.

²⁸ KNAPP, V.: Jméno manželů a dětí. Právník, 1950. str. 177.

²⁹ „Dosavadní právní stav, podle kterého manželka ztrácí provdáním dosavadní příjmení a nabývá příjmení manžela, je přežitek z doby feudální. Rovněž ústavní zásada rovnosti mužů a žen vyžaduje, aby měli manželé volnost rozhodnout se pro buď společné příjmení nebo pro zachování svého dosavadního příjmení, jakož i pro příjmení svých dětí.“

zakotvene] zásady úplnej rovnosti muža a ženy v rodine a tak sa táto rovnosť prejavila i v otázke priezviska manželov³⁰. Stručne vzaté, ZoRP v §17 pripúšťal tri eventuality: a) žena prijala priezvisko muža, b) muž prijal priezvisko ženy³¹, alebo c) muž aj žena si ponechávali svoje vlastné rodové priezvisko. V prípade spomenutom v bode c) teda mali obaja v manželstve rôzne priezviská, v prípadoch a) a b) zas obaja priezvisko rovnaké, buď mužovo alebo ženino³². Snúbenci mali právo prehlásiť súhlasne pred sobášiacim orgánom pri uzatváraní manželstva, že pre budúcnosť budú používať priezvisko snúbenca alebo snúbenice ako svoje spoločné priezvisko (§17 ods.1 ZoRP). Toto priezvisko bolo potom aj priezviskom ich spoločných detí. Ak snúbenci pri sobáši nepodali súhlasné prehlásenie o používaní spoločného priezviska, platilo, že si ponechávali každý svoje dovtedajšie priezvisko. Tu potom museli pred ukončením sobášneho obradu prehlásiť aj dohodu o priezvisku detí (§17 ods.2 ZoRP), inak ich sobášiaci orgán pre nedodržanie dikcie zákona ani neoddal. Treba dodať, že dohoda snúbencov či už o ich spoločnom priezvisku alebo o priezvisku ich spoločných detí bola dohodou fixnou, konečnou, danou raz a navždy.

Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, a.j. č. 940, sv. 61, str.42.

³⁰ Socialistická rodinnoprávna veda považovala automatické nadobudnutie manželovho priezviska u ženy za jasný prejav vlastníckeho panstva manžela nad svojou manželkou. Túto automatickú, vôľou ženy neovplyvniteľnú stratu priezviska chápala ako ustanovenie, ktoré mohlo nachádzať svoje miesto len v spoločnosti triednej, založenej na nerovnoprávnosti svojich členov. Cieľom spoločnosti na ceste k socializmu bolo odstrániť aj takýmto spôsobom zakotvenú nerovnosť, preto pre ňu bolo neprijateľné tolerovať či dokonca podporovať zásadu automatického nadobúdania manželovho priezviska: „*Tato společnost, která postupně likviduje všechny formy vykořisťování a přináší hospodářskou rovnost svých členů, vytváří tak všechny předpoklady pro plnou rovnoprávnost žen i v rodině i ve společnosti (§1 ods. 2 Ústavy). Proto právní řád společnosti na cestě k socialismu uzákonňuje právní rovnost obou pohlaví také pokud jde o úpravu příjmení sňatkem.*“ Komentář k Zákonu o právu rodinném. Praha: Právnícký ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis, 1954. str. 74.

³¹ Táto úprava napríklad umožnila, aby rodové mená rodín, ktoré nemali mužských potomkov celkom nevymizli.

³² Nepripustné bolo aby mali manželia ako spoločné priezvisko spojené priezvisko ženy i muža, t.j. aby muž k svojmu priezvisku pripojil priezvisko ženy a naopak.

Nemohla byť žiadnou neskoršou dohodou manželov ani súdnym rozsudkom zmenená či zrušená (s výnimkou zmeny priezviska po rozvode manželstva).

Výpočet vzájomných osobných práv a povinností medzi manželmi uzatváralo **vzájomné zastupovacie právo manželov**, upravené v §20 a 21 ZoRP. Ustanovenie §20 stálo na formulácii: „Ak jedného z manželov niečo postihne, predpokladá sa, že je druhý manžel oprávnený konať za neho v obvyklých veciach, najmä prijímať za neho bežné plnenia.“ Pod pojmom „postihne“, ako by sme ho pravdepodobne vykladali dnes, sa neskrývali len nejaké vážne negatívne faktory súvisiace napríklad so zdravotným stavom, ale pod tento pojem sa podľa výkladu zákona dala okrem choroby subsumovať v podstate prekážka akéhokoľvek druhu, pre ktorú jeden z manželov nemohol hoci len prechodne vybaviť svoje obvyklé záležitosti (ak bol napríklad odcestovaný, pracovne vyťažený a podobne). Ktoré záležitosti sa považovali za obvyklé, bolo nutné posúdiť v každom konkrétnom prípade z hľadiska špeciálnych pomerov, ktoré „vládli“ medzi manželmi a, kde už bolo aj potomstvo, tiež z hľadiska pomerov, v ktorých žila celá rodina. Som toho názoru, že i keď nemuselo vždy ísť práve o záležitosti rodiny – napr. prijatie manželovej pošty, doručenie písomnosti, vybavenie určitej jeho záležitosti na úrade, platba bežného nájomného alebo prijatie jeho pravidelne sa opakujúceho platu – vždy to v konečnom dôsledku predsa len boli záležitosti späté s rodinou, jej potrebami, s jej zabezpečením.

Čo však bolo potrebné prísne rozlišovať, či išlo o zastupovanie manžela v jeho veci, alebo išlo o úkony pri obstarávaní obvyklých vecí rodiny. O tom, že išlo o dve úplne odlišné situácie, svedčili aj samostatne stojace paragrafy - §20 a §21 ZoRP. Upravovali úplne odlišne zodpovednosť za konanie vo veci manžela a zodpovednosť za konanie spojené s obstarávaním vecí rodiny.

Podľa §20 ZoRP slovné spojenie „predpokladá sa“ naznačovalo, že malo ísť o zákonnú domnienku, že druhý manžel bol oprávnený svojho manžela zastupovať a svojim konaním ho priamo zaväzovať tam, kde išlo

o bežné úkony, v obvyklých záležitostiach. Ak jeden z manželov v mene druhého konal v medziach oprávnenia, vznikali tým teda práva alebo povinnosti priamo druhému (zastúpenému) manželovi. Konanie nad rámec oprávnenia, prekračujúc obvyklé záležitosti však zaväzovalo zastúpeného manžela len vtedy, ak tento prekročenie schválil. Úkony prekračujúce rámec obvyklých záležitostí by za normálnych okolností vyžadovali špeciálne splnomocnenie a preto sa pri takýchto úkonoch ani tretie osoby nemohli spoliehať, že konajúci manžel bol zo zákona oprávnený druhého manžela zastupovať.³³ Z uvedeného možno dôvodiť, že teda išlo o zákonnú, ale vyvrátiteľnú domnienku. Túto v §20 zakotvenú domnienku zákonného zástupného oprávnenia bolo možné vyvrátiť jednoduchým odporovaním druhého manžela, prejavovým v akejkoľvek forme. Summa summarum, v §20 ZoRP išlo o zákonné zmocnenie **presumptívne a dispozitívne**.³⁴

Ináč to bolo v prípade konaní súvisiacich s obstarávaním vecí rodiny. Rodinu založili obaja manželia, preto aj obom rovnako prislúchala povinnosť starať sa o uspokojovanie potrieb rodiny (§19 ZoRP), no a teda aj povinnosť spoločne, jeden za druhého obstarávať a zabezpečovať veci súvisiace s rodinou. §21 ZoRP riešil dôsledky konania manželov pri obstarávaní *obvyklých* záležitostí rodiny. Takými to boli predovšetkým nákupy, jednoduchých i finančne náročnejších vecí (šatstvo, obuv, zariadenie domácnosti, veci účelne slúžiace členom rodiny), ďalej tiež napríklad obstaranie služieb pre domácnosť (zabezpečenie rôznych opráv či inštalácií, zanesenie šatstva do čistiarne a pod.), s tým súvisela i obvyklá dispozícia s rodinným účtom, skrátka patrili sem všetky záležitosti, pokiaľ boli nutné a účelné z hľadiska potrieb členov rodiny, ako aj z hľadiska riadneho vedenia rodinnej domácnosti. Pri nich v zmysle §21 ZoRP nastupovala zásada solidarity, to znamená, konanie ktoréhokoľvek manžela

³³ BLAŽKE, J.: Majetkové právo manželské. Praha: Orbis, Edice Nový právni řád, 1953. str. 42.

³⁴ Tamtiež, str. 43.

zaväzovalo rukou spoločnou a nerozdielnou oboch manželov spoločne. Za záväzok z právneho úkonu jedného manžela pri obstarávaní obvyklých záležitostí rodiny zodpovedal veriteľovi v plnej výške i ten manžel, ktorý nemal na predmetnom právnom úkone nijakú účasť. Tu sa jednoducho konanie jedného z manželov automaticky považovalo za konanie odobrené oboma.

Domnievam sa, že **solidarita v manželstve** je len prirodzeným dôsledkom toho, že manželstvo ako zákonný zväzok znamenal vždy pre spoločnosť zväzok založený na absolútnej dôvere. Trochu obrazne povedané, manžel už nie je kamarát či priateľ, ku ktorému možno pristupovať nezáväzne. Manžel je už osoba, s ktorou som zákonným spôsobom vstúpila do trvalého zväzku, naplneného celou radou špecifických práv a povinností. Je len prirodzené, keď pri manželstve aj spoločnosť dôveruje tomu, že manželia budú pri obstarávaní svojich vzájomných záležitostí a vecí rodiny vystupovať vždy ako jednotný celok³⁵. Východným predpokladom je, že manželia majú voči sebe plnú dôveru resp. že sa vždy vopred o obstarávaní obvyklých vecí rodiny dohodli.

Záväzok jedného manžela urobený voči tretej osobe tak zároveň zaväzoval i druhého manžela. Ak však jeden z manželov svojim konaním prekračoval hranice obstarávania obvyklých vecí rodiny, mohol druhý manžel žiadať, aby mu do budúca solidárny záväzok z konania jeho manžela nevznikal. O tejto žiadosti už ale musel rozhodovať súd. Bol to jasný prejav toho, že zákonné zmocnenie ustanovené v §21 bolo na rozdiel od zmocnenia vystupovať za manžela v jeho veciach (§20) **kogentnej** povahy. Zmocnenie zaväzovať vlastnými úkonmi solidárne aj druhého manžela neprichádzalo do úvahy zvrátiť obyčajným jednostranným právny úkonom, ale „z dôležitých dôvodov“ mohol súd na žiadosť

³⁵ Komentár k Zákonu o právu rodinném. Praha: Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis, 1954. str. 88.

jedného manžela vysloviť, že konania druhého manžela nemali mať tento právny následok (§21 ods.2 ZoRP). Žiadosť musela byť riadne odôvodnená, pričom za skutočne dôležité dôvody sa považovali len také, pri ktorých by záväzok, o ktorý išlo, bol vzhľadom k uspokojovaniu potrieb rodiny neúnosný alebo totálne zbytočný. Výrok súdu bol potom voči tretím osobám účinný, ale len vtedy, ak o vylúčení vzniku spoločného záväzku medzi manželmi tieto tretie osoby bezpečne vedeli (§21 ods.3 ZoRP). Ak veriteľovi nebolo oznámené vylúčenie solidárneho záväzku, mohol žiadať uspokojenie svojej pohľadávky na ktoromkoľvek z manželov alebo na oboch zároveň podľa svojej voľby.³⁶

Záverom...

Okruh manželských práv a povinností tvoriacich obsah manželského pomeru nie je vzhľadom na špecifickosť vzťahov medzi manželmi možné vopred presne zadefinovať. Vzájomné práva a povinnosti, ktoré manželom vyplývajú z manželstva sú vždy jednak osobnoprávne a jednak majetkovoprávne. Zákonná úprava osobných manželských práv a povinností platná v Československu v prvej polovici 20. storočia vychádzala z noriem, ktoré vznikali ešte v ére rakúsko-uhorskej monarchie a niesli takpovediac pečať svojej doby. Niesli odkaz dlhodobo tradovaného názoru dobovej spoločnosti, že každý z manželov má v manželstve zastávať konkrétne úlohy a plniť svoje funkcie – manžel zabezpečovať spoločenskú a hospodársku základňu manželstva, manželka viesť domácnosť a starať sa o deti. Tieto predstavy spoločnosti o manželských stereotypoch sa odrážali v nerovnom postavení manželov. Právna úprava rozlišovala popri právach a povinnostiach spoločných obom manželom zvlášť práva a povinnosti

³⁶ Z judikatúry: „*Opatření podle §21 zák. je výjimečným zásahem do zásady solidárnosti závazků manželů při obstarávání obvyklých věcí rodiny, která mimo ochranu věřitelů zabezpečuje důvěru společnosti v instituci manželství jako životního společenství manželů.*“ *Kraj.s. Brno 11 Ok 10/51.*

manžela a zvlášť manželky. Povojnová spoločnosť zaznamenala markantné zmeny. V oblasti rodinnoprávných vzťahov nešlo len o názorovú zmenu, ale tiež zmenu sociálnej a hodnotovej reality. Podriadenosť ženy bola vývojovo prekonaná. Základným východiskom pre novú úpravu rodinného práva sa stali Ústavou 9. mája 1948 proklamované zásady rovnosti pred zákonom a rovnoprávneho postavenia mužov a žien. V rovine manželských práv a povinností tak nastala doslova principiálna zmena – ústava a na jej základe potom nový rodinnoprávny kódex č. 265/1949 Sb. o práve rodinnom zásadne odmietli nerovnosť pohlaví. V dôsledku toho došlo k dôslednému opusteniu výkladu, že osobitné práva a povinnosti má mať manžel a osobitné manželka. Manželom prislúchali rovnaké práva a povinnosti, ktoré sa vnímali nielen v rovine voči nim samým navzájom, ale pod vplyvom ideológie už aj voči celej spoločnosti. Rovnosť v manželstve, tentokrát už nie len formálnu, malo zabezpečovať a podporovať i hospodárske zriadenie ľudovodemokratického štátu. Na záver možno zhodnotiť, že úprava vzájomných manželských práv a povinností zakotvená v prvom československom kódexe rodinného práva z roku 1949 predstavuje základ zákonného vyjadrenia rozoberaných práv a povinností medzi manželmi v právnom poriadku Slovenskej i Českej republiky dodnes.

Literature:

- BLAŽKE, J.: Majetkové právo manželské. Praha: Orbis, Edice Nový právní řád, 1953.
- FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A.: Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. III. vydanie pôvodného diela. Šamorín: Heuréka, 1998. ISBN 80-967653-4-5
- KNAPP, V.: Jméno manželů a dětí. Právník, 1950.
- Komentář k Zákonu o právu rodinném. Praha: Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis, 1954.
- LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity, Ústav všeobecného práva súkromného, 1947.

- PATSCHOVÁ, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Československého práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnícká komise ÚVKSC 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddělení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j. 265.
- PATSCHOVÁ, Z.: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnícká komise ÚVKSC 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddělení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j. 265.
- ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: Komentář k čsl. obecnému zákoníku občanskému. I. díl. Praha: Právnícké knižkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935.
- Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, arch.j. č. 940, sv. 61.
- ŠIMKOVIC, A.: Niekoľko otázok z rodinného práva. Právny obzor č. 5/1950.
- VESELÁ, R. a kol.: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. (II. vydání). Praha: EUROLEX BOHEMIA, s.r.o., 2005. 283 s. ISBN 80-86432-93-9.
- www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.

Contact – email

ivana.soskova@umb.sk; ivana.soskova@gmail.com

ZÁKLADNÍ IDEOLOGICKÁ VÝCHODISKA NACISTICKÉHO "SOUKROMÉHO" PRÁVA JAKO VZORU PRO PRÁVO PROTEKTORÁTNÍ¹

JAROMÍR TAUCHEN

Faculty of Law, Masaryk University Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Jedním z hlavních úkolů nacistů v právní oblasti bylo zavedení jednotného práva jak na celém území Říše, tak i na okupovaných územích. Ne jinak tomu bylo i v Protektorátu Čechy a Morava. Ve srovnání s ostatními dějinnými epochami neměl tento státní útvar sice dlouhého trvání, avšak za šest let jeho existence bylo jak soukromé, tak i veřejné právo bezesporu nacistickou ideologií výrazně ovlivněno. Účelem tohoto příspěvku je tedy v obecné rovině poukázat na základní východiska nacistické ideologie a nacistické právní teorie v oblasti „soukromého“ práva, aby si čtenář udělal představu o tom, jaké principy a zásady protektorátní právo částečně obsahovalo a jaké by byly bezesporu do protektorátního právního řádu zavedeny, pokud by v roce 1945 nedošlo k porážce nacismu.

Key words in original language

Soukromé právo; nacistické právo; nacistická ideologie; nacistická právní filosofie; Protektorát Čechy a Morava.

Abstract

One of the main tasks of the Nazis (in the field of law) was to institute a unified law both in the whole territory of the Third Reich and in the occupied territories. In the Protectorate of Bohemia and Moravia it was not otherwise. In comparison with other historical periods, this period of the Protectorate did not last long, but during the 6 years of its existence both, the private and the public law, were influenced by the Nazi ideology very much. That is why the intention of this contribution is to point out the basic data of the Nazi ideology and the Nazi legal theory in the field of the “private” law, to show the reader the principles of the protectorate law and the principles which would have concededly been instituted into the protectorate law, if the Nazis had not been defeated in 1945.

Key words

Private law; Third Reich; Nazi law; Nazi legal philosophy; unlimited interpretation; general clause.

¹ Tento příspěvek vznikl v rámci grantu poskytnutého Grantovou agenturou ČR GAP408/10/0363 „*Vývoj soukromého práva na území České republiky*“, jehož nositelem je Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně.

1. ÚVODEM

Jak je všeobecně známo, na území Protektorátu Čechy a Morava platily dva právní řády: protektorátní (autonomní) právo recipované z období první a druhé republiky a říšské (německé) právo. Jedním z hlavních úkolů nacistů v oblasti práva po připojení Rakouska k Říši a dalších území na Východě bylo především zavedení jednotného práva jak na celém říšském území, tak i na okupovaných územích. Protože toto sjednocení práva nebylo možno provést okamžitě, probíhaly změny postupně. To se dělo dvěma způsoby: buď právní řády okupovaných zemí přímo převzaly do svých právních předpisů právní normy platné v Říši (typicky norimberské rasové předpisy), nebo se v „autonomních“ právních řádech výrazným způsobem odrazila nacistická ideologie, nacistické pojetí práva či nacistický náhled na právo. Ne jinak tomu bylo i v Protektorátu Čechy a Morava. Ve srovnání s ostatními dějinnými epochami neměl tento státní útvar sice dlouhého trvání, avšak za šest let jeho existence bylo jak soukromé, tak i veřejné právo bezesporu nacistickou ideologií výrazně ovlivněno. Účelem tohoto příspěvku je tedy v obecné rovině poukázat na základní východiska nacistické ideologie a nacistické právní teorie v oblasti „soukromého“ práva, aby si čtenář udělal představu o tom, jaké principy a zásady protektorátní právo částečně obsahovalo a jaké by byly bezesporu do protektorátního právního řádu zavedeny, pokud by v roce 1945 nedošlo k porážce nacismu. Dle mého názoru právě v nacistické ideologii lze nalézt klíč k pochopení nacistického práva.

2. PRÁVO V NACISTICKÉM POJETÍ

Na začátek tohoto pojednání se jeví jako účelné v krátkosti charakterizovat, co je vlastně právo dle nacistických představ, jak na něj nacisté nazírali a z jakých ideologických východisek vycházelo?

V této souvislosti si je nutné uvědomit, že právní věda v období národního socialismu netvořila žádný uzavřený ucelený systém myšlenek, protože ty byly často nejasné, nesrozumitelné a neurčité. Spíše by se tyto myšlenky daly nazvat frázemi, jejichž účelem bylo přetvořit německé právo v nástroj k ochraně nastoleného národně socialistického pořádku. Není tedy možné podat nějaký obecný jasně formulovaný ideologický pohled nacistických právních teoretiků a ideologů na právo, nýbrž je třeba pouze prezentovat názory vybraných osobností nacistické právní vědy a nacistické právní filosofie a v jejich často rozporných představách a tezích o účelu a povaze soukromého práva hledat společné vztyčné body. Mezi nejznámější představitele, kteří v teoretické rovině podali své představy o právu, náleží např.: Justus Wilhelm Hedemann, Heinz Hildebrant, Rudolf Bechert, Otto Koellreutter, Helmut Nicolai, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Fritz Markull, Hermann Messerschmidt či „korunní právní Třetí říše“ Carl Schmitt. Na stránkách protektorátních právnických odborných periodik se můžeme

občas setkat s podrobnějším výkladem základních prací nebo recenzemi těchto teoretiků, pocházející především z pera odborového rady Ministerstva spravedlnosti Bohumila Nýdla.² Po skončení druhé světové války podal dodnes nepřekonaný výklad některých aspektů nacistického práva Viktor Knapp.³ Poukázat je možné na tomto místě rovněž na méně známou práci Arnošta Kolmana.⁴ Systematicky se česká právní historiografie v druhé polovině dvacátého století právu Třetí říše nevěnuje.

Dobových definic pojmu „právo“ existuje několik. V literatuře je však nejvíce citovaný výrok prominentního právníka, bavorského ministra spravedlnosti a pozdějšího ministra bez portfeje Hanse Franka:⁵

„Právo je to, co prospívá německému národu.“

Právo je tak vázáno na prospěch německého národa; je tak chápáno jako něco, co má sloužit národnímu státu, který se stal formou společenství národa a příslušnost k němu nezávisí na vůli jednotlivce, nýbrž je závislé na rase a národní příslušnosti. Liberalistický stát devatenáctého a počátku dvacátého století je tak nahrazen státem národním, který se vyznačuje podřízením zájmů jednotlivce potřebám národního společenství.

Program NSDAP z 24. února 1920 se otázce práva věnoval na několika místech⁶ a požadoval právní obnovu (*Rechtserneuerung*).⁷ Tento požadavek a snahy o jeho dosažení prostupují velmi často právníkovou dobovou literaturou třicátých let minulého století, kdy „ozdravění“ německého národa je přímo spojováno i s úplným obnovením právního řádu a právního myšlení.

² Např. článek *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: *Právník*, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 1.

³ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Praha: V. Linhart, 1947; reprint - Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002.

⁴ Kolman, A. *Ideologie německého fašismu*. Praha: Vydavatelství Svoboda, 1946.

⁵ K charakteristice nejznámějších prominentních právníků Třetí říše a přehledu jejich základních prací srov. Tauchen, J. *Vývoj trestního soudnictví v Německu v letech 1933 – 1945*. Brno: The European Society for History of Law, 2010, s. 34 – 37.

⁶ K jednotlivým článkům programu NSDAP věnující se právu viz: Nicolai, H. *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtsphilosophie*. 2. vydání. München: Franz Eher Verlag, 1933, s. 6.

⁷ K výkladu programu NSDAP blíže např. Feder, G. *Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken*. 166.-169. vydání. München: Zentralverlag der NSDAP, 1935; Rosenberg, A. *Das Parteiprogramm. Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP*. 25. vydání. München: Zentragverlag der NSDAP, 1943.

Jak uvádí ve své základní práci Rudolf Bechert:

„Přeměna zahrnující všechny obory práva a vyžadující jejich nové úpravy, nespočívá v úvahách účelových, ale je zásadní co do předpokladů a dosahu, neboť vychází ze zásadního duchového hodnocení, z nacionálního socialismu. Nacionální socialismus sám je jak politickým požadavkem, tak světovým názorem.... Světový názor dává míru svému mravnímu oprávnění a staví základ pro metafyzické pojetí státu a práva. Žádný okruh duševního života není takovým způsobem určen světovým názorem jako právo a jeho pěstění. Úprava a aplikace práva závisí v každém případě na mravním obsahu, který se vytěží ze zásady. Zásada pak musí být nutně opřena o smysl života.“⁸

Je třeba si položit otázku, z jakých zdrojů nacistické právo (nebo lépe vyjádřeno: právo v nacistickém pojetí) vycházelo? Co se tedy považovalo za jeho materiální prameny?⁹ Jak konstatuje Viktor Knapp, nacistická právní filosofie a právní věda hledaly prameny práva v mystických hlubinách národního společenství a touto tezí byli ovlivněni snad bez výjimky všichni nacističtí autoři.¹⁰ Materiálním pramenem práva je tedy právo vrozené, které vychází z duše národa (*Volksgeist*); z duše národa pak vyvěrá veškeré právo. Nacističtí ideologové a teoretici nám nedávají jasnou, srozumitelnou a jednotnou odpověď, týkající se mnoha ideologických aspektů práva, avšak jedno mají společné, když o sobě tvrdí, „že národněsocialistický světový názor nemůže být pochopen výlučně rozumově, neboť život se může chápat jen životem, a to znamená vůlí, mýtem, vírou. Život představuje národ, mající v krvi princip sebeuskutečnění, jehož nejvyšším ztělesněním je Vůdce“.¹¹ Jak uvádí Kolman:

„Nacisté vtloukali všem do hlavy, že jejich ideologie nepramení z rozvažování, ale z německé duše – ‚Gemüt‘, chápané citově, živelně, pudově. O ideji nacismu tvrdili, že otcem jejím je vůle, matkou příroda a porodní babičkou nouze.“¹²

⁸ Bechert, R. *Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtslehre*. Leipzig: W. Kohlhammer, 1941. Citováno dle: Nýdl, V. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: *Právník*, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 1.

⁹ K pramenům práva v období Třetí říše blíže: Tauchen, J. *Prameny práva v nacistickém Německu*. In: *Dny práva - 2009 - Days of Law Sborník příspěvků - the conference proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2757 – 2773.

¹⁰ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 46.

¹¹ Kolman, A. *Ideologie německého fašismu*. Praha: Vydavatelství Svoboda, 1946, s. 93.

¹² *Ibidem*, s. 64.

Účelem této teze zdůrazňující citové a pudové chápání ideologie a rovněž i práva je zároveň vysvětlit již výše zmíněnou skutečnost, proč nacistická právní věda a filosofie netvoří nějaký systematický celek, ale skládá se často z protichůdných odporujících si tvrzení.

Nacističtí autoři¹³ často při charakteristice materiálních pramenů práva utíkají do mystiky: nelogičnost svých výkladů tak zakryjí poukazem na prozřetelnost, kategorie jako je rasa, krev či půda. I vzdělání a schopní právníci často ve svých pracích omílají nacistická dogmata. Právo je dle jejich názoru něčím, co je vrozené. Existuje zde tedy přesvědčení lidu o jeho správnosti. Právní cit (*Richtigkeitsempfinden*) je tak pramenem práva. Právo vrozené může každý odposlouchat ve svém nitru. Jedná se především o soudce, který v rámci procesu aplikace práva naslouchá svědomí národa. Nacistická právní filosofie rovněž zdůrazňuje úzkou souvislost práva a mravnosti; právní cit, jakož i právo tak splývají s mravností. Pod mravností si je možné představit dva ústřední pojmy nacistického práva, a to je věrnost (*Treue*) a čest (*Ehre*).

Vedle práva vrozeného existuje právo dané, které je projeveno ve formálních pramenech práva. Dané právo je dle nacistické ideologie určitým obrazem práva vrozeného. Právo dané má být připodobněno právu vrozenému, tedy právu danému přírodou, tj. právu, jež žije v krvi. Pokud bychom měli zhodnotit vztah vrozeného (materiálního) a daného (formálního) práva, tak musíme spolu s Knappem konstatovat, že právo dané je mystickému právu zcela podřízeno. Obecné přesvědčení o právu je tak vrcholem právního řádu.¹⁴ Jak uvádí Mandl:

„Tak národní právní přesvědčení, jsouc pravým právem, může dokonce zbavovati účinnosti platné zákony, pokud jemu odporují.“¹⁵

Jak zákonodárce, tak i soudce čerpají ze stejného pramene a jsou vázáni rasově podmíněným právním citem. Z výše uvedeného je možno vyvodit jasný závěr: to, že nacističtí autoři věnují tak velkou pozornost právu

¹³ K nacistickým právním teoretikům a ideologům, jejichž teorie náleží k nejpropracovanějším a nejpřehlednějším, je možné přiřadit následující autory a díla: Hildebrandt, H. *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate*. Berlin, Leipzig: de Gruyter Verlag, 1935; Nicolai, H. *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtsphilosophie*. 2. vydání. München: Franz Eher Verlag, 1933; Messerschmidt, H. *Das Reich im nationalsozialistischen Weltbild*. Leipzig: W. Kohlhammer Verlag, 1940; Bechert, R. *Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtslehre*. Leipzig: W. Kohlhammer, 1941.

¹⁴ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 77 – 81.

¹⁵ Mandl, V. *Právní soustava německé říše*. Praha: V. Linhart, 1939, s. 10.

vrozenému, mělo jediný účel, a to podříditi stávající právní řád libovůli vládnoucích. Právo dané tak mohlo být s odkazem na duch národa kdykoliv porušeno či pozměněno.

3. KRITIKA LIBERALISTICKÉHO POJETÍ STÁTU, ŘÍMSKÉHO PRÁVA A ZÁSADA „GEMEINNUTZ VOR EIGENNUTZ“

Pokud se podíváme na to, jak nacistická právní věda a ideologie nazíraly na soukromé právo, pak musíme konstatovat, že se v této souvislosti snad ve všech dobových pracích (ať již odborného, či popularizačního charakteru) objevuje zdrcující kritika dosavadního liberalistického pojetí práva, jehož cílem bylo v soukromém právu prosazení a ochrana zájmů jednotlivce. Nacisté v tomto směru zaujali kategoricky protikladný postoj. Zájmy jednotlivce musely ustoupit zájmům tzv. národního společenství (*Volksgemeinschaft*). Národní společenství reprezentované německým národem se stává ústředním pojmem nejen nacistické rétoriky a propagandy, nýbrž se objevuje i v „serióznějších“ pracích.

Jak již bylo výše několikrát zmíněno, nacistická právní věda odmítala dosavadní liberalistické pojetí práva a známou Ulpianovu zájmovou definici rozlišení veřejného a soukromého práva. Právě v souladu s ní dle nacistů viděl liberalistický zákonodárce účel soukromého práva v ochraně egoistických zájmů jednotlivce. Toto pojetí však mělo vycházet z myšlenky, že v soukromé sféře nejsou jednotlivci k sobě vázáni žádným poutem, a že jednotlivce je středobodem veškerých soukromoprávních předpisů.¹⁶ V období liberalistického státu měla vůle jednotlivce převyšovat vůli společenství, tedy subjektivní právo mělo stát nad právem objektivním.¹⁷ Heinrich Stoll zároveň kritizuje „neněmecký a antisociální“ francouzsko-anglický charakter liberalismu, kde přesvědčení o bezohledném egoismu a čistý smysl pro obchod jsou sankcionovány právem.¹⁸ Skutečnost, že u liberalistického práva chyběl národní prvek, měla vést k odcizení jednotlivce a národního společenství (státu). S různou intenzitou směřoval tak boj nacistických právníků proti německému občanskému zákoníku – BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) z roku 1896 (nabytí účinnosti 1. ledna 1900), jako produktu liberalistického pojetí práva, obzvláště pak proti jeho obecné části.

¹⁶ Arnold, W. *Die Eingliederung in die Gemeinschaft als Verpflichtungsgrund im künftigen Schuldrecht*. Gießen, 1937, s. 18 – 19.

¹⁷ Schröder, R. *Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 11.

¹⁸ *Ibidem*, s. 12.

Dle Rudolfa Becherta:

„Konečné znění občanského zákoníku bylo jen špatně zakrytým zachováním římského práva. Římské právo pozdvihlo do znaku myšlenku jednotlivce a dostalo se tak do zřejmého rozporu s německým právem. Neboť odvozuje-li římské právo všechny zásady z jednotlivce, německé právo je vybudováno na zcela opačném základě - právo jednotlivce odvozuje z práva pospolitosti. Zatímco je římské právo pojato individualisticky, je německé právo pojato socialisticky“.¹⁹

Požadavek na odstranění římského práva z německého právního řádu obsahoval program NSDAP z 24. února 1920, jehož devatenáctý bod zněl:

„Požadujeme nahrazení římského práva, které slouží materialistickému světovému řádu, německým právem obecným“.²⁰

Nacisté však nekritizovali původní římské právo, nýbrž až právo pozdně románské, které je podle oficiálního stranického ideologa Alfreda Rosenberga:

„Pramenem nadvlády peněz, soukromých monopolů, spekulací s půdou a čerpají z něj svou sílu mezinárodní korporace“.²¹

Národní socialisté kritizovali římské právo ze dvou hledisek: rasového a jeho chybějící vazby na národní společenství.²²

Jak je všeobecně známo, v popředí nacistické ideologie stála rasová teorie; z tohoto hlediska bylo také římské právo posuzováno a označováno jako „zažidovštělé“ a cizorodé.

Právníký styl představitelů klasické římské jurisprudence Papiniana, Ulpiana a Paula byl nacisty považován za silně racionalistický, odcizený

¹⁹ Bechert, R. *Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtslehre*. Leipzig: W. Kohlhammer, 1941. Citováno dle: Nýdl, V. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: *Právník*, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 11.

²⁰ Feder, G. *Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken*. 166.-169. vydání. München: Zentralverlag der NSDAP, 1935, s. 13.

²¹ Rosenberg, A. *Das Parteiprogramm. Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP*. 25. vydání. München: Zentragerlag der NSDAP, 1943, s. 32.

²² Ke vztahu nacistů a římského práva podrobně: Tauchen, J., Obrovská, L. *Římské právo ve Třetí říši*. In *Res - věci v římském právu*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Právníká fakulta, 2008, s. 53 – 66.

běžnému životu a nepřátelský.²³ Jak je z výše uvedeného patrné, nacistická literatura uznávala pouze původní římské právo z raného období římských dějin, justiniánskou kodifikaci však již nikoliv. Ta byla stejně jako všechno pozdně románské právo označována jako židovská. Na vrcholu nacistické kritiky římského práva však stála jeho recepce. Recepce římského práva byla označována za „národní neštěstí“ a od poloviny 19. století se tato parole stala dogmatem německé germanistiky.²⁴ Jak uvádí Koschaker:

*„Recepce představovala znásilnění nevinné Germánie brutálními Římany“.*²⁵

Nejvíce byla napadána pandektistika a její pojmotvorba. Podle Nicolaiie recepce přispěla k odstranění starých německých právních institutů a vůbec ke ztrátě představy o tom, co právo vlastně znamená. Právníci používali latinu, které lidé nerozuměli, a proto se právo lidu odcizilo.²⁶

Druhé hledisko, podle kterého bylo v období Třetí říše na římské právo kriticky nahlíženo, byla vazba římského práva na národní společenství. Byla tak především napadána jeho individualistická a materialistická povaha a neexistence podřízení zájmů jednotlivce zájmům celku. To souvisí s bodem 24 programu NSDAP, dle kterého:

*„...Strana bojuje proti židovsko-materialistickému duchu v nás a mimo nás a je přesvědčena, že trvalé ozdravení našeho lidu se může díť pouze zevnitř na základě: upřednostnění zájmu celku před právem jednotlivce (Gemeinnutz vor Eigennutz)“.*²⁷

Nacistická teorie uváděla zhruba toto: v římskoprávním pojetí byl stát pouhým prostředkem k uskutečnění autokratických cílů jednotlivce, kterého chránily ústavněprávní záruky jako v ústavním státě 19. století. K uskutečnění těchto cílů náležely následující právní instituty: neomezená vůle vlastníka, právo odkazovat jmění, smluvní svoboda a právo na ochranu

²³ Markull, F. *Der deutsche und der römische Rechtsgedanke*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 52.

²⁴ Koschaker, P. *Europa und das römische Recht*. 4. Vydání. München, Berlin: C. H. Beck, 1966, s. 148.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Nicolai, H. *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie*. 2. vydání. München: Franz Eher Verlag, 1933, s. 10.

²⁷ Feder, G. *Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken*. 166.-169. vydání. München: Zentralverlag der NSDAP, 1935, s. 14.

osobnosti.²⁸ Naproti tomu právo německé vycházelo ze společenství a právo jednotlivce odvozuje od tohoto společenství. V německém právu rovněž hrál velkou roli vůdce a vůdcovský princip.²⁹

4. VEŘEJNÉ BLAHO A NACISTICKÁ IDEOLOGIE

S požadavkem a zásadou „zájem celku předchází zájmu jednotlivce“ úzce souvisí rovněž pojem „veřejné blaho“, který se stal součástí nacistického výraziva. Jak již bylo výše několikrát zmíněno, po roce 1933 již není ve středu pozornosti jednatel, nýbrž společenství. Jednatel se mohl realizovat pouze v rámci společenství. Myšlenka společenství (*Gemeinschaftsgedanke*) není tak charakteristická pouze pro veřejné právo, nýbrž prostupuje všemi sférami, včetně té „soukromoprávní“.³⁰

Veřejné blaho není nacistickým pojmem, nýbrž vzniká již v 18. století překladem z anglického *common-wealth*.³¹ Klauzule ve prospěch veřejného blaha (veřejného zájmu) byly obsaženy samozřejmě již v některých právních předpisech z období monarchie a Výmarské republiky. V programu NSDAP se setkáváme v různých formách na několika místech s pojmem veřejné blaho. V bodu 10 se hovoří o „zájmech celku“ (*Interessen der Allgemeinheit*):

„Činnost jednotlivce nesmí ohrožovat zájmy celku, nýbrž se musí dít v rámci celku a ku prospěchu všech.“

V bodu 17 jsou zmíněny „národní potřeby“ (*nationale Bedürfnisse*) a „veřejně prospěšné účely“ (*gemeinnützige Zwecke*):

„Požadujeme pozemkovou reformu, přizpůsobenou našim národním potřebám, vytvoření zákona o vyvlastnění půdy pro veřejně prospěšné účely bez náhrady. Požadujeme odstranění pozemkové daně a zabránění spekulacím s půdou.“

²⁸ Kaser, M. *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*. Tübingen: J.C.B.Mohr Verlag, 1939, s. 5.

²⁹ K vůdcovskému principu blíže: Tauchen, J. *Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše*. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, č. 2, 2007, s. 159 – 164.

³⁰ Leich, H. *Der Begriff des Gemeinwohls*. Würzburg: Druckerei u. Verlag wissenschaftliche Werke Konrad Triltsch, 1937, s. 1.

³¹ K výkladu tohoto pojmu blíže: Grimm, J., Grimm, W. *Deutsches Wörterbuch*. Bd. 5, Sp. 3272 – 3275. Dostupné z: <http://germazope.uni-trier.de:8080/Projekte/DWB>.

Bod 18 obsahuje odkaz na „společné zájmy“ (*Gemeininteresse*):

„Požadujeme nemilosrdný boj proti těm, kteří svou činností poškozují společné zájmy. Sprosté zločince, lichváře, šmelináře a jim podobné je třeba potrestat smrtí, a to bez ohledu na jejich vyznání a rasu.“

V bodě 23 je možné nalézt odkaz na „obecný zájem“ (*Gemeinwohl*):

„...Noviny, které by se prohřešily proti obecnému zájmu, je třeba zakázat. Požadujeme zákonný boj proti takovému uměleckému nebo literárnímu směru, který působí na život našeho lidu rozkladným vlivem, a uzavření všech institucí, které se prohřešily proti výše uvedeným požadavkům.“

Všechny tyto pojmy jsou různými formami jednoho pojmu, a to je zájmu společenství. Po uchopení moci se nejpřitažlivější heslo programu NSDAP „přednost zájmů celku před zájmy jednotlivce“ stalo vůdčí myšlenkou života v národním socialismu. Dle státního tajemníka Lammerse byla zásada „*Gemeinnutz vor Eigennutz*“ vyjádřením:

„Vyznáním víry národního socialismu, která ovládá veškerý život národa, vše obsahuje, a proto jí vedení státu postavilo do popředí. ... Tato věta označuje celý svět myšlenek národního socialismu tak pregnantně a jednoznačně, jako je vyjádřena podstata křesťanství větou: ‚Miluj bližního svého jako sám sebe‘.“³²

Na zásadu „*Gemeinnutz vor Eigennutz*“ je možné nahlížet z několika pohledů. Známy německý právní historik Michael Stolleis v ní vidí:

- příkaz zákonodárci, aby vytvářel právní normy, které by upřednostňovaly zájem společenství,
- výkladové vodítko orgánům aplikující právo; tato zásada se uplatnila nejen v případě platného veřejného práva, nýbrž i na právo „soukromé“,
- určitý nadpozitivní charakter, který umožnil derogaci všech platných právních předpisů, které této zásadě odporují;

³² Lammers, H. *Die Staatsführung im Dritten Reich*. In: Deutsche Justiz, 1934, s. 1296 citováno dle: Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 78.

- umožnění nového výkladu klauzulí veřejného blaha (neurčitých právních pojmů).³³

5. EXISTENCE „SOUKROMÉHO“ PRÁVA?

S ohledem na výše uvedené si je nutné položit jednu základní otázku: existovalo vůbec v období národního socialismu soukromé právo? Dle dosavadního liberalistického pojetí bylo za soukromé právo považováno vše, co sloužilo zájmům jednotlivce; jeho individualistické pojetí se tak stalo předmětem kritiky, neboť přispělo k úpadku pospolitosti. Nacistická právní věda odmítala dělení práva na veřejné a soukromé, neboť dle ní existovalo pouze jedno právo, a to veřejné. Odvolávala se přitom na pojetí germánského práva, ve kterém obě dvě tyto sféry splývaly. Soukromé právo je tak dle nacistických představ právem společenství. Jedinci jako součásti společenství náleží subjektivní právo pouze v případě, pokud mu ho společenství poskytne. Práva jednotlivce tak jsou ohraničena prospěchem společenství. Nacističtí autoři zdůrazňují ve svých pojednáních především povinnosti, které má jedinec vůči společenství, pak až následují poskytnutá práva.³⁴ Podstatu práva tak netvoří subjektivní právo, nýbrž povinnost. Jednotlivec má jednat primárně v zájmu celku, tzn. upřednostnit zájem společenství před zájmem vlastním. Pokud by nejednal v zájmu celku, dostal by se do rozporu s právem, neboť dle nacistického přesvědčení právo a zájem (prospěch) společenství splývají. Avšak v nacistickém státě nestojí stát proti jednotlivci (nestojí proti sobě právo veřejné a soukromé), nýbrž jedinec tvoří součást společenství. Z toho plyne, že úkoly státu (společenství) jsou zároveň úkoly jednotlivce.³⁵

Rudolf Bechert místo dosavadního dělení práva na veřejné a soukromé rozlišuje mezi právem společenství jako právem soukmenovců (*Recht der Gemeinschaft als Recht der Volksgenossen*), které odpovídá právu veřejnému a právem soukmenovců jako právem společenství (*Recht der Volksgenossen als Gemeinschaftsrecht*), které odpovídá dřívějšímu soukromému právu. K právu společenství řadí Bechert ústavní, právní, hospodářské, sociální, selské, pracovní, trestní právo a právní úpravu

³³ Ibidem, s. 79.

³⁴ Např. Lehman, H. *Der Primat der Rechtspflicht*. In: Freisler, R., Hedemann, J.W. [Hrsg.] *Kampf für ein deutsches Volksrecht. Richard Deinhardt zum 75. Geburtstag*. Berlin: R. v. Decker's Verlag, s. 108.

³⁵ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 179 – 182; Nýdl, B. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: *Právník*, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 18 – 19.

rasových věcí, dědičnosti a civilní proces. Mezi práva soukmenovců řadí občanské a obchodní právo.³⁶

V období národního socialismu tedy ztratilo význam dělení mezi veřejnou a soukromou sférou. Odmítáno bylo oddělování státu a společnosti, jak to vyjádřil Roland Freisler v roce 1939:

*„Neexistuje žádný soukromý život, který by nebyl ovlivněn životem veřejným... a také žádná oblast práva, která by upravovala jen soukromou sféru, a také žádná, která by regulovala výlučně veřejnou sféru“.*³⁷

6. DOLOŽKY (KLAUZULE) VEŘEJNÉHO BLAHA A NEURČITÉ PRÁVNÍ POJMY

Pro nacistické právní předpisy jak veřejného, tak soukromého charakteru jsou charakteristické tzv. doložky (klausule) veřejného blaha. Nejednalo se o nic jiného, než o neurčité právní pojmy, které ovládaly právní výklad v praxi. Představovaly tak prosazení ideologické zásady národního socialismu „prospěch celku před zájmem jednotlivce“. Dochází tak k často odlišné interpretaci generálních klauzulí pocházejících z období Výmarské republiky a k masivnímu vytváření nových po roce 1933. Doložky veřejného blaha se objevují jak ve veřejnoprávní, tak i v soukromoprávní oblasti. Tyto neurčité pojmy umožnily, aby byl bez zásahu „pera zákonodárce“ za pomoci právní interpretace změněn převzatý právní řád ovlivněný idejemi liberalismu. To směřovalo k zachování zdání legality, neboť nacisté chtěli vyvolat dojem, že po převzetí moci dochází ke změně práva legální cestou a ne svévolným přijímáním zákonů. Pojmy jako „dobrá víra“ či „dobré mravy“³⁸ znamenaly v nacistickém státě něco jiného než ve státě liberalistickém, a to: začlenění jednotlivce do společenství, jeho podřazení celku a zdůraznění jeho povinností vůči společenství. Vodítkem pro výklad generálních klauzulí se tak staly věty: „ty neznamenáš nic, tvůj národ znamená všechno“ či „přednost prospěchu společenství před

³⁶ Bechert, R. *Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtslehre*. Leipzig: W. Kohlhammer, 1941, s. 42 citováno dle: Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 181 – 182.

³⁷ Freisler, R. *Wandel des privatrechtlichen Denkens*. In: Deutsche Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1939, s. 1 citováno dle: Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 81.

³⁸ K chápání a zneužití neurčitého pojmu „dobré mravy“ v období Třetí říše podrobně: Wanner, J. *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate*. Ebelsbach am Main: Aktiv & Druck Verlag, 1996, s. 94 a násl.

prospěchem jednotlivce“. Tak dostává i maxima všech maxim „*suum cuique*“ nový smysl.³⁹

Právě pro občanské právo bylo typické, že změny v jeho obsahu byly z velké části provedeny právě za pomoci doložek veřejného blaha či jiných neurčitých právních pojmů. Mezi tyto doložky a neurčité právní pojmy náležely např.: dobré mravy, dobrá víra, námitka zlého úmyslu či podvodného jednání, nepřiměřená tvrdost, důležitý důvod, k zamezení hospodářských škod, k odvrácení nebezpečí pro veřejnost, k ochraně německého národa či k ochraně vnitřního klidu.⁴⁰

S aplikací neurčitých pojmů je samozřejmě spojena i značná míra právní nejistoty, která pramení ze samotného jejich charakteru. Před nebezpečím plynoucí z jejich užívání varoval již v roce 1933 Justus Wilhelm Hedemann ve spise „Útěk do generálních klauzulí“, kde mj. uvedl následující:

*„Všichni uzurpátoři, diktátoři a dobyvatelé ve světových dějinách požadovali spojit jejich konání s účelovými klauzulemi jako je ‚blaho státu‘, ‚bezpečnost a pořádek‘ či ‚spravedlnost‘. Bez ohledu na časové období či národ je zde právě vidět největší nebezpečí generálních klauzulí. Tam, kde nadřazená moc zavádí do právního řádu generální klauzule a nezávislí soudci je aplikují, tam se stávají tyto klauzule měřítky, a to i přes jejich značnou pružnost. Když ale stát jako nejvyšší moc využívá generální klauzule pro vlastní chování, splývá faktor pružnosti a faktor moci v jedno; v tomto případě přestávají být generální klauzule měřítkem a stávají se jednostrannou a nekontrolovaně vedenou zbraní“.*⁴¹

Interpretace doložek veřejného blaha byla prováděna v souladu s nacistickou ideologií. Poprvé to bylo normativně stanoveno v § 1 zákona o sjednocení daní (*Steueranpassungsgesetz*) z 16. října 1934 (RGBl. I., S. 925), dle kterého bylo nutno vykládat daňové zákony v souladu s národněsocialistickou ideologií (světovým názorem). Za použití analogie byla poté závaznost nacistické ideologie rozšířena na výklad veškerého platného práva. Na tomto místě je možné citovat „korunního právníka“

³⁹ Ebel, F., Thielmann, G. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 443.

⁴⁰ Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 89.

⁴¹ Hedemann, J. W. *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, 1933, s. 51 citováno dle: Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 89.

Třetí říše Carla Schmitta, který formuloval cíl právní interpretace následovně:

„Každý výklad musí být výkladem v národněsocialistickém smyslu.“⁴²

7. LIDOVÝ ZÁKONÍK (VOLKSGESETZBUCH)

Po převzetí moci nacisté neuvažovali o tom, že by ihned nahradili dosavadní platný občanský zákoník (*BGB – Bürgerliches Gesetzbuch*) nějakou novou kodifikací; plánovány tak byly pouze výraznější zásady do rodinného a dědického práva. Poté co byly vydány manželský a testamentární zákon,⁴³ získala mezi nacistickými právními vědci stále více stoupců myšlenka, že by civilní právo nemělo být měněno jednotlivými zákony, nýbrž že by celá materie měla být upravena v jedné kodifikaci. Na ní začala postupně pracovat Akademie pro německé právo, se kterou je spojena osoba jejího zakladatele Hanse Franka.⁴⁴ Ten byl také jedním ze zastánců nové kodifikace. Poté, co byl Frank jmenován generálním guvernérem na obsazených polských územích, nahradil jeho pozici v rámci kodifikačních snah v Akademii německého práva univerzitní profesor Justus Wilhelm Hedemann. Kodifikační komise se musela vyrovnat s následujícími problémy:

- připojování stále nových území k Říši vyžadovalo co nejrychlejší sjednocení práva,
- při existenci velkého množství výborů a podvýborů, které připravovaly jednotlivé dílčí oblasti, a při utajování výsledků konaných jednání, mohlo dojít k paralelnímu zpracování jednotlivých otázek,
- ukázalo se jako nemožné, aby text nového zákoníku byl srozumitelný lidu, a zároveň byl stručný a krátký.⁴⁵

⁴² Schmitt, C. *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*. In: *Juristische Wochenschrift*, 1934, s. 713 citováno dle: Rüthers, B. *Unbegrenzte Auslegung*. In: Davy, U. [Hrsg.] *Nationalsozialismus und Recht*. Wien: *Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac*, 1990, s. 6.

⁴³ Zákon z 6. července 1938 (RGBl. I., S. 807) a zákon z 31. července 1938 (RGBl. I., S. 973).

⁴⁴ Schröder, R. *Rechtsgeschichte*. Münster: *Alpmann und Schmidt Verlag*, 2006, s. 190.

⁴⁵ Ebel, F., Thielmann, G. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 3. vydání. Heidelberg: *C. F. Müller Verlag*, 2003, s. 444.

Názory na to, jaké oblasti by měla nová kodifikace civilního práva obsahovat, se různily. Hans Carl Nipperdey se vyslovil v roce 1938 pro to, aby se budoucí kodifikace soukromého práva omezila jen na oblasti ovlivňující hospodářský život, a bylo tak vyloučeno rodinné a dědické právo. Naopak měl nový zákoník pojmout i právo obchodní.⁴⁶ Toto pojetí bylo odmítnuto. Od poloviny roku 1942 již bylo vzhledem k postupující válce zřetelné, že práce na projektu lidového zákoníku nebudou v brzké době dokončeny. Lidový zákoník se měl skládat z těchto částí (kniha): 1. Soukmenovec (*Volksgenosse*), 2. Rodina (*Familie*), 3. Dědictví (*Erbe*), 4. Právní styk a ručení (*Rechtsverkehr und Haftung*), 5. Vlastnictví (*Eigentumsordnung*), 6. Práce (*Arbeit*), 7. Podnik (*Unternehmen*), 8. Sdružení (*Vereinigungen*).⁴⁷

Vzhledem k tomu, že členové Akademie pro německé právo byli především univerzitní profesori, tak se práce na novém zákoníku vlekly.⁴⁸ J. W. Hedemann zveřejnil pouze návrh první knihy, ve které se nacházely základní zásady, na kterých měla být nová kodifikace založena. Mezi základní principy lidového zákoníku Velkoněmecké říše (*Volksgesetzbuch des Großdeutschen Reiches*), jak se měla tato kodifikace oficiálně nazývat, náležely následující maximy:

- Nejvyšším zákonem je blaho německého národa.
- Je třeba ochraňovat a udržet čistou německou krev, německou čest a dědičné zdraví. Tyto tvoří základ německého národního práva.
- Prvořadou povinností každého soukmenovce je nasadit své veškeré tělesné a duševní síly do služby celku a dosáhnout tak nejvyšších výkonů.
- Vlastnictví je zásadně uznáváno a požívá právní ochrany. Vlastník smí svou věc užívat v plném rozsahu na vlastní odpovědnost a v souladu s potřebami společenství.

⁴⁶ Kroeschell, K. *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1992, s. 92.

⁴⁷ Hedemann, J. W. *Das Volksgesetzbuch als Fundament Großdeutschen Rechtslebens*. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1942, s. 23.

⁴⁸ Salje, P. *Bürgerliches Recht und Wirtschaftsordnung im Dritten Reich*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 53.

- Vlastnictví německé půdy jako pramen síly a krve národního společenství zakládá zvýšené povinnosti majitele nemovitosti týkající se její správy a užívání.
- Lidový zákoník se vztahuje na všechny příslušníky Velkoněmecké říše. Pro říšské příslušníky neněmecké krve neplatí ustanovení, která dle jejich účelu nejsou určena na říšské příslušníky německé krve.
- Nejvyšším cílem je blaho německého národního společenství jako pokrevního spojení rasově čistých a čestných německých mužů a žen.⁴⁹

Návrhy ostatních částí lidového zákoníku nebyly nikdy zveřejněny a zůstaly tak jen ve fázi předpříprav. Avšak dochovalo se poměrně velké množství materiálu, ze kterého je patrné další směřování celého zákoníku.⁵⁰

8. PRINCIP ZVLÁŠTNÍHO ZÁKONODÁRSTVÍ

Princip tzv. zvláštního zákonodárství (*Prinzip der Sondergesetzgebung*) nebyl jen jedním z principů, který ovládal státní aparát Třetí říše, nýbrž sloužil i k vyloučení určitých skupin občanů ze společenského, kulturního a politického života ve státě a popřel tak po desetiletí proklamovanou zásadu rovnosti.⁵¹ S tímto principem je spojen pojem „národní pospolitost“, neboť na osoby vyloučené z národního společenství se uplatnila speciální právní úprava. „Národní pospolitost“ (*Volksgemeinschaft*) a „národ“ (*Volk*) byly nejčastěji používanými pojmy v celé národně socialistické ideologii.⁵² Národní společenství bylo označováno jako základ veškeré politické moci Vůdce a jako pramen a nejvyšší hodnota státního života. Dle nacistické

⁴⁹ Ebel, F., Thielmann, G. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 444.

⁵⁰ Salje, P. *Bürgerliches Recht und Wirtschaftsordnung im Dritten Reich*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 54.

⁵¹ Podrobně k tomuto principu Tauchen, J. *Prinzip zvláštního zákonodárství jako jeden z principů fungování státního aparátu nacistického Německa*. In: *Právní a ekonomické problémy VI*. Ostrava: Key Publishing, 2008, s. 108 – 114.

⁵² Böckenförde, E.-W. *Staatsrecht und Staatslehre im Dritten Reich*. Heidelberg: C. F. Müller, 1985, s. 111.

ideologie se národní společenství projevuje v instituci státu a právě stát nese v sobě jeho hodnoty.⁵³

K základům národně socialistické ideologie patřilo přesvědčení, že německý lid tvoří tzv. národní pospolitost, která ruší všechny sociální, náboženské a politické rozdíly mezi lidmi. Právní postavení jednotlivce bylo viděno primárně v jeho povinnostech. Právo člena národní pospolitosti spočívalo v právu na stejné povinnosti.⁵⁴

Národně socialistická propaganda popisovala s typickým zápalem národní společenství následujícím způsobem:

„Zcela mimo třídy a stavy, povolání, vyznání a všechny ostatní zmatek života bez ohledu na původ a stav, tyčí sociální jednota německých lidí, zakotvená v krvi, stmelená tisíciletým pospolitým životem, osudem spojená na život a na smrt.“⁵⁵

Ideologie národní pospolitosti zahrnovala vedle integračního prvku⁵⁶ také prvek represivní, vymezující. Příslušníci jiných ras, národů a ti, kteří byli prohlášeni za nepřítel státu a národa nepatřili k národní pospolitosti. Rasový princip a rasové myšlení tak byly transformovány do principu národní pospolitosti.

Jak již bylo výše uvedeno, princip národní pospolitosti je spojen s principem rovnosti všech, kteří náleží do národního společenství. Pro ty, kteří byli z národního společenství vyloučeni, princip rovnosti neplatí.

Princip národní nerovnosti (*völkische Ungleichheit*)⁵⁷ není právním pojmem, ale stal se pouze nástrojem pro provedení diskriminačních

⁵³ Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 117.

⁵⁴ Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“*. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 290.

⁵⁵ Projev Adolfa Hitlera ze dne 10. března 1940 ke dni Památky hrdinů; blíže k tomu: Bedürftig, F. *Třetí říše a druhá světová válka*. Přeložil Petr Dvořáček. Praha: Prostor, 2004, s. 288.

⁵⁶ Integračním prvkem byla právě rovnost a kamarádství mezi členy národního společenství, které byly propagovány hesly: „*Jednotlivec neznamená nic, jedině národ znamená všechno*“ nebo „*nádherné je kamarádství, které spojuje*“. Mezi členy národního společenství neexistovaly rozdíly ve stavu či vyznání, v bohatství či chudobě. Všichni členové jsou mezi sebou kamarádi. Blíže k tomu: Klagges, D., Stoll, F. *So ward das Reich*. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943, s. 195.

⁵⁷ K tomuto pojmu podrobně: Majer, D. *Nationalsozialismus im Lichte der Juristischen Zeitgeschichte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, s. 14 a násl.

opatření.⁵⁸ Nebylo ho možno také vymezit pomocí formálních kritérií, protože se vymezoval sám podle politické účelnosti a libosti vykonavatelů moci. Princip národní nerovnosti byl do praxe zaveden na základě tzv. zvláštního zákonodárství.⁵⁹ Typický příklad představuje zákon o říšském občanství z 15. září 1935 (RGBl.I, S. 1146) a 13 k němu vydaných prováděcích nařízení a mnoho dalších právních opatření na poli trestního, majetkového a hospodářského práva. Zvláštní zákonodárství se však neprosadilo v plné míře ve všech právních odvětvích např. v občanském právu. V těchto oblastech byla diskriminace praktikována především pomocí výkladu práva v nacistickém duchu.⁶⁰

Princip „národní nerovnosti“ se neuplatnil pouze vůči německým státním občanům židovského původu či vyznání. Tak např. podle § 6 prvního nařízení k zákonu o ochraně německé krve ze 14. listopadu 1935 (RGBl. I, S. 1334) nemohlo dojít k uzavření manželství z důvodu udržení čistoty německé krve, pokud by se dalo předpokládat, že se z manželství narodí postižené potomstvo. Pod tento zákaz spadaly především sňatky mezi tělesně a mentálně postiženými. S postupem času se vyvinula tendence, ve které pomalu ustupoval rasově-biologický prvek do pozadí a jako předpoklad pro aplikaci zvláštního zákonodárství se prosadily politické znaky, tzn., zda je osoba vhodná pro členství v národní společenosti či nikoliv. V praxi to znamenalo, že na veškerá jednání osob, která byla buď namířena proti národnímu socialismu, nebo se neshodovala s národně socialistickou ideologií, bylo nahlíženo jako na jednání škodící národnímu společenství či jako na zločin.

Pro ilustraci si je nyní vhodné uvést několik příkladů ze soukromoprávní oblasti, ve kterých se projevil princip zvláštního zákonodárství. V oblasti občanského práva byla diskriminace osob stojících mimo národní společenství prováděna pomocí desinterpretace stávajících právních norem, především výkladem neurčitých právních pojmů jako byly dobré mravy, dobrá víra apod.⁶¹ Příkladem diskriminační právní úpravy z oblasti civilního

⁵⁸ Hirsch, M. a kol. *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*. 2. vydání. Baden – Baden: Nomos Verlag, 1997, s. 252.

⁵⁹ Mezi léty 1933-1936 bylo vydáno 636 protizidovských zákonů, nařízení či správně-právních ustanovení, mezi léty 1936-1939 to bylo ještě 230 právních předpisů. Během války bylo k tomuto vydáno ještě 525 jednotlivých ustanovení. Poslední pokyn byl vydán 16. února 1945 a týkal se zničení židovských spisů. Blíže k tomu: Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 175.

⁶⁰ Každý zákon vydaný po roce 1933 byl spojen s nepsanou výhradou, že: „zákon nesmí být žádnému Židovi ku prospěchu či mu nesmí poskytnout ochranu“. Blíže k tomu: Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 166.

⁶¹ Eisenhardt, U. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2004, s. 454.

práva bylo výrazné ulehčení napadnutelnosti smluv árijským smluvním partnerem vůči Židovi z důvodu omylu či podvodného jednání.

V oblasti rodinného práva mohlo být dítě odebráno rodičům, pokud by rodiče neposkytovali z politických nebo náboženských důvodů dostatečnou záruku, že bude dítě vychováno podle zásad národního socialismu. Rovněž odmítavý postoj otce, aby se jeho dítě stalo členem Hitlerjugend, umožňovalo odebrání dítěte.⁶²

Vrcholem rasové diskriminace provedené tzv. zvláštním zákonodárstvím se stalo pracovní právo. Přestože zákony týkající se propouštění Židů ze státní služby⁶³ nebyly aplikovatelné na pracovní právní poměry v soukromém sektoru, mnoho zaměstnavatelů se ale v co nejkratší době snažilo své židovské zaměstnance propustit. Na základě směrnic vydaných k zákonu o organizaci národní práce z 21. ledna 1934 se „neáriji“ nemohli stát vedoucím závodu nebo členem Německé pracovní fronty (*DAF*).

9. ZÁVĚR

Za šest let trvání Protektorátu Čechy a Morava bylo jeho soukromé právo nacistickou ideologií bezesporu výrazně ovlivněno.

Nacistická ideologie se vyznačovala tím, že se všemi různými způsoby snažila oprostít a distancovat od liberalistického pojetí práva, které spočívalo na ochraně zájmů jednotlivce. Inspirací jí bylo staré germánské právo. Nacistická právní věda odmítala římské právo právě pro jeho individualistickou povahu. Dle nacistických představ měl být naproti tomu účelem soukromého práva prospěch pospolitosti - národního společenství (*Volksgemeinschaft*). Na jednotlivce se tedy nehledělo jako na osobu (individuum), nýbrž jako na člena národního společenství. Jelikož i soukromé právo mělo sloužit zájmu národního společenství, tak se nacistická právní teorie bránila samotné diferenciaci práva na veřejné a soukromé, jelikož veškeré právo mělo směřovat ku prospěchu celku.

S tím souviselo i otevřeně proklamované nepřátelství nacistů vůči římskému právu. Ačkoliv program strany požadoval odstranění římského práva z německého právního řádu, římské právo v období Třetí říše odstraněno

⁶² Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W.Kohlhammer, 1987, s. 189.

⁶³ Např. zákon o znovuoobnovení úřednictva ze 7. dubna 1933 (RGBl. I, S. 175); k tomu blíže Tauchen, J. *Právní postavení úřednictva ve Třetí říši*. In: *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, vol. 15, č. 3, s. 245 – 249.

nebylo, a ani odstraněno být nemohlo, protože jeho platnost v Německu skončila v roce 1900 vydáním občanského zákoníku. Národně socialističtí ideologové a právní teoretici tak vystupovali alespoň proti „duchu římského práva“, který byl obsažen v německých soukromoprávních právních předpisech. Nikdy však v období vlády národního socialismu nedošlo k masovému odstraňování právních institutů ovlivněných římským právem. K tomu mělo dojít až okamžikem vydání připravovaného lidového zákoníku (*Volksgesetzbuch*), který měl nahradit stávající občanský zákoník - BGB.

Právní předpisy soukromého práva v nacistickém Německu nedoznaly takových změn, jako tomu bylo u práva veřejného. Důležité bylo vzbudit u národa tzv. „zdání legality“ prováděných změn. To znamenalo, že nedošlo k výrazným změnám dosavadních právních předpisů převzatých z období císařství a Výmarské republiky, avšak došlo ke změně jejich výkladu. Nacistické pojetí soukromého práva bylo implementováno a příslušné změny tak byly provedeny ve fázi interpretace a aplikace právních norem. K tomu sloužily tzv. generální klauzule a neurčité pojmy, s jejichž využitím a za pomoci tzv. „neohraničeného výkladu“ německé soudy a správní orgány měnily smysl dosavadních soukromoprávních norem a fakticky zasahovaly do obsahu smluvních ujednání a omezovaly tím smluvní volnost stran.

Sama smluvní svoboda byla některými nacistickými právními teoretiky zpochybňována, a čím více byla smlouva důležitější pro národní společenství, tím více se smluvní volnost vytrácela a nastupovaly kogentní normy. Nacistický režim nejprve postupně omezil a poté v některých případech princip smluvní volnosti v soukromém právu zcela odstranil.

Soukromé právo v období Třetí říše bylo rovněž charakteristické tím, že neposkytovalo právní ochranu některým skupinám obyvatelstva, které tak byly z celé řady právních jednání vyloučeny.

Literature:

- Arnold, W. Die Eingliederung in die Gemeinschaft als Verpflichtungsgrund im künftigen Schuldrecht. Gießen, 1937
- Bedürftig, F. Třetí říše a druhá světová válka. Přeložil Petr Dvořáček. Praha: Prostor, 2004
- Bechert, R. Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtslehre. Leipzig: W. Kohlhammer, 1941
- Böckenförde, E.-W. Staatsrecht und Staatslehre im Dritten Reich. Heidelberg: C. F. Müller, 1985

- Ebel, F., Thielmann, G. Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003
- Eisenhardt, U. Deutsche Rechtsgeschichte. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2004
- Feder, G. Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken. 166.-169. vydání. München: Zentralverlag der NSDAP, 1935
- Freisler, R., Hedemann, J.W. [Hrsg.] Kampf für ein deutsches Volksrecht. Richard Deinhardt zum 75. Geburtstage. Berlin: R. v. Decker's Verlag
- Freisler, R. Wandel des privatrechtlichen Denkens. In: Deutsche Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1939, s. 1
- Hedemann, J. W. Das Volksgesetzbuch als Fundament Großdeutschen Rechtslebens. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1942
- Hedemann, J. W. Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen, 1933
- Hildebrandt, H. Rechtsfindung im neuen deutschen Staate. Berlin, Leipzig: de Gruyter Verlag, 1935
- Hirsch, M. a kol. Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus. 2. vydání. Baden – Baden: Nomos Verlag, 1997
- Grimm, J., Grimm, W. Deutsches Wörterbuch. Bd. 5, Sp. 3272 – 3275. Dostupné z: <http://germazope.uni-trier.de:8080/Projekte/DWB>
- Kaser, M. Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung. Tübingen: J.C.B.Mohr Verlag, 1939
- Klagges, D., Stoll, F. So ward das Reich. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943
- Knapp, V. Problém nacistické právní filosofie. Praha: V. Linhart, 1947
- Kolman, A. Ideologie německého fašismu. Praha: Vydavatelství Svoboda, 1946

- Koschaker, P. Europa und das römische Recht. 4. Vydání. München, Berlin: C. H. Beck, 1966
- Kroeschell, K. Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1992
- Lammers, H. Die Staatsführung im Dritten Reich. In: Deutsche Justiz, 1934, s. 1296
- Leich, H. Der Begriff des Gemeinwohls. Würzburg: Druckerei u. Verlag wissenschaftliche Werke Konrad Triltsch, 1937
- Majer, D. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987
- Mandl, V. Právní soustava německé říše. Praha: V. Linhart, 1939
- Markull, F. Der deutsche und der römische Rechtsgedanke. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935
- Messerschmidt, H. Das Reich im nationalsozialistischen Weltbild. Leipzig: W. Kohlhammer Verlag, 1940
- Nicolai, H. Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge der nationalsozialistischen Rechtsphilosophie. 2. vydání. München: Franz Eher Verlag, 1933
- Nunweiler, A. Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- Nýdl, V. Základy nacionálně-socialistické nauky právní. In: Právník, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 1
- Rosenberg, A. Das Parteiprogramm. Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP. 25. vydání. München: Zentragverlag der NSDAP, 1943
- Salje, P. [Hrsg.] Recht und Unrecht im Nationalsozialismus. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985
- Schmitt, C. Nationalsozialismus und Rechtsstaat. In: Juristische Wochenschrift, 1934, s. 713

- Schröder, R. Rechtsgeschichte. Münster: Alpmann und Schmidt Verlag, 2006
- Stolleis, M. Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974
- Tauchen, J. Prameny práva v nacistickém Německu. In: Dny práva - 2009 - Days of Law Sborník příspěvků - the conference proceedings. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2757 – 2773
- Tauchen, J. Právní postavení úřednictva ve Třetí říši. In: Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, vol. 15, č. 3, s. 245 – 249
- Tauchen, J. Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, č. 2, 2007, s. 159 – 164
- Tauchen, J., Obrovská, L. Římské právo ve Třetí říši. In Res - věci v římském právu. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, 2008, s. 53 – 66
- Tauchen, J. Vývoj trestního soudnictví v Německu v letech 1933 – 1945. Brno: The European Society for History of Law, 2010
- Wanner, J. Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate. Ebelsbach am Main: Aktiv & Druck Verlag, 1996

Contact – email

tauchen@mail.muni.cz

RODINNÉ PRÁVO V DOBĚ PROTEKTORÁTU

RENATA VESELÁ

Právnická fakulta. Masarykova univerzita. Katedra dějin státu a práva.
Česká republika

Změna vyvolaná obsazením českých zemí nacistickou armádou 15. března 1939 a následné zřízení Protektorátu Čechy a Morava přinesla pro české obyvatelstvo ztrátu všech do té doby ještě existujících formálně demokratických svobod. Z hlediska právního postavení se na protektorátním území rozlišovaly z hlediska práva tři skupiny osob. V rámci nacistických právních pojmů šlo o politicky i právně plnoprávné německé říšské občany, dále Čechy, kterým byla udělena protektorátní příslušnost a třetí skupinu představovala skupina naprosto bezprávných obyvatel, na něž se v plném rozsahu vztahovaly rasistické předpisy (židé, cikáni). Toto rozličné právní postavení populace i válečné události pochopitelně nacházely odraz i ve změnách dosavadního občanského, respektive rodinného práva.

Počáteční vážný zásah s dopadem na oblast rodinného práva způsobil totiž již samotný Výnos Vůdce a říšského kancléře ze dne 16. března 1939 o Protektorátu Čechy a Morava.¹ Podle jeho druhého článku, prvního odstavce byli totiž příslušníci německého národa, obyvatelé protektorátu prohlášeni za německé státní příslušníky. Od tohoto data se na právní poměry německých státních příslušníků (tedy i bývalých československých občanů německé národnosti) pohlíželo jako na osoby, které se mají zejména v oblasti práva osobního, rodinného a dědického řídit právem jejich domoviny, t. j. německého práva. Výnos pro ně stanovil aplikaci německých zákonů týkajících se osobního statutu i německou soudní pravomoc.

K provedení uvedeného výnosu bylo již 20. července 1939 s účinností od 1. srpna téhož roku vydáno nařízení o použití německého práva pro německé státní příslušníky v Protektorátu Čechy a Morava. V prvním paragrafu nařízení bylo jednoznačně určeno, že na právní poměry německých státních příslušníků - tedy i postavení bývalých československých státních příslušníků německé národnosti, prohlášených dne 16. března 1939 Hitlerem za německé státní příslušníky jest v Protektorátu Čechy a Morava použito práva jejich domoviny (německého práva), pokud toto právo stanoví použití zákonů domovského státu (německého práva platného na starém říšském území ve Východní marce nebo v říšské župě Sudety), pokud

¹ Výnos byl vyhlášen pod číslem 75/1939 ve Sbírce zákonů a nařízení

toto právo stanoví použití zákonů domovského státu. Zároveň bylo zdůrazněno, že právo domoviny platí zvláště v oboru práva osobního, rodinného a dědického.² Zvláštní odstavec věnovalo nařízení otázkám sňatku a rozvodu. Pro formu sňatku určilo použití německého práva v případě, že muž byl německým státním příslušníkem.

K platnosti manželství se vyžadovalo, aby k jeho uzavření došlo před německým stavovským úředníkem. Navíc zmíněné nařízení přeneslo působnost k přeměně rozvodu manželství v rozluku z úředního soudu v Litoměřicích na úřední soud v Praze a také vedení evidence uzavřených manželství svěřilo pro „německá“ manželství německým stavovským úředníkům. Zmíněným nařízením byl tedy prohlouben anomální stav platnosti dvojího práva v oblasti rodinně právních vztahů na území protektorátu. Nešlo však bohužel o zásah poslední.

Ještě výrazněji totiž do rodinných vztahů v protektorátu zasáhlo recipování norimberských zákonů pro všechny jeho obyvatele. Hlavním úkolem rasistických norem v počáteční fázi okupace bylo zajistit nacistům veškeré majetkové hodnoty náležející do té doby židovskému obyvatelstvu. V dalším období však už protektorátní vláda vydala takovou normu, která zasáhla přímo osobní statut a důstojnost židovských obyvatel protektorátu. Bylo jí vládní nařízení ze dne 4. července 1940 č. 136 Sb. V tomto případě šlo vlastně již o kopii norimberského zákona na ochranu německé krve a německé cti a jeho prováděcích předpisů. Vládní nařízení o právním postavení židů ve veřejném životě obsahovalo jednak vymezení okruhu osob, na něž se vztahovalo, jednak zvláštní omezení osoby.

Neslavným vyvrcholením legislativní horlivosti protektorátní vlády v této oblasti se stalo vládní nařízení ze dne 17. března 1942 č. 85 Sb., kterým se vydávají další předpisy o židech a židovských míšencích. Jak nařízení konstatovalo, bylo vydáno k doplnění říšských právních předpisů – norimberských zákonů a jejich prováděcích norem. Druhý paragraf tohoto nařízení zakazoval protektorátním příslušníkům uzavřít manželství s osobou židovského původu. Výjimku z tohoto zákazu mohl poskytnout pouze ministr vnitra, Na manželství uzavřené proti tomuto zákazu, a to i v cizině, byla stanovena sankce neplatnosti a neplatnost měla být vyřešena z moci úřední. Snoubenci byli povinni písemně před sňatkovým úřadem prohlásit, že neexistují překážky k uzavření manželství buď podle říšských právních předpisů anebo podle § 2 tohoto nařízení a na požádání sňatkového úřadu skutečnost, že zde nejsou překážky manželství, také prokázat. Jestliže by se překážky manželské objevily, sňatkový úřad nesměl přijmout

² Hoffman, J. “Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, roč. I/2(1939), str. 658

prohlášení k přivolení manželství. Pátý paragraf vládního nařízení č. 85/1942 Sb. pak dokonce zakazoval mimomanželský pohlavní styk mezi židem a protektorátním příslušníkem, který nebyl žid nebo židovský míšenec se dvěma úplně židovskými prarodiči ve smyslu § 1 tohoto nařízení.

Aby bylo těmto bezprecedentním příkazům vyhověno a aby byla dodržena právně teoretická struktura uvedeného nařízení, obsahovaly jeho následující části také velmi přísné sankce. Kdo by jednal proti zákazu „smíšeného manželství“ mohl být potrestán žalářem od 1 roku do 15 let. Za porušení zákazu mimomanželského pohlavního styku byl pro muže stanoven trest podle právní kvalifikace uvedeného jednání diferenciovaně, avšak o nic méně přísně. Pokud by bylo kvalifikováno jako přečin, mohl být viník potrestán tuhým vězením až do 5 let. Pokud by bylo shledáno zločinem, hrozilo se trestem žaláře od 1 do 15 let. Zúčastněná žena měla být podle § 8 odst. 2 vyňata z potrestání.

A ještě jednu sankci *sui generis* za uzavření manželství mezi protektorátním příslušníkem a osobou židovského původu stanovil § 4 zmiňovaného vládního nařízení. Dovoľoval totiž zůstaviteli, který byl protektorátním příslušníkem a nebyl židovského původu, aby svého „nežidovského“ potomka vydědil v případě, jestliže by tento uzavřel manželství proti ustanovením nařízení nebo proti ustanovení obdobných říšských právních norem. Také takovým způsobem se zákonodárce pokoušel prosadit říšské představy o zachování „čistoty rasy“. Navíc i administrativní praxe činila nátlak, aby dosáhla rozlučování rasově smíšených manželství i germanizace manželství smíšených národnostně.

V oblasti sňatkových předpisů následně došlo ještě k dalším změnám. Vládní nařízení ze dne 26. června 1941 o příslušnosti biskupů římskokatolické církve při oddávkách vydané ve sbírce pod číslem 292 přineslo změnu manželské novely z předmnichovské republiky (zákon 320/1919 Sb. z. a n.) Vláda protektorátu jím umožnila, aby oddávky, pro něž byl dříve příslušný farář římskokatolické církve, vykonal vedle toho také biskup (kapitulní vikář) této církve, a to v hranicích své diecéze. Jak podotkl dobový komentář, již v době vydání tohoto nařízení však bylo zřejmé, že nebude mít většího praktického významu.

Následovalo nařízení o provedení a doplnění manželského zákona a o sjednocování mezinárodního práva rodinného ze dne 25. října 1941. Nové říšské nařízení změnilo právní řád platný v Protektorátu Čechy a Morava v míře dosti podstatně. Prvá část zasahuje do protektorátního práva manželského ustanovením o neplatnosti manželství pro porušení ustanovení o formě uzavírání manželství v protektorátu. Druhá část přináší v § 2 ustanovení o přeměně rozvodu manželství na rozluku a

může dosáhnout i na protektorátní příslušníky, pokud jsou rozvedenými manžely příslušníků německých. Nejvýznamnější je část třetí: zavádí do protektorátního práva ustanovení mezinárodního práva rodinného, a to ustanovení obsažená v uvozovacím zákonu k německému občanskému zákoníku. Část čtvrtá unifikuje předpisy o příslušnosti ve věcech manželských a přináší některé další změny říšských předpisů. Pátá část upravuje uznávání cizích rozhodnutí v manželských věcech a zasahuje i do práva protektorátního.³

Říšským nařízením o přizpůsobení předpisů rodinného práva ze dne 6. února 1943 byla nově upravena některá ustanovení jednak práva občanského, jednak práva procesního a to – jak již naznačuje nadpis nařízení – pokud zasahují do oboru práva rodinného nebo s ním souvisejí.

Nařízení má 5 článků:

Článek 1 a 2 mění některá ustanovení materiálního práva rodinného a to článek 1 některé paragrafy říšského občanského zákona, článek 2 pak některé paragrafy všeobecného občanského zákoníku platného v Sudetech a v Protektorátu.

Článek 3 upravuje formální právo, t. j. předpisy o příslušnosti a řízení ve sporech o uznání a popírání manželského původu, jakož i v nikoliv ryze majetkoprávních sporech vznikajících z poměru mezi rodiči a dětmi a ve sporech o zjištění pokrevního původu dítěte nemanželského.

Článek 4 obsahuje ustanovení o zjišťování rodového původu vyšetřením po stránce dědičnosti a rasového původu.

Článek 5 obsahuje přechodná ustanovení.⁴

Podrobně popsat konkrétní dopad jednotlivých ustanovení protektorátních nařízení na společenskou realitu by jistě zasloužilo spíše sociologickou než právní studii. Přesto nelze období protektorátu ani z hlediska vývoje rodinného práva považovat za právně historicky objasněné a bude nepochybně třeba se k tématu v dalším výzkumu navrátit.

³ Hoffmann, J., *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava*, ročník III. (1941), str. 1425

⁴ Hoffmann, J., *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava*, ročník V. (1943), str. 169

Literature:

Hoffman, J.“ Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, roč. I/2(1939).

Hoffmann, J., Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník III. (1941).

Hoffmann, J., Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník V. (1943).

Contact – email

renata.vesela@law.muni.cz

POJETÍ PRACOVNÍHO PRÁVA V PRVNÍ ČSR

LADISLAV VOJÁČEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, ČR

Abstract in original language

Článek pojednává o pokusech prvorepublikové právní vědy vymezit pracovní právo jako samostatnou součást právního řádu. Zmiňuje se také o snaze zavést na právnických fakultách výuku tzv. dělnického práva.

Key words in original language

Pracovní právo; dělnické právo

Abstract

The article describes the attempts by the legal theory in the period of the First Czechoslovak Republic to define Labour Law as a separate branch of law. The efforts to teach the so-called Workers Law at law faculties is mentioned as well.

Key words

Labour Law; Workers Law

Úvodem

Pracovní právo se u nás jako samostatné právní odvětví zformovalo vlastně až ve druhé polovině dvacátého století, tedy ve specifických podmínkách pounorového Československa a pod vlivem sovětského členění právního řádu. Přesto není obtížné zjistit, že zákonodárce začal reagovat na faktickou nerovnost stran pracovní smlouvy, která pracovněprávní vztahy odlišuje od jiných obligačních poměrů, už od konce 19. století. Zřetelně se tento nový přístup promítl zejména do tzv. dělnické novely živnostenského řádu a do novely všeobecného občanského zákoníku z roku 1916. Ve Všeobecném slovníku právním¹, vydaném na samém konci 19. století, ovšem heslo Pracovní právo ještě nenajdeme a ve Slovníku veřejného práva československého ještě v roce 1934 Emil Hácha o pracovním právu oprávněně napsal, že „jest spíše jen souborný název pro předměty nové právnické disciplíny, než ustálený právní pojem“².

¹ *Všeobecný slovník právní. I. – V.* Pořádá a vydává F. X. Veselý. Praha: nákladem vlastním, 1896 – 1899.

² *Slovník veřejného práva československého. III.* Heslo: *Pracovní právo* (E. Hácha). Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 423.

Abychom si potvrdili pravdivost Háchova konstatování o neustálenosti pojmu pracovní právo, uvedeme už na tomto místě vyjádření dvou předních československých civilistů Jana Krčmáře a Jaromíra Sedláčka. Pražský profesor Jan Krčmář pojmání pracovního práva jako samostatné disciplíny striktně odmítal. Do zmíněného Slovníku veřejného práva československého napsal, že sjednocení pracovního práva neodpovídá zákonodárným a výukovým tradicím, ani rozřídění úředních kompetencí. Jeho sjednocení podle něj odporuje také fakt, že je z části právem soukromým a z části veřejným (správním) a že pracovní poměry se svou povahou liší natolik, že „jednotné pracovní právo se pro ně naprosto nehodí“³. Brněnský profesor Jaromír Sedláček naopak psal o „právu pracovním neboli dělnickém“ jako zvláštním oddílu právního řádu a konstatoval, že „jest mnohá výhoda v tomto systematickém zpracování práva dělnického“, nicméně při tom hrozí nebezpečí, že se setře souvislost s jinými ustanoveními občanského práva. Z toho dovozoval, že o služební smlouvě bude třeba pojednat jednak z pohledu práva pracovního a jednak z pohledu práva občanského⁴ (tedy i on si ponechával jistou rezervu).

Přes zdrženlivost většiny právních teoretiků bylo v první polovině minulého století zřejmé, že pracovněprávní problematika se stala natolik významnou a specifickou, že souvislost soukromoprávních a správních norem, dotýkajících se pracovní činnosti a jejich výsledků, nebylo možné ignorovat. Co tedy bylo třeba pod pojem pracovního práva zahrnout a kam v rámci právního řádu tato problematika měla patřit?

Koncepce pracovního práva

Na uvedené otázky si v obecné rovině můžeme odpovědět snadno. Mezi těmi, kdo se hlásili k myšlence samostatného pracovního práva, v tom, co vše pod označení pracovní právo zahrnout, shoda nepanovala. Někteří dokonce prosazovali i jiné označení – dělnické právo. Jednota nepanovala ani v náhledu na místo pracovního práva v právním řádu, protože někteří je podřazovali pod obecnější pojem sociální právo. V zásadě však lze říci, že v různých konkrétních modalitách se setkáváme se dvěma základními přístupy: vymezením pracovního práva s důrazem na subjekt (pracovní právo jako právo určité sociální vrstvy) nebo naopak na obsah právního vztahu (pracovní právo jako právo vážící se k pracovnímu poměru).

³ *Slovník veřejného práva československého*. III. Heslo: *Pracovní smlouva* (J. Krčmář). Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 442.

⁴ SEDLÁČEK, J., *Obligační právo. II. Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních*. Brno: Právník, 1926, s. 115.

V německé právní vědě, která československé právní teoretiky a praktiky výrazně inspirovala, tato dvě pojetí reprezentují především práce Waltera Kaskela⁵ a Heinze Potthoffa.⁶ Podrobněji si rozdílné pohledy na podstatu, vymezení a místo pracovního práva můžeme demonstrovat na československé odborné literatuře, věnované speciálně této problematice.

a) Začali jsme názorem Emila Háchy, proto se k němu ještě vrátíme. V pregnančně zpracovaném a již citovaném slovníkovém hesle Pracovní právo, kde reagoval na zmíněné bohaté a rozmanité výsledky německé právní vědy, chápal pracovní právo jako soubor norem, které se pojí k pracovnímu poměru. Z toho je zřejmé, že odmítal Kaskelovu charakteristiku pracovního práva jako práva určité společenské vrstvy a že naopak byl blízký Heinzi Potthoffovi, který vázal pracovní právo k pracovnímu poměru. Usuzoval, že do pracovního práva nebude možné zahrnout služební právo veřejných zaměstnanců, které je chápáno jako veřejnoprávní poměr, zatímco pracovní poměr je poměr soukromoprávní. Zároveň konstatoval, že to nebude veřejným zaměstnancům vždy ku prospěchu, čímž měl na mysli skutečnost, že se na jejich poměr nebudou moci aplikovat ty předpisy, které byly vědomě přijaty jako pracovněprávní, tj. vztahující se k pracovnímu poměru, tedy především předpisy tzv. ochranného práva.

Pracovní poměr podle E. Háchy tedy vznikl jako poměr založený pracovní smlouvou o práci určené časově a představoval trvalý závazkový (obligační) poměr. E. Hácha v souvislosti s ním zdůrazňoval nesamostatnost nebo závislost práce a vyvozoval z ní i vyšší stupeň osobní závislosti zaměstnance na zaměstnavateli. Zároveň však jako zkušený praktik upozorňoval, že někdy je velmi těžké rozlišit, zda se v konkrétním případě jedná o smlouvu o práci (tedy pracovní smlouvu v tomto užším slova smyslu) nebo o smlouvu o dílo.⁷

⁵ Walter KASKEL své pojetí prezentoval v Háchou citované práci *Arbeitsrecht*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925.

⁶ Podle Heinze POTTHOFFA pracovní právo tvoří soubor všech právních norem, které se vztahují k pracovnímu poměru, tzn. ke skutečnosti, že jedna osoba je jinou přijata do práce a přitom je existenčně nucena, aby do pracovního poměru vstoupila. Srovnej *Alphabetisches Wörterbuch des Arbeitsrechtes. Practisches Handbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbiter, Angestellten und Beamten*. Hrsg. H. Potthoff, Stuttgart: Verlag von J. Heß, 1921, s 26 a násl.

⁷ Srovnej *Slovník veřejného práva československého*. III. Heslo: Pracovní právo (E. Hácha). Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 424 – 425. A uvědomoval si to také Jaromír Sedláček, když napsal, že „není činnosti, která by neměla výsledku, a není výsledku bez činnosti“ a že „setkáváme se často se smlouvami, které mají znaky jak smluv služebních, tak i smluv o dílo“; viz SEDLÁČEK, J., *Obligační právo II. Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních*. Brno: ČsAS „Právník“, 1926, s. 112 – 113, 113. Později na to upozorňoval i Sedláčkův a Roučkův komentář k občanskému zákoníku (ROUČEK, F. –

b) Předpisy pracovního práva v roce 1930 uspořádali do příručky *Pracovní právo republiky Československé* Jaroslav Říha a František Freudenfeld.⁸ V přepracovaném a rozšířeném vydání tuto práci znovu vydali František Freudenfeld a Jan Kasanda v roce 1938.⁹ Pojem pracovní právo použili, ale nedefinovali. Pouze v úvodu (s. 5) podobně jako Hácha konstatovali, že „pracovní právo bylo pojímáno v obvyklém smyslu, a jednáno tedy pouze o úpravě služebního (zvýraznil L. V.) pracovního poměru a vyloučena samostatná pracovní smlouva (smlouva o dílo, nakladatelská).“

Z tohoto textu logicky plynou dvě konsekvence:

aa) Použitý pojem pracovní smlouva chápali v duchu dvoudílné Lotmarovy práce z roku 1902¹⁰ široce, aniž by se ovšem pracovní smlouvě v takovémto širokém pojetí plně věnovali. Pracovní smlouvou podle nich byla každá smlouva, kterou strany ujednávají, že jeden bude konat práci pro druhého a druhý za to platit odměnu. Zahrnovala tedy i zmíněné samostatné pracovní smlouvy, tj. smlouvu o dílo a smlouvu nakladatelskou, případně smlouvu o obstarání věci pro jiného.

bb) Služebním pracovním poměrem, o němž je v citaci řeč a který byl podle nich klíčovým pojmem pracovního práva, rozuměli právě jen poměr založený na služební smlouvě, tedy na pracovní smlouvě, podle níž je pracovní výkon určen časem. Služební smlouvu tedy chápali jako pracovní smlouvu v užším slova smyslu a pracovní právo spojovali pouze s ní.

Vraťme se však k citovanému textu (s. 5): „Do této sbírky nebyly také pojaty předpisy upravující právní poměry státních a veřejných úředníků a zřízců, ať již se zakládají na poměru veřejnoprávním nebo soukromoprávním (státní úředníci smluvní).“ Pouze z této formulace není zcela zřejmé, zda o postavení státních a veřejných zaměstnanců nepojednali například jen proto, že by jejich publikace přesáhla úměrně rozsah, nebo zda se problematikou právních poměrů „státních úředníků smluvních“ nezabývali, protože ji nepovažovali za pracovněprávní. Jen z kontextu, zejména ve spojení s první z výše citovaných vět, můžeme dovozovat, že tuto oblast do pracovněprávních vztahů zřejmě skutečně nezahrnovali.

SEDLÁČEK, J., *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. Díl V. Praha: V. Linhart, 1937, s. 190).

⁸ ŘÍHA, J. – FREUDENFELD F., *Pracovní právo republiky Československé*. Praha: V. Linhart, 1930.

⁹ FREUDENFELD F. – KASANDA, J., *Pracovní právo republiky Československé*. Praha: V. Linhart, 1938.

¹⁰ LOTMAR, Ph., *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: 1902.

Na práci Františka Freudenfelda a Jana Kasandy si můžeme konkrétněji demonstrovat, co považovali za součást pracovního práva. Svou příručku uvedli ustanoveními ústavy a dalších předpisů o pracovní svobodě a jejich zárukách. Pak se věnovali úpravě pracovní smlouvy a vedle obecných ustanovení a charakteristiky zvláštní úpravy pro jednotlivé skupiny povolání sem začlenili i charakteristiku kolektivních („hromadných“) smluv. Do následujících částí zařadili právní předpisy o rozhodování a urovnávání sporů z pracovního poměru, závodním a zájmovém zastoupení a o ochraně zaměstnanců (dělníků), dále daňové a poplatkové předpisy, příslušná ustanovení exekučního a konkurzního řádu a také statistické předpisy (o statistice stávek a výluk a statistice kolektivních smluv). Pojednali i o mezinárodním pracovním právu, přičemž ovšem výslovně upozornili, že „podle našeho práva nemá přímé platnosti“. Naopak se nevěnovali předpisům o veřejném (sociálním, penzijním a úrazovém) pojištění zaměstnanců, přestože je k pracovníprávní problematice nepochybně řadili. Jejich vynechání zdůvodnili tím, že představují obsáhlou materii a „vydavatelé nemohli vydati toto dílo ve větším rozsahu“.¹¹

c) V další prvorepublikové publikaci, v prakticky zaměřené Příručce pracovního práva odborového rady na ministerstvu sociální péče Josefa Kotka¹² vydané v souvislosti se zřízením pracovních soudů, definici pracovního práva nenajdeme. Jako u Freudenfelda a Kasandy je pro autora ústředním pojmem pracovní poměr, jak byl upraven v občanském zákoníku a v dalších speciálních předpisech, a jako oni se věnuje také kolektivním smlouvám, ochrannému zákonodárství (byť tento zobecňující pojem nepoužívá), zájmovému zastoupení zaměstnanců, řešení pracovních sporů a péči o nezaměstnané. Narozdíl od uvedených autorů J. Kotek interpretuje také ustanovení právních předpisů o učňovské smlouvě a též o smlouvě o dílo. Naopak nevěnuje pozornost daňovým a poplatkovým předpisům a ustanovením exekučního a konkurzního řádu, pokud se dotýkala zaměstnanců. Nezařazení výkladu o veřejnoprávním pojištění zdůvodňuje stejně jako oni omezeným rozsahem příručky (a hrozícím zdržením jejího vydání). Zdá se tedy, že autora k výběru materie nevedla žádná ucelená teoretická koncepce, ale především ohled na potřeby soudců-laiků působících v nových pracovních soudech.

d) Jen o rok dříve než Josef Kotek vydal svou práci věnovanou pracovníprávní problematice František Polák. Nazval ji Dělnické právo československé¹³ a své výklady pojal úžeji než jeho předchůdci. Dělnické

¹¹ Všechny citace v tomto odstavci FREUDENFELD F. – KASANDA, J., *Pracovní právo republiky Československé*. Praha: V. Linhart, 1938, s 5 – 6, 6.

¹² KOTEK, J., *Příručka pracovního práva*. Praha: Československý Kompas, 1932.

¹³ POLÁK, F., *Dělnické právo československé*. Praha: vlastním nákladem, 1931.

právo určené k ochraně dělnické třídy a mající „svůj původ jednak v bojích dělnictva proti zaměstnavatelstvu, jednak v koncesích, daných zaměstnavatelstvem dobrovolně dělnictvu z důvodů zmírnění třídních protiv a vyhnutí se případným ztrátám na pracovní síle“, chápal jako „souhrn právních norem poměru pracovního se týkajících“. Za jeho subjekt ovšem považoval pouze dělníky, tj. „osoby vykonávající výlučně nebo převážně fyzickou práci“. Svě vymezení zdůvodňoval tím, že to, co ostatní nazývají pracovním právem a co se podle nich vztahuje na dělníky i zřízence, je výsledkem třídního boje dělníků proti buržoazii a že „zřízenectvo, případně i úřednictvo, větším dílem vzdaluje se souručenství s dělnictvem a pracovní poměr těchto kategorií zaměstnanců utváří se zcela rozdílně od dělnictva“. V jeho poněkud nejasně zformulovaném úvodním vymezení dělnické právo „mělo za předmět právní poměr mezi dělníkem a zaměstnavatelem, úpravu pracovního poměru, zastupitelskou činnost dělnictva (závodní výbory, dělnické komory, dále ochranu práce dělníkovy vůči zaměstnavateli)“. Celou materii pak rozdělil na kolektivní, individuální a ochranné dělnické právo. Bez zajímavosti nejsou ani proporce jeho výkladu. Kolektivnímu dělnickému právu (kolektivním smlouvám, pracovním řádům, koaličnímu právu, stávce, výluce, odborovým organizacím, dělnickým komorám, závodním výborům, hornickým závodním radám, závodním organizacím důvěrníků na železnici a závodním výborům pražských elektrických podniků a také soudnictví) věnoval tři sta čtyřicet stran textu, individuálnímu pracovnímu právu (pracovnímu poměru, konkrétněji pracovním smlouvám a z nich plynoucím právům a povinnostem, dovolené, vysazení z práce, skončení pracovního poměru a s ním spojeným problémům, zprostředkování práce) šedesát stránek a ochrannému dělnickému právu (ochraně pracovní doby, ochraně práce žen, dětí a mladistvých, technické ochraně práce v podniku, živnostenské inspekci a pracovnímu právu trestnímu) cirka třicet stran.¹⁴

e) Také podle Otakara Peterky, kterého při vymezení pracovního práva v úvodních pasážích jeho Pracovního práva jinak silně inspiroval Háchův výklad ze Slovníku veřejného práva československého, bylo pracovní právo „právem sociálně slabých v důsledku pracovního poměru, na prvním místě tedy právem dělnické třídy“¹⁵. Na rozdíl od E. Háchy a podobně jako F. Polák tedy výslovně akceptoval Kaskelovo vymezení pracovního práva jako práva určité společenské třídy. Pracovněprávní normy, byť roztržštěné v různých předpisech, jsou podle něj „spojeny jednotnou vývojovou tendencí i společným obsahem, který je dán snahou a úkolem státu při zachování individualistického (kapitalistického) hospodářského řádu a jeho výhod zmírniti nepříznivé důsledky, které tento řád přináší třídám sociálně

¹⁴ Citace v tomto odstavci tamtéž, s. 14, 7, 20, 20 a 16.

¹⁵ PETERKA, O., *Pracovní právo. Výklad přítomného stavu pracovního zákonodárství*. Brno: Moravské nakladatelství B. Pištělák, 1936, s. 7.

slabším v důsledku stávajícího pracovního poměru¹⁶. Zároveň však zdůraznil, že přestože po skončení první světové války pracovní právo zaznamenalo nečekané pokroky, není ještě ve všech směrech zpracováno.

f) Ještě výrazněji než František Polák nebo Otakar Peterka se svým pojetím pracovního práva od ostatních odlišoval brněnský právní teoretik a konstitucionalista Zdeněk Neubauer. Jeho pojetí nezapře normativistický základ, konkrétně snahu hledat v právu to, co je jeho součástí společné. Pracovní právo totiž považoval za nejdůležitější složku širšího práva sociálního, které podle něj tvořily normy sociální péče o všechny sociálně slabé vrstvy. Vedle pracovněprávní problematiky do něj řadil například bytovou péči, péči o matky a kojence nebo předpisy chránící drobné živnostníky a zemědělce. Samotné pracovní právo se podle něj dělilo na pracovní právo v užším slova smyslu a na právo sociálně-pojišťovací. Pracovní právo v užším slova smyslu pak obsahovalo „právní předpisy na ochranu zaměstnance jako slabšího smluvníka smlouvy pracovní“¹⁷. Omezovalo tedy smluvní svobodu a jako *ius cogens* diktovalo určitý obsah pracovní smlouvy.

Pracovní právo ve výuce budoucích právníků

O pracovní smlouvě a ustanoveních chránících zaměstnance se na právnických fakultách přednášelo v rámci občanského práva a správního práva. Krátce po vzniku republiky, na konci roku 1921, předložili levicovní poslanci Poslanecké sněmovně Národního shromáždění návrh na zřízení stolice dělnického práva.¹⁸ Konstatovali v něm „naléhavou potřebu, aby dělnickému právu počalo se soustavně vyučovati na právnických fakultách našich universit“. V lednu následujícího roku poslanci dostali zprávu kulturního výboru, který návrh podpořil a navrhl uložit ministerstvu školství a národní osvěty, aby v této záležitosti ihned zahájilo jednání s profesorskými sbory všech právnických fakult. Návrh, stejně jako obdobný návrh sociálních demokratů se však nesetkal s příznivou odezvou u profesorských sborů a nakonec zapadl.¹⁹

¹⁶ Tamtéž, s. 8.

¹⁷ NEUBAUER, Z., Právní řád práce. In: *Brázda*, 1941, roč 4 (22), s. 290.

¹⁸ www.psp.cz; Poslanecká sněmovna N. S. R. Č. 1921. I. volební období; 4. zasedání. T 3267.

¹⁹ KINDL, V.,

V Brně se myšlenkou na vytvoření samostatné „pracovněprávní“ vyučovací disciplíny Dělnické právo zabýval profesor Rudolf Dominik.²⁰ Profesor Dominik, který k tomu napsal i krátké stati do brněnského sociálně demokratického deníku Stráž socialismu a do časopisu Všeherd.²¹ Do dělnického práva se podle něj měly věnovat „všechny obory, jež se zabývají právními poměry zaměstnanců, zejména dělnictva všech kategorií“ a také výklady o poměrech „v jiných pokročilých zemích“ a o „institucích mezinárodních“.²²

Syntéza nebo symbióza soukromého a veřejného?

Lze tedy shrnout, že pracovní právo vyrůstalo ze sféry soukromého práva (u nás především z ustanovení občanského zákoníku o námezdní smlouvě a po novelizaci z roku 1916 o služební smlouvě), ale svůj osobitý charakter získávalo díky ochrannému zákonodárství státu a uplatnění kolektivních smluv jako specifického pramene práva. Pojednání o pojetí pracovního práva proto musíme ukončit připomenutím teoretických diskusí o pracovním právu vedených z pohledu základního, ale ne zcela jednoznačného, dělení práva na právo soukromé a veřejné. Tento teoretický problém, svými kořeny sahající do starověkého Říma, byl totiž vždy navýsost praktický: uvědomme si jen, že na tomto dvojdělení je založena oblast procesního práva, nebo přesněji řečeno, odvíjí se od něj způsob projednávání případného sporu.

V diskusích o povaze pracovního práva se na začátku 20. století profilovaly dvě koncepce. První, která si ovšem nezískala mnoho příznivců, se snažila obě složky – veřejnoprávní i soukromoprávní – syntetizovat do zvláštního, třetího odvětví. Podle ní pracovní právo představovalo syntézu práva veřejného a soukromého, v níž se obě složky neoddělitelně prolínaly a vytvářely svébytný, samostatný článek mezi soukromým a veřejným právem. Místo dvojdělení právního řádu tedy originálně zaváděla trojdělení. Toto specifické právo jeho příznivci označovali jako právo hospodářské²³

²⁰ K tomu A MU, fond J XIII, kart. 2, i. č. 14

²¹ Celý drobný Dominikův článek ze Stráže socialismu převzal a glosoval ve stati *Dělnické právo* (In: *Všeherd*, roč. III/1921-1922, s. 100 – 103) autor, skrývající se pod značkou –lk– (Brno). Profesor Dominik na něj odpověděl stejně nazvaným článkem (*Všeherd*, roč. IV/1922-1923, s. 153 – 155).

²² DOMINIK, R., Dělnické právo. In: *Stráž socialismu*; citováno podle –lk– (Brno), Dělnické právo. In *Všeherd*, roč. III/1921-1922, s. 101.

²³ Snad to ani není třeba, ale přeci jen raději připomínáme, že takto pojaté hospodářské právo nesmíme ztotožňovat s hospodářským právem, jak se u nás vyvinulo ve druhé

nebo sociální, a jak je z uvedeného zřejmé, ve čtyřicátých letech minulého století se k němu do jisté míry přikláněl Zdeněk Neubauer.

Druhá koncepce viděla v pracovním právu veřejnoprávní i soukromoprávní složku s tím, že se rozsah veřejnoprávní materie postupně rozšiřoval. Její zastánci se však vesměs neshodovali v názoru na to, kudy mezi nimi vede dělicí čára. Jednoznačně do veřejnoprávní oblasti řadili předpisy, jimiž stát chránil zaměstnance (tzv. ochranné právo). Za soukromoprávní původně považovali předpisy o sociálním pojištění, protože se velmi podobaly soukromoprávní pojišťovací smlouvě. Postupně však převládl názor, že se jedná o veřejnoprávní ustanovení. V podstatě nedořešeny zůstaly spory, kam zařadit ustanovení o zaměstnaneckých organizacích.

Setkávání soukromoprávních a veřejnoprávních prvků v pracovním, respektive dělnickém, právu konstatoval i František Polák.²⁴ Podle něj veřejnoprávní prvky vyjadřovaly nový charakter pracovního poměru, který se dělnické třídě postupně dařilo prosazovat, a tak byly ukazovatelem momentální síly dělnické třídy (s konsolidací kapitalistického hospodářství v Československu také spojoval snahu rušit zákony z prvních poválečných let, které pracovnímu poměru dávaly dílčí veřejnoprávní rysy). Můžeme tedy říci, že proti sobě důsledně stavěl kapitalistické soukromoprávní a socialistické veřejnoprávní pojetí pracovního poměru. Z toho mu vyplynul kategorický závěr: „aby se veškeré dělnické právo stalo právem veřejným, k tomu by bylo zapotřebí, aby dělnická třída úplně zaměnila třídu kapitalistickou v ovládnutí státu“; (s. 10).

Někteří autoři upozorňovali na nápadnou podobnost osobní závislosti zaměstnance, tedy mocenského poměru, do něhož se zaměstnanci dostávali, s podřízeností nebo závislostí jedné strany, typickou pro veřejnoprávní poměr. Proti tomu se namítalo, že u veřejnoprávních vztahů nerozhoduje podřízenost sama, ale skutečnost, že tu *persona potentior*, tedy silnější subjekt, vystupuje jako nositel veřejné moci. Jak správně upozornil E. Hácha, když si uvědomíme, že rozhodujícím znakem nositele veřejné moci je právě jeho nadřazenost, ztratí tento protiargument na působivosti, protože se v argumentaci dostáváme do kruhu, z něž není logické východisko.²⁵

* * *

polovině minulého století. Toto pozdější hospodářské právo bylo nepřímým nástupcem dřívějšího obchodního práva, a tedy i předchůdcem našeho dnešního obchodního práva.

²⁴ POLÁK, F., *Dělnické právo československé*. Praha: vlastním nákladem, 1931. Kapitolka *Soukromoprávní a veřejnoprávní prvky v dělnickém právu* (s. 5 – 11) jeho výklady otevírá.

²⁵ *Slovník veřejného práva československého*. III. Heslo: Pracovní právo (E. Hácha). Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 425.

V meziválečném období pracovní právo nepředstavovalo ani – když se vrátíme k formulaci Emila Háchy – „ustálený právní pojem“, ani samostatnou součást právního řádu, ani propracovanou vědeckou disciplínu, ani pravidelně vyučovaný předmět ve studijních plánech (seznamech přednášek) právnických fakult, i když ministerstvo na jeho zavedení do výuky v roce 1923 naléhalo.²⁶ Zákonodárce si však (z části pod německým vlivem) specifickou povahu pracovní smlouvy a na ní založeného pracovního poměru uvědomoval už na konci 19. století a právní věda na tuto změnu nemohla nereagovat.

Literature:

- Alphabetisches Wörterbuch des Arbeitsrechtes. Practisches Handbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Hrsg. H. Potthoff, Stuttgart: Verlag von J. Heß, 1921, s 26 a násl.
- DOMINIK, R., Dělnické právo In: Všehrd, roč. IV/1922-1923, s. 153 – 155.
- FREUDENFELD F. – KASANDA, J., Pracovní právo republiky Československé. Praha: V. Linhart, 1938.
- KASKEL W.: Arbeitsrecht. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925.
- KINDL, V., Pokus o zařazení tzv. dělnického práva do výuky právnické fakulty UK v období buržoazní ČSR. In: AUC – Historia Universitatis Carolinae Pragensia, sv. XXIV, Praha: UK, 1984, s. 45 – 66.
- KOTEK, J., Příručka pracovního práva. Praha: Československý Kompas, 1932.
- –lk– (Brno), Dělnické právo. In Všehrd, roč. III/1921-1922, s. 101.
- LOTMAR, Ph., Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. Leipzig: 1902.
- NEUBAUER, Z., Právní řád práce. In: Brázda, 1941, roč 4 (22), s. 290.
- PETERKA, O., Pracovní právo. Výklad přítomného stavu pracovního zákonodárství. Brno: Moravské nakladatelství B. Pištělák, 1936.

²⁶ K tomu KINDL, V., Pokus o zařazení tzv. dělnického práva do výuky právnické fakulty UK v období buržoazní ČSR. In: AUC – Historia Universitatis Carolinae Pragensia, sv. XXIV, Praha: UK, 1984, s. 45 – 66.

- POLÁK, F., Dělnické právo československé. Praha: vlastním nákladem, 1931.
- SEDLÁČEK, J., Obligační právo II. Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních. Brno: ČsAS „Právník“, 1926.
- Slovník veřejného práva československého. III. Hesla: Pracovní právo (E. Hácha); Pracovní smlouva (J. Krčmář). Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934.
- ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J., Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl V. Praha: V. Linhart, 1937.
- ŘÍHA, J. – FREUDENFELD F., Pracovní právo republiky Československé. Praha: V. Linhart, 1930.
- Všeobecný slovník právní. I. – V. Pořádá a vydává F. X. Veselý. Praha: nákladem vlastním, 1896 – 1899.
- www.psp.cz; Poslanecká sněmovna N. S. R. Č. 1921. I. volební období; 4. zasedání. T 3267.
- Archív Masarykovy univerzity v Brně (A MU)

Contact – email
lav@mail.muni.cz

**PŘÍRODA JAKO OBJEKT
PRÁVNÍCH VZTAHŮ**

NATURE AND LAW

K VYBRANÝM OTÁZKÁM HONEBNÍCH SPOLEČENSTEV

JÁN BAHÝL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Honební společenstva jsou právníckými osobami sloužícími k zajištění práv a oprávněných zájmů svých členů v souvislosti s výkonem práva myslivosti. Tyto organizace významně přispívají k ochraně volně žijící zvěře jako součásti ekosystému a významného obnovitelného přírodního zdroje. Předkládaný text se blíže zabývá vznikem a zánikem honebních společenstev a jejich transformací podle přechodných ustanovení zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti. Na konkrétním případě poukazuje na možné následky nesprávných úředních postupů a na nejednotnost výkladu ustanovení o transformaci honebních společenstev podle zákona o myslivosti.

Key words in original language

Honební společenstvo; zákon o myslivosti.

Abstract

Hunting guilds are legal entities serving to secure the rights and legitimate interests of its members in connection with the exercise of hunting rights. Hunting guilds contribute significantly to the protection of wildlife as part of the ecosystem and an important renewable natural resource. The article explores the origin (registration) and dissolution (cessation) of hunting guilds and their transformation under the transitional provisions of Act no. 449/2001 Coll. on game management. On the particular case, there are highlighter possible consequences of maladministration and inconsistencies in the official interpretation of provisions on transformational procedures of hunting guilds under the Game management Act.

Key words

Hunting guild; Game management act.

1. ÚVOD

Honební společenstva jsou podle ustanovení zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti (dále také „zákon o myslivosti“ nebo „zákon“) právníckými osobami sloužícími k zajištění práv a oprávněných zájmů svých členů v souvislosti s výkonem práva myslivosti. Tyto organizace významně přispívají k ochraně volně žijící zvěře jako součásti ekosystému a významného obnovitelného přírodního zdroje. Honební společenstva jako držitelé uznaných společenstevních honiteb vykonávají právo myslivosti užíváním honitby samostatně nebo pronajímají společenstevní honitbu za

tímto účelem jiným osobám. Zákon o myslivosti usměrňuje využívání honiteb tak, aby byly zachovány v ní přirozeně se vyskytující druhy zvěře. Právem myslivosti zákon o myslivosti rozumí souhrn práv a povinností zvěř chránit, cílevědomě chovat, lovit, přivlastňovat si ulovenou zvěř nebo nalezenou uhynulou zvěř a k tomu v nezbytné míře užívání honebních pozemků (§ 2 písm h)). Myslivostí pak zákon rozumí i činnosti, které směřují k udržení a rozvíjení mysliveckých tradic a zvyků (§ 2 písm a)).

Myslivost je v České republice natolik významným právem chráněným zájmem, že při porušení regulace stanovené zákonem o myslivosti může porušitele ultima ratio stíhat i trest odnětí svobody¹. Výkon práva myslivosti se zpravidla omezuje na území honiteb². Osoby, které právo myslivosti chtějí v celém jeho rozsahu realizovat, musí být odborně způsobilé – mít lovecký lístek, být pojištěné a mít povolenku k lovu. Při lovu se zbraní či s dravcem musí mít osoba zbrojní průkaz a průkaz zbraně či evidenční kartu dravce. Navíc se právo myslivosti realizuje pouze v rozsahu plánu mysliveckého hospodaření, nikoli mimo dobu a v rozporu s podmínkami lovu.

Níže předkládaný text se blíže zabývá vznikem a zánikem honebních společenstev a jejich transformací podle přechodných ustanovení zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti. Závěrem na konkrétním případě poukazuje na možné následky nesprávných úředních postupů a na nejednotnost výkladu ustanovení o transformaci honebních společenstev v praxi.

2. VZNIK HONEBNÍHO SPOLEČENSTVA

Vznik honebního společenstva úzce souvisí se vznikem společenstevní honitby. Společenstevní honitba je soubor souvislých honebních pozemků o rozloze nejméně 500 ha, který orgán státní správy myslivosti v rozhodnutí o uznání společenstevní honitby uznal za způsobilý k výkonu práva myslivosti a k výkonu tohoto práva stanovil podmínky. Vznik a zánik společenstevní honitby zákon spojuje se vznikem a zánikem honebního společenstva, jemuž je honitba uznána.

Do honebního společenstva se sdružují osoby, které vlastní³ v daném místě a čase souvislé honební pozemky, za účelem vytvoření společenstevní honitby a jejího následného užívání k výkonu práva myslivosti. Návrh na registraci honebního společenstva společně s návrhem na uznání jeho

¹ Trestnými činy proti myslivosti jsou zejména týrání zvířat a pytláctví, přeneseně pak všechny trestné činy zasahující do příznivého životního prostředí zvěře.

² Srov. § 17 odst. 1 a § 42 zákona o myslivosti.

³ Případně jsou dle § 2 písm. o) osobami oprávněnými k výkonu vlastnických práv státu na pozemcích státu.

společenstevní honitby podávají alespoň dva vlastníci honebních pozemků starší 18 let (dále jen „přípravný výbor“).

Zákon o myslivosti považuje řízení o registraci honebního společenstva za správní řízení. V tomto řízení má přípravný výbor honebního společenstva doložit zákonem stanovené předpoklady k registraci honebního společenstva, a to jak seznam vlastníků honebních pozemků, mapový zakres honitby, souhlas vlastníků honebních pozemků s členstvím v honebním společenstvu, tak dále zápis z jednání ustavující valné hromady honebního společenstva, na kterém byl zvolen honební starosta, případně honební výbor a schváleny stanovy, v nichž musí být uveden název a sídlo honebního společenstva, zásady hospodaření a stanovy honebního společenstva. Kladným výsledkem tohoto správního řízení, tak stejně jako u ostatních správních řízení, je rozhodnutí, kterým se honební společenstvo registruje. Zákon o myslivosti neobsahuje speciální ustanovení, podle kterého by odvolání proti rozhodnutí o registraci honebního společenstva nemělo odkladný účinek, tudíž zde platí obecné pravidlo obsažené v ustanovení § 85 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu⁴, který odvolání proti rozhodnutí správního orgánu odkladný účinek přiznává. Honební společenstvo vzniká právní mocí rozhodnutí o registraci. Proti výše uvedenému popisu vzniku honebního společenstva zaujal stanovisko Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 2. října 2010, č.j. 3 Aps 5/2008-282, ve kterém dovedl, že se u registrace jedná o úkon faktický, neboť dospívá k právnímu názoru, že se zde jedná o řízení toliko s jediným účastníkem. Zákon o myslivosti však neobsahuje speciální úpravu účastenství v řízení o registraci honebního společenstva, neuvádí, že účastníkem takového řízení je pouze navrhovatel (srov. např. § 14 odst. 1 zákona č. 18/1997 Sb., atomový zákon), a proto musí být subsidiárně použita právní úprava účastenství obsažená ve správním řádu. V takovém případě je ovšem nutné zachovat možnost podání opravného prostředku i ostatním účastníkům řízení, což svým výkladem Nejvyšší správní soud znemožňuje.

Zákon o myslivosti také pamatuje na správní evidenci takto vzniklých právnických osob a ukládá správním orgánům vést evidenci o honebních společenstvech. Správní orgán po nabytí právní mocí rozhodnutí o registraci zapíše honební společenstvo do rejstříku honebních společenstev, a to zpětně ke dni registrace. Honební společenstvo tedy v žádném případě nevzniká dnem provedení zápisu do rejstříku honebních společenstev, který má povahu toliko deklaratorního úkonu. V opačném případě by bylo možné, aby nastala nezákonná situace, kdy by zásahem úřední osoby do rejstříku honebních společenstev vznikla právnická osoba, aniž by splňovala zákonem předepsané náležitosti, které správní orgán ověřuje právě v řízení o registraci. Důsledné oddělení vzniku honebního společenstva registrací od

⁴ Srov. § 53 zákona č. 71/1967 Sb., správní řád účinný do 31. 12. 2005.

jeho zápisu do rejstříku honebních společenstev implicitně vyplývá z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu⁵ týkající se transformace dříve vzniklých honebních společenstev podle ustanovení § 69 zákona o myslivosti⁶.

3. TRANSFORMACE HONEBNÍCH SPOLEČENSTEV

Honební společenstva existovala v České republice podle dosavadních předpisů⁷ již před přijetím stávajícího zákona o myslivosti. Tuto situaci zákonodárce vyřešil v přechodných ustanoveních nového zákona. S ohledem na ochranu doposud nabytých práv a relativně málo významné změny v předpokladech pro vznik nových honebních společenstev uložil zákonodárce stávajícím honebním společenstvům toliko povinnost uskutečnit valnou hromadu, zvolit orgány a přijmout stanovy honebního společenstva⁸. Honební společenstva existující podle dosavadních předpisů měly tuto povinnost splnit nejpozději do 31. 3. 2003, tedy do 9 měsíců ode dne účinnosti nového zákona o myslivosti. Pokud by honební společenstvo transformaci ve stanovené lhůtě neprovedlo, ze zákona by zaniklo.⁹ Zákon výslovně určuje, že dosavadní uznané honitby a obory zůstávají zachovány, a to i v případě, že nedosahují zákonem stanovené nejnižší výměry. Zánik dosavadní honitby zákon připouští pouze v případě, že tato honitba nesplňuje ostatní požadavky na tvorbu honitby, jakými jsou souvislost honitby či nepřipustný tvar honitby.¹⁰ Zákon dále neurčuje povinnost stávajících honebních společenstev žádat o zápis či dokonce registraci. Zákon tedy zcela logicky vychází z toho, že jednou existující právnická osoba nemůže žádat o to, aby registrací vznikla podruhé. Zároveň vychází z toho, že honební společenstva vzniklá podle dosavadních předpisů musela být, jako ostatně všechny právnické osoby, evidována, byť předchozí právní

⁵ Srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 6. 2008, č.j. 4 As 91/2006-76

⁶ Na tomto místě dochází k výkladovému konfliktu s ministerstvem zemědělství, který bude blíže popsán níže na příkladu transformace honebních společenstev vzniklých podle zákona č. 23/1962 Sb., o myslivosti, ve znění zákona č. 270/1992 Sb.

⁷ Zákon č. 23/1962 Sb., o myslivosti ve znění pozdějších předpisů.

⁸ Srov. § 69 zákona o myslivosti.

⁹ Zákonodárce zde patrně nedopatřením použil obratu, že pokud nebude provedena transformace honebního společenstva ve stanovené lhůtě "honební společenstvo a společenstevní honitba zanikají", neboť samotnému zániku právnické osoby bez právního nástupce by mělo předcházet zrušení a likvidace (srov. § 25 zákona o myslivosti).

¹⁰ Srov. § 17 odst. 2 věta první a odst. 6 zákona o myslivosti, kde je navíc stanovena povinnost orgánu státní správy myslivosti bránit vzniku hranice honitby na rozhraní zemědělských a lesních pozemků. Za tímto účelem je orgán státní správy myslivosti nadán kompetencí k vyrovnávání hranic honiteb přičleňováním honebních pozemků a v dohodě honebních společenstev i k jejich výměně mezi nimi.

úprava vedení takového rejstříku neupravovala. Je to tedy orgán státní správy myslivosti, který musí dosavadní evidenci uvést do souladu s novou právní úpravou. Za tímto účelem byla stávající honební společenstva povinna doplnit tuto evidenci o stanovy a oznámení o zvolených orgánech.

4. NÁSLEDKY RŮZNORODOSTI VÝKLADU USTANOVENÍ ZÁKONA

Zákon o myslivosti stanovením nových povinností pro existující honební společenstva přinesl kromě těchto povinností i jistou míru procesní nejistoty v doposud neodzkoušené aplikaci nového zákona. Byť u většiny honebních společenstev došlo ke zdárné transformaci, lze ještě i dnes nalézt příklady sporné. Jedním z takových příkladů je i transformace honebního společenství Poštorná. Spor se zde rozhořel primárně kvůli snaze o vznik nového honebního společenství Poštorná – Háje, které má zájem o využití v zásadě týchž honebních pozemků ke vzniku vlastní společenstevní honitby.

Honební společenstvo Poštorná (dále jen „HS Poštorná“) bylo založeno a vzniklo podle §6 odst. 3 zákona č. 23/1962 Sb., o myslivosti ve znění zákona č. 270/1992 Sb., a byla mu uznána společenstevní honitba Poštorná. Změnou stanov a volbou orgánů honebního společenství na valné hromadě dne 21. 11. 2002 HS Poštorná splnilo veškeré transformační náležitosti a tuto skutečnost oznámilo Městskému úřadu Břeclav (dále jen „MÚ Břeclav“) dne 23. 12. 2002. Nicméně rozhodnutím MÚ Břeclav ze dne 17. 12. 2003 byla zamítnuta registrace HS Poštorná. Toto rozhodnutí změnil Krajský úřad Jihomoravského kraje (dále jen „KÚ JMK“) rozhodnutím ze dne 9. 4. 2004 tak, že HS Poštorná registroval podle § 20 odst. 2 zákona.

Rozhodnutí MÚ Břeclav ze dne 17. 12. 2003, a rozhodnutí KÚ JMK ze dne 9. 4. 2004 napadl mimořádným opravným prostředkem přípravný výbor honebního společenstva Poštorná – Háje u Ministerstva zemědělství (dále jen „MZe“). Mze podle § 65 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu rozhodlo, že ruší rozhodnutí KÚ JMK a potvrzuje rozhodnutí MÚ Břeclav, kterým byla zamítnuta registrace HS Poštorná. Podle ustanovení § 65 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., správní řád, jež se na daný případ aplikoval, pravomocná rozhodnutí správního orgánu přezkoumává z vlastního nebo jiného podnětu správní orgán nejbližší nadřazený správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal. Rozkladem proti rozhodnutí Mze rozhodl ministr Mze, že mění rozhodnutí MZe tak, že se rozhodnutí KÚ JMK mění tak, že se odvolání HS Poštorná zamítá a rozhodnutí MÚ Břeclav se potvrzuje. Rozhodnutí ministra MZe bylo zrušeno rozsudkem Městského soudu v Praze. Následně nový ministr MZe rozhodl 12. 8. 2005 tak, že změnil rozhodnutí Mze tak, že se jím rozhodnutí KÚ JMK a MÚ Břeclav ruší a věc se vrací orgánu 1. stupně k novému projednání a rozhodnutí. Proti druhému rozhodnutí ministra MZe podalo HS Poštorná k MS v Praze žalobu, která byla z důvodů procesních zamítnuta.

V prvním stupni na sebe řízení z důvodu nečinnosti podřízeného správního orgánu a trahoval KÚ JMK, který dne 24. 3. 2009 rozhodl, že u HS Poštorná

nelze provádět registraci, protože ta se provádí pouze u nově vznikajících honebních společností. Existující právnická osoba nemůže opět vzniknout. U HS Poštorná dospěl k závěru, že toto splnilo podmínky přechodných ustanovení § 69 zákona a řízení o registraci zastavil. Proti tomuto rozhodnutí podalo odvolání HS Poštorná – Háje k MZe. MZe svým rozhodnutím ze dne 17. 8. 2009 rozhodnutí KÚ JMK změnilo tak, že návrh na registraci HS Poštorná se zamítlo a deklarovalo, že HS Poštorná zaniklo ze zákona ke dni 31. 3. 2003. Proti tomuto rozhodnutí HS Poštorná podalo správní žalobu k Městskému soudu v Praze, o které doposud nebylo rozhodnuto.

Společnostevní honitba byla na návrh HS Poštorná rozhodnutím MÚ Břeclav ze dne 22. 11. 2004 uvedená do souladu se zákonem a držitelem společnostevní honitby bylo označeno HS Poštorná. Toto rozhodnutí nabylo právní moci.

K existenci HS Poštorná – Háje lze ve zkratce, odvolávající se na informace obsažené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 2. října 2008, č.j. 3 Aps 5/2008-282, uvést toliko, že tato právnická osoba nikdy nevznikla, neboť rozhodnutí o její registraci nikdy nenabylo právní moci. Tato skutečnost nicméně nezabránila úřední osobě zapsat tuto právnickou osobu do rejstříku honebních společností. Posléze po provedení výmazu z tohoto rejstříku jako faktického úkonu směřujícího k uvedení evidenčního stavu v rejstříku do souladu se stavem právním, nezabránila Krajskému soudu v Brně, aby rozsudkem chybující správní orgán nezavázal k opětovnému zápisu této osoby do rejstříku honebních společností, byť tato osoba nikdy nesplnila náležitosti registrace, a to s poukazem na skutečnost, že orgán státní správy myslivosti při výmazu honebního společenstva nepostupoval v souladu s ustanoveními zákona týkajícími se zrušení a zániku honebního společenstva.

Jak z výše popsaného komplikovaného případu plyne, správní orgány nejsou zcela jednotné v aplikaci přechodných ustanovení zákona o myslivosti i to přesto, že Nejvyšší správní soud shledal postup orgánů státní správy myslivosti směřující k opětovné registraci existujícího honebního společenstva za nezákonný. V rámci výše popsané rozhodovací činnosti MZe je možné sledovat, že dobrá praxe ve veřejné správě směřující k předvídatelnosti správních rozhodnutí není v českém právním řádu zcela zakořeněna.

5. ZÁVĚR

Cílem předloženého příspěvku bylo obnažení jednoho z nejslabších míst zákona o myslivosti, v podobě regulace vzniku a transformace honebních společností. Vznik nových honebních společností zákon spojuje se vznikem jejich společnostevních honiteb. Právní úprava nicméně postrádá striktní určení, že honební společenství bez předem či souběžně uznané honitby nebude registrováno, tedy nevznikne. V tomto ohledu se jako

vhodná jeví změna právní úpravy. Jen s podivem lze sledovat snahu správních soudů o výklad ustanovení zákona ve směru volného zaměňování evidenčního úkonu zápisu honebního společenstva do rejstříku honebních společenstev s úkonem konstitutivní povahy v podobě jeho registrace.

Přechodná ustanovení zákona, která měla sloužit toliko k transformaci dosavadních honebních společenstev, jsou do dnešních dnů aplikována rozdílně. Byť orgánům státní správy myslivosti poskytl jasné vodítko již i Nejvyšší správní soud, ty jej dodnes, zdá se, neakceptovaly. Na skutečném příkladě je zde popsána spleť správních a soudních rozhodnutí, které na základě nesprávného přístupu některých orgánů veřejné správy k aplikaci přechodných ustanovení zákona vytvářejí značnou nejistotu u regulovaných subjektů stran jejich samotné existence.

Contact – email

jan.bahyl@centrum.cz

OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY PODLE ZÁKONA O OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY

LENKA BAHÝLOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language

Príspevek sa zameruje na prípady, kedy jsou ze strany orgánů veřejné správy ukládána opatření obecné povahy podle zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny. Po nezbytné charakteristice tohoto institutu autorka zkoumá jednotlivé situace, kdy jsou podle tohoto zákona ukládána opatření obecné povahy, resp. ve kterých konkrétních případech by tato forma činnosti byla de lege ferenda na místě.

Key words in original language

Opatření obecné povahy; zákon o ochraně přírody a krajiny; účast veřejnosti; ochrana životního prostředí.

Abstract

The article focuses on measures of a general nature (i. e. a special type of administrative act) which ought to be issued by administrative bodies according to the Act No. 114/1992 Coll. on the preservation of nature and landscape. After necessary introduction into this legal institution the author investigate particular cases, when the measures of a general nature are issued on the basis of above mentioned act and in which specic cases would be this special form of administrative act more appropriate.

Key words

Measures of a general nature; Act on the Conservation of Nature and Landscape; public participation; environmental protection.

1. Úvod

Přestože zavedení opatření obecné povahy do českého právního řádu je možné stále řadit mezi události poměrně nedávné¹, do aplikační praxe se dostal velmi rychle a prakticky se stejnou rychlostí se stal předmětem nyní již bohaté judikatorní činnosti (zejména ve vztahu k opatření obecné povahy vydávaných na základě zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon). Tento

¹ S účinností od 1. 5. 2005 byl tento institut do českého právního řádu poprvé zaveden zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), obecnou úpravu opatření obecné povahy přinesl zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, s účinností od 1. 1. 2006.

vývoj je dán zejména tím, že pro účely soudního přezkumu opatření obecné povahy došlo k akceptaci upřednostnění materiálního pojetí před pojetím formálním, a rovněž tím, jaké podmínky jsou aktuálně nastaveny pro jeho instanční (nemožnost podání opravných prostředků) a soudní (zákonná lhůta 30 dnů pro rozhodnutí, absence lhůty pro podání návrhu) přezkum.

Tento příspěvek² se zaměřuje na dílčí oblast, ve které jsou orgány veřejné správy zmocněny vydávat opatření obecné povahy³, a sice oblast ochrany a přírody v režimu zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOPK“). Na rozdíl od územních plánů, které doposud byly - jako opatření obecné povahy vydáváná podle stavebního zákona - nejčastějším předmětem soudního přezkumu, jsou opatření obecné povahy podle ZOPK relativní novinkou, neboť možnost k jejich využití je příslušným orgánům ochrany přírody dána teprve od 1. 12. 2009 (počínaje novelou tohoto zákona č. 349/2009 Sb.). Nicméně první rozhodnutí ve věci návrhu na zrušení opatření obecné povahy, vydaného podle ZOPK, jež bylo nedávno vyneseno; Nejvyšší správní soud zrušil část Návštěvního řádu Národního parku Šumava.

Na základě nezbytného uvedení do materie opatření obecné povahy budou rozebrány jednotlivé typy opatření obecné povahy ukládané orgány veřejné správy podle ZOPK. Následně se pozornost zaměří na případy forem činnosti orgánů veřejné správy, které by bylo možné z materiálního hlediska jako opatření obecné povahy vnímat, ačkoliv jim ZOPK tuto formu nepřiznává. Závěrečná část se potom bude věnovat možnosti soudního přezkumu těchto opatření obecné povahy.

2. OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY – STRUČNÉ UVEDENÍ

Pro legislativní vymezení opatření obecné povahy zvolil zákonodárce jak známo negativní definici; podle § 171 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, se jedná o úkon správního orgánu, který není právním předpisem (neboť upravuje konkrétní věc⁴) ani rozhodnutím (neboť směřuje proti blíže neurčeným osobám⁵). Správní řád, konkrétně jeho část šestá, představuje

² Za připomínky k tomuto příspěvku velmi děkuji kolegovi Tomáši Kocourkovi.

³ V oblasti ochrany životního prostředí jsou opatření obecné povahy ukládána rovněž na základě vodního zákona, dále např. podle stavebního zákona, zákona o ochraně veřejného zdraví či zákona o státní památkové péči. K tomu blíže viz KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy ve složkových zákonech PŽP. In. Průchová, I. (ed.) Správní procesy v právu životního prostředí. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.

⁴ Jedním ze znaků právního předpisu je požadavek obecnosti.

⁵ Správní rozhodnutí je individuálním právním aktem, jímž se „v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má nebo nemá“ (§ 9 a § 67 odst. 1 s. ř. s.).

obecnou procesní právní úpravu, podle které postupují správní orgány v případech, kdy jim zvláštní zákon ukládá vydat závazné opatření obecné povahy; to platí i pro opatření obecné povahy vydávaná podle ZOPK⁶.

Proti opatření obecné povahy není možné podat (řádný) opravný prostředek (§ 173 odst. 2 správního řádu)⁷. Pokud ponecháme stranou cestu obrany proti opatření obecné povahy přes napadání rozhodnutí o námitkách přímo dotčených osob (§ 172 odst. 5 správního řádu), jako účinná právní obrana zbývá cesta soudního přezkumu opatření obecné povahy⁸.

Před zavedením opatření obecné povahy do českého právního řádu zákonodárce v zásadě pracoval buď s právními předpisy, nebo se správními rozhodnutími; tak tomu bylo i v případě ZOPK. Některé případy, pro něž byla stanovena forma rozhodnutí, ale zejména právního předpisu, svou povahou přímo volaly po zavedení tohoto smíšeného právního aktu⁹. Ovšem jak bude rozvedeno níže, některé právní akty (v ZOPK) – byť po stránce materiální fakticky opatřeními obecné povahy jsou – z důvodu absence jejich formálního zakotvení nemohou být ze strany správních orgánů vydávána jako opatření obecné povahy. Správní orgány totiž nemohou překročit meze své zákonem stanovené pravomoci (čl. 2 odst. 2 Listiny).

3. OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY PODLE ZOPK

Podívejme se nyní na jednotlivé případy, kdy příslušný orgán ochrany přírody vydává na základě ZOPK opatření obecné povahy. De lege lata se jedná o šest případů, které je možné podřadit pod následující kategorie: 1) opatření obecné povahy, která směřují k přísnější než obecné ochraně přírody a krajiny (viz kapitola 3.1), 2) opatření obecné povahy, která povolují výjimky z ochrany přírody a krajiny (viz kapitoly 3.2, 3.3) a 3)

⁶ Je však třeba počítat i s variantami, kdy bude proces přijímání opatření obecné povahy (případně toliko částečně) upraven zvláštním právním předpisem.

⁷ Správní řád však počítá s možností přezkoumat opatření obecné povahy v přezkumném řízení. Pro zahájení přezkumného řízení je stanovena objektivní lhůta 3 roky od účinnosti tohoto opatření (§ 174 odst. 2). K instančnímu přezkumu opatření obecné povahy viz Rigel, F. Instanční a soudní přezkum opatření obecné povahy. In Průchová, I. (ed.) Správní procesy v právu životního prostředí. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.

⁸ Navrhovatelem v soudním řízení podle § 101a a násl. soudního řádu správního může být a) každý, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen, b) Ministerstvo vnitra v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí, vydaného obcí nebo krajem, c) obec v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí vydaného krajem.

⁹ Právní teorie používá např. i označení konkrétně abstraktní akty či abstraktně konkrétní akty. Viz. Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7. Doplněné a aktualizované vydání, Brno: Masarykova univerzita, Doplněk, 2007, s. 300.

opatření obecné povahy, kterými se upravuje režim ve zvláště chráněných územích (viz kapitoly 3.4, 3.5, 3.6¹⁰).

3.1 Opatření obecné povahy, kterým se v rámci obecné ochrany rostlin a živočichů podle § 5 odst. 1 ZOPK zakazuje nebo omezuje rušivá činnost

V tomto případě musí příslušný správní orgán vycházet ze situace, kdy následkem určité (blíže nespecifikované) činnosti dochází nebo by mohlo dojít k ohrožení existence druhů rostlin a živočichů, k jejich degeneraci, k narušení rozmnožovacích schopností druhů, zániku populace druhů nebo zničení ekosystému, jehož jsou součástí. Jelikož samotná povinnost neprovozovat takovou rušivou činnost není na základě tohoto ustanovení ZOPK bez dalšího vymahatelná, zákon zde stanoví možnost vydat podle situace buď správní rozhodnutí (jde-li o konkrétně určené osoby) nebo opatření obecné povahy (jde-li o blíže neurčený okruh osob). Zde tedy musí správní orgán uvážit, kterou formu správního aktu volit; není zde nicméně prostor pro svévoli¹¹. Vodítkem přitom vždy bude to, zda mají být určité činnosti zakázány či omezeny konkrétním osobám (ty musí být ve správním rozhodnutí jmenovitě určeny), nebo zda se má zákaz či omezení týkat blíže neurčeného okruhu osob.

Již v tomto případě je však možné se ptát, zda vydání opatření obecné povahy bude dostatečně efektivním (včasným) nástrojem ochrany životního prostředí, ke které ustanovení § 5 odst. 1 ZOPK směřuje. Procesní postup stanovený v § 172 správního řádu je totiž možné zkrátit jen málo, neboť zákonné lhůty musí být dodrženy, a ustanovení § 173 odst. 1 věta třetí, podle něhož „hrozí-li vážná újma veřejnému zájmu, může opatření obecné povahy nabýt účinnosti již dnem vyvěšení; (...) může se tak stát před postupem podle § 172“ se zde nepoužije, neboť takovou možnost ZOPK nestanoví. Efekt opatření obecné povahy navíc snižuje i skutečnost, že opatření obecné povahy není exekučním titulem; povinnost tímto právním aktem (na základě zákona) určenou lze totiž vymáhat pouze na základě rozhodnutí, které existenci této povinnosti prohlásilo a v němž byla osoba, jež tuto povinnost má, jmenovitě uvedena¹² (§ 173 odst. 3 SŘ). Lze však předpokládat, že při zjevném ohrožení či poškození druhů rostlin a

¹⁰ Zařazení tohoto opatření obecné povahy do třetí skupiny je nepřesné v tom smyslu, že se (zákaz či omezení vstupu z důvodu ochrany přírody) týká nejen zvláště chráněných území, ale i jeskyní.

¹¹ Viz též KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy ve složkových zákonech PŽP. In: Průchová, I. (ed.) Správní procesy v právu životního prostředí. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.

¹² Exekuci na povinnost vyplývající z opatření obecné povahy musí předcházet vydání deklaratorního rozhodnutí podle § 142 SŘ. Viz Vedral, J. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2006, s. 999.

živočichů, kterému je třeba okamžitě zabránit, budou orgány ochrany přírody přistupovat k rozhodování v řízení na místě (§ 143 správního řádu), budou-li ovšem vědět, které osobě mají uložit povinnost, event. budou muset zasáhnout samy¹³.

K vydání tohoto opatření obecné povahy jsou v případě zvláště chráněných živočichů zmocněny krajské úřady [§ 77a odst. 5 písm. a) ZOPK], a v případě druhů, které nejsou zvláště chráněny, vydávají opatření obecné povahy obecní úřady obcí s rozšířenou působností [§ 77 odst. 1 písm. c) ZOPK].¹⁴ Zakotvení formy opatření obecné povahy v tomto případě je zde bezesporu na místě, přičemž je možné počítat s ním nejen jako s alternativou správního rozhodnutí, ale i jako s jeho případným doplněním. Pokud je totiž příslušný orgán zmocněn k vydání rozhodnutí i opatření obecné povahy, nic mu nebrání v tom, aby v zájmu co nejefektivnější ochrany rostlin a živočichů využil obě formy. Rozhodnutí a opatření obecné povahy vydaná ve vztahu ke stejnému objektu ochrany by spolu měla korespondovat, to však podle mého názoru nebrání tomu, aby rozhodnutí stanovilo konkrétnímu povinnému subjektu přísnější podmínky, neboť vázán bude primárně tímto správním aktem, sekundárně potom opatřením obecné povahy.

3.2 Opatření obecné povahy, kterým se podle § 5b odst. 4 stanoví odchylný postup od postupu uvedeného v § 5a odst. 1 a 2 (ochrana ptáků volně žijících na území členských států EU)

Takto vydávaná opatření obecné povahy jsou rovněž variantou, event. doplněním, ke správnímu rozhodnutí v případě, kdy se odchylný postup týká blíže neurčeného okruhu osob. Podmínky pro vydání opatření obecné povahy jsou stanoveny zákonem a jsou stejné jako u správního rozhodnutí. Jedná se o možnost stanovení výjimky ze zákazu různých činností, jež se týkají volně žijících ptáků (např. zákaz úmyslného usmrcování nebo odchyty, zákaz sběru vajec, úmyslné vyrušování atd.) za předpokladu, že neexistuje jiné uspokojivé řešení a zároveň je-li to potřebné v zájmu veřejného zdraví nebo veřejné bezpečnosti, v zájmu bezpečnosti leteckého provozu, při prevenci závažných škod na úrodě, domácích zvířatech, lesích, rybářství a vodním hospodářství nebo za účelem ochrany volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin, ale také pro účely výzkumu a výuky, opětovného osídlení určitého území populací druhu nebo opětovného

¹³ Viz zákon č. 167/2008 Sb., o předcházení ekologické újme a její nápravě.

¹⁴ Ovšem na území národních parků, chráněných krajinných oblastí, národních přírodních rezervací, národních přírodních památek a ochranných pásem těchto zvláště chráněných území jsou zmocněny správy národních parků a chráněných krajinných oblastí ve své územní působnosti oprávněny podle § 5 odst. 1 ZOPK vydat nařízení.

vysazení druhu v jeho původní oblasti rozšíření nebo pro chov v lidské péči pro tyto účely¹⁵.

Pro odchyt, držení nebo jiné využívání ptáků v malém množství je možné stanovit odchylný postup (rozhodnutím nebo opatřením obecné povahy) jen na základě vyhodnocení stavu místní populace a za stanovení přísně kontrolovaných podmínek (§ 5b odst. 2 ZOPK). Zatímco rozhodnutí o odchylném postupu vydává obecní úřad obce s rozšířenou působností [§ 77 odst. 1 písm. f) ZOPK], k vydání opatření obecné povahy k odchylnému postupu je zmocněno Ministerstvo životního prostředí. Povinnou součástí rozhodnutí i opatření obecné povahy o odchylném postupu jsou náležitosti uvedené v § 5b odst. 3 ZOPK, a sice označení druhů a množství ptáků, na které se má odchylný postup vztahovat, prostředky, způsob nebo metody povolené pro odchyt nebo zabíjení, důvod odchylného postupu, podmínky a časové a místní okolnosti, za nichž lze takto postupovat a rovněž způsob kontrol ze strany orgánu ochrany přírody. Zatímco v případě rozhodnutí je subjekt, na jehož žádost je rozhodnutí vydáno, oprávněn, resp. povinen sám zvážit, zda nastaly podmínky či okolnosti pro uplatnění odchylného postupu, v případě opatření obecné povahy vyhláší splnění těchto podmínek místně příslušný orgán ochrany přírody. Až na základě tohoto vyhlášení bude moci být odchylný postup stanovený opatřením obecné povahy uplatněn.

V tomto případě se nicméně můžeme ptát, zda se v materiálním smyslu skutečně jedná o opatření obecné povahy, konkrétně, zda *označení druhů a množství ptáků* je dostatečně konkrétním předmětem. Ve srovnání s jinými příklady opatření obecné povahy (např. dopravní značka „Dej přednost v jízdě!“ umístěná na konkrétní křižovatce ulic A a B, která řeší konkrétní dopravní situaci, nebo územní plán sídelního útvaru C, který je koncepčním dokumentem územního rozvoje konkrétní obce) lze totiž zaznamenat jemnou odlišnost; označení druhů a množství ptáků totiž nevymezuje, kteří konkrétní jedinci jsou předmětem regulace. To však z povahy věci (jedná se o volně žijící ptáky) ani není možné, resp. by to bylo jen velmi obtížně realizovatelné; je proto rozumné se spokojit s tím, že nejkonkrétnějším možným vymezením předmětu tohoto opatření obecné povahy je právě označení konkrétních druhů (množství) ptáků. Ostatně i v případě správního rozhodnutí je předmět odchylného postupu takto vymezen.

3.3 Opatření obecné povahy, kterým se povolují výjimky ze zákazů u památných stromů a zvláště chráněných druhů rostlin a živočichů (§ 56 odst. 4)

Výjimky ze zákazů u památných stromů a zvláště chráněných rostlin a živočichů podle § 46 odst. 2 (zákaz poškozování, ničení a rušení památných

¹⁵ Jedná se o implementaci čl. 9 směrnice č. 79/409/EHS o ochraně volně žijících ptáků.

stromů v jejich přirozeném vývoji), podle § 49 (např. zákaz sbírat, trhat, ničit, pěstovat či prodávat zvláště chráněné rostliny) a § 50 (zejména zákaz různými způsoby škodlivě zasahovat do přirozeného vývoje zvláště chráněných živočichů) je možné (dle okruhu adresátů správního aktu) povolit jak správním rozhodnutím, tak opatřením obecné povahy. ZOPK stanoví konkrétní podmínky, za nichž je možné rozhodnout o povolení výjimky. Musí se jednat o případy, kdy se výjimka povoluje v zájmu ochrany přírody, nebo pokud jiný veřejný zájem převažuje nad zájmem na ochraně přírody. V případě zvláště chráněných druhů rostlin a živočichů, které jsou chráněny právem EU, jsou přitom podmínky pro vydání povolení k výjimce ještě přísnější; musí se jednat o některý z taxativně vymezených důvodů v ustanovení § 56 odst. 2 ZOPK (např. v zájmu ochrany těchto druhů či přírodních stanovišť, v zájmu prevence závažných škod, či v zájmu veřejného zdraví nebo veřejné bezpečnosti), neexistuje-li jiné uspokojivé řešení a zároveň pokud povolovaná činnost neovlivní dosažení či udržení příznivého stavu druhu z hlediska ochrany¹⁶.

Rozhodnutí či opatření obecné povahy o výjimce vydává v obvodu své územní působnosti krajský úřad. V každém případě musí tyto správní akty obdobně obsahovat náležitosti uvedené v § 5b odst. 3 ZOPK (viz výše). Zatímco v případě výjimek u zvláště chráněných druhů a rostlin platí ohledně konkrétnosti předmětu regulace opatření obecné povahy obdobně to, co bylo uvedeno již výše, v případě památných stromů se bude již jednat o uvedení konkrétního stromu (např. Frývaldovská lípa)¹⁷. V každém případě však musí orgán ochrany přírody vždy podle konkrétní situace zvážit, zda zvolit formu rozhodnutí či opatření obecné povahy¹⁸.

3.4 Opatření obecné povahy, kterým se vydává návštěvní řád národního parku (§ 19 odst. 2)

Zatímco národní parky, jejich poslání a bližší ochranné podmínky se vyhláší zákonem (§ 15 odst. 3 ZOPK), počínaje účinností novely ZOPK č. 349/2009 Sb. se návštěvní řády národních parků již nevyhláší formou obecně závazné vyhlášky, nýbrž opatřením obecné povahy; k jeho vyhlášení jsou zmocněny správy národních parků [§ 78 odst. 2 písm. c) ZOPK]. Nicméně stejně jako zákon o vyhlášení národního parku, i návštěvní řád

¹⁶ Tímto ustanovením byl implementován čl. 16 odst. 1 směrnice 92/43/EHS o ochraně přírodních stanovišť, volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin, a čl. 9 směrnice č. 79/409/EHS o ochraně volně žijících ptáků.

¹⁷ Seznam památných stromů vede Agentura ochrany přírody a krajiny ČR v rámci Ústředního seznamu ochrany přírody (ÚSOP), dostupné zde <http://drusop.nature.cz/ost/chrobjekty/pstromy/index.php?frame>.

¹⁸ K důsledkům výběru nesprávné formy aktu viz KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy dle vodního zákona. *Právní rozhledy*. 2010, č. 18, s. 654 – 655.

stanoví omezení vstupu, vjezdu, volného pohybu osob mimo zastavěné území a podmínky pro rekreační a turistickou aktivitu osob. Vyhlášení návštěvních řádů národních parků opatřeními obecné povahy jistě odpovídá jejich charakteru, neboť se jedná o správní akt, který se ve vztahu ke konkrétnímu předmětu (Krkonošský NP, NP Šumava, NP Podyjí, NP České Švýcarsko) přímo dotýká blíže neurčeného okruhu adresátů, povětšinou návštěvníků tohoto národního parku. Logická je proto i možnost exempce osob trvale bydlících či pracujících v národním parku z působnosti návštěvního řádu.

Návštěvní řád může být vydán jak pro celé území národního parku tak jen pro jeho část. Návrh návštěvního řádu národního parku je příslušná správa národního parku povinna dohodnout se zástupci obcí, delegovanými do rady národního parku (§ 20 odst. 3 ZOPK). Případný rozpor projedná Ministerstvo životního prostředí na základě návrhu rady národního parku s dotčenými obcemi a ve věci, resp. o podobě návrhu před postupem podle § 172 a násl. správního řádu, rozhodne.

*Stručný exkurz k rozsudku Nejvyššího správního soudu
ze dne 13. 10. 2010, č. j. 6 Ao 5/2010-43, kterým byla
zrušena část Návštěvního řádu Národního parku
Šumava*

Z odůvodnění rozsudku vyplývá, že návštěvní řád Národního parku Šumava stanovil ve svém čl. 1 odst. 2 podmínky pro turistické, sportovní a rekreační aktivity na území národního parku, a to včetně vyhrazení míst pro některé činnosti, jež jsou podle § 16 ZOPK zakázány. Provozování vodních sportů povoloval návštěvní řád s dalšími omezeními (časová omezení, stav vody, počet plavidel, registrace atd.) pouze na vyhrazených úsecích vodních toků. V daném případě vydala Správa Národního parku a chráněné krajinné oblasti Šumava (dále „Správa“) návštěvní řád jakožto opatření obecné povahy, ve kterém mj. vyhradila místa (a podmínky) pro provozování vodních sportů.

Otázkou, kterou si kladl i Nejvyšší správní soud, bylo v první řadě (vedle otázky aktivní legitimace navrhovatelů¹⁹) to, zda Správa měla zákonné

¹⁹ Navrhovatelem bylo občanské sdružení, jehož předmětem činnosti je ochrana životního prostředí, a dále fyzická osoba. Je třeba uvést, že stěžejní část rozsudku Nejvyššího správního soudu tvoří argumentace týkající se procesní aktivní legitimace navrhovatelů. Rozbor tohoto problému by vydal na celý příspěvek, uvedme alespoň, že se Nejvyšší správní soud na základě výkladu čl. 10a směrnice Rady č. 85/337/EHS o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí přiklonil závěru, že občanské sdružení, jehož předmětem činnosti je ochrana životního prostředí, je aktivně legitimováno k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy – návštěvního řádu národního parku. Ve světle tohoto rozsudku má však takové postavení pouze za předpokladu, že opatření upravuje otázky, které jsou předmětem hodnocení podle §45h ZOPK.

zmocnění k vyhrazení míst pro provozování vodních sportů podle § 16 odst. 1 písm. e) ZOPK. I přes deficity právní úpravy (ZOPK výslovně neupravuje ani právní formu, kterou má být „vyhrazení místa“ provedeno, ani neobsahuje explicitní kompetenci pro autoritativní výrok tohoto typu²⁰), dospěl Nejvyšší správní soud k podle mého názoru správnému závěru, že Správa byla zmocněna k vyhrazení míst pro provozování vodních sportů²¹ na území národního parku, a že toto vymezení je svojí povahou opatřením obecné povahy. Mám za to, že toto zmocnění vyplývá rovněž z ustanovení § 19 odst. 1 a 2 ZOPK. Pokud má totiž návštěvní řád národního parku stanovit podmínky omezení vstupu, vjezdu, volného pohybu osob mimo zastavěné území a podmínky pro realizaci rekreačních a turistických aktivit osob na území národních parků, resp. výčet zakázaných turistických a rekreačních činností, je možné pod tento obsah návštěvního řádu podřadit i vyhrazení míst pro provoz vodních sportů.

Stejně jako v případě přezkumu ostatních opatření obecné povahy, i zde vyšel Nejvyšší správní soud z algoritmu vymezeného v rozsudku ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005-98²². Navrhovatel činil sporným dodržení zákonem stanovených procesních postupů pro vydání návštěvního řádu a v návaznosti na to i nesoulad opatření obecné povahy s hmotným právem; zejména tvrdil absenci posouzení vlivů záměru (řízení splouvání Teplé Vltavy v úseku Soumarský most - most u Pěkné) na životní prostředí podle § 45i ZOPK, tj. na evropsky významnou lokalitu. Nejvyšší správní soud dal navrhovateli za pravdu. Uvedl, že „důvodem ke zrušení návštěvního řádu v předmětné části nebyla „pouhá“ absence stanoviska podle § 45i odst. 1 zákona o ochraně přírody a krajiny (...). Rozhodovacím důvodem byla pro

²⁰ Viz bod 26 předmětného rozsudku NSS.

²¹ Tuto činnost totiž Nejvyšší správní soud podřadil pod kompetenci Správy vymezenou v ustanovení § 78 odst. 1 písm. f) ZOPK, podle něhož správy vydávají souhlasy k vyhrazení míst pro pořádání a organizování hromadných sportovních, turistických a jiných veřejných akcí na území národních parků.

²² Postupuje se v následujících krocích: 1. přezkum pravomoci správního orgánu vydat opatření obecné povahy, 2. přezkum otázky, zda při vydávání opatření obecné povahy nebyly překročeny meze zákonem vymezené působnosti (věcné, osobní, prostorové, časové) ze strany orgánu veřejné správy (jednání *ultra vires*), 3. přezkum otázky, zda bylo opatření obecné povahy vydáno zákonem stanoveným postupem, 4. přezkum opatření obecné povahy z hlediska jeho rozporu se zákonem (materiální kritérium), 5. přezkum opatření obecné povahy z hlediska jeho proporcionality (kritérium přiměřenosti právní regulace). Přitom platí, že „soud při přezkumu postupuje od prvního kroku k dalším s tím, že pokud u některého z kroků algoritmu shledá důvod pro zrušení napadeného opatření obecné povahy, aplikaci dalších kroků se již věcně nezabývá, ledaže by povaha věci, zejména s ohledem na dopad soudního rozhodnutí na další průběh řízení o vydání opatření obecné povahy naznačení dalšího postupu vyžadovala, zejména z důvodu eliminace případných příštích opakovaných soudních sporů postavených na argumentaci vznesené již v projednávaném návrhu“ (viz. rozsudek NSS ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-185, publ. pod č. 1461/2008 Sb. NSS).

Nejvyšší správní soud skutečnost, že ignorováním postupu zakotveného v § 45i odst. 1 zákona o ochraně přírody a krajiny se uzavře cesta jak k naturovému posouzení a hodnocení, tak k posouzení EIA. Jsou to právě tyto procesy, které zohledňují veškeré (negativní i pozitivní) vlivy záměru na posuzovanou oblast (zde dokonce oblast mimořádné přírodní hodnoty).“

Jak vyplývá z odůvodnění předmětného rozsudku, v daném případě posuzoval Nejvyšší správní soud primárně opatření obecné povahy v materiálním slova smyslu podle § 16 odst. 1 písm. e) ZOPK, kterým se vyhrazení místa pro provozování vodních sportů (viz bod 26 rozsudku), a které bylo vydáno v rámci návštěvního řádu. Toto opatření obecné povahy představovalo oddělitelnou součást návštěvního řádu, a proto nebylo nutné rušit celý návštěvní řád. Z tohoto rozsudku je nicméně možné dovozovat, že pokud by Správa vyhradila místa pro provozování vodních sportů samostatně, tj. nikoli v rámci návštěvního řádu, tento akt by byl hodnocen a přezkoumáván jako opatření obecné povahy (jakkoli k tomu ZOPK Správe tuto právní formu nevyhrazuje).

3.5 Opatření obecné povahy, kterým se vyhrazení místa k táboření a rozdělování ohňů podle § 16 odst. 1 písm. c)

Posledním opatřením obecné povahy podle ZOPK je takové, kterým se na území národního parku vyhrazení místa k táboření a rozdělování ohňů. Pokud taková místa vyhrazena nejsou, platí zákaz této činnosti na celém území národního parku. K vydání tohoto opatření obecné povahy jsou zmocněny správy národních parků [§ 78 odst. 2 písm. b) ZOPK].

Tento právní akt nepochybně naplňuje pojmové znaky opatření obecné povahy. Jeho předmětem je vyhrazení míst k táboření a rozdělování ohňů v některém z národních parků a jeho závaznost pro neurčitý počet subjektů je nasnadě – jedná se o zjednodušení; ačkoliv je možné si představit vydávání individuálních rozhodnutí v jednotlivých případech. Nutno uvést, že se jedná o jediný příklad z činností zakázaných na celém území národních parků, pro kterou je možné podle ZOPK výslovně vyhradit místa opatřením obecné povahy. Výjimky z některých dalších zakázaných činností na celém území národních parků, které představují základní ochranné podmínky těchto zvláště chráněných území (§ 16), se váží k vyhrazeným místům (např. zneškodňovat odpady, které mají původ mimo území národního parku, pořádat a organizovat hromadné veřejné akce, provozovat horolezectví). Který orgán či subjekt je ale oprávněn taková místa vyhradit? Z ustanovení § 78 odst. 2 ZOPK vyplývá, že správy vydávají souhlasy k vyhrazení takových míst. Jedná se o stejný (kompetenční) problém, který musel řešit Nejvyšší správní soud ve výše rozebraném rozsudku. Je tak možné přistoupit na to, že pokud by správa vyhradila místa, na kterých je možné na území národního parku jinak zakázané činnosti provozovat, jednalo by se materiálně o opatření obecné povahy, jenž by bylo přezkoumatelné ve správním soudnictví (viz kapitola 4).

3.6 Opatření obecné povahy, kterým se zakazuje či omezuje vstup z důvodu ochrany přírody (§ 64)

Formou opatření obecné povahy se zakazuje či omezuje vstup na území národních parků, národních přírodních rezervací, národních přírodních památek a první zóny chráněných krajinných oblastí či do jeskyně, hrozí-li poškození těchto částí přírody (zejména nadměrnou návštěvností). Toto opatření obecné povahy jsou oprávněny vydávat v oblasti své územní působnosti krajské úřady [§ 77a odst. 4 písm. r)] a správy národních parků [§ 78 odst. 2 písm. o)].

V tomto případě je bezpochyby zavedení opatření obecné povahy na místě, neboť oba pojmové znaky tohoto aktu, konkrétní předmět (tj. konkrétní zvláště chráněné území či jeskyně) a neurčitý počet subjektů, jsou naplněny. Současně se jedná o jediný efektivní způsob, jak vyhlásit zákaz či omezení vstupu na konkrétní místa; zákaz či omezení vstupu přitom musí být přímo v terénu označen.

Stejně jako v případě opatření obecné povahy podle § 5 odst. 1 ZOPK i zde vyvstává otázka, resp. nabízí se doporučení, zda by neměla být v zájmu ochrany přírody jakožto veřejného zájmu zakotvena možnost, aby opatření obecné povahy nabylo účinnosti již dnem vyvěšení, případně i před postupem podle § 172 správního řádu (tj. projednání návrhu opatření obecné povahy s dotčenými osobami), jak to umožňuje ustanovení § 173 odst. 1 správního řádu.

4. OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY – MATERIÁLNÍ HLEDISKO

Budeme-li se řídit materiálním hlediskem, výčet uvedených opatření obecné povahy podle ZOPK není ani zdaleka úplný. Pojmové znaky tohoto aktu splňují jak některé obecně závazné právní předpisy vydávané na základě ZOPK, tak jej vyžadují i některé případy, které podle tohoto zákona předpokládají vydání správního rozhodnutí. Obsahem této kapitoly bude přehled opatření obecné povahy, která by bylo možné, resp. vhodné, de lege ferenda takto zakotvit i formálně. Dále bude poukázáno na situace, kdy by zakotvení možnosti vydání opatření obecné povahy bylo vhodné jako alternativa ke správnímu rozhodnutí.

4.1 Opatření obecné povahy, kterými se vyhláší zvláště chráněná území, event. jejich ochranná pásma, nebo kterými se tato opatření obecné povahy ruší

Pokud je pojmovým znakem opatření obecné povahy konkrétně určený předmět a neurčitý počet adresátů, jako opatření obecné povahy je možné kvalifikovat (z velké části co do obsahu) i následující normativní právní akty, kterými se vyhláší (konkrétní) zvláště chráněná území:

- zákon, kterým se vyhláší národní park (§ 15 odst. 3 ZOPK), se stanovením jeho poslání a bližších ochranných podmínek, včetně charakteristiky a režimu zón ochrany přírody,
- nařízení, kterým se vyhláší chráněná krajinná oblast (§ 25 odst. 3 ZOPK), se stanovením jejího poslání a bližších ochranných podmínek, včetně podrobnějšího režimu zón ochrany přírody,
- vyhlášky, kterými se vyhláší národní přírodní rezervace (§ 28 odst. 1 ZOPK) a národní přírodní památka (§ 35 odst. 1 ZOPK), se stanovením bližších ochranných podmínek,
- vyhlášky, resp. nařízení, kterými se vyhláší přírodní rezervace (§ 33 odst. 1 ZOPK) a přírodní památka (§ 36 odst. 1 ZOPK), se stanovením bližších ochranných podmínek.

Obdobný charakter mají i právní předpisy, kterými se vyhláší ochranná pásma k jednotlivým zvláště chráněným územím (§ 37 odst. 1 ZOPK). Tuto povahu mají potom logicky i normativní právní akty, kterými se ruší zvláště chráněná území a jejich ochranná pásma (§ 45 ZOPK)²³. V souvislosti s režimem ochrany přírody ve zvláště chráněných územích jsou opatřeními obecné povahy již výše zmíněná vyhrazení míst k provozování různých činností ve zvláště chráněných územích.

Dále uvedená opatření obecné povahy (zejména viz 4.4 a 4.5) je možné vnímat jako vhodnou alternativu ke správnímu rozhodnutí. Odpovídající formu pak bude muset příslušný orgán ochrany přírody volit případ od případu podle toho, zda jde o závazek pro konkrétního adresáta (adresáty) nebo neurčitý počet adresátů.

4.2 Opatření obecné povahy, kterým se vyhláší přechodně chráněná plocha

Rozhodnutí, kterým se podle ustanovení § 13 odst. 1 ZOPK vyhláší přechodně chráněná plocha²⁴, je rovněž v materiálním pohledu opatřením obecné povahy. Tento akt totiž v rámci konkrétně vymezeného území omezuje (ve vztahu k neurčitému počtu adresátů) využití území, které by znamenalo zničení, poškození nebo rušení vývoje předmětu ochrany. Stejně jako u opatření obecné povahy, kterými se vyhláší (či zruší) zvláště chráněná území, zde není možné postupovat podle části šesté správního

²³ K problematice rušení normativních právních aktů samotnými správními orgány viz Vedral, J. K některým zmocňovacím ustanovením v zákoně o ochraně přírody a krajiny. In *Veřejná správa*, 43/2004, s. 3.

²⁴ Jedná se o území s dočasným nebo nepředvídaným výskytem významných rostlinných nebo živočišných druhů, nerostů nebo paleontologických nálezů.

řádu, neboť se formálně nejedná o opatření obecné povahy. V tomto případě je nicméně možné připustit, že k vyhlášení přechodně chráněné plochy správně dojde i rozhodnutím, např. pokud by přímo dotčeným subjektem zjevně byl toliko vlastník pozemku, na kterém se přechodně chráněná plocha nachází.

4.3 Opatření obecné povahy, kterým se vyhláší památný strom a vymezuje ochranné pásmo památného stromu

Vyhlášení mimořádně významného stromu, skupiny stromů nebo stromořadí za památný strom je de lege lata rozhodnutím. Vzhledem k tomu, že tímto aktem se ke konkrétnímu předmětu (objektu), resp. k jeho ochrannému pásmu v zákonem stanoveném rozsahu (není-li vyhlášeno) začínají vázat povinnosti pro neurčitý počet adresátů (zejména zákaz provádění jakékoli pro památný strom škodlivé činnosti, například výstavby, terénní úpravy, odvodňování, chemizace), jedná se o opatření obecné povahy. Stejně tak je opatřením obecné povahy samostatně vyhlášení ochranného pásma památného stromu, tj. v jiném než zákonem stanoveném rozsahu (§ 46 odst. 3 ZOPK).

4.4 Opatření obecné povahy, kterým se povolují výjimky ze zákazů ve zvláště chráněných územích

Stejně jako u opatření obecné povahy, kterým se stanoví odchylný postup od ochrany ptáků volně žijících na území EU (viz kapitola 3.2), či u opatření obecné povahy, kterým se povolují výjimky ze zákazů u památných stromů a zvláště chráněných druhů rostlin a živočichů (viz kapitola 3.3), by byla logická možnost uplatnění této formy aktu i v případě povolování výjimek ze zákazů ve zvláště chráněných územích podle § 43 ZOPK.

Nutno uvést, že ustanovení § 43 doznalo v průběhu doby dvou významných změn. Novelou zákona ZOPK č. 218/2004 Sb. byla pravomoc rozhodovat o povolení výjimek ze zákazů (a to v každém jednotlivém případě) přenesena na vládu²⁵. Poslední novela tohoto ustanovení ZOPK č. 349/2009 Sb. situaci změnila. Výsledné znění tohoto ustanovení se od původního návrhu liší²⁶ a ponechává kompetenci rozhodovat o výjimkách ze zákazů ve zvláště chráněných územích²⁷ v případech, kdy veřejný zájem výrazně převažuje

²⁵ Ke kritice této změny viz PRŮCHOVÁ, I. Poznámka k nové koncepci udělování výjimek podle § 43 zákona č. 114/1992 Sb. In Černý, P., Dohnal, V. (eds.) Přístup k soudům při ochraně životního prostředí. Praha: Aspi, 2004, s. 131 – 136.

²⁶ Vládní návrh zákona počítal s přesunem rozhodování o výjimkách ze základních ochranných podmínek zvláště chráněných území z vlády ČR na orgány ochrany přírody, které zajišťují správu zvláště chráněných území. Tento přesun kompetencí měl mj. zajistit aplikaci správního řádu (včetně možnosti účasti veřejnosti podle § 70 ZOPK).

²⁷ Podle § 16, 26, 29, 34, 35 odst. 2, § 36 odst. 2, § 45h a 45i ZOPK.

nad zájmem ochrany přírody, fakticky na vládě (byť formálně je žádost o výjimku podávána Ministerstvu životního prostředí), která v každém jednotlivém případě rozhodne, resp. vydá usnesení, o schválení či neschválení výjimky. Ministerstvo má potom rozhodnout podle takového usnesení vlády (§ 43 odst. 2 ZOPK). K tomu však přibyla kompetence příslušným orgánům ochrany přírody²⁸ povolovat výjimky z těchto zákazů (s výjimkou zákazů podle § 45h a 45i ZOPK) v případě, kdy jiný veřejný zájem převažuje nad zájmem ochrany přírody nebo v zájmu ochrany přírody, nebo tehdy, pokud povolovaná činnost významně neovlivní zachování stavu předmětu ochrany zvláště chráněného území (§ 43 odst. 3 ZOPK). Přestože v tomto případě bude spíše převažovat vydávání správních rozhodnutí, de lege ferenda by o možnosti vydávat opatření obecné povahy jako alternativy (především viz již zavedená opatření obecné povahy o výjimkách podle ZOPK) bylo možné uvažovat.

4.5 Opatření obecné povahy, kterým se udělují výjimky ze zákazu poškozovat evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti

Podle ustanovení § 45c odst. 2 jsou evropsky významné lokality chráněny před poškozováním a ničením. Využívají se pouze tak, aby nedošlo k závažnému nebo nevratnému poškození nebo ke zničení evropských stanovišť anebo stanovišť evropsky významných druhů vyžadujících územní ochranu tvořících jejich předmět ochrany a aby nebyla narušena jejich celistvost. Zásahy, které by mohly vést k takovým nežádoucím důsledkům, mohou být na žádost orgánem ochrany přírody povoleny. I zda by však v případě neurčitého počtu adresátů, na které by se mohla vztahovat výjimka z ochrany, mohlo najít uplatnění opatření obecné povahy. Tato výjimka by přitom stejně jako u rozhodnutí mohla být vydána pouze tehdy, že by bylo vyloučeno závažné nebo nevratné poškozování přírodních stanovišť a biotopů druhů, k jejichž ochraně je evropsky významná lokalita nebo ptačí oblast určena, či soustavné nebo dlouhodobé vyrušování druhů, k jejichž ochraně jsou tato území určena (§ 45g).

Obdobně to platí i pro předběžnou ochranu - pokud dojde k zařazení evropsky významné lokality do národního seznamu, na základě § 45b odst. 1 je zakázáno ji poškozovat. Stejný zákaz platí i pro sporné lokality²⁹. Výjimka z tohoto zákazu by mohla být dle okolností jak rozhodnutím tak opatřením obecné povahy; v současnosti však tyto výjimky uděluje krajský úřad toliko ve formě povolení (tj. rozhodnutí). De lege ferenda by proto i

²⁸ Krajské úřady v přírodních rezervacích a v přírodních památkách, správy národních parků a chráněných krajinných oblastí v národních parcích, chráněných krajinných oblastech, národních přírodních rezervací a národních přírodních památek.

²⁹ Za poškozování se přitom nepovažuje řádné hospodaření prováděné v souladu s platným právem nebo na základě smluv o hospodaření (§ 68 odst. 2 ZOPK).

zde výslovné zakotvení možnosti volby mezi těmito typy právních aktů bylo na místě.

5. SOUDNÍ PŘEZKUM OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY PODLE ZOPK

Podle dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu, který je příslušný k řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí (§ 101c s. ř. s.), i z judikatury Ústavního soudu, se výklad ustálil na stanovisku, že pro účely soudního přezkumu se upřednostňuje materiální chápání opatření obecné povahy³⁰. Je však třeba zdůraznit, že závěru o materiálním pojetí opatření obecné povahy (a tedy i možnosti jeho soudního přezkumu) bylo dosaženo na základě poměrně „pevného podvozku“ územního plánu, jehož vydávání formou tohoto správního aktu posléze stvrdila i nová právní úprava.

Pro úvahy o přezkoumatelnosti opatření obecné povahy vydanými před účinností zákona č. 349/2009 Sb. je nutné nejprve předeslat, že velkým deficitem zákona č. 349/2009 Sb. je absence přechodných ustanovení ve vztahu k opatřením obecné povahy, která byla dříve vydávána v jiné formě³¹. To vyvolává otázky, zda je možné takto vydané normativní právní akty (netýká se rozhodnutí) stále aplikovat, resp. zda jsou tyto akty i nadále vymahatelné. V tomto smyslu, a především ve vztahu k soudnímu přezkumu, lze diskutovat o čtyřech reálných situacích:

5.1 Opatření obecné povahy dříve vydávaná jako normativní právní akt

Podle ZOPK spadají do této kategorie (s jedinou výjimkou) všechna nově zavedená opatření obecné povahy. Před účinností zákona č. 349/2009 Sb. byla opatření obecné povahy vydávaná podle § 5 odst. 1 ZOPK formou nařízení obce s rozšířenou působností³² a opatření obecné povahy podle §

³⁰ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 14/07, vydaný na základě ústavní stížnosti proti usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 1. 2007, č. j. 3 Ao 1/2007-44. Ústavní soud se (v případě územních plánů vydávaných podle stavebního zákona z roku 1976 ve formě normativních správních aktů) přiklonil na stranu pojetí materiálního, což odůvodnil v podstatě třemi argumenty: 1) skutečností, že nový stavební zákon materiální pojetí institutu opatření obecné povahy nevyloučil, 2) z ústavního pořádku plynoucí premisou, že za situace dvojího možného výkladu veřejnoprávní normy je třeba v intencích zásad spravedlivého procesu zvolit ten, který co nejméně zasahuje do základních práv a svobod jednotlivce (princip *in dubio pro libertate*) a 3) souladný výklad vnitrostátního práva s mezinárodně právními závazky ČR, konkrétně se závazky vyplývajícími z Úmluvy o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí (tzv. Aarhuská úmluva). Obdobně rovněž náleží Ústavního soudu ze dne 17. 3. 2009, sp. zn. IV. ÚS 2239/07.

³¹ Srov. např. ustanovení § 188 odst. 4 stavebního zákona (to se ale stalo jeho součástí s účinností až od 3. 6. 2008).

³² V tomto případě je ovšem nesystematické, aby na území národních parků, chráněných krajinných oblastí, národních přírodních rezervací, národních přírodních památek a ochranných pásem těchto zvláště chráněných území byly i nadále správy národních parků a

5b odst. 4, § 19, § 56 odst. 4 a § 64 byla vydávána formou vyhlášky Ministerstva životního prostředí. Nabytím účinnosti zákona č. 349/2009 Sb. došlo k zániku zákonného zmocnění, tj. kompetence k vydání těchto aktů v daných případech (viz čl. 79 odst. 3 Ústavy). V této situaci je možné vyjít z judikatury vrcholných soudů. Ústavní soud dospěl k závěru, že „vypuštěním zmocňujícího zákonného ustanovení nemůže dojít k automatickému zrušení vyhlášky vydané na základě tohoto zmocnění, není-li tak v zákoně výslovně uvedeno, takže napadená vyhláška zůstává platnou součástí českého právního řádu“ (nález ze dne 21. 6. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 3/2000, publ. pod č. 231/2000 Sb.). V návaznosti na tento závěr potom doplnil, že derogace příslušného zmocňovacího ustanovení zákona bez dalšího nevyvolává formální derogaci prováděcích právních předpisů. V takové situaci je však třeba „vždy zkoumat materiální předpoklady existence a působení (účinnosti) takového odvozeného právního předpisu. Takový právní předpis - dokud nebude formálněprávně zrušen jiným normativním právním aktem - sice zůstává platným právním předpisem, při jeho aplikaci je však třeba přihlížet ke skutečnosti, že zde chybí materiální předpoklad působení takového předpisu, tedy konkrétní zákonné zmocnění.“ (nález ze dne 20. 10. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 52/03, publ. pod č. 568/2004 Sb.).

Aplikovatelnost normativních právních aktů je tedy ve vztahu k jednotlivci oslabena absencí konkrétního zákonného zmocnění k jeho vydání. Ze strany správního orgánu tedy např. nemůže dojít ke vzniku odpovědnosti za správní delikt (následkem porušení povinnosti stanovené tímto předpisem). Tento stav však není možné vykládat v neprospěch jednotlivce, který jedná s důvěrou v tento právní akt³³.

Co se týká soudního přezkumu, ve světle nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 14/07, by i přes neexistenci přechodných ustanovení ZOPK bylo možné opatření obecné povahy, jež byla vydána před účinností zákona č. 349/2009 Sb., soudně přezkoumat. Další otázkou, která v této souvislosti vyvstává, je, zda by docházelo k rušení těchto opatření obecné povahy z důvodu, že nebyl dodržen zákonem stanovený procesní postup (tj. postup stanovený správním řádem) pro jejich vydání. Mám za to, že v případě aktů takto přijatých by nebylo možné přistoupit k jejich zrušení z tohoto důvodu. Zákonodárce totiž volbou formy aktu stanovil správním orgánům, jak mají postupovat při jeho přijímání; nebylo by tedy – s ohledem na princip vázanosti veřejné správy zákonem – rozumné, tento

chráněných krajinných oblastí zmocněny vydat ve své územní působnosti nařízení podle § 5 odst. 1 ZOPK.

³³ Viz také KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy ve složkových zákonech PŽP. In: Průchová, I. (ed.) *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.

postup vyžadovat³⁴. Na druhou stranu však nic nebrání uplatnění námitky na nedodržení v rozhodné době zákonem stanoveného postupu při vyhlášení těchto opatření obecné povahy (viz § 40 ZOPK).

5.2 Opatření obecné povahy dříve vydávaná jako správní rozhodnutí, event. v jiné formě

Do této kategorie by z výše vymezených opatření obecné povahy (jež jsou zakotvena v ZOPK i formálně) spadalo pouze vyhrazení míst k táboření a rozdělování ohňů podle § 16 odst. 1 písm. c), které nemělo jasně vymezenou formu. Jak vyplývá z výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci Návštěvního řádu Národního parku Šumava, soudní přezkum bude připuštěn i v těchto případech opatření obecné povahy, byť jako opatření obecné povahy v ZOPK výslovně označena nejsou a zákon výslovně nestanoví ani jinou formu jejich vydání (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 10. 2010, č. j. 6 Ao 5/2010-43).

Jako opatření obecné povahy by bylo možné soudně přezkoumávat i správní rozhodnutí, dříve napadnutelná žalobou. Jak totiž uvedl Nejvyšší správní soud, „jako rozhodné kritérium pro svoji kognici v těchto případech nevnímá skutečnost, zda zvláštní zákon výslovně stanoví, že se jedná o opatření obecné povahy tak, jak plyne z gramatického znění ustanovení § 171 správního řádu, nýbrž zda se svojí podstatou o opatření obecné povahy jedná. Rozhodným kritériem tedy není existence výslovného zákonného odkazu, nýbrž samotný obsah napadeného správního aktu“ (cit z rozsudku ze dne 7. 1. 2009, č. j. 2 Ao 3/2008-100). Ve srovnání s řízením o návrhu na zrušení správního rozhodnutí podle § 65 soudního řádu správního je v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy jiný okruh aktivně legitimovaných subjektů. Důležitým rozdílem je rovněž chybějící lhůta³⁵ pro podání takového návrhu. ZOPK nicméně neobsahuje takový konkrétní případ.

5.3 Opatření obecné povahy vydávaná před i po účinnosti zákona č. 349/2009 Sb. jako normativní právní akt

³⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 1. 2009, č. j. 2 Ao 3/2008-100, podle něhož „za situace, kdy zákonná úprava správnímu úřadu nestanoví povinnost při vydávání opatření obecné povahy postupovat podle správního řádu, by totiž nebylo logické, aby toto bylo následně zrušeno jen proto, že tak správní úřad neučinil. I na tyto případy se totiž vztahuje základní požadavek právního státu, že veřejná moc může činit jen to, co jí zákon výslovně ukládá (...) není dán žádný racionální důvod, pro který by jeho postup měl být konfrontován s podrobnými pravidly, kterými nebyl explicitně vázán“.

³⁵ Především právní nejistota spojená s absencí lhůty pro podání tohoto návrhu vedla Nejvyšší správní soud k podání návrhu Ústavnímu soudu na zrušení celého dílu sedmého druhé hlavy třetí části soudního řádu správního pro rozpor s ústavním pořádkem (řízení je vedeno pod sp. zn. Pl. ÚS 34/10).

Jedná se především o všechna zvláště chráněná území. Ačkoliv je zjevné, že právní předpisy, jimiž jsou tato území vyhlášována, naplňují pojmové znaky opatření obecné povahy, zákonodárce se k této formě nepřiklonil. Mám za to, že v tomto případě není možné toto opatření obecné povahy podrobovat soudnímu přezkumu v řízení podle soudního řádu správního. Ani materiální pojmání opatření obecné povahy totiž nemůže překlenout skutečnost, že vůlí zákonodárce bylo vyhlášovat tato chráněná území formou normativního právního aktu. Ministerstvu životního prostředí ani žádnému z ostatních orgánů ochrany přírody není dána zákonná kompetence vydávat v této oblasti opatření obecné povahy a vázanost těchto orgánů zákonem (viz čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny) nepřipouští, aby byla absence zákonného zmocnění nerespektována.

Ostatně jak uvedl již Nejvyšší správní soud (ve vztahu k cenovému výměru Ministerstva financí), „za situace, kdy zákonodárce (1.) předpokládá určitou činnost státního orgánu a (2.) pro tuto činnost stanoví určitou formu, nelze ze strany soudu z obsahu vydaného aktu dovodit, že se jedná o akt jiný, než zákonem výslovně předvídaný“³⁶. Odlišnou situací by však bylo, pokud by kompetence správního orgánu pro vydávání určitých právních aktů nebyla výslovně vůbec založena, příp. by nebyla jednoznačná³⁷.

5.4 Opatření obecné povahy vydávaná před i po účinnosti zákona č. 349/2009 Sb. jako individuální právní akt

Do této skupiny je možné zařadit zejména vyhlášení přechodně chráněné plochy, vyhlášení památného stromu a vymezení jeho ochranného pásma. V případě, kdy je správní orgán zmocněn vydat v daném případě toliko správní rozhodnutí, závěry ohledně soudního přezkumu budou stejné jako v předcházející kapitole. Takové rozhodnutí tedy podle mého názoru nebude možné přezkoumávat v rámci řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy, nýbrž jen na základě správní žaloby podle § 65 soudního řádu správního.

Odlišná samozřejmě bude situace, kdy má správní orgán povinnost zvolit vhodný právní akt na základě konkrétní situace, tj. zda je určen konkrétním adresátům nebo neurčitému počtu subjektů. V takovém případě bude muset případně dotčený subjekt, který by se chtěl bránit soudní cestou zvážit, zda podá žalobu podle § 65 nebo návrh podle § 101a soudního řádu správního.

³⁶ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 8. 2010, č. j. 2 Ao 3/2010-55.

³⁷ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 8. 2010, č. j. 4 Ao 4/2010-195, kterým bylo za opatření obecné povahy označeno rozdělení obce do volebních obvodů pro účely voleb do zastupitelstva obce; nebo rozsudek ze dne 1. 7. 2009, č. j. 2 Ao 3/2008-100, publ. pod č. 1794/2009 Sb. NSS, který jako opatření obecné povahy posoudil dopravní značku.

6. ZÁVĚR

Účelem institutu opatření obecné povahy je, aby „*dotčené osoby měly garantována minimální procesní práva i pro ten případ, že se úkon správního orgánu týká jejich zájmů, byť nelze jmenovitě určit účastníky*“³⁸. Z výše uvedeného přehledu vyplývá, že zejména co do souladu opatření obecné povahy v materiálním a formálním ohledu vykazuje ZOPK značné diskrepance. Včlenění opatření obecné povahy do českého právního řádu a následný vývoj judikatorní činnosti, která podpořila životaschopnost tohoto institutu, vyžaduje správné využívání tohoto institutu i v legislativě. Pokud pojmové znaky právního aktu neodpovídají formě, v jaké má být tento akt vydáván, konkrétně v případě, kdy jsou namísto opatření obecné povahy vydávány normativní právní akty, dochází k oslabení soudní kontroly veřejné správy,³⁹ potažmo právní ochrany jednotlivce. Významná je tedy především skutečnost, že opatření obecné povahy otevírá možnost dotčeným subjektům uplatnit v procesu jeho přijímání připomínky a námítky, které mohou ovlivnit jeho výsledný obsah a dopad, a následně možnost přímo dotčených subjektů⁴⁰ domáhat se soudního přezkumu tohoto aktu.

Přestože platná právní úprava ZOPK obsahuje zákonné zmocnění k vydání opatření obecné povahy v šesti případech (z toho ve třech případech se jedná o alternativu ke správnímu rozhodnutí), pojmové znaky opatření obecné povahy naplňuje množství dalších právních aktů vydávaných na základě tohoto zákona. Z této množiny opatření obecné povahy v materiálním slova smyslu by přitom zdaleka nikoli všechna mohla být podrobena soudnímu přezkumu. V tomto smyslu by mezi soudně přezkoumatelná opatření obecné povahy, k jejichž vydání nemají správní orgány výslovné zmocnění ani po novele ZOPK č. 349/2009 Sb., patřily takové právní akty naplňující pojmové znaky opatření obecné povahy, u nichž zákonodárce výslovně nestanovil, resp. u nichž není zřejmé, v jaké formě mají být vydány (typicky vyhrazení míst pro určité činnosti ve zvláště chráněných územích). V případě opatření obecné povahy vydávaných ve formě správního rozhodnutí tedy zůstává jako soudní prostředek obrany správní žaloba, v případě opatření obecné povahy vydávaných ve formě

³⁸ Viz důvodová zpráva ze dne 6. 2. 2004, tisk PSP č. 201/0, dostupné na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=4&ct=201&ct1=0>

³⁹ Vedral, J. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2006, s. 969.

⁴⁰ K aktivní procesní legitimaci v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy viz BAHÝLOVÁ, L. *Vybrané otázky soudního přezkumu územních plánů*. In SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J., DÁVID, R., KYNCL, L. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. Brno: Masarykova Univerzita, 2010, s. 1960-1978; RIGEL, F. *Inстанční a soudní přezkum opatření obecné povahy*. In Průchová, I. (ed.) *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.

normativního právního aktů zbývá podání návrhu na zrušení právního předpisu (společně s ústavní stížností) Ústavnímu soudu⁴¹.

Literature:

- BAHÝĽOVÁ, L. Vybrané otázky soudního přezkumu územních plánů. In SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J., DÁVID, R., KYNCL, L. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. Brno: Masarykova Univerzita, 2010, s. 1960-1978.
- HENDRYCH, D. O opatření obecné povahy trochu jinak. In Kadečka, S., Kliková, A., Valachová, K. (eds.) *Nový správní řád a místní samospráva*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 225-235.
- KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy dle vodního zákona. *Právní rozhledy*. 2010, č. 18, s. 650 – 656.
- KOCOUREK, T. Opatření obecné povahy ve složkových zákonech PŽP. In Průchová, I. (ed.) *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.
- PRŮCHA, P., MAREK, K. *Nové stavební právo*. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 264 s.
- PRŮCHOVÁ, I. Poznámka k nové koncepci udělování výjimek podle § 43 zákona č. 114/1992 Sb. In Černý, P., Dohnal, V. (eds.) *Přístup k soudům při ochraně životního prostředí*. Praha: Aspi, 2004, s. 131 – 136.
- RIGEL, F. Instanční a soudní přezkum opatření obecné povahy. In Průchová, I. (ed.) *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita. V tisku.
- VEDRAL, J. *Správní řád. Komentář*. Praha : BOVA POLYGON, 2006.

Contact – email

rybarova@mail.muni.cz

⁴¹ Ust. § 74 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

VÝVOJ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY V OBLASTI OBCHODOVÁNÍ S EXEMPLÁŘI CITES

JITKA BĚLOHRADOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá vývojom regulácie obchodovania s exemplármi CITES v českém právním řádu. Klíčovými časovými mezníky pro tento příspěvek jsou přistoupení ČR k tzv. Úmluvě CITES a vstup ČR do EU. Příspěvek se tak věnuje vlivu těchto mezníků na českou právní úpravu. V příspěvku se zaměřuji také na nedávnou velkou novelu zákona CITES zákonem č. 346/2009 Sb. Zmíněna je taktéž judikatura vydaná v této oblasti českými soudy.

Key words in original language

Obchodování s ohroženými druhy; CITES; exemplář; Evropská unie.

Abstract

This contribution deals with the development of regulation of trade in CITES specimens in Czech law. The ratification of the Washington Convention (CITES) by the Czech Republic and the admission of the Czech Republic to the European Union are the key time milestones for this contribution. The contribution pays attention to the impact of these milestones on Czech legislation. I also aim at recent “large” amendment (Act No. 346/2009 Coll.) of CITES Act. Judicial decisions relating to this area are mentioned too.

Key words

Trade in endangered species; CITES; Specimen; European Union.

Úvodem

Regulace obchodování s druhy živočichů a rostlin, jejichž populace jsou ve větší či menší míře ohroženy na existenci, má na mezinárodní úrovni poměrně dlouhou tradici.¹ Taktéž Evropské společenství reagovalo na mezinárodní regulaci brzy. V České republice byla právní úprava obchodu s exempláři CITES zavedena zhruba o 20 let později, přesto i v rámci českého právního řádu se právní úprava této problematiky vyvíjela, a proto bude jistě přínosné věnovat jí pozornost.

¹ Ještě před Úmluvou CITES existovaly jiné úmluvy, které regulovaly obchodování s určitými druhy zástupců fauny a flory. K tomu viz blíže Stejskal, V., Vilímková, V. *Zákon o obchodování s ohroženými druhy a předpisy související. Komentář*. Praha : Linde Praha, a.s., 2005, s. 12-19.

Nejdůležitějšími časovými mezníky ve vývoji české právní úpravy v oblasti obchodování s exempláři CITES bylo podepsání Úmluvy CITES Českou republikou a dále vstup České republiky do Evropské unie. Na oba momenty, jež měly svůj původ mimo Českou republiku, musela ČR reagovat a přizpůsobit jim svůj právní řád.

V rámci tohoto příspěvku zmíním i rozhodnutí českých soudů, avšak pouze ty případy, které řešil Nejvyšší správní soud nebo Ústavní soud. Jsou dokladem o tom, že problematika CITES byla živá ve všech „časových fázích“ regulace obchodu s exempláři CITES. Některá rozhodnutí měla vliv na následnou změnu právní úpravy v této oblasti, popřípadě se do té doby pouze soudem potvrzená praxe správních orgánů výslovně promítla i do znění zákona. Některá rozhodnutí slouží naopak spíše jen jako představení případů, které byly v souvislosti s exempláři řešeny. Pozadí daných případů však může být mnohdy složitější, než to lze vyčíst z uvedených rozhodnutí. Už také proto je nutno na ně pohlížet jen jako na případy, které byly v minulosti řešeny, avšak na právní praxi v dané oblasti mít většího vlivu zřejmě nebudou.

Problematika obchodování s exempláři CITES² se kromě vlastních citesových zákonů dotýká celé řady dalších předpisů. Zejména se jedná o zákon č. 166/1999 Sb., o veterinární péči a o změně některých souvisejících zákonů (veterinární zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 326/2004 Sb., o rostlinolékařské péči a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání, ve znění pozdějších předpisů, předpisy o myslivosti a další. Rozbor vývoje právní úpravy i v rámci těchto dalších souvisejících předpisů jde však nad rámec tohoto příspěvku, který si neklade za cíl zabývat se touto problematikou zcela komplexně, nýbrž chce pouze stručně nastínit základní linii vývoje české právní úpravy v oblasti obchodování s exempláři CITES. Z toho důvodu se budu zabývat také vývojem právní úpravy této problematiky v mezinárodním a evropském měřítku jen do té míry, do jaké to bude potřebné pro představení vývoje v oblasti českých právních předpisů.³

² Jednotlivé dokumenty upravující obchodování s exempláři obsahují svoji vlastní definici pojmu exemplář. Zjednodušeně řečeno, za exemplář je považován živočišný nebo rostlinný jedinec, živý i neživý, který je uvedený v přílohách daného dokumentu. Exemplářem je také jakákoli jeho rozpoznatelná část či odvozenina (včetně výrobků z těchto jedinců).

Pro konkrétní definice pojmu exemplář viz čl. 1 písm. b) Úmluvy CITES, čl. 2 písm. t) nařízení Rady (ES) č. 338/97 a § 3 odst. 1 zákona č. 16/1997 Sb. (původní zákon CITES). Současný zákon CITES (zákon č. 100/2004 Sb.) vychází z definice exempláře uvedené ve zmíněném nařízení Rady (ES) č. 338/97, neboť toto nařízení je přímo použitelné.

³ Nutno samozřejmě poznamenat, že citesová právní úprava v rámci EU je upravena zejména nařízením, které je přímo použitelné. V souvislosti s jeho novelizacemi budou

Úmluva CITES a přistoupení ČR k ní

Obchodování s ohroženými druhy je na mezinárodní úrovni upraveno Úmluvou o mezinárodním obchodu (s) ohroženými druhy volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin (dále jen „Úmluva CITES“ nebo „Úmluva“). Úmluva CITES byla podepsána roku 1973 ve Washingtonu, účinnosti nabyla o dva roky později, konkrétně 1. července 1975.

V současné době má Úmluva CITES 175 smluvních stran. Od vzniku Úmluvy se konalo již 15 zasedání Konference stran, poslední proběhla v březnu tohoto roku. Na každém setkání došlo k určité úpravě zařazení exemplářů do jednotlivých příloh, ať už směrem k vyšší ochraně či směrem k nižší. Nyní je Úmluvou CITES chráněno více než 30 000 druhů živočichů a rostlin.⁴

Úmluva ve svých přechodných ustanovení stanoví, že se na exempláře, které byly získány před tím, než se na ně začala úmluva vztahovat, nepoužijí ustanovení článků III, IV a V – tedy úprava obchodu s exempláři druhů zařazených do jednotlivých příloh. Výkonný orgán státu, z něhož se má vývoz nebo zpětný vývoz uskutečnit, se však musí o této skutečnosti přesvědčit a vydat o tom potvrzení.⁵

Strany Úmluvy CITES mohou učinit tzv. zvláštní výhrady týkající se druhu zařazeného v příloze I, II nebo III či částí nebo odvozenin druhů uvedených v příloze III. Česká republika má v současné době výhrady vůči několika druhům zařazených do přílohy III, všechny učiněné s účinností od 5. 8. 2004. Jedná se o 3 poddruhy lišky obecné⁶, lasici horskou, lasici žlutobřichou, jeden poddruh hranostaje a norka sibiřského.

sledovány zejména novelizace českého zákona CITES, který má k danému nařízení ES (EU) prováděcí charakter.

⁴ *What is CITES?* [cit. 9.11.2010] Dostupné z: <<http://www.cites.org/eng/disc/what.shtml>>

⁵ V souvislosti s tím se hovoří o tzv. předcitesových exemplářích. Specifické podmínky pro dovoz těchto exemplářů ze třetích zemí do EU potom stanoví unijní právo. V jednotlivých povoleních a potvrzeních se u předcitesových exemplářů zapisuje jako kód původu „O“.

⁶ Například poddruh lišky obecné *Vulpes vulpes griffithi* je v rámci právní úpravy EU zařazen do přílohy D, přičemž zemí, v jejíž souvislosti je daný druh zařazen do přílohy III, je Indie. Výhradu k tomuto druhu v příloze úmluvy CITES učinilo celkem 20 států, všechny jsou evropské.

Česká republika, resp. ČSFR přistoupila k Úmluvě CITES v roce 1992. Úmluva byla vyhlášena pod č. 572/1992 Sb. s platností od 18. 5. 1992.

Úmluva byla nejprve prováděna **zákonem č. 114/1992 Sb.**, o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOPK“ či „zákon o ochraně přírody a krajiny“), neboť samostatný předpis k realizaci Úmluvy vydán nebyl.

Zákon o ochraně přírody a krajiny v ustanovení § 5 odst. 6 (ve znění do konce března 1997) toliko stanovil, že *vývoz a dovoz ohrožených rostlin a živočichů chráněných mezinárodními úmluvami, kterými je Česká a Slovenská Federativní Republika vázána (dále jen "mezinárodní úmluvy"), povoluje orgán ochrany přírody*. Ohledně prokazování původu byl režim pro exempláře upraven společně s prokazováním původu rostlin a živočichů zvláště chráněných dle zákona o ochraně přírody a krajiny.⁷

Tato právní úprava však nebyla dostatečná, neboť v souladu s Úmluvou CITES (a s § 5 odst. 6 ZOPK) bylo třeba vydávat k vývozu či dovozu exemplářů povolení. Toto povolení však nebylo v rámci českého právního řádu nijak konkretizováno. Z Úmluvy CITES navíc vyplývaly i další požadavky či doporučení, které v zákoně o ochraně přírody a krajiny ani v jiném zákoně nebyly upraveny.

Toho, že zákon o ochraně přírody a krajiny zcela neimplementoval Úmluvu CITES do svých ustanovení, se dovolávali vlastníci či chovatelé exemplářů, kterým byly uděleny sankce za obchodování s exempláři bez povolení, také u soudu. U Ústavního soudu se tak bránil stěžovatel, který v roce 1996 dovezl exempláře rostlin z Mexika do ČR bez příslušného povolení. Při kontrole prováděné ČIŽP mu potom byly tyto exempláře odebrány. Ústavní soud ve svém usnesení ze dne 26. 6. 2003, sp. zn. **III.ÚS 703/02** konstatoval, že *„skutečnost, že zákon neobsahoval definici pojmu ohrožených rostlin a živočichů chráněných mezinárodními úmluvami, nemůže mít za následek nedodržování uvedeného právního ustanovení (ustanovení § 5 odst. 6 ZOPK – pozn. aut.), neboť je na odpovědnosti případného vývozce či dovozce, aby při své činnosti dbal o dodržování zákonů.“*

Nedostatek právní úpravy v českém právním řádu v oblasti obchodování s exempláři kompenzovalo Ministerstvo životního prostředí (dále též „MŽP“) jako orgán ochrany přírody vydávající předmětná povolení tím, že žadatel o povolení dovozu exempláře CITES musel k žádosti připojit i tzv. čestné prohlášení. V něm se například zavazoval, že

⁷ K tomu blíže viz např. Prchalová, J. *Zákon o ochraně přírody a krajiny a NATURA 2000*. 2. vyd. Praha : Linde Praha, a. s., 2010, 431 s.

povede písemné záznamy o svém chovu s rodokmenem chovaných jedinců, bude informovat MŽP o stavu svého chovu, označí držené živočichy vhodným nezaměnitelným způsobem dle doporučení MŽP, na žádost umožní orgánům ochrany přírody kontrolu všech držených živočichů a prostor s chovem souvisejících či bude předem informovat MŽP, pokud vyvstane potřeba přenechat chovaný exemplář jiné osobě apod. Zákonný podklad pro taková čestná prohlášení spatřovalo MŽP v ustanovení § 66 ZOPK, dle kterého je *orgán ochrany přírody oprávněn stanovit fyzickým a právnickým osobám podmínky pro výkon činnosti, která by mohla způsobit nedovolenou změnu obecně nebo zvláště chráněných částí přírody, popřípadě takovou činnost zakázat*, a v ustanovení § 57 ZOPK (souhlas k některým činnostem týkajícím se zvláště chráněných druhů rostlin, živočichů a nerostů).

Tato praxe byla napadena u Ústavního soudu ústavní stížností s tím, že porušuje čl. 2 odst. 3 LZPS, tedy, že nikdo nesmí být nucen činit, co mu zákon neukládá. Ústavní soud na základě této ústavní stížnosti ve svém nálezu ze dne 19. 10. 1995, sp. zn. **I.ÚS 145/94** zakázal Ministerstvu životního prostředí vyžadování a používání čestného prohlášení k žádostem o povolení dovozu. Ústavní soud se vyjádřil v tom směru, že ačkoli bylo čestné prohlášení navenek dobrovolné, ve skutečnosti tomu tak nebylo, neboť bez něj by dovoz exempláře nebyl povolen. Žadatel tak byl nucen činit to, co mu zákon neukládá. Dále Ústavní soud v daném nálezu vyvodil, že *„Ministerstvo životního prostředí pro realizaci Úmluvy potřebuje nástroje, jak zajistit její plnění na území České republiky fyzickými či právnickými osobami. K tomu účelu má Ministerstvo životního prostředí v § 74 odst. 1 zákona č. 114/1992 Sb., resp. v § 50 odst. 5 téhož zákona, zmocnění vydat obecně závazný předpis, ale i přitom se musí vystríhat toho, aby nebyla porušena práva občanů zaručená Ústavou ČR.“* Ústavní soud zdůraznil nezbytnost právní úpravy této oblasti. Pokus nahradit absenci právní úpravy *„jakýmsi dobrovolným prohlášením ze strany občana (čestně prohlašuji, že budu dodržovat - povedu záznamy - označím), jehož právní závaznost je pochybná, považuje Ústavní soud, z hlediska ústavního pořádku České republiky, za ústavně nekonformní.“*

Původní zákon CITES

Z důvodu nedostatečnosti právní úpravy v oblasti obchodování s exempláři byl v roce 1997 vydán **zákon č. 16/1997 Sb.**, podmínkách dovozu a vývozu ohrožených druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin a dalších opatřeních k ochraně těchto druhů a o změně a doplnění zákona České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (tzv. původní zákon CITES). Právní předpis byl účinný od 1. 4. 1997 a byl z větší části derogován až následným zákonem CITES přijatým v souvislosti se vstupem České republiky do Evropské unie. Účinná zůstala do současnosti jen osmá část, která

novelizovala zákon o ochraně přírody a krajiny. K zákonu byla přijatá i prováděcí vyhláška č. 82/1997 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 16/1997 Sb.

V době přípravy daného právního předpisu již existovala regulace obchodování s exempláři v rámci Evropského společenství. Proto byl zákon CITES připravován částečně také s ohledem na tuto právní regulaci. Předmětem zákona bylo *stanovení podmínek pro vývoz a dovoz ohrožených druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin dále vymezených, a to v obchodním i neobchodním styku, a stanovení některých dalších opatření sloužících k zajištění ochrany a evidence těchto druhů na území České republiky* (§ 1 odst. 2).

Zákon CITES zavedl mimo jiné systém povinné registrace pro určité druhy exemplářů.⁸ Tato povinnost nebyla v Úmluvě CITES zakotvena, avšak do českého právního řádu byla zavedena z důvodu usnadnění prokazování původu exemplářů a jejich evidence.⁹ V souvislosti s novou právní úpravou tak bylo nutné stanovit určitou dobu, ve které musí chovatelé splnit povinnosti registrace podle § 23 zákona č. 16/1997 Sb. Nejpozději do šesti měsíců ode dne účinnosti tohoto zákona (tj. do 1.10.1997) byl vlastník exempláře podléhajícího registrační povinnosti povinen oznámit vlastnictví tohoto exempláře okresnímu úřadu nebo správě NP či CHKO příslušným podle místa trvalého pobytu/sídla vlastníka. Příslušný správní orgán následně vlastníkovi exempláře vydal registrační list. Nesplnění registrační povinnosti bylo porušením zákona, za niž vlastníkovi hrozilo uložení pokuty.

Vzhledem k tomu, že exempláři chránění CITES jsou často také zvláště chráněnými druhy dle zákona o ochraně přírody a krajiny, bylo třeba upravit i vzájemnou provázanost (původního) zákona CITES a ZOPK. Zákon CITES tak například v ustanovení § 29 stanovil, že *povolení vydané podle tohoto zákona nenahrazuje výjimku ze zákazu chovu u zvláště chráněných druhů podle § 56 ZOPK*. Avšak, *povolení udělené k dovozu exempláře podle zákona CITES* bylo důvodem k udělení výjimky ze zákazu, pokud se jednalo současně o zvláště chráněný druh dle ZOPK.

Pro potřebu přeshraničního obchodování s exempláři určilo Ministerstvo financí po dohodě s MŽP hraniční přechody, které měly výlučně sloužit dovozu, vývozu a tranzitu exemplářů.

⁸ Jednalo se o exempláře uvedené v přílohách 1 a 2 prováděcí vyhlášky, odpovídající přílohám I a II Úmluvy CITES. Z povinnosti registrace platily určité výjimky.

⁹ *Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 100/2004 Sb.* Zdroj: ASPI.

Z procesního hlediska potom byla řízení, která byla zahájena, avšak nedokončená podle ZOPK ke dni 1.4.1997 dokončována podle dosavadního právního předpisu, tj. ZOPK.

Za účinnosti původního zákona CITES bylo řešeno i několik případů týkajících se exemplářů před Ústavním soudem a Nejvyšším správním soudem. Usnesení ÚS ze dne 7. 11. 2000, sp. zn. **II.ÚS 503/2000** se týkalo provozování cirkusové živnosti. V roce 1999 napadl kupující (stěžovatel) platnost kupní smlouvy o koupi slonů afrických podepsanou roku 1993. Stalo se tak proto, že když chtěl stěžovatel vyvést slona do SRN, nedostal od SRN dovozní povolení, neboť SRN byla v té době signatářem Úmluvy (od 1976) a zároveň i členem ES, kde platil zákaz komerčního využívání slonů včetně dovozu pro cirkusy. Obecné soudy návrh *na vrácení plnění uskutečněného podle neplatné kupní smlouvy* (jednalo se téměř o 1,5 mil. Kč) zamítly. Stěžovatel podal i ústavní stížnost pro porušení jeho ústavně zaručeného práva na spravedlivý proces. Ústavní soud však konstatoval, že stěžovatel pouze staví ÚS do role další soudní instance, což mu však nepřísluší. *„Do rozhodovací činnosti obecných soudů může Ústavní soud zasahovat pouze v případě, že jejich rozhodnutím je zasazeno do ústavně zaručených práv a svobod. Takové porušení práv stěžovatele však v posuzované věci Ústavní soud neshledal.(...) Skutečnost, že obecné soudy opřely svá rozhodnutí o právní názor, se kterým se stěžovatel neztotožňuje, nezakládá samo o sobě důvod k ústavní stížnosti.“*

Nejvyšší správní soud potom rozhodoval o žalobě proti rozhodnutí MŽP o nevyhovění žádosti o povolení vývozu exemplářů amazoňana vojenského a o žalobě směřující proti rozhodnutí MŽP, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí ČIŽP o odebrání exemplářů želv zelenavých.¹⁰ V obou případech šlo v podstatě o prokázání, resp. neprokázání původu exemplářů, vztahu prokázání původu a registračních listů k danému exempláři a o otázku odborného posouzení shodnosti identifikačních znaků na fotografiích v registračním listu s identifikačními znaky samotného exempláře.

Vstup ČR do EU

Významná změna v oblasti obchodování s ohroženými druhy nastala okamžikem vstupu České republiky do Evropské unie z důvodu nutnosti implementace práva EU, resp. ES do českého práva. Evropská unie má svoji

¹⁰ Jednalo se o rozsudek NSS ze dne 17.6.2003, sp. zn. 7 A 86/2001 a o rozsudek NSS ze dne 6.11.2003, sp. zn. 5 A 128/2002.

vlastní právní úpravu, která ovšem vychází z Úmluvy CITES. Právní úprava obchodování s exempláři je v rámci EU upravena zejména nařízením Rady (ES) č. 338/97 ze dne 9. prosince 1996 o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin regulováním obchodu s nimi, a dále pak předpisy ES/EU vydanými na jeho základě, zejména nařízením Komise (ES) č. 865/2006. S touto oblastí souvisí i nařízení, rozhodnutí a směrnice týkající se výrobků z kytovců a tuleňů, kožešin a používání náslapných pastí.¹¹

Vzhledem k tomu, že nařízení jsou přímo účinná, vydávají členské státy v této oblasti předpisy prováděcího charakteru, upřesňující příslušné nařízení EU (ES) a regulující ty oblasti, kde právo EU nechává členskými státy prostor pro vlastní úpravu. Ačkoli byla již v zákoně č. 16/1997 Sb. zohledňována komunitární úprava, přesto byla nutná poměrně rozsáhlá změna právní úpravy v této oblasti. Proto se zvolila varianta přijetí zcela nového zákona.

S účinností od 1. 5. 2004 tak byl přijat nový zákon CITES, **zákon č. 100/2004 Sb.**, o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin regulováním obchodu s nimi a dalších opatřeních k ochraně těchto druhů a o změně některých zákonů (zákon o obchodování s ohroženými druhy). K tomuto právnímu předpisu byla vydána prováděcí vyhláška č. 227/2004 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 100/2004 Sb., o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin regulováním obchodu s nimi a dalších opatřeních k ochraně těchto druhů a o změně některých zákonů (zákon o obchodování s ohroženými druhy).

Nový zákon CITES tak upravuje obchod s vybranými druhy fauny a flory v souladu s Úmluvou CITES i s právem EU. Vztahuje se nejen na exempláře CITES, ale mimo jiné také na výrobky z tuleňů, výrobky z kytovců a regulované kožešiny, jejichž ochrana vychází také z unijního práva.

Není účelem tohoto příspěvku zabývat se podrobně obsahem zmiňovaných předpisů, pro zajímavost je však možné uvést alespoň genezi registrace exemplářů, jež byla částečně již nastíněna v rámci pojednání o

¹¹ Pro zajímavost je možné uvést, že taktéž v rámci komunitárního, resp. unijního práva se oblast obchodování s exempláři vyvíjela. Úmluva CITES byla do práva ES uvedena v platnost nařízením (EHS) č. 3626/82 k 1. 1. 1984. Toto nařízení bylo nahrazeno nynějším nařízením Rady (ES) č. 338/97 vzhledem k novým vědeckým poznatkům a nové struktuře obchodu. Dále jsou vydávána nařízení Komise (ES/EU), která příslušné nařízení Rady provádí, příp. mění přílohy (v souladu s čl. 19 daného nařízení Rady). Nejaktuálnějším je nařízení Komise (EU) č. 709/2010, které zcela nahrazuje přílohu nařízení Rady (ES) č. 338/97. Reagovalo se tak zejména na 15. zasedání Konference stran Úmluvy CITES konané v březnu 2010 v katarském Dohá, na němž byly provedeny změny příloh Úmluvy CITES.

původním zákoně CITES. Nynější zákon CITES upravuje mimo jiné povinnou registraci některých exemplářů CITES, ačkoli nařízení Rady (ES) č. 338/97 registraci neupravuje. Tento institut byl zakotven již původní zákon CITES (16/1997 Sb.) a vzhledem k jeho přínosnosti byl převzat do nové právní úpravy.

Stejně jako dle úpravy v předchozím zákoně CITES, i dle nové právní úpravy stanovila Česká republika celnice (hraniční přechody) určené pro vývoz nebo dovoz exemplářů CITES. Seznam těchto hraničních přechodů v rámci všech členských zemí EU je dostupný na adrese: <http://ec.europa.eu/environment/cites/info_en.htm>.

Současný zákon CITES vyřešil ve svých přechodných ustanoveních návaznost na úpravu v předchozím právním předpise CITES. V ustanovení § 36 tak stanoví, že pro exemplář, který byl zaregistrovaný podle zákona č. 16/1997 Sb. do 1. 5. 2004 (tedy do účinnosti nového zákona CITES), *platí jako doklad o registraci nadále registrační list vydaný příslušným registračním úřadem v uvedeném období*. Takový registrační list platí pouze na území České republiky. Taktéž registrační list vydaný dle současného zákona CITES platí pouze na území ČR.

I v současnosti platí, že povolení vydaná dle citesového zákona (a stejně tak i registrace) nenahrazují povolení či opatření vydávaná dle jiných právních předpisů, zejména dle zákona o ochraně přírody a krajiny. Citesová povolení nenahrazují ani výjimku ze zákazu chovu u zvláště chráněných druhů podle § 56 ZOPK. Pokud je tedy exemplář zároveň i zvláště chráněným druhem, vztahují se na něj příslušná ustanovení zákona o ochraně přírody a krajiny a bude nutné obstarat si i všechna potřebná povolení dle ZOPK.

Ohledně řízení, která již byla zahájena přede dnem nabytí účinnosti nového zákona CITES pak platilo, že ty se dokončily podle dosavadních právních předpisů, tj. dle předchozího citesového zákona.

Za účinnosti již nového zákona CITES řešil Nejvyšší správní soud kasační stížnost týkající se vzetí živočicha odchovaného v lidské péči do evidence.¹² Tento postup sice probíhá podle zákona o ochraně přírody a krajiny, nicméně vzhledem k tomu, že mnoho zvláště chráněných živočichů (dle ZOPK) je zároveň exempláři CITES, promítá se tato problematika částečně také do citesové oblasti. Děje se tak zejména proto, že jednou z podmínek vzetí živočicha odchovaného v lidské péči do evidence je

¹² Pojem „*živočich odchovaný v lidské péči*“ používá současné znění zákona o ochraně přírody a krajiny, v době řešení daného případu byl používán pojem „*jedinec v přímé péči člověka*“.

prokázání původu jedince, přičemž institut prokázání původu je regulován taktéž zákonem CITES. Do 31. 12. 2009 navíc zákon CITES ohledně prokazování zákonného původu exempláře odkazoval na úpravu prokazování původu dle ustanovení § 54 ZOPK. Od roku 2010 již zákon CITES upravuje tento institut samostatně s tím, že jsou blíže specifikovány povinnosti těch, kdo s exemplářem nakládají.

V avizovaném případě, řešeném v rozsudku NSS ze dne 27. 9. 2007, sp. zn. **8 As 62/2006** požadoval orgán ochrany přírody provedení paternitního testu DNA u mláděte orla skalního, pro prokázání zákonného původu mláděte (jako potomka žadatelem uvedených rodičů). Žadatel o vzetí živočicha odchovaného v lidské péči do evidence (stěžovatel) odmítl provedení testu DNA s argumentem, že to bude pro mládě bolestivé a stresující. Nejvyšší správní soud v rozsudku konstatoval, že *„aby byl prokázán odchov v zajetí, musí být nepochybný jednak původ rodičů a jednak příslušnost potomstva k těmto rodičům. To lze u řady druhů na základě současných poznatků bezpečně prokázat jen paternitním DNA testem. (...) Správní orgán nepochybil, jestliže po stěžovateli požadoval prokázání splnění obou požadavků pro vzetí předmětného mláděte do evidence a tedy i provedení testu DNA. Jestliže stěžovatel neprokázal, že mládě pochází z odchovu v zajetí (tj. neprokázal, že jde o mládě samce a samice, které stěžovatel chová a které uvedl v žádosti jako rodiče mláděte), nebyl splněn jeden z předpokladů pro evidenci mláděte.*

Nejvyšší správní soud se také ztotožnil s názorem krajského soudu, že orgán ochrany přírody je oprávněn požadovat prokázání původu jedince ve smyslu § 54 odst. 1 zákona a jeho neprokázání je důvodem ke vzniku podezření na jeho nelegální původ.“

Není bez zajímavosti, že pojem paternitního testu, který se v době řešení případu v zákoně o ochraně přírody a krajiny nevyskytoval, byl nakonec do tohoto předpisu zaveden tzv. velkou novelou, zákonem č. 349/2009 Sb. Podle současného znění zákona je dle ustanovení § 54 odst. 10 vlastník či držitel jedince (živočicha odchovaného v lidské péči), u kterého vyvstane důvodná pochybnost o jeho zákonném původu, povinen orgánu ochrany přírody umožnit ověření zákonného původu takového jedince, včetně provedení testu paternity.

V dalších rozhodnutích týkajících se citesové problematiky řešil Nejvyšší správní soud případ udělení pokuty za to, že chovatel neumožnil ČIŽP provedení kontroly. Chovatel se bránil tím, že papoušci v době kontroly již uhynuli, a proto v rozhodné době předmět kontroly již neexistoval. NSS se však věci meritorně nezabýval, neboť kasační stížnost byla podána opožděně. Jednalo se o usnesení NSS ze dne 31. 3. 2009, sp. zn. **7 As 19/2009**.

Poněkud kuriózní ohledně obchodování s exempláři je rozsudek NSS ze dne 24. 10. 2007, sp. zn. **6 Ads 76/2007**. Týkal se dávek sociální péče, resp.

příspěvku na náklady na domácnost a bydlení. Soud se v tomto rozsudku zabýval pojmem „náklady na domácnost“ jako pojmem, který je *obecně známý* či *laicky uchopitelný*, a proto nemá smysl vysvětlovat samotný obsah tohoto pojmu. Jako protiklad, kdy je třeba, aby správní orgán poučil žadatele o určitém pojmu či úkonu, uvedl soud právě obchodování s exempláři: „*S jistou nadsázkou řečeno, bude asi plně na místě, pokud například v rámci některého z řízení podle zákona č. 100/2004 Sb., o obchodování s ohroženými druhy, bude Česká inspekce životního prostředí poskytovat poučení, že hlodavec, kterého si onen turista hodlá dovézt z Peru, je Hydrochoerus hydrochaeris, neboli kapybara, a je uveden v některé z příloh úmluvy CITES, tudíž dovoz nebude úplně jednoduchý. V tomto ohledu tedy lze plně souhlasit se závěry krajského soudu, že pojem nákladů na domácnost je z pohledu obecného jazykového úzu natolik srozumitelný, že ho není třeba speciálně vysvětlovat. Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že obecně jazykový význam tohoto pojmu se dokonce kryje i s významem, jaký mu dává právní předpis (což nemusí být vždy pravidlem). Nejvyšší správní soud se obává, že nelze pojem nákladů na domácnost definovat nijak lépe, než tautologicky konstatovat, že jde o náklady, které jsou spojeny s běžným chodem domácnosti.*“

Posledním významným mezníkem v oblasti obchodování s ohroženými druhy byla velká novela zákona CITES, **zákonem č. 346/2009 Sb.**, účinná od 1. ledna 2010. Ta reagovala jednak na změnu unijního práva, a jednak si kladla za cíl vyřešit problémy vznikající při aplikaci zákona CITES v praxi. V souvislosti s tak rozsáhlou novelou byl vydán i nový prováděcí předpis, vyhláška č. 210/2010 Sb., o provedení některých ustanovení zákona o obchodování s ohroženými druhy.

Vzhledem k tomu, že změny v právní úpravě se výrazně dotkly povinností subjektů, kteří s exempláři nakládají, ale také z důvodu potřeby zvýšení informovanosti veřejnosti, vydalo MŽP materiály vyzdvihující základní změny provedené danou novelou. *Informace k novele zákona CITES¹³* tak srozumitelně představují hlavní body novely, čímž by se mělo zajistit, že se subjekty obchodující s exempláři CITES dostatečně seznámí s novou právní úpravou a zamezí se tak porušování zákona, příp. práva EU.

Dalším materiálem přispívajícím ke zvýšení povědomí subjektů nejen o provedené novele, ale celkově o problematice CITES, je poměrně

13

Dokument je dostupný z: http://www.cizp.cz/files/=2558/Informace_k_novele_100_2004-20090925.pdf>.

obsáhlý materiál *Informace pro veřejnost k provádění Úmluvy CITES a souvisejících právních předpisů EU a ČR*.¹⁴

Novelou byl například definován přímo v ustanovení § 2 zákona CITES pojem „jiný jedinec“. Nově byly vymezeny specifické podmínky pro obchod s primáty. Novela doplnila právní předpis také o ustanovení týkající se putovních výstav, souboru vzorků, obchodu s biologickými vzorky či institutu potvrzení o osobním vlastnictví. Zavedeno bylo vydávání licencí pro zpracovatele a balírny kaviáru a pro výrobce a distributory značek na exempláře.¹⁵

V rámci prokázání původu pak byl zrušen odkaz na prokazování původu dle ZOPK s tím, že zákon CITES tuto problematiku upravil sám při zohlednění specifík obchodu s exempláři. Novelou byl též významně změněn procesní postup při odeírání exemplářů. Rozlišují se dvě fáze – zadržení a zabavení exempláře. Správní řízení o zabavení zahajuje ČIŽP do 30 dnů od zadržení, a to v případě, že do té doby nebudou vyjasněny pochybnosti o legálním držení exempláře. Z procesního hlediska pak byly novelizovány i další postupy včetně úpravy působnosti správních orgánů na tomto úseku (agendu správ CHKO a NP převzaly krajské úřady, které již stejnou činnost vykonávaly mimo území CHKO a NP).

Do budoucna bude třeba zákon CITES novelizovat s ohledem na změnu právní úpravy unijního práva v oblasti obchodování s výrobky z tuleňů.¹⁶

Závěr

Otázka obchodování s exempláři CITES je stále aktuální. Postupem času se vyvíjí obchod i v tom směru, že se mění četnost a oblíbenost jednotlivých druhů, se kterými je obchod uskutečňován. V návaznosti na to pak dochází ke změnám v jednotlivých přílohách Úmluvy tak, aby byla

¹⁴ Dokument je dostupný z: <http://www.cizp.cz/files/=2959/INFO_+pro_+obchod_v9a-20101018.pdf>

¹⁵ Důvodová zpráva k novele zákona uvádí, že v době přípravy novely neexistoval na území ČR žádný zpracovatel ani žádná balírna kaviáru. Výrobce/distributor kroužků a značek pak byl jeden. Zpráva počítá s určitým navýšením jejich počtu (1-2 zpracovatelů kaviáru a 10 výrobců kroužků). Zavedení licence pro výrobce/distributory kroužků a značek má zvýšit právní jistotu odběratelů, neboť podmínkou pro vydání této licence bude výroba a distribuce kroužků a značek odpovídajících předpisům EU.

¹⁶ Ministerstvo životního prostředí. *Informace k novele zákona č. 100/2004 Sb.* [cit. 9.11.2010] Dostupné z: <http://www.cizp.cz/files/=2558/Informace_k_novele_100_2004-20090925.pdf>

zajištěna adekvátní úroveň ochrany jednotlivých druhů exemplářů. Následně je v reakci na změnu příloh Úmluvy měněno i nařízení EU.

Důvodem pro změnu zařazení exemplářů může být zejména to, že díky vysoké právní ochraně početně vzrostla populace určitého druhu, nebo naopak vyjde najevo potřeba některému druhu poskytnout vyšší ochranu. Do krajních případů potom spadá vyhynutí určitého druhu. Například potápka skořicovohrdlá (*Tachybaptus rufolavatus*) byla údajně naposledy spatřena roku 1985 na jezeře Alaotra na ostrově Madagaskar. Důvodem jejich vyhynutí byly jednak dravé ryby, a jednak rybáři, v jejichž sítích uvízlo značné množství potápek bez šance na přežití.¹⁷ Na prvním setkání Konference stran Úmluvy CITES ve švýcarském Bernu v roce 1976 bylo Velkou Británií navrženo zahrnutí tohoto druhu potápky do přílohy II Úmluvy.¹⁸ Nakonec se tak však nestalo, a ani v současné době *Tachybaptus rufolavatus* v přílohách Úmluvy nenajdeme.

Regulování obchodu s ohroženými druhy má přispívat k udržování populace těchto druhů. Ohledně efektivnosti Úmluvy CITES však lze v odborné literatuře nalézt i názor, že ačkoli se Úmluva snaží o provedení kroků směřujících k zachování biodiverzity, není efektivní ve všech oblastech, zejména nereaguje adekvátně na ničení biotopů. Je například uváděno, že rozsah Úmluvy během 80. let zahrnující v případě orchidejí všechny aspekty trhu a výzkumu ihned vedl k tomu, že se zvýšila poptávka (autor hovoří o touze – *desire*) po rostlinách, dramaticky se zvýšila jejich tržní hodnota, což nakonec vyústilo ve sbírání vzácných druhů orchidejí z přírody ve větším měřítku než tomu bylo do té doby. Žádné ustanovení Úmluvy CITES nezabrání developerům a farmářům zaplavovat přírodní stanoviště pro vytváření vodních nádrží, kácet lesy či vypalovat pralesy pro zisk zemědělské půdy. „*Nepřekvapivě, žádné spolehlivé údaje neukazují, že CITES a podobné iniciativy omezily pašování, zachránily druhy orchidejí před vyhynutím, pomohly ochránit stanoviště orchidejí nebo dokonce zachránily orchideje čelící určitému zničení/vyhubení.*“¹⁹

¹⁷ Které už nezašvitoří. *Planeta země*. 2010, č. 8, s. 63.

¹⁸ Proposals for amendment of Appendices I and II. [cit. 9.11.2010] Dostupné z: <<http://www.cites.org/eng/cop/01/prop/index.shtml> >

¹⁹ Chen, J. Across the Apocalypse on Horseback: Biodiversity Loss and the Law. In *Biodiversity and the Law*. London : Earthscan, 2009, s. 45 (volný překlad z anglického originálu). Autor dodává, že „*the focus on politically visible but environmentally secondary acts of overkill and commercial exploitation has rendered CITES tragically impotent.*“ (volně přeloženo: Pokus o politicky viditelný, avšak environmentálně druhotný akt týkající se nadměrného ničení/zabíjení a komerčního využívání učinilo z Úmluvy CITES neefektivní akt.)

K tomu je možné argumentovat, že Úmluva CITES se zaměřuje na mezinárodní obchod s exempláři, jiné aspekty ochrany exemplářů a jejich ekosystémů jsou či měly by být řešeny jinými právními akty.

Jako určitý protiklad k výše uvedenému názoru je možné uvést, že mimo jiného také díky uplatňování Úmluvy CITES dochází k odkrývání nelegálních obchodů s exempláři. Jako příklad slouží nedávné odkrytí organizované skupiny osob pašujících vzácné papoušky. V této souvislosti byla Generálním sekretářem Úmluvy CITES udělena vyznamenání Generálnímu ředitelství cel České republiky a České inspekci životního prostředí za jejich příkladné úsilí v boji proti nezákonnému obchodování s papoušky.²⁰

Vyjma výše zmíněného bylo v tomto příspěvku odhlédnuto od otázky nelegálního obchodování s exempláři CITES, ačkoli je v současnosti velkým problémem. Toto téma nebylo předmětem tohoto příspěvku, chtěla bych však uvést, že zejména v rámci rozhodnutí soudů je třeba si uvědomit, že ze zveřejněného rozsudku či usnesení NSS nebo Ústavního soudu nelze vyčíst celé pozadí daného případu.

Problematika CITES se i v České republice vyvíjí, nyní zejména v souvislosti se změnami unijního práva. Do budoucna je třeba, aby byla ustanovení citesových předpisů formulována dostatečně srozumitelně, neboť mají významný dopad pro praxi subjektů nakládajících s exempláři CITES. Zároveň je nutné, aby příslušné orgány informovaly veřejnost o připravovaných změnách právní úpravy včetně změn příslušných nařízení Evropské unie, neboť ta jsou přímo použitelná a řadu jejich ustanovení není vůbec nutné do zákona CITES provádět. Domnívám se, že poslední novela zákona CITES zákonem č. 346/2009 Sb. tento požadavek splnila. Lze tedy očekávat, že stejná praxe bude vyvinuta i pro novely budoucí.

²⁰ Sekretariát CITES udělil vyznamenání českým kontrolním orgánům. [cit. 1.11.2010] Dostupné z: <http://www.cizp.cz/2764_Sekretariat-CITES-udelil-vyznamenani-ceskym-kontrolnim-organum>. Šetření zaměřené na pašování exemplářů papoušků probíhalo několik let. Bylo zjištěno rozšířené padělání dokladů CITES, používání nepravdivých prohlášení o chovu v zajetí a falešných kroužků. „*Podařilo se nejen zmapovat nové formy a cesty pašování papoušků, ale zároveň také vyvinout postupy a metody, jak jim čelit. Zvláštní význam pak mají záchyty těch nejohroženějších druhů papoušků, např. tří arů kobaltových (Anodorhynchus leari), jejichž výskyt ve volné přírodě nepřesahuje 1000 jedinců a od toho se odvíjí jejich hodnota. Stinnou stránkou věci pak je to, že do nelegálního obchodu s papoušky jsou zapojeni i čeští občané operující na území celé Evropské unie.*“

Literature:

- McManis, Ch. R. et al.: *Biodiversity and the Law*, London: Earthscan, 2009, 484 s. ISBN 978-1-84407-816-5
- Prchalová, J.: *Zákon o ochraně přírody a krajiny a NATURA 2000*, 2. vyd. Praha: Linde Praha, a. s., 2010, 431 s. ISBN 978-80-7201-806-2
- Stejskal, V., Vilímková, V.: *Zákon o obchodování s ohroženými druhy a předpisy související. Komentář*, Praha: Linde Praha, a.s., 2005, 419 s. ISBN 80-7201-512-5
- Které už nezašvitoří. *Planeta země*. 2010, č. 8, s. 63. ISSN 1804-2368
- Ministerstvo životního prostředí: *Informace k novele zákona č. 100/2004 Sb.* [citováno 9. listopadu 2010] Dostupné z: <http://www.cizp.cz/files/=2558/Informace_k_novele_100_2004-20090925.pdf>
- Ministerstvo životního prostředí: *Informace pro veřejnost k provádění Úmluvy CITES a souvisejících právních předpisů EU a ČR* [cit. 9. listopadu 2010] Dostupné z: <http://www.cizp.cz/files/=2959/INFO_+pro_+obchod_v9a-20101018.pdf>
- What is CITES? [cit. 9. listopadu 2010] Dostupné z: <<http://www.cites.org/eng/disc/what.shtml>>
- *Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 100/2004 Sb. Sněmovní tisk 117/0.* Zdroj: ASPI. Dostupné také z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=117&CT1=0>>
- *Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 346/2009 Sb. Sněmovní tisk 511/0.* Zdroj: ASPI. Dostupné také z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=5&ct=511&ct1=0>>

Contact – email

JitkaBelohradova@seznam.cz

ZÁMĚRNÉ VYSAZOVÁNÍ INVAZNÍCH ROSTLIN V ČR, NĚMECKU, ŠVÝCARSKU A NA SLOVENSKU : ZÁKAZ NEBO REGULACE?

HELENA DOLEŽALOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova Univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Invazní druhy ohrožují biodiverzitu, přesto se zvyšuje zájem o pěstování určitých invazních rostlin s vysokým energetickým potenciálem. Záměrné vysazování invazních druhů lze buď preventivně regulovat nebo zakázat. Ze srovnání relevantních zahraničních právních úprav vyplývají možnosti zkvalitnění předmětné české právní úpravy i překážky realizace žádoucích změn.

Key words in original language

Ochrana biodiverzity; invazní rostliny; obnovitelné zdroje energie.

Abstract

Although invasive species endanger biodiversity there is an interest in planting certain invasive plants for energy production. The cultivation is either preventively regulated or banned. A comparison of relevant foreign legal regulations indicates ways of amendments in addition to impediments to desired changes.

Key words

Biodiversity protection; invasive plants; renewable energy sources.

1. ÚVOD

Tento příspěvek navazuje na příspěvek z konference Dny práva 2009¹, avšak zaměřuje se pouze na problematiku pěstování invazních rostlin za účelem jejich energetického využití (jako biomasy). Některé informace se tedy mohou opakovat. Pozornost však bude soustředěna na zásadní odlišnosti v relevantních právních úpravách vybraných evropských zemí.

Regulace introdukce nepůvodních, zejména invazních druhů, patří mezi hmotněprávní a procedurální instituty, jejichž účelem je ochrana přírody a

¹ Doležalová, H. Konflikt veřejných zájmů ve světle směrnice 2009/28/ES o podpoře využívání energie z obnovitelných zdrojů a vývoje relevantní právní úpravy. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1. Dostupné z [www: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/stret_zajmu/Dolezalov_a_Helena.pdf>](http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/stret_zajmu/Dolezalov_a_Helena.pdf)

biodiverzity. Invazní druhy zvyšují své zastoupení ve společenstvu na úkor druhů původních, a mohou je vytlačit v konkurenci o omezené zdroje.²

2. MEZINÁRODNÍ SMLOUVY, SMĚRNICE EU, MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE

Všechny státy, jejich právní úprava vztahující se na nakládání s invazními rostlinami, jsou jednak signatáři níže uvedených mezinárodních smluv, a také členy Evropské unie.

Z mezinárodních smluv souvisejících s negativními dopady šíření invazních druhů lze uvést např. Úmluvu o ochraně rostlin (Řím 1951), Úmluvu o ochraně evropské fauny, flóry a přírodních stanovišť (Bern 1979) a zejména **Úmluvu o biologické rozmanitosti** (Rio de Janeiro 1992), neboť má největší význam pro ochranu biodiverzity před invazními nepůvodními druhy. Této problematice se věnuje čl. 8, který by měl být účinně naplňován prostřednictvím uplatňování principu předběžné opatrnosti.³

Mezi relevantní evropské směrnice patří např. **Směrnice o ochraně přírodních stanovišť, volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin** (92/43/EHS), podle níž mají členské státy zajistit, aby záměrné vysazení nepůvodních druhů do volné přírody bylo regulováno, a pokud to považují za nezbytné, mohou takové vysazování zakázat.⁴ Významná je i **Směrnice Rady 2000/29/ES** ze dne 8. května 2000 o ochranných opatřeních proti zavlékání organismů škodlivých rostlinám nebo rostlinným produktům do Společenství a proti jejich rozšiřování na území Společenství.

Nelze opomenout ani skutečnost, že všechny zmiňované státy jsou členy **European and Mediterranean Plant Protection Organization (EPPO)**, jejíž Rada vydala v září 2007 doporučení týkající se pěstování invazních nepůvodních rostlin jako obnovitelného zdroje energie, ve kterém varuje před touto rizikovou činností a klade důraz na přijímání preventivních opatření zabraňujících rozšíření invazních nepůvodních rostlin.⁵

² Stejskal, V. *Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost: právní stav k 1.1.2006*, Praha: Linde, 2006, s. 52 - 181

³ tamtéž, s. 182 - 183

⁴ *Rechtliche Rahmenbedingungen* [cit. 18.08.2010] dostupné z [www: <http://www.floraweb.de/neoflora/recht.html>](http://www.floraweb.de/neoflora/recht.html)

⁵ *Council recommendation on plants for renewable energy and Invasive Alien Plants* [cit. 06.07.2009] dostupné z [www: <http://www.eppo.org/STANDARDS/position_papers/bioenergy.htm>](http://www.eppo.org/STANDARDS/position_papers/bioenergy.htm)

3. ČESKÁ REPUBLIKA

Na problematiku omezování šíření nepůvodních invazních organismů se v České republice vztahuje značné množství právních předpisů,⁶ následující přehled tedy není vyčerpávající (a to se týká i ostatních zmiňovaných zemí).

Podle § 5 odst. 4 **zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny**, ve znění pozdějších předpisů, je zakázáno záměrně rozšiřovat geograficky nepůvodní druh rostliny, resp. je to možné pouze na základě povolení orgánu ochrany přírody⁷ (nehospodaří-li se podle schváleného lesního hospodářského plánu apod.). Toto ustanovení je součástí tzv. obecné ochrany rostlin a živočichů, u jednotlivých kategorií zvláště chráněných území je zákaz povolování nebo uskutečňování záměrného rozšiřování geograficky nepůvodních druhů rostlin a živočichů součástí základních ochranných podmínek těchto území.

Na problematiku šíření invazních nepůvodních druhů se tedy vztahuje i **zákon č. 289/1995 Sb. (lesní zákon)**, ve znění pozdějších předpisů.

Podle § 10 **zákona č. 326/2004 Sb., o rostlinolékařské péči**, ve znění pozdějších předpisů, provádí rostlinolékařská správa na území České republiky průzkum výskytu invazních škodlivých organismů stanovených prováděcím právním předpisem, kterým je vyhláška č. 215/2008 Sb. o opatřeních proti zavlečení a rozšiřování škodlivých organismů rostlin a rostlinných produktů, ve znění pozdějších předpisů.

Tento výčet právních předpisů lze doplnit i o **vyhlášku č. 482/2005 Sb. o stanovení druhů, způsobů využití a parametrů biomasy při podpoře výroby elektřiny z biomasy**, ve znění pozdějších předpisů, kterou Ministerstvo životního prostředí stanoví podle § 12 odst. 1 zákona č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), k provedení § 3 odst. 1 a 2 zákona v § 3 vyhlášky druhu biomasy, které jsou předmětem podpory. Ve třetím odstavci tohoto paragrafu z této podpory vylučuje invazní a expanzivní druhy vyšších rostlin (jakož i rostlinnou hmotu z nich), které narušují funkci ekosystémů a mohou způsobovat hospodářské škody (výjimkou je elektřina vyrobená z rostlinné hmoty vzniklé odstraněním těchto rostlin z jejich stávajících stanovišť z důvodu škodlivosti). Tyto druhy jsou stanoveny v příloze č. 2 této vyhlášky. Některé druhy jsou označeny hvězdičkou. V poznámce k tabulce

⁶ Křivánek, M. *Právní úprava problematiky nepůvodních a invazních organismů v České republice a doporučené postupy při omezování jejich šíření* [cit. 09.11.2010] dostupné z [www: <http://www.sci.muni.cz/bot_zahr/invaznidruhylegislativa.pdf>](http://www.sci.muni.cz/bot_zahr/invaznidruhylegislativa.pdf)

⁷ Pekárek, M. a kol. *Zákon o ochraně přírody a krajiny (komentář)*, Brno: IURIDICA BRUNENSIA, 1995, s. 22

je uvedeno, že "druhy označené hvězdičkou jsou předmětem monitoringu rostlinolékařské správy a vyhodnocování rizika podle § 10 zákona č. 326/2004 Sb., o rostlinolékařské péči a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění zákona č. 626/2004 Sb., a jsou uvedeny jako invazní škodlivé organismy v příloze č. 8 vyhlášky č. 330/2004 Sb., o opatřeních proti zavlečení a rozšiřování škodlivých organismů rostlin a rostlinných produktů, ve znění pozdějších předpisů."

Účelem tohoto omezení je zamezit účelovému pěstování těchto rostlin pro energetické využití, které by výrazně zvýšilo riziko jejich nekontrolovaného rozšíření do krajiny (třebaže některé z nich se již do přírody rozšířily a udržení jejich populace v přijatelné míře stojí nemalé úsilí a finanční prostředky, což se týká např. křídlatky).⁸

Domnívám se, že poznámka k tabulce sdílí stejný režim jako poznámka pod čarou (tedy že má pouze informativní, nikoli normativní charakter), a proto zrušení vyhlášky č. 330/2004 Sb. a její nahrazení vyhláškou č. 215/2008 Sb., jejíž příloha č. 8 již některé druhy označené hvězdičkou neobsahuje (mj. ani křídlatku), na charakteru těchto rostlin nic nemění. Proto by křídlatka neměla být bez dalšího uvedena v Akčním plánu pro biomasu pro ČR na období 2009 - 2011⁹ jako vhodná cíleně pěstovaná víceletá energetická plodina z hlediska ekonomické efektivity.

Je třeba brát v úvahu nejen ekonomickou efektivity, ale i výsledky Botanického ústavu Akademie věd ČR, které upozorňují na nebezpečí sponntání hybridizace nepůvodních druhů a možnost ohrožení původních druhů, přičemž křídlatka je uváděna jako příklad tohoto nebezpečí na území České republiky.¹⁰

Příznivci účelového pěstování křídlatky pro využití ve fytoenergetice argumentují jednak jejím vysokým energetickým obsahem, a také malým či nevýznamným nebezpečím jejího rozšíření, což má podpořit fakt, že

⁸ Kloz, M. a kol. Využívání obnovitelných zdrojů energie. Právní předpisy s komentářem. Praha: Linde, 2007, s. 200

⁹ Akční plán pro biomasu pro ČR na období 2009 - 2011. Rozdělení druhů biomasy [cit. 05.11.2010] dostupné z [www: <http://eagri.cz/public/web/file/73553/AP_biomasa_09_01.pdf>](http://eagri.cz/public/web/file/73553/AP_biomasa_09_01.pdf)

¹⁰ Pyšek, P., Sádlo, J., Mandák B., *Catalogue of alien plants of the Czech Republic* Katalog zavlečených druhů flóry České republiky, Preslia, Praha, 74: 97–186, 2002 [cit. 05.11.2010] dostupné z [www: <http://www.ibot.cas.cz/invasions/pdf/Pysek%20et%20a1_aliens%20CR_Preslia2002.pdf>](http://www.ibot.cas.cz/invasions/pdf/Pysek%20et%20a1_aliens%20CR_Preslia2002.pdf)

v Německu křídlatku pěstují záměrně jako hyperakumulátor odstraňující z kontaminované půdy těžké kovy.¹¹

4. NĚMECKO

Česká odborná komunita, zabývající se možnostmi pěstování invazních rostlin za účelem jejich energetického využití, tedy jako příklad hodný následování uvádí Německo. Německá právní úprava je totiž v tomto směru velmi benevolentní.

Problematika invazních nepůvodních druhů je upravena zejména ve **spolkovém zákoně na ochranu přírody** (*Bundesnaturschutzgesetz - BGBL. I.S. 2542*). V první kapitole (*Allgemeine Vorschriften*) je v § 7 (*Begriffsbestimmungen*) odst. 1 pod bodem 10 charakterizován invazní druh (*eine Art, deren Vorkommen außerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets für die dort natürlich vorkommenden Ökosysteme, Biotope oder Arten ein erhebliches Gefährdungspotenzial darstellt*). Bližší úprava je obsažena v páté kapitole (*Schutz der wild lebenden Tier- und Pflanzenarten, ihrer Lebensstätten und Biotope*). Obecná ochrana druhů je upravena v paragrafech 39 – 43. Nepůvodním vetřeleckým a invazním druhům se věnuje § 40. Hlavním cílem této úpravy je prevence a snaha o zabránění šíření těchto druhů a souvisejících negativních dopadů na ekosystémy, stanoviště, a druhy původní. Pro zemědělství a lesnictví jsou však stanoveny výjimky, a to i z povinnosti získat povolení k pěstování těchto rostlin.¹²

Dále se na předmětnou problematiku, zejména ve vztahu k zemědělství a lesnictví, vztahují i zákony na ochranu rostlin.¹³

5. ŠVÝCARSKO

Ačkoli Švýcarsko sousedí s Německem, předmětná právní úprava je mnohem přísnější. **Spolkový zákon o ochraně životního prostředí** (*SR 451 Bundesgesetz über den Umweltschutz - Umweltschutzgesetz, USG*) sice ve svém článku 23 (*Fremde Tier- und Pflanzenarten: Bewilligungspflicht*) stanoví výjimky z povinnosti získat povolení pro vysazování nepůvodních druhů mj. i pro zemědělství,¹⁴ **nařízení o nakládání s organismy** (*SR*

¹¹ Petříková, V. *Produkce energetických rostlin v pánevních oblastech* [cit. 05.11.2010] dostupné z [www: <http://stary.biom.cz/sborniky/sb96petrikova/petrikova.html>](http://stary.biom.cz/sborniky/sb96petrikova/petrikova.html)

¹² § 40 *BNatSchG Nichtheimische, gebietsfremde und invasive Arten* [cit. 18.08.2010] dostupné z [www: <http://dejure.org/gesetze/BnatSchG/40.html>](http://dejure.org/gesetze/BnatSchG/40.html)

¹³ *Rechtliche Rahmenbedingungen* [cit. 18.08.2010] dostupné z [www: <http://www.floraweb.de/neoflora/recht.html>](http://www.floraweb.de/neoflora/recht.html)

¹⁴ *SR 451 Art. 23 Fremde Tier- und Pflanzenarten: Bewilligungspflicht* [cit. 20.08.2010] dostupné z [www: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/451/a23.html >](http://www.admin.ch/ch/d/sr/451/a23.html)

814.911 *Verordnung über den Umgang mit Organismen in der Umwelt - Freisetzungsverordnung, FrSV*) v článku 15, upravujícím podmínky ochrany lidí, zvířat, životního prostředí a biodiverzity před vetřeleckými druhy (*Schutz von Menschen, Tieren, Umwelt und biologischer Vielfalt vor gebietsfremden Organismen*), v odst. 2 zakazuje nakládání s invazními vetřeleckými zvířaty a rostlinami uvedenými v příloze 2. Výjimkou jsou pouze opatření k jejich potlačování. Pouze ve výjimečných případech a za stanovených podmínek může Spolkový úřad pro životní prostředí (BAFU) povolit výjimku.¹⁵ V příloze 2 uvedeného nařízení je uvedena i křídlatka (*Reynoutria* spp.).¹⁶

6. SLOVENSKO

V určitých aspektech se švýcarské právní úpravě přibližuje úprava slovenská, obsažená zejména v **zákoně č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny** a ve vyhlášce MŽP SR č. 24/2003 Z.Z. ktorou sa vykonáva zákon č. 543/2002 Z.z.

Zákon o ochrane prírody a krajiny v § 7 (ochrana prirodzeného druhového zloženina ekosystémov), odst. 3, zakazuje invazní druhy mj. pěstovat, přičemž v odst. 8 stanoví, že "*Zoznam invázných druhov a spôsoby ich odstraňovania ustanoví všeobecne záväzný právny predpis, ktorý vydá ministerstvo*".¹⁷ Tímto předpisem je výše uvedená vyhláška MŽP SR č. 24/2003 Z.z., jejíž příloha č. 2 obsahuje **seznam invazních druhů rostlin a způsoby jejich odstraňování**. I tento seznam obsahuje křídlatky (*Fallopia japonica* (syn. *Reynoutria japonica*) *pohánkovec japonský*, *Fallopia x bohemica* (syn. *Reynoutria x bohemica*) *pohánkovec český*, *Fallopia sachalinensis* (syn. *Reynoutria sachalinensis*) *pohánkovec sachalínský*).¹⁸

Kromě toho slovenský zákon o ochrane prírody a krajiny

¹⁵ SR 814.911 Art 15 *Schutz von Menschen, Tieren, Umwelt und biologischer Vielfalt vor gebietsfremden Organismen* [cit. 18.08.2010] dostupné z [www: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/814_911/a15.html>](http://www.admin.ch/ch/d/sr/814_911/a15.html)

¹⁶ SR 814.911 Anhang 2 *Verbotene invasive gebietsfremde Organismen 1 Pflanzen* [cit. 18.08.2010] dostupné z [www: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/814_911/app2.html>](http://www.admin.ch/ch/d/sr/814_911/app2.html)

¹⁷ *Predpis č. 543/2002 Z.z.* [cit. 12.11.2010] dostupné z [www: <http://jaspi.justice.gov.sk/jaspiw1/htm_zak/jaspiw_mini_zak_zobraz_clanok1.asp?kotva=k1&skupina=1>](http://jaspi.justice.gov.sk/jaspiw1/htm_zak/jaspiw_mini_zak_zobraz_clanok1.asp?kotva=k1&skupina=1)

¹⁸ *Predpis č. 24/2003 Z.z.* [cit. 12.11.2010] dostupné z [www: <http://jaspi.justice.gov.sk/jaspiw1/htm_zak/jaspiw_mini_zak_zobraz_clanok1.asp?kotva=k2&skupina=1>](http://jaspi.justice.gov.sk/jaspiw1/htm_zak/jaspiw_mini_zak_zobraz_clanok1.asp?kotva=k2&skupina=1)

- stanoví vlastníkově (správci, nájemci) povinnost odstraňovat invazní druhy ze svého pozemku stanovenými způsoby a starat se o pozemek tak, aby zamezil opětovnému šíření invazních druhů, a to náklady původce jejich šíření, a není-li známý, na náklady státu,
- upravuje možnost orgánu ochrany přírody nařídít vlastníkově (správci, nájemci) pozemku, na kterém se vyskytují invazní druhy, vykonat na náklady původce jejich šíření, je-li známý, jinak na náklady státu, opatření na odstranění invazních druhů,
- dává orgánu ochrany přírody možnost odstranit invazní druhy, přičemž zmiňuje i nárok vlastníka (správce, nájemce) dotčeného pozemku na náhradu škody při této činnosti,
- opravňuje orgán ochrany přírody a jím pověřené osoby ke vstupu na cizí pozemky na nevyhnutelně potřebný čas po předcházejícím upozornění vlastníka (správce, nájemce), kterému současně stanoví povinnost strpět vstup na pozemek (a v té souvislosti zmiňuje i právo na náhradu škody).

Tato podrobná úprava může být inspirací v souvislosti s názorem Ústavního soudu v nálezu ze dne 8. července 2010, sp. zn. Pl. ÚS 8/08, že "*z pohledu de lege ferenda by byla vhodná jednoznačnější formulace napadaných ustanovení*" (tj. § 68 odst. 3 a 4 zákona České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů). Tato ustanovení jsou v praxi využívána k opatřením proti invazním druhům, která je nutno uskutečnit koordinovaně ve značném rozsahu na velkém počtu pozemků najednou (jak se k návrhu na zrušení uvedených ustanovení vyjádřilo Ministerstvo životního prostředí).

Jsou-li kladeny překážky včasné likvidaci invazních rostlin, hrozí nebezpečí, že se rozšíří až do zvláště chráněných oblastí, což znamená větší škody i náklady na opatření proti šíření těchto rostlin.¹⁹

7. ZÁVĚR

Shrne-li se předmětná právní úprava v jednotlivých zemích, lze vysledovat určité společné prvky, ale zejména značné rozdíly v přístupu k ochraně přírody a biodiverzity před šířením invazních rostlin (jako konkrétní příklad sloužila křídlatka). Českou právní úpravu nelze označit v tomto směru za dostatečnou a jednoznačnou. Přibližuje se úpravě německé, která je velmi liberální. Pěstování invazních nepůvodních druhů zemědělci neklade zásadní překážky. Švýcarská úprava je již přísnější, podrobnější a konkrétnější. Záměrné vysazování invazních nepůvodních druhů je

¹⁹ blíže [www: <http://www.mzp.cz>](http://www.mzp.cz), [<http://www.enviweb.cz>](http://www.enviweb.cz)

prakticky vyloučeno. V určitých aspektech je podobná úpravě slovenské, ta však jde mnohem dál a umožňuje razantní postup proti šíření invazních nepůvodních rostlin. Pěstování invazních rostlin je slovenským zákonem o ochraně přírody bez výjimky zakázáno. Kromě toho zákon jednoznačně upravuje opatření proti jejich šíření, což je problémem české právní úpravy.

Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že česká právní úprava by měla a mohla být kvalitnější, ovšem se způsobem, jakou cestou se dále vydat, je spojeno mnoho otázek, na něž se mohou odpovědi různit v závislosti na vědomí nebezpečnosti rostlinných invazí na biodiverzitu a na postavení hodnoty přírody a biologické rozmanitosti v žebříčku hodnot ostatních. Zejména je třeba zodpovědět, zda přínos pěstování invazních rostlin vyvažuje nebezpečí pro biodiverzitu, zda by bylo vhodné rozšířit seznam invazních rostlin ve vyhlášce č. 215/2008 Sb., dále zda jsou úředníci povolující pěstování invazních rostlin dostatečně informovaní o jejich rizikovitosti, a zda by případné související náklady a administrativní zátěž související s kontrolou, postihy i nápravou nebyly příliš vysoké. Na druhou stranu je třeba tuto věc zvážit v širším kontextu, a posuzovat náklady související s okamžitou likvidací invazních nepůvodních rostlin s náklady spojenými se situací, kdy se invazní nepůvodní rostliny rozšíří až do zvláště chráněných území. Po posouzení všech výše uvedených argumentů se kloním spíše k zákazu záměrného vysazování invazních nepůvodních rostlin (s jasně stanovenými pravidly jejich likvidace).

Literature:

- Kloz, M. a kol. *Využívání obnovitelných zdrojů energie. Právní předpisy s komentářem*, Praha: Linde, 2007, 511 s., ISBN 978-80-7201-670-9
- Košičiarová, S. a kol. *Právo životného prostredia*, 2. zmen. a rozš. vyd., Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009, 680 s., ISBN 978-80-7380-143-4
- Křivánek, M. *Právní úprava problematiky nepůvodních a invazních organismu v České republice a doporučené postupy při omezování jejich šíření* [cit. 09.11.2010] dostupné z [www: <http://www.sci.muni.cz/bot_zahr/invaznidruhylegislativa.pdf>](http://www.sci.muni.cz/bot_zahr/invaznidruhylegislativa.pdf)
- Máca, V. *Srovnání právní úpravy problematiky invazních rostlin v Německu, Polsku a České republice* [cit. 06.07.2009] dostupné z [www: <http://www.reynoutria.cz/referat/ref-19.htm>](http://www.reynoutria.cz/referat/ref-19.htm)
- Pekárek, M. a kol. *Zákon o ochraně přírody a krajiny (komentář)*, Brno: IURIDICA BRUNENSIA, 1995, 199 s., ISBN 80-85964-17-1

- Stejskal, V. *Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost: právní stav k 1.1.2006*, Praha: Linde, 2006, s., ISBN 80-7201-609-1

Contact – email

Helena.Dolezalova@law.muni.cz

Tento příspěvek byl vytvořen v rámci projektu "Prosazování environmentálních aspektů udržitelného rozvoje (MUNI/A/1045/2009)"

VODNÍ SKÚTRY A OCHRANA PŘÍRODY

JAKUB HANÁK

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká Republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá podmínkami, za kterých je možné v České republice provozovat vodní skútry. Tyto podmínky jsou nyní velmi přísné. Na příčiny tohoto stavu je poukázáno v souvislosti s popisem vývoje právní úpravy této problematiky. Pozornost je pak soustředěna na rozbor současné situace a uvažovaných změn. V příspěvku je zohledněn zejména zájem na ochraně přírody (resp. životního prostředí), ale také různých forem rekreace.

Key words in original language

Životní prostředí; ochrana přírody; vodní skútry; rekreace; právní úprava.

Abstract

This paper discusses the conditions for operating personal water crafts in the Czech Republic. These conditions are currently very strict. The reasons for this situation are explained based on the description of the developments in the relevant legislation. Special attention is then given to the analysis of the current relevant legislation and the existing ideas for change, while considering the public interest both on nature (environment) protection and on the existence of various types of recreation.

Key words

Environment; nature protection; personal water crafts; recreation; legal regulation.

1. ÚVOD

Jízda na vodním skútru se stala běžnou sportovní a rekreační aktivitou. Avšak její provozování se střetává s celou řadou dalších zájmů a proto je v České republice poměrně důsledně regulována. Vzhledem k jejím negativním vlivům na přírodu¹ by se dalo očekávat, že většina podmínek bude zabezpečovat právě ochranu přírody. Skutečnost ale není tak jednoznačná a samotná právní úprava také není dokonalá. Obojí se tento příspěvek pokusí čtenáři přiblížit.

¹ Pojem příroda je v tomto příspěvku chápán v širším smyslu než, jak je vymezen v § 2 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny (dále jen ZOPK).

2. VLIVY VODNÍCH SKÚTRŮ NA PŘÍRODU A VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Nejvýznamnější negativní vlivy a námitky proti provozu vodních skútrů shrnul již např. Veřejný ochránce práv.² Je příznačné, že na prvním místě je uvedeno ohrožování plavců a surfařů. Následuje hlučnost a znečišťování ovzduší, v čemž lze stále ještě spatřovat více pohled obtěžovaného člověka než dotčené přírody, a teprve poté je zmíněno ničení pobřežní vegetace vlnami a ohrožování přirozeného vývoje ryb a dalších vodních živočichů. Obdobné závěry je možné učinit také ze zahraničních zdrojů.³

Pro účely tohoto příspěvku není nutné přesně vymezit rozsah jednotlivých vlivů vodních skútrů na okolí, protože skutečnost, že na přírodu působí negativně, je doložitelná. Koneckonců tyto dopady nezpochybňuje ani "lobby" vodních skútrů jinak poukazující na rozsáhlé investice do modernizace vodních skútrů, které vedly ke snížení množství emisí znečišťujících látek a snížení hlučnosti o desítky procent. Právní úprava tyto skutečnosti nemůže nerespektovat.⁴

Vývoj české právní regulace provozu vodních skútrů však svědčí spíše o zohledňování jiných požadavků než ochrany přírody. Peripetie a diskuze nad její podobou začaly účinností vodního zákona⁵, kdy došlo ke zrušení letité vyhlášky upravující užívání povrchových vod k plavbě motorovými plavidly, která se vztahovala také na vodní skútry (jako plavidla se spalovacím motorem). Vznikla situace, kdy byla plavba vodních skútrů zakázána pouze na povrchových vodách v ochranných pásmech vodních zdrojů I. stupně a nádržích určených k chovu ryb,⁶ protože předpokládaná upřesňující vyhláška⁷ ještě nebyla vydána. Na ostatních povrchových

² Tisková zpráva Veřejného ochránce práv ze dne 8. 7. 2005, dostupná např. na https://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/10202?docid=2413.

³ V případě vodních skútrů je zdůrazňována především jejich schopnost plavby v mělkých vodách a stíněných prostorech, kam se jiná plavidla nedostanou. Tyto vlastnosti jsou na jedné straně dobře využitelné záchranáři či bezpečnostními složkami při jejich práci, což s oblibou zdůrazňují zastánci vodních skútrů, na druhé straně citelně ovlivňují život živočichů, kteří v těchto místech nacházejí své útočiště.

⁴ Příkladně s ohledem na princip předběžné opatrnosti vyjádřený také § 13 zákona č. 17/1992 Sb., o životním prostředí.

⁵ § 136 zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a změně některých zákonů (dále jen vodní zákon), zrušil ke dni 1. 1. 2002 vyhlášku ministerstva lesního a vodního hospodářství ČSSR č. 82/1976 Sb., o úpravě užívání povrchových vod k plavbě motorovými plavidly.

⁶ § 7 odst. 5 vodního zákona, který zůstal dodnes v podstatě nezměněn.

⁷ Tu bylo povinno podle § 7 odst. 5 vodního zákona vydat Ministerstvo dopravy a spojů v dohodě s Ministerstvem životního prostředí a ve spolupráci s Ministerstvem zemědělství.

vodách byla zakázána "pouze" plavba, která by ohrožovala zájmy rekreace, jakosti vod a vodních ekosystémů, bezpečnosti osob a vodních děl.⁸ Z hlediska ochrany přírody vyplývala další omezení ještě z ochranných podmínek zvláště chráněných území.⁹ Ochrana přírody byla tehdy zajištěna nedostatečně, neboť pojem vodní ekosystém nepokrývá celou oblast přírody a rovněž vymahatelnost tohoto, až vágního, ustanovení Státní plavební správou byla a je sporná.

Tlak na zpřísnění podmínek a urychlené vydání vyhlášky však vyvíjela především sdružení zastupující zájmy rekreatantů, která zdůrazňovala bezpečnostní rizika a snížení rekreační hodnoty vodních nádrží a vodních toků.¹⁰ Obě zainteresovaná ministerstva (benevolentnější podmínky prosazovalo Ministerstvo dopravy)¹¹ se nedohodla a jejich spor musela vyřešit až vláda, která se nakonec postavila¹² výraznou většinou na stranu Ministerstva životního prostředí. Výsledkem byla známá vyhláška č. 241¹³ vydaná 10. června 2002, která významně omezila možnosti plavby vodních skútrů na území ČR. Vedle absolutního zákazu na vybraných vodních nádržích a vodních tocích (přibližně 120) byla na ostatních povrchových vodách plavba vodních skútrů zakázána v období 15. června až 15. září (vylučující provoz vodních skútrů v nejpříhodnějším období roku) a mimo toto období byla povolena pouze mezi 9. a 19. hodinou. Ochrana přírody byla přitom rozšířena pouze výčtem chráněných povrchových vod, ostatní podmínky měly zajistit bezpečnost a klid jiných uživatelů vod. Problémem však byla malá vymahatelnost zákazů, což bylo konstatováno také ve výše zmíněné zprávě ombudsmana, který označil vyhlášku za nefunkční.

K její změně však došlo až 1. března 2006¹⁴ a podmínky se překvapivě ještě dále zpřísnily. Nemožnost plavby v letním období zůstala zachována a

⁸ Tamtéž.

⁹ Např. dle § 16 odst. 1 písm. e) ZOPK lze vodní sporty na území národních parků provozovat pouze v místech vyhrazených se souhlasem orgánu ochrany přírody.

¹⁰ Nejvíce pozornosti bylo věnováno pravděpodobně situaci na vodní nádrži Slapy. Paradoxně i velmi aktivní Sdružení pro ochranu přírody a krajiny v oblasti Slapského jezera argumentovalo takřka výhradně bezpečností a zdravím plavců či rekreatantů a nikoliv ekologickými hledisky. Srov. dokumenty dostupné na <http://www.slapskejezero.cz/?id=1>.

¹¹ Prosazování mírnější regulace plavby vyneslo tehdejšího ministra Jaroslava Schlinga až na 2. místo v anketě o titul Ropák roku.

¹² Viz usnesení vlády č. 515 ze dne 22. 5. 2002, dostupné na www.vlada.cz.

¹³ Vyhláška Ministerstva dopravy a spojů č. 241/2002 Sb., o stanovení vodních nádrží a vodních toků, na kterých je zakázána plavba plavidel se spalovacími motory, a o rozsahu a podmínkách užívání povrchových vod k plavbě (dále jen vyhláška).

¹⁴ Vyhláškou č. 39/2006 Sb.

provoz skútrů byl zakázán také v době oběda mezi 12 až 14 hodinou (!). Vložena byla též legální definice vodního skútru,¹⁵ která upřesnila do té doby nejednoznačný výklad termínu "plavidlo určené pro plavbu v kluzu", za které nebyl (zřejmě nesprávně) považován vodní skútr. Celostátní zákaz plavby v letním období byl však neudržitelný (proběhlo několik demonstrací a Česká sportovní asociace vodních skútrů dokonce uvažovala o žalobě proti ČR u Evropského soudního dvora) a byl zrušen k 9. srpnu 2007, kdy nabyla účinnosti další novela vyhlášky¹⁶. V tomto znění je vyhláška účinná dodnes. K poslední změně rozebírané problematiky došlo k 1. lednu 2009, kdy nabyla účinnosti novela zákona o vnitrozemské plavbě¹⁷, která zásadně změnila postup při vymezení ploch pro provoz vodních skútrů. Tento krok znamenal opětovné zpřísnění regulace.

3. SOUČASNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA

Z historického pohledu je patrný nejen poměrně turbulentní vývoj právní úpravy, ale také argumentace jinými zájmy než ochranou přírody, jež byla zmiňována spíše mimochodem. Ochrana přírody je vedle obecných zákazů stanovených vodním zákonem a postavením orgánu ochrany přírody jako dotčeného orgánu v řízení o vymezení plochy, nyní respektována i zákazem¹⁸ plavby na povrchových vodách, které se alespoň částečně nachází na zvláště chráněných územích¹⁹ nebo území zařazených do soustavy Natura 2000. Opomenutím zákonodárce však není pamatováno na území chráněná smluvně (třebaže jich je nyní pouze 6), naopak není zřejmé, z jakého důvodu je zakázána plavba v přírodních parcích, jež jsou zřizovány za účelem ochrany krajinného rázu²⁰, který může být plavbou vodních skútrů narušen jen stěží.

Další podmínky již nemají s ochranou přírody nic společného, ale chrání bezpečnost a klid ostatních uživatelů povrchových vod. Proto není povolena plavba na vodních nádržích a vodních tocích využívaných ke koupání nebo s nimi bezprostředně sousedících a proto nadále zůstalo také zachováno

¹⁵ Podle § 1a písm. b) vyhlášky jde o plavidlo o délce menší než 4 m, používající jako hlavní zdroj pohonu spalovací motor s hydroreaktivním systémem pohonu a konstruované pro řízení osobou nebo osobami, jež sedí, stojí nebo klečí na trupu, nikoliv uvnitř něj.

¹⁶ Vyhláška č. 209/2007 Sb.

¹⁷ Zákon č. 309/2008 Sb., kterým byl změněn zákon č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě.

¹⁸ § 3 odst. 3 písm. a) vyhlášky. Z tohoto důvodu pak paradoxně ani nelze udělit výjimku ze zákazu ve ZCHÚ podle § 43 ZOPK.

¹⁹ Srov. § 14 ZOPK.

²⁰ Srov. § 12 odst. 3 ZOPK.

omezení určenými denními hodinami dále rozšířené o zákaz plavby o nedělích a svátcích.²¹

Poslední (a zásadní) podmínkou je vymezení plochy pro provoz vodních skútrů plavebním úřadem.²² Ten takovou plochu vymezení správním rozhodnutím vydaným na základě žádosti budoucího provozovatele této plochy. Jde o návrhové řízení, které nemůže být zahájeno z podnětu plavebního úřadu. Z procesního hlediska postupuje plavební úřad podle správního řádu,²³ což znamená, že se žadatel může proti rozhodnutí odvolat a případně podat správní žalobu. V této souvislosti je významné, jestli je na vymezení plochy právní nárok, pokud žadatel splní zákonné podmínky. Jelikož zákon ukládá plavebnímu úřadu žádost zamítnout pouze v případech,²⁴ kdy žádost neobsahuje požadované náležitosti nebo nevyslovila obec s vymezením plochy souhlas ("právo veta"), domnívám se, že v případě bezvadné žádosti právní nárok vzniká.

Plavební úřad může pouze posoudit rozsah tzv. bližších podmínek²⁵ provozu vodních skútru na navrhované ploše, které musí žadatel navrhnout a jejichž dodržování poté také zajišťuje. Zde se sice otvírá úřadu poměrně široké pole pro správní uvážení v závislosti na charakteru území a velikosti vymezené plochy, ale pokud stav v místě provoz vodních skútrů nevyklučuje, měl by plochu vymezenit, třebaže současně stanoví jiné podmínky, než navrhoval žadatel. Jiné posouzení podmínek pro provoz by nemělo být důvodem pro zamítnutí žádosti.²⁶ Při stanovování těchto podmínek je rozhodující také závazné stanovisko orgánu ochrany přírody, který je na základě § 90 odst. 15 zákona o ochraně přírody a krajiny dotčeným orgánem,²⁷ protože vymezením plochy mohou být dotčeny zájmy

²¹ § 3 odst. 3 písm. a) vyhlášky.

²² § 30a zákona č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě, ve spojení s § 3 odst. 3 písm. d) vyhlášky.

²³ Žádné ustanovení zákona o vnitrozemské plavbě jeho použití nevyklučuje a podle § 46 se postupuje ve věcech upravených tímto zákonem podle obecných předpisů o správním řízení.

²⁴ § 30a odst. 4 zákona č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě.

²⁵ Podle důvodové zprávy k zákonu č. 309/2008 Sb. se jimi rozumí např. omezení počtu současně provozovaných skútrů, omezení provozní doby plochy či omezení přístupu k ploše. Sněmovní tisk č. 426/0, 5. volební období, dostupný na www.psp.cz.

²⁶ Pokud by pak žadatel/provozovatel nebyl schopen zajistit jejich dodržování, může požádat o zrušení plochy.

²⁷ Toto ustanovení je třeba aplikovat přednostně před § 65 ZOPK jako jiný předepsaný postup a pozdější právní úpravu. Viz Prchalová, J. Zákon o ochraně přírody a krajiny a Natura 2000. Praha: Linde, 2010, s. 204.

tímto zákonem chráněné (např. stanoviště ptáků) a v takovém případě pak rozhoduje plavební úřad po dohodě²⁸ s orgánem ochrany přírody. V rozhodnutí o vymezení plochy může být omezena např. doba provozu v době hnízdění ptáků apod.²⁹

Zmíněné právo veta obcí naopak nepovažují za šťastné. Je totiž vyjádřením rozšířeného postoje "ne na mém dvorku", kterému tímto propůjčuje značnou váhu. Je těžko vysvětlitelné, proč právě obcím je dáno oprávnění na svém území tuto, byť rozporuplnou, aktivitu zcela zakázat. Praktické zkušenosti, na které poukazují nejen zastánci vodních skútrů, ale také Ministerstvo dopravy, pak dokládají, že obce svého práva využívají.

4. ZHODNOCENÍ A BUDOUCNOST

V důsledku všech výše zmíněných omezení a práva veta existuje nyní v ČR pouze pět ploch³⁰, kde lze vodní skútr legálně provozovat. Do značné míry jde o reflexi postoje veřejnosti k této aktivitě. Z pohledu zájmu na ochranu přírody se domnívám, že právní úprava je příliš restriktivní. Navíc celostátní prohibice zájemce o plavbu na vodních skútrech zcela neodradí a ti ji budou provozovat i na místech zakázaných. Vzhledem k zmíněné povaze těchto plavidel je účinné vymáhání zmíněných zákazů přinejmenším problematické a výsledný stav jistě nepřispívá k důvěře v právo. V důsledku pak může dojít k většímu poškození přírody, když vodní skútry budou (být protiprávně) provozovány i v citlivých přírodních lokalitách.

Stranou pozornosti nemůže zůstat ani námitka, že takováto omezení vytváří překážku volnému pohybu zboží v Evropské Unii, protože tato s ochranou přírody úzce souvisí. Evropský soudní dvůr se přitom v nedávné minulosti zabýval hned dvěma případy, které se týkaly zákazu používat vodní skútry mimo vymezené plochy,³¹ a konstatoval, že články 28 a 30 Smlouvy o

²⁸ Požadavek na dohodu dává větší prostor pro vyjednávání, orgán ochrany přírody se vyjadřuje formou závazného stanoviska ve smyslu § 149, zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Viz Jemelka, L. et al.: Správní řád: komentář. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 509.

²⁹ Obdobně byl např. na vodní nádrži vodního díla Nechanice podle § 3 písm. a) nařízení vlády č. 530/2004 Sb. pro provoz vodního skútru pro rekreaci mezi 25. říjnem a koncem února nutný souhlas orgánu ochrany přírody (ustanovení je ale nyní pro zákaz plavby na území soustavy Natura 2000 již neaplikovatelné). Řadu otázek může v řízení předestřít také veřejnost, která by se mohla stát účastníkem řízení na základě § 70 ZOPK. V potaz by úřad měl vzít také postoj vodoprávního úřadu, ačkoliv k plavbě není jeho povolení dle § 7 odst. 1 vodního zákona potřeba.

³⁰ Údaj aktuální ke dni 26. července 2010, dle informací Státní plavební správy dostupné na <http://www.spspraha.cz/vodnicesty/skutry.pdf>.

³¹ Rozsudek Soudního dvora C-142/05 ze dne 4. června 2009 Mickelsson a Roos a rozsudek Soudního dvora C-433/05 ze dne 15. dubna 2010 Sandström. Oba dva případy se týkaly švédské právní úpravy.

Evropském společenství³² nebrání takové vnitrostátní úpravě za podmínky, (1) že příslušné vnitrostátní orgány jsou povinny přijmout prováděcí opatření stanovená za účelem určení vodních ploch, na kterých mohou být vodní skútry používány, (2) tyto orgány skutečně vykonaly pravomoc, která jim k tomu byla svěřena a určily vodní plochy odpovídající podmínkám stanoveným vnitrostátní právní úpravou a (3) tato opatření byla přijata v přiměřené lhůtě po vstupu právní úpravy v platnost.³³ Znamená to, že musí být vymezeny všechny vodní plochy, které odpovídají podmínkám uvedeným ve vnitrostátní právní úpravě,³⁴ protože používání vodních skútrů na takových plochách by nemělo dle vnitrostátní úpravy vyvolávat rizika nepřijatelných škodlivých zásahů do životního prostředí, a proto zákaz používat vodní skútry na plochách, které nebyly vymezeny prováděcím opatřením orgánu, je opatřením jdoucím nad rámec toho, co je pro dosažení cíle ochrany životního prostředí nezbytné.³⁵ Domnívám se, že tyto závěry lze vztáhnout i na českou situaci (švédská právní úprava je koneckonců obdobná), přičemž právo veta uplatnitelné obcemi nedává plavebnímu úřadu možnost vymežit všechny plochy z hlediska zásahů do životního prostředí bezrizikové. Je otázkou, zda by česká úprava byla shledána za nezbytnou pro dosažení ochrany životního prostředí a neomezující obchod uvnitř Unie. Spíše se kloním k názoru, že nikoliv.

Proto lze jen přivítat snahu Ministerstva dopravy o změnu současné úpravy vymežování ploch pro provoz vodních skútrů. Na jaře tohoto roku byla připravena příslušná novela³⁶, Poslanecká sněmovna ji však už nestačila před volbami ani projednat. Proces měl doznat vcelku zásadních změn. Předně místo individuálního rozhodnutí měl plavební úřad vydávat opatření obecné povahy, které je vhodnou formou pro úpravu této otázky. Spolu s tím měla obec přijít o své "právo veta" a přitom nadále disponovat účinným nástrojem k hájení zájmů svých občanů, když ji bylo přisouzeno právo podávat námítky. Rovněž byla opuštěna problematická koncepce, kdy za dodržování podmínek odpovídá provozovatel plochy³⁷, který hradil také náklady na označení plochy. Tyto povinnosti měly příště plnit orgány veřejné správy (správce vodní cesty a Státní plavební správa). Výsledkem

³² Za účinnosti Lisabonské smlouvy pak čl. 34 a 36.

³³ Bod 44 rozsudku C-142/05.

³⁴ Švédská právní úprava umožňuje vymežit tyto plochy tam, kde emise hluku a další škodlivé vlivy vzniklé v důsledku používání vodních skútrů nemohou být považovány za významný škodlivý zásah do života místního společenství nebo životního prostředí. Viz bod 12 rozsudku C-142/05 a bod 17 rozsudku C-433/05.

³⁵ Bod 39 rozsudku C-433/05.

³⁶ Znění návrhu je dostupné např. na <http://www.lepsipravo.cz/TopicForm.aspx?TopicId=6>.

³⁷ Aniž by k tomu měl nějaké zákonné prostředky obdobné např. oprávnění strážce přírody.

mělo být komplexní posuzování všech odborných hledisek, věcných důvodů a okolností na vymezení plochy.³⁸ Tomuto tvrzení lze jen přitakat, ačkoliv se nedomnívám, že by současná úprava toto neumožňovala. S autory novely se naopak shodují v konstatování, že touto novelou by mohlo být dosaženo cíle spočívajícím ve vymezení dostatečného počtu lokalit pro provoz vodních skútrů a usnadnění vynuocování řádného dodržování pravidel provozu na vodních cestách,³⁹ což je v souladu také se zájmy přírody.

5. ZÁVĚR

Je jednoznačné, že provoz vodních skútrů musí být (nejen z důvodu ochrany přírody) regulován a je možný pouze na některých pečlivě vybraných místech. S méně hodnotnou přírodou, mimo rekreační oblasti. Současná právní úprava je ovšem příliš restriktivní a existuje důvodná obava, že tímto ohrožuje dosažení vlastních cílů. Změna je tak v podstatě nevyhnutelná. Směr, kterým se vydalo Ministerstvo dopravy, je možné považovat za správný, ačkoliv o konkrétních řešeních je třeba diskutovat.

Literature:

- Jemelka, L. et al.: Správní řád: komentář. Praha: C.H. Beck, 2009, 666 s. ISBN: 978-80-7400-157-4.
- Miko, L. et al: Zákon o ochraně přírody a krajiny: komentář. Praha: C.H. Beck, 2007, 590 s., ISBN: 978-80-7179-585-8.
- Prchalová, J.: Zákon o ochraně přírody a krajiny a Natura 2000. Praha: Linde, 2010, 432 s., ISBN: 978-80-7201-806-2.

Contact – email

jakub.hanak@mail.muni.cz

³⁸ Důvodová zpráva k návrhu zákona. Sněmovní tisk 1091/0, 5. volební období, dostupný na www.psp.cz.

³⁹ Tamtéž.

KRAJINNÝ RÁZ A JEHO OCHRANA V RÁMCI ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ.

MARTIN HOLÍK

Právnická fakulta / Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá problematikou ochrany krajinného rázu v rámci územného plánovania. Stavební zákon č. 183/2006 Sb. a související předpisy přinesly důležité změny v oblasti ochrany krajinného rázu, který je bez sporu společenskou hodnotou zasluhující si ochranu. Cílem tohoto příspěvků je zhodnocení právní úpravy ochrany krajinného rázu v rámci územního plánování.

Key words in original language

Krajinný ráz; územní plánování; nástroje územního plánování; hodnota krajiny; Evropská úmluva o krajině.

Abstract

The paper deals with the problematic of the protection of the landscape character within the landscape planning. The building act No. 183/2006 Coll. and related regulations laid down the important changes in the area of prevention of the landscape, which is without question the social value deserving the protection. The goal of this paper is the estimation of the legal regulations in this area.

Key words

Landscape character; landscape planning; landscape planning instruments; landscape values; European Landscape Convention.

1. ÚVOD

Krajinný ráz je výslednicí působení mnoha faktorů vycházejících z původních přírodních podmínek území a následně z historického vývoje, v rámci kterého se krajina měnila z krajiny přírodní v krajinu kulturní. Tuto přeměnu je možno vysledovat v rámci širších historických změn ve vývoji společnosti, která krajinu obývala a utvářela. Krajina byla po staletí vnímána především jako funkčně čitelný a tradičně členěný soubor, jehož vznik vycházel a vychází z hospodářské činnosti člověka a způsobu obývání.

Charakter současné krajiny je tak výsledkem složité historické přeměny a představuje bez sporu přírodní a kulturní hodnotu odkazující do minulosti,

kteřá by měla být citlivými přístupy zachována¹. Ochrana krajinného rázu je v současné době velmi živým tématem. Důvodem jsou rychlé, mnohdy živelné změny využití krajiny a zásahu do krajiny v nebývalých rozměrech. Tento rozvoj krajiny a jejich změn by však měl být za pomoci citlivého plánování rozsahu využití krajiny a jejího rozvoje prováděn s ohledem na zachování pozitivních hodnot krajiny a s cílem harmonizace nesourodých prvků v krajině.

Samotná krajina je dána souborem vizuálně vnímaných znaků georeliéfu, vodních toků a ploch, vegetačního krytu a znaků užívání krajiny - hospodářského využití a osídlení. Krajinný ráz vyjádřen subjektivním hodnocením pozorovatele, který své hodnocení může buď zobecnit do racionálních pojmů jako je urbanizovaná, zemědělská či lesní krajina, nebo do pojmů emocionálně zbarvených jako je panenská, tajemná, bizarní krajina.

Subjektivní hodnocení charakteru krajiny se však opírá o vizuální vnímání jednotlivých prvků krajinné scény (terénní a architektonické dominanty, vizuální horizonty, lesy, skalní partie, stromy a skupiny atd.) a jejich následné zhodnocení. Určité soubory znaků krajiny a jejich uspořádání vzbuzují očekávané reakce a hodnocení pozorovatelů. Je možno hovořit o všeobecně přijímaných znacích nebo rysech estetické atraktivnosti krajiny, přičemž se jedná o určité kulturní vzory osvojené v průběhu vývoje společnosti a odlišné pro různé kultury. Na základě uspořádání jednotlivých prvků krajinné scény lze poměrně snadno identifikovat krajinu a její znaky, na základě kterých bude konkrétní krajina obecně vnímána jako např. atraktivní, přírodní či industriální.

Co se právního vymezení pojmu *krajinný ráz* týče, je možno vyjít z definice uvedené v Evropské úmluvě o krajině přijaté v roce 2000 ve Florencii². Tato úmluva přijatá z iniciativy orgánů Rady Evropy vstoupila v platnost 1. března 2004. Od 1. října 2004 se stala úmluva závaznou i pro Českou republiku. Úmluva definuje krajinu jako část území, tak jak je vnímána obyvatelstvem, jejíž charakter je výsledkem činnosti a vzájemného působení přírodních a/nebo lidských faktorů³. Česká republika se v této úmluvě

¹ Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, In. Sborník příspěvků z odborného semináře Aktuální problémy ochrany krajinného rázu, Praha: Centrum pro krajinu, 2007 s. 16.

² Weber M., Evropská úmluva o krajině a možnosti její implementace v oblasti koncepčních a plánovacích nástrojů pro realizaci krajinných politik. Urbanismus a územní rozvoj. Ročník X, Číslo 1/2007.

³ Text Evropské úmluvy o krajině je dostupný online na

<http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/heritage/landscape/VersionsConvention/czech.pdf>.

zavázala právně uznat krajinu jako základní složku prostředí, v němž obyvatelé žijí, jako výraz rozmanitosti jejich společného kulturního a přírodního dědictví a základ jejich identity. Dále se zavázala zavést a provádět krajinnou politiku zaměřenou na ochranu, správu a plánování krajiny, zavést postupy pro účast veřejnosti, místních a regionálních orgánů a jiných stran, které jsou zainteresovány na definování a provádění krajinných politik, začlenit krajinu do svých politik územního a urbánního plánování, do své kulturní, environmentální, zemědělské, sociální a hospodářské politiky, jakož i do ostatních politik s možným přímým či nepřímým dopadem na krajinu.⁴ Tyto požadavky byly především promítnuty do zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon (dále jen „Stavební zákon“). Na druhou stranu je možno podotknout, že Česká republika nedostatečně naplnila požadavek na zapojení veřejnosti do hodnocení stávající a/nebo budoucí kvality krajiny⁵.

Cílem tohoto příspěvku by mělo být krátké zamyšlení nad samotným vymezením krajiny a dále nastínění některých problémů při ochraně krajiny v rámci územního plánování.

2. VYMEZENÍ KRAJINNÉHO RÁZU

V českém právním řádu je pojem krajinný ráz uveden především v § 12 zákona č. 114/1992 Sb. o ochraně přírody a krajiny (dále jen „ZOPK“), dále ve Stavebním zákoně a v souvisejících vyhláškách č. 500/2006 Sb. a 501/2006 Sb. Zmíněné právní předpisy však používané termíny jako je krajina či krajinný ráz blížeji nespecifikují⁶ a ani neuvádí postup jejich vymezení. Neexistuje jednotný postup či princip vymezení územních jednotek při ochraně krajinného rázu, což vede k rozdílnému vymezení a charakterizaci v různých studiích ochrany krajinného rázu majících vliv na přístup k jeho ochraně.

Většina autorů chápe oblast krajinného rázu jako větší území s podobnou přírodní, kulturní a historickou charakteristikou odrážející se v souboru jejích typických znaků, který se výrazně liší od jiného celku ve všech charakteristikách či jen v některé z nich a který zahrnuje více míst

⁴ Čl. 5 Evropské úmluvy o krajině.

⁵ Salašová A., Vybrané problémy posuzování krajinného rázu z hlediska potřeb územního plánování, in Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2009, s. 37.

⁶ § 12 odst. 1 ZOPK za krajinný považuje zejména přírodní, kulturní a historická charakteristika určitého místa či oblasti.

krajinného rázu. Je vymezena hranicí, kterou mohou tvořit přírodní nebo umělé prvky nebo jiná rozhraní měnících se charakteristik⁷.

Jakékoliv území může být podrobněji rozděleno na tzv. krajinné celky, které jsou považovány za oblasti krajinného rázu, na které je možno nazírat jako na výřez určité krajiny s charakteristickým estetickým, přírodním, historickým či jiným projevem odlišitelným svou hranicí. Hranici určité krajinné oblasti může tvořit horizont případně přírodní či umělé prvky. V rámci oblasti krajinného rázu se uplatňuje jednotný přístup k jejímu hodnocení, přičemž oblast krajinného rázu je specifikována souhrnem identifikovaných znaků jednotlivých základních charakteristik⁸. Sledované území je poté možno rozčlenit na oblasti dle analýzy základních charakteristik jako jsou: reliéf, zastoupení vegetace v krajině, vodní prvky, historický vývoj území a současné využití krajiny. Hranice vymezených oblastí pak může být dána kombinací jednotlivých nebo dominantních složek⁹.

Na vymezení krajinné oblasti je možno nahlížet z pohledu:

- *vnitřního* - interiérové pohledy, konfigurace jednotlivých složek a prvků vytvářejících vnitřní prostorové vztahy,
- *vnějšího* - vnější pohledové projevy z a do okolní krajiny, průhledy na scenérie, uplatnění dominant a okrajů, otevřenost a horizont.

V rámci tohoto vymezení je kladen důraz na vzájemnou charakterovou odlišnost vymezených územních jednotek, přičemž případ, kdy se dva sousední prostory charakterově neliší, je možno považovat za důkaz jejich chybného vymezení.

Výše uvedený postup tedy umožňuje omezení oblasti krajinného rázu vizuálním horizontem a nabízí tak určitou kompromisní cestu v rámci vymezení krajiny. Ohraničení oblasti krajinného rázu je logické v případě, kdy se krajinný ráz na horizontu viditelně nemění nebo kdy je zapotřebí rozčlenit rozsáhlé území, v němž se charakteristiky pozvolně mění a objektivní hranici charakteru krajiny není možno jednoznačně stanovit.

⁷ Bukáček R., Culek M., Vymezování oblastí a míst krajinného rázu a jejich charakterizace pro potřeby územního plánování., in Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2009, s. 37.

⁸ Bukáček R., Culek M., Vymezování oblastí a míst krajinného rázu a jejich charakterizace pro potřeby územního plánování., in Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2009, s. 37.

⁹ Bukáček R., Culek M., Vymezování oblastí a míst krajinného rázu a jejich charakterizace pro potřeby územního plánování., in Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2009, s. 38.

V druhém případě pak může určitý krajinný prvek pomoci k vhodnému vymezení hranice oblasti krajinného rázu. Podobně se k vymezení oblasti krajinného rázu jeví výhodné též využití dvojího pohledu - vnitřního a vnějšího.

Další otázkou při vymezení krajinného rázu je velikost předmětného území. Výše uvedené vymezení oblasti krajinného rázu může vyhovovat jak malému území o rozloze několika desítek km², tak i území o ploše několika desítek tisíc km².

Vymezování oblastí krajinného rázu by mělo vycházet nejen z míry odlišnosti jednotlivých území, ale i z kritérií daných potřebami správní praxe, která potřebuje členit území srozumitelným způsobem. Aby mohly vymezené územní oblasti poskytovat jasný nástroj k ochraně pozitivních hodnot krajiny, musí být jasně charakterizovatelné. Oblast krajinného rázu by tedy neměla mít velikost rozsáhlého území, ale měla by spíše zahrnovat takové území, aby byla zachována jeho přehlednost. Spojením takto jednotlivě vymezených oblastí však může vzniknout charakterově podobný region, který je v hrubších rysech opět identifikován společnými znaky¹⁰.

Úkolem rozčlenění území je vymezení jednotlivých oblastí krajinného rázu na základě členění přírodních, historických, estetických a dalších vlastností území. Za vhodnější se jeví rozčlenění území do menších oblastí krajinného rázu, neboť umožňují jemnější rozlišení odlišností v krajině. Následné sloučení menších jednotek do větších je pak vždy jednodušší. Za vhodnou velikost při vymezení oblasti krajinného rázu bývá považováno území o rozloze několika desítek až stovek km². Toto nevyklučuje vymezení rozlohou malého avšak výrazného území jako je např. Moravský kras o rozloze cca 85 km². Za minimální velikost rozlohy oblasti krajinného rázu je uváděno asi 70 km². Menší území by již měla být považována za krajinné celky, které jsou pak součástí určité oblasti krajinného rázu¹¹.

3. OCHRANA KRAJINNÉHO RÁZU V RÁMCI ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ

Stavební zákon a související předpisy, zejména vyhláška č. 500/2006 Sb., přinesly důležité změny do problematiky ochrany krajinného rázu. Ochrana krajinného rázu se stala nedílnou součástí územního plánování. Stavební

¹⁰ Jako příklad může být uvedena Vysočina, která je specifickým regionem tvořeným mnoha oblastmi krajinného rázu, které spojuje převažující reliéf, převažující využití krajiny a její struktura, čas kolonizace a převažující charakter zástavby.

¹¹ Bukáček R., Culek M., Vymezování oblastí a míst krajinného rázu a jejich charakterizace pro potřeby územního plánování., in Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2009, s. 38.

zákon vytvořil podmínky pro vypracování nutných podkladů zabývajících se krajinou ve vztahu k územnímu plánování. Jedná se zejména o územně analytické podklady týkající se krajinného rázu – tzn. vymezení míst a oblastí krajinného rázu, jejich charakteristiky a stanovení podmínek vedoucích k zachování pozitivních hodnot krajiny¹².

Na rozdíl od předešlé právní úpravy, která neobsahovala dostatečnou ochranu krajinného rázu, Stavební zákon ve vztahu k ochraně krajiny:

- umožňuje zabránit masivnímu zastavování volné krajiny a omezuje vzniku živelné výstavby,
- zohledňuje ochranu krajinného rázu v územním plánování.

Je však otázkou, zda je ochrana krajinného rázu v rámci stávající právní úpravy dostatečná a jaká úskalí tato úprava přináší.

3.1 STANOVENÍ PODMÍNEK OCHRANY KRAJINNÉHO RÁZU V RÁMCI TVORBY ÚZEMNÍCH A REGULAČNÍCH PLÁNŮ

S přijetím nového Stavebního zákona a prováděcích předpisů došlo ke změně znění ustanovení § 12 ZOPK, do kterého byl doplněn čtvrtý odstavec, dle kterého se krajinný ráz neposuzuje v zastavěném území a v zastavitelných plochách, pro které je územním plánem nebo regulačním plánem stanoveno plošné a prostorové uspořádání a podmínky ochrany krajinného rázu dohodnuté s orgánem ochrany přírody.

Toto ustanovení sice ulehčí práci příslušným orgánům ochrany přírody, kterým po zapracování limitů ochrany krajinného rázu do územního plánu odpadne nutnost posuzování jednotlivých záměrů a jejich vlivu na krajinný ráz. Na druhou stranu je však sporná otázka, zda a jakým způsobem budou příslušní pracovníci pověřených úřadů schopni stanovit ochranné podmínky, které by zajistily ochranu přírodních, kulturních, historických a estetických hodnot vlastního sídla a jeho okolní krajiny, na jejímž vzhledu se obraz daného sídla podílí¹³.

Obtížnost stanovení těchto podmínek je možno spatřovat zejména v nutnosti provedení analýzy hodnocení konkrétního dopadu záměru na krajinný ráz, což může být v běžných podmínkách pověřených úřadů téměř nemožné.

¹² Tunka M., Ochrana krajinného rázu z pohledu nového stavebního zákona, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 11.

¹³ Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 16.

U územních plánů je složitost jejich posouzení dána i nutností stanovení podmínek ochrany krajinného rázu ve stejném měřítku, v jakém je vyhotoven odpovídající územní plán. Toto však může být pro některé exponované lokality nedostatečné. Stavební zákon umožňuje požadovat vypracování regulačního plánu, který umožňuje zpracování podmínek ochrany v mnohem podrobnějším měřítku. Stavební zákon však zároveň ukládá orgánu, který požadavek na zpracování regulačního plánu vznesl, podílet se na něm finančně, což může omezit aplikaci tohoto nástroje v praxi.

Možným řešením je vypracování preventivního hodnocení území pro jednotlivé správní obvody. Při vhodném vymezení oblastí krajinného rázu a významných míst s popisem jejich charakteristiky a stanoveným způsobem ochrany je dostačující jeden společný materiál, který by byl použitelný jak pro stanovení podmínek ochrany krajinného rázu, tak i pro vymezení oblastí a míst krajinného rázu v rámci územně analytických podkladů.

3.2 UMÍSTĚOVÁNÍ STAVEB V NEZASTAVĚNÉM ÚZEMÍ

Ustanovení § 18 v odst. 5 Stavebního zákona uvádí, že v nezastavěném území lze v souladu s jeho charakterem umisťovat stavby, zařízení, a jiná opatření pouze pro zemědělství, lesnictví, vodní hospodářství, těžbu nerostů, pro ochranu přírody a krajiny, pro veřejnou dopravní a technickou infrastrukturu, pro snižování nebezpečí ekologických a přírodních katastrof a pro odstraňování jejich důsledků, a dále taková technická opatření a stavby, které zlepší podmínky jeho využití pro účely rekreace a cestovního ruchu, například cyklistické stezky, hygienická zařízení, ekologická a informační centra.

Toto ustanovení tak umožňuje umístit výše uvedené stavby do volné krajiny bez zanesení do územního plánu, což s sebou nese závažné problémy vyplývající z možnosti umístění staveb často velkých rozměrů do krajiny bez jakéhokoliv předchozího koncepčního vyhodnocení.

Stavební zákon sice vytváří podmínky pro vypracování nutných podkladů týkajících se ochrany krajinného rázu. Ve vztahu k územnímu plánování se jedná především o zpracování územně analytických podkladů týkajících se krajiny a o stanovení míst a oblastí krajinného rázu a jejich charakteristiky. Dosavadní praxe však ukazuje nejasnost praktické realizace tohoto procesu, neboť chybí jeho procesní úprava. Lze dovést, že realizace územně analytických podkladů bude spočívat na prvoinstančních orgánech státní správy, což jsou především pověřené obecní úřady III. stupně. Ty však ve

většině případů nedisponují potřebnou odbornou kapacitou k vytvoření potřebných podkladů¹⁴.

Pokud má být takový podklad prakticky využitelný, musí mu předcházet řada průzkumů a rozborů. V rámci jeho zpracování musí být nejen identifikovány znaky a hodnoty krajinného rázu, ale musí být i nalezeny vzájemné vztahy mezi nimi. Na základě toho je pak možné stanovit potřebné podmínky pro ochranu krajinného rázu. Množství práce nutné pro její řádné zvládnutí je však nad časové a mnohdy i odborné možnosti pracovníků obecních úřadů.

Podobným problémem je i stanovení podmínek ochrany krajinného rázu pro územní i regulační plány při jejich projednávání dle § 12 odst. 4 ZOPK. Jako možné problémy se jeví (i) absence metodického pokynu, (ii) nutnost diferenciacie ochrany krajinného rázu v návaznosti na navrhované funkční využití ploch a (iii) stanovení podmínek, jež musí vycházet z analýzy stávajících hodnot krajiny. Pro splnění bodů (ii) a (iii) se předpokládá vysoká odborná znalost, kterou příslušné úřady však obvykle nedisponují.

3.3 HODNOCENÍ KRAJINNÉHO RÁZU V ÚZEMNÍM PLÁNOVÁNÍ

V rámci územního plánování dochází k preventivnímu hodnocení krajinného rázu předmětného území. V rámci územního plánování je nutno pro identifikaci znaků a hodnot krajinného rázu území nejprve analyzovat a zohlednit přírodní rámec krajiny, kulturní přeměnu krajiny v historickém kontextu a stávající stav krajiny¹⁵. V rámci preventivního hodnocení je tedy nutno komplexně vyhodnotit území s ohledem na jeho stávající hodnoty vytvářející krajinný ráz. Výsledek pak lze použít nejen v rámci územního plánování, ale i v jiných koncepčních materiálech a při výkonu státní správy v oblasti ochrany přírody a krajiny.

K preventivnímu hodnocení může docházet na následujících úrovních:

¹⁴ Má-li mít takový podklad dostatečnou vypovídací hodnotu a zejména praktickou využitelnost, musí mu zákonitě předcházet v jeho analytické části práce na úrovni průzkumu a rozborů. Součástí práce je nejen identifikace znaků a hodnot krajinného rázu, ale i nalezení vztahů mezi nimi a identifikace měřítka krajiny. Na základě toho je pak možné stanovení potřebných ochranných podmínek. Objem práce je závislý na zvoleném měřítku zpracování předmětného území, což však je nad časové možnosti pracovníků obecních úřadů, kteří musí vykonávat každodenní agendu státní správy. in Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 17.

¹⁵ Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 18.

- Oblast krajinného rázu, kde je rozsah zpracování vztažen k většímu územnímu celku nebo celému regionu (kraj, obec s rozšířenou působností). Výsledné hodnocení je možno využít v zásadách územního rozvoje nebo v územních plánech obcí.
- Specifický krajinný celek, který je tvořen určitou vymezenou částí oblasti krajinného rázu. Výsledné hodnocení je možno použít jako podklad pro tvorbu zásad územního rozvoje a v rámci územních plánů obcí.
- Určité místo krajinného rázu, kdy se bude jednat o detailní zpracování určitého menšího území. Výsledné hodnocení je možno pro zpracování územního plánu obce a regulačního plánu.

Výstupem preventivního hodnocení jsou následující územně analytické podklady uvedené v příloze č. 1 vyhlášky č. 500/2006 Sb., o územně analytických podkladech a územně plánovací dokumentaci:

- oblast krajinného rázu a její charakteristika,
- místo krajinného rázu a jeho charakteristika.

V praxi se bude jednat o grafické vymezení uvedených územních jednotek a zpracování jejich charakteristiky z pohledu ochrany krajinného rázu, a to jak z hlediska ochrany vnitřního, tak i venkovního (ochrana průhledů na typické scenérie).

Jako určité specifikum se jeví hodnocení krajinného rázu na úrovni územního plánu obce, při kterém je nutno pojmout odlišně prostor obce a prostor vytvářející její okolní krajinný rámeček. Vzhledem k tomu, že sídlo je považováno za speciální místo krajinného rázu, je ochrana krajinného rázu sídla zaměřena především na ochranu typických znaků obrazu sídla v krajině, jeho začlenění do krajinného rámce, ochrany specifických vztahů sídla a krajiny¹⁶. Hodnocení území sídla by mělo zohledňovat vývojově odlišné části včetně jejich podílu na celkovém obrazu sídla v krajině, vztahy mezi těmito částmi a podíl volných prostorů a zároveň by mělo obsahovat charakteristiku jednotlivých částí, identifikaci typických znaků a hodnot, ochranné podmínky krajinného rázu a návrh regulativů.

Okolní krajina sídla musí být vždy brána jako součást určité oblasti nebo oblastí, kterých je součástí. Specifické části, které svým rozsahem odpovídají místu krajinného rázu, jsou tak vymezeny a podrobně

¹⁶ Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 18.

charakterizovány. Větší prostory by měly být vymežovány jako specifické části oblasti krajinného rázu, vymezené na úrovni regionu nebo alespoň v rámci území obcí s rozšířenou působností.

Základním účelem analytických podkladů týkajících se hodnocení krajinného rázu je udržení a ochrana pozitivně vnímaného obrazu sídla v krajině¹⁷ na úrovni územního a regulačního plánu či větší části krajiny na úrovni Zásad územního rozvoje. Dále by měla být zohledněna ochrana pozitivně vnímaných prvků krajiny s ohledem na zachování nebo zlepšení estetické a přírodní hodnoty krajinného rázu v souladu s § 12 ZOPK. Výsledný podklad by tak měl při zohlednění všech náležitostí při jeho vypracování představovat účinný nástroj pro ochranu krajinného rázu v rámci územního plánování.

Literature:

- A Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, Sborník příspěvků z odborného semináře Aktuální problémy ochrany krajinného rázu, Praha: Centrum pro krajinu, 2008, 85 s., ISBN 978-80-903206-9-7.
- Bukáček R., Culek M., Vymežování oblastí a míst krajinného rázu a jejich charakterizace pro potřeby územního plánování, Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Praha: Centrum pro krajinu s.r.o., 2009, 64 s., ISBN 978-80-903206-0-4.
- Salašová A., Vybrané problémy posuzování krajinného rázu z hlediska potřeb územního plánování, Aktuální otázky ochrany krajinného rázu 2009, Praha: Centrum pro krajinu s.r.o., 2009, 64 s., ISBN 978-80-903206-0-4.
- Tunka M., Ochrana krajinného rázu z pohledu nového stavebního zákona, Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Praha: Centrum pro krajinu, 2008, 85 s., ISBN 978-80-903206-9-7.

¹⁷ Bukáček R., Matějka P., Bukáčková P., Ochrana krajinného rázu v územním plánování, in Aktuální problémy ochrany krajinného rázu 2007, Centrum pro krajinu s.r.o., Praha 2008, s. 19.

- Weber M., Evropská úmluva o krajině a možnosti její implementace v oblasti koncepčních a plánovacích nástrojů pro realizaci krajinných politik. Urbanismus a územní rozvoj. Ročník X, Číslo 1/2007.

Contact – email

marlik@seznam.cz

GENÉZA PRÁVNEJ ÚPRAVY REŠTITÚCIÍ NA ÚZEMÍ SLOVENSKEJ REPUBLIKY

ROMAN JABLONOVSKÝ

Právnická fakulta UPJŠ, Košice, Slovenská republika

Abstract in original language

Témou tohoto článku je oblasť právnej úpravy reštitúcií na území Slovenskej republiky. Autor venuje pozornosť vývoju tejto právnej úpravy ako aj jej nedostatkom. Dôraz je kladený na oblasť reštitúcií cirkevného majetku.

Key words in original language

Reštitúcia; právna úprava; vlastníctvo; cirkev; nehnuteľnosť.

Abstract

The topic of this article is the field of restitution legislation in the Slovak republic. In his paper the author brings the attention to genesis of this legislation and insufficiencies of the regulation. Emphasis is on the reistititon of the church property.

Key words

Restitution; legal regulation; ownership; church; real estate.

Úvodom

Slovenská justícia v súčasnej dobe rieši viacero súdnych sporov, súvisiacich s vydávaním majetku (hnuteľného a nehnuteľného) v rámci reštitučného konania. O tejto téme sa málo hovorí, málo píše a predsa sa reštitučné súdne konania dotýkajú nehnuteľností, ktorých hodnota dosahuje závažných výšok. Najväčšou tragédiou právneho systému ktoréhokolvek štátu je porušovanie základných ľudských práv a slobôd. Vlastnícke právo je jedným zo základných ľudských práv. Toto právo bolo v minulosti často narušané samotnými právnymi normami, ktoré štát prijal a na základe ktorých dochádzalo k zaberaniu, poštátňovaniu, konfiškácii majetkov. Takéto konanie pôsobilo značné krivdy na majetku fyzických a tiež právnických osôb. Základnou podmienkou demokratickej spoločnosti je dodržiavanie základných ľudských práv a slobôd. V prípade porušenia týchto práv a slobôd demokratická spoločnosť cez právny systém realizuje nápravu takýchto krívd práve formou reštitučných zákonov. V tomto príspevku sa chcem zaoberať vývojom reštitučných právnych noriem platných na území Slovenskej republiky, a to noriem, ktoré bezprostredne realizujú restitucio, konaním smerujúcim k samotnej náprave, t.j. k samotnému vydaniu veci, a tiež takých, na základe ktorých bol nehnuteľný majetok zaberaný štátom. Vývoj danej právnej úpravy budem analyzovať na podklade súvisiacej rozhodovacej činnosti súdov.

Vznik majetkových krívd

Vznik majetkových krívd sa viaže na obdobie uplatňovania pozemkových reforiem zo strany štátu. Samotný proces pozemkových reforiem sa členil do viacerých etáp, pričom tieto boli uplatňované jednotlivými zákonmi. Prvá pozemková reforma bola uvedená do praxe už v roku 1919, v období po prvej svetovej vojne, a to zákonom č. 215/1919 Sb., o zabrání veľkého majetku pozemkového. Pokračovaním prvej pozemkovej reformy je tzv. revízia prvej pozemkovej reformy, upravená zákonom č. 142/1947 Sb., o revisii první pozemkové reformy, na ktoré nadväzovali ďalšie právne predpisy, ktorými sa prevádzal súkromný majetok na štát.

V súvislosti so vznikom majetkových krívd v roku 1948 Československá republika uvádza do praxe zákon č. 46/1948 Sb., o novej pozemkovej reforme.

Vznik majetkových krívd je potrebné definovať aj čo do jeho druhu. V roku 1945 a neskôr, štát previedol do svojho vlastníctva znárodnením rozhodujúce výrobné prostriedky ako priemyselnú výrobu, baníctvo, bankovníctvo, poisťovne, vodné žriedla, lesy, nájomný majetok domový. Neskôr nasledovali menšie podniky, prevádzkarne, obchody, živnosti, povozníctvo, pohostinstvá, remeselné dielne a pod. Ďalej siahol aj na majetok tzv. kulakov, ako aj na majetok drobných roľníkov. Tam však neodňal vlastníctvo. Roľníkov donútil rôznymi nátlakovými akciami „dobrovoľne“ vstúpiť do Jednotného roľníckeho družstva. Podpisom prihlášky vstupu roľník „dobrovoľne“ obmedzil svoje vlastnícke právo tak, že dominantné znaky vlastníckeho práva, ako právo na držbu (*ius tenendi*), právo na voľnú dispozíciu (*ius disponendi*) a právo na užívanie a požívanie plodov (*ius fruendi*) preniesol na Jednotné roľnícke družstvo. Z majetku vypusteného z prvej pozemkovej reformy vytvoril Štátne majetky, národný podnik, a to tak, že jeho vlastníkom tzv. „zbytkárom“ odňal vlastnícke právo.¹

Občanov, ktorí s takýmto postupom nesúhlasili pozbavil osobnej slobody a odsúdil na mnohoročné tresty a prepadnutie majetku. Občanov nemeckej a maďarskej národnosti bez dôsledného preskúmania ich konania v čase okupácie kolektívne pozbavil občianskych práv. Zásahy do práv a slobôd

¹ Gaisbacher, J. a kol.: Základy pozemkového práva Komentár. Šamorín: HEURÉKA, 1998, s. 316.

občanov sa diali na podklade dekrétov prezidenta republiky, zákonov a nariadení pod menom poštátnenie znárodnením.

Podstatou vzniku majetkových krívd je teda zabranie (poštátnenie, konfiškácia) majetku - práv k tomuto majetku proti vôli vlastníkov tohto majetku, pričom toto zabranie bolo uskutočnené bez náhrady, resp. za neprimeranú náhradu a v mnohých prípadoch aj pod nátlakom. Jednoznačne vznik majetkových krívd sa viaže na porušovanie základných ľudských práv a slobôd formou uplatňovania zákonov zo strany štátu, ktoré takúto protiprávnosť samotnému štátu umožňujú.

Poštátňovanie majetku (hnuteľného, nehnuteľného) realizoval štát vydávaním zákonov, dekrétov prezidenta, nariadeniami, a vyhláškami, na základe ktorých prechádzal tento majetok do vlastníctva štátu. Tento prechod vlastníckeho práva na štát realizovali príslušné správne orgány na základe výmerov a rozhodnutí (v prípade odvolacieho konania vo veci rozhodoval aj súd). V menšom sa poštátňovalo len na základe zákona. Prechod na štát vyznačil v pozemkovoknižnej (PKV) vložke, na strane B/vlastníctvo príslušný pozemnoknižný súd. Uvedeným súdom boli takéto zmeny prevádzané v pozemkovej knihe, pričom súvisiace listiny (zákony, výmery, rozhodnutia) sú zachované v príslušnej zbierke listín. Často je v PKV uvedené len číslo predpisu, pričom absentuje práve rozsah, resp. názov právneho predpisu o poštátnení.

Znárodnením nadobúdala štát vlastnícke právo k znárodnenému majetku. Podľa znárodnovacích dekrétov vlastníkom prislúchala náhrada za znárodnený majetok v cenných papieroch, hotovosti alebo iných hodnotách (neposkytovala sa však Nemeckej ríši, Kráľovstvu maďarskému, osobám verejného práva, nacistickej strane nemeckej a politickým stranám maďarským a iným útvarom a podnikom, zariadeniam osobným združeniam, fondom a účelovým majetkom tohoto režimu a iným nemeckým a maďarským právnickým osobám). Z náhrady štát vylúčil fyzické osoby nemeckej a maďarskej národnosti s výnimkou tých, ktoré ostali verné ČSR, ďalej osoby, ktoré vyvíjali činnosť proti štátnej zvrchovanosti, samostatnosti a celistvosti ČSR, chovali sa nepriateľsky a pod. Realizáciu náhrady mal vykonať Fond znárodneného hospodárstva. O náhrade a jej vyplácaní rozhodoval minister financií po dohode s ministrom priemyslu. Národný majetok je začlenený do národných podnikov a tie majú postavenie právnických osôb. Na návrh národného podniku zapíše pozemnoknižný súd prechod vlastníctva na navrhovateľa.²

Ustanovenia o náhradách dosvedčujú, že štát si bol vedomý, že má povinnosť poskytnúť vlastníkom náhradu. Vytvoril k nemu aj príslušné

² Špáček, J., Berešová, E.: *Zemědělské restituce a soudní praxe*. Praha, C.H. BECK, s. 12 a nasl.

inštitúcie. Ak tak neurobil, dopustil sa nenáležitého porušenia vlastných zákonov, ktoré mu túto povinnosť ukladali a dostal sa do rozporu s medzinárodnými deklaráciami, paktami, ktoré sa zaviazal plniť.

Neporušoval však len normy hmotného práva. Siahol aj do oblasti slobody prejavu, kultúry, náboženského presvedčenia, styku občanov so zahraničím porušovaním listového tajomstva a slobody osobného styku. Súdnu moc podriadil vyšetrovaciemu aparátu a tá plnila príkazy pri vynášaní rozsudkov. Za svojej 40 ročnej existencie odsúdil desaťtisíce občanov k ťažkým trestom, ktoré mali za následok sústredenie do koncentračných táborov v uránových baniach a prioritných stavbách pri neustálom ponižovaní odsúdených. Cirkvi, náboženské spoločnosti, kultúru postavil pod kuratelú štátu.

Štát, na ochranu proti vôli občanov odňatého majetku, prispôboval zákony v oblasti občianskoprávnej, hospodárskej, trestnoprávnej, zahraničného obchodu, súdnej atď..

V občianskoprávnej sfére nahradil obyčajové právo platné v Uhorsku a recipované zákonom č. 11/1918 Zb.z.n. Občianskym zákonníkom č. 141/1950 Zb.³. Vznikajúcu problematiku v oblasti hospodárskej upravil Hospodárskym zákonníkom č. 109/1964 Zb.z.n. Trestnoprávnu materiu upravil zákonom č. 140/1961 Zb. a Trestný poriadok zákonom č. 141/1961 Zb. Medzinárodné vzťahy podriadil pod zákon č. 101/63 Zb. – zákonník medzinárodného práva. K týmto základným normám postupne pričleňoval ďalšie okruhy spoločenského života a tak vytvoril sústavu socialistického právneho poriadku.

Správu znárodneného majetku upravil zákonom č. 90/1950 Zb., zákonom č. 110/1953 Zb. v znení ďalších noriem.

Usporiadanie vlastníckych vzťahov po roku 1950 bolo značne náročné. Zákom č. 21/1964 Zb. bolo pozastavené zaznačovanie vlastníckych vzťahov do pozemkových kníh. Zákon č. 22/1964 Zb. zaviedol iba evidenciu užívateľských vzťahov. Národné a štátne podniky mali povinnosť oznamovať Geodézii každú zmenu o právnom vzťahu k nehnuteľnosti. To sa však dialo sporadicky. Tým sa evidencia vlastníckych vzťahov stala nespoľahlivou, resp. absentovala.

Právna úprava reštitúcií v Slovenskej republike

Súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky je množstvo zákonov, ktoré upravujú reštitučné konanie súvisiace s rôznym majetkom, a ktoré je

³ Štefanko, J.: Prvý občiansky zákonník, komentár. Šamorín, HEURÉKA, 1999, s.5

potrebné zatriediť do jednotlivých oblastí. V tejto súvislosti je potrebné poukázať na skutočnosť absencie komplexnej špecifikácie týchto zákonov. Nižšie uvedený prehľad, ktorý patrí ku genéze reštitúcií, umožní lepšie chápať vývoj a samotné uplatňovanie reštitučných zákonov v praxi. Predovšetkým sprístupní potrebu reštitúcií v jednotlivých oblastiach.

Oblasť poľnohospodárskeho a lesného majetku:

Zákon č. 229/91 Zb. o úprave vlastníckych vzťahov k pôde a inému poľnohospodárskemu majetku, v znení v znení neskorších predpisov. Tento zákon bol menený dvanástimi novelami (posledná 549/2004 Z.z.) a upravuje zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd, ku ktorým došlo voči vlastníkom poľnohospodárskeho a lesného majetku v období rokov 1948 až 1989.

Zákon č. 503/2003 Z.z. o navrátení vlastníctva k pozemkom a o zmene a doplnení zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 180/1995 Z.z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom v znení neskorších predpisov. Tento zákon upravuje navrátenie vlastníctva k pozemkom, ktoré nebolo vydané podľa osobitného predpisu č. 229/91 Zb., teda vlastníctvo k poľnohospodárskemu a lesnému pôdnemu fondu.

Oblasť domového majetku:

Zákon č. 403/1990 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd v znení neskorších predpisov. Zákon sa skladá z piatich častí, pričom prvá vymedzuje rozsah navrátenia vlastníckeho práva k majetku fyzických a súkromných právnických osôb, ktoré bolo odňaté týmto osobám na základe vládneho nariadenia č. 15/1956 Zb., opatreniami vydanými na tento majetok postupom podľa zákona č. 71/1956 Zb. a výmermi odvetvových ministerstiev vydaných po roku 1955 odvolávajúce sa na znárodňovacie predpisy z roku 1948.

Oblasť týkajúca sa cirkevného majetku:

Zákon č. 298/1990 Zb. o úprave niektorých majetkových vzťahov rehoľných rádov, kongregácií a arcibiskupstva Olomouckého. Zákon navracia vlastnícke právo k majetku pôvodne vo vlastníctve rehoľných rádov a kongregácií, ktoré bolo v päťdesiatych rokoch odňaté týmto rádom a kongregáciám, pričom presná špecifikácia nehnuteľností tvorí prílohu č. 1 a prílohu č. 2 zákona. Zákon bol novelizovaný zákonom č. 338/1991 Zb. rozšírilo vydávané nehnuteľnosti o prílohu č. 3.

Zákon č. 211/1990 Zb. o usporiadaní majetkových vzťahov medzi gréckokatolíckou a pravoslávnou cirkvou. zákon jednostranným právnym aktom zo strany navrhovateľa navracia nehnuteľný majetok na území Slovenskej republiky, ktorý bol pred 28. aprílom 1950 vo vlastníctve

gréckokatolíckej cirkvi, a ktorý na základe výnosu Štátneho úradu pre veci cirkevné v Prahe bol prevedený do vlastníctva pravoslávnej cirkvi.

Zákon č. 282/93 Z.z. o zmiernení niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam. Týmto zákonom sa navracia vlastnícke právo k hnutelným a nehnuteľným veciam odňatým rozhodnutiami štátnych orgánov, občianskoprávnymi a správnyimi aktmi, vydaných v období od 8. mája 1945 (židovským náboženským obciam od 2. novembra 1938) do 1. januára 1990.

Zákon č. 161/2005 Z.z. o navrátení vlastníctva k nehnuteľným veciam cirkvám a náboženským spoločnostiam a o prechode vlastníctva k niektorým nehnuteľnostiam. Tento zákon upravuje navrátenie vlastníctva k nehnuteľným veciam, ktoré nebolo vydané podľa osobitného predpisu č. 282/1993 Z.z. a taxatívne v prílohe tohto zákona špecifikuje poštátnené nehnuteľnosti, ku ktorým prechádza vlastnícke právo priamo na cirkev. Predmetom navrátenia sú nehnuteľnosti patriace do poľnohospodárskeho pôdneho fondu, lesného pôdneho fondu, budovy súvisiace s PPF a LPF, časti podiely spoločnej nehnuteľnosti, investičné lesné cesty a ich časti, pokiaľ tieto sa nachádzajú na vydávaných nehnuteľnostiach.

Zmiernenie majetkových krívd rehabilitáciami:

Zmiernením majetkových krívd formou rehabilitácií sa v tomto článku nebudem zaoberať, predpisy uvádzam čo do úplnosti reštitučnej problematiky.

Zákon č 87/1991 Zb. o mimosúdnych rehabilitáciách. Zákon zmierňuje následky niektorých majetkových krívd, ktoré vznikli fyzickým osobám občianskoprávnymi a pracovnoprávnymi aktami urobenými v období od 25. februára 1948 do 1. januára 1990.

Zákon č 119/1991 Zb. o súdnych rehabilitáciách. Zákon zrušuje odsudzujúce súdne rozhodnutia za činy, ktoré v rozpore s princípmi demokratickej spoločnosti rešpektujúce občianske, politické práva a slobody zaručené ústavou a vyjadrené v medzinárodných dokumentoch a medzinárodných právnych normách zákon označoval za trestné.

Zákon č. 319/1991 Zb. o zmiernení niektorých majetkových krívd a o pôsobnosti orgánov štátnej správy SR v oblasti mimosúdnych rehabilitácií. Zákon upravuje zmiernenie niektorých majetkových a iných krívd, ktoré vznikli v dôsledku platnosti alebo osobitého použitia niektorých právnych predpisov alebo na základe iných dôvodov na území Slovenskej republiky.

Vyššie citované zákony naprávajú krivdy, ktoré boli spôsobené konaním štátu, a pritom toto konanie bolo v rozpore so zásadami aj vtedy platného právneho poriadku. Aj v rozhodujúcom období vlastníctvo občanov chránila Ústava, a toto vlastníctvo mohlo byť dotknuté len v nevyhnutnej miere a podľa zákona a za náhradu. Zákony mali ustanovenia, že vlastníčkovi sa vlastníctvo môže upraviť podľa zákona a za náhradu. Tá mala byť vyplatená po vydaní patričného predpisu. Také predpisy vydané neboli a otázka náhrady ostala otvorenou. Zásahy do vlastníctva boli v rozpore aj s Občianskym zákonníkom. Podľa pôvodného znenia Občianskeho zákonníka č. 40/1964 Zb. § 39 je neplatný právny úkon, ktorý svojim obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči „záujmom spoločnosti“⁴.

Pojem reštitúcia - všeobecná charakteristika

Samotný pojem reštitúcia, ktorý sa vyskytuje v reštitučných právnych normách, a ktorý je základným pojmom tohto konania, pochádza z latinského slova *restitutio*, čo v preklade znamená uvedenie do pôvodného stavu. Latinská terminológia pozná aj obmenu vyššie uvedeného pojmu, a to *restituó*, ktorý sa prekladá ako nahradiť, obnoviť, späť odovzdať, vrátiť.⁵ V právnej terminológii pojem reštitúcia znamená prinavrátenie práv, majetkov a pod. zhabaných, poštátnených z politických a iných dôvodov.

Reštitučné zákony sú voči ostatným zákonom špeciálnymi právnymi predpismi. Teda pri týchto zákonoch sa uplatňuje výkladová zásada - *lex specialis derogat generali*.⁶ Aj keď názory na povahu *lex specialis* reštitučných zákonov sa z pohľadu súdnej praxe rôznia, je potrebné upriamiť pozornosť na rozhodnutie Najvyššieho súdu v Prahe, ktorý rozhodol, že reštitučné predpisy sú špeciálnymi právnymi predpismi a všeobecné predpisy voči nim sú predpisy občianskoprávne, predovšetkým Občiansky zákonník.⁷

Princíp reštitúcie zákonodarca zakotvil v každom reštitučnom zákone v základných pojmoch a spojeniach, predovšetkým ide o pojmové spojenie „odňatie vlastníckeho práva k veci“ a „vydanie takto odňatej veci“. Teda vec zabraná štátom, poštátnená, znárodnená, sa postupom podľa platných reštitučných zákonov vydáva pôvodnému vlastníčkovi, resp. jeho právnym

⁴ Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004, s.121

⁵ Špaňár, J.: Latinsko slovenský – slovensko latinský slovník. Bratislava, SPN, 1969, s. 562

⁶ M. Kindl, Restituce v soudní praxi, Praha, C.H. BECK, Právnická fakulta ZČU Plzeň s. 3

⁷ Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR v Prahe, zp.zn.: Cpjn 50/93

nástupcom. Vydať vec má povinnosť ten, kto ju neprávom drží (§131 Občianskeho zákonníka).

V súvislosti s nadobúdaním vlastníckeho práva tu nešlo o prevod majetku, aký má na mysli § 132 Občianskeho zákonníka⁸, aj keď z hľadiska administratívno-formálneho je potrebné vykonať akt vkladu podľa zákona č. 162/1995 Z.z. o katastri nehnuteľností⁹. V reštitučných dohodách o vydaní veci ako aj v rozhodnutiach súdov nejde o prevod majetku, ale o vydanie veci, čiže „tiché“ vrátenie toho, čo bolo odňaté v rozpore z demokratickými princípmi a medzinárodnými záväzkami.

Rozsah odňatých vecí v režime poštátneia uvádza v úvodných ustanoveniach väčšina reštitučných zákonov, a to v predmete. Napríklad zákon č. 282/1993 Z.z. o zmiernení niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam ustanovuje: „zákon sa vzťahuje na zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd spôsobených odňatím vlastníckeho práva k veciam hmotným a nehmotným na základe rozhodnutí správnych aktov vydaných v rozpore so zásadami demokratickej spoločnosti, rešpektujúcej práva občanov vyjadrené najmä Chartou Organizácie spojených národov, Listinou základných práv a slobôd a príslušnými medzinárodnými paktami o občianskych politických, hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach“. Výraz „odňatie vecí“ obsahuje v sebe aj násilný akt, s ktorým vlastník nesúhlasil. Taký akt je v rozpore s ustanovením o platnosti právneho úkonu podľa Občianskeho zákonníka - § 37 Občianskeho zákonníka „Právny úkon sa musí urobiť slobodne, vážne, určite a zrozumiteľne, inak je neplatný“.

Významné miesto v právnych úpravách reštitúcií majú základné pojmy ako oprávnená osoba, povinná osoba a veci ktoré nemožno v rámci reštitučného zákona vydať. Oprávnenou osobou v kontexte reštitučného zákona je fyzická alebo právnická osoba, ktorej vlastníctvo k veci bolo odňaté v rozhodnom období a spôsobom definovanom v zákone. Povinnou osobou je právnická a výnimočne aj fyzická osoba, v ktorej vlastníctve sa žiadaná vec nachádza a ktorá je povinná túto vydať. Veci ktoré nemožno v zmysle reštitučného zákona vydať špecifikuje zákonodarca v tých zákonoch, ktoré sa dotýkajú reštitúcií nehnuteľného majetku, a tento bol po prechode do vlastníctva štátu zastavaný, prípadne využitý iným spôsobom. Takéto zákonne ustanovenia nazývame blokačné právne normy.

⁸ Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004, s 236

⁹ Tomašovičová, J. a kol.: Katastrálny zákon a komentár. Žilina, EPP, 2001 s.25

Odstránenie alebo zmiernenie krívd riešia reštitučné zákony rôznym spôsobom, podľa toho či ide poľnohospodársky a lesný majetok, majetok domový, ďalej či ide o právnickú či fyzickú osobu, alebo ide o krivdy spôsobené súdnymi rozhodnutiami za tzv. zločiny proti socialistickému spoločenskému zriadeniu. Ďalej podľa toho, či ide o krivdy spôsobené na majetku v oblasti správnych vzťahov, vzťahov trestnoprávných, pracovnoprávných alebo vzťahov sociálneho zabezpečenia.

Reštitúcie poľnohospodárskeho a lesného majetku

Reštitúcie poľnohospodárskeho a lesného majetku rieši zákon č. 229/1991 Zb., v znení neskorších predpisov. Aj tu išlo o zmiernenie niektorých majetkových krívd, ku ktorým došlo voči vlastníkom poľnohospodárskeho a lesného majetku v období rokov 1948 až 1989. Účelom zákona bolo dosiahnuť zlepšenie starostlivosti o poľnohospodársku a lesnú pôdu obnovením pôvodných vlastníckych vzťahov k pôde, ďalej upraviť vlastnícke vzťahy k pôde v súlade so záujmami rozvoja vidieka, tvorby krajiny a životného prostredia.

Zákon sa vzťahuje na:

pôdu, ktorá tvorí poľnohospodársky pôdny fond alebo do neho patrí,

pôdu, ktorá tvorí lesný pôdny fond,

obytné budovy, hospodárske budovy a iné stavby patriace k pôvodnej poľnohospodárskej usadlosti vrátane zastavaných pozemkov,

obytné a hospodárske budovy a stavby slúžiace poľnohospodárskej a lesnej výrobe alebo s ňou súvisiacemu vodnému hospodárstvu vrátane zastavaných pozemkov,

iný poľnohospodársky majetok – živý a mŕtvy inventár a zásoby.

Účastníkmi reštitučného konania sú osoby oprávnené a osoby povinné.

Oprávnenu osobou podľa vyššie citovaného zákona bol štátny občan českej a Slovenskej Federatívnej Republiky, ktorý má trvalý pobyt na jej území, a ktorého pôda, budovy a stavby patriace k pôvodnej poľnohospodárskej usadlosti prešli na štát alebo iné právnické osoby od 25. februára 1948 do 01.01.1990 niektorým s právnych titulov uvedeným zákone. Ak oprávnená osoba v tzv. rozhodnom období od 25.02.1948 do 01.01.1990 zomrela alebo bola vyhlásená za mŕtvu, bola štátnym občanom ČSFR a mala na ňom trvalý pobyt oprávnenými osobami sa stávajú jej dedičia v poradí: dedič zo závetu, deti a manžel, rodičia a súrodenci osoby

uvedenej v ods. 1 §4 cit. zákona. V prípade ich smrti sa oprávnenými osobami stávajú ich deti v poradí aké určuje zákon.

Oprávnenou osobou bol aj tzv. domnelý vlastník. Domnelým vlastníkom je fyzická osoba, ktorá o sebe tvrdí, že je vlastníkom, nemôže jednoznačne preukázať svoj nárok výpisom z úradnej evidencie. Oprávnená osoba uplatňuje svoj nárok na pozemkovom úrade vecne príslušnom. Zákon pripustil vydanie konfiškovaného poľnohospodárskeho majetku osobám, ak im nárok vznikol podľa nariadenia Zboru povereníkov č. 26/1948 Zb. SNR a sú štátnymi príslušníkmi ČSFR a majú trvalý pobyt na jej území a neboli odsúdení podľa nariadenia SNR č. 33/1945 Zb. SNR o potrestaní fašistických zločincov, okupantov, zradcov, kolaborantov a o zriadení ľudového súdnictva. Týka sa to občanov maďarskej národnosti.

Povinnými osobami boli štát alebo právnické osoby, ktoré ku dňu účinnosti zákona (24.6.1991) nehnuteľnosti držali. Povinnými osobami neboli podniky so zahraničnou majetkovou účasťou a obchodné spoločnosti, ktorých spoločníkmi alebo účastníkmi boli výhradne fyzické osoby. Osobou ktorá nehnuteľnosť drží sa v kontexte zákona rozumie právnická osoba, ktorá mala ku dňu účinnosti zákona nehnuteľnosť vo vlastníctve Českej a Slovenskej Federatívnej republiky právo hospodárenia alebo trvalého užívania. Inak je to vlastník. Povinná osoba nemôže od účinnosti zákona veci, ich súčasti a príslušenstvá previesť do vlastníctva iného. Také právne úkony sú neplatné.

Nárok na vydanie sa uplatňoval na pozemkovom úrade vecne príslušnom. Oprávnená osoba súčasne vyzvala povinnú osobu na vydanie a uzavretie dohody o vydaní. Výzvu bola povinná doložiť dôkaznými listinami: pozemnoknižnou vložkou, výmerom o odňatí, identifikáciou parciel, snímkou z mapy, dedičským rozhodnutím a inými, ktoré preukazujú jej vlastníctvo, alebo vlastníctvo jej predkov. Dôkazné listiny bolo možné dodať najneskôr do 31.12.1995.

Povinná osoba bola povinná uzavrieť do 60 dní od prijatia výzvy s oprávnenou osobou dohodu o vydaní. Dohoda o vydaní podliehala schváleniu pozemkovým úradom. Takéto schválenie pozemkový úrad vydával formou rozhodnutia vydaného v správnom konaní. Ak k dohode medzi povinnou a oprávnenou osobou nedošlo, rozhodol o veci pozemkový úrad. Ak pozemkový úrad dohodu o vydaní veci neschválil, (rozhodnutie v správnom konaní), resp. vlastníctvo k nehnuteľnej veci zamietol vydať, o veci na návrh oprávnenej osoby rozhodol súd, pričom súd v tomto konaní preskúmaval rozhodnutie pozemkového úradu (správneho orgánu).

Neuplatnením práva na vydanie – podanie výzvy – zanikál nárok oprávnenej osoby.

Reštitučný proces je zdĺhavý a náročný na zabezpečovanie dôkazných listín. O tom svedčí aj skutočnosť, že bolo treba v tejto oblasti vydať ďalší

zákon č. 503/2003 Z.z. – zákon o navrátení vlastníctva k pozemkom a zmene a doplnení zákona SNR č. 180/1995 Z.z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom v znení neskorších predpisov. Aj tento zákon riešil vydanie nehnuteľností poľnohospodárskeho a lesného fondu. Oprávnená osoba podliehala tým istým kritériám ako u zákona č. 229/91 Zb.. Povinnými osobami boli právnické osoby, ktoré ku dňu účinnosti zákona č. 503/2003 Zb. t.j. 1.1.2004 mali k pozemku vo vlastníctve Slovenskej republiky právo hospodárenia, alebo právo správy a poľnohospodárske družstvá. Právne tituly na vydanie zostali.

Zákon č. 229/91 Zb. v znení zákona č. 11/1994 Z.z. sa netýkal majetku cirkví a náboženských spoločností, rehoľných rádov, reholí a kongregácií. Zákon 229/1991 Zb. v znení neskorších predpisov sa v § 22 zvlášť venuje úprave vydávania vlastníckeho práva k lesným pozemkom. Lesné pozemky sa odovzdávali pôvodnému vlastníkovi, resp. jeho právnym nástupcom predovšetkým v ucelených lesných častiach, ktoré definuje zákon č. 100/1977 Zb., teda v častiach jednotiek priestorového rozdelenia lesa (JPRL).

S vydávanými lesnými pozemkami sa vydávali aj investičné lesné cesty, alebo ich časti, ak o toto vydanie vlastník pozemku požiadal. Vydanie tohto druhu nehnuteľností bolo implantované do zákona formou dodatku, pričom oprávnená osoba v zákonom stanovenej lehote požiadala povinnú osobu na vydanie veci, alebo jej časti. Vydanie lesnej cesty, alebo jej časti sa realizovalo uzatvorením dohody o vydaní majetku. Ak investičná lesná cesta prechádza pozemkami vo vlastníctve viacerých osôb, previedla sa táto lesná cesta do podielového spoluvlastníctva týchto vlastníkov a to podľa veľkosti podielu pozemkov pod cestou.

V konaní podľa zákona č. 229/1991 Zb. sa vyskytli mnohé sporné otázky, o ktorých svedčia aj mnohé rozhodnutia súdov. Spornou sa napríklad javila skutočnosť rozsahu pôsobnosti uvedeného v § 1 zákona o pôde. K uvedenému zaujal zjednocujúce stanovisko Najvyšší súd SR (správne kolégium) pod sp.zn.: Rc 45/98, v ktorom uvádza, že pôsobnosť § 1 cit. zákona sa vzťahuje na nehnuteľnosti vrátane pôdy, ktorá tvorí lesný pôdny fond, ako aj na iný poľnohospodársky majetok uvedený v § 20 písm. d) predmetného zákona.¹⁰

Reštitúcie domového majetku

Vydanie domového majetku a majetku tzv. terciárnej sféry riešil zákon č. 403/1990 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd. Zákon bol novelizovaný zákonmi č. 458/1990 Zb., 528/1990 Zb., 137/1991 Zb. a 264/1992 Zb..

¹⁰ Zjednocujúce stanovisko správneho kolégia NS SR sp.zn.: Rc 45/98 zo dňa 4. júna 1998.

Predmetom zákona bolo odstránenie krívd spôsobených fyzickým a niektorým právnickým osobám odňatím vlastníckeho práva k hnutelným a nehnuteľným veciam podľa vládneho nariadenia č. 15/1959 Zb. o opatreniach týkajúcich sa niektorých vecí užívaných socialistickými organizáciami a podľa zákona č. 71/1959 Zb. o opatreniach týkajúcich sa niektorého súkromného domového majetku znárodnením podľa výmerov odvetvových ministerstiev uvedených v predmetnom reštitučnom zákone.

Podľa vládneho nariadenia č. 15/1959 Zb., na základe žiadosti socialistickej organizácie, finančné odbory Okresných národných výborov /ONV/ previedli domovú nehnuteľnosť občana do vlastníctva štátu. Išlo poväčšine o bezplatné prevody. Zákon pripúšťal náhradu za poštátnenú domovú nehnuteľnosť len pri cene nehnuteľnosti do 50.000 Kčs. Národné výbory nemali problémy stanoviť cenu domu vyššie než stanovoval zákon. Pri domových nehnuteľnostiach sa nachádzali prevádzkarne drobných remesiel, obchodíkov, krčmičiek, vinární a podobne. Tak získal štát celú terciárnu sféru. S prevádzkarňami prechádzali do vlastníctva štátu aj obytné priestory.

Zákon č. 71/1959 Zb. sa vzťahoval na tzv. činžové domy. Ak dom potreboval opravu, nájomníci si vyžadovali jeho modernizáciu, pripojenie na verejné siete a vlastník nebol schopný finančné náklady uniesť. MNV bol oprávnený práce dohodnúť s organizáciou socialistického sektoru na náklady obce. Ak vlastník domu nezaplatil náklady za práce, MNV vložil na nehnuteľnosť záložné právo s poradím pred všetkými právami. Ak cena prác presahovala 2/3 odhadnej ceny domu pred jeho opravou, mohol finančný odbor ONV nájomný dom spolu s príslušenstvom previesť do vlastníctva štátu. Štát takto získal do vlastníctva takmer celý nájomný bytový fond.

Oprávnenými osobami podľa uvedeného zákona boli fyzické osoby, alebo súkromné právnické osoby, ktorej bola odňatá vec titulom uvedeným v tomto zákone. Súkromnou právnickou osobou je aj cirkev uznaná štátom. Podľa tohto zákona mohli reštituovať cirkvi, telovýchovné jednoty, napr. Slovenský orol, a pod.. Oprávnená osoba mala nárok na vydanie odňatej veci in natura. Len v prípade, že vydanie nehnuteľnosti už nebolo možné, nastupovalo finančné odškodňovanie.

U oprávnenej osoby fyzickej sa nevyžadovala podmienka štátneho občianstva a trvalého pobytu na jeho území. Ak vlastník odňateho majetku zomrel, alebo bol vyhlásený za mŕtveho, vec sa vydala ďalším oprávneným osobám:

- a./ dedičovi zo závetu, ak sa dožil dňa účinnosti zákona,
- b./ deťom vlastníka a jeho manželovi, ktorý žije ku dňu účinnosti zákona,
- c./ súrodencom, ktorí žijú ku dňu účinnosti zákona.

Matériu upravil podrobnejšie § 3 zákona.

Povinnou osobou bola organizácia spravujúca alebo vlastníaca odňatú vec. Boli to väčšinou štátne organizácie, národné výbory, bytové podniky, spotrebné a výrobné družstvá a iné právnické osoby. Podmienkou je, aby povinná osoba mala vec ku dňu účinnosti zákona t. j. do 01.11.1990. Výnimkou boli podniky so zahraničnou účasťou a obchodné spoločnosti, ktorých spoločníkmi boli výhradne fyzické osoby. Tieto sa nestali povinnými osobami.

Konanie o vydaní veci podliehalo obdobnému režimu ako je definovaný zákona 229/91 Zb., zákon o pôde. Oprávnená osoba sa písomnou výzvou obrátila na povinnú osobu a v nej požiadala, aby jej bola neodkladne vydaná. K výzve priložila dôkazné listiny, ako pozemnoknižnú vložku, identifikáciu parciel, výmer o odňatí alebo iné listiny preukazujúce, že vec bola odňatá, s oprávnenou dohodou o vydaní. Dohoda o vydaní podliehala registrácii Štátneho notárstva. Ak povinná organizácia dohodu o vydaní neuzavrela, žiadateľ sa mohol obrátiť na súd. Vec sa vydala oprávnenej osobe v takom stave, v akom sa ku dňu uzavretia dohody nachádza. Znehodnotenie alebo zhodnotenie vydávanej veci si účastníci upravujú v dohode.

Zákon nenašiel odozvu v praxi. Oprávnená osoba bola viazaná preukázať oprávnenosť výzvy podľa tohto zákona, a to listinami uvedenými v ods. 1. a 2. §6 cit. zákona (potvrdenie okresného národného výboru o tom v ktorom obvode sa žiadaná vec nachádza, o odňatí veci postupom podľa zákona č. 71/1959 Zb, 15/1959 Zb., alebo potvrdenie odvetvového ministerstva o znárodnení po roku 1955, alebo výmer tohto ministerstva o znárodnení, z listín musí byť zrejmé komu bola vec odňatá, a rozsah odňatej veci, ak bola poskytnutá náhrada tak v akej výške a pod., príslušná pozemnoknižná vložka) Oprávnené osoby neboli schopné v krátkom čase zabezpečiť tieto dôkazné listiny a tým odôvodniť oprávnenosť reštitučného nároku. Zákon nadobudol účinnosť dňa 01.11.1990 a posledný deň na uplatnenie nároku bol 30.04.1991. V dôsledku toho bolo potrebné vydať nové reštitučné zákony o zmiernení dopadov na poškodené právnické a fyzické osoby. Bol to zákon o pôde č. 229/91 Zb., zákon o zmiernení majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam č. 282/93 Z.z. a ďalšie právne predpisy.

Zvláštnosťou zákona č. 403/1990 Zb. bola absencia lehoty na podanie žaloby, a to v prípade, že vydanie nehnuteľnosti malo byť sporné, resp. povinná osoba túto vec odmietla vydať. Touto otázkou sa zaoberal Ústavný súd ČR, ktorý svojím rozhodnutím sp.zn.: R 34/93 rozhodol, že na podanie žaloby sa stanovuje lehota podľa platného Občianskeho súdneho poriadku, a to tri roky od podania výzvy na vydanie veci. Ak do tejto lehoty

oprávnená osoba žalobu nepodá, berie sa toto za premlčanie reštitučného nároku.¹¹

Ďalšou spornou otázkou sa ukázala napríklad povaha povinnej osoby. Z uvedeného reštitučného zákona nebolo zrejmé, či povinnou osobou boli aj poľnohospodárske družstvá (JRD), prihliadnuc k skutočnosti, že vládne nariadenie č. 15/1959 Zb. umožňovalo previesť zabraný majetok aj na JRD. Túto otázku rozriešil Vrchný súd v Prahe svojim rozsudkom sp.zn.: 3 Cdo 48/92, zo dňa 14. 12. 1993, ktorý rozhodol, že aj JRD sú podľa zákona č. 403/1990 Zb. povinnými osobami.¹²

Reštitúcie cirkevného majetku

Reštitúcie cirkvi a náboženských spoločnosti upravujú štyri právne normy, uvedené v predchádzajúcom texte tohto článku. Tieto sa delia na zákony, ktorými sa priamo prevádza vlastníctvo k nehnuteľným veciam (špecifikácia vecí podliehajúcich reštitúcii je uvedená v zákone, účinnosťou zákona sa vyznačí prechod vlastníctva v katastri nehnuteľností), špeciálne zákony, ktoré procesne cez jednostranné a dvojstranné právne úkony upravujú vydanie nehnuteľností, a kombinované zákony.

Najzávažnejším problémom, a aj najslabším miestom celého reštitučného procesu v tejto oblasti bolo preukázanie nároku, predovšetkým však preukázanie aktívnej legitimácie oprávnenej osoby, teda tej ktorej konkrétnej cirkvi a náboženskej spoločnosti.

Codex iuris canonici (ďalej v texte len CIC) v kánone č. 1256 ustanovuje : Vlastníctvo majetkov pod najvyššou autoritou Rímskeho veľkňaza patrí tejto právnickej osobe, ktorá tieto majetky nadobudla zákonne. Pri aplikácii zákona č. 282/93 Z.z. o reštitúcii cirkevného majetku dochádzalo k nejasnostiam, kto bol a ešte aj je vlastníkom značného majetku, ktorý sa po vzniku ČSR v roku 1918 dostal do jeho teritória. Išlo o poľnohospodársku a lesnú pôdu, ktorá do vzniku ČSR patrila pod právomoc Ostrihomského arcibiskupstva a o základiny Náboženskú a Študijnú. Oprávnené osoby sa domáhali od povinných vydania majetkov, ktoré vznikom ČSR prešli do teritória slovenských biskupstiev. Nemohli však predložiť dokument, v ktorom by posledným vlastníkom pred prechodom na štát, bola niektorá cirkevná právnická osoba. Pred prechodom na štát podľa zákona o revízii prvej pozemkovej reformy č. 142/47 Zb. boli v dokumentoch /pozemnoknižných vložkách/ zapísané cirkevné právnické osoby so sídlom v Maďarsku.

¹¹ Uznesenie ústavného súdu ČR, sp.zn.: R 34/93

¹² Rozsudok Vrchného súdu v Prahe, sp.zn.: 3 Cdo 48/92 zo dňa 14. 12. 1993

Povinné osoby odmietali nehnuteľnosti vydať a argumentovali ustanovením § 2 zákona č. 282/93 Z.z. podľa ktorého oprávnenými osobami sú štátom uznané cirkvi a náboženské spoločnosti so sídlom v SR. Cirkevné právnické osoby v pozemnoknižných vložkách uvádzané mali sídla v Maďarsku.

Na riešenie problému sa bolo treba pozerať z historického vývoja a zanedbania usporiadania vlastníctva podľa zmien vyvolaných novými skutočnosťami.

Po vzniku ČSR značné majetky Ostrihomského arcibiskupstva pripadli do nového štátu. Sídelní biskupi, poväčšine maďarskej národnosti, odmietli vykonať sľub vernosti Československej republike, ktorý vyžadoval zákon č. 64/1918 Zb.z.n. a odišli do Maďarska. Ministerstvo s plnou mocou pre správu Slovenska uvalilo na všetky cirkevné majetky nútenú správu. Na ich spravovanie zriadilo Centrálnu komisiu pre správu cirkevných majetkov, ktorú v roku 1923 vystriedala Likvidačná komisia pre správu cirkevných majetkov. V roku 1922 boli vysvätení prví Slovenskí biskupi, ktorí sa domáhali vrátenia správy cirkevných majetkov. Po vytýčení hraníc medzi ČSR a Maďarskom sa zistilo, že hranice štátu sa nekryjú s hranicami biskupstiev. Vo viacerých prípadoch mohli biskupi z Maďarska ovplyvňovať vývoj v ČSR. Rokovania medzi vládou ČSR a Vatikánom o usporiadaní vzťahov sa vyriešili v medzinárodnej dohode s názvom *M O D U S V I V E N D I*, z roku 1927.¹³

V dohode sa Svätá stolica zaviazala upraviť hranice biskupstiev v súlade s hranicami štátu. ČSR sa v bode druhom zaviazala zrušiť nútenú správu a cirkevné majetky vydať biskupstvám podľa teritoriálneho princípu. Svätá stolica vykonala dismembráciu arcibiskupstva Ostrihomského konštitúciou *Ad ecclaeiastici regiminis incrementum*, čím splnila záväzok daný v *Mode vivendi*. Vláda ČSR zrušila nariadením č. 204/1937 Zb.z.n., všetky nariadenia ministra s plnou mocou pre správu Slovenska. Tým boli upravené majetkové vzťahy. Svätá stolica dezignovala rozhodnutím č. 1620/1935 apoštolského administrátora, Mons. Dr. Pavla Jantauscha za správcu cirkevných majetkov, ktoré sa nachádzali na území trnavskej diecézy. Podľa CIC can. 1276 § 1. Ordinárovi /t.j. biskupovi/ patrí bedlivo dohliadať na spravovanie všetkých majetkov, ktoré patria verejným právnickým osobám jemu podliehajúcim. Dr. Pavol Jantausch, hoci bol biskupom, nepatril mu funkcia správcu majetkov ipso lege, lebo nebol biskupom sídelným, Neuznala ho totiž vláda ČSR. Svätá stolica riešila prípad tak, že ho urobila sídelným biskupom v Smyrne, v Trnave zriadila

¹³ Moravčíková, M., Cipár, M.: Ekonomické zabezpečenie cirkvi a náboženských spoločností, Ústav

Apoštolskú administratúru a poverila ho riadením biskupstva a jeho majetkov, nakoľko správu majetkov Arcibiskupstva Ostrihomského v inom štáte vykonávať nemohlo. ThDr. Pavol Jantusch mal prevziať aj majetkovo usporiadať všetky majetky v Trnavskej diecéze. Nestihol to. Vlastnícke pomery sa prvou pozemkovou reformou značne zmenili. Vzťahy medzi Nemeckou ríšou a Československom sa priostrovali, až vec dospela k Viedenskej arbitráži 2.11.1938, podľa ktorej Slovensko stratilo celú južnú časť. Po okupácii južného Slovenska Maďarskom, svätá stolica upravila správu konštitúciou *Diecesum fines*. Majetky pričlenila znovu pod správu Ostrihomu. Po navrátení okupovaného územia do ČSR opäť Svätá stolica upravila správu konštitúciou *prescriptionum sacro-sancti*. Tým sa znovu zrealizovala dohoda z *Modu vivendi*.

Vzhľadom na to, že majetky prešli do vlastníctva štátu podľa zákona o revízií prvej pozemkovej reformy, zák. č. 142/1947 Zb., povinné osoby pochybovali o oprávnenosti Rímskokatolíckej cirkvi požadovať vydanie, najmä keď posledným vlastníkom pred prechodom na štát bola v pozemnoknižných vložkách ako vlastník zapísaná cirkev, ktorá nemala sídlo v SR. Spor riešil Štátny sekretariát Svätej stolice dokumentom zo dňa 11. 3. 1996 č. 2172/96/RS tak, že naviazal na Konštitúciu *Praescriptionum sacrosancti* z 30.12.1977 a vo výklade potvrdil, že vlastníckmi majetkov, ktoré do vzniku ČSR patrili pod Ostrihomskú diecézu, ako aj do správy kláštora na hore Panonhalskej a po vzniku Slovenskej republiky patria do územia diecézy trnavskej, nitrianskej a košickej, sú právnické osoby Cirkvi rímskokatolíckej podľa územného princípu.

Pápež Klement XIV. v roku 1773 zrušil mnohé kontemplatívne cirkevné rády – Jezuitov, Paulínov, Kamaldulov, Klarisky a pod. Majetok zrušených radov dal do správy arcibiskupstva ostrihomského. Iný pohľad na to malo cisárovná Mária Terézia. Snažila sa majetky previesť pod Korunu a o nich sama rozhodovať. Spor, ktorý z toho vznikol medzi ňou a pápežom sa nakoniec vyriešil tak, že súhlasila, aby pôvodné cirkevné majetky sa dali na účely zvyšovania vzdelanosti kléru/občanov, ktorí budú mať záujem. V roku 1777 vydala tzv. *Ratio educationis*, čiže systém vzdelávania. Z výnosov majetku zakladala školy, semináre kňazského dorastu a pod. Veľkú časť tohto majetku použila na zriadenie základín s názvom Študijná základina a základina Náboženská. Keďže išlo o značné majetky, viedli sa o jeho charaktere spory. Jedná časť štátneho aparátu ich považovala za majetky cirkevné, kým druhá sa snažila začleniť ich do majetkov eráru. Syn Márie Terézie Jozef II majetky oboch základín inkameroval, t.j. previedol ich do vlastníctva štátu. Po jeho smrti cisár František I inkameráciu zrušil a navždy zakázal obe základiny považovať za majetok štátu, lebo obe sú *PIAE FUNDATIONES*¹⁴, patria jedine katolíkom, pretože ich majiteľmi

¹⁴ Bušek, Henrich, Vlačková, Müller: Československé cirkevné zákony, Pražské nakladatelství, Praha 1931, s. 662

boli cirkevné právnické osoby. Napriek tomu zápas o ich vlastníctve pokračoval.

V Konkordáte¹⁵ z roku 1855 uzavretom medzi cisárom Františkom Jozefom I. a pápežom Piom IX. v článku 29 došlo k dohode, kde cisár uznáva, že majetky, ktoré tvoria základinu Študijnú a základinu Náboženskú, sú svojim pôvodom majetkom cirkevným a budú dané do správy príslušných biskupov. Zápas nepoľavil ani po Rakúsko – uhorskom vyrovnaní v roku 1867 a dostal sa na rokovanie parlamentu. Parlament zriadil komisiu, ktorej účelom bolo záležitosť preskúmať a podať správu. Správa poslancov grófa Alberta Appónyho a Ištvána Appátyho z roku 1880¹⁶ došla k záveru, že ide o majetok cirkevný a nie majetok verejných základín. Tým bola otázka charakteru základín v parlamente odložená. Po vzniku ČSR boli jej majetky dané pod vnútenú správu cirkevných majetkov a do správy Centrálnej komisie cirkevných majetkov a od roku 1923 do Likvidačnej komisie cirkevných majetkov. Modusom vivendi bola vnútená správa zrušená. Obe základiny však neprešli pod správu príslušných biskupstiev, ale dostali sa do Správy verejných základín. V roku 1946 Povereníctvo školstva a národnej osvety, pod ktoré verejné základiny patrili, zrušilo Centrálnu správu verejných základín čím majetok týchto základín prešiel pod Odbor pre správu verejných základín.¹⁷

Napriek histórii, povinné osoby zdôrazňovali, že základiny boli cez dve storočia v správe verejných základín, ktoré spravovali rôzne štátne orgány, naposledy v roku 1880 Uhorské ministerstvo kultu a verejného vyučovania a preto nemôžu byť vlastníctvom Cirkvi. Povinná osoba v tom značne pochybila, nakoľko správa nemôže zakladať vlastnícke právo i keby správu vykonávala obec, kraj, štát, alebo akákoľvek právnická osoba, ak nebola vydaná vkladu schopná listina na takýto nehnuteľný majetok.

Zákon č. 282/93 Z.z., v znení neskorších predpisov sa vzťahuje na zmiernenie následkov niektorých majetkových krívd odňatím vlastníckeho práva k nehnuteľným veciam a veciam hnutelným na základe rozhodnutí štátnych orgánov, občiansko – právnych a správnych aktov vydaných v období od 8. mája 1945, židovským náboženským obciam od 2. novembra 1938 do 1. januára 1990 (rozhodné obdobie) v rozpore s demokratickými

¹⁵ Reichs - gesetz – Blat, Berlín, 1855, s. 195

¹⁶ Správy poslancov A. Aponyiho a A. Apátyho poslancov parlamentu a komisie poslaneckej snemovne,

Spoločnosť Sv. Štefana Budapešť, 1883

¹⁷ Nález Najvyššieho Správneho súdu ČSR č. 3501/BOH. zo dňa 17. 4. 1924

zásadami spoločnosti, rešpektujúcej práva občanov vyjadrené najmä Chartou Organizácie Spojených národov, Listinou základných práv a slobôd a príslušnými medzinárodnými paktami o občianskych, politických, hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach. Účastníkmi reštitučného konania sú osoby oprávnené a osoby povinné.

Oprávnenými osobami sú štátom registrované cirkvi a náboženské spoločnosti so sídlom v Slovenskej republike vrátane ich častí, ktoré majú právnu subjektivitu (zák. č. 308/91 Z. z.), ktorých vec prešla do vlastníctva štátu alebo obce v rozhodnom období v prípadoch uvedených v ďalšom texte. Oprávnenými osobami nie sú len cirkvi a náboženské spoločnosti, ale aj ich časti. Časťami cirkvi sú právnické osoby s odvodenou právnu subjektivitou, ako rehole, rády, kongregácie, cirkevné spolky, školy, nemocnice, domovy dôchodcov, a podobne, t. j. tie organizácie, ktorých zakladateľom bola cirkev a ktorým priznala právnu subjektivitu.

Povinnými osobami sú štát, obec, štátom alebo obcou založené alebo zriadené právnické osoby a právnické osoby zriadené zákonom, ktoré hospodária s majetkom štátu alebo obce, prípadne ho spravujú a ku dňu účinnosti zákona vec držia s výnimkou právnických osôb so zahraničnou majetkovou účasťou a obchodných spoločnosti, ktorých spoločníkmi alebo účastníkmi sú výhradne fyzické osoby. Povinnými osobami sú aj fyzické osoby, ktoré nadobudli vec od štátu v rozpore s vtedy platnými predpismi alebo na základe protiprávneho zvýhodnenia nadobúdateľa. Povinnými osobami sú aj obce. Obce boli zriadené v roku 1990 zákonom č. 369/1990 Z.z. ako samosprávne územné jednotky. Do roku 1990 to boli národné výbory. Neboli samosprávnymi územnými jednotkami, ale orgánmi štátnej moci. Nehnutelnosti, ktoré spravovali neboli ich majetkom, ale majetkom štátu.

Pokiaľ ide o administratívny postup pri uplatňovaní si nároku, oprávnená osoba v súlade s § 5 zákona 282/1993 Z.z. uplatnila svoj nárok u povinnej osoby výzvou na vydanie v lehote 12 mesiacov od účinnosti zákona (do 01.01.1994, novela č. 97/2002 Z.z. predĺžila túto lehotu, a to pre podanie výzvy 12 mesiacov od účinnosti novely). Povinná osoba mala povinnosť uzavrieť s oprávnenou osobou dohodu o vydaní do 90 dní od doručenia výzvy. Ak povinná osoba nevyhovela výzve, oprávnená osoba sa môže obrátiť na súd a to v lehote do 15 mesiacov od doručenia výzvy. Inak právo zaniká.

Vec sa vydáva v takom technickom stave v akom sa nachádzala ku dňu účinnosti zákona. Oprávnená osoba a povinná osoba si nemohli voči sebe uplatňovať iné nároky súvisiace s vydanou vecou, ako sa uvádzajú v zákone. Oprávnená osoba musela svoj nárok preukázať. Preukázanie sa deje dôkaznými dokumentmi ako sú: pôvodná pozemnoknižná vložka v originálnom prevedení, rozhodnutie o odňatí, identifikácia parciel, snímka z mapy, prípadne geometrický plán, ak v jeho ploche alebo tvare nastali zmeny.

Zákon upravuje 282/1993 Z.z. upravuje aj výnimky z povinnosti vydať veci. Vydať nemožno napríklad pozemky alebo ich časti ak pozemok bol po prevode alebo prechode do vlastníctva štátu alebo právnickej osoby zastavaný.

Týmto ustanovením zákon zamedzuje vzniku rozdielneho vlastníctva ku pôde a ku stavbe. Zákon nestanovuje, kedy sa považuje pozemok za zastavaný. Je to vydaním stavebného povolenia, začatím stavebných prác, kolaudáciou alebo až po zápise stavby vkladom na list vlastníctva. Túto otázku ponecháva na iné normy. Problém však nerieši ani stavebný zákon, ani nijaký iný predpis. Ďalší problém robia stavby začaté pred účinnosťou zákona a stavby, ktoré sa začali po účinnosti zákona.

Ak bol pozemok zastavaný stavbou, ktorá slúži pre zariadenia telesnej výchovy a športu, telesnej kultúry, zdravotníctva, poskytovanie sociálnej starostlivosti, pre školské účely a pod. nemožno vydať ani susediace pozemky slúžiace na tieto účely.

Vydaním veci sa cirkev neujíma hospodárenia s vecou. Dňom prevzatia nehnuteľných vecí vstupuje oprávnená osoba do práv a záväzkov, ktoré mala povinná osoba a to u bytov, nebytových priestorov, ako aj pozemkov. Ak povinná osoba vydanú nehnuteľnosť zhodnotila, má nárok na náhradu zhodnotenia podľa platných predpisov.

Zákon nemá ustanovenia o náhrade, či už vecnej, či finančnej za nehnuteľnosti, ktoré podľa reštrikčného ustanovenia § 7 nie je možné vydať. V tomto je zákon voči cirkvám a náboženským spoločnostiam oproti iným zákonom diskriminačný.

Ako som vyššie uviedol, zákon č. 282/1993 Z.z. bol novelizovaný zákonom č. 97/2002 Z.z. Novelizácia sa týka lesného fondu v národnom parku, hospodárskych budov a ostatných stavieb slúžiacich lesnej výrobe, lesných ciest postavených z investičných prostriedkov štátu. Rieši aj problematiku Nemeckej evanjelickej cirkvi v Slovenskej republike, vrátane jej organizačných jednotiek.

Nie všetky nehnuteľnosti boli cirkvám a náboženským spoločnostiam vydané. Zásahy do vnútorného života cirkví spôsobili, že majetkové doklady o pôvodnom vlastníctve časťami raziarmi bezpečnostných orgánom sa znehodnotili. Tým, že v roku 1964 sa prestali vykonávať zápisy o právnych vzťahoch do pozemkových kníh a evidencia v geodézii bola v dôsledku neplnenia povinností o nahlasovaní zmien v užívateľských vzťahoch neúplná, cirkvi a náboženské spoločnosti nestačili v lehote zákona č. 282/93 Z.z. doložiť svoje nároky, bolo potrebné vydať ďalší zákon. Bol ním zákon č. 161/2005 Z.z. o navrátení vlastníctva k nehnuteľným veciam

cirkvám a náboženským spoločnostiam a o prechode vlastníctva k niektorým nehnuteľnostiam.

Podľa tohto zákona sa vydáva poľnohospodárska pôda, hospodárske budovy a iné stavby patriace k pôvodnej hospodárskej usadlosti, lesný pôdny fond, hospodárske stavby a ostatné stavby súvisiace s ním, podiely spoločnej nehnuteľnosti. Rozhodujúcim obdobím je 8. máj 1945, u židovských náboženských obcí 2. november 1945 do 1. januára 1990. Oprávnenými osobami sú tie isté ako sú uvedené v zákone č. 282/1993 Z.z.. Právne tituly vydania sa tu rozšírili o zákon č. 81/1949 Zb. SNR o úprave právnych pomerov pasienkového majetku bývalých urbárikov, komposesorátov a podobných právnych útvarov a zákona č. 2/1958 Z. SNR o úprave pomerov a obhospodarovaní spoločne užívaných lesov bývalých urbarialistov a podobných útvarov.

Za povinnú osobu sa v zmysle danej právnej úpravy považuje právnická osoba, ktorá ku dňu účinnosti zákona spravuje veci vo vlastníctve Slovenskej republiky, obce alebo nehnuteľnú vec drží.

Právo na navrátenie vlastníctva sa uplatňovalo výzvou (písomnou) u povinnej osoby do 30. apríla 2006. Pri uplatnení nároku tu bola povinnosť preukázať nárok už vo výzve. Povinná osoba mala povinnosť uzavrieť s oprávnenou osobou dohodu o vydaní do 60 dní od doručenie výzvy. Ak povinná osoba nevyhoví výzve, alebo jej sídlo nie je známe, môže oprávnená osoba uplatniť svoj nárok na súde do 12 mesiacov od doručenie výzvy.

Krivdy spôsobené cirkvám a náboženským spoločnostiam riešili aj ďalšie špeciálne zákony. U týchto zákonov sa odňatá nehnuteľnosť vydávala ex lege. Už samotný zákon stanovuje, ktoré nehnuteľnosti sa vracajú pôvodnému vlastníkovi. Tak je tomu v zákone č. 298/1990 Zb. o úprave niektorých majetkových vzťahov, rehoľných rádov a kongregácií a arcibiskupstva olomouckého. Tento zákon sa vzťahoval poväčšine na rehole a rády v Českej časti republiky. Slovenská Národná rada prijala podobný zákon pre slovenskú časť Českej a Slovenskej Federatívnej republiky. Bol to zákon č. 338/1991 Zb. o zmiernení následkov niektorých majetkových krívd spôsobených cirkvám a náboženským spoločnostiam. Podobné ustanovenia, kde sa menovite určuje, ktoré nehnuteľnosti sa vracajú, majú aj zákony všeobecné č. 97/2002 Z.z. a zákon č. 161/2005 Z.z. Takto postavené zákony sú hybridné a nesytemové.

Záver

Záverom tohto článku chcem zhodnotiť a zároveň poukázať na skutočnosť potreby naprávať krivdy, ktoré spôsobil predchádzajúci právny režim. Súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky sú právne normy, ktoré sa spôsobom reštitúcie resp. rehabilitácie snažia tieto krivdy naprávať. Tieto práve normy sú často nedokonalé, nepremyslené a je ich potrebné

meniť v prospech poškodeného. Mnohé sporné otázky sú toho času už zodpovedané právoplatnými a vykonateľnými rozhodnutiami súdov, a tiež správnych orgánov. Mnohé je potrebné riešiť v rámci sporových konaní. Domnievam sa, že súčasná demokratická spoločnosť bude riešiť ešte mnohé reštitučné otázky, ktoré bude môcť zodpovedať jedine vydaním príslušnej právnej normy. Preto je potrebné novej právnej legislatíve venovať primeranú pozornosť.

Literature:

- Bušek, Henrich, Vlačková, Müller: Československé cirkevné zákony, Pražské nakladatelství, Praha 1931.
- Gaisbacher, J. a kol.: Základy pozemkového práva Komentár. Šamorín: HEURÉKA, 1998.
- Kindl, M.: Restituce v soudní praxi, C.H. BECK, Praha
- Lazar, J.: Základy občianskeho práva hmotného, komentár. Bratislava, IURA EDITION, spol. s.r.o., 2004.
- Moravčíková, M., Cipár, M.: Ekonomické zabezpečenie cirkvi a náboženských spoločností, Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi, Bratislava, 2001.
- Nález Najvyššieho Správneho súdu ČSR č. 3501/BOH. zo dňa 17. 4. 1924.
- Rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR v Prahe, zp.zn.: Cpjn 50/93
- Rozsudok Vrchného súdu v Prahe, sp.zn.: 3 Cdo 48/92 zo dňa 14. 12. 1993
- Správy poslancov A. Aponyiho a A. Apátyho poslancov parlamentu a komisie poslaneckej snemovne, Spoločnosť Sv. Štefana Budapešť, 1883.
- Špáček, J., Berešová, E.: Zemědělské restituce a soudní praxe. Praha, C.H. BECK.
- Špaňár, J.: Latinsko slovenský – slovensko latinský slovník. Bratislava, SPN, 1969.

- Štefanko, J.: Prvý občiansky zákonník, komentár. Šamorín, HEURÉKA, 1999.
- Tomašovičová, J. a kol.: Katastrálny zákon a komentár. Žilina, EPP, 2001.
- Uznesenie ústavného súdu ČR, sp.zn.: R 34/93
- Zjednocujúce stanovisko správneho kolégia NS SR sp.zn.: Rc 45/98 zo dňa 4. júna 1998.

Contact – email

rjablonovsky@k-partners.sk

ÚSTAVNOPRÁVNE ASPEKTY PRINCÍPOV DOBREJ VEREJNEJ SPRÁVY, SÚDNA JUDIKATÚRA A OCHRANA PRÍRODY¹

SOŇA KOŠIČIAROVÁ

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Katedra správneho práva,
práva životného prostredia a finančného práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Verejná správa zohráva kľúčovú úlohu v demokratickej spoločnosti – orgány verejnej správy vykonávajú aktivity v početných oblastiach. Ich činnosť vplýva na práva a záujmy súkromných osôb a vnútroštátna úprava i rôzne medzinárodné nástroje, osobitne nástroje Rady Európy, prinášajú osobám určité práva vo vzťahu k verejnej správe.

Úlohou referátu je analyzovať význam Ústavy Slovenskej republiky a odporúčania Výboru ministrov Rady Európy členským štátom CM/Rec (2007) 7 v oblasti správneho konania na úseku ochrany prírody.

Key words in original language

Ústava Slovenskej republiky; princípy dobrej verejnej správy; odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy členským štátom CM/Rec (2007) 7; ochrana prírody.

Abstract

Public authorities play a key role in democratic societies; they are active in numerous spheres. Their activities affect private persons' rights and interests and national legislation and various international instruments, particularly those of the Council of Europe, offer these persons certain rights with regard to the administration.

The aim of the paper is to analyze the role of Slovak constitution and the Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers in the field of the administrative procedure on nature protection.

Key words

Constitution of the Slovak Republic; principles on good administration; Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to member states on good administration; nature protection.

¹ Tento článok bol vyhotovený v rámci projektu VEGA (č. 1/0319/10) „Správne súdnictvo“.

Úvod

Princípy dobrej verejnej správy tvoria súčasť princípov európskeho správneho práva. Dôležitú úlohu pri ich presadzovaní zohráva aj Rada Európy, či už prostredníctvom jej dokumentov prijatých vo forme rezolúcií alebo odporúčaní Výboru ministrov Rady Európy, alebo judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva.

Princípy dobrej verejnej správy sú v súčasnosti komplexným spôsobom uvedené v odporúčaní Výboru ministrov Rady Európy členským štátom CM/Rec (2007) 7 o dobrej verejnej správe (ďalej len ako „odporúčanie CM/Rec (2007) 7“)¹.

Možno ich rozčleniť na princípy hmotnoprávneho charakteru (princíp viazanosti právom, rovnoprávnosti, neustrannosti, proporcionality, právnej istoty, konania v primeranej časovej lehote, participácie, úcty k súkromiu a transparentnosti a princíp zodpovednosti verejnej správy) a na princípy procesnoprávneho charakteru (čl. 12 až 22).

Cieľom nášho príspevku je poukázať na tie ustanovenia Ústavy Slovenskej republiky, ktoré podporujú presadzovanie vybraných princípov dobrej verejnej správy procesnoprávneho charakteru uvedených v odporúčaní CM/Rec (2007) 7 a ktoré by mali byť premietnuté aj v slovenskej právnej úprave správneho konania podľa zákona č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov.

Ústavné právo na spravodlivý proces

P. Svoboda definuje základné procesné právo ako právo na ustanovený postup pri vydávaní a výkone rozhodnutí správnych orgánov. Uvedené právo je čiastočne vyjadrené v čl. 36 ods. 1 a 4 Listiny základných práv a slobôd² (ďalej len ako „Listina“) a v čl. 46 ods. 1 a 4 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len ako „ústava“).

¹[http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec\(2007\)7_en.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec(2007)7_en.pdf)

² SVOBODA, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení. Praha: Linde Praha, a. s. 2007, s. 127, ISBN 978-80-7201-676-1.

Z obsahu znenia predmetných ustanovení sa analogicky odvodzuje aj existencia všeobecného práva osoby na stav, keď v demokratickom a právnom štáte (čl. 1 ods. 1 ústavy) orgány verejnej moci konajú iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon (čl. 2 ods. 2).

Uvedená ústavnoprávna požiadavka je obzvlášť dôležitá v prípade postupov správnych orgánov, v ktorých sa rozhoduje o právach, právom chránených záujmoch a povinnostiach konkrétnych právnických a fyzických osôb. Prípadnú absenciu takejto regulácie by bolo potrebné kvalifikovať ako porušenie čl. 46 ods. 1 ústavy upravujúceho právo na súdnu a inú právnu ochranu.

V európskom kontexte sa však uvedené právo chápe širšie, t. j. nielen ako právo osoby na to, aby bol postup orgánu upravený zákonom v situácii, keď sa rozhoduje o konkrétnych právach a povinnostiach osôb (napr. v správnom konaní), ale aj v situácii, keď orgány prijímajú správne akty so všeobecne záväzným právnym účinkom, spôsobilé ovplyvniť neurčený počet osôb.

Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 v tejto súvislosti, v časti upravujúcej pravidlá vzťahujúce sa na procesný postup vykonávateľov verejnej správy, definuje pojem „administratívne rozhodnutie“ tak, že na účely kódexu dobrej verejnej správy za ne považuje tzv. regulačné a neregulačné rozhodnutia. Obsah regulačných rozhodnutí tvoria všeobecne záväzné pravidlá; neregulačné rozhodnutia odporúčanie člení na individuálne (adresované jednej osobe alebo viacerým konkrétnym osobám) a iné.

Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 sa pritom výslovne zmieňuje o práve súkromných osôb zúčastniť sa prijímania určitých neregulačných rozhodnutí (to be involved in certain non-regulatory decisions). V čl. 15 ods. 1 uvádza, že „ak zamýšľa orgán verejnej správy prijať neregulačné rozhodnutia, ktoré môžu mať vplyv na bližšie neurčený počet osôb, ustanoví postupy umožňujúce účasť týchto osôb na rozhodovacom procese (napríklad prostredníctvom písomných komentárov, vypočúvaní, zastúpenia v poradnom zbore kompetentného orgánu, konzultácií a prieskumov verejnej mienky). Aby osoba mohla toto svoje právo uplatniť, odporúčanie v čl. 15 ods. 2 ustanovuje, že členské štáty Rady Európy by mali za týmto účelom zainteresovanej osobe garantovať:

- právo byť jasne informovaná o návrhu rozhodnutia,
- právo na to, aby jej bola poskytnutá príležitosť vyjadriť jej názor.

I takéto zákonom upravené postupy majú – podľa odporúčania – prebiehať v primeranej časovej lehote.

Práva zainteresovaných osôb podľa čl. 15 odporúčania sa v zákone premietajú v právnej úprave vyhlasovania ochrany osobitne chránených častí prírody a krajiny a tvorby (resp. zmeny) koncepčných nástrojov ochrany prírody a krajiny.

Vyhlasovanie ochrany osobitne chránených častí prírody a krajiny sa na Slovensku realizuje formou všeobecne záväzných právnych predpisov. Ustanovenie § 50 zákona č. 543/2002 Z. z. garantuje právo vlastníka (správcu, nájomcu) pozemku dotknutého zamýšľanou ochranou, ktorého možno zistiť z evidencie v katastri nehnuteľností, a dotknutej obci právo na písomné oznámenie zámeru vyhlásiť chránený krajinný prvok, chránený areál, prírodnú rezerváciu, prírodnú pamiatku, chránené vtáčie územia, zóny chráneného územia alebo chránený strom. Oznámenie zámeru obsahuje najmä základnú charakteristiku zámeru na vyhlásenie ochrany, miesto jeho realizácie. Ak je dotknutý väčší počet vlastníkov pozemkov alebo ak ich pobyt nie je známy, možno oznámenie zámeru doručiť verejnou vyhláškou.

Obec je povinná do 15 dní od doručenia oznámenia zámeru informovať o ňom verejnosť vo svojom územnom obvode a umožniť nahliadnuť doň na obvyklom mieste, najmä na úradnej tabuli, najmenej po dobu 15 dní.

Vlastník (správca, nájomca) dotknutého pozemku a obec má právo najneskôr do 30 dní od doručenia oznámenia zámeru alebo jeho verejného oznámenia podať k nemu písomné pripomienky orgánu ochrany prírody. Orgán ochrany prírody je povinný najneskôr do 30 dní pripomienky prerokovať s tým, kto ich podal.

Vzhľadom na skutočnosť, že uplatňovanie schváleného koncepčného nástroja ochrany prírody v praxi môže v konečnom dôsledku nepriamo vplyvať na právny status konkrétnych právnických alebo fyzických osôb, právna úprava – a to aj pod vplyvom komunitárneho práva – zakotvuje povinnosť orgánu ochrany prírody návrh prerokovať aj s dotknutými právnymi subjektmi. Podľa § 54 od. 5 zákona č. 543/2002 Z. z. orgán obstarávajúci program starostlivosti o chránené územia, chránené stromy a o územia medzinárodného významu, je povinný prerokovať navrhované opatrenia praktickej starostlivosti so známymi vlastníkmi (správcami, nájomcami) dotknutých pozemkov.

Špeciálnym subjektom v tomto postupe môže byť aj mimovládna záujmová organizácia. Podľa § 54 ods. 18 zákona č. 543/2002 Z. z. má osobitné postavenie v procese tvorby dokumentácie ochrany prírody a krajiny pri jeho pripomienkovaní občianske združenie, ktorého cieľom podľa stanov (alebo ich zmien) platných najmenej jeden rok je ochrana prírody a krajiny. Zákon ukladá orgánu ochrany prírody určité povinnosti voči takémuto občianskemu združeniu, ak ho požiadalo, aby ho písomne upovedomil o obstarávanej dokumentácii a predpokladanom termíne jej schvaľovania. Orgán ochrany prírody, ktorému takáto žiadosť bola doručená, je povinný písomne upovedomiť občianske združenie o obstarávanej dokumentácii

ochrany prírody a krajiny a predpokladanom termíne jej schvaľovania, a to najneskôr do siedmich dní odo dňa doručenia žiadosti.

V oboch typoch postupov platí, že pripomienky zainteresovaných osôb nie sú pre orgán ochrany prírody záväzné; ten ich teda môže, ale nemusí rešpektovať.

Ústavné právo na spravodlivý proces vyjadrujúce požiadavku, aby zákon upravoval postup pri vydávaní a výkone rozhodnutí správnych orgánov, sa premieta do právnej úpravy pravidiel procesnoprávneho charakteru. V právnom štáte sa pritom uplatňuje princíp, že postup prebieha na základe procesných pravidiel účinných v čase začatia postupu. Toto by malo platiť i v prípade, ak v priebehu postupu nadobudne účinnosť nová právna úprava. Za týmto účelom by mal nový zákon výslovne ustanoviť, že postupy, ktoré neboli dokončené ku dňu účinnosti nového zákona, sa dokončia podľa doterajšieho právneho predpisu. Takáto legislatívna prax je v súlade s čl. 1 ods. 1, ústavy zaručuje právnu istotu osobám, o ktorých právach a povinnostiach sa rozhoduje, lebo zabraňuje zmene pravidiel rozhodovania v priebehu začatého konania. Príkladom môže byť § 104 ods. 2 zákona č. 543/2002 Z. z., ktorý ustanovil, že „konania, ktoré neboli dokončené do dňa účinnosti tohto zákona, dokončia sa podľa doterajšieho právneho predpisu. Právne účinky úkonov, ktoré v konaní nastali pred účinnosťou tohto zákona, zostávajú zachované.“ Uvedené pravidlo by sa malo uplatňovať aj v prípade novelizácie právnej úpravy, keď nový zákon neobsahuje intertemporálne ustanovenia.³

³ Obdobne rozhodol Najvyšší správny súd rozhodnutím z 27. marca 2009 (č. k. 4 As 71/2008 – 123) vo veci udelenia výnimky z ochranných podmienok osobitne chránených druhov živočíchov vyskytujúcich sa na území navrhovanej stavby podľa § 56 zákona č. 114/1992 Zb. zo zákazov uvedených v § 50 tohto zákona. Rozhodnutie žalovaného správneho orgánu bolo vydané po tom, ako sa predchádzajúce správne konania právoplatne skončili rozhodnutím z 5. septembra 2005 (právoplatnosť nadobudlo 27. septembra 2005). Toto rozhodnutie bolo následne zrušené rozsudkom Mestského súdu v Prahe z 24. augusta 2006 (č. k. 11 Ca 276/2005-40). Zákon č. 500/2004 Zb. (správny poriadok) nadobudol účinnosť 1. januára 2006. Pred týmto dátumom bolo teda konanie právoplatne skončené a rozhodnutie bolo právoplatné k dátumu nadobudnutia účinnosti nového správneho poriadku. K zrušeniu právoplatného rozhodnutia žalovaného orgánu súdom došlo za účinnosti nového správneho poriadku.

Najvyšší správny súd v tejto súvislosti aplikoval § 179 zákona č. 500/2004 Zb. Dikcia ods. 1 a 2 tohto zákonného ustanovenia znie: (1) Řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohto zákona, se dokončí podle dosavadních předpisů. Bylo-li rozhodnutí před účinností tohto zákona zrušeno a vráceno k novému projednání správnímu orgánu, postupuje se podle dosavadních předpisů. (2) Bylo-li řízení pravomocně skončeno před účinností tohto zákona, postupuje se při přezkumném řízení, obnově řízení nebo vydávaní nového rozhodnutí podle tohto zákona, včetně lhůt, v nichž lze takové řízení zahájit.“ Podľa názoru súdu bolo v danom prípade potrebné aplikovať pravidlo, že po zrušení právoplatného správneho rozhodnutia, ku ktorému došlo už za účinnosti nového správneho poriadku, sa v ďalšom konaní postupuje podľa tohto nového procesnoprávneho predpisu.

V ďalšom texte sa budeme zaoberať právnou úpravou práva na spravodlivý proces len v rámci postupov orgánov ochrany prírody, ktoré majú charakter správneho konania.

Ústavné právo na spravodlivý proces implicitne zahŕňa právo priamo dotknutej osoby byť účastníkom postupu, v ktorom sa vydáva akt vykonávateľa verejnej správy.

Platná zákonná úprava, ktorá by vylučovala takúto osobu (t. j. osobu, o ktorej možno odôvodnene predpokladať, že výsledok postupu orgánu priamo ovplyvní jej právne postavenie), treba považovať za úpravu porušujúcu čl. 46 ods. 1 ústavy. Ústavný súd Českej republiky vo svojom náleze N č. 42/2000 zv. 17 Zbierky ÚS v tejto súvislosti uviedol, že „je treba trvať na tom, aby zákonodarce pri špecifickom vymezení účastenství nevyloučil a priori subjekty, u kterých lze možnost zásahu do jejich prav z povahy řízení důvodně předpokládat“. Je pritom právne irelevantné, či osoba má hmotnoprávny vzťah k veci alebo či iba tvrdí existenciu tohto vzťahu k veci (spomeňme si na znenie legálnej definície účastníka správneho konania podľa § 14 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov).

Zákon č. 543/2002 Z. z. zakotvuje vo svojej šiestej časti osobitné pravidlá pre správne konanie, ktoré majú prednosť pred všeobecnou úpravou správneho konania.⁴

V § 82 ods. 3 upravuje špeciálnym spôsobom účastníkov konania o vydanie súhlasu alebo povolenie výnimky na činnosti v chránenom území. Za

Kolektiv odboru řízení státní správy: Judikatura v právu životního prostředí 2009. Praha: Ministerstvo životního prostředí České republiky 2010, s. 11 – 12, č. j.: 52711/ENV/10, 1020/420/10.

⁴ Vzťah *lex specialis derogat legi generali* aplikoval aj Ústavný súd Českej republiky vo svojom náleze z 12. júla 2006 (sp. zn. IV. ÚS 208/04). Vznik účastníctva v správnom konaní o stanovení zóny havarijného plánovania odvodil z § 70 ods. 2 zákona č. 114/1992 Zb. o ochrane prírody a krajiny, ktoré výslovne upravuje účastníctvo občianskeho združenia alebo jeho organizačnej jednotky, ktorého hlavným poslaním podľa stanov je ochrana prírody a krajiny v správnych konaniach, pri ktorých môžu byť dotknuté záujmy ochrany prírody a krajiny chránené podľa tohto zákona. Vznik účastníctva bol závislý na posúdení otázky, či rozhodnutie má takýto charakter. Najvyšší správny súd v odôvodnení svojho rozhodnutia zdôraznil, že účastníctvo sťažovateľa vzniknúť nemohlo, preto takýto charakter rozhodnutie o stanovení zóny havarijného plánovania nemá, nakoľko upravuje len oblasť opatrení na ochranu obyvateľstva. Ani ústavný súd sa z tohto dôvodu nedomnieval, že by v tomto prípade bolo porušené právo na spravodlivý proces sťažovateľa.

Bahýľ, J. – Bahýľová, L. – Kocourek, T.: Příklady a judikatura z práva životního prostředí. Praha: Leges 2010, s. 204, ISBN 978-80-87212-46-2

účastníka tohto konania považuje len žiadateľa. V praxi pritom môže ísť o osobu odlišnú od vlastníka (správcu, nájomcu) pozemku, na ktorom sa má požadovaná činnosť vykonávať. V takom prípade je žiadateľ povinný ako prílohu k žiadosti priložiť aj súhlas vlastníka, správcu, prípadne nájomcu (ak mu takéto oprávnenie vyplýva z nájomnej zmluvy) pozemku. Zdá sa, že takáto právna konštrukcia by mala byť dostatočná, pokiaľ ide o ochranu vlastníka pozemku, nakoľko bez jeho súhlasu nemôže orgán ochrany prírody vo veci rozhodnúť. Problém však nastáva napríklad v okamihu, keď orgán na základe úplnej žiadosti súhlas vydá alebo povolí výnimku a vlastník pozemku podá proti neprávoplatnému rozhodnutiu opravný prostriedok. Je teda na mieste vyriešiť otázku, či by mal správny orgán považovať takéto podanie za úkon, ktorý nemôže vyvolať zamýšľaný právny účinok. Odpoveď – v kontexte čl. 46 ods. 1 ústavy – je zrejماً. Vlastník pozemku je v takýchto prípadoch vždy priamo dotknutý rozhodnutím. Konštrukcia zakotvená v § 82 ods. 3 zákona č. 543/2002 Z. z., ktorou zákonodarca pravdepodobne sledoval len aspekt racionálnosti výkonu štátnej správy na úseku ochrany prírody, nie je preto – podľa nášho názoru – ústavne konformná. Na tejto skutočnosti nemôže nič zmeniť ani fakt, že vlastník pozemku ešte pred začatím alebo dodatočne v priebehu správneho konania súhlasil s takouto činnosťou. Vzhľadom na znenie čl. 12 ods. 1 ústavy, podľa ktorého základné práva sú neodňateľné, nemožno sa ústavou zaručeného práva na spravodlivý proces účinne vzdať, a to ani priamo, či nepriamo. Keďže za spravodlivé prejednanie veci možno považovať len taký postup vykonávateľa verejnej správy, ktorý rešpektuje všetky procesné princípy tvoriace súčasť štruktúry základných ľudských práv a slobôd bez ohľadu na formuláciu danú konkrétnou pozitívnou právnou úpravou⁵, orgán ochrany prírody by v danom prípade mal považovať úkon vlastníka pozemku za riadny opravný prostriedok podaný oprávnenou osobou.

Základné procesné práva

Popri základnom procesnom práve na spravodlivý proces možno hovoriť o čiastkových základných procesných právach, t. j. o procesných právach v užšom zmysle slova. P. Svoboda uvádza, že sú v ústavnom poriadku Českej republiky čiastočne výslovne a čiastočne implicitne obsiahnuté v čl. 36 ods. 1 a 4, čl. 37 a čl. 38 ods. 2 Listiny⁶ (analogicky

⁵ ČIČ, M. et al: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Martin: Matica Slovenská 1997, s. 235, ISBN 80-7090-444-5.

⁶ SVOBODA, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení. Praha: Linde Praha, a. s. 2007, s. 128, ISBN 978-80-7201-676-1.

možno v tomto ohľade citovať základné práva zakotvené v čl. 46 ods. 1 a 4, čl. 47 a v čl. 48 ústavy).

Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 za takéto základné procesné práva osôb považuje:

- dispozičné právo (čl. 12 a čl. 13),
- právo na rozhodnutie v primeranej lehote (čl. 13),
- právo byť vypočutý a právo na zastúpenie v konaní (čl. 14),
- právo na spravodlivú a primeranú výšku náhrady trov konania (čl. 16),
- právo na ukončenie konania rozhodnutím a právo na odôvodnenie rozhodnutia (čl. 17),
- právo na oznámenie rozhodnutia (čl. 18),
- právo na to, aby rozhodnutie nemalo retroaktívne účinky a aby nadobudlo účinnosť až po jeho oznámení (čl. 19),
- právo na primeranú lehotu na dobrovoľné splnenie uloženej povinnosti, právo na to, aby postup pri výkone rozhodnutia bol upravený zákonom a právo na primerané opatrenia v rámci výkonu rozhodnutia (čl. 20),
- právo na to, aby orgán dbal pri zmene alebo zrušení rozhodnutia na práva a záujmy osôb (čl. 21).

Okrem toho odporúčanie CM/Rec (2007) 7 v tretej časti upravuje:

- právo na súdny prieskum rozhodnutia (čl. 22),
- právo na preskúmanie platného rozhodnutia, ktorého využitie nesmie byť osobe na ujmu (čl. 22),
- právo na náhradu škody spôsobenú nezákonným rozhodnutím alebo postupom vykonávateľa verejnej správy (čl. 23).

Keďže zákon č. 543/2002 Z. z. upravuje špeciálne pravidlá vzťahujúce sa na konanie, ktoré majú prednosť pred všeobecnou procesnou úpravou zakotvenou v zákone č. 71/1967 Zb., zameriame sa ďalej na analýzu tých základných procesných práv osôb, ktoré vyplývajú účastníkom správneho konania na úseku ochrany prírody a krajiny z tejto osobitnej úpravy.

Dispozičné právo

Podľa čl. 12 odporúčania CM/Rec (2007) 7 „orgány verejnej správy môžu prijať správne rozhodnutia buď z vlastnej iniciatívy alebo na základe žiadosti súkromnej osoby“. Podľa čl. 13 bod 1. odporúčania „súkromné osoby majú právo žiadať orgány verejnej správy o prijatie individuálnych rozhodnutí, ktoré sú v ich kompetencii“.

Právna úprava v súvislosti s právom osoby podať návrh na začatie konania, ktoré na druhej strane znamená povinnosť správneho orgánu vybaviť vec, zakotvuje obsahové a formálne náležitosti takéhoto podania.

Podľa § 19 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. z podania musí byť zrejmé, kto ho podáva, akej veci sa týka a čo sa navrhuje; osobitné právne predpisy môžu ustanoviť jeho ďalšie náležitosti. Takýmto osobitným predpisom je aj zákon č. 543/2002 Z. z., ktorý v § 82 ods. 1 zakotvuje obsahové a formálne náležitosti žiadosti o vydanie rozhodnutia, avšak výpočet obsahových náležitostí je zakotvený demonštratívnym spôsobom. Z hľadiska právnej istoty žiadateľa (osoba nevie z právnej úpravy zistiť, čo je potrebné do obsahu žiadosti zahrnúť, lebo všeobecne záväzné pravidlo nie je jasne formulované, nedáva jednoznačný návod, ako konať) a vzhľadom na čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, keď by zákon (alebo aspoň všeobecne záväzný právny predpis vydaný na jeho základe) ustanovoval, za akých podmienok možno považovať žiadosť za úplnú, treba takúto legislatívnu prax odmietnuť. Tá totiž okrem iného podporuje zbytočné predlžovanie času správneho konania.

Zaujímavý právny spor sa v súvislosti s problematikou úplnosti podanej žiadosti riešil na Najvyššom súde Slovenskej republiky v rámci konania proti nečinnosti Ministerstva životného prostredia SR.

Dňa 3. januára 2004 sa navrhovateľ domáhal preskúmania postupu ministerstva pri vybavovaní jeho žiadosti o udelenie výnimky zo zákazu komerčných činností s chránenými živočíchmi – korytnačkami (podľa § 22 zákona č. 237/2002 Z. z. o obchode s ohrozenými druhmi voľne žijúcich živočíchov a voľne rastúcich rastlín a o zmene a doplnení niektorých zákonov). Uviedol, že žiadosť podal 2. januára 2003. Ministerstvo o žiadosti nerozhodlo, udelenie povolenia podmienilo doplnením dokumentácie a údajov, ktoré ako ústredný orgán na úseku ochrany ohrozených druhov má k dispozícii na príslušnom obvodnom úrade životného prostredia.

Ministerstvo argumentovalo, že žiadosť navrhovateľa neobsahovala náležitosti podľa § 24 ods. 1 zákona a preto ho vyzvalo na jej doplnenie s upozornením, že podľa § 34 ods. 3 zákona č. 237/2002 Z. z. sa správne konanie začína až doručením kompletnej žiadosti. Ide o špeciálnu úpravu. Má prednosť pred úpravou zákona č. 71/1967 Zb., podľa ktorej sa správne konanie začína, len čo bol návrh na začatie správneho konania (aj pokiaľ nemá predpísané náležitosti) doručený príslušnému správne orgánu.

Najvyšší súd Slovenskej republiky však nedal ministerstvu za pravdu a zásadu *lex specialis derogat legi generali* neaplikoval. Spor rozhodol ústavne konformným spôsobom – s prihliadnutím na ústavné právo žiadateľa na spravodlivý proces. Zdôraznil, že „kompletnosť žiadosti si nemožno zamieňať s jej opodstatnenosťou. Tú možno overiť a zistiť len v konaní. Potreba a možnosť dokazovania aj v tomto smere nemôže byť blokovaná tvrdením, že správne konanie nezačalo“, a to aj v situácii, keď § 34 ods. 3 zákona č. 237/2002 Z. z. odsúva začatie konania k momentu doručenia kompletnej žiadosti. Prekážky vytvorené štátnymi orgánmi nemôžu dopadať na ťarchu občana. Odporca tak – podľa názoru súdu – pochybil, ak o žiadosti nekonal a nezisťoval skutočný stav veci za použitia právnych prostriedkov, ktoré má na rozdiel od fyzickej či právnickej osoby k dispozícii. Súd uznesením sp. zn. 2 Sžnč 1/2004 uložil podľa § 250t ods. 3 Občianskeho súdneho poriadku ministerstvu povinnosť konať a rozhodnúť o žiadosti navrhovateľa v lehote do dvoch mesiacov od právoplatnosti jeho uznesenia.

Tento prípad ukazuje, že viazať začatie správneho konania až na moment doručenia kompletnej žiadosti osoby, nie je z ústavnoprávneho hľadiska vhodným legislatívnym riešením. Komunikácia medzi správnym orgánom a žiadateľom o vydanie rozhodnutia v prípade, ak žiadateľ správnemu orgánu nedoručil žiadosť so všetkými náležitosťami, nemá totiž zákonom ustanovené pravidlá, ktoré by poskytovali právnu garanciu ochrany žiadateľovi a určovali postup správneho orgánu v zmysle čl. 2 ods. 2 ústavy.

Niektoré zákony na Slovensku zakotvujú požiadavku, aby návrh na začatie konania bol podaný v dostatočnom časovom predstihu. Príkladom takejto úpravy je aj § 82 ods. 1 zákona č. 543/2002 Z. z. Ten ustanovuje, že „žiadosť sa podáva v dostatočnom časovom predstihu, spravidla najmenej 30 dní pred plánovanou činnosťou“. Prípadné nedodržanie lehoty však nemá pre účastníka konania nepriaznivý právny dôsledok, nakoľko tu ide správnou normu odporúčajúceho charakteru. Neplatilo by to len vtedy, ak by zo zákona výslovne vyplýval opak.

Dispozičné právo účastníka konania sa neprejavuje len v rámci jeho možnosti vyvolať správne konanie, ale aj ho ukončiť skôr, než vo veci správny orgán právoplatne rozhodne.

Niektoré osobitné zákony nevyžadujú – na rozdiel od § 30 ods. 1 písm. b/ zákona č. 71/1967 Zb. – na späťvzatie návrhu na začatie konania, ktorý je dôvodom na zastavenie konania, súhlas ostatných účastníkov (v tejto súvislosti možno spomenúť aj § 82 ods. 9 písm. b/ zákona č. 543/2002 Z. z.). Dôvodom takéhoto prístupu zákonodarcu zrejme je, že v environmentálnom práve vo všeobecnosti ide o konanie, v ktorom sa navrhovateľ domáha práva zaťažovať životné prostredie vplyvmi svojej budúcej činnosti, prevádzky, výrobkov uvádzaných na trh a pod., kým ďalší účastníci konania (napr. vlastník pozemku, záujmové združenie na ochranu životného prostredia) vystupujú voči žiadateľovi ako „protiváha“, s cieľom

zabrániť realizácii jeho zámeru. Zákonodarca preto nepredpokladá, že by títo ostatní účastníci mali dôvod nepodporiť zastavenie konania v prípade, ak to z akéhokoľvek dôvodu chce osoba, ktorá konanie o povolenie činnosti svojím podaním vyvolala.

Zákon č. 543/2002 Z. z. v § 82 ods. 9 písm. h/ upravuje špeciálny dôvod pre zastavenie konania orgánom ochrany prírody. Ten je povinný konanie zastaviť, ak účastník konania vzal späť svoje odvolanie (rozklad) alebo návrh na obnovu konania.

Ustanovenie tohto dôvodu na zastavenie konania je – podľa nášho názoru – vhodné v konaní, keď účastník podal návrh na obnovu konania, nakoľko v takomto prípade zostane nedotknuté napadnuté právoplatné rozhodnutie vo veci samej a rozhodnutím o zastavení konania (proti ktorému je zo zákona vylúčené odvolanie a rozklad) sa iba ukončí procesný postup vyvolaný podaním v zmysle § 63 správneho poriadku. Je však otázne, či je z legislatívneho hľadiska vhodné takúto povinnosť orgánu ochrany prírody ustanoviť v prípade späťvzatia odvolania (rozkladu). Podľa § 88 ods. 3 zákona č. 543/2002 Z. z. totiž v takom prípade rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia späťvzatia odvolania (rozkladu) orgánu, ktorý vydal rozhodnutie na prvom stupni. To v praxi znamená, že konanie skončí vydaním rozhodnutia vo veci samej. Podľa nášho názoru nie je vhodné, aby orgán ochrany prírody musel podľa zákona aj súčasne konanie zastaviť. Výsledkom postupu podľa platných ustanovení zákona v praxi je existencia dvoch rozhodnutí – rozhodnutia vo veci samej a rozhodnutia o zastavení konania, čo oslabuje právnu istotu účastníka konania. Je to iná situácia, ako keď účastník konania v zmysle § 30 ods. 1 písm. b/ zákona č. 71/1967 Zb. vezme späť návrh na začatie konania. Ak tak urobí v odvolacom konaní, správny orgán rozhodne len o zastavení konania.

Možno teda uzavrieť, že § 82 ods. 9 písm. h/ a § 88 ods. 3 zákona č. 543/2002 Z. z. sú vzájomne protirečivé ustanovenia, ktoré sa do zákona dostali nedopatrením bez toho, aby si zákonodarca uvedomil vzájomný právny dôsledok ich aplikovania.

Právo na rozhodnutie v primeranej lehote

Podľa čl. 13 odporúčania CM/Rec (2007) 7 „orgány verejnej správy prijímu rozhodnutie iniciované žiadosťou v primeranej časovej lehote, ktorú môže určiť zákon. Mali by sa predvídať opravné opatrenia pre prípady, keby daný orgán rozhodnutie neprijal.“

Lehota pre rozhodnutie je inštitút, ktorý tak v správnom poriadku, ako aj v osobitných predpisoch slúži na presadzovanie princípu rýchlosti

správneho konania. Má prispievať k tomu, aby správne orgány vybavovali veci včas. Z pohľadu účastníka konania predstavuje jeho ústavou garantované právo na konanie bez zbytočných prietahov, ktoré možno odvodiť z čl. 38 ods. 2 Listiny a z čl. 48 ods. 2 ústavy.

Osobitná právna úprava v rámci rozhodovania na úseku ochrany prírody a krajiny – vzhľadom na vecnú náročnosť rozhodovania – ustanovuje v porovnaní so zákonom č. 71/1967 Zb. dlhšie zákonné lehoty na rozhodnutie (§ 85 ods. 1 zákona č. 543/2002 Z. z.). I v týchto prípadoch umožňuje – rovnako ako správny poriadok - lehotu primerane predĺžiť, ak nemožno vzhľadom na povahu veci rozhodnúť v zákonnej lehote. Primeranosť je otázkou výkladu zákona, ale vo všeobecnosti ju možno vyjadriť tak, že predĺžiť treba iba o toľko, čo je v konkrétnom prípade nevyhnutné.

V záujme ochrany účastníka konania zákon č. 543/2002 Z. z. ustanovuje maximálnu hranicu takto predĺženej lehoty. Orgán ochrany prírody môže túto lehotu v zložitých prípadoch pred jej uplynutím predĺžiť najviac o štyri mesiace; ak je dôvodom na predĺženie lehoty potreba vyčkania na priebeh vegetačnej sezóny alebo rozmnožovacieho cyklu, najviac na 1 rok. Takáto úprava je – podľa nášho názoru – vhodná, nakoľko zvyšuje právnu istotu účastníka konania.

Ako špeciálny prostriedok na ochranu účastníka v konaní, ktorého predmetom je zabezpečenie povinností podľa zákona č. 326/005 Z. z. o lesoch v znení neskorších predpisov (t. j. povinnosti obhospodarovateľa lesa na jeho náklady neodkladne vykonať opatrenia na odvrátenie ohrozenia lesov a odstránenie následkov škôd, keď v chránených územiach s piatym stupňom ochrany má túto povinnosť až po nadobudnutí právoplatnosti rozhodnutia orgánu štátnej správy ochrany prírody o povolení výnimky), zákon č. 543/2002 Z. z. zakotvuje v § 85 ods. 4 fikciu pozitívneho rozhodnutia. Vzhľadom na to, že ide na slovenské pomery o zriedkavo využívaný právny inštitút, s ktorým nie sú skúsenosti, zákonodarcu sa pri jeho úprave nevyhol pochybeniu, ktoré sťažuje jeho aplikáciu v právnej praxi. Podľa platnej právnej úpravy totiž „ak orgán ochrany prírody rozhodnutie nevydá, predpokladá sa, že vydal rozhodnutie, ktorým žiadosti vyhovel“. Chýba však úprava dňa oznámenia rozhodnutia a určenie tohto dňa ex lege obdobne, ako je tomu napríklad v zákone č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií) v znení neskorších predpisov, ktorý zakotvuje inštitút fikcie negatívneho rozhodnutia a ustanovuje, že „za deň doručenia rozhodnutia sa v tomto prípade považuje tretí deň od uplynutia lehoty na vybavenie žiadosti“. V dôsledku toho je problematické podľa zákona č. 543/2002 Z. z. určiť deň nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Naopak, zákonodarcu treba pochváliť, lebo požiadavku na uplatnenie zásady, že vykonávateľ verejnej správy má postupovať bez zbytočných

prieťahov expressis verbis zakotvil v § 81 ods. 6 zákona č. 543/2002 Z. z. aj v postupoch, na ktoré sa neaplikujú všeobecné predpisy o správnom konaní. Samozrejme, že aj keby tak neurobil, bolo by uvedený princíp možné odvodiť s prihliadnutím na požiadavky dobrej verejnej správy a z čl. 48 ods. 2 ústavy.

Právo na ukončenie konania rozhodnutím a právo na odôvodnenie rozhodnutia

Uvedené procesné právo je implicitne obsiahnuté v čl. 36 ods. 1 Listiny a v čl. 46 ods. 1 ústavy. Podľa P. Svobodu ústavnoprávna úprava predmetného práva zahŕňa:

- právo na vydanie a oznámenie rozhodnutia,
- právo na vydanie a oznámenie rozhodnutia v primeranej lehote (čl. 38 ods. 2 Listiny),
- právo na odôvodnenie rozhodnutia,
- právo na poučenie o riadnych opravných prostriedkoch (ako špeciálne právo na poučenie o procesných právach v konaní).⁷

Článok 17 odporúčania CM/Rec (2007) 7 v súvislosti s požiadavkami na obsahové a formálne náležitosti rozhodnutí správnych orgánov požaduje, aby „boli formulované jednoducho, jasne a zrozumiteľne“. Súčasne „pri každom prijatom individuálnom rozhodnutí je potrebné uviesť príslušné dôvody, vysvetliť právne i faktické dôvody jeho prijatia, minimálne v tých prípadoch, kedy takéto rozhodnutia ovplyvňujú práva jednotlivca“. Jednoznačne ide o minimálne požiadavky, ktoré majú zabezpečiť právnu ochranu účastníka konania v tom smere, že osobe musí byť zrejmé, čo je výsledkom konania vo veci. Tieto zakotvuje § 47 zákona č. 71/1967 Zb.

Osobitné predpisy v oblasti ochrany životného prostredia subsidiárne upravujú špeciálne požiadavky na obsahové náležitosti rozhodnutí vydané v príslušnom druhu správneho konania. Súčasťou výroku sú napríklad

⁷ SVOBODA, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení. Praha: Linde Praha, a. s. 2007, s. 133, ISBN 978-80-7201-676-1.

podmienky vykonávania povolenej činnosti zaťažujúcej životné prostredie (§ 82 ods. 12 zákona č. 543/2002 Z. z.), podrobnosti o opatreniach a technických zariadeniach na ochranu ovzdušia, vody a pôdy v prevádzke, určenie emisných limitov, opatrenia na predchádzanie havárií, požiadavky na spôsob a metódy monitorovania, opatrenia pre prípad ukončenia činnosti v prevádzke (§ 18 ods. 1 zákona č. 245/2003 Z. z. atď).

S prihliadnutím na čl. 2 ods. 2 ústavy treba odmietnuť legislatívnu prax, keď platný predpis uvádza výpočet obsahových náležitostí rozhodnutí správnych orgánov demonštratívnym spôsobom (pozri napr. § 6 ods. 6 zákona č. 15/2005 Z. z. o ochrane druhov voľne žijúcich živočíchov a voľne rastúcich rastlín reguláciou obchodu s nimi a o zmene a doplnení niektorých zákonov).

Právny nárok účastníka konania na vydanie rozhodnutia v správnom konaní sa premieta aj do právnej úpravy inštitútu zastavenia správneho konania, keď je potrebné z rôznych (vecných a právnych) dôvodov začaté správne konanie ukončiť bez toho, aby orgán rozhodol vo veci samej. Dôvody, kedy sa tak môže stať, musí zakotvovať zákon, a to výslovne, nakoľko musí byť zaručená právna istota osoby. V tomto ohľade nemožno pripustiť svojvôľu vykonávateľa verejnej správy. V žiadnom prípade nie je možné, aby sa začaté konanie ukončilo bez rozhodnutia správneho orgánu, z ktorého z obsahu musí byť zrejmý výsledok rozhodovania vykonávateľa verejnej správy (napr. úradným listom). To platí aj vtedy, ak sa účastníkovi konania vyhovuje v plnom rozsahu a namiesto písomného vyhotovenia rozhodnutia sa účastníkovi konania vydá osobitný doklad alebo poskytuje plnenie (§ 47 ods. 7 zákona č. 71/1967 Zb.). V takom prípade má správny orgán povinnosť vyznačiť rozhodnutie zápisom v spise.

Taxatívny výpočet dôvodov pre zastavenie konania zakotvuje všeobecná právna úprava správneho konania (§ 30 zákona č. 71/1967 Zb.). Zákon č. 543/2002 Z. z. v § 82 ods. 9 zakotvuje takýto výpočet dôvodov špeciálnym spôsobom.

Podľa § 82 ods. 10 zákona č. 543/2002 Z. z. sa rozhodnutie vyznačuje zápisom v spise ak:

- účastník konania, na ktorého návrh sa konanie začalo, vzal návrh na začatie konania späť,
- jeden z účastníkov konania zomrel alebo bol vyhlásený za mŕtveho alebo ak zanikol bez právneho nástupcu a ak s tým súhlasia ostatní účastníci konania,
- jediný účastník konania zomrel alebo bol vyhlásený za mŕtveho alebo ak zanikol bez právneho nástupcu.

Podľa stanoviska Konzultačného zboru Ministerstva vnútra Slovenskej republiky pre aplikáciu správneho poriadku č. 13 zo 7. februára 2005 z údajov vyznačených v spise podľa § 30 ods. 1 správneho poriadku musí byť zrejмый výrok o zastavení konania a dôvodoch zastavenia. Súčasťou vyznačenia je jeho dátum, meno a priezvisko oprávnenej osoby a jej podpis. Stanovisko zrejme vychádza z čl. 17 odporúčania CM/Rec (2007) 7, avšak s týmto názorom sa nestotožňujeme, nakoľko tento pragmatický výklad je – podľa nášho názoru – zužujúci a nemá oporu v platnej úprave.

Zákon č. 543/2002 Z. z. neobsahuje ustanovenie, ktorým by osobitným spôsobom upravil náležitosti rozhodnutia vyznačeného v spise alebo vylúčil aplikáciu § 47 správneho poriadku. Z tohto dôvodu treba vychádzať z platného znenia správneho poriadku. Rozhodnutie orgánu ochrany prírody o zastavení konania musí mať všetky obsahové náležitosti v zmysle § 47 ods. 1 správneho poriadku i v prípadoch, keď sa iba vyznačuje v spise, t. j. výrok, odôvodnenie a poučenie o odvolaní (rozklade), vrátane údaju, či rozhodnutie možno preskúmať súdom. Správny poriadok neustanovuje výnimku z tohto pravidla; na tejto požiadavke je potrebné trvať aj preto, lebo i takéto rozhodnutie je po nadobudnutí právoplatnosti preskúmateľné súdom.

Právo na zverejnenie správneho rozhodnutia

Je súčasťou práva na ukončenie konania rozhodnutím a práva na odôvodnenie rozhodnutia.

Účel predmetného procesného práva osoby vyjadruje čl. 18 bod 1. odporúčania CM/Rec (2007) 7. Podľa neho rozhodnutia sa zverejňujú „aby mali osoby, ktorých sa tieto rozhodnutia týkajú, o nich presné a komplexné informácie“.

Odporúčanie v súvislosti s právom na zverejnenie správneho rozhodnutia formuluje pravidlá pre spôsob oznamovania rozhodnutia (čl. 18 bod 1. druhá veta – „zverejnenie môže mať podobu osobného alebo všeobecného oznámenia“) a určuje podmienky, za ktorých sa tieto spôsoby oznamovania uplatňujú (čl. 18 bod 2. prvá veta „osoby, ktorých sa týkajú individuálne rozhodnutia, budú o nich informované osobne, s výnimkou takých mimoriadnych udalostí, kedy je možné použiť iba všeobecné oznámenie) a obsahové náležitosti oznamovaného rozhodnutia (obligatórnou súčasťou rozhodnutia je za každých okolností poučenie o opravnom prostriedku a o lehote na jeho podanie).

Zákon č. 71/1967 Zb. upravuje dva základné spôsoby oznámenia rozhodnutia správneho orgánu, ktoré vyvoláva právne účinky rozhodnutia

voči účastníkovi konania – doručenie písomného vyhotovenia rozhodnutia a ústne vyhlásenie prítomnému účastníkovi konania za predpokladu, že sa tento vzdal svojho práva na doručenie písomného vyhotovenia rozhodnutia. Doručiť rozhodnutie možno za zákonom ustanovených podmienok aj verejnou vyhláškou.

Osobitným problémom pred 1. januárom 2004, keď nadobudla účinnosť novela zákona č. 71/1967 Zb. (zákon č. 527/2003 Z. z.) bolo najmä doručovanie písomností do vlastných rúk v prípade, ak ich adresátom bola právnická osoba alebo fyzická osoba – podnikateľ. V praxi sa často stávalo, že zásielky boli nedoručiteľné napríklad z dôvodu, že na uvedenej adrese nebolo možné účastníka konania zistiť a tak nemohli vzniknúť účinky oznámenia rozhodnutia.

Chýbajúcu právnu úpravu sa snažili preklenúť špeciálnou úpravou predmetného inštitútu zákon č. 543/2002 Z. z. a zákon č. 15/2005 Z. z. Zákonodarca ustanovil zákonnú povinnosť účastníkov konania (§ 84 ods. 4 zákona č. 543/2002 Z. z., § 6 ods. 13 zákona č. 15/2005 Z. z.) a ich zástupcov (§ 84 ods. 4 zákona č. 543/2002 Z. z.) bez zbytočného odkladu oznámiť správne orgánu zmenu bydliska, sídla alebo akúkoľvek obdobnú skutočnosť nevyhnutnú na riadne doručovanie písomností. Okrem toho upravil:

- inštitút fikcie doručenia písomnosti (§ 84 ods. 5 zákona č. 543/2002 Z. z.), keďže išlo o prípady, keď nebolo možné doručovať písomnosti verejnou vyhláškou,

- právomoc správneho orgánu za zákonom ustanovených podmienok (ak by doručovanie písomnosti bolo spojené s ťažkosťami alebo s preťahmi, ak ide o účastníka konania so sídlom v cudzine) uložiť účastníkovi konania povinnosť zvoliť si na prijímanie písomnosti zástupcu s tým, že ak si ho účastník nezvolí, budú sa preňho písomnosti ukladať na správnom orgáne s účinkami doručenia (§ 84 ods. 6 zákona č. 543/2002 Z. z., § 6 ods. 14 zákona č. 15/2005 Z. z.).

Na Slovensku jestvuje pomerne rozsiahla úprava doručovania prostredníctvom verejnej vyhlášky v osobitných zákonoch upravujúcich postupy verejnej správy. Vzťahuje sa pritom nielen na oznamovanie rozhodnutí a úkonov v správnom konaní; inštitút verejnej vyhlášky sa aplikuje aj v postupoch, ktoré nemajú právnu povahu správneho konania. Prostredníctvom verejnej vyhlášky sa oznamujú aj ďalšie správne akty, napr. návrhy normatívnych správnych aktov, dokumentov záväzného charakteru a pod.

Ako príklad možno uviesť doručovanie oznámenia zámeru vyhlásiť tzv. maloplošné chránené územia podľa § 50 zákona č. 543/2002 Z. z. Ak je dotknutý väčší počet vlastníkov pozemkov alebo ak ich pobyt nie je známy, možno oznámenie zámeru doručiť verejnou vyhláškou. Zákon však

bližšie neupravuje spôsob tohto doručenia. Keďže tu nejde o správne konanie, nemožno sa ani priamo dovolávať pravidiel ustanovených pre doručovanie verejnou vyhláškou správnym poriadkom.

Právo na preskúmanie platného rozhodnutia (čl. 22)

Základným predpokladom realizácie procesného práva na preskúmanie rozhodnutia vykonávateľa verejnej správy je, že adresát rozhodnutia má informáciu o možnosti a spôsobe uplatnenia tohto práva. Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 v tejto súvislosti výslovne ukladá, aby správny orgán poučil osobu o opravnom prostriedku (čl. 18 bod 2. druhá veta). Táto povinnosť jestvuje vždy, t. j. aj v prípade, ak zákon nepripúšťa podanie opravného prostriedku proti platnému rozhodnutiu.

Predmetné procesné právo je súčasťou základného procesného práva na poučenie o procesných právach v konaní vo všeobecnosti. Implicitne je zakotvené v čl. 36 ods. 1 Listiny a v čl. 46 ods. 1 ústavy.

Ústavnoprávna úprava nezaručuje právo na riadny opravný prostriedok. Záleží preto na obsahu zákonnej úpravy, či zakotví právo na podanie odvolania, resp. rozkladu proti neprávoplatnému rozhodnutiu správneho orgánu. Takýto postup je konformný aj s čl. 22 bod 2. odporúčania CM/Rec (2007) 7, podľa ktorého „pred súdnou revíziou je v zásade možné podať odvolanie v správnom konaní, v niektorých prípadoch môžu byť takéto odvolania povinné. Môže ísť o odvolanie na základe skutkovej podstaty alebo odvolanie na základe zákonnosti správneho rozhodnutia.“⁸

Zákon č. 71/1967 Zb. vychádza z princípu tzv. generálnej klauzuly. Tá znamená, že účastník konania môže vždy podať proti neprávoplatnému rozhodnutiu správneho orgánu riadny opravný prostriedok, okrem prípadu, ak zákon túto možnosť vylučuje alebo ak sa účastník konania odvolania vzdal.

Právo podať riadny opravný prostriedok proti rozhodnutiu vylučuje nielen sám zákon č. 71/1967 Zb., ale aj osobitné zákony dikciou „proti rozhodnutiu nie je prípustné odvolanie“ (napr. § 82 ods. 10 zákona č. 543/2002 Z. z.). Takéto ustanovenie je z právneho hľadiska jasné a nespochybniteľné a treba ho prednostne zákonodarcovi odporúčať, nakoľko akýkoľvek iný legislatívny prístup môže vyvolať v právnej praxi otázky. Ako príklad možno citovať § 6 ods. 7 zákona č. 15/2005 Z. z., podľa ktorého

⁸ They may concern an appeal on merits or an appeal on the legality of an administrative decision.

rozhodnutie Ministerstva životného prostredia SR o vydaní povolenia na dovoz a vývoz exemplárov druhov nadobúda právoplatnosť dňom doručenia. Len výkladom § 52 ods. 1 správneho poriadku, podľa ktorého je rozhodnutie, proti ktorému sa nemožno odvolať (podať rozklad) právoplatné, možno nepriamo dospieť k tomu, že zákonodarca v tomto prípade vylúčil právo účastníka na riadny opravný prostriedok.

Zákon č. 543/2002 Z. z. vylučuje právo podať odvolanie (rozklad) proti rozhodnutiu o zastavení konania. Zákonodarca k takejto úprave pristúpil najmä z dôvodu racionálnosti a efektívnosti právnej úpravy výkonu verejnej správy. Odôvodnenie takéhoto legislatívneho postupu je dané prejavom vôle účastníka konania (späťvzatie návrhu na začatie správneho konania) alebo existenciou faktických a právnych prekážok ďalšieho konania (napr. smrť účastníka konania alebo uplynutie lehoty na prejednanie iného správneho deliktu).

Dispozičným právom účastníka konania vo vzťahu k odvolaciemu konaniu (konaniu o rozklade) je jeho oprávnenie vzdať sa odvolania (rozkladu) podľa § 53 a vziať odvolanie späť v zmysle § 54 ods. 4 zákona č. 71/1967 Zb. Predpisy environmentálneho práva na Slovensku tejto problematike pozornosť nevenujú. Výnimkou je § 88 zákona č. 543/2002 Z. z. Ten totiž v § 88 ods. 1 *expressis verbis* zakotvuje to, k čomu možno dospieť v rámci správneho poriadku len výkladom jeho súvisiacich ustanovení – že vzdanie sa odvolania (rozkladu) možno urobiť na orgáne, ktorý vydal rozhodnutie v prvom stupni, a to až po oznámení rozhodnutia.

Právo na súdny prieskum rozhodnutia (čl. 22)

Podľa čl. 22 bod 1. odporúčania CM/Rec (2007) 71 „súkromné osoby majú nárok požadovať súdnu revíziu správneho rozhodnutia, ktoré priamo ovplyvňuje ich práva a záujmy, a to priamo alebo prostredníctvom procesnej námietky“. Z formulácie je zrejmý imperatívny obsah tejto požiadavky, ktorý chýba v prípade práva na preskúmanie platného rozhodnutia správnym orgánom.

V slovenskom právnom poriadku platí zásada, že všetky rozhodnutia správnych orgánov (a ich postup) sú preskúmateľné súdom. Vyplýva to jednak z čl. 46 ods. 2 ústavy, jednak z § 247 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku. Zákon môže vylúčiť rozhodnutie zo súdneho prieskumu, ak sa však zákonodarca odhodlá k tomuto legislatívnemu kroku, musí dbať na dôležitú ústavnoprávnu zásadu zakotvenú v druhej vete čl. 46 ods. 2 a to, že z právomoci súdu nesmie byť vylúčené preskúmanie rozhodnutí týkajúcich sa základných práv a slobôd. Zákon č. 543/2002 Z. z. nemá žiadne osobitné

ustanovenie, ktoré by vylučovalo zo súdneho prieskumu rozhodnutie orgánu ochrany prírody.

Občiansky súdny poriadok vychádza z koncepcie ochrany subjektívnych práv žalobcu (§ 247 ods. 1, § 250b ods. 2, 3). Je to v súlade s čl. 46 ods. 2 ústavy, podľa ktorého sa môže obrátiť na súd, aby preskúmal zákonnosť rozhodnutia orgánu verejnej správy, ten, kto tvrdí, že bol ukrátený rozhodnutím na svojich právach (pozri tiež čl. 36 ods. 2 Listiny). Pokiaľ by sa žalobca domáhal ochrany cudzích práv (t. j. práv tretích osôb), alebo ak by žiadal ochranu svojho práva, aj keď by v skutočnosti nešlo o jeho právo, ale o právo tretej osoby, žaloba by bola podaná neoprávnenou osobou. Žaloby proti rozhodnutiam správnych orgánov, ktoré sú preskúmané súdmi postupom podľa druhej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku, sú tak – z hľadiska právnej teórie – žalobami na ochranu verejných subjektívnych práv. (Za verejné subjektívne práva sa v právnej teórii označujú práva, ktorých sa môžu súkromné osoby domáhať voči orgánom verejnej moci – pozn. autorky.)

Občiansky súdny poriadok a ani žiadny iný osobitný zákon v Slovenskej republike zatiaľ neumožňuje podať na súd žalobu vo verejnom záujme (tzv. *actio popularis*). Takáto žaloba by sa od žaloby na ochranu verejných subjektívnych práv odlišovala predovšetkým tým, že by:

- bezprostredne smerovala k ochrane vecne vymedzeného verejného záujmu (napr. záujmu na ochrane životného prostredia, záujmu na ochrane zdravia),
- žalobca by v nej namietal ukrátenie verejného subjektívneho práva tretej osoby (resp. viacerých tretích osôb) v dôsledku nezákonného rozhodnutia a postupu správneho orgánu.

Vzhľadom na to, že domáhať sa ústavného práva na súdnu a inú právnu ochranu možno podľa čl. 51 ods. 1 ústavy len v medziach zákonov, ktoré tieto ustanovenia vykonávajú, dôležité je i zistenie, že sú splnené zákonné predpoklady na takéto preskúmanie, a to procesná legitímácia na podanie žaloby a predchádzajúci procesný postup osoby žiadajúcej súdnu ochranu v správnom súdnictve.

Záver

Cieľom nášho príspevku bolo poukázať na tie ustanovenia Ústavy Slovenskej republiky, ktoré podporujú presadzovanie vybraných princípov dobrej verejnej správy procesnoprávneho charakteru uvedených v odporúčaní CM/Rec (2007) 7, a ktoré by mali byť premietnuté aj v slovenskej právnej úprave správneho konania podľa zákona č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov.

Predmetom právnej analýzy sa stali len niektoré aspekty tejto oblasti. Táto znovu potvrdzuje to, čo je rokmi overenou pravdou - aj pri maximálnom

úsilí zákonodarcu, keď sa úprava de lege lata javí byť konformnou s Ústavou Slovenskej republiky ako aj s požiadavkami odporúčania CM/Rec (2007) 7, to tak nemusí byť a prax nás o tom často opakovane presviedča. Príspevok treba chápať len ako námet pre širšiu odbornú diskusiu, ktorá by mohla viesť k precízácii platnej právnej úpravy.

Literature:

- Bahýľ, J. – Bahýľová, L. – Kocourek, T.: Příklady a judikatura z práva životního prostředí. Praha: Leges 2010, 208 s., ISBN 978-80-87212-46-2
- Čič, M. et al: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Martin: Matica Slovenská 1997, 598 s., ISBN 80-7090-444-5
- Kolektiv odboru řízení státní správy: Judikatura v právu životního prostředí 2009. Praha: Ministerstvo životního prostředí České republiky 2010, 122 s., č. j.: 52711/ENV/10, 1020/420/10.
- Svoboda, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení. Praha: Linde Praha, a. s. 2007, 340 s., ISBN 978-80-7201-676-1

Contact – email

sona.kosiciarova@truni.sk

THE CONDITIONS CONTAINED IN BINDING OPINION - A SUFFICIENT WAY TO ENSURE THE PUBLIC HEALTH PROTECTION

IVO KRÝSA

Krajská hygienická stanice Středočeského kraje

Abstract in original language

Hlavním smyslem závazných stanovisek je zajistit ochranu zájmů chráněných zvláštními právními předpisy. Dotčené správní úřady mohou svá souhlasná závazná stanoviska vázat na splnění podmínek. Příspěvek se zaměřuje na problematiku závazných stanovisek na úseku ochrany veřejného zdraví. Zvláštní pozornost je věnována obsahu podmínek, které jsou obsaženy v závazných stanoviscích z hlediska jejich způsobilosti reálně zajistit ochranu veřejného zdraví.

Key words in original language

Ochrana veřejného zdraví; závazné stanovisko.

Abstract

The main purpose of binding advice is to protect the interests protected by specific legislation. The administrative offices can make their concurring opinions to bind to the binding conditions. The paper focuses on the issue of authoritative in the field of public health. Particular attention is paid to the contents of the conditions contained in the binding opinions in terms of their ability to provide real protection of public health.

Key words

Public Health Protection; Binding Opinion.

Smyslem tohoto příspěvku je zamyšlení nad úlohou dotčených správních úřadů při vydávání závazných stanovisek se zvláštním zřetelem k obsahu podmínek v nich obsažených, které směřují k zajištění ochrany veřejného zdraví.

1. TEORETICKÁ VÝCHODISKA

Podstata působnosti a právního postavení dotčeného správního úřadu spočívá v jeho aktivní účasti ve správním řízení, v němž dochází k prolínání různých oborů veřejné správy a nelze očekávat od jediného správního úřadu, který vede správní řízení, že bude schopen kvalifikovaně veškeré odborné problematiky obsáhnout. Tato skutečnost ostatně obecně vyplývá z principu specializace při výkonu veřejné správy. Podstatou a smyslem činnosti dotčených orgánů je tedy v případech, kdy je k tomu zákon výslovně zmocňuje, uplatňovat odborné názory a chránit tak jednotlivé veřejné zájmy, k jejichž ochraně jsou zákonem zřízeny.

Je třeba rovněž předeslat, že právní předpisy užívají *promiscue* pojmy dotčený orgán státní správy, dotčený správní úřad a dotčený orgán. S ohledem na to, že zákon č. 500/2004 Sb., o správním řízení (dále jen "správní řád"), který představuje základní procesní předpis ve veřejné správě, i zákon č. 183/1006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "stavební zákon") používají pojem dotčený orgán, budu v dalším textu rovněž tento pojem užívat.

Právní úprava působnosti a pravomoci dotčených orgánů je poměrně roztržštěná a dílčí části je proto třeba hledat v jednotlivých odvětvových zákonech. Z této roztržštěnosti pak vyplývá i nejednotnost formy poskytnutí odborného názoru dotčeného správního úřadu; jednotlivé formy se rovněž mohou odlišovat co do své závaznosti. Jde o důsledek stavu, kdy se právní úprava dotčených orgánů vytvářela živelně a prvním pokusem o určité jednotné zakotvení byla ust. § 136 a § 149 správního řádu s účinností od 1. ledna 2006.

2. POJEM DOTČENÉHO ORGÁNU A ZÁVAZNÉHO STANOVISKA

Podle § 136 správního řádu dotčenými orgány jsou buď orgány, o kterých to stanoví zvláštní zákon, a nebo správní orgány a jiné orgány veřejné moci příslušné k vydání závazného stanoviska nebo vyjádření, které je podkladem rozhodnutí správního orgánu. Co se rozumí závazným stanoviskem pak stanoví § 149 odst. 1 věta první správního řádu. Závazné stanovisko je úkon učiněný správním orgánem na základě zákona, který není samostatným rozhodnutím ve správním řízení a jehož obsah je závazný pro výrokovou část rozhodnutí správního orgánu. Správní orgán, který vydává rozhodnutí ve správním řízení, v němž je závazné stanovisko vydáno, tedy nemůže sám závazné stanovisko at' už restriktivně či extenzivně vykládat či přeformulovat, ani je jakkoli obsahově měnit; musí závazné stanovisko, včetně případných podmínek, přesně implementovat do svého finálního rozhodnutí. V odborné literatuře se různí názory na to, v jakém procesním režimu se závazná stanoviska vydávají. V. Vopálka zastává názor, že závazná stanoviska vydávají dotčené orgány v procesním režimu, na který se použijí ustanovení části druhé správního řádu, tj. obecná ustanovení o správním řízení, které upravují tzv. formální správní řízení.¹ J. Vedral je naproti tomu toho názoru, že závazné stanovisko je z hlediska procesního úkonem správního orgánu prováděným podle části čtvrté správního řádu.²

V našem právním řádu se rovněž, a to především v zákonech vydaných před platností správního řádu, můžeme setkat i s některými dalšími formami

¹ VOPÁLKA, V. Nová úprava správního řádu. In: Vopálka, V. (ed.). Nový správní řád. Praha: ASPI. 2005. s. 13 a n.

² VEDRAL, J. Správní řád: komentář. Praha: BOVA POLYGON. 2006. ISBN 80-7273-134-3. s. 829 a n.

poskytnutí odborného názoru ve správním řízení, přičemž míra jejich závaznosti může být v některých případech sporná. Jak vyplývá ještě z dalšího textu, podstatné v tomto ohledu není, jak zvláštní zákon v konkrétním případě vydaný správní akt formálně označuje, nýbrž jaké právní účinky jsou s jeho obsahem materiálně spojeny.

Jako příklad lze uvést vyjádření dotčených orgánů podle zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí, která však nejsou podkladem rozhodnutí příslušného orgánu ochrany životního prostředí, nýbrž jeho stanoviska příslušného; dalším příkladem mohou být vyjádření podle zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech, ve znění pozdějších předpisů. Jiné právní předpisy pak některá stanoviska výslovně ve svém textu označují jako souhlasy; to je případ zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, nebo zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů. V tomto příspěvku ponechávám stranou další procesní aspekty při vydávání závazných stanovisek.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA VE STAVEBNÍM ZÁKONĚ

Vedle správního řádu lze dále za zásadní právní předpis, určující význam stanovisek a závazných stanovisek, pokládat stavební zákon. Stavební zákon je rovněž možné s vysokou mírou pravděpodobnosti pokládat za právní předpis, v němž je nejčastější výskyt dotčených orgánů a největší počet vydávaných stanovisek. Ve stavebním řízení vydávají dotčené orgány podle ust. § 4 odst. 2 písm. a) stavebního zákona jako podklad pro vydání rozhodnutí podle tohoto zákona závazná stanoviska na základě zvláštních právních předpisů, která nejsou samostatným rozhodnutím ve správním řízení, nestanoví-li však tyto zvláštní právní předpisy jinak. Pro postupy podle stavebního zákona, které nejsou správním řízením, pak dotčené orgány vydávají podle ust. § 4 odst. 2 písm. b) stavebního zákona stanoviska, která nejsou samostatným rozhodnutím vydaným ve správním řízení, nestanoví-li zvláštní právní předpis jinak; stanoviska jsou závazným podkladem pro politiku územního rozvoje a pro opatření obecné povahy vydávaná podle tohoto zákona. Závazné stanovisko je možné vydat pouze v těch případech, kdy to zákon předpokládá³; tato zásada vyplývá z obecného principu, že veřejná správa se nemůže pohybovat *praeter legem*.

Stavební zákon zde tedy rozlišuje zřejmě v návaznosti na § 149 správního řádu závazná stanoviska, která jsou podkladem pro rozhodnutí vydávaná ve formálním správním řízení a (obyčejná) stanoviska, která sice nejsou závaznými stanovisky podle § 149 správního řádu, ale zákon o nich stanoví, že jsou závazným podkladem pro některé vybrané jiné správní akty dle

³ shodně VEDRAL, J. cit. dílo. s. 831. HANDRLICA, J. Závazné stanovisko a rozhodnutí podmíněné závazným stanoviskem. Právní fórum, 10/2006, s. 366.

stavebního zákona, které se sice podle zákona nevydávají ve formálním správním řízení, ale materiálně mohou znaky rozhodnutí nést. Sám stavební zákon však v tomto ohledu není příliš důsledný, neboť příkladmo pro vydání kolaudačního souhlasu, o němž v ust. § 122 odst. 3 věta poslední stanoví, že není správním rozhodnutím, požaduje po stavebníkovi opatřit závazná stanoviska dotčených orgánů k užívání stavby vyžadovaná zvláštními právními předpisy⁴.

4. ZÁVAZNÉ STANOVISKO JAKO ZVLÁŠTNÍ TYP SPRÁVNÍHO AKTU

Správní řád v žádném svém ustanovení výslovně náležitosti závazného stanoviska nestanoví. Podle názoru Nejvyššího správního soudu, který vyjádřil v rozsudku č.j.: 9 As 21/2009 - 150, je s ohledem na zvláštní postavení závazného stanoviska, kdy jeho obsah je závazný pro výrokovou část rozhodnutí správního orgánu, zvláště významné přiměřené použití ustanovení o obsahu, formě a náležitostech rozhodnutí (§ 67 a 68 správního řádu), především pak ust. § 68 odst. 3 citovaného zákona, podle kterého se v odůvodnění uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. Obsah závazného stanoviska, a to zejména v případě negativního závazného stanoviska, by tedy měl alespoň v základní rovině odpovídat požadavkům kladeným na odůvodnění správního rozhodnutí⁵. Poučení o odvolání naproti tomu dle mého názoru do závazného stanoviska jako jeho součást nepatří, neboť se proti závaznému stanovisku nelze samostatně odvolat.⁶ Nic na tom nemění ani usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, v němž dospěl k závěru, že závazné stanovisko, jímž byl v posuzovaném případě souhlas (či nesouhlas) orgánu ochrany přírody a krajiny k povolení stavby vydaný podle § 44 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, je správním rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, které podléhá samostatnému přezkumu ve správním soudnictví, přičemž aktivní žalobní legitimace v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu (§ 65 a n. s. ř. s.) bude dána vždy tehdy, pokud

⁴ K povaze kolaudačního souhlasu srov. VEDRAL, J. Rozhodnutí správního orgánu ve správním řádu a v soudním řádu správním - pokus o srovnání na vybraných příkladech (zejm. v kap. „Rozhodnutí“ podle čtvrté části správního řádu?). ASPI, 2010.

⁵ Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. října 2009 č.j.: 9 As 21/2009 - 150, www.nssoud.cz.

⁶ Ponechávám stranou, že v této otázce dosud nezaujal konečné stanovisko rozšířený senát Nejvyššího správního soudu, viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 17. března 2010, č.j.: 2 As 75/2009 - 101, www.nssoud.cz.

s ohledem na tvrzení žalobce není možné zjevně a jednoznačně konstatovat, že k zásahu do jeho právní sféry v žádném případě dojít nemohlo.⁷ Samotný § 149 správního řádu je totiž (pouhým) procesním ustanovením, jež stanoví, jak nakládat s těmi správními akty, které skutečně naplňují všechny znaky závazného stanoviska; skutečné účinky aktů jednotlivých dotčených orgánů však plynou ze zvláštních zákonů a jediné z nich lze dovozovat, jaké dopady do právních poměrů konkrétních osob v materiálním pojetí opravdu mají.⁸

V praxi má závazné stanovisko obvykle podobu souhlasu či nesouhlasu, i když to není ve zvláštních zmocňovacích zákonech vyjádřeno vždy. Tuto skutečnost však lze dovést z obecného požadavku na určitost a jednoznačnost správních aktů⁹, vyplývající z obecných principů práva, zejména požadavku právní jistoty účastníků řízení. Jakkoli to sice není žádoucí, tak přesto nelze vyloučit ani případy, kdy závazné stanovisko bude připouštět více možných interpretací.¹⁰

5. PODMÍNKY ZÁVAZNÝCH STANOVISEK - OBECNÁ ČÁST

Správní řád rovněž neřeší a neobsahuje tak obecné zmocnění pro dotčené orgány, aby mohly svá závazná stanoviska vázat na splnění podmínek. V pozitivním právu se jako "podmínky" (budu proto tento termín v dalším textu užívat) však obvykle označují příkazy (mody), jež představují určitá omezení, jejichž prostřednictvím ukládá správní orgán osobě, již přiznává oprávnění, zároveň i povinnosti, které se přiznaného oprávnění týkají. Stanovit omezující příkazy lze jen na základě výslovného zákonného zmocnění¹¹, tedy zákon musí "podmínění" umožňovat¹².

Rovněž nyní platný stavební zákon již neobsahuje právní úpravu obdobnou ust. § 126 odst. 1 starého stavebního zákona č. 50/1976 Sb., tedy obecné zmocnění pro všechny dotčené orgán vázat svůj souhlas na splnění

⁷ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008 č.j.: j.: 8 As 47/2005 - 86, www.nssoud.cz.

⁸ shodně VEDRAL, J. Rozhodnutí správního orgánu ve správním řádu a v soudním řádu správním - pokus o srovnání na vybraných příkladech. ASPI, 2010.

⁹ srov. např. čl. 2 odst. 3 Ústavy, Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. května 2009, č.j.: 7 As 12/2009 - 73, rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 13. března 2001, č.j.: Ca 142/99-31, ASPI.

¹⁰ ONDRUŠ, R. Správní řád : nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami. Praha : LINDE. 2005. ISBN 80-7201-523-0. s. 436.

¹¹ HEDNRYCH, D. a kolektiv. Správní právo : Obecná část. 7. vydání. Praha : C. H. Beck. 2009. ISBN 978-80-7400-049-2. s. 219.

¹² Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. ledna 1999, č.j.: 6 A 57/97 - 28, APSI.

podmínek stanovených ve svém rozhodnutí. V ust. § 4 odst. 5 stavební zákon pouze *implicite* stanoví, že pokud dotčené orgány stanoví ve svém stanovisku nebo závazném stanovisku podmínky, a stanou-li se tyto podmínky součástí výrokové části rozhodnutí, nebo součástí opatření obecné povahy nebo jiného úkonu orgánu územního plánování nebo stavebního úřadu podle tohoto zákona, mohou dotčené orgány kontrolovat jejich dodržování. Tedy i stavební zákon ponechává zmocnění pro dotčené orgány vázat souhlas na splnění podmínek na zvláštních zákonech, které jednotlivé veřejné zájmy upravují a chrání. Co jediné lze, avšak opět pouze *implicitně*, z ust. § 115 odst. 1 stavebního zákona dovodit je, že se stanovení podmínek ze strany dotčených orgánů předpokládá, neboť stavební úřad má mimo jiné ve stavebním povolení podmínkami zabezpečit ochranu veřejných zájmů. A nemůže se tak zřejmě stát jiným způsobem, než že stavební úřad inkorporuje podmínky stanovené dotčenými orgány v jejich závazných stanoviscích do svého rozhodnutí.

Výslovnou obecnou právní úpravu o tom, že souhlasné závazné stanovisko nebo stanovisko je možné vázat na splnění podmínek nalezneme jen v některých právních předpisech jako v ust. § 14 odst. 2 zákona č. 289/1995 Sb. o lesích, ve znění pozdějších předpisů, či v § 77 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o ochraně veřejného zdraví"). Od podmínek je však třeba lišit situace, kdy dotčený orgán do obsahu svého správního aktu zapracovává povinnosti, které obecně vyplývají z právních předpisů či se nacházejí v žádosti o vydání správního aktu.¹³ Tato část správního aktu představuje nepravé podmínky, které mají pouze informační hodnotu a jde tak pouze o upozornění na povinnost (o poučení o povinnosti) dodržovat právní předpisy, které samo o sobě nemá žádné právní důsledky.¹⁴ Správní orgány jsou si této skutečnosti namnoze vědomi a věřím, že tak činí spíše z opatrnosti než z neznalosti.

6. PODMÍNKY ZÁVAZNÝCH STANOVISEK - PŘÍKLADY, SOUVISEJÍCÍ JUDIKATURA

Judikatura správních soudů, která by se vztahovala přímo k problematice podmínek obsažených ve správních aktech dotčených orgánů, není příliš bohatá. A pokud se již nějaká vyskytuje, jde ponejvíce ještě o správní judikaturu před rokem 2003. Podobně ani v odborné literatuře nelze najít příliš zmínek a tedy názorů na to, jakým způsobem mají a smějí být podmínky obsažené ve správních aktech dotčených orgánů konstruovány jaké jsou tedy meze při jejich stanovování.

¹³ HEDNRYCH, D. a kolektiv. cit. dílo. tamtéž.

¹⁴ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 25. ledna 2000 č.j.: 5 A 1/1999, ASPI.

Poměrně známý je rozsudek č.j.: 31 Ca 179/2000¹⁵, jehož závěry jsou v podstatě aplikovány dodnes. V tomto případě správní soud posuzoval naplnění skutkového podstaty správního deliktu, jehož se měl delikvent dopustit porušením jedné z podmínek rozhodnutí o změně v užívání stavby, která omezovala provozní dobu tak, že pohostinství nesmí být provozováno v době od 22 do 6 hodin z důvodu ochrany před hlukem. Krajský soud se tedy zabýval otázkou výkladu § 82 (kolaudační rozhodnutí) a § 85 (rozhodnutí o změně v užívání stavby) tehdy platného zákona č. 50/1976 Sb., podle nichž se povoluje užívání stavby k určenému účelu, a je-li to zapotřebí, stanoví se podmínky pro užívání stavby. Soud judikoval, že se však vždy musí jednat o podmínky, které mají oporu v obecně technických požadavcích na výstavbu a vyplývají ze stavebně technického stavu stavby; pouze takovými podmínkami lze v souladu se stavebním zákonem zajistit veřejné zájmy, ochranu práv a oprávněných zájmů účastníků, zejména zájmů na ochraně života a zdraví osob, životního prostředí, hygieně a požární bezpečnosti. Naopak podmínky zmíněných rozhodnutí, které by neměly přímý původ ve stavbě a neupravovaly by se jimi účinky stavby jako takové, nemají pro svou existenci v uvedených rozhodnutích žádné opodstatnění. Soud rovněž dovodil, že takto formulovaná podmínka je ve své podstatě omezením výkonu určitého povolání, představuje zásah do podnikatelských aktivit, nemající přímý původ ve stavbě, a nepatří tedy do rozhodnutí o změně v užívání stavby či obdobně do kolaudačního rozhodnutí. Na druhou stranu však krajský soud připustil, že podmínkami kolaudačního rozhodnutí či rozhodnutí o změně v užívání stavby lze regulovat například dobu provozu větrné elektrárny či různých jiných zařízení působících svým provozem hluk a tvořících součást staveb; nelze jimi však regulovat provozní dobu restauračního zařízení v obavě, že by snad jeho návštěvníci mohli být hluční.

Jakkoli se tento judikát vztahuje k době účinnosti starého stavebního zákona a jakkoli lze nyní podmínky uplatňovat (jen) v rámci vydání stavebního povolení, vyplývá z něj podstatný závěr, o němž se domnívám, že je aktuální i vzhledem k nyní platnému stavebnímu zákonu. Tedy že dotčené orgány by neměly ve stanoviscích uplatňovat podmínky, které se vztahují k okolnostem, které nelze zcela přesně predikovat, které mohou být proměnné v místě a čase a které spíše než podmínku stavebního povolení představují předmět běžné kontrolní činnosti dotčeného orgánu.

Právní stav podle současného stavebního zákona je jiný do té míry, do jaké se změnila podmínky, za nichž lze dokončenou stavbu užívat. Pomineme-li případy, kdy není třeba žádného úkonu stavebníka vůči stavebnímu úřadu, lze podle § 119 stavebního zákona dokončenou stavbu užívat na základě

¹⁵ Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 16. února 2001 č.j.: 31 Ca 179/2000, ASPI.

oznámení stavebnímu úřadu nebo kolaudačního souhlasu¹⁶. Kolaudační souhlas není podle ust. § 122 odst. 3 věta čtvrtá stavebního zákona správním rozhodnutím (v literatuře¹⁷ se objevují i názory jiné) a nelze tak v něm uplatňovat další podmínky; všechny podmínky musí být uplatněny ve stavebním povolení. Předmětem zájmu se tak stává ta část ust. § 115 odst. 1 stavebního zákona, která stanoví, že "podmínkami zabezpečí stavební úřad ochranu veřejných zájmů¹⁸". Toto ustanovení chápu toliko jako normu procesní, která stanoví stavebnímu úřadu povinnost převzít podmínky závazných stanovisek a k ochraně jednotlivých veřejných zájmů je zahrnout jako součást do stavebního povolení. Nelze však zřejmě toto ustanovení vykládat jako obecné zmocnění pro dotčené orgány stanovovat v závazných stanoviscích podmínky. Oprávnění vázat souhlasné závazné stanovisko na podmínky musí dle mého názoru vycházet z jednotlivých zvláštních zákonů, které jednotlivé veřejné zájmy chrání.

V případě orgánů ochrany veřejného zdraví se jedná o § 77 zákona o ochraně veřejného zdraví. V oblasti ochrany veřejného zdraví se jen málokdy stává, že by souhlas vyjádřený závazným stanoviskem nebyl vázán na podmínky. Uplatňované podmínky jsem rozdělil do několika skupin.

První skupinu tvoří podmínky, které patří do kategorie podmínek, jež parafrázuji povinnosti stanovené zákonem a jedná se o kategorii tzv. nepravých podmínek, které nemají jinou hodnotu než tu, že informují o existujících právních povinnostech. Pro případ následné změny právního předpisu platí, že je třeba na takovou podmínku nahlížet jako na neexistující. Typickým představitelem takové podmínky je, že budoucí provoz nebude překračovat hygienické limity hluku stanovené v právních předpisech. Obdobně je sem možné řadit takové podmínky, jimiž dotčený orgán ochrany veřejného zdraví přebírá do svého závazného stanoviska některé skutečnosti, které tvoří součást dokumentace příslušné stavby a které z nějakého důvodu pokládá za důležité; takto stanovené podmínky mají opět pouze informativní charakter, neboť projektová dokumentace je při zhotovování stavby jako celek ze zákona závazná¹⁹.

Druhou skupinu tvoří podmínky, které zdánlivě odkazují na povinnost stanovenou v právních předpisech, nicméně mají vazbu na ust. § 119 věty druhé, která stanoví, že stavebník zajistí, aby byly před započítáním užívání stavby provedeny a vyhodnoceny zkoušky předepsané zvláštními právními předpisy. Problém však zde představuje skutečnost, že zákon

¹⁶ Srov. § 120 a § 122 stavebního zákona.

¹⁷ VEDRAL, J. K právní povaze územního souhlasu. ASPI, 2009.

¹⁸ K pojmu "veřejný zájem" srov. ust. § 132 odst. 3 stavebního zákona.

¹⁹ Srov. ust. § 160 odst. 2 stavebního zákona.

o ochraně veřejného zdraví nestanoví výslovnou povinnost provést měření či vyšetření faktorů prostředí (např. ověřené jakosti vody, měření hladin akustického tlaku) před započítáním užívání stavby. Zákon o ochraně veřejného zdraví toliko stanoví právní povinnosti směřující k dodržení stanovených hygienických limitů. Na druhou stranu však platí, že bez provedení měření či vyšetření faktorů životního či pracovního prostředí nelze objektivně zajistit soulad navrhované stavby s veřejným zájmem a tudíž ani naplnit základní poslání dotčených orgánů ve stavebním řízení.

Další skupinu podmínek tvoří rozličné podmínky, jejichž cílem je zajistit, aby ze zařízení a objektů, jejichž provozem vzniká hluk, nepronikal do chráněných prostorů staveb hluk, který bude překračovat hygienické limity.²⁰ V této skupině se již pohybujeme na tenkém ledě, neboť se v řadě případů jedná o situace, kdy hluk je proměnný, jeho skutečná intenzita záleží na dalších vnějších okolnostech a požadavky na vlastnosti stavby se prolínají se způsobem jejího budoucího užívání. Příkladem jsou veřejné hudební produkce uvnitř objektů. K problematice podmínek ve vztahu k pořádání veřejné produkce hudby se veřejný ochránce práv vyjádřil v tom smyslu, že pokud projektová dokumentace nebude hudební produkce vůbec zmiňovat, pak by měla krajská hygienická stanice do svého závazného stanoviska preventivně stanovit podmínku, že *v provozovně/stavbě nebudou provozovány živé veřejné hudební produkce ani reprodukováná hudba prostřednictvím takových technických zařízení, která jsou při maximálním výkonu způsobilá ohrozit veřejné zdraví* (příkladem jsou uvedeny hudební aparatury, jukeboxy, hrací skříně apod., případně také CD/mp3 přehrávače, počítače, magnetofony apod., jestliže tyto budou zesilovány dalšími technickými zařízeními).²¹ Toto doporučení nepokládám za příliš šťastné především proto, že se jedná o podmínku, kterou lze zařadit do kategorie "pro jistotu". Pokud se totiž podle projektové dokumentace s pořádáním veřejné produkce hudby nepočítá, je poměrně nelogické její pořádání nad rámec dokumentace vylučovat.²² V této souvislosti je třeba připomenout, že ochrana proti hluku a vibracím je vedle zákona o ochraně veřejného zdraví upravena rovněž ve vyhlášce č. 268/2009 Sb., o technických požadavcích na stavby. Podle ust. § 14 odst. 4 této vyhlášky všechna zabudovaná technická zařízení působící hluk a vibrace musí být v budovách s obytnými a pobytovými místnostmi umístěna a instalována tak, aby byl omezen přenos

²⁰ K pojmu chráněných prostorů staveb srov. ust. § 30 odst. 3 zákona o ochraně veřejného zdraví.

²¹ MOTEJL, O. a kolektiv. Sborník stanovisek veřejného ochránce práv: Hluková zátěž. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv a Wolters Kluwer ČR. 2009. ISBN 978-80-7357-499-4. s. 45, shodně MAŇAS, T. Reprodukovaná hudba jako veřejná hudební produkce? Právní rádce, 09/2009.

²² Blíže srov. KRÝSA, I. Několik poznámek k problematice veřejné hudební produkce. Právní rádce, 02/2010.

hluku a vibrací do stavební konstrukce a jejich šíření, zejména do chráněného vnitřního prostoru stavby. Lze tedy vyjít z toho, že vždy musí být zajištěna požadovaná vzduchová a kročejová neprůzvučnost v souladu s normovými hodnotami²³ a v tomto ohledu musí být zajištěny požadované vlastnosti stavby ve spolupráci stavebního úřadu a dotčeného orgánu ochrany veřejného zdraví. Domnívám se proto, že podmínky, které by směřovaly ke způsobu budoucího užívání stavby, jsou nepřijatelné.²⁴ Naproti tomu lze však zřejmě připustit takovou formulaci podmínky, která se bude vztahovat k vlastnostem stavby a bude ji možno ověřit před vydáním kolaudačního souhlasu²⁵. Tato skutečnost, tedy zda splnění stanovené podmínky před vydáním kolaudačního souhlasu ověřit, by dle mého názoru měla být porovnávacím kritériem toho, zda podmínka je či není přípustná a zde tedy spíše nenahrazuje budoucí očekávanou kontrolní činnost dotčeného orgánu.

Podle ust. § 124 odst. 1 věta druhá stavebního zákona pokud nebylo provedení zkušebního provozu uloženo stavebním povolením, může stavební úřad na podkladě požadavku dotčeného orgánu nebo žádosti stavebníka anebo v jiném odůvodněném případě stanovit rozhodnutím, které je prvním úkonem v řízení, že kolaudační souhlas lze vydat jen po provedení zkušebního provozu. Toto ustanovení tak implikuje možnost stanovit požadavek na provedení zkušebního provozu jako jednu z podmínek závazného stanoviska. I když tato možnost není připuštěna výslovně, bude dozajista v souladu se zásadou hospodárnosti a rychlosti řízení, aby dotčený orgán právě v rámci podmínky závazného stanoviska takový svůj požadavek uplatnil.

To naproti tomu neplatí, pokud jde o rozhodnutí o ochranném pásmu. I když lze zaznamenat tendence požadovat v některých případech (často i důvodně) v podmínkách závazných stanovisek zřízení ochranného pásma, je třeba takovou praxi odmítnout a tímto způsobem stanovenou podmínku pokládat za nepřijatelnou. Podle ust. § 83 odst. 1 stavebního zákona rozhodnutí o ochranném pásmu chrání stavbu, zařízení nebo pozemek před negativními vlivy okolí nebo chrání okolí stavby či zařízení nebo pozemku před jejich negativními účinky. Jedná se však zásadně o řízení návrhové, pokud nemá

²³ Srov. ČSN EN ISO 717-1 a ČSN EN ISO 717-2, www.unmz.cz.

²⁴ Např. tím mám na mysli podmínky, které by stanovovaly, že "v objektu nebudou pořádány žádné veřejné hudební produkce" či "veřejné hudební produkce budou pořádány jen při zavřených oknech".

²⁵ Např. "okna budou řešena jako neotvíratelná".

žadatel povinnost předložit žádost o vydání rozhodnutí o ochranném pásmu uloženu stavebním zákonem či zvláštním právním předpisem.²⁶

7. SHRNU TÍ

Problematika vydávání závazných stanovisek a vůbec správních aktů dotčených orgánů obecně je trvale předmětem zájmu správní vědy, správní praxe i judikatury správní soudů. Cílem tohoto příspěvku bylo zaměřit se na oblast, které je věnována menší pozornost, a to je problematika podmínek v závazných stanoviscích. Tato menší pozornost je zřejmě důsledkem toho, že závazná stanoviska prozatím nebyla příliš často předmětem soudního přezkumu, natož pak aby byly zkoumány jednotlivé podmínky těchto stanovisek. Přesto se domnívám, že jde o oblast důležitou jak pro správní vědu tak především pro každodenní praxi dotčených orgánů, na jejichž závazných stanoviscích spočívá ochrana důležitých veřejných zájmů.

Literature:

- HANDRLICA, J. Závazné stanovisko a rozhodnutí podmíněné závazným stanoviskem, Právní fórum, 10/2006.
- HEDNRYCH, D. a kolektiv: Správní právo: Obecná část. 7. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, 837 s., ISBN 978-80-7400-049-2.
- KRÝSA, I. Několik poznámek k problematice veřejné hudební produkce. Právní rádce, 02/2010.
- MAŇAS, T. Reprodukovaná hudba jako veřejná hudební produkce? Právní rádce, 09/2009.
- MOTEJL, O. a kolektiv. Sborník stanovisek veřejného ochránce práv: Hluková zátěž, Brno: Kancelář veřejného ochránce práv a Wolters Kluwer ČR, 2009, 139 s., ISBN 978-80-7357-499-4.
- ONDRUŠ, R. Správní řád: nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami, Praha: LINDE, 2005, 515 s., ISBN 80-7201-523-0.
- VEDRAL, J. Správní řád: komentář, Praha: BOVA POLYGON, 2006, 1042 s., ISBN 80-7273-134-3.

²⁶ Srov. ust. § 86 odst. 5 stavebního zákona nebo ust. § 31 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví.

- VEDRAL, J. Rozhodnutí správního orgánu ve správním řádu a v soudním řádu správním - pokus o srovnání na vybraných příkladech, ASPI, 2010.
- VEDRAL, J. K právní povaze územního souhlasu, ASPI, 2009.
- VOPÁLKA, V.: Nová úprava správního řádu. In: Vopálka, V. (ed.). Nový správní řád, Praha: ASPI, 2005, 556 s.

Contact – email

Ivo.krysa@khsstc.cz

PŘÍSTUPY K NÁHRADÁM ŠKOD ZPŮSOBENÝCH LOKÁLNÍMI POVODNĚMI

VÍTĚZSLAV MALÝ - MARKÉTA BUŘINSKÁ

Vysoká škola ekonomická v Praze, IEEP - Institut pro ekonomickou a ekologickou politiku při Národohospodářské fakultě

Abstract in original language

Príspevek se zaměřuje na postihnutí možných způsobů, jak řešit spory o náhradu škody způsobené lokálními povodněmi skrze soukromoprávní nástroje, přičemž jsou v práci zhodnoceny i finanční a časové nároky. V rámci studie bylo využito modelového případu mezi dvěma subjekty, jenž se stal základem pro kvalitativní analýzu.

Key words in original language

Povodně; škody; náhrady škod.

Abstract

The aim of this paper is to describe the possible ways to solve disputes relating to compensation for damages caused by local flooding through private instruments. Financial and time requirements are also taken into account. The study used case study between two bodies which became basis for qualitative analysis.

Key words

Flood; damages; compensation for damages.

Úvod

Soukromoprávní nástroje řešení sporů týkajících se životního prostředí nejsou v podmínkách České republiky nijak rozšířené, jelikož kontinentální právní systém, kladoucí důraz na moc státu neumožňuje tvůrčí přístup k řešení sporů, na rozdíl od práva zvykového natolik, aby nebyly spory řešené skrz občanskoprávní cestu zdlouhavé a finančně náročné. Mimo to ochrana životního prostředí spadá pod právo veřejné a samotná koncepce odpovědnosti za škodu na životním prostředí nemá v právním řádu ČR samostatnou právní úpravu a vychází z občanského zákoníku.

V rámci řešení sporů týkajících se životního prostředí tak rozeznáváme dva možné přístupy - veřejnoprávní a soukromoprávní. Oba dva mají své výhody i nevýhody a vždy záleží na posouzení a subjektivním názoru, která z uvedených možností může lépe ochránit životní prostředí. V České republice se upřednostňuje spíše veřejnoprávní cesta, která by dle odborníků měla být v podmínkách naší země rychlejší. Touto cestou se však poškozený nedomůže odškodnění, pouze může docílit toho, že znečišťovateli bude zakázána činnost, či uložena pokuta. Soukromoprávní

cesta naopak vede k odškodnění a skrze něj pak k ochraně životního prostředí. Mnoho odborníků, zejména z ekonomického vědního pole, proto zastává názor, že systém common law lépe a efektivněji chrání životní prostředí nežli kontinentální právní systém, jelikož je znečišťoval nejen motivován možnými vysokými sankcemi v podobě náhrady škod (soudní spory jsou často cíleny na částky pohybující se v milionech \$), ale i skutečností, že soudní systém je velmi tvůrčí a proto je možné prohrát i spory, které by v našich podmínkách byly jen stěží z pohledu žalobce úspěšné.

Možnosti náhrady škod v ČR

Jakékoli zásahy do vlastnických práv jsou neoprávněné a nabízí se několik možností, jak se bránit. Jednou možností je svépomoc, kterou je však povoleno použít jen v situaci, kdy bezprostředně hrozí neoprávněný zásah do vlastnického práva. Další variantou je využít služby správních orgánů nebo soudů. Tato práce je zaměřena na řešení sporů pomocí soudů. Dle článku 36 Listiny základních práv a svobod má každý občan právo domáhat se svého práva u soudu či jiného orgánu a je mu přisouzeno právo na právní pomoc v případě řízení před soudy. Soukromoprávní ochrana vlastnických práv a životního prostředí je v podmínkách ČR upravena zákonem č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku a zákonem č. 17/1992 Sb., o životním prostředí.

Prvním možným prostředkem ochrany a domáhání se vlastních práv je prevenční žaloba. Ta se podává v situaci, kdy žádná škoda nehrozí, ale je vysoce pravděpodobné, že v budoucnosti hrozit bude. Touto žalobou se předchází vzniku hrozící újmy, což je základem ochrany majetku, lidského zdraví.¹ Občanský zákoník ukládá v paragrafu 415 každému obecnou (generální) prevenční povinnost. Ta přikazuje, že „každý je povinen počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí“. Příčinná souvislost je považována za jednu z podmínek odpovědnosti za škodu. Pokud existuje příčinná souvislost mezi určitou škodlivou činností a vznikem škody, je tím pádem jisté, že škoda vznikla v důsledku daného chování. A pokud by se žalovaná osoba zdržela dané činnosti, ke škodě by nemuselo dojít. V případě, že za příčinou vzniku škody byla označena jiná skutečnost, odpovědnost za škodu nenastane.²

Druhou možností, jak využít pomoci soudů a domoci se odškodnění, je podat žalobu na ochranu osobnosti. Ta vychází z občanského zákoníku, paragrafu 11, který říká, že každá fyzická osoba má právo na ochranu osobnosti, zvláště pak svého života, zdraví, soukromí, lidské důstojnosti,

¹ Doleček, 2010

² Nejvyšší soud ČR, 2000

svého jména a projevů osobní povahy. Fyzická osoba (právnícká osoba tedy toto právo nemá) může chtít, aby soud zakázal neoprávněnou činnost, která zasahuje do práv na ochranu osobnosti a může požadovat náhradu škody, tu soud stanoví podle velikosti a závažnosti újmy.³ V ustanovení § 16 občanského zákoníku se píše, že osoba odpovědná za vznik škody způsobené zásahem do práva na ochranu osobnosti za tuto škodu odpovídá.

Dalším způsobem ochrany svých práv je sousedská žaloba (upravena v paragrafu 127 občanského zákoníku). Vlastník věci se dle zákona musí vyvarovat imisí, musí se zdržet neoprávněného zasahování do vlastnického práva jiných vlastníků. V případě porušení se poškozený může žalobou domáhat toho, aby se žalovaný imise zdržel, lze podat pouze negatorní žalobu na zdržení imise.

Domáhat se odškodnění může žalobce podáním žaloby na náhradu škod, odpovědnost za škodu je popsána v zákoně č. 40/1964 Sb., občanském zákoníku. Škodu můžeme způsobit buď porušením právní povinnosti, anebo provozní činností. Občanský zákoník v § 420a uvádí: „Provádění nebo zajištění prací, kterými je jinému subjektu způsobena škoda na nemovitosti nebo je mu podstatně ztíženo nebo znemožněno užívání nemovitosti.“

Zákon č. 17/1992 o životním prostředí uvádí, že povinností každého je předcházet znečišťování ŽP a minimalizovat negativní důsledky svého chování na ŽP, § 17 odstavec 1. Paragraf 18 doplňuje předchozí nařízení o to, že ten, kdo svou činností ohrožuje stav ŽP je povinen na vlastní náklady sledovat své působení na něj a znát možné nežádoucí vlivy plynoucí z dané činnosti. Povinností každého, kdo svou činností způsobil ekologickou újmu, je snažit se uvést vše do původního stavu, pokud to není možné, přichází v úvahu náhradní plnění či peněžní náhrada. Tato skutečnost je uvedena v § 27 odstavec 1.⁴ V současném českém právním systému lze v oblasti životního prostředí vymáhat pouze náhrady škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy. Náhrady škod poskytuje dle zákona č. 115/2000, Sb. o poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy stát.⁵

Spory o náhradu škod v ČR

Řešení sporů soukromoprávní cestou není v podmínkách ČR nikterak rozšířené, i přesto zde existují úspěšné spory, kdy byla soudně vymožena náhrada škody na poškozeném majetku. Významnými žalobci jsou v tomto ohledu dva soukromé subjekty - Lesy ČR, s.p. a Český rybářský svaz.

³ Z. č. 40/1964 Sb.

⁴ Z. č. 17/1992 Sb.

⁵ Z. č. 115/2000 Sb.

Lesy ČR, s.p. se ve svých žalobách domáhají uhrazení škody způsobené na lesních porostech emisemi škodlivých látek (SO_x a NO_x) na lesních porostech ve správě žalobce na území celé ČR. Soud v jednotlivých případech argumentoval tím, že odpovědnost provozovatele za škodu způsobenou na lesních porostech vypouštěním škodlivých látek do ovzduší není vyloučena tím, že provozovatel plní povinnosti plynoucí z předpisů o ochraně ovzduší, včetně placení poplatků za znečišťování ovzduší. Žalobce se důvodně domáhá náhrady škody stanovené znalcem, když v současné době neexistuje jiná obecně uznávaná metoda, jíž lze vyčíslit škodu vznikající na lesích. Všechny podané a výše uvedené žaloby byly úspěšné.

Český rybářský svaz se naopak domáhá náhrady škody způsobené vydrou říční, jejíž početní stavy nemohou být lovem snižovány, na rybách chovaných žalobcem v rybářských mimopstruhových revírech. Soud v jednotlivých případech argumentoval tím, že za škodu způsobenou vydrou říční odpovídá stát bez ohledu na to, zda škoda vznikla na plodinách nebo na zvěři. Dvě ze tří žalob byly úspěšné, jedna žaloba byla zamítnuta z důvodu špatné formulace.

Žalobou týkající se náhrady škody způsobené znečištěním vody ve studni v důsledku prosakování odpadní vody z kanalizace do okolní půdy a do spodních vod vyústil spor mezi majitelem pozemku a vodohospodářskou společností. Soud argumentoval tím, že žalovaný nezajistili řádné provedení, odzkoušení a kolaudaci kanalizace podle platných právních předpisů a technických norem a nezajistili ani její bezpečný provoz. Nicméně žalobu zamítl, jelikož žalobce není oprávněným odběratelem podzemní vody a z toho důvodu se nemůže domáhat náhrady škody.⁶

Výše uvedené spory trvaly v průměru 2143 dní (tj. cca 5 let a 10 měsíců), přičemž nejdelší časový horizont byly projednávány na okresních soudech, v průměru 1180 dní. Průměrná žalovaná částka činila 220 699,- Kč, přičemž jednotliví úspěšní žalobci byli v průměru odškodněni částkou 166 279,- Kč, tj. 75 % z žalované částky.

Z výše uvedených sporů a jejich statistik vyplývá, že soudní spory jsou sice relativně dlouho záležitostí a získané finanční odškodnění není nikterak vysoké, nicméně je důležité zmínit, že poslední spor Lesů ČR, s.p. trval cca

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 07. 2008, sp. zn. 25 CDO 769/2006. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 04. 2004, sp. zn. 25 CDO 540/2003. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 08. 2003, sp. zn. 25 CDO 325/2002. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 07. 2002, sp. zn. 25 CDO 639/2001. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2005, sp. zn. 25 CDO 2022/2004. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 02. 2009, sp. zn. 25 CDO 234/2007. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2002, sp. zn. 25 CDO 1753/2002.

2 roky a 4 měsíce, tedy únosný časový horizont. Důležitým omezením této statistiky je skutečnost, že uvedený výčet se týká pouze sporů, které řešil i Nejvyšší soud. Otázkou tedy zůstává, kolik sporů o náhradu škod bylo ukončeno (a úspěšně) již v okresních popřípadě krajských soudech. V podmínkách ČR mají tedy soukromoprávní spory o náhradu škody na životním prostředí své místo a je možné brát za plnohodnotný nástroj.

Možnosti náhrady škod způsobených lokálním bleskovými povodněmi

Od konce devadesátých let se v České republice stále častěji vyskytují bleskové povodně a řada obcí a soukromých vlastníků se musí zabývat otázkou jak řešit odstraňování vzniklých škod bleskových povodní.

Grantová agentura České republiky uskutečnila dvouletý výzkum (Dosahování celospolečenského konsensu v otázkách protipovodňové ochrany), v jehož rámci byly provedeny a zaznamenány rozhovory se starosty 33 obcí postižených lokálními bleskovými povodněmi. Za hlavní příčinu lokálních povodní byly třemi čtvrtinami oslovenými starosty považovány přívalové deště, následně pak dlouhodobé deště, jarní tání atd. Vznik povodní také ovlivňuje činnost člověka a jeho hospodaření v krajině, zásahy do plochy povodí v katastru obce či mimo katastr obce, nevhodné stavby. Zvláště zemědělské hospodaření v krajině hraje klíčovou roli v průběhu lokálních bleskových povodní. Z výzkumu vyplývá, že téměř v polovině obcí je zemědělská činnost příčinou povodní a povodně v obci jsou doprovázeny splachy bahna (někdy i s úrodou) z polí.⁷

Příčina povodní/problémy spojené s povodněmi	Četnost odpovědí
Splachy bahna z polí	16
Jiné splaveniny než bahno (z lesů, plodiny z polí)	11
Půdní eroze (v důsledku nevhodných lesních cest, nezalesněných svahů apod.)	10
Odlesnění	5
Nevhodná regulace toků	1

Tabulka 1 Příčina bleskových povodní, zdroj: Čamrová, Jílková, 2006

⁷ Čamrová, Jílková, 2006

V rámci práce byl vytvořen modelový případ sporu mezi dvěma subjekty o náhradu škody způsobenou splachem bahna z polí. Tento modelový případ byl vybrán vzhledem k faktu, že se jedná o jeden z nejčastějších důvodů škody na majetku způsobenou přivalovým deštěm.

Žalobcem je vlastník nemovitosti, která byla zaplavena bahnem z pole žalovaného, který na uvedené zemědělské ploše pěstuje zemědělské plodiny. Škoda byla odhadnuta soudním znalcem na 100 000 Kč, přičemž žalovaný nedodrží v rámci své činnosti pravidla správného obhospodařování půdy GAEC, i když je žalovaný žadatelem o dotaci z Programu rozvoje venkova

V rámci analýzy byly dotazováni právní experti na možnost úspěchu soukromoprávní žaloby. Z tabulky č. 2 vyplývá, že většina oslovených právníků považuje účelnost žaloby za oprávněnou a že je pravděpodobné její úspěch. Taktéž se shodují na tom, že uzákonění pravidel správného obhospodařování půdy GAEC by vedlo k zvýšení pravděpodobnosti úspěchu žaloby.

	Možnosti žaloby	Důvody a podmínky	Účelnost žaloby	Vliv uzákonění GAEC
1	§420 a §415 občanského zákoníku	Podstatné zdali zemědělec věděl, jak má správně hospodařit. Problém prokázání příčinné souvislosti – relativně prokazatelné.	Ano, ale velkou roli hrají GAEC.	Velký, aby byla náhrada škody účinným nástrojem, měli by být zakotveny v zákoně
2	§420 a §415 občanského zákoníku, §127 odstavce 1 občanského zákoníku	Hlavní problém v prokazování neadekvátního chování žalovaného. Veřejnoprávní odpovědnost za škodu, která by vedla k uložení pokuty.	Spíše ne.	Ano má, ale i tak převažuje skepse.
3	§420 a §415 občanského zákoníku	Prokázání, že zemědělec nečinil dostatečná preventivní opatření, nechoval se dle GAEC	Až dle poměru úspěšných žalob.	Ano má, ale hlavní důraz spočívá v prokázání pochybení.
4	§420a a §415 občanského zákoníku, §127 odstavce 1 občanského zákoníku	Zemědělec má odpovědnost bez ohledu na zavinění, ale nutné prokázat příčinnou souvislost mezi jednáním a škodou.	Nejsou příliš účinným nástrojem.	Spíše nemá.

5	§420a a §415 občanského zákoníku	§ 420a odst. 3, podle něhož se odpovědnosti za škodu ten, kdo ji způsobil, zproští, jen prokáže-li, že škoda byla způsobena neodvratitelnou událostí nemající původ v provozu nebo vlastním jednání poškozeného.	Spíše ano.	Ano, ale důraz na prokázání viny.
6	§420a a §415 občanského zákoníku, §127 odstavce 1 občanského zákoníku	Žaloba postavena na všem. Obvinění skrze veřejnoprávní regulaci – určitá činnost je přestupkem a značí tak nevhodné chování. Žalovat i stát za povolení stavby na nevhodném pozemku.	Spíše ne, veřejnoprávní regulace je přínosnější.	Ano, mělo by významný vliv.
7	§420a a §415 občanského zákoníku	Důležité prokázat pochybení.	Ano, velmi záleží na soudci.	Ano, zcela by změnila situaci. Nebylo by pochyb o provinění zemědělce.
8	§420, §420a a §415 občanského zákoníku	Problém v prokázání viny. Dle § 124 občanského zákoníku má i majitel vily a pozemku určitá práva a povinnosti. Odpovídá zejména za to, zda má vila dobrý odvod vody, zpětné záklopy kanalizace, drenáž či strouhu kolem domu. I obec má odpovědnost. Žaloba na stát.	Spíše ano.	Ano, ale i tak záleží na schopnosti právníka.

Tabulka 2 Názory právních poradců

Podstatné při prokazování viny by bylo prokázat, že zemědělec neučinil dostatečná preventivní opatření, nechoval se dle GAEC.

NÁKLADY NA SOUDNÍ SPOR

Náklady na soudní spor a jeho časová náročnost se dají jen ztěží odhadnout, proto pro potřeby určení relativní finanční a časové náročnosti budeme vycházet ze zákona č. 484/2000 a z již existujících, výše uvedených soudních sporů.

Finanční náklady a trvání soudního sporu jsou uvedeny tabulce č. 3, která uvádí tři možné průběhy soudního sporu.

Ukončení sporu	Finanční náročnost (v Kč)	Časová náročnost
Okresní soud	53 880 Kč	1148 dní (3 roky a 2 měsíce)

Krajský soud	83 760 Kč	1523 dní (4 roky a 3 měsíce)
Nejvyšší soud	113 640 Kč	2143 dní (5 let a 10 měsíců)

Tabulka 3 Finanční náročnost

Z uvedené tabulky vyplývá, že náklady na soudní spor jsou k žalované částce relativně vysoké a je otázkou, zdali by se riziko soudního sporu vyplatilo. Na druhou stranu je ovšem důležité zmínit, že v případě vyhraného soudního sporu, by došlo k existenci soudního precedentu a tím k faktickému nahrazení nutnosti uzákonit pravidla správného obhospodařování půdy GAEC. Došlo by tak k úspoře nákladů nutných k realizování veřejné regulace a její kontroly skrze státní orgány.

Závěr

Přestože z dané analýzy vyplývá, že domoci se náhrady škody na životním prostředí a náhrad škody způsobené bleskovými lokálními povodněmi pomocí soukromoprávní žaloby je v českých právních podmínkách relativně možné, jeví se veřejnoprávní řešení jako stále efektivnější a časově a finančně méně náročnější. Ve vztahu k náhradám škod způsobených lokálními povodněmi je veřejnoprávní řešení o to účinnější, když většina zemědělců je žadatelem z programu Rozvoje venkova a jsou tak fakticky podrobeni již stávající kontrole. Ne příliš pozitivní stránkou v případě veřejnoprávní regulace je skutečnost, že peníze, které by musel za porušení určitého zákona či vyhlášky zaplatit zemědělec, by šly nikoli do rukou poškozeného, ale do rukou státu. Z tohoto pohledu je soukromoprávní metoda spravedlivější a vede k přímému odškodnění.

Literature:

- ČAMROVÁ, L. **EKONOMIE A ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ: NEPŘÁTELE, ČI SPOJENCI?**, Praha: Alfa Publishing, 2007, 400, ISBN 978-80-86851-69-3.
- ČAMROVÁ, L., JÍLKOVÁ, J. a kolektiv. **POVODNĚ V ÚZEMÍ – INSTITUCIONÁLNÍ A EKONOMICKÉ SOUVISLOSTI**, Praha, Eurolex Bohemia, 2006, 172,
- DOLEČEK, M. **BUSINESSINFO.CZ**, Oficiální portál pro podnikání a export, dostupné z: <<http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravo-v-podnikatelske-praxi/opu-odpovednostza-skodu/1001817/56211/>>, 2010

- FIALA, J., KINDL, M., a kolektiv. **OBČANSKÝ ZÁKONÍK – KOMENTÁŘ – I. DÍL**, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2009, 2528, ISBN 978-80-73573-95-9
- KINDL, M., DAVID, O. **ÚVOD DO PRÁVA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ: SOUKROMOPRÁVNÍ ASPEKTY OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ**, Plzeň, vydavatelství Aleš Čeněk, 2005.
- MEINERS R. E., YANDLE B. **JAK COMMON LAW CHRÁNÍ ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ**, Praha, Liberální Institut, 2000.
- MZE. **NOVÉ STANDARDY GAEC**, Praha: Ministerstvo zemědělství, dostupné z: <http://eagri.cz/public/web/mze/dotace/kontroly-podminenosti-cross-compliance/aktuality/nove-standardy-gaec.html>, 2010
- MS, vyhláška č. 484/2000 Sb., Praha, 2000.
- MZE. **STRATEGIE OCHRANY PŘED POVODNĚMI PRO ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY**, Praha, Dostupné z: http://toky.fsv.cvut.cz/Predmety/vto/ke_stazeni/cviceni/strat_ochr_povod.pdf. duben 2000.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 07. 2008, sp. zn. 25 CDO 769/2006.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 04. 2004, sp. zn. 25 CDO 540/2003.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 08. 2003, sp. zn. 25 CDO 325/2002.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 07. 2002, sp. zn. 25 CDO 639/2001.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2005, sp. zn. 25 CDO 2022/2004.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 02. 2009, sp. zn. 25 CDO 234/2007.

- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2002, sp. zn. 25 CDO 1753/2002.
- Zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod.
- Zákon č. 334/1992 Sb., O ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 254/2001 Sb., O vodách a o změně některých zákonů (Vodní zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 17/1992 Sb., O životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 115/2000 Sb., O poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Vyhláška Ministerstva životního prostředí č. 236/2002 Sb., o způsobu a rozsahu zpracovávání návrhu a stanovování záplavových území.

Contact – email
maly@ieep.cz

TYPES OF LIABILITY IN ROMANIAN ENVIRONMENTAL LAW

CLAUDIU MANTA

Faculty of Legal Sciences, University „Constantin Brâncuși”

Abstract in original language

Environmental protection activities include six courses of action, namely: legislative, administrative - institutional, educational - informational, economic - technological, social and international cooperation. Among them, the most important seems to be the legislative component.

Key words in original language

Environment liability.

Environmental protection activities include six courses of action, namely: legislative, administrative - institutional, educational - informational, economic - technological, social and international cooperation. Among them, the most important seems to be the legislative component.

Juridical responsibility in the field of environmental protection should be registered also among coordinates setting out the settlement of the main right's content at a protected environment¹. Still, it should be observed that primary in this matter is prevention for some ecological damages and not establishing responsibility to recover the ones already produced (due to the character sometimes irreversible of the ecological damage). Continuing the idea of the preventive character of this type of responsibility, the quoted author shows that “juridical responsibility for damages to the environment can be used for result actions as well as for dangerous actions”.

Due to breakage of the existent fragile equilibrium between human and environment it is imposed a new approach in the field of environmental law. In the far away past of human kind it was considered that everything surrounding us should be exploited up to exhaustion. If until the nineteenth century, the importance granted to environmental protection was minor or even inexistent (and there are enough arguments in this sense) today can be observed an optics reassessment at national and at global level,

1 Gheorghe Iancu “Main rights and environmental protection”, Publishing House of the Autonomous Direction Official Gazette, Bucharest, 1998, page 267

environment's protection and preservation problems achieving universal valences².

As a general rule, any person (physical or juridical) is responsible in case of defying environment's legislation. This responsibility should be circumstantiated as sometimes, the action though which law is transgressed has as result environment's effective pollution (the author being "polluting agent"); some other times, the action (lack of action) taken does not lead to environment pollution, but, is an action that can be sanctioned according to the norms of this law branch (the author is not anymore a "polluting agent" but he is responsible from juridical point of view).

The introduction of the juridical responsibility regime in the environmental field announces a series of difficulties, connected especially by the fact that not all prejudice forms can be repaired by applying juridical responsibility in the environmental law. Supplementary should be fulfilled the following conditions:

- the existence of one or more pollutants that can be identified;
- the prejudice should be established and quantifiable;
- be established a cause connection between prejudice and the identified pollutant or pollutants.

The activities of environmental protection contain six auctioning directions, namely: legislative, administrative – institutional, educative – informative, economical – technological, social and of international cooperation. From these, it is separated, as importance, the legislative component containing: frame laws and specific laws (adopted by Parliament), the Decisions or Emergency Ordinances (issued by Government), Orders, Decisions and Normative – issued by ministries, Instructions – realized by specialty institutes, Standards – issued by standardization institutes.

Juridical responsibility for the transgression of the environmental protection requirements and usage of natural resources is, in the system of environmental protection and rational use of resources, only one of the aspects of this group of rapports; alongside juridical responsibility, an

2 Ioana Cleopatra Drimer "Penal responsibility in the field of environmental protection", doctoral dissertation, Bucharest, 2004, page 19

important role being the one of measures with preventive and educational character, that should ensure the activities' efficiency in this field³.

The purpose for which has been established juridical responsibility in the environmental law is that of institutionalizing a juridical regime, through which, to the one causing an ecological prejudice (damage) to the environment, should be applied a sanction and, more than this, to be obliged to pay for the remedy of the ecological damage that has been produced.

The necessity of introducing a specific regime of juridical responsibility in the environmental law is determined by a group of norms and procedures having as purpose the enactment of environmental protection⁴. The failure of being in conformity with the norms and procedures in force, leads only to civil, administrative or penal type sanctions. In exchange, juridical responsibility in the environmental law introduces, supplementary, in comparison with the settlements in force in that field, also the compulsoriness as a potential pollutant to pay to remedy (up to a satisfying status) or balance out the damages produced to the environment. There can be imagined a series of cases in which solving the prejudice produced cannot be any longer realised. For example, in case of a grave pollution having as result the total extinguishment of a species of birds living only in the habitat submitted to pollution, the polluting agent is not able to remedy the prejudice produced to the environment, but should bear juridical consequences of that action.

The Government's Emergency Ordinance no. 195/2005 regarding environmental protection established as objective "settlements of environmental protection based on strategic principles and elements leading to durable development of the society". These are specified in article 3:

- a) the principle of integration of environmental requirements in the other sectorial politics;
- b) the decision talking caution the principle;
- c) the preventive action principle;
- d) the principle of stopping pollutants at source;

3 Daniela Marinescu „Environment law” , Press House and Publishing House “Șansa” Bucharest,1996, page 296

4 Cristina Ionescu “Law and legislation in energy and environment”, Bucharest, 2003-2004- unpublished course

- e) the principle "pollutant pays";
- f) the principle of preserving biodiversity and ecosystems that are specific to the biogeographically natural frame;
- g) substantial use of natural resources;
- h) informing and audience's participation at taking decision, as well as access to justice in environmental problems;
- i) development of international collaboration for environmental protection.

The principle "polluter pays" is a basic principle in environmental law and indicates the liability of the polluter to bear consequences of the lack of respect of obligations foreseen by legislation in force regarding the introduction and usage of non-polluting technologies, limitation of pollution at parameters established in eco-standards, not respecting the procedure of authorization as well as specific liabilities in this sense.

The principle of precaution is a main principle of environmental law according to which the absence of certitude should not hinder the adoption of measures to prevent production of a risk with important and irreversible damages for environment⁵. By applying this principle are taken into account, first of all, grave and/or irreversible damages. The assessment of damage gravity takes into account its measure; the irreversibility refers to involvements brought to different environmental factors- which sometimes can be definitive. Despite appointing juridical responsibility in case of irreversible damages apparition, the use of responsibility might lead to pecuniary reparation for the victim of the prejudice.

Irreversibility expresses more than a characteristic of damage gravity. This notion is in tight connection with the so-called "degeneracy" process. For example if the disappearance of a species of animals as a result of ecological catastrophe is irreversible to the extent in which is impossible to re-establish an elements that disappeared, it should be relativized in the ensemble of the process to which it belongs, given the fact that a dynamic process might continue, substituting another elements to the one that disappeared. To give an example, I would return to the previous specification; so, the disappearance of that species does not necessarily lead to the derangement of the trophic chain (so to the extinction of some species situated in direct connection with the victim of the ecological catastrophe),

5 Ciprian Raul Romițan "Environmental law Dictionary", All Beck Publishing House, Bucharest, 2004, page 135

as it is possible that another group should be specialized on “attributions” possessed by the disappeared ones. Sometimes nature has unsuspected resources. What we can do in this case is only helping them to be more rationally exploited.

Regarding the relative establishment of juridical responsibility, the objective was realized for the first time, in express manner, by Law number 9 from 20th June 1973⁶ regarding protection of the environment, which in article 73, decides that “Transgression of legal disposals regarding environmental protection attracts disciplinary, material, civil, contravention or penal responsibility, depending on case”; it should be noted that the first two forms of responsibility have been applied as part of work relations, between employer and employee.

Otherwise, this has been the first settlement with general character aiming environmental protection, adopted especially as a reflex at the decisions of the first conference of the United Nations Organization regarding human environment (Stockholm, June 1972). Unfortunately, the normative text did not contain an express or implicit reference to the main right of a person to a healthy environment, in a social – political context in which the institution of human’s main rights had a precarious existence⁷.

Once with profound modifications through which Romanian society passed after 1989, it was imposed a new environmental law. This was realised later enough (in the years 1994-1995) and has been modified almost each year, at present moment being replaced through a new settlement (Government’s Emergency Ordinance number 195/2005 regarding environmental protection). It should be observed the fact that, in the field of juridical responsibility regarding the transgression of environmental protection norms, a great part of the disposals of Law number 137/1995 have been assumed also in the new settlement.

The environment responsibility problem achieved new valences once with the publication of the Government’s Emergency Ordinance number 68/2007 regarding environmental responsibility for prevention and

6 Published in the Official Gazette, number 91 from 23rd June 1973

7 Mircea Duțu “Recognition and warrantee of the main right to environment in Romania” article published in the Revue "Dreptul", number 6/2004, page 98

reparation of the prejudice produced upon environment⁸, representing the transposing in internal law of the Directive number 2004/35/CE regarding environmental responsibility⁹. The normative document had been adopted as there is no legal frame through which operators be obliged to adopt measures and apply practices to minimize damage risks and take measures for necessary reparation in case of producing the prejudice.

Each person has the right to a healthy environment, in its ensemble, as well as of the component elements. As a result, each contamination comprising the transgression of this right would be punished by a legislator.

Juridical responsibility differs depending on the degree of specific social danger of the action, the last one constituting, according to this criterion, infraction or contravention, resulting two possible forms of juridical responsibility: contraventional and penal. In case the action is not part of one of these categories, but still produced a patrimony prejudice, this should be repaired through the agency of civil responsibility. As part of this doctrine there existed attempts to argue and impose (including on legislative plan) a new form of juridical responsibility, called “environmental damage responsibility”; this new form of responsibility represents, in essence, a particularity at the aspect of environmental law, of general responsibility forms. There is a tendency (especially regarding famous authors like Mircea Duțu – speaking about the existence of some infractions and contraventions at the environmental protection regime -) to make autonomous certain institution of environmental law, to create a series of mechanisms and institutions specific to this law branch. We consider that this attempt is fated to failure, the “classical” juridical institution and mechanisms being sufficient.

Environmental prejudices responsibility problem is interesting under the aspect of civil law especially due to the fact that, in this field, most of times, environmental pollution has cross- border effects. For example, rain (together with sun rays, wild flora and fauna) represents the so-called “res nullius” (nobody’s goods) while being in the atmosphere, but, once fallen on the ground, enters the area of the property right of the titular of that field surface (according to civil law principles). In these conditions it is asked the question if there can be found a person responsible in case acid

8 Published in the Official Gazette, number 446 from 29 June 2007, approved by Law number 19/2008, published in the Official Gazette, part I, number 170 from 5 march 2008

9 Published in the Official Gazette of the European Union (JOUE) number L 143 from 30 April 2004

rain (caused by a cross – border pollution) affects the property of a person? The response to this difficult problem supposes the corroboration of some “classical” principles of civil law but also of some special principles in the field of responsibility for prejudices to the environment, to apply unanimous principles accepted in the doctrine and in legislation according to which “polluter pays”.

Most of time, the instauration of juridical responsibility supposes the existence of prejudice (prejudice, damage) brought to the environment. One of definitions given to that notion would be that of¹⁰ “prejudice harming the group of elements from a system which, due to its indirect and diffuse character, does not allow constituting a right to reparation” (Government’s Emergency Ordinance number 195/2005 regarding environmental protection). According to another normative document, prejudice is defined¹¹ as being “a negative measurable change of a natural resource or a measurable damage of a service in connection with natural resources, appearing in a direct or indirect manner” (special norm).

The main problem appearing in this case is to establish who the victim of the damage is:

- human or
- his environment.

Depending on the given response it is shaped the conception on ecological damage nature. This supposes the previous establishment of the juridical stature of natural or anthropic elements founding environment, to establish if there are of there are not goods protected from juridical point of view.

International juridical responsibility in the field of environment law became, especially in the past century, a conflict area between different interests of the states, especially in fields like excessive industrialization, irrational exploitation of resources, cross-border pollution, accentuated urbanization, using nuclear energy, research of the cosmic space, etc. Practice showed that using some ancient technologies might lead to great dimensions intentional or accidental ecological damages, destructions produced by states as well as by individuals. Production of these elements

10 Article 2, paragraph 1, point 52 from Government’s Emergency Ordinance, number 195/2005 regarding environmental protection

11 Article 2, paragraph 1, point 12 from Government’s Emergency Ordinance, number 68/2007 regarding environmental protection

determined the apparition in the international law of some new conventions, treaties, agreements which, based especially on the preventive component, have the purpose of further tragedies production.

Considering how important environmental protection actions are, prompt intervention (which is also necessary) of public authorities endowed with control attribution in this field, to apply specific juridical norms, represents not only a legal but also a civic liability. This underlying is justified by the fact that, nowadays, it is necessary as has never been to be aware of the danger of increasing pollution of the environmental factors, as a result of unstoppable industrial development, whose harmful effects could not be counter-balanced, but in a smaller part, by measures of environmental protection. That is why it is imperatively necessary that possible and attainable initiatives should be applied in useful and efficient period of time, considering their implementation as not only a liability, but also as a necessity, an essential condition of our possible surviving as species on this planet

The observance of environmental protection rules is ensured by a series of public institutions with attributions in that field (National Environmental Guard Institution, Community Police), nongovernmental organization (ONG) as well as by a series of “volunteer ecological agents”¹².

Contact – email

claudiumanta@yahoo.com

12 This formulation is used in the article 2 from Order number 439/2002 of the Minister of Waters and environmental protection for the approval of organization of the voluntaries action in the field of environment protection published in the Official Gazette, number 517 from 17 July 2002, modified and supplemented by Order number 963/13th September 2006 of the Minister of Waters and environmental protection, published in the Official Gazette no. 812/2006.

ÚPRAVA PRIESTUPKOV NA ÚSEKU OCHRANY PRÍRODY A KRAJINY A POŽIADAVKY DOHOVORU NA OCHRANU ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA PROSTREDNÍCTVOM TRESTNÉHO PRÁVA

MICHAL MASLEN

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, katedra správneho práva,
práva životného prostredia a finančného práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Článok sa zaoberá uprávou ochrany životného prostredia prostredníctvom Dohovoru Rady Európy na ochranu životného prostredia prostredníctvom trestného práva. Popri požiadavkách tohto nástroja zohľadňuje aj aktivitu Európskej únie. Táto spočíva najmä v prijatí smernice Európskeho parlamentu a Rady 2008/99/ES z 19. novembra 2008 o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva. Úpravu na nadnárodnej úrovni porovnáva so súčasným právnym stavom podľa zákona č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny.

Key words in original language

Dohovor; smernica; priestupok; ochrana životného prostredia; chránené vtáčie územie.

Abstract

The article analyses an environmental protection arrangement according to the Convention on protection of environment through Criminal law. While analyzing these requirements it also takes into consideration the activities of the European Union. This consists of the arrangement of the directive of the Parliament and Council 2008/99/ES on protection of the environment through criminal law. The arrangement on the supranational level is being compared to the present condition of nature and landscape protection bill no. 543/2002 body of laws.

Key words

Convention; directive; administrative offence; protection of environment; protected bird territory.

Ochrana životného prostredia zohráva v dnešnej spoločnosti významnú úlohu. Z vedecko-technickým rozvojom sa zároveň rozvíjajú zásahy človeka do životného prostredia. Tieto vplyvajú nielen na faktický stav jednotlivých zložiek životného prostredia, ale aj na právne požiadavky ich ochrany. Život a zdravie ľudí, kvalita krajiny a prírody je nevyhnutne previazaná s antropogénnymi prvkami v nej.

Životné prostredie je vynikajúci príklad vzájomnej závislosti v rámci Európy, ale takisto i s ostatným svetom.¹ Aj z uvedeného dôvodu venuje Rada Európy patričnú pozornosť problematike ochrany životného prostredia. Stanovuje požiadavky na zachovanie krajiny a jej efektívnu ochranu. Hľadá rovnováhu medzi ochranou životného prostredia a priemyselnými činnosťami v spoločnosti.

Dohovor na ochranu životného prostredia prostredníctvom trestného práva

Za účelom dosiahnutia jednoty pristúpila Rada Európy v roku 1998 k zakotveniu nástroja ochrany životného prostredia na úrovni medzinárodného práva, a to v podobe Dohovoru na ochranu životného prostredia prostredníctvom trestného práva (ďalej ako „dohovor“). Úmysel tvorcovia tohto dokumentu vyjadrili v jeho preambule. Potreba vedenia spoločnej trestnej politiky a úloha trestného práva motivovala tvorcov dokumentu k jeho zakotveniu. Poškodzovanie životného prostredia bolo treba upraviť v podobe zakotvenia trestných činov na ochranu životného prostredia.

Treba povedať, že úloha trestného práva pri ochrane životného prostredia je relatívne nová. Trestné právo je – podľa nášho názoru – krajným prostriedkom ochrany verejného záujmu vyjadreného v objekte skutkovej podstaty trestného činu. A ochrana životného prostredia je nespochybniteľne verejným záujmom. Výstižné a rýchlo aplikovateľné prostriedky environmentálnej ochrany môže poskytovať aj správne právo. Dohovor stanovuje tri skupiny protiprávných konaní. Vymedzuje požiadavky na tvorbu skutkových podstát o:

- 1) úmyselných trestných činoch
- 2) nedbanlivostných trestných činoch
- 3) iných trestných činoch a priestupkoch

V súčasnej dobe ratifikovalo zo skupiny signatárskych štátov tento dohovor výhradne Estónsko. Od doby prijatia tohto dokumentu uplynulo 12 rokov. Samotný stav ratifikácie vypovedá o záujme členských štátov siahnuť k tak

¹ Akcie na ochranu životného prostredia, dostupné na <http://www.radaeuropy.sk/?290>, 02.11.2010, 22:26 hod.

prísnym prostriedkom postihu na úrovni ochrany životného prostredia, aké poskytuje trestné právo.

Ďalším argumentom k tomuto tvrdeniu je odlišný štýl chápania pojmu „trestné obvinenie“ podľa čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej ako „Európsky dohovor“). Toto ustanovenie zakotvujúce základné požiadavky práva na spravodlivý proces a zároveň určuje šírku právnych vzťahov, ktoré spadajú do množiny trestných vecí.² Ak Európsky dohovor vymedzuje v procesnej rovine množinu trestných vecí, ktoré sú štrasburskými orgánmi ochrany práva vnímané autonómne od úpravy členských štátov, tak možno požiadavky dohovoru vzťahovať aj na priestupky. Stanovenie hraníc trestnej alebo administratívnej zodpovednosti dohovorom zároveň vytvára predpoklady jej procesného vyvodzovania podľa požiadaviek Európskeho dohovoru. Kontinuita medzinárodných zmlúv sa prejavuje nielen v preambule dohovoru, ale postupne ju svojou rozhodovacou činnosťou vytvárajú aj štrasburské orgány ochrany práva.

Dohovor vymedzuje v čl. 1 základné definície pojmov. Podľa čl. 1 písm. a) dohovoru protiprávny znamená porušujúci právo, administratívnoprávnu úpravu alebo rozhodnutie prijaté kompetentným orgánom zamerané na ochranu životného prostredia. Ustanovenie tak odkazuje na úpravu obsiahnutú v nasledovných článkoch dohovoru. Nadobúda význam s definovaním požiadaviek na objekty skutkových podstát o trestných činoch. Samotný dohovor sa však vyjadruje k porušeniu práva v administratívnoprávnej rovine. Uplatnením princípu primeranosti je preto na mieste aplikovať tieto požiadavky aj na úpravu priestupkov. Okrem toho v čl. 1 písm. b) dohovor vymedzuje pojem voda. Vodou rozumie všetky druhy podzemných a povrchových vôd, vrátane vôd jazier, riek, oceánov a morí.

Požiadavky na tvorbu skutkových podstát trestných činov a správnych priestupkov

Dohovor sa zameriava na tvorbu opatrení najmä formou požiadaviek na objekty a objektívne stránky skutkových podstát trestných činov. V článkoch 2 až 4 požaduje zakotvenie ochrany životného prostredia pomocou spomenutých skupín trestných činov a priestupkov. Formu zavinenia a závažnosť konania pritom považuje za odlišujúce kritérium

² Svák, J. Ochrana ľudských práv. II. rozšírené a doplnené vydanie, Bratislava : Eurokódex, 2006, s. 427, ISBN: 80-88931-51-7

úrovne environmentálnej ochrany. Konaním sa rozumie tak aktívna činnosť, ktorá je v rozpore z platnými právnymi predpismi ako opomenutie povinnosti, ktorú tieto predpisy subjektom zakotvujú. Následne v týchto ustanoveniach vymenúva jednotlivé konania, ktoré majú byť vnútroštátnym právom vyčlenené ako protiprávne. Z kontextu týchto ustanovení implicitne vyplývajú nasledovné znaky skutkových podstát trestných činov a priestupkov:

- objekt
- objektívna stránka
- subjektívna stránka

K subjektu skutkovej podstaty sa vyjadruje článok 9 dohovoru. Každá zmluvná strana prijme vhodné opatrenia, ktoré môžu byť potrebné na to, aby mohla uložiť trestné alebo správne sankcie alebo opatrenia pre právnické osoby, v mene ktorej sa trestných činov uvedených v článkoch 2 a 3 sa dopustil ich orgány alebo ich členovia, alebo ďalší zástupcovia. Za subjekt trestného činu alebo priestupku tak dohovor považuje ako fyzickú tak aj právnickú osobu. Odkazovací charakter tohto ustanovenia zároveň umožňuje aplikovať požiadavky na úpravu zodpovednosti páchatel'a nielen v rovine trestného práva, ale aj správneho práva. Uplatnenie zodpovednosti právnickej osoby nevylučuje vyvodzovanie zodpovednosti voči osobe fyzickej.

Úmyselné trestné činy sú viazané na spôsobenie následku v podobe vážneho poranenia, smrti, alebo značného poškodenia chránených objektov v krajine a prírode. Meradlo následku na životoch a zdraví fyzických osôb stanovuje najmä národná judikatúra. Na otázku značnej škody alebo vážneho poškodenia životného prostredia bude poskytovať odpoveď vnútroštátne právo. Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon účinný v Slovenskej republike od 1.1.2006 stanovuje v § 124 ods. 3 pojem škody pri trestných činoch proti životnému prostrediu.³

Vnútrošný psychický vzťah páchatel'a je rozhodujúcim kritériom požiadaviek na úpravu nedbanlivostných trestných činov podľa článku 3 dohovoru.

³ Pri trestných činoch proti životnému prostrediu sa škodou rozumie súhrn ekologickej ujmy a majetkovej škody, pričom majetková škoda v sebe zahrnuje aj náklady na uvedenie životného prostredia do predošlého stavu. Pri trestnom čine neoprávneného nakladania s odpadmi podľa § 302 rozsahom činu sa rozumie cena, za ktorú sa odpad v čase a v mieste zistenia činu obvykle zbiera, prepravuje, vyváža, dováža, zhodnocuje, zneškodňuje alebo ukladá, a cena za odstránenie odpadu z miesta, ktoré na jeho uloženie nie je určené.

Dohovor tu zároveň poskytuje členským štátom možnosť označiť určité druhy konaní za trestné iba v spojení vedomou nedbanlivosťou a určité objekty včleňovať výhradne do skutkových podstát o úmyselných trestných činoch.

V prípade, že členský štát určité druhy chránených záujmov nezahrnie pod ochranu článkov 2 a 3 dohovoru, môže podľa čl. 4 tak urobiť aj prostredníctvom skutkových podstát o priestupkoch. Dohovor tu rozširuje hranice zodpovednosti aj na oblasť administratívnoprávnych vzťahov. Ak sa na konanie nevzťahujú ustanovenia článkov 2 a 3, každá zmluvná strana prijme také vhodné opatrenia, ktoré môžu byť potrebné na zavedenie trestných činov alebo správnych deliktov, schopné zaviesť i sankcie alebo iné opatrenia podľa vnútroštátneho práva, pokiaľ je spáchané týchto skutkov úmyselne alebo z nedbanlivosti.

Smernica Európskeho parlamentu a Rady na ochranu životného prostredia prostredníctvom trestného práva

Ďalším nástrojom na úrovni Európskej únie je Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2008/99/ES z 19. novembra 2008 o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva (ďalej ako „smernica“). Účel smernice je vyjadrený v záujme na zavedení sankcií za skutky poškodzujú jednotlivé zložky životného prostredia. Smernica je taktiež rovnako ako dohovor zameraná na hmotné právo. Zakotvuje požiadavky na úpravu trestných činov poškodzujúcich životné prostredie. Neupravuje preto procesné aspekty vyvodzovania trestnoprávnej zodpovednosti. Podľa čl. 3 smernice sa má zakotvenie trestných činov týkať úmyselných konaní alebo uskutočnení aspoň pri vedomej nedbanlivosti. Jednotlivé skupiny trestných činov sú tu taktiež klasifikované v závislosti od konkrétnych objektov, na ktorých ochrane existuje verejný záujem.⁴

Objekty, objektívne a subjektívne stránky sú tak vyjadrené v čl. 3 smernice. Subjektom sa venujú čl. 4 a 6 smernice. Z tohto pohľadu pôsobí vnútorné usporiadanie smernice nesystematicky. V článku 4 sa totiž

⁴ Napríklad podľa čl. 3 písm. i) smernice trestné má byť konanie zahŕňajúce výrobu, dovoz, vývoz, uvádzanie na trh alebo používanie látok, ktoré poškodzujú ozónovú vrstvu. Platná právna úprava obsiahnutá v zákone č. 17/1992 Zb. o životnom prostredí považuje podľa § 2 ovzdušie za zložku životného prostredia. Životným prostredím je všetko, čo vytvára prirodzené podmienky existencie organizmov vrátane človeka a je predpokladom ich ďalšieho vývoja. Jeho zložkami sú najmä ovzdušie, voda, horniny, pôda, organizmy.

smernica venuje navádzaniu, pomoci a podnecovaniu.⁵ Článkom 6 zas smernica vymedzuje zodpovednosť právnických osôb, pričom v odseku 3 tohto článku zároveň popisuje zodpovednosť fyzických osôb. Smernica tak predchádza od foriem účasti pri páchaní trestných činov, k zakotveniu zodpovednosti právnických osôb a až následne upravuje zodpovednosť osôb prirodzených. V prípade, že v danom členskom štáte nie je zakotvená trestná zodpovednosť právnickej osoby, požaduje smernica podľa čl. 6 ods. 1 a 2 vyvodzovanie zodpovednosti voči osobám, ktoré ju zastupujú, prijímajú za ňu rozhodnutia, alebo v nej vykonávajú kontrolnú právomoc⁶. Dochádza tu taktiež k zakotveniu zodpovednosti fyzických osôb. Vynechaním odseku 3 tohto článku by však v danom prípade zodpovedali iba fyzické osoby, ktoré za právnické osoby konajú.

Sankcie za tieto protiprávne konania majú byť článku 7 smernice účinné, primerané a odradzujúce. Trest má podľa § 34 ods. 1 zákona č. 300/2005 Z.z. Trestného zákona zabezpečiť ochranu spoločnosti pred páchatelom tým, že mu zabráni v páchaní ďalšej trestnej činnosti a vytvorí podmienky na jeho výchovu k tomu, aby viedol riadny život a súčasne iných odradí od páchania trestných činov; trest zároveň vyjadruje morálne odsúdenie páchatel'a spoločnosťou. Sankcia za škodu na životnom prostredí má tak pôsobiť predovšetkým výchovne a represívne, ale má zároveň zohľadňovať požiadavky primeranosti. Škody na životnom prostredí sa odlišujú od majetkových škôd v možnosti navrátenia vzniknutých následkov do pôvodného stavu. Závažné poškodenie na živej alebo neživej prírode možno len ťažko zvrátiť a dosiahnuť stav pred nežiaducim zásahom.

Článok 8 smernice stanovuje lehotu transpozície do 26.12.2010. Napriek tomu nie je do dnešného dátumu tento predpis premietnutý do slovenského právneho poriadku. Úlohu gestora pri transpozícii vykonáva Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky a zodpovednými rezortmi sú Generálna prokuratúra Slovenskej republiky a Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky.⁷ Nastáva tak situácia, kedy ani dohovor

⁵ Členské štáty zabezpečia, aby navádzanie, pomoc a podnecovanie na úmyselné konanie uvedené v článku 3 bolo trestné.

⁶ Podľa § 128 ods. 8 tretia veta zákona č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon ak zákon ustanovuje, že páchatel' musí byť nositeľom osobitnej vlastnosti, spôsobilosti alebo postavenia, stačí, ak túto vlastnosť, spôsobilosť alebo postavenie spĺňa právnická osoba, v ktorej mene páchatel' koná. Slovenská právna úprava odvodzuje zodpovednosť fyzickej osoby od vlastností právnickej osoby. Vyplýva to z chápania zásady individuálnej trestnej zodpovednosti, ktorá je viazaná výlučne na fyzické osoby.

⁷ Uznesenie vlády Slovenskej republiky č. 247 z 25. marca 2009 k návrhu na určenie gestorských ústredných orgánov štátnej správy zodpovedných za prebratie a aplikáciu smerníc a rámcových rozhodnutí

viac ako 12 rokov od prijatia a ani smernica nie sú zakotvené do slovenského právneho poriadku.⁸

Priestupky na úseku ochrany prírody a krajiny a problémy aplikácie dohovoru a smernice

Zákon SNR č. 372/1990 Z. z. o priestupkoch v znení neskorších predpisov (ďalej ako „priestupkový zákon“) vo svojej druhej časti upravuje priestupky na úseku poľnohospodárstva, poľovníctva a rybárstva a priestupky na úseku ochrany životného prostredia.⁹ Skutková podstata priestupku na úseku ochrany životného prostredia má odkazovací charakter a odkazuje na použitie predpisov práva životného prostredia. Osobitným predpisom na úseku ochrany prírody a krajiny je zákon č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov (ďalej ako „zákon o ochrane prírody a krajiny“). Sem zaradil zákonodarca skutkové podstaty priestupkov do § 92 v siedmej časti zákona. Nevýhodou konštrukcie týchto ustanovení je, že majú takisto odkazovací charakter. Obsah priestupku vyjadrený v znakoch skutkovej podstaty sa tak mení v závislosti so zmenami v právnej úprave.

Podľa zoznamu preberaných právnych aktov Európskeho spoločenstva a Európskej únie zákon o ochrane prírody a krajiny na smernicu neodkazuje. Naopak smernica odkazuje na použitie smernice Rady 79/409/EHS z 2. apríla 1979 o ochrane voľne žijúceho vtáctva¹⁰ (ďalej ako „smernica o ochrane voľne žijúceho vtáctva“) a na použitie smernice Rady 92/43/EHS z 21. mája 1992 o ochrane prirodzených biotopov a voľne žijúcich živočíchov a rastlín¹¹. Na tieto odkazuje v prílohe zákona aj zákon o ochrane prírody a krajiny. Smernica o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva odkazuje na tie isté smernice ako zákon o ochrane prírody a krajiny. Nadväzuje tak na právne záväzné akty Európskych spoločenstiev preberané zákonom o ochrane prírody a krajiny.

⁸ Graf podpisov a ratifikácií k Dohovoru o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva, stav k 11.08.2010, dostupné na

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp%3FNT%3D172%26CL%3DENG>

⁹ Porovnaj § 35 a § 45 priestupkového zákona.

¹⁰ Úradný vestník Európskych spoločenstiev L 103, 25. 4. 1979, s. 1.

¹¹ Úradný vestník Európskych spoločenstiev L 206, 22. 7. 1992, s. 7.

V čl. 3 písm. h) rámcovo upravuje požiadavky na trestný čin poškodzovania biotopu v chránenej lokalite.¹²

Ochrana vtáctva patrí pod ochranu prírody podľa § 2 ods. 1 zákona o ochrane prírody a krajiny¹³. Voľne žijúce vtáctvo ako živočíšny druh vytvára zložku ekosystému v zmysle § 2 ods. 2 písm. b) zákona o ochrane prírody a krajiny¹⁴. Smernica o ochrane voľne žijúceho vtáctva kladie dôraz na kvalitu vybraných území viac než na ich priestorové usporiadanie. Podľa smernice musia byť pre vybrané druhy vtákov vyhlásené tzv. chránené vtáčie územia (v angličtine Special protection areas). Smernica požaduje chrániť obdobným spôsobom všetky druhy vtákov prirodzene sa vyskytujúcich na území štátu.¹⁵ Podľa § 26 ods. 5 zákona o ochrane prírody a krajiny v chránenom vtáčom území sa zakazuje vykonávať činnosti, ktoré môžu mať negatívny vplyv na predmet jeho ochrany. Príkladom tieto činnosti vymenúva príloha k národnému zoznamu Navrhovaných chránených vtáčích území.¹⁶ Národný zoznam Navrhovaných chránených vtáčích území bol schválený vo forme uznesenia vlády Slovenskej republiky v roku 2003. Požiadavky uznesenia sa neskôr pretransformovali do vykonávacích predpisov k zákonu o ochrane prírody a krajiny.

Smernica požaduje ochranu biotopu. V zmysle zákona o ochrane prírody a krajiny je biotopom aj chránené vtáčie územie. Podľa § 92 ods. 1 písm. zd) zákona o ochrane prírody a krajiny priestupku na úseku ochrany prírody a krajiny sa dopustí ten, kto vykonáva činnosť zakázanú podľa § 26 ods. 5. Pokiaľ by sme si vzťahy ochrany prírody a krajiny predstavili ako

¹² Členské štáty zabezpečia, že uvedené konanie predstavuje trestný čin, pokiaľ je protiprávne a došlo k nemu úmyselne alebo aspoň z hrubej nedbanlivosti: akékoľvek konanie, ktoré vedie k závažnému poškodeniu biotopu v chránenej lokalite.

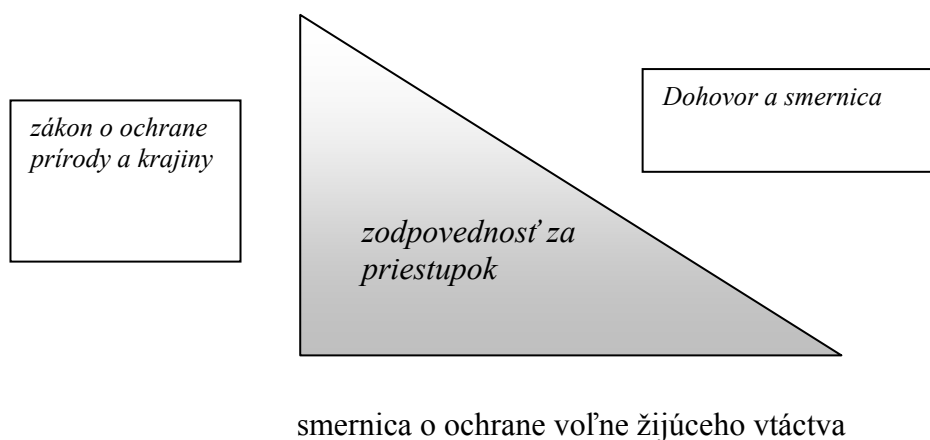
¹³ Ochranou prírody a krajiny podľa tohto zákona sa rozumie obmedzovanie zásahov, ktoré môžu ohroziť, poškodiť alebo zničiť podmienky a formy života, prírodné dedičstvo, vzhľad krajiny, znížiť jej ekologickú stabilitu, ako aj odstraňovanie následkov takých zásahov. Ochranou prírody sa rozumie aj starostlivosť o ekosystémy.

¹⁴ Na účely tohto zákona sa považuje za zložky ekosystémov horniny a nerasty, reliéf, pôda, voda, ovzdušie, rastlinstvo, živočíšstvo a antropické objekty a látky; zložky sa skladajú z prvkov ekosystémov, ktorými sú najmä jedince druhov rastlín, živočíchov, nerastov a skamenelín, ich časti a vývinové štádiá, tvary reliéfu, pôdne typy, jazerá, vodné toky, pramene, ponory, gejzíry, formy osídlenia a využitia krajiny.

¹⁵ Smernica Rady 79/409/EHS z 2. apríla 1979 o ochrane voľne žijúceho vtáctva, dostupné na http://sk.wikipedia.org/wiki/Smernica_Rady_79/409/EHS_o_ochrane_vo%C4%BEne_%C5%BEij%C3%BAcich_vt%C3%A1kov, 06.11.2010, 14:16 hod.

¹⁶ Napríklad v bezprostrednom okolí vybraných hniezd orliaka morského je zakázané odstraňovať alebo redukovať porasty, odbahňovať, upravovať alebo prehľbovať dná a brehy.

trojuholník, odvesny trojuholníka by tvorili požiadavky zákona o ochrane prírody a krajiny a smernice o chrane voľne žijúceho vtáctva. Prepona ako spojivo odvesien by predstavovala úpravu dohovoru a smernice. Požiadavky na úpravu priestupkov na úseku ochrany vtáctva by tak boli úplné.



Podľa čl. 8 ods. 1 podods. 2 smernice uvedú členské štáty priamo v prijatých opatreniach alebo pri ich úradnom uverejnení odkaz na túto smernicu. Podľa čl. 8 ods. 2 smernice oznámia členské štáty Komisii znenia hlavných ustanovení vnútroštátnych právnych predpisov, ktoré prijmu v oblasti pôsobnosti tejto smernice a tabuľku medzi uvedenými ustanoveniami a touto smernicou. Smernica má svoje miesto v zákone o ochrane prírody a krajiny. Vytvára väzby na právne záväzné akty Európskych spoločenstiev, ktoré už tento zákon prevzal. Obsah pojmu „trestné obvinenie“ podľa čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru a z toho vyplývajúca šírka právnych vzťahov medzi štátom a páchatelom skutku, tak ovplyvňuje aj transpozíciu smernice.

Problémy výkladu skutkových podstát priestupkov

Skutková podstata priestupku podľa § 92 ods. 1 písm. zd) zákona o ochrane prírody odkazovací charakter. Skutková podstata tohto preto pozostáva z § 92 ods. 1 písm. zd) zákona o ochrane prírody a krajiny. Priestupku na úseku ochrany prírody a krajiny sa dopustí ten, kto vykonáva činnosť zakázanú podľa § 26 ods. 5. Podľa § 26 ods. 5 zákona o ochrane prírody a krajiny sa v chránenom vtáčom území zakazuje vykonávať činnosti, ktoré môžu mať negatívny vplyv na predmet jeho ochrany. Činnosti s negatívnym vplyvom na vtáčie územie vymedzujú vykonávacie predpisy k tomuto zákonu.

Objektívnu stránku skutkovej podstaty priestupku tvorí činnosť zakázaná v § 26 ods. 5 zákona o ochrane prírody a krajiny. Konkrétny obsah protiprávneho konania, ktoré vedie k protiprávnemu následku, preto stanovujú podzákonné predpisy. Stanovenie obsahu pojmu podľa § 26 ods. 5 zákona o ochrane prírody a krajiny má preto svoje zákonné medze, avšak bude sa odvíjať od orgánu verejnej správy, ktorý tieto predpisy vydáva. Úvaha však nesmie mať za následok rozšírenie hraníc administratívnoprávnej zodpovednosti. Musí byť preto limitovaná negatívnym vplyvom na chránené vtáčie územie.

Hranice právnej zodpovednosti musia byť stanovené zákonom. Ide zároveň o základné požiadavky vyplývajúce z čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky (Ústavný zákon č. 460/1992 Zb.). Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát. Neviaže sa na nijakú ideológiu ani náboženstvo. Každý môže konať, čo nie je zákonom zakázané, a nikoho nemožno nútiť, aby konal niečo, čo zákon neukladá. Primárna právna povinnosť zakotvená v zákone má v tomto prípade neurčitý obsah.

Aj dohovor aj smernica na vznik protiprávnosti požadujú porušenie zákona, správneho predpisu alebo rozhodnutia orgánu verejnej správy. Samotné rozhodnutie orgánu verejnej správy musí mať svoj zákonný základ, aby spĺňalo požiadavky protiprávnosti v zmysle smernice a dohovoru. Iba takým spôsobom môže štát ako verejnomočenský subjekt zabezpečiť istotu a stabilitu v administratívnoprávnych vzťahoch.

K tejto problematike sa vyjadruje aj rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5SŽ 106/01. Princíp legality zákonnosti zakotvený v čl. 2 ods. 2 Ústavy znamená, že viazanosť štátu právom sa musí uplatňovať jednak v oblasti viazanosti štátu ústavou, ústavnými zákonmi a zákonmi, ako aj v oblastiach ich vykonávania orgánmi štátnej správy, ktoré musia zásadne postupovať len na základe zákonov a v ich medziach. V oblasti administratívneho trestania a ukladania správnych sankcií princíp legality zaväzuje správne orgány, aby dôsledne dodržiavali premisu, že

nikto nebude potrestaný inak ako z dôvodu a spôsobom, ktorý ustanovuje platný zákon.¹⁷

Podstatné je, aby dôvod a spôsob správneho trestania bol upravený zákonom. Zákon preto môže splnomocniť vykonávací predpis, resp. tento môže prikázať orgánu, aby ustanovil, ktorá činnosť je protiprávna. Zodpovednosť za priestupok je teda možné vyvodiť aj na základe zákonného splnomocnenia.

Objektom takýchto skutkových podstát priestupkov je verejný záujem na ochrane vtáčieho územia.

Dohovor aj smernica požadujú možnosť postihu fyzickej osoby. Túto priestupkový zákon upravuje v §§ 5 a 6 o podmienkach veku a príčetnosti a zodpovednosti za porušenie povinnosti uloženej právnickej osobe. Úprava veku a príčetnosti je otázkou vnútroštátneho práva, keďže dohovor aj smernica stroho konštatujú požiadavku vyvodzovania zodpovednosti voči fyzickej osobe. V prípade porušenia povinnosti uloženej právnickej osobe je východiskom účel smernice a dohovoru. Páchatelom priestupku môže byť podľa platnej slovenskej právnej úpravy iba fyzická osoba.¹⁸ Smernica zaväzuje členské štáty k prijatiu úpravy zodpovednosti osôb, ktoré za právnické osoby konajú, rozhodujú, alebo majú právomoc vykonávať kontrolu.¹⁹ Dohovor v čl. 9 upravuje podobným spôsobom vyvodzovanie zodpovednosti voči právnickým osobám. Každá zmluvná strana prijme vhodné opatrenia, ktoré môžu byť potrebné na to, aby mohla uložiť trestné alebo správne sankcie alebo opatrenia pre právnické osoby, v mene ktorej sa trestných činov uvedených v článkoch 2 a 3 dopustili ich orgány alebo ich členovia, alebo iní zástupcovia. V tomto smere úprava zodpovednosti za priestupok napĺňa požiadavky dohovoru a smernice. Priestupku podľa § 92 ods. 1 písm. zd) zákona o ochrane prírody a krajiny sa môže dopustiť každý. Platná právna úprava preto pripúšťa všeobecný subjekt tohto priestupku.

Subjektívnu stránku vyjadrenú vo forme zavinenia upravuje priestupkový zákon v §§ 3 a 4²⁰. Základným stupňom zavinenia, ktorý zákon požaduje je

¹⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5SŽ 106/2001, ASPI, stav textu k 4.2.2009, do čiastky 11/2009 Z.z., Obsah a text (Rs) 5SŽ 106/2001

¹⁸ Podľa § 6 priestupkového zákona za porušenie povinnosti uloženej právnickej osobe zodpovedá podľa tohto zákona ten, kto za právnickú osobu konal alebo mal konať, a ak ide o konanie na príkaz, ten, kto dal na konanie príkaz.

¹⁹ Porovnaj čl. 6 ods. 1 smernice

²⁰ Podľa § 3 priestupkového zákona na zodpovednosť za priestupok stačí zavinenie z nedbanlivosti, ak zákon výslovne neustanoví, že je potrebné úmyselné zavinenie.

Podľa § 4 ods. 1 priestupkového zákona priestupok je spáchaný z nedbanlivosti, ak páchatel

nedbanlivosť. Zákon o ochrane prírody a krajiny sa nezmieňuje o potrebe existencie úmyslu pri páchaní priestupku podľa § 92 ods. 1 písm. zd). Podľa priestupkového zákona bude na vznik zodpovednosti za tento priestupok preto stačiť zavinenie z nedbanlivosti.

Naopak smernica v čl. 3 výslovne zakotvuje podmienku úmyselného zavinenia a v prípade, že členský štát túto podmienku nesplní tak podmienku vedomej nedbanlivosti vedomá. Čiže podľa smernice treba na vznik zodpovednosti za priestupok podľa § 92 ods. 1 písm. zd) zákona o ochrane prírody a krajiny vedomú nedbanlivosť. Úmysel a vedomá nedbanlivosť zakladajú podľa smernice trestnosť konania. V prípade nevedomej nedbanlivosti je na rozhodnutí Slovenskej republiky, či konanie klasifikuje ako správny delikt alebo trestný čin. V oboch prípadoch však štát zároveň nesmie opomenúť svoju viazanosť Európskym dohovorom a požiadavkami na režim trestnej zodpovednosti, ktorú Rada Európy vníma širšie ako Slovenská republika.

Rámcové požiadavky na tento druh priestupku zaraďuje dohovor do čl. 4 písm. f). Členský štát má záväzok prijať opatrenia na zavedenie trestných činov alebo správnych deliktov, za ktoré by mohli byť uložené sankcie alebo opatrenia podľa vnútroštátneho práva, pokiaľ boli spáchané úmyselne alebo z nedbanlivosti a vyvolali škodlivé zmeny na prírodných zložkách národného parku, prírodnej rezervácie, vodnej plochy alebo iného chráneného územia. Smernica tak požaduje na vznik zodpovednosti vyšší stupeň zavinenia. Hodnotenie miery transpozície je požiadaviek má preto dve hľadiská. Správne právo na rozdiel od trestného práva zameriava svoj záujem na delikty s nižšou spoločenskou nebezpečnosťou. V uvedenom smere by mal zákon o ochrane prírody a krajiny prevziať požiadavky smernice. Je kľúčovou požiadavkou, aby orgány ochrany prírody zohľadnili mieru poškodenia životného prostredia, úmysel a závažnosť konania. Na druhej strane páchatel' je adresátom prijatej úpravy. Táto sa vzťahuje predovšetkým na jeho osobu. Aktivita orgánov štátnej moci je preto následkom jeho konania.

a) vedel, že môže svojím konaním porušiť alebo ohroziť záujem chránený zákonom, ale bez primeraných dôvodov sa spoliehal na to, že tento záujem neporuší alebo neohrozí, alebo

b) nevedel, že svojím konaním môže porušiť alebo ohroziť záujem chránený zákonom, hoci to vzhľadom na okolnosti a na svoje osobné pomery vedieť mal a mohol.

Podľa § 4 ods. 2 priestupkového zákona priestupok je spáchaný úmyselne, ak páchatel'

a) chcel svojím konaním porušiť alebo ohroziť záujem chránený zákonom alebo

b) vedel, že svojím konaním môže porušiť alebo ohroziť záujem chránený zákonom, a pre prípad, že ho poruší alebo ohrozí, bol s tým uzrozumený.

Podľa § 4 ods. 3 priestupkového zákona sa konaním rozumie aj opomenutie takého konania, na ktoré bol páchatel' vzhľadom na okolnosti a svoje osobné pomery povinný.

Záver

Potreba ochrany prírody a krajiny je dnes vysoko aktuálna. Za týmto účelom bol pred dvanástimi rokmi prijatý na pôde Rady Európy Dohovor na ochranu životného prostredia prostredníctvom trestného práva. Dohovor systematicky vyčleňuje oblasti ochrany životného prostredia. Dodnes však ratifikovalo dohovor iba Estónsko. Na podporu ochrany životného prostredia prijali Európske spoločenstvá pred dvomi rokmi smernicu na ochranu životného prostredia. Úprava týchto dvoch aktov sa približne prekrýva. Smernica je však prísnejšia v otázke úpravy zavinenia pri páchaní trestných činov. Lehote transpozície smernice uplynie približne o dva mesiace. Slovenská republika zatiaľ transpozíciu smernice nezabezpečila. Smernica je pri tom spôsobilá nadviazať na predpisy Európskych spoločenstiev, ktoré už zákon o ochrane prírody a krajiny prevzal a vytvoril tak ucelenú ochranu prírody a krajiny. Ukladá členským štátom povinnosť ustanoviť vo svojich vnútroštátnych predpisoch účinné, primerané a odrádzajúce trestno-právne sankcie za závažné porušenie ustanovení právnych predpisov ES o ochrane životného prostredia.²¹ Zamieriava sa na materiálnu stránku protiprávneho činu. Stanovuje tak požiadavku jasného vymedzenia hraníc trestnoprávnej a administratívno-právnej zodpovednosti.

Literature:

- Svák, J. Ochrana ľudských práv. II. rozšírené a doplnené vydanie, Bratislava : Eurokódex, 2006, s. 427, ISBN: 80-88931-51-7
- Akcie na ochranu životného prostredia, dostupné na <http://www.radaeuropy.sk/?290>, 02.11.2010, 22:26 hod.
- Dohovor Rady Európy o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2008/99/ES o ochrane životného prostredia prostredníctvom trestného práva
- Ústava Slovenskej republiky (ústavný zákon č. 460/1992 Zb.)
- Zákon SNR č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon
- Uznesenie vlády Slovenskej republiky č. 247 z 25. marca 2009 k návrhu na určenie gestorských ústredných orgánov štátnej správy zodpovedných za prebratie a aplikáciu smerníc a rámcových rozhodnutí

²¹ Sumár legislatívnych aktivít EÚ v oblasti spolupráce v trestných veciach v roku 2009, dostupné na <http://www.ucps.sk/node/934>, 08.11.2010, 19:12 hod.

- Graf podpisov a ratifikácií k Dohovoru o ochrane životného prostredia prostredníctvom
trestného práva, stav k 11.08.2010, dostupné na
<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp%3FNT%3D172%26CL%3DENG>
- Smernica Rady 79/409/EHS z 2.apríla 1979 o ochrane voľne žijúceho vtáctva, dostupné na
http://sk.wikipedia.org/wiki/Smernica_Rady_79/409/EHS_o_ochrane_vo%C4%BEn%C5%BEj%C3%BAcich_vt%C3%A1kov, 06.11.2010, 14:16 hod.
- Národný zoznam Navrhovaných chránených vtáčích území, Lokality Natura 2000. dostupné na
<http://www.sopsr.sk/natura/index1.php?p=4&lang=sk&sec=1&cpt=1>, 06.11.2010, 13:12 hod.
- Sumár legislatívnych aktivít EÚ v oblasti spolupráce v trestných veciach v roku 2009, dostupné na <http://www.ucps.sk/node/934>, 08.11.2010, 19:12 hod.
- Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5SŽ 106/2001, ASPI, stav textu k 4.2.2009, do čiastky 11/2009 Z.z., Obsah a text (Rs) 5SŽ 106/2001

Contact – email

michalmaslen@yahoo.com

ZVÍŘE JAKO OBJEKT PRÁVNÍCH VZTAHŮ

HANA MÜLLEROVÁ

Ústav státu a práva Akademie věd ČR

Abstrakt

Úvodní část příspěvku rozebírá otázku právního postavení zvířat podle platného českého práva a podle navrhované nové právní úpravy občanského zákoníku. Těžištěm příspěvku jsou pak úvahy nad různými typy právních vztahů, jejichž objektem může být zvíře, a to v oblasti práva veřejného i soukromého, s poukazem zejména na různost cílů, k nimž příslušná právní úprava směřuje.

Klíčová slova

Zvíře; právní postavení zvířat; ochrana zvířat.

Abstract

The introductory part of the report analyses the legal status of animals in the Czech law in force and in the draft of the new Czech Civil Code. The focal point of the contribution are considerations on various types of legal relations that have animals as an object either in public or private law, with reference to different aims of respective legal regulation.

Key words

Animal; legal status of animals; protection of animals.

1. ÚVOD

Obecnými východisky mého příspěvku byly teoretické postuláty obecné právní teorie, resp. teorie oborů občanského práva a správního práva týkající se právních vztahů. Dnes se všeobecně uznává, že právní vztahy vznikají a realizují se v různých oblastech práva, a to soukromého i veřejného. Jejich původ je však třeba hledat v právu soukromém. Podle V. Knappa „*pojmem právní vztah je pojem typicky soukromoprávní. Jak ale z jeho podstaty vyplývá, není vyloučen ani v právu veřejném ani v právu mezinárodním. V těch se však pojmu právní vztah v tomto smyslu zpravidla nepoužívá.*“¹ Právně teoretická východiska jednotlivých oborů práva, a to i práva veřejného, však dnes běžně s pojmem právních vztahů operují, a tak se rozlišují právní vztahy ústavněprávní, správněprávní, občanskoprávní atd.

¹ Knapp, V.: *Teorie práva*, 1. vydání. Praha, C.H.Beck 1995, s. 202.

Podle A. Gerlocha² je právní vztah je společenský vztah mezi nejméně dvěma konkrétně určenými právními subjekty, upravený právními normami, v němž jeho účastníci jsou nositeli vzájemně spjatých subjektivních práv a právních povinností. Tyto práva a povinnosti vznikají subjektům právního vztahu přímo z právních norem nebo zprostředkovaně na základě právních norem. Prvky právního vztahu jsou subjekty, objekt a obsah (tj. práva a povinnosti *ve vztahu k objektu* právního vztahu). Předpokladem vzniku právního vztahu je zejm. platná a účinná právní norma, která ve své dispozici buď přímo stanoví určitou povinnost nebo dává určité oprávnění v kogentní podobě nebo dává dispozici účastníkům právního vztahu, aby oprávnění a povinnosti stanovili v právním úkonu, jímž je právní vztah založen. V hypotéze normy se stanoví okruh subjektů a okolnosti, které musí nastat, aby došlo ke vzniku, změně, event. zániku právního vztahu. Sankce stanoví možnou újmu v případě nedodržení stanovené nebo smluvené povinnosti.

Předmětem mého příspěvku je rozbor právního statusu zvířete podle platné české právní úpravy a podle návrhu nového českého občanského zákoníku a dále úvahy, v jakých typech případů může být objektem právního vztahu zvíře, jak lze tyto právní vztahy charakterizovat a jakým způsobem ovlivňuje povahu těchto právních vztahů cíl, jež příslušná právní úprava sleduje. Cílem tohoto příspěvku není podrobně analyzovat jednotlivé typy právních vztahů, jejichž objektem je nebo může být zvíře, nýbrž podat určitý obecný přehled o podobě těchto právních vztahů, který bude konkrétními příklady příslušných právních úprav pouze ilustrován.

2. K POJMŮM

Zvířata jsou součástí živé přírody, jsou obnovitelným přírodním zdrojem. Jaký je však význam pojmu zvíře právním smyslu? Z obecného i právního jazyka jsou nám známy pojmy zvíře, živočich, event. živočišstvo, fauna. Tyto pojmy jsou v českém jazyce často užívány bez rozlišování, event. lze říci, že výraz živočich je užíván spíše v odborném jazyce, zatímco výraz zvíře je rozšířen v běžné mluvě.

V právním jazyce se setkáváme s oběma výrazy (živočich i zvíře), které zde mají odlišný obsah. Pojem živočich je kategorií užívanou v normách práva životního prostředí zaměřených převážně na ochranu druhů fauny, včetně druhů ohrožených (např. v zákoně o ochraně přírody a krajiny, v zákoně CITES, v zákoně o náhradách škod způsobených chráněnými živočichy). Ačkoli sám pojem živočich (bez dalšího) není zákonem definován, z vymezení jiných pojmů (volně žijící živočich, živočich odchovaný v lidské péči) je možno dovodit, že jde o jedince jakéhokoli živočišného

² Gerloch, A.: *Teorie práva*, 3. rozšířené vydání. Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2004, s. 159 a násl.

druhu, tedy zástupce živočišné říše (s výjimkou člověka). Jde tedy o pojem velmi široký. Naopak zvíře je pojem užší, běžně užívaný pro vyšší formy živočišstva, většinou obratlovce, opět vyjma člověka. S druhým uvedeným pojmem se setkáme obecně spíše v předpisech, které můžeme označit za předpisy k ochraně zvířat (a to nikoli jako druhů, ale jako jedinců) v rámci různých lidských činností (zejména zemědělské činnosti, ale i dalších činností, v nichž člověk přichází do kontaktu se zvířaty – např. zájmový chov zvířat, pokusy na zvířatech, přeprava zvířat apod.). Z uvedeného srovnání obou pojmů tedy také vyplývá, že kategorie živočichů zahrnuje vyšší počet živočišných druhů než kategorie zvířat.³

Základní legální definici zvířete poskytuje v českém právu zákon č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání, ve znění pozdějších předpisů. Zvířetem je podle jeho § 3 písm. a) každý živý obratlovec, kromě člověka, nikoliv však plod nebo embryo. Tento zákon také vymezuje různé kategorie zvířat, například kategorie hospodářských zvířat, zvířat v zájmovém chovu, zvířat v lidské péči, zvířat volně žijících, zvířat toulavých, opuštěných, pokusných a další. Zákon na ochranu zvířat proti týrání tedy zavádí obecné vymezení zvířat jako obratlovců, které je použitelné i ve sféře dalších právních předpisů, které operují s pojmem zvíře, ale samy ho nedefinují (např. veterinární zákon, zákon o zemědělství, zákon o ekologickém zemědělství, zákon o krmivech, plemenářský zákon ad.); tyto zákony naopak pro své potřeby definují některé dílčí kategorie zvířat, typicky např. kategorii hospodářských zvířat.

3. PRÁVNÍ STATUS ZVÍŘAT

Zvířata nemohou být v českém právním prostředí subjekty právních vztahů (tj. nemohou sama být povinnými nebo oprávněnými subjekty, domáhat se sama svých práv, být pachatelem deliktu apod.), ale pouze objekty právních vztahů. To znamená, že se k nim mohou vztahovat práva a povinnosti adresované právními normami subjektům práva a dále to také znamená, že míra realizace jejich ochrany, kterou jim zejména veřejné právo poskytuje, je zcela závislá na jednání lidí (vlastníků, chovatelů, pracovníků příslušných orgánů, nevládních organizací apod.).

Právní teorie již od doby římského práva uplatňuje tezi, že zvíře je v právním smyslu věcí, a tudíž se na ně aplikují příslušná ustanovení občanského práva týkající se věcí, zejména ustanovení o vlastnickém právu. Podle tradičního názoru právní teorie jsou věcmi hmotné předměty, za předpokladu, že jsou ovladatelné a užitečné, tj. že slouží potřebám lidí,⁴

³ Rydval, T.: Co je (živé) zvíře? *Právník*, 3/2009, s. 332. Zde se mj. uvádí, že druhy, které spadají pod pojem zvíře, tvoří pouze 3 % živočišné říše.

⁴ Knapp, V.: *Občanské právo hmotné*, Sv. 1, Codex, Praha 1995, s. 143n.

přičemž kritéria ovladatelnosti a užitečnosti je třeba posuzovat objektivně, tj. zda je v dosahu lidských možností ji ovládat (užívat) – proto jsou věcmi v právním smyslu i volně žijící živočichové⁵, jelikož se považují za ovladatelné lovem⁶. I v českém právním řádu v současné době platí (aniž by to ovšem bylo někde výslovně stanoveno)⁷, že zvíře je věcí v právním smyslu.

Ohledně právního statusu zvířat v českém právním řádu se připravuje změna, a to v rámci rekonstrukce českého soukromého práva. Připravovaný nový občanský zákoník se chystá nejen změnit právní status zvířete, ale též přinést řadu ustanovení, která výslovně pojednávají o zvířatech, resp. jejich jednotlivých kategoriích.

§ 466 navrhovaného občanského zákoníku zní: „Živé zvíře není věc. Ustanovení o věcech se na zvíře použijí přiměřeně jen v rozsahu, ve kterém to neodporuje jeho povaze živého tvora.“ Toto ustanovení znamená, že české soukromé právo se chystá opustit dosavadní pojetí zvířete jako věci. K tomu je možno doplnit, že k podobnému procesu (hovoří se o tzv. dereifikaci zvířat) již došlo nebo dochází v řadě dalších států (např. Rakousko, Německo, Švýcarsko, Polsko, Rusko), a to jako výsledek etického posunu v chápání vztahů lidí vůči ostatním tvorům, kteří jsou na rozdíl od neživých věcí cítícími bytostmi. Ze zmínky o „živém tvorů“ v § 466 vyplývá (a důvodová zpráva to potvrzuje), že zvířetem se v návrhu nového občanského zákoníku nemyslí pouze obratlovci, tak jako v zákoně na ochranu zvířat proti týrání, ale i bezobratlí, pokud jsou schopni cítit bolest nebo stres. Toto nové pojetí zvířete je tedy širší, než jsme nyní zvyklí jej vykládat ve veřejném právu.

Jaké by byly právní důsledky této chystané změny, pokud by byla přijata v uvedené podobě? Podle nynější právní úpravy je (živé i mrtvé) zvíře věcí, zatímco podle navrhované nové úpravy by mrtvé zvíře bylo rovněž věcí, ale živé zvíře nikoli. Právním problémem by pak zůstala právní povaha živého

⁵ Podle § 3 odst. 1 písm. d) zákona o ochraně přírody a krajiny je volně žijícím živočichem jedinec živočišného druhu, jehož populace se udržují v přírodě samovolně, a to včetně jedince odchovaného v lidské péči vypuštěného v souladu s právními předpisy do přírody, a to všechna vývojová stadia daného jedince. Z toho vyplývá, že volně žijící živočich je definován objektivně pomocí příslušnosti k druhu; jedinec takového druhu tedy odchycením charakter volně žijícího živočicha neztrácí.

⁶ O naplnění znaku ovladatelnosti lovem v případě volně žijících živočichů by bylo možno event. pochybovat. K tomu viz např. Kusák, M.: Omezení vlastnického práva z důvodů ochrany životního prostředí a přírodních zdrojů. České právo životního prostředí 1/2005 (15), str. 19.

⁷ Pouze trestní zákoník č. 40/2009 Sb. stanoví v § 134 odst. 1, že ustanovení o věcech se vztahují i na živá zvířata, nevyplývá-li z jednotlivých ustanovení trestního zákona něco jiného.

zvířete, není-li věci (protože návrh občanského zákoníku říká, co zvíře není, aniž by stanovil, co tedy zvíře je). Ze znění § 466 návrhu OZ a z jeho vzájemné souvislosti s dalšími ustanoveními tohoto návrhu vyplývá, že na zvířata se budou aplikovat ustanovení občanského zákoníku o věcech, s následujícími omezeními:

1. Ustanovení občanského zákoníku o věcech nebude možno na zvíře použít, pokud by to odporovalo povaze zvířete jako živého tvora, tj. například by to působilo zvířeti bolest či utrpení (příčemž není rozhodné, zda v daném případě byla či nebyla porušena příslušná veřejnoprávní úprava, např. zákon na ochranu zvířat proti týrání). Jako příklad takového případu uvádí důvodová zpráva k návrhu zákona použití psa jako zástavy v případě, že by šlo o psa lpícího na svém pánovi s tím, že pes bude předán zástavnímu věřiteli jako osobě zvířeti cizí a vystaven stresu. V tomto bodě spočívá hlavní odlišnost oproti stávající právní úpravě, která na povahu zvířete jako živého tvora nebere ohled.
2. Ustanovení občanského zákoníku o věcech se dále nepoužijí, pokud by to bylo v rozporu se zvláštními právními předpisy na ochranu zvířat. Tato podmínka není v ustanovení § 466 výslovně uvedena, ale vyplývá z § 2890, podle něhož ustanovení veřejnoprávních předpisů mají před aplikací občanského zákoníku přednost.

Ohledně připravované změny v právním statusu zvířat lze shrnout, že dochází k posunu v právním pojetí zvířat, který je odrazem etických požadavků současné doby a odpovídá trendům v zahraničních právních úpravách. Je však pravděpodobné, že z hlediska právní praxe tato změna nebude mít až takový význam, jak to na první pohled vypadá, jelikož ustanovení o věcech se na zvířata budou i nadále (s uvedenými omezeními) aplikovat.

Podle současného převažujícího pojetí jsou tedy zvířata věcmi v právním smyslu. Podle teorie práva životního prostředí ne však všechna zvířata mohou být předmětem věcných práv, zejména práva vlastnického: volně žijící živočichové „jsou v českém právu z vlastnictví vyloučeni“⁸. Vlastnění mohou být pouze živočichové, kteří nežijí ve volné přírodě a jsou v držení a ovládnutí člověkem.⁹ V souvislosti s tím lze položit otázku, zda tedy volně žijící živočichy kvalifikovat jako věci ničí (res nullius), k nimž lze vlastnické právo za určitých okolností nabýt anebo jako věci vyloučené z právního obchodu (res extra commercium), které se nemohou vůbec stát předmětem vlastnického práva. Zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a

⁸ Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí, 3. vyd., Praha, C.H. Beck 2010, s. 57.

⁹ *Ibid.*.

krajiny (ani jiný platný zákon) tuto otázku výslovně neřeší, ale obsahuje několik ustanovení, z nichž lze a contrario dovodit, že volně žijící živočichové nemají povahu *res extra commercium*. Jsou to jednak ustanovení, v nichž tento zákon vlastnictví těchto jedinců nepřímou připouští tím, že v souvislosti s jejich ochranou hovoří o jejich vlastnících¹⁰, a dále ustanovení, v nichž tento zákon některé jiné statky z vlastnictví výslovně vylučuje¹¹. Domnívám se, že je nutno připustit, že i volně žijící živočich se může stát předmětem vlastnictví, pokud k nabytí vlastnického práva dojde v souladu se zákonem. Tak je tomu například v případě výkonu práva myslivosti podle zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, a práva rybářského podle zákona č. 99/2004 Sb., o rybářství. V případě těchto práv platí, že vlastnictví k dosud volně žijícímu živočichovi vznikne jeho legální okupací (oprávněným odchytem či ulovením), pokud oprávnění zahrnuje i právo přisvojit si živočicha.¹²

Jiným příkladem je ovšem kategorie zvláště chráněných živočichů ve smyslu zvláštní ochrany druhů podle zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny. Tento zákon stanoví v rámci základních podmínek jejich ochrany zákaz jedince těchto druhů chytat, chovat v zajetí, držet, prodávat ad. Prolomení těchto zákazů, včetně zakazu takového jedince odchytit z přírody, držet či chovat v zajetí, je v jednotlivých případech možné pouze na základě udělení výjimky orgánu ochrany přírody podle § 56 zákona. V případě chovu jedince zvláště chráněného druhu je třeba na výzvu orgánu ochrany přírody doložit legální způsob jeho nabytí pomocí institutu prokázání původu podle § 54.¹³

¹⁰ Např. v souvislosti s institutem odebrání nedovoleně držených jedinců zvláště chráněných druhů živočichů má zákon v § 89 odst. 3 ustanovení, podle něhož se vlastníkem odebrané věci stává stát.

¹¹ Jeskyně nejsou podle § 61 odst. 3 cit. zákona součástí pozemku a nejsou předmětem vlastnictví.

¹² Kusák, M.: *op. cit.*, str. 19.

¹³ Zákon o ochraně přírody a krajiny, zákon na ochraně zvířat proti týrání ani jiný zákon neupravuje výslovně vztah mezi vlastnictvím ke zvířeti a jeho chovem (držení, chovem v zajetí apod.). Přestože se ve většině případů pravděpodobně bude shodovat osoba chovatele s osobou vlastníka, domnívám se, že nelze klást do plné míry rovnítko mezi vlastnické právo ke zvířeti a chov zvířete, i kdybychom pojem chovatele vnímali v užším smyslu, na rozdíl například od § 3 písm. k) zákona č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání, který jej definuje velmi široce (chovatelem je každá právnická nebo fyzická osoba, která drží nebo chová (dále jen "chová") zvíře nebo zvířata, trvale nebo dočasně, přemísťuje zvíře, nebo obchoduje se zvířaty, provozuje jatky, útulky, záchranné stanice, hotely a penziony pro zvířata nebo zoologické zahrady, provádí pokusy na zvířeti nebo zvířatech anebo pořádá jejich veřejná vystoupení).

4. ZVÍŘE JAKO OBJEKT PRÁVNÍCH VZTAHŮ

Z obecné definice prvků právního vztahu vyplývá, že zvíře je objektem (předmětem) právního vztahu tehdy, pokud se k němu vztahují vzájemná práva a povinnosti stanovené právními normami subjektům tohoto právního vztahu. Zatímco část komentátorů klade rovnítko mezi objekt a předmět právního vztahu, někteří v rámci analýzy prvků právního vztahu rozlišují objekt právního vztahu (resp. jeho přímý předmět), jímž je vždy lidské chování, a předmět právního vztahu (resp. jeho druhotný předmět), jímž jsou věci, práva a jiné majetkové hodnoty, tedy to, čeho se chování subjektů týká.¹⁴ Z tohoto hlediska tedy zvíře, pokud bude předmětem právního vztahu, bude vždy jeho předmětem druhotným.

Předpokladem vzniku právního vztahu je vždy platná a účinná právní norma, která ho zakládá. Právní úpravu týkající se zvířat přímo nebo nepřímo obsahuje celá řada právních norem. Z hlediska zkoumání právních vztahů, jejichž objektem je zvíře, je k této otázce možno poznamenat dvojí:

1. Teoreticky mohou existovat i právní normy, které zakotvují subjektivní práva nebo právní povinnosti týkající se zvířat, ale zakotvují je mimo rámec právních vztahů¹⁵.
2. Ne vždy zvíře v těchto právních úpravách figuruje jako *objekt* právního vztahu, tzn. jako to, k čemu se vztahují subjektivní práva a právní povinnosti. Za takové právní vztahy, v nichž sice figurují nebo mohou figurovat zvířata, avšak nikoli jako jejich objekty, považují například právní vztahy občanskoprávní odpovědnosti za škodu způsobenou zvířetem (zde budou práva a povinnosti subjektů směřovat k náhradě škody na majetku) nebo obdobně trestněprávní odpovědnost v případě trestných činů, v nichž prostředkem spáchání trestného činu, například ublížení na zdraví, je zvíře, například útočící pes.¹⁶

Zkoumáme-li právní normy, které zakládají právní vztahy, jejichž objektem je resp. může být zvíře, zjistíme, že jde jednak o skupinu norem, v nichž je zvíře jako objekt právních vztahů výslovně uvedeno (tyto normy se týkají právě jen právních vztahů, jejichž objektem je ochrana zvířat zejména před protiprávním chováním člověka), typicky právní normy zakotvené zákonem

¹⁴ Knappová, M. – Švestka, J. – Dvořák, J.: *Občanské právo hmotné*, sv. 1, 4. vyd., Praha, ASPI 2005, s. 184 a 271.

¹⁵ Knappová, M. et al.: *op. cit.*, s. 179.

¹⁶ Ovšem domnívám se, že přesně naopak by tomu bylo u právních vztahů odpovědnosti za škodu způsobenou na zvířeti (zvířatech) a obdobně v oblasti trestního práva například u trestného činu týrání zvířat; zde jsou zvířata – zájem na ochraně zvířat, resp. ochrana vlastnického práva k věci, jíž je v právním smyslu zvíře, objektem příslušných právních vztahů.

na ochranu zvířat proti týrání, a jednak o skupinu norem, které upravují právní vztahy k věcem obecně, a jejichž objektem může být zvíře z důvodu, že je věcí v právním smyslu, pokud to povaha daného právního vztahu připouští. Věc se mi jeví tak, že toto dělení odpovídá nikoli absolutně, ale převážně, dělení na normy veřejného práva a normy práva soukromého. Toto dělení proto považuji z hlediska další struktury svého příspěvku za základní.

4.1 ZVÍŘE JAKO OBJEKT PRÁVNÍCH VZTAHŮ VEŘEJNÉHO PRÁVA

Právní vztahy veřejného práva vykazují vedle obecných znaků právních vztahů určitá specifika vyplývající zejména z toho, že veřejnoprávní vztahy vznikají a realizují se při výkonu veřejné správy a jejich subjekty jsou nositelé oprávnění a právních povinností stanovených normami veřejného práva. Pro právní vztahy veřejného práva je zejména charakteristické, že jedním z jejich subjektů je vždy orgán veřejné správy. Vznik veřejnoprávních vztahů bez účasti subjektu, který zastupuje zájmy státu nebo veřejnoprávní korporace a jedná jejich jménem, ani není možný.¹⁷ Na druhé straně těchto vztahů potom mohou stát jak fyzické nebo právnické osoby, tak i jiné orgány veřejné správy. Veřejnoprávní vztahy jsou vždy vztahy mocenské a subjekt, který v nich prosazuje veřejné zájmy, vystupuje v mocensky nadřazeném postavení vůči subjektům, ve vztahu k nimž se veřejná správa vykonává. To ovšem nevylučuje, aby veřejnoprávní vztahy vznikaly také z iniciativy těch subjektů, vůči nimž bude v daných vztazích příslušné veřejnoprávní působení směřovat. Veřejnoprávní vztahy mohou vznikat i proti vůli adresáta veřejného působení. Uplatňuje se zde administrativně-právní metoda právní regulace, pro niž je příznačná jednostrannost a závaznost příkazů orgánů veřejné správy. Na rozdíl od vztahů vznikajících ve sféře soukromého práva dochází ke vzniku veřejnoprávních vztahů často ze zákona nebo na základě aktu orgánu veřejné správy.¹⁸

Ohledně podoby veřejnoprávních vztahů, jejichž objektem je zvíře, je možno konstatovat, že právní úprava, která takové právní vztahy veřejného práva zakládá, tak činí převážně stanovením konkrétních povinností subjektům, které jsou v určitém specifikovaném postavení vůči zvířeti (zvířatům) - ze široké škály lze uvést jako příklad chovatele, pořadatele veřejného vystoupení zvířat, dopravce provádějícího přepravu živých zvířat, provozovatele obchodu se zvířaty, provozovatele jatek ad. Obsahem těchto přímo zákonem nebo na základě zákona kogentně stanovených povinností

¹⁷ Průcha, P.: *Základní pojmy a instituty správního práva*. Brno, Masarykova univerzita 1998, s. 266.

¹⁸ *Ibid.*

jsou převážně zákazy (například týrat zvířata, bezdůvodně usmrtit zvíře), příkazy (například zajistit při přepravě zvířat v dopravním prostředku dostatečnou plochu a výšku přiměřenou jejich vzrůstu, při zájmovém chovu zvířat učinit opatření proti úniku zvířat), případně omezující podmínky pro výkon určitých činností při nakládání se zvířaty. Druhým účastníkem takových právních vztahů je orgán veřejné správy, který uvedené povinnosti vrchnostensky ukládá, kontroluje jejich plnění a trestá jejich porušování. Cílem zakotvení těchto právních vztahů je pak ochrana zvířat jakožto důležitý veřejný zájem.

Za základní veřejnoprávní úpravu zacílenou na ochranu zvířat je třeba považovat zákon č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání, ve znění pozdějších předpisů. Jeho působnost je mnohem širší než jen vlastní ochrana zvířat proti týrání. Kromě toho, že zakazuje všem osobám týrání a propagaci týrání zvířat a vymezuje, která jednání se kvalifikují jako týrání zvířat, upravuje také množství právních povinností při vymezených činnostech, při nichž dochází k nakládání se zvířaty (chov hospodářských zvířat, usmrcování zvířat, pokusy na zvířatech, přeprava zvířat, zájmový chov zvířat a další). Pro případy porušení stanovených právních povinností upravuje skutkové podstaty přestupků fyzických osob a správních deliktů podnikajících fyzických osob a právnických osob. Trestněprávní koncovku ochrany zvířat proti týrání pak obsahuje trestní zákon (zákon č. 40/2009 Sb.). Objektem trestného činu týrání zvířat (§ 302) a trestného činu zanedbání péče o zvíře z nedbalosti (§ 303) by bylo možno formulovat obecně jako zájem na ochraně zvířat, a to před takovým zacházením člověka, které vede k jejich zbytečnému utrpení, bolesti nebo bezdůvodnému usmrcení.

Právní vztahy, jejichž objektem je zvíře, resp. zájem na ochraně zvířat, upravuje ovšem i vysoký počet dalších zákonů z oblasti veřejného práva. Jde například o veterinární zákon č. 166/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/2004 Sb., o rybářství, zákon č. 449/2001 Sb., o myslivosti, zákon č. 91/1996 Sb., o krmivech, zákon č. 154/2000 Sb., o plemenářství, zákon č. 162/2003 Sb., o zoologických zahradách a další. Z obecně méně známých či dílčích úprav lze pro ilustraci uvést například tyto:

- Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, umožňuje v § 40 odst. 2 písm. c) policistovi vstoupit bez souhlasu uživatele na pozemek nebo do tzv. jiného prostoru (jehož příkladem může být vozidlo) – nikoli tedy do obydlí, má-li důvodné podezření, že se tam nachází týrané zvíře. Z toho vyplývá, že uživatel (vlastník) takového prostoru je povinen vstup policisty strpět.
- Zákon č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů (zákon o silničním provozu), ve znění pozdějších předpisů, upravuje některé povinnosti v souvislosti s jízdou na

zvířatech a vedení a hnaní zvířat na pozemních komunikacích. V § 60 například ukládá povinnost jezdcí na zvířeti, jímž může být na pozemní komunikaci pouze osoba starší 15 let, jet při pravém okraji vozovky, průvodci zvířat hnaných po pozemní komunikaci hnát je rychlostí chůze a tak, aby provoz na pozemní komunikaci nebyl ohrožován a aby byl co nejméně omezován, přičemž takový průvodce je oprávněn v případě, že to vyžaduje bezpečnost provozu, zastavovat vozidla. Podobně je stanoveno omezení vést po pozemní komunikaci nejvýše dvě k sobě spřažená zvířata a důležitá je také povinnost vlastníka nebo držitele domácích zvířat zabránit pobíhání těchto zvířat po pozemní komunikaci.

Část věnovanou právním vztahům veřejného práva, jejichž objektem jsou zvířata, lze tedy shrnout takto: Pokud normy veřejného práva upravují právní vztahy, jejichž objektem je zvíře (zvířata), činí tak v naprosté většině případů s cílem zajistit ochranu zvířat, která je veřejným zájmem, zejména před nesprávným (protiprávním) chováním člověka vůči nim. Cíl zajistit ochranu zvířat je také určující pro podobu právních vztahů, které jsou uvedenými veřejnoprávními normami založeny, a jejich specifika, zejména oproti právním vztahům založeným normami soukromého práva. Subjekty těchto právních vztahů jsou na jedné straně fyzická nebo právnická osoba, které právní úprava ukládá určité povinnosti spočívající v určitém způsobu chování vůči zvířatům jako objektu těchto právních vztahů, a na druhé straně orgán veřejné správy, který plnění povinností kontroluje a trestá porušení.

4.2 ZVÍŘE JAKO OBJEKT PRÁVNÍCH VZTAHŮ SOUKROMÉHO PRÁVA

Právní vztahy soukromého práva jsou společenské vztahy, jejichž obsah tvoří subjektivní práva a právní povinnosti upravené normami soukromého práva. Předmět občanskoprávních vztahů je dán samotným předmětem občanského práva, jímž jsou věci, práva a jiné majetkové hodnoty. Charakteristickým znakem občanskoprávního vztahu je pak vzájemné postavení jeho subjektů. Jak stanoví § 2 odst. 2 občanského zákoníku, v občanskoprávních vztazích mají účastníci rovné postavení. Výrazným rozdílem oproti právním vztahům veřejného práva je převažující způsob vzniku soukromoprávních vztahů z hlediska výskytu jednotlivých typů právních skutečností. Typickým způsobem vzniku občanskoprávního vztahu je jeho vznik z úkonu (právního nebo protiprávního), event. z právní události nebo protiprávního stavu, zatímco přímo ze zákona nebo z konstitutivního aktu soudu nebo správního úřadu dochází ke vzniku právního vztahu zcela výjimečně.¹⁹

¹⁹ Knappová, M. et al.: *op. cit.*, s. 182.

Podle § 118 občanského zákoníku jsou předmětem občanskoprávních vztahů (zejména a mimo jiné) věci. Podle § 489 občanského zákoníku závazky vznikají z právních úkonů, zejména ze smluv, jakož i ze způsobené škody, z bezdůvodného obohacení nebo z jiných skutečností uvedených v zákoně. Ve sféře občanského práva půjde tedy z hlediska zkoumané oblasti zejména o celou škálu právních vztahů smluvního práva, pokud jejich předmětem může být zvíře jakožto věc v právním smyslu, a dále o právní vztahy vzniklé v důsledku uplatnění odpovědnosti za škodu, pokud byla způsobena na zvířeti (zvířatech).

V případě jednotlivých typů smluv je možné zvažovat, zda předmětem smlouvy může být zvíře jako zvláštní typ věci v právním smyslu. Zatímco zcela jistě může být zvíře předmětem například smlouvy kupní, směnné, darovací nebo smlouvy příkazní spočívající v obstarání věci – zvířete pro příkazce, naopak těžko by byla v případě zvířete možná např. smlouva o úschově věci, jistě nebude možná ani smlouva o dílo, resp. smlouva o zhotovení věci na zakázku, a pouze omezeně bude možná smlouva o půjčce (protože v jejím případě je věc dána druhově, tedy jediné v případě většího množství zvířat určených druhem).

Obtížně představitelná se zdá z hlediska povahy zvířete sice jako věci v právním smyslu, ale zároveň živého tvora, také např. smlouva o výpůjčce nebo smlouva o nájmu, která by asi byla teoreticky možná, ale pokud by např. zvíře bylo fixováno na svého pána a pobytem u osoby pro něj cizí by trpělo, možná by bylo možno uvažovat o rozporu s dobrými mravy. Pokud by smlouva byla v tomto směru výrazně nestandardní, bylo by pravděpodobně možné uvažovat o uplatnění § 39 občanského zákoníku, podle něhož je neplatný právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází nebo se přičí dobrým mravům.

Co se týká odpovědnosti za škodu, občanský zákoník stanoví obecnou preventivní povinnost v § 415, totiž že *„každý je povinen počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví a na majetku, na přírodě a na životním prostředí“*. Ten, komu byla způsobena škoda na jeho věci – zvířeti, se může domáhat náhrady škody od toho, kdo je za škodu odpovědný (§ 420 a násl.).

Je patrné, že právní vztahy v oblasti soukromého práva, jejichž objektem může být zvíře, mají zcela jiný charakter než popsané vztahy veřejného práva. Je to dáno samotnou povahou těchto oborů práva. Cílem právní úpravy veřejného práva je zajistit realizaci veřejných zájmů, mezi něž patří i zájem na ochraně zvířat, a to převážně prostřednictvím ukládání právních povinností bez ohledu na vůli adresáta, kdy nositel povinnosti je v podřízeném postavení vůči orgánu veřejné správy jako druhému subjektu právního vztahu. V právu soukromém jsou naopak účastníci právních vztahů v rovném postavení, vznik, obsah, změny či zánik právních vztahů jsou do značné míry závislé na jejich vůli a cílem právní úpravy je spíše vymezit rámec či mantinely pro jinak svobodné chování subjektů. Tedy zatímco část norem veřejného práva je přímo zacílena na ochranu zvířat a

pro realizaci tohoto cíle zakládá příslušné právní vztahy, v jejichž rámci se tato ochrana realizuje, v případě soukromého práva jde pouze o možnost subjektů učinit zvíře předmětem právního vztahu, pokud je to možné vzhledem k jeho povaze jako živého tvora. To samozřejmě nevylučuje, aby cílem takového právního vztahu byla v daném případě rovněž ochrana zvířete.

Ke vztahu obou typů právních vztahů je možno konečně uvést, že pravidla stanovená pro ochranu zvířat zákony z oblasti veřejného práva (např. zákonem na ochranu zvířat proti týrání) mají přednost před smluvní svobodou subjektů soukromoprávních vztahů. Tedy například by byla protizákonná taková smlouva týkající se zvířete, jejímž obsahem by bylo jednání naplňující znaky týrání zvířat.

5. ZÁVĚR

Cílem mého příspěvku bylo popsat současné pojetí právního statusu zvířat a jeho navrhovanou novou podobu v rámci připravovaného občanského zákoníku a uvažovat o podobách právních vztahů, jejichž objektem je nebo může být zvíře. V rámci rozlišení právních pojmů živočichů a zvířete jsem poukázala na skutečnost, že pojem živočichů je pojmem širším zasahujícím všechny druhy živočišné říše, zatímco pod pojmem zvířata se rozumějí převážně pouze obratlovci. České právo životního prostředí užívá pojem živočichů převážně v souvislosti s ochranou druhů v rámci ochrany biologické rozmanitosti, zatímco s pojmem zvířete operuje v oblasti ochrany zvířat – jedinců před protiprávním chováním člověka.

Zvířata, která v českém právním prostředí mohou figurovat pouze jako objekty právních vztahů, nikoliv jako jejich subjekty, jsou považována za věci v právním smyslu, a tudíž se na ně aplikují ustanovení občanského práva o věcech. V této otázce se v České republice připravuje změna, spočívající v provedení právní dereifikace zvířat: podle návrhu nového občanského zákoníku zvířata nadále nemají být věcmi, ale ustanovení o věcech bude možno na ně nadále s určitými omezeními aplikovat. Ohledně právního postavení zvířat jsem dále zkoumala otázku zvířat jako předmětu vlastnického práva. Dospěla jsem k závěru, že volně žijící živočichy nelze bez dalšího považovat za věci vyloučené z vlastnictví, že vlastnické právo k nim lze za zákonem vymezených okolností nabýt.

Úvahy o zvířatech jako možných objektech právních vztahů jsem s ohledem na dvojakost povahy právní úpravy, která takové právní vztahy zakládá, rozčlenila na oblast právních vztahů veřejného práva a právních vztahů soukromého práva. Hlavní odlišnosti těchto dvou základních typů právních vztahů vyplývají ze samé podstaty těchto právních oblastí a spočívají zejména v charakteru těchto právních vztahů, v subjektech a jejich vzájemném postavení, ve způsobu vzniku těchto vztahů jak z hlediska formy, tak z hlediska vůle subjektů a v metodě právní regulace. Podobu těchto právních vztahů pak předurčuje cíl, který daná právní úprava sleduje,

a který je zřetelný zejména z úpravy příslušných právních vztahů veřejného práva – je jím ochrana zvířat jakožto důležitý veřejný zájem, jejíž úprava má v případě rozporu s ujednáním soukromého práva před ním přednost.

Literatura:

- Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí, 3. vyd., Praha, C.H. Beck 2010, 678 s., ISBN 978-80-7400-338-7.
- Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání. Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2004, 343 s., ISBN 80-86743-85-6.
- Knapp, V.: Občanské právo hmotné, Sv. 1, Praha, Codex, 1995.
- Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání. Praha, C.H.Beck 1995, 247 s., ISBN 80-7179-028-1.
- Knappová, M. – Švestka, J. – Dvořák, J.: Občanské právo hmotné, sv. 1, 4. vyd., ASPI Praha 2005.
- Kusák, M.: Omezení vlastnického práva z důvodů ochrany životního prostředí a přírodních zdrojů. České právo životního prostředí 1/2005 (15), str. 3 – 80.
- Pekárek, M.: Vlastnictví a životní prostředí. In: Damohorský, M. (Ed.): Sborník z konference Právo životního prostředí – Vlastnické právo a ochrana životního prostředí, Trestní právo a ochrana životního prostředí. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, Praha 2000, s. 9-15.
- Průcha, P.: Základní pojmy a instituty správního práva. Masarykova univerzita, Brno 1998. Heslo Správně právní vztahy, s. 265-267.
- Rydval, T.: Co je (živé) zvíře? Právník 3/2009, s. 331-338.

Kontakt – email:

mullerova@ilaw.cas.cz

PŘÍRODA JAKO OBJEKT PRÁVNÍ OCHRANY

MILAN PEKÁREK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Ve svém příspěvku se autor zamýšlí nad vymezením objektu právní ochrany v zákoně č. 114/1002 Sb., o ochraně přírody a krajiny a tím i vymezením jeho věcné působnosti a nad problémy, které toto současné vymezení může vyvolávat. V závěru nabízí i jedno z možných vylepšení uvedeného zákona.

Key words in original language

Příroda, ochrana přírody, planě rostoucí rostliny, volně žijící živočichové.

Abstract

In the paper the author thinks about the determination of legal protection object within the Act No. 114/1992 Coll. on Nature and Landscape Protection and thereby also about the determination of subject scope of the mentioned Act as well as issues which can be invoked by that determination. In the conclusion the author proposes one of the possible improvements of the above mentioned Act.

Key words

Nature, nature protection, wild-growing plants, wild animals

Toto téma se stalo příčinou toho, že jsme se zde dnes sešli na konferenci „Dny práva“ pořádané již tradičně každým rokem na podzim Právnickou fakultou MU. Pořadatelé záměrně zvolili téma, které poskytuje možnost uplatnění se širokému okruhu právníků zaměřených na ochranu životního prostředí, byť více či méně specializovaných na určitou jeho oblast. Na druhou stranu s sebou tato volba přinesla i problém s vymezením jeho hranic.

Problém je spojen již se samotným vymezením objektu ochrany. Tímto objektem je „příroda“. Pojem natolik vžitý a obecně běžně užívaný, že se prakticky nikdo nad jeho obsahem blíže nezamýšlí. To by mohl být i důvod toho, že ani zákonodárce v zákoně, který je ochraně přírody speciálně určen, t.j. v zákoně č. 114/1992 Sb., tento pojem přímo nevymezil. Stejně tak ovšem důvodem mohlo být i to, že si s vymezením obsahu pojmu „příroda“ nevěděl rady. V každém případě v zákoně, který jinak vymezuje ve svých ustanoveních, jmenovitě v § 2 a § 3, pojmů celou řadu, vymezení tohoto pojmu chybí.

Zato v něm najdeme definici toho, co zákon rozumí „ochranou přírody a krajiny“. Rozumí jí zákonem vymezená „péče státu a fyzických i právnických osob o volně žijící živočichy, planě rostoucí rostliny a jejich společenstva, o nerosty, horniny, paleontologické nálezy a geologické celky, péče o ekologické systémy a krajinné celky, jakož i péče o vzhled a přístupnost krajiny“ - § 2 odst. 1 uvedeného zákona. A právě z výčtu objektů, o něž zákon ukládá pečovat a tím současně i chránit vedle státu i všem fyzickým i právnickým osobám, lze dovodit, co je obsahem pojmu „příroda“. Již na první pohled je zřejmá jak neúplnost (chybí např. zcela vodní útvary nebo půda, která je tradičně uváděna jako jedna ze tří základních složek životního prostředí a která se zdaleka nekryje s blízkými, nikoli však totožnými pojmy, jakými jsou nerosty a horniny), tak i určité nepřesnosti (samostatné uvedení ekologických systémů, což jak vyplývá z definice tohoto pojmu uvedené v § 3 písm. l/ jsou soustavy živých a neživých složek životního prostředí, t.j., těch, které předtím zákon uvádí samostatně) tohoto výčtu. Tím ovšem problémy s vymezením pojmu příroda nekončí. Problémy vyvolává rovněž vymezení živočichů a rostlin jako součástí pojmu „příroda“. Ve shora uvedené definici ochrany přírody, kterou lze v současné právní úpravě považovat i za právní vymezení samotného pojmu „příroda“, se za součást tohoto pojmu výslovně považují jen volně žijící živočichové. Ta pak uvedený zákon v § 3 písm. d/ věta první vymezuje jako „jedince živočišného druhu, jehož populace se udržují v přírodě samovolně, a to včetně jedince odchovaného v lidské péči vypuštěného v souladu s právními předpisy do přírody. Hned ve větě následující však zákon toto vymezení rozšiřuje i na „jedince odchovaného v lidské péči vypuštěného v souladu s právními předpisy do přírody.“ Naopak se za volně žijící živočichy nepovažují jedinci zdivočelé populace domestikovaného druhu. To se vztahuje např. na zdivočelé holuby domácí (tzv. „věžáci), nebo norek americký (mink). Uvedená definice se zřejmě nedá vztáhnout ani na živočichy, kteří byli chováni v zajetí a do přírody nebyli vysazeni postupem podle zákona, ale svému majiteli uprchli. Na druhé straně se toto omezení nevztahuje na některé zvláštní předpisy, které poskytují určitou formu ochrany i těmto živočichům – viz např. ochranu proti týrání – viz zákon č. 246/1992 Sb.¹

Mnohem větší vazba definice (byť nepřímé) přírody pokud jde o rostliny na rostliny „planě rostoucí“. Ty zákon v § 3 písm. c/ vymezuje jako „jedince nebo kolonie rostlinných druhů včetně hub, jejichž populace se udržují v přírodě samovolně“. V rámci tohoto vymezení je pak třeba chápat i slova zákona uvozující první odstavce § 5, jímž se v zákone začíná režim obecné ochrany rostlin a živočichů – „Všechny druhy rostlin a živočichů jsou chráněny....“. V tomto rámci je však třeba interpretovat i ustanovení §§ 7 a 8 zákona týkající se ochrany dřevina jejich kácení. V praxi však

¹ Srov. Průchová, I. in učebnice Kolektiv autorů: Právo životního prostředí, 2. díl, Brno: Masarykova univerzita, 2006. S. 234.

interpretace těchto ustanovení, zejména paragrafu 8, tento rámec často překračuje. Jsou totiž aplikována i na dřeviny, které očividně nerostou planě, ale byly člověkem nejen vysazeny, ale jsou trvale v jeho, někdy i intenzivní, péči. Zvláště zjevné je to pak u ovocných dřevin, které jsou pěstovány jejich majiteli z různých důvodů (zpravidla kvůli produkci ovoce), včetně případů, kdy tvoří stromořadí podél pozemních komunikací, a které se v planě rostoucích populacích nevyskytují vůbec. Týká se to ale u jedinců dalších (neovocných) dřevin vysazovaných v ulicích měst a vesnic, aby poskytly jejich obyvatelům stín a obce zkrášlily. V řadě případů půjde o dřeviny druhů, které se u nás v planě rostoucích populacích nevyskytují. Dokonce někdy jde tato interpretace tak daleko, že neposkytování lidské pěstební péče těmto dřevinám je vykládáno jako porušení povinnosti tyto dřeviny chránit před poškozováním (§ 7 odst. 1). V odst. 2 citovaného paragrafu je dokonce výslovně v rozporu se shora uvedeným vymezením obsahu pojmu příroda jako objektu péče a tedy i ochrany poskytované tímto zákonem přírodě výslovně uložena vlastníkům povinnost o dřeviny pečovat, jmenovitě je ošetřovat a udržovat. Ale vždyť přírodou, pokud jde o rostliny, jsou podle zákona jen jedinci nebo kolonie planě rostoucích rostlin. „Planě rostoucí“ znamená nepochybně rostoucí mimo jakoukoli péči člověka.

Argument, že jde o obecné ustanovení zákony vymezující jeho působnost i na tyto případy, neobstojí. Základním ustanovením vymezujícím věcnou působnost zákona č. 114/1992 Sb. je totiž bez jakýchkoli pochyb jeho paragraf 2 odst. 1, z něhož lze, jak jsem již výše uvedl, dovodit obsah pojmu „příroda“. Všechna ostatní ustanovení tohoto zákona, včetně těch, které vymezují další pojmy, s nimiž tento zákon pracuje, vymezují již jen jednotlivé dílčí části přírody. Činí tak vždy jen v rámci vymezeném tímto základním ustanovením. To platí nejen o pojmech, ale i o právních režimech, které pak tento zákon obsahuje a které upravují ochranu těchto jednotlivých částí přírody, ať již jde o režimy obecné ochrany nebo o režimy ochrany zvláštní.

Tyto problémy lze odstranit pouze změnou právní úpravy, jmenovitě novým (jiným) vymezením objektu právní ochrany – přírody. Podle mého názoru by nejvhodnější bylo řešení, které by obsah pojmu „příroda“ jako objektu právní ochrany vymezovalo co nejdříve, a teprve následně v dalších ustanoveních ve vztahu k některým jejím částem (např. právě ve vztahu k rostlinám nebo volně žijícím živočichům) z některých aspektů tuto ochranu omezovalo – např. vůči invazním rostlinám nebo živočichům, vůči živočichům, kteří unikli z chovů, apod. Zvolit tedy opačný přístup než jaký zvolil zákonodárce v platném zákoně.

Literature:

- Kolektiv autorů: Právo životního prostředí 2. díl, Brno: Masarykova univerzita, 2006.

Contact – email

Milan.Pekarek@law.muni.cz

NÁHRADA ŠKOD ZPŮSOBENÝCH VYBRANÝMI DRUHY ZVLÁŠTĚ CHRÁNĚNÝCH ŽIVOČICHŮ – AKTUÁLNÍ OTÁZKY

LUCIE POKORNÁ

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

Abstract in original language

Příspěvek nabízí stručné ohlédnutí za více než deseti lety účinnosti zákona č. 115/2000 Sb., o poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy. Zabývá se provedenými novelizacemi tohoto zákona, vývojem související právní úpravy a také dosavadní judikaturou, především dvěma loňskými judikáty Nejvyššího soudu, jež vzbudily mezi odbornou veřejností značný rozruch. Stěžejním tématem příspěvku jsou otázky spojené s náhradou škod způsobených na rybách v rybářských revírech.

Key words in original language

Náhrada škody; zvláště chráněné druhy živočichů; Nejvyšší soud.

Abstract

The paper presents a brief looking back at more than a decade of the efficiency of the Act No. 115/2000 Coll., on compensation for damages caused by selected specially protected fauna. It deals with amendments of this Act, of the development of relevant legislation and also current case law, primarily on two last year's Supreme Court judgments. The main subject of the paper is the question related to damages caused to the fishes in the fishing grounds.

Key words

Compensation for damages; specially protected animals; the Supreme Court.

1. ÚVOD (ANEB ZÁKON O NÁHRADÁCH DESETILETÝ)

V květnu letošního roku, v tichosti, bez většího zájmu či snad dokonce nějaké pompéznosti, „oslavil“ první dekádu své účinnosti zákon č. 115/2000 Sb., o poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy (dále jen „zákon o náhradách“). Za tuto dobu prošel několika novelizacemi, v některých případech značně diskutabilními, odehrály se též některé neúspěšné pokusy o jeho změnu, vyvíjela se také související právní úprava. V loňském roce pak vzbudily rozruch dva judikáty Nejvyššího soudu týkající se náhrady škody na rybách v rybářském revíru. Krátké ohlédnutí se za výše uvedené změny a události, a snad i za celkovou úspěšnost aplikace zákona o náhradách, se tak jeví jako poměrně aktuální, potřebné a především zajímavé.

Jak je známo, zákon o náhradách patří mezi nemnoho právních předpisů našeho právního řádu, které nabízí prostředky pro kompenzaci omezení vlastnického či užívacího práva z důvodu veřejného zájmu na ochraně přírody a krajiny.¹ Zákon o náhradách zakotvuje poskytování náhrad škod způsobených sedmi vybranými druhy zvláště chráněných živočichů, jejichž populace jsou v České republice jen velmi málo početné a vzhledem ke způsobu obživy těchto živočichů, která může působit značné hospodářské škody na zemědělských pozemcích, domácích zvířatech či rybách, jsou zároveň vystaveny zvýšenému nebezpečí nežádoucího odlovu či odchytu ze strany dotčených vlastníků či nájemců. Usmrcování těchto živočichů je pochopitelně zakázáno zákonem č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně přírody a krajiny“). Institut náhrady škod jimi způsobených má sloužit jako pozitivní stimulace k dodržování tohoto zákazu, neboť sankce za porušení zákona o ochraně přírody nemusí být pro poškozené vlastníky vždy dostatečnou hrozbou (negativní motivací), zejména pokud škody způsobené těmito živočichy dosáhnou závratných hodnot či k nim dochází opakovaně.² Náhrady škod jsou poskytovány pouze za předpokladu splnění celé řady hmotněprávních i procesních podmínek, v rozsahu a způsobem, které jsou stanoveny zákonem o náhradách. Je přesně dáno, které druhy zvláště chráněných živočichů se považují za „vybrané“ (škoda způsobená jinými druhy živočichů nemůže být na základě tohoto zákona hrazena), co vše může být předmětem náhrady škody i mnohé další specifické podmínky. Velmi nezvyklá (a bohužel ne dostatečně úplná) je úprava řízení podle tohoto zákona.

2. VYBRANÉ DRUHY ŽIVOČICHŮ (ANEŽ PROČ BY SI OCHRANÁŘI PŘÁLI, ABY SE ZÁKONU O NÁHRADÁCH MOHLO KONEČNĚ ZAČÍT ŘÍKAT „LEX EX-KORMORÁN“)

Mezi „vybrané“ druhy zvláště chráněných živočichů, jimiž způsobené škody mohou být podle zákona o náhradách hrazeny, se řadí tři druhy kriticky ohrožené (medvěd hnědý, rys ostrovid a vlk), tři druhy silně ohrožené (bobr evropský, vydra říční a los evropský) a jeden druh ohrožený (kormorán velký).

¹ Nejvýznamnějším nástrojem je zřejmě náhrada újmy za ztížení zemědělského či lesního hospodaření poskytovaná podle § 58 zákona o ochraně přírody a krajiny. Nástroj s obdobným cílem pak obsahuje taktéž zákon č. 449/2001 Sb., o myslivosti, ve svém § 52 řešícím náhradu škody způsobené zvěří obhospodařované lovem, jež je hrazena uživatelem honitby.

² Obecně k zákonu o náhradách viz STEJSKAL, Vojtěch. *Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost*. 1. vydání. Praha: Linde, 2006. Str. 452 - 453. ISBN 80-7201-609-1

Taxativní výčet „vybraných“ živočichů nedoznal za dobu účinnosti zákona žádných změn. Ovšem zařazení posledně jmenovaného druhu mezi druhy „vybrané“ je již od doby přijetí zákona předmětem rozsáhlých odborných debat a následných snah o změnu. Důvodem je skutečnost, že kormorán velký pravděpodobně již řadu let vůbec nepatří mezi vzácné a ohrožené druhy živočichů ve smyslu § 48 a n. zákona o ochraně přírody a krajiny. Kormorán velký u nás nežije dlouho, první stálá kolonie vznikla teprve v roce 1982 na jižní Moravě, brzy se mu však začalo velmi dobře dařit a početnost jeho populace začala strmě vzrůstat. Nyní již většina odborníků neváhá pro charakteristiku populace kormorána použít slova „přemnožený“.³ Ministerstvo životního prostředí podniklo proto v uplynulých letech několikero pokusů o vypuštění kormorána velkého ze seznamu zvláště chráněných druhů živočichů (prostřednictvím novelizace přílohy č. 3 vyhlášky č. 395/1992 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o ochraně přírody a krajiny).

Pokud by kormorán velký nebyl zvláště chráněným druhem živočicha, přineslo by to velmi pravděpodobně ve svém důsledku nemožnost aplikace zákona o náhradách pro škody způsobené kormoránem z důvodu nesplnění jedné ze zákonných podmínek, neboť ustanovení § 5 odst. 1 zákona o náhradách výslovně omezuje možnost poskytnutí náhrady škody pouze na případy, kdy „vybraný živočich byl v době, kdy ke škodě došlo, živočichem zvláště chráněným podle zvláštního právního předpisu“. Tato, z ústavně-právního pohledu ne příliš chvályhodná, avšak věcně naprosto opodstatněná, snaha o nepřímou novelizaci zákona o náhradách škod (se kterou tento zákon, jak se z uvedeného ustanovení zdá, zřejmě již dopředu „prozíravě“ počítal) však nikdy nedospěla k úspěšnému závěru.⁴

³ Tyto údaje shodně vyplývají ze zdrojů poskytovaných různými subjekty. Viz např.:

- *Ryby, situační a výhledové zprávy* [online]. Ministerstvo zemědělství, 2003 až 2009. ISBN 978-80-7084-806-7 [cit. 2010-11-18]. Dostupné z WWW: <<http://eagri.cz/public/web/mze/lesy/publikace-a-dokumenty/situacni-a-vyhledove-zpravy-ryby/>>.
- důvodová zpráva k návrhu vyhlášky, kterou se mění vyhláška Ministerstva životního prostředí České republiky č. 395/1992 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, (*návrh na vypuštění kormorána velkého ze seznamu zvláště chráněných druhů živočichů, vyhláška nebyla vydána*) či
- SPURNÝ, Petr. *Vliv predátorů na rybí společenstva pstruhových vod*. [online] Mendelova zemědělská a lesnická univerzita v Brně, Ústav rybářství a hydrobiologie. Nedatováno. [cit. 2010-11-18]. Dostupné z WWW: <http://www.cesky-muskar.eu/archivPM/ochrana/predatori/vliv_predatoru.html>.

⁴ Pro úplnost, byť nad rámec tématu tohoto příspěvku, by se slušelo dodat, že celý záměr vypustit kormorána velkého z přílohy vyhlášky č. 395/1992 Sb. vycházel z poměrně kontroverzního předpokladu, že ačkoliv je v zákoně o ochraně přírody (§ 55) výslovně zakotveno, že zařazení živočichů na seznam zvláště chráněných může Ministerstvo životního prostředí provést pouze v dohodě s Ministerstvem zemědělství a po projednání

Pokud by byl kormorán velký ze seznamu zvláště chráněných druhů vypuštěn, vztahovala by se na něj stále poměrně přísná obecná ochrana volně žijících ptáků podle § 5a zákona o ochraně přírody a krajiny, k případnému usmrcování či plašení kormoránů by bylo třeba stanovit odchylný postup podle § 5b zákona, obdobně jako se tak stalo v případě špačků vydáním vyhlášky č. 294/2006 Sb., o odchylném postupu pro usmrcování špačka obecného (po novele zákona o ochraně přírody a krajiny provedené zákonem č. 349/2009 Sb. by se ovšem již nejednalo o vyhlášku ministerstva, ale o opatření obecné povahy).

Kormorán velký se žíví téměř výlučně rybami a dokáže je ulovit i za značně složitých podmínek (potopí se do velké hloubky, vydrží dlouho pod vodou, uloví i poměrně těžké ryby). Otevřené zdroje shodně udávají, že dospělý kormorán denně zkonzumuje 0,5 až 0,8 kg ryb a další 0,5 kg ryb zraní (nedokáže je udržet v zobáku či polknout). V členských zemích EU údajně kormoráni ročně v souhrnu zkonzumují či poraní více než 300 tisíc tun ryb.⁵ Jakkoliv by zřejmě bylo možné najít i hodnoty více či méně odlišné, je zřejmé, že škody na rybách způsobené kormorány stoupají a debaty o tom, zda má či nemá kormorán velký patřit mezi zvláště chráněné druhy živočichů, jsou touto ekonomickou realitou značně modifikovány a promítají se do nich zdaleka nejen argumenty odborné ornitologické a ochranářské povahy.

Aby byl obraz legislativního vývoje zákona o náhradách úplný, je třeba ještě dodat, že původní znění zákona z roku 2000 počítalo s náhradou škody způsobené pouze hnízdicími populacemi kormoránů, tedy pouze v období od 1. dubna do 15. července kalendářního roku. Tato podmínka byla ze zákona vypuštěna již jeho první novelou, provedenou zákonem č. 476/2001 Sb. (jednalo se o poslaneckou iniciativu), od té doby jsou již hrazeny škody způsobené kormoránem velkým celoročně, tedy i kormorány, kteří u nás nehnízdí, ale jen zimují či přes naše území pouze táhnou.

s ústředními orgány státní správy dotčenými podle zvláštních předpisů (tj. zejména na úseku státní správy lesů, rybářství či myslivosti), není taková dohoda nutná v případě vypuštění živočicha ze seznamu zvláště chráněných, jelikož tuto opačnou situaci zákon výslovně neupravuje. Jakkoliv se jedná o právní úpravu účinnou již od roku 1992, z pochopitelných důvodů k vypouštění živočichů ze seznamu zvláště chráněných nedochází a řešení této otázky tak není zcela jasné.

⁵ Viz *Ryby, situační a výhledové zprávy* [online]. Ministerstvo zemědělství, 2009. Str. 20. ISBN 978-80-7084-806-7 [cit. 2010-11-18]. Dostupné z WWW: <<http://eagri.cz/public/web/mze/lesy/publikace-a-dokumenty/situacni-a-vyhledove-zpravy-ryby/>>

3. PŘEDMĚT NÁHRADY ŠKODY (ANEB PŘÍBĚH JEDNOHO „PŘÍLEPKU“)

Stejně jako „vybraní“ živočichové, je i předmět náhrady škody v zákoně o náhradách přesně vymezen. Hradí se pouze újma způsobená na životě nebo zdraví fyzické osoby anebo na taxativně vyčtených předmětech vlastnictví fyzických či právnických osob. Do tohoto výčtu patří vybraná domestikovaná zvířata, psy sloužící k jejich hlídání, ryby, včelstva a včelařská zařízení, nesklizené plodiny a trvalé porosty. Již výše zmiňovaná novela zákona z roku 2001 dále rozšířila předmět náhrady škody o uzavřené objekty (např. budovy, ohrady či oplocené pozemky) a movité předměty v nich, přičemž náhradu škody na uzavřených objektech lze poskytnout i v případě, že škoda nebyla způsobena přímo vybraným zvláště chráněným živočichem, ale způsobila ji sama domácí zvířata v důsledku napadení zvláště chráněným živočichem. Stejnou novelou byl dřívější předmět náhrady škody „trvalé lesní porosty“ rozšířen na všechny trvalé porosty.⁶

Nejvíce exponovaným předmětem náhrady škody podle zákona o náhradách, jak je z předchozí podkapitoly zcela zřejmé, jsou ryby. Škoda na rybách může být hrazena, pouze pokud byla způsobena kormoránem velkým nebo vydrou říční, u vydry se pak předpokládá splnění ještě několika dalších podmínek a především prokázání skutečnosti, že poškozeným nebyla opomenuta prevenční povinnost. Nehradí se škoda způsobená na jakékoliv rybě, ale předmětem náhrady škody jsou pouze ryby chované k hospodářským účelům v rybnících⁷, v sádkách a podobných, v zákoně taxativně vymezených zařízeních, jejichž společným

⁶ K pojmu trvalý porost viz judikatura Nejvyššího soudu – rozsudky sp. zn. 24 Cdo 1525/2000 a sp. zn. 25 Cdo 73/2004, případně též usnesení sp. zn. 8 Tdo 446/2006. Ze starší odborné literatury na toto téma viz např. PEKÁREK, Milan. *Právní režim porostů* in Časopis pro právní vědu a praxi. Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1998. Ročník 6. Číslo 2. Str. 201-218. ISSN 1210-9126. Za trvalý porost se považuje rostlina, která je svým druhem rostlinnou dlouhověkou. Rozlišení, zda se jedná o trvalý porost či nikoliv má značný význam pro určení vlastnictví k tomuto porostu. Podle zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů, je vlastník pozemků zároveň vlastníkem porostů na něm vzešlých. Zatímco u porostů trvalých je vlastnictví spjata s osobou vlastníka příslušného pozemku (*superficies solo cedit*), u ostatních porostů může být vlastnictví určeno odchylně.

⁷ Domnívám se, že je nutno dovodit, že se tím myslí rybníky ve smyslu zákona č. 99/2004 Sb., o rybníkářství, výkonu rybářského práva, rybářské strážní, ochraně mořských rybolovných zdrojů a o změně některých zákonů (zákon o rybářství), přičemž chov ryb na nich musí být provozován v souladu se zákonem č. 254/2001 Sb., o vodách, tj. obvykle na základě povolení k nakládání s vodami (snad s výjimkou chovů provozovaných fyzickými osobami k nepodnikatelským účelům za předpokladu, že bude nějakým způsobem dovozen hospodářský účel takového chovu). Opačný přístup by bylo pravděpodobně nutno odmítnout jako nesouladný se zásadou *ius ex iniuria non oritur*.

jmenovatelem je uzavřenost, oddělenost od okolního vodního prostředí a ovladatelnost ryb nacházejících se uvnitř.

V roce 2006 čekala zákon o náhradách doposud nejstručnější, ale přesto zatím nejdiskutabilnější a z pohledu právně-teoretického zdaleka nejzajímavější, novelizace. Zákonem č. 130/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 154/2000 Sb., o šlechtění, plemenitbě a evidenci hospodářských zvířat a o změně některých souvisejících zákonů (plemenářský zákon), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony⁸, bylo do zákona o náhradách s účinností od 14. 4. 2006 vetknuto, že mezi ryby, které mohou být předmětem náhrady škod podle tohoto zákona, patří „*rovněž ryby v rybářských revírech*“.

Od okamžiku účinnosti této novely zákona o náhradách v podstatě až do dnešních dní je veden vleklý spor mezi rezortem zemědělství, který hájí zájmy rybářů a jejich nárok na náhradu škody na rybách v co nejširším rozsahu, a rezortem životního prostředí, který není ochoten poskytovat rybářům další nemalé finanční prostředky, protože pro to neshledává právní ani věcné důvody a uvedenou zákonnou úpravu považuje za neaplikovatelnou. Ministerstvo zemědělství opírá svoji argumentaci především o výklad jazykový a teleologický – vychází z doslovného znění zákona o náhradách po novele a poukazuje na zjevný úmysl zákonodárce rozšířit novelou předmět náhrady škod i o ryby v rybářských revírech. Ministerstvo životního prostředí naopak akcentuje skutečnost, že ryby ve vodních tocích jsou obdobně jako zvěř věcí ničí (*res nullius*) a není tudíž zřejmé, komu vznikla škoda (když vlastníkem zkonsumovaných ryb nikdo není) a komu by tak měla být hrazena.⁹ Zákon tedy (v souladu s čl. 11

⁸ Ustanovení bylo vloženo nečekaně a zcela neorganicky do novelizace naprosto nesouvisejícího plemenářského zákona. Osobně jsem toho názoru, že tento potup lze bez skrupulí označit za klasický „přílepek“, tedy vsunutí zcela nesouvisející novely zákona do jiného, právě ve Sněmovně projednávaného, zákona, tváříce se, že se jedná o jeho pozměňovací návrh. Tato (dříve bohužel zcela běžná) legislativní praxe českého zákonodárského sboru byla rázně ukončena nyní již notoricky známým nálezem Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 77/06 ze dne 15. 2. 2007, přičemž Ústavní soud (bohužel pro zákon o náhradách) deklaroval, že bude obdobným způsobem posuzovat pouze nově vznikající právní předpisy, nikoliv zákony přijaté před publikací tohoto nálezu, s odkazem na legitimní očekávání adresátů právních norem a jejich právní jistotu. Ve zrušení příslušné sporné pasáže zákona č. 115/2000 Sb. Ústavním soudem tedy patrně již doufat nelze a je třeba se s touto platnou právní úpravou nějakým způsobem vypořádat a nalézt odpověď na otázku, jakým způsobem ji správně aplikovat, ukáže-li se, že je její aplikace vůbec možná.

⁹ Viz *Sdělení odboru legislativního k problematice poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy za škody způsobené na rybách v rybářských revírech*. Praha: Věstník Ministerstva životního prostředí, 2006. Částka 9. Ročník XVI. ISSN 0862-9013

odst. 4 Listiny základních práv a svobod, který zakotvuje poskytování náhrad pouze za omezení vlastnického práva nebo přímo za vyvlastnění) i přes provedenou novelizaci umožňuje poskytování náhrad jen za škody způsobené na rybách v uzavřených objektech, kde lze prokázat vlastnictví k nim a především také prokázat skutečnou výši škody.

Obě dotčená ministerstva pak ve svých stanoviscích reagují na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 540/2003 ze dne 29. 4. 2004, který (byť byl vydán před účinností zákona č. 130/2006 Sb. a netýká se náhrady škody podle zákona o náhradách, ale podle zákona č. 23/1962 Sb., o myslivosti) jednoznačně vyslovil právní názor, že na rozdíl od ryb v rybnících není vlastnictví k rybám v tekoucích vodách možné. Neulovené ryby ve vodních tocích se považují za věc ničí a oprávněný subjekt rybářského práva nabývá tyto ryby do svého vlastnictví ulovením, tedy originálním způsobem, v mezích (za splnění podmínek) zákona o rybářství. Ztráta dosud neulovených ryb ve vodních tocích způsobená tím, že je zkonsumována (v judikovaném případě) vydra, tak nemůže představovat snížení majetkového stavu osoby, jež si nárokuje náhradu takové škody, protože ta ryby v okamžiku jejich ztráty nevladnila.¹⁰ Do svého vlastnictví by je nabyla teprve ulovením, což se nestalo, resp. stát nestihlo. V citovaném rozsudku je pak ovšem také konstatováno, že majetková újma není rovna pouze skutečné škodě, ale její součástí je také ušlý zisk oprávněného subjektu rybářského práva, tedy očekávaný majetkový prospěch, kterého by tento subjekt ulovením ryb dosáhl, pokud by nebyly dříve zkonsumovány vydrou. Výši ušlého zisku soud vyčíslil tak, že od předpokládané hodnoty nalovených ryb odečetl náklady, které by při normálním běhu věci musely být na tento lov vynaloženy.¹¹ Není však příliš zřejmé, z čeho by měla být odvozována předpokládaná hodnota nalovených ryb.

Výše uvedená polemika mezi oběma resorty byla vedena v průběhu celého roku 2006 i 2007, aniž by se dospělo k nějakému konsenzu.¹² Ministerstvo

¹⁰ Cit. z rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 540/2003: „... ztráta dosud neulovených ryb žijících ve vodních tocích tím, že je zkonsumována vydra, nemůže představovat snížení majetkového stavu oprávněného subjektu rybářského práva, neboť ten ryby k okamžiku jejich ztráty nevladnil...“.

¹¹ Vycházel přitom pravděpodobně za pomoci analogie ze způsobu, jakým byla v minulosti hrazena škoda způsobená rybářským organizacím vypouštěním závadných odpadů. V odůvodnění rozsudku je odkazováno na článek M. Tomsy „Právní problematika náhrady škody rybářským organizacím vypouštěním závadných odpadů“ (Hospodářské právo 10/1984, str. 768 – 772), který se autorce tohoto příspěvku bohužel prozatím nepodařilo dohledat.

¹² Osloveno s žádostí o názor bylo také několik odborníků reprezentujících nejrůznější právní odvětví, přičemž pravděpodobně největší váha byla přisuzována názoru tehdejšího předsedy Legislativní rady vlády JUDr. Cyrila Svobody, jenž se za použití logického výkladu (a s poněkud nejasným poukazem na fakt, že ryby ve vodním toku stejně jako vodní tok samotný nemohou být předmětem vlastnictví) dospěl k závěru, že „náhrada

životního prostředí však krajské úřady, u nichž poškození svůj nárok na náhradu škody uplatňují, instruuje směrem k neposkytování náhrad za škody způsobené na rybách v rybářských revírech.

4. „RYBY V RYBÁŘSKÝCH REVÍRECH“ VE SVĚTLE AKTUÁLNÍ JUDIKATURY (OVŠEM STÁLE NE TĚ, NA KTEROU VŠICHNI ČEKÁME)

Osobně zastávám poměrně jednoznačný názor na celý problém. Domnívám se, že poskytovat náhradu podle zákona o náhradách za škody způsobené na rybách v rybářských revírech skutečně nelze. Klíčem k řešení celé otázky je podle mě skutečnost, že ryby dosud neulovené je třeba považovat za věci ničí a není tudíž možné, aby někomu vznikla škoda jako vlastníku takových ryb, neboť vlastnictví k rybám vzniká teprve v okamžiku jejich ulovení. Pokud bychom chtěli náhradu škody na rybách oprávněným subjektům rybářského práva přiznávat, museli bychom nejprve zpochybnit tuto premisu, což se nejeví jako reálné. Mimo již výše uvedených argumentů a odkazované relevantní judikatury považuje rybu v rybářském revíru za věc ničí i samotné rybářské právo.¹³

Výše uvedené závěry podle mého názoru potvrzuje též veškerá dostupná dosavadní judikatura, včetně dvou loňských judikátů Nejvyššího soudu (rozsudky sp. zn. 25 Cdo 3206/2007 ze dne 26. 8. 2009 a sp. zn. 25 Cdo 3961/2009 ze dne 21. 10. 2009), které vzbudily mezi laickou i odbornou veřejností relativně značný ohlas a znovu k „rybám v rybářských revírech“ obrátily pozornost. Mám za to, že je jednoznačné, že tato rozhodnutí rozhodně nelze interpretovat tak, že by naznačovala možnost prolomení výše popsaného přístupu, ale pouze tak, že konstatují, že podle § 442 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, má (obecně) být hrazena skutečná škoda i ušlý zisk¹⁴, přičemž za skutečnou

škody na rybách v rybářských revírech přichází v úvahu pouze tehdy, podaří-li se žadateli prokázat vlastnictví k rybám, na nichž vznikla škoda, což je ovšem v případě rybářského revíru vyhlášeného na vodním toku vyloučeno – viz dopis předsedy Legislativní rady vlády ze dne 18. října 2007, č. j. 15215/07-KML.

¹³ Zákon o rybářství výkonem rybářského práva rozumí „činnost v rybářském revíru povolená právnícké nebo fyzické osobě příslušným orgánem státní správy rybářství podle § 19 až 24, spočívající v plánovitém chovu, ochraně, lovu a **přisvojování si ryb**, popřípadě vodních organizmů, jakož i v užívání pobřežních pozemků v nezbytném rozsahu“ – tedy i originární nabytí ryb do vlastnictví oprávněného subjektu rybářského práva. Rybářským revírem se přitom podle téhož zákona rozumí „část vodního útvaru povrchových vod o výměře nejméně 500 m² souvislé vodní plochy, umožňující život rybí obsady a vodních organizmů, vyhlášenou rozhodnutím příslušného orgánu státní správy rybářství podle § 19 až 24“.

¹⁴ K tomuto tématu viz také „legendární“ rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 7 Co 233/69, které bylo publikováno ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS ve svazku 7, ročník 1970, str. 329, podle něhož „ušlý medový výnos, k němuž došlo v důsledku úhynu

škodu mohou být považovány též „náklady, které poškozený ze svého majetku vynaložil zbytečně (např. aniž se dostavil s nimi očekávaný výsledek)“, tedy podle Nejvyššího soudu také „výdaje, které subjekt rybářského práva vynaložil ze svých prostředků na doplnění stavu ryb (zarybnění) ve vodních tocích, k nimž vykonával rybářské právo, byť mu k rybám samotným nesvědčilo vlastnické právo“. Nejedná se tudíž o škodu „na rybách“, ale obecně o škodu, která vznikla subjektu rybářského práva na jeho majetku (jehož součástí samotné neuložené ryby ovšem rozhodně nejsou). Je třeba mít přitom stále na paměti, že oba posledně zmiňované rozsudky vycházely z právního stavu před vydáním zákona o poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy, kdy existovala pouze úprava v zákoně č. 23/1962 Sb., o myslivosti, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož škody způsobené zvěří (tedy mj. i vydrou říční či kormoránem velkým), jejíž početní stavy nemohou být lovem snižovány, hradí stát. Tehdejší úprava obsahovala odlišné podmínky, jež musely být pro naplnění nároku na náhradu škody splněny, než jaké obsahuje současná platná právní úprava v zákoně o náhradách.

Zákon o náhradách ve svém § 2 písm. b) definuje „škodu“ způsobem odchylným od občanského zákoníku jako „újmu způsobenou vybraným živočichem uvedeným v § 3 na životě nebo zdraví fyzické osoby anebo na majetku osob uvedeném v § 4 písm. b) až i)“. V § 4 písm. b) až i) jsou vyjmenovány výše vzpomínané předměty náhrady škody včetně „ryb“ uvedených v písm. d). Pro přiznání nároku na náhradu škody podle zákona o náhradách je jednoznačně nutno, aby došlo ke škodě „na rybách“ – viz ustanovení § 4 písm. d) citovaného zákona, t.j. ke škodě skutečné. Náhrada ušlého zisku (a vlastně obecně náhrada jakékoliv „jiné“ škody na majetku oprávněného subjektu rybářského práva než „na rybách“) není předmětem úpravy zákona o náhradách, který s náhradou jiné než skutečné škody vůbec nepočítá.¹⁵

včel, není skutečnou škodou ve smyslu § 442 odst. 1 o. z., ale jinou škodou ve smyslu § 442 odst. 2 o. z.“ (tedy ušlým ziskem v dnešním slova smyslu).

¹⁵ Skutečnost, že se jedná o skutečně dlouhodobé nazírání na aplikaci zákona o náhradách, ustálené ještě před tím, než do celé věci vnesly zmatek „ryby v rybářských revírech“, potvrzuje např. *Sdělení sekretariátu rozkladové komise o výkladech právních předpisů, přijatých výkladovou komisí ministra životního prostředí: Rozsah náhrady škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy*. Praha: Věstník Ministerstva životního prostředí, 2001. Částka 7. Ročník XI. ISSN 0862-9013, kde se jasně deklaruje, že „poškozenému se hradí jen prokázaná škoda v rozsahu stanoveném v ustanovení § 2 a § 7 zákona o poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy a příslušnou prováděcí vyhláškou“, přičemž vztah k příslušným ustanovením občanského zákoníku je vysvětlen následovně: „ustanovení § 442 odst. 1 občanského zákoníku, podle něhož se hradí též to, co poškozenému ušlo (ušlý zisk), není pro určení rozsahu náhrady škody relevantní. Podle § 11 odst. 1 zákona č. 115/2000 Sb. se právní vztahy upravené v tomto zákoně řídí občanským zákoníkem, pokud „není stanoveno jinak“. To právě ve smyslu výše uvedeném zákon č. 115/2000 Sb. činí. Ušlý zisk se proto hradí

Pokud bychom ve výše uvedené úvaze pokračovali dál, dospěli bychom „kruhem“ zpět na začátek celého problému – k vymezení pojmu „ryby“. *De lege lata* podle ustanovení § 2 písm. d) zákona o náhradách se rybami rozumí i „ryby v rybářském revíru“. Zákon o náhradách tedy vlastně říká, že majetkem osob jsou i ryby v rybářském revíru. Nesmyslnost tvrzení, že ryby v rybářském revíru mají nějaké vlastníka, však byla výše snad již dostatečným způsobem objasněna. Část zákona o náhradách hovořící o „rybách v rybářských revírech“ tudíž podle mého názoru nelze považovat za aplikovatelnou.

Relevantní judikatura, která by vycházela z úpravy obsažené v zákoně o náhradách, zejména pak z jeho znění po novele provedené v roce 2006, stále není k dispozici. Objeví-li se, bude velice zajímavé sledovat, zda soudy dospějí ke stejným závěrům jaké byly nastíněny výše či nikoliv.

5. NÁHRADA ŠKODY NA RYBÁCH ZPŮSOBENÁ NIKOLIV ZVLÁŠTĚ CHRÁNĚNÝM ŽIVOČICHEM, ALE FYZICKOU ČI PRÁVNICKOU OSOBOU

Dovolím si pro úplnost upozornit ve stručnosti ještě na dva rozsudky Nejvyššího soudu zabývající se náhradou škody na rybách ve vodních tocích, avšak způsobenou nikoliv zvláště chráněnými živočichy, nýbrž právnickou, resp. fyzickou osobou, a řešených tudíž podle příslušných ustanovení občanského zákoníku, které však obsahují některé pro naše téma zajímavé závěry.^{16, 17}

pouze tehdy, je-li ve výjimečných případech zahrnut do rozsahu náhrady škody tak, jak je zákonem č. 115/2000 Sb. a vyhláškou č. 360/2000 Sb. vymezen (srov. zejm. ustanovení § 2 vyhlášky, podle kterého v případě škody na nesklizených polních plodinách se výše náhrady škody stanoví podle tržních cen plodin dosažených v době jejich předchozí sklizně, přičemž se vychází z obvyklého výnosu v daném místě).“

¹⁶ Jelikož osoba, na rozdíl od věci (za kterou náš právní řád zvláště chráněné živočichy považuje) může porušit právní povinnost a způsobit tak škodu.

¹⁷ Oba rozsudky se týkají škod vzniklých před účinností „nového“ zákona o rybářství, který zakotvuje speciální úpravu týkající se náhrady škody způsobené na rybí obsádce v rybářském revíru nebo na rybníku nebo ve zvláštních rybochovných zařízeních. Předchozí právní úprava (zákon č. 102/1963 Sb., o rybářství) podobný institut neobsahovala. Podle ustanovení § 12 odst. 11 „nového“ zákona o rybářství odpovídá za tuto škodu osoba, která ji způsobila. K vymáhání škody je oprávněn uživatel rybářského revíru. Toto ustanovení nezakládá vlastnické právo uživatele rybářského revíru k rybám v rybářských revírech (vodních tocích), ale jeho účelem je určit subjekt oprávněný k náhradě škody způsobené konkrétní osobou právě z toho titulu, že ryby ve vodních tocích konkrétního vlastníka nemají; jinak by se bez dalšího uplatnil § 420 a n. občanského zákoníku. Jiný zvláštní účel tato speciální úprava ve vztahu k oprávněnému subjektu nemá. Ani k „novému“ zákonu o rybářství doposud žádná judikatura, která by aplikaci § 12 více upřesnila, neexistuje.

První z rozsudků je označen sp. zn. 25 Cdo 2401/2007 a byl vyneseno dne 29. 7. 2009. Mezi jeho nejdůležitější závěry patří opětovná a zcela jednoznačná deklarace toho, že ačkoliv není v žádném právním předpise výslovně řešeno vlastnictví volně žijících ryb, je třeba zejména s ohledem na dikci zákona o rybářství považovat neuložené ryby ve vodních tocích za věci ničí a proto „úhyn dosud neuložených ryb žijících ve vodních tocích v důsledku kontaminace vod nemůže představovat snížení majetkového stavu oprávněného subjektu rybářského práva o hodnotu uhynulých ryb, jestliže je k okamžiku jejich ztráty nevlastnil“. Podle soudu na tomto nemění nic ani fakt, že se jednalo o ryby pocházející z rybích násad, které do příslušného úseku vodního toku předtím osoba domáhající se náhrady škody vypustila, neboť vypuštěním došlo k derelikci. Nejvyšší soud odmítl i poněkud bizarní argumentaci žalobce o „přeměně vlastnického práva na právo rybářské“¹⁸. Odůvodnění rozsudku tak soud uzavírá s tím, že „za účinnosti zákona č. 102/1963 Sb. lze odškodnit pouze ušlý zisk či zbytečně vynaložené náklady na chov ryb“. Jelikož se kauza týkala ryb žijících v nechvalně proslulém „vybetonovaném“ korytě řeky Bíliny opatřeném množstvím technických prvků, které fakticky znemožňují byť i náhodnou migraci ryb z jednoho rybářského revíru do druhého (rybářské revíry ostatně jsou v praxi velmi často vymezovány „od jezu k jezu“), doplnil soud do odůvodnění i zajímavou a důležitou doušku, že od výše uvedeného závěru se nelze odchýlit, „a to ani z hlediska námitky, že konkrétní situace na vodním toku se prakticky rovnala tomu, že o tekoucí vodu nešlo“.

Druhý rozsudek, sp. zn. 25 Cdo 234/2007 ze dne 19. 2. 2009, dochází k závěrům obdobným.

Lze tedy shrnout, že uvedená judikatura potvrzuje, že ryby v rybářských revírech je třeba považovat za věci ničí, přičemž škoda na takových rybách může být nahrazena pouze jako ušlý zisk, nikoliv škoda skutečná. Občanský zákoník (v případě škody způsobené fyzickou či právnickou osobou) náhradu ušlého zisku umožňuje, zákon o náhradách (v případě škody způsobené zvláště chráněným živočichem) však nikoliv.

6. APLIKACE ZÁKONA O NÁHRADÁCH V PRAXI (ANEB NĚKOLIK ZAJÍMAVÝCH ČÍSEL NA ZÁVĚR)

Pokud bychom chtěli zodpovědně zhodnotit, jaký přínos pro ochranu zvláště chráněných druhů živočichů existence zákona o náhradách má, je třeba

¹⁸ Žalobce s odkazem na odbornou literaturu dovozoval, že „škoda na rybí obsádce rybářského revíru je zásahem do rybářského práva státu svěřeného mu v plném rozsahu zákonem“, přičemž rybářské právo označil za „kvazivlastnické právo věcné a tudíž i majetkové povahy“, s nímž má možnost volně nakládat, domáhat se jeho soudní ochrany a také jej „znalecky vyčíslit v penězích podobně jako jiná práva“.

podívat se alespoň na několik údajů vycházejících z praktické aplikace zákona o náhradách, jakkoliv je jasné, že nám ukáží pouze jednu stranu celého problému, nikoliv to, kolik kormoránů nebo vyder bylo ušetřeno zbytečného odlovu či odchytu. Zda bylo nějakým způsobem exaktně zkoumáno, o kolik se po přijetí zákona o náhradách škody snížil tlak na regulační lov vydry či kormorána, mi není známo, ale osobně se domnívám, že nijak oslnivému posunu v této oblasti nedošlo.

Uvádí se, že v prvním roce účinnosti zákona bylo na náhradách podle zákona o náhradách vyplaceno pouze necelých 200 tis. Kč, z čehož největší část tvořily škody způsobené jediným exemplářem medvěda, potulujícím se v té době po Beskydech. Pak už ovšem počet podaných žádostí i vyplacených náhrad prudce stoupal. V roce 2008 bylo vyplaceno již více než 51 mil. Kč, z toho za škodu způsobenou kormoránem téměř 36 mil. Kč, za vydru 8,3 mil. Kč, za bobra 6,7 mil. Kč, za losa, vlka a rysa to pak byly částky významně nižší, za medvěda nebyly vyhrazeny náhrady žádné.¹⁹ Naprostá většina žádostí je podávána v Jihočeském kraji (70%) a v kraji Vysočina (25%), což jsou regiony, ve kterých operují největší rybářské společnosti v ČR.²⁰ Stejně studie také uvádí, že vzrůst výdajů na uhrazené náhrady škody nesouvisí zdaleka jen s početním nárůstem populací predátorů (populace vydry či bobra na rozdíl od populace kormorána nerostly), ale především s rostoucím povědomím rybářů o existenci zákona o náhradách a získáním určité rutinní zkušenosti s podáváním žádostí. I přesto o náhradu škod stále žádá velmi málo žadatelů. Uvádí se, že ročně je tímto způsobem kompenzováno pouze 2 - 5 % celkových škod způsobených predátory uváděných rybáři.²¹

7. ZÁVĚR

Je zřejmé, že aplikace zákona o náhradách, jakkoliv má tento právní předpis v našem právním řádu své místo již více než deset let, rozhodně není bezproblémová.

Považuji za neakceptovatelné, že existence zákona o náhradách (a tudíž možnost získat za způsobené škody nemalé finanční částky) je pro některé zájmové skupiny záminkou k blokování snah o vypuštění kormorána velkého ze seznamu zvláště chráněných druhů živočichů, přestože mezi

¹⁹ Viz TOMÁŠKOVÁ, Lenka. *Zákon č. 115/2000 Sb. - nástroj k odstraňování konfliktů mezi ochranou přírody a hospodařícími subjekty*. Praha: Ochrana přírody, 2009. Ročník 65. Číslo 6. Str. 11 – 12. ISSN 1210-258X.

²⁰ Viz VÁCLAVÍKOVÁ, Markéta. KOSTKAN, Vlastimil. *Vnímání škod působených vydrou říční a účinnost zákona č. 115/2000 Sb.* Praha: Ochrana přírody, 2009. Ročník 65. Číslo 6. Str. 13 – 17. ISSN 1210-258X.

²¹ Viz VÁCLAVÍKOVÁ, Markéta. KOSTKAN, Vlastimil. *Op. cit.*

odborníky panuje shoda na tom, že tento rybožravý predátor již dlouho nespĺňuje kritéria pro zařazení na seznam. Stejně zájmové skupiny zřejmě stály za přijetím v článku blíže popsánoho "přilepku", který do zákona vetknul ustanovení snažící se tvrdit, že ryby ve vodních tocích jsou v něčím vlastnictví a tomu někomu dokonce vzniká nárok na náhradu škody. Aplikovatelnost tohoto ustanovení se, přes veškerou snahu a studium nejruznější judikatury i jiných zdrojů, podařilo více vyvrátit než potvrdit. Obě tyto skutečnosti v mých očích značně deformují obraz zákona o náhradách jako celku a vedou mě k pochybnostem, zda takto účelově nastavený systém může skutečně vést k vytčenému cíli - tedy k pozitivní motivaci subjektů dodržovat povinnosti zakotvené v zákoně o ochraně přírody a krajiny.

Vyčíslení počtu podávaných žádostí pak ukazuje alarmující skutečnost, že ačkoliv je výše vyplacených náhrad relativně velice vysoká, jedná se jen o zlomek sumy, jež by měla být ze státního rozpočtu uhrazena, pokud by nástroje nabídnutého zákonem o náhradách využívaly všechny oprávněné subjekty. Zákon je tedy jednoznačně nastaven neudržitelně.

Jakkoliv jsem obecně poměrně velkým příznivcem využívání ekonomických nástrojů a prostředků pozitivní stimulace v ochraně životního prostředí, nejsem si jistá, zda se to v případě zákona o náhradách daří. Nabyla jsem dojmu, že by stálo za to skutečně důkladně zanalyzovat výše naznačené problematické otázky, provést komparaci se zahraničními právními úpravami a následně zvážit vhodné nové legislativní řešení motivace k ochraně těch živočichů, jež se u nás vyskytují v populacích o minimální početnosti a jejichž způsob obživy způsobuje, že jsou vystaveni zvýšenému nebezpečí nežádoucího odlovu či odchytu.

Literature:

- KINDL, Milan. *K některým aspektům soukromoprávní ochrany životního prostředí* in České právo životního prostředí. Praha: Česká společnost pro právo životního prostředí, 2004. Ročník 2004. Číslo 4 (14). Str. 53 – 60. ISSN 1213-5542.
- KNAPPOVÁ, Marta; ŠVESTKA, Jiří; DVOŘÁK, Jan. (ed.) *Občanské právo hmotné I. 4.*, aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005. 524 s. ISBN 80-7357-127-7.
- KNOTEK, Jaroslav. *"Zlaté rybičky" aneb jde platit náhradu škody za res nullius?* in Časopis pro právní vědu a praxi. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2006. Ročník XIV. Číslo III, Str. 293 – 296. ISSN 1210-9126.

- KUSÁK, Martin. *Omezení vlastnického práva z důvodů ochrany životního prostředí a přírodních zdrojů* in *České právo životního prostředí*. Praha: Česká společnost pro právo životního prostředí, 2005. Ročník 2005. Číslo 1 (15). Str. 3 – 80. ISSN 1213-5542.
- PEKÁREK, Milan. *Právní režim porostů* in *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1998. Ročník 6. Číslo 2. Str. 201-218. ISSN 1210-9126.
- SPURNÝ, Petr. *Vliv predátorů na rybí společenstva pstruhových vod*. [online] Mendelova zemědělská a lesnická univerzita v Brně, Ústav rybářství a hydrobiologie. Nedatováno. [cit. 2010-11-18]. Dostupné z WWW: <http://www.cesky-muskar.eu/archivPM/ochrana/predatori/vliv_predatoru.html>.
- STEJSKAL, Vojtěch. *Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost*. 1. vydání. Praha: Linde, 2006. Str. 452 - 453. ISBN 80-7201-609-1.
- ŠVESTKA, Jiří; JEHLIČKA, Oldřich; ŠKÁROVÁ, Marta; SPÁČIL, Jiří a kol. *Občanský zákoník, Komentář*. 10. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006.
- TOMÁŠKOVÁ, Lenka. *Zákon č. 115/2000 Sb. - nástroj k odstraňování konfliktů mezi ochranou přírody a hospodařícími subjekty*. Praha: Ochrana přírody, 2009. Ročník 65. Číslo 6. Str. 11 – 12. ISSN 1210-258X.
- VÁCLAVÍKOVÁ, Markéta. KOSTKAN, Vlastimil. *Vnímání škod působených vydrou říční a účinnost zákona č. 115/2000 Sb.* Praha: Ochrana přírody, 2009. Ročník 65. Číslo 6. Str. 13 – 17. ISSN 1210-258X.
- *Ryby, situační a výhledové zprávy* [online]. Ministerstvo zemědělství, 2003 až 2009. ISBN 978-80-7084-806-7 [cit. 2010-11-18]. Dostupné z WWW: <<http://eagri.cz/public/web/mze/lesy/publikace-a-dokumenty/situacni-a-vyhledove-zpravy-ryby/>>.
- *Důvodová zpráva k zákonu č. 115/2000 Sb.*

- Důvodová zpráva k zákonu č. 476/2001 Sb.
- Důvodová zpráva k návrhu vyhlášky, kterou se mění vyhláška Ministerstva životního prostředí České republiky č. 395/1992 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, (*návrh na vypuštění kormorána velkého ze seznamu zvláště chráněných druhů živočichů, vyhláška nebyla vydána*).
- *Sdělení odboru legislativního k problematice poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy za škody způsobené na rybách v rybářských revírech*. Praha: Věstník Ministerstva životního prostředí, 2006. Částka 9. Ročník XVI. ISSN 0862-9013.
- *Sdělení sekretariátu rozkladové komise o výkladech právních předpisů, přijatých výkladovou komisí ministra životního prostředí: Rozsah náhrady škod způsobených vybranými zvláště chráněnými živočichy*. Praha: Věstník Ministerstva životního prostředí, 2001. Částka 7. Ročník XI. ISSN 0862-9013.
- Metodika stanovení výše náhrad škod způsobených kormoránem velkým (*Phalacrocorax carbo*) dle zákona č. 115/2000 Sb., v platném znění.

Contact – e-mail
lucie.pokorna@mzp.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK KE ZKRÁCENÉMU STAVEBNÍMU ŘÍZENÍ

MARIE POLÁČKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek je krátkou reakcí na aktuální judikaturu Nejvyššího správního soudu k povaze certifikátu autorizovaného inspektora a jeho oznámení stavebnímu úřadu. Následuje krátké zamyšlení nad kontrolními mechanismy, které lze v rámci zkráceného stavebního řízení uplatnit.

Zmíněn je také institut závazných stanovisek dotčených orgánů státní správy, které jsou podkladem pro vydání certifikátu autorizovaného inspektora a jejichž obsah se zpravidla týká ochrany veřejného zájmu včetně ochrany životního prostředí.

Key words in original language

Zkrácené stavební řízení; certifikát autorizovaného inspektora; závazná stanoviska.

Abstract

The contribution is a short response to The Supreme Administrative Court judicial decisions which are aimed at the nature of certificate issued by an authorized inspector and its notification to the building office. The short thinking about control mechanisms which are used in the summary building permit proceedings follows.

The contribution also deals with binding assessments of respective authorities of the state administration which are materials for the issuance of authorized inspector certificate and which are related to the public interest protection including environmental protection.

Key words

Summary building permit proceedings; authorized inspector certificate; binding assessments.

1. ÚVOD

Tématem konferenční sekce je "Příroda jako objekt právních vztahů". Řada právních vztahů, v nichž je příroda objektem, směřuje k její ochraně.

Stavební zákon¹ je jedním z nástrojů, jejichž prostřednictvím lze ochrany přírody docílit. Ochrana přírody je zajišťována jak v rámci samotného územního plánování, tak v rámci stavebního řádu. Ve zkráceném stavebním řízení je příroda, potažmo životní prostředí, chráněno prostřednictvím institutu závazných stanovisek dotčených orgánů státní správy, která jsou přikládána k certifikátu autorizovaného inspektora (dále také jako "certifikát"). Certifikát spolu s oznámením stavebnímu úřadu se stále častěji stává prostředkem ke stavbě určitého záměru, tzn. stavebník může po oznámení certifikátu stavebnímu úřadu začít uskutečňovat svůj záměr. Právě s ohledem na ochranu přírody, resp. životního prostředí a dalších veřejných zájmů, v rámci zkráceného stavebního řízení, je nutné zabývat se možnostmi kontrolních mechanismů samotného certifikátu oznámeného stavebnímu úřadu, potažmo kontrolními mechanismy, které dopadají na celé zjednodušené stavební řízení. Tento příspěvek je jakýmsi krátkým zamyšlením nad povahou certifikátu oznámeného stavebnímu úřadu a nad možnostmi přezkumu tohoto institutu. Je zamyšlením nad úlohou osoby autorizovaného inspektora, která měla stavebním úřadům administrativně i odborně ulehčit od množství podávaných žádostí.² V rámci příspěvku bude nastoleno několik otázek souvisejících s certifikátem autorizovaného inspektora. Příspěvek si neklade za cíl na tyto otázky odpovědět, spíše přivést posluchače ke krátkému zamyšlení nad přiblíženými problémy.

2. ZKRÁCENÉ STAVEBNÍ ŘÍZENÍ

Zkrácené stavební řízení je paralelním postupem povolování staveb, kterým jsou zásadní činnosti z klasického stavebního řízení (jako kontrola projektové dokumentace stavby, opatření souhlasných závazných stanovisek dotčených orgánů a vyjádření osob, které by byly účastníky řízení o stavební povolení) přesunuty ze stavebního úřadu na osobu autorizovaného inspektora. Zkrácené stavební řízení není vhodné pro všechny typy staveb; tento postup je možné uplatnit pouze za předpokladu naplnění zákonných podmínek. Musí se jednat o stavební záměry, které nejsou zvláštním právním předpisem, územně plánovací dokumentací nebo rozhodnutím orgánu územního plánování označeny jako nezpůsobilé pro zkrácené stavební řízení. Např. podle § 15 odst. 9 vodního zákona³ jsou za nezpůsobilé stavby pro zkrácené stavební řízení považována vodní díla (mimo staveb kanalizačních stok a kanalizačních objektů, které nevyžadují povolení k nakládání s vodami).

¹ Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

² K úloze autorizovaných inspektorů viz Hegenbart, M. Soukromá služba povolování staveb ve stavebním zákoně. *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica I*, 2010, č. 1, str. 265-270.

³ Zákon č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (vodní zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Zkrácené stavební řízení je charakteristické následujícími skutečnostmi, které je nutno si na počátku připomenout, protože navazující text z nich bude vycházet.

- Stavebník uzavírá s autorizovaným inspektorem smlouvu o provedení kontroly projektové dokumentace ke stavbě. Činnost autorizovaného inspektora je tak založena soukromoprávní smlouvou.

- Stavebnímu úřadu je při oznamování certifikátu nutno doložit souhlasná závazná stanoviska dotčených orgánů. Tato stanoviska budou zpravidla přiložena již u dokladové části projektové dokumentace, tzn. stavebník ani autorizovaný inspektor je nebudou muset zajišťovat, protože tak zpravidla činí projektant stavby na základě smlouvy, kterou uzavírá se stavebníkem.

- K certifikátu je při oznamování stavebnímu úřadu nutné doložit také vyjádření osob, které by byly účastníky správního řízení o stavební povolení (dále také jako "dotčené osoby"). Přičemž to, zda vyjádření opatří stavebník nebo autorizovaný inspektor, je zpravidla ošetřeno ve smlouvě mezi stavebníkem a autorizovaným inspektorem.

- Při oznamování certifikátu stavebnímu úřadu se přikládá také návrh plánu kontrolních prohlídek stavby, který vytváří autorizovaný inspektor.

- Autorizovaný inspektor připojí k certifikátu také podklady, z nichž vycházel, a způsob vypořádání námitek osob, které by byly účastníky klasického stavebního řízení..

Zavedení institutu certifikátu autorizovaného inspektora do praxe vyvolalo řadu otázek. Současná právní úprava této oblasti je neúplná a mezerovitá. Příprava tzv. velké novely stavebního zákona byla pozastavena. Alespoň na některé otázky a výkladové problémy, které samy vyplynou z následující části příspěvku, tak musel reagovat Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 4. 8. 2010, č. j. 9 As 63/2010-111. Následující text se bude týkat právě tohoto rozhodnutí.

3. ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU ZE DNE 4. SRPNA 2010, Č. J. 9 AS 63/2010 - 111 (DÁLE TAKÉ "ROZSUDEK")

Nejvyšší správní soud se ve svém rozsudku nejdříve vyjadřoval k povaze certifikátu autorizovaného inspektora, když konstatoval, že *"....samotný certifikát sám o sobě nemá bezprostřední právní závaznost ani přímé právní účinky. Tyto účinky však certifikát nabývá ze zákona v okamžiku jeho oznámení stavebnímu úřadu."* Samotný certifikát autorizovaného inspektora tak nezakládá žádná veřejná subjektivní práva ani povinnosti; tato skutečnost nastává teprve po oznámení certifikátu stavebnímu úřadu. Certifikát oznámený stavebnímu úřadu (dále také "oznámený certifikát")

zakládá stavebníku právo provést stavbu a ukládá mu povinnosti dané projektovou dokumentací, závaznými stanovisky, plánem kontrolních prohlídek stavby a údaji uvedenými v certifikátu.. *"Do okamžiku oznámení certifikátu stavebnímu úřadu dle § 117 odst. 1 stavebního zákona je na vůli stavebníka, který s inspektorem smlouvu uzavřel, zda výsledky činnosti autorizovaného inspektora bude respektovat. Po jeho oznámení je však již povinen obsah certifikátu respektovat, bez možnosti jeho korekce."*

"Vydání certifikátu autorizovaným inspektorem a jeho oznámení stavebnímu úřadu má stejné účinky jako vydání stavebního povolení stavebním úřadem dle § 115 stavebního zákona, tj. zakládá oprávnění provést stavbu". Výsledek zkráceného stavebního řízení má fakticky stejné účinky jako vydání stavebního povolení - stavebník může začít stavět. Je proto s podivem, že stavební zákon v současně platném znění nestanoví takřka žádné kontrolní mechanismy zkráceného stavebního řízení. *"Úprava § 117 stavebního zákona nedává stavebnímu úřadu explicitně možnost jakékoliv kontroly oznámeného certifikátu."* Stavební úřad oznámení certifikátu podle znění stavebního zákona pouze zaeviduje. *"...neexistuje ani možnost změny nebo zrušení certifikátu ze strany autorizovaného inspektora v případě, kdy sám dodatečně zjistí, že nebyly splněny požadavky stavebního zákona".⁴* I kdyby stavební úřad upozornil autorizovaného inspektora na porušení stavebního zákona a vyzval ho, aby certifikát napravil, nebylo by to podle současné právní úpravy pravděpodobně možné. *"Stavební zákon dokonce nestanoví ani mechanismy, prostřednictvím kterých by mohly dotčené osoby (tj. osoby, které by byly účastníky stavebního řízení podle § 109 stavebního zákona) o probíhajícím zkráceném stavebním řízení dozvědět."*

Podle Nejvyššího správního soudu nemůže použití zjednodušeného postupu ve veřejnoprávním řízení být na úkor ochrany práv dotčených osob. Zejména opomenutým dotčeným osobám by byla vzata možnost účinné obrany proti oznámenému certifikátu, pokud by tento nebyl přezkoumatelný. Povinností soudu by tak mělo být nalezení kontrolních

⁴ Možnost změny či zrušení certifikátu ze strany autorizovaného inspektora je řešena v rámci připravované novely stavebního zákona. V § 117a je stanoveno, že autorizovaný inspektor může opravit zřejmou nesprávnost v písemném vyhotovení certifikátu se souhlasem stavebníka kdykoliv. Se souhlasem stavebníka může být certifikát ještě před zahájením provádění stavby ze strany autorizovaného inspektora písemně zrušen. Před zahájením provádění stavby může autorizovaný inspektor certifikát, který nenaplnuje zákonné podmínky, také nahradit opravným certifikátem. Jestliže ale bude autorizovaný inspektor ve věci certifikátu nenaplnujícího zákonné podmínky nečinný, musí být certifikát, po poskytnutí přiměřené lhůty k nápravě, zrušen rozhodnutím krajského úřadu, které je prvním úkonem v řízení. Novela stavebního zákona je dostupná na stránkách Ministerstva pro místní rozvoj: <<http://www.mmr.cz/Uzemni-planovani-a-stavebni-rad/Pravo-Legislativa/Legislativa/Navrh-novely-zakona-c--183-2006-Sb---o-uzemnim-pla>>

mechanismů uvnitř právního řádu, když sám stavební zákon je neobsahuje. Nalezení těchto kontrolních mechanismů je veřejným zájmem.

Nejvyšší správní soud se tak ve svém rozsudku zabýval povahou certifikátu oznámeného stavebnímu úřadu z pohledu možnosti přezkoumávat oznámený certifikát v rámci správního soudnictví. I přestože autorizovaný inspektor vykonává svoji činnost na základě uzavřené soukromoprávní smlouvy, postup autorizovaného inspektora má veřejnoprávní charakter (inspektor se řídí při své činnosti ustanoveními stavebního zákona - § 171 odst. 1, 3, 4.). Podle názoru Nejvyššího správního soudu je nutné přihlídnout zejména ke druhé skutečnosti, tj. že autorizovaný inspektor postupuje podle stavebního zákona. Také skutečnost, že k certifikátu je nutno přikládat závazná stanoviska dotčených orgánů svědčí spíše pro veřejnoprávní charakter postupu autorizovaného inspektora.⁵ Výsledek zkráceného stavebního řízení je pak také veřejnoprávního charakteru. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že "*...certifikát po oznámení stavebnímu úřadu má povahu přezkoumatelného správního aktu, který má právo napadnout stavebník i osoby, které by jinak měly právo být účastníky stavebního řízení.*" Certifikát autorizovaného inspektora oznámený stavebnímu úřadu je tak možné přezkoumávat jak v rámci správního řádu⁶, tak v rámci správního soudnictví. Civilní žaloba je vyloučena.⁷

3.1 KONTROLNÍ MECHANISMY

V samotném soudním rozhodnutí se Nejvyšší správní soud kontrolními mechanismy certifikátu oznámeného stavebnímu úřadu, resp. kontrolními mechanismy, které dopadají na celé zjednodušené stavební řízení, nezabýval.

V zásadě je možné rozlišit dva druhy kontrolních mechanismů.

První druh kontrolního mechanismu se vztahuje k osobě autorizovaného inspektora. Podle § 144 odst. 2 stavebního zákona lze autorizovaného inspektora odvolat, jestliže opakovaně nebo závažně porušil veřejné zájmy, které měl chránit.

Podle § 171 odst. 3 je možné, aby Ministerstvo pro místní rozvoj poskytlo dozorovanému subjektu přiměřenou lhůtu k nápravě. U autorizovaného

⁵ Plos, J. K některým aspektům právního postavení autorizovaných inspektorů. *Stavební právo – Bulletin*. 2009, č. 1-2, str. 6.

⁶ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ O možnosti podat civilní žalobu viz např. Staša, J. Jaká je a jaká má být právní povaha autorizovaného inspektora a jeho činnosti? *Stavební právo – Bulletin*. 2009, č. 3, str. 58.

inspektora však toto ustanovení není možné uplatnit, protože, jak již bylo řečeno výše, stavební zákon nedává autorizovanému inspektorovi možnost zrušení nebo změny jím vydaného certifikátu. Pokud bychom ale myšlenku zrušení vydaného certifikátu připustili, bylo by to v souladu se zásadou právní jistoty? Je nutné vyvažování mezi právní jistotou stavebníka a ochranou práv dotčených osob. Případná škoda, která by vznikla stavebníkovi tím, že nikdy neměl právní titul ke stavbě, by mohla být vymáhána po autorizovaném inspektorovi.

Druhá skupina kontrolních mechanismů se týká certifikátu oznámeného stavebnímu úřadu. Nástroje kontroly (přezkumu) oznámeného certifikátu musíme volit v závislosti na tom, jak na certifikát budeme nahlížet.

Oznámený certifikát trpící vadou

Oznámený certifikát, který trpí vadami, je možné napravit dvěma způsoby.

Možnost, jak reagovat na vadný oznámený certifikát, poskytuje § 142 odst. 1 správního řádu. Na žádost každého, kdo prokáže, že je to nezbytné pro uplatnění jeho práv (šlo by zejména o práva opomenutých dotčených osob), může příslušný stavební úřad deklaratorně rozhodnout, zda právo stavebníka provést stavbu na základě oznámení vzniklo, případně že nevzniklo.⁸ Toto ustanovení vychází z toho, že okamžikem oznámení bezvadného certifikátu stavebnímu úřadu vzniká právo stavět ex lege. Jestliže je ale certifikát vadný, nemůže toto právo vzniknout. Praktické uplatňování tohoto ustanovení ale může komplikovat to, že není dána lhůta pro podání návrhu na rozhodnutí, ani lhůta, do kdy musí být takovéto rozhodnutí vydáno. Absencí stanovené lhůty by tak mohl být vážně narušen princip právní jistoty.

Další navazující otázkou pak je, co by bylo důsledkem takového deklaratorního rozhodnutí. Důsledkem by mohlo být nařízení odstranění stavby⁹ nebo by bylo možné za splnění zákonných předpokladů zahájit řízení o dodatečném povolení stavby (viz § 129 odst. 3 stavebního zákona).

Výše uvedené ustanovení § 142 odst. 1 správního řádu není možné uplatnit, jestliže správní orgán může právo stavebníka stavět řešit v rámci jiného správního řízení.

⁸ Vedral, J. Jak se bránit proti certifikátu autorizovaného inspektora? *Jiné právo* [online]. [cit. 9. 11. 2010]. Dostupné z: < <http://jinepravo.blogspot.com/2010/07/jak-se-branit-proti-certifikatu.html>>.

⁹ Viz tamtéž.

Jiným správním řízením, ve kterém je řešeno právo stavebníka stavět, by mohlo být řízení směřující k rozhodnutí o nezpůsobilosti stavby pro zkrácené řízení. Jestliže oznámení stavebnímu úřadu, nebo přílohy, jež jsou jeho součástí, nesplňuje podmínky dané zákonem, rozhodne stavební úřad o nezpůsobilosti stavby pro zkrácené stavební řízení.¹⁰ Stavební úřad bude rozhodovat usnesením, proti kterému bude možné podat odvolání, které však nebude mít odkladný účinek (§ 76 odst. 5 správního řádu).

Oznámený certifikát jako správní rozhodnutí?

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku také uvedl, že *"...je nutno na certifikát oznámený stavebnímu úřadu hledět jako na výsledek činnosti správního orgánu, přestože o něm nelze bez dalšího konstatovat, že je vydáván ve správním řízení.... Otázkou dalšího posouzení bude,....zda i přes skutečnost, že činnost autorizovaného inspektora není klasickým správním řízením, je výsledek této činnosti možno označit za rozhodnutí ve smyslu § 67 správního řádu."* Nejvyšší správní soud tímto nevylučuje možnost, že by oznámený certifikát byl v materiálním slova smyslu chápán jako správní rozhodnutí, kterým se zakládají určitá práva a povinnosti, ačkoli by neprobíhalo klasické správní řízení. I když nelze ztotožňovat instituty územního souhlasu a oznámeného certifikátu (oba však zakládají práva a povinnosti), lze pro podporu úvahy, že oznámený certifikát by mohl být po materiální stránce rozhodnutím, použít rozsudek NSS ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 92/2008 - 76, kterým byl územní souhlas vydaný na základě § 96 stavebního zákona shledán rozhodnutím ve smyslu § 67 odst. 1 správního řádu. Nelze totiž zcela vyloučit, že by se některé úvahy Nejvyššího správního soudu ohledně oznámeného certifikátu neubíraly obdobným směrem jako v případě institutu územního souhlasu.

K certifikátu jsou přikládána také závazná stanoviska dotčených orgánů. Závazná stanoviska jsou podle § 149 odst. 1 správního řádu závazná pro výrokovou část rozhodnutí. Mezi správním řádem a stavebním zákonem by tak vznikala nesoulad, pokud by oznámený certifikát neměl povahu správního rozhodnutí.

Proti oznámenému certifikátu, který by měl po materiální stránce povahu správního rozhodnutí, by pak bylo možné podat odvolání anebo zahájit přezkumné řízení v rámci správního řádu. Je ale nutné položit si a vyřešit otázku, který správní orgán bude odvolacím.

¹⁰ Průcha, P., Marek, K. Nové stavební právo. Brno : Masarykova univerzita, 2007, str. 117.

Občanská sdružení

Na závěr příspěvku ještě krátká zmínka o osobách dotčených zjednodušeným stavebním řízením. Ve zkráceném stavebním řízení vystupují jako osoby, které podávají svá vyjádření k provedení předkládaného záměru, mohou podávat i námitky, které musí být v rámci zkráceného stavebního řízení vypořádány (§ 117 odst. 4 stavebního zákona). Otázkou zůstává, zda je možné mezi tyto osoby zařadit také občanská sdružení. Nejvyšší správní soud v rozsudku uvedl, že "*...nelze bez dalšího vyloučit účast občanského sdružení ve zkráceném stavebním řízení s odkazem na taxativní výčet účastníků stavebního řízení dle § 109 stavebního zákona*", především s ohledem na rozsudek NSS ze dne 27. 5. 2010, č. j. 5 As 41/2009 - 91, kdy se NSS vyjádřil v tom smyslu, že za splnění zákonných podmínek (podle stanov je hlavním cílem občanského sdružení ochrana přírody a krajiny, oznámí stavebnímu úřadu svůj zájem na účasti na řízení podle § 70 odst. 2 a 3 zákona o ochraně přírody a krajiny¹¹) se také občanské sdružení může stát účastníkem stavebního řízení.

Podle § 70 zákona o ochraně přírody a krajiny se občanské sdružení může účastnit pouze správních řízení. Mohlo by mít vliv na účast občanských sdružení ve zkráceném stavebním řízení to, že bychom připustili možnost, že by byl oznámený certifikát v materiálním pojetí správním rozhodnutím ve smyslu § 67 odst. 1 správního řádu?

Další otázku, kterou by bylo v případě účasti občanských sdružení na zkráceném stavebním řízení nutno zodpovědět, je, jakým způsobem by autorizovaný inspektor zjišťoval, která občanská sdružení, jejichž hlavním cílem podle stanov je ochrana přírody, resp. životního prostředí, by se měla zjednodušeného stavebního řízení zúčastnit.

Účast občanských sdružení ve zjednodušeném stavebním řízení je nutno velmi dobře vyvažovat, aby na jedné straně nedocházelo k negativnímu vlivu na rozvoj ekonomiky vlivem blokad investičních projektů a na straně druhé, aby byla v dostatečné míře zajištěna ochrana přírody, resp. životního prostředí.

4. ZÁVĚR

Současná podoba právní úpravy zjednodušeného stavebního řízení je nevyhovující, jak je patrné z výše nastolených otázek. Nevyhovující je především z důvodu mezerovitosti úpravy, která spočívá zejména v absenci možností kontroly zkráceného stavebního řízení. Navrhovaná novela stavebního zákona, jejíž jednou z priorit byla právě novelizace

¹¹ Zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů.

§ 117 stavebního zákona, je v nedohlednu. Proces novelizace stavebního zákona byl zastaven především z důvodu rozsahu a zbytečnosti některých novelizací, koncepčních změn, neprůkaznosti důvodu některých změn s ohledem na krátkou dobu aplikace a dokonce se objevily i názory, že některé navrhované změny jsou horší než stávající právní úprava.¹² Prozatím ani nebyl předložen Ústavnímu soudu návrh na zrušení problematické části stavebního zákona pro nesoulad s ústavním pořádkem. Je proto nutné, aby se právní praxe se stávajícím stavem nějakým způsobem vyrovnala a fungovala na základě toho mála, co nám stavební zákon předkládá. Prvním krokem k překonání interpretačních a aplikačních problémů byl právě rozsudek Nejvyššího správního soudu, kterého se týkala převážná část tohoto příspěvku. Nicméně, jak vyplývá z předchozího textu, rozhodnutí rozhodně neřeší všechny problémy a otázky zjednodušeného stavebního řízení; stále jich mnoho zůstává. Jenom další praxe, pokud nedojde ke změně právní úpravy, nám může ukázat, jaký směr tato oblast nabere. Velkou měrou se na tom bezesporu bude podílet Nejvyšší správní soud svými rozhodnutími.

Literature:

- - Hegenbart, M. Soukromá služba povolování staveb ve stavebním zákoně. *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica I*, 2010, č. 1, s. 265-270. ISSN 0323-0619.
- - Mareček, J. Několik poznámek k vybraným legislativním problémům stavebního zákona. *Stavební právo – Bulletin*. 2010, č. 2, s. 1 -19. ISSN 1211-6386.
- - Plos, J. K některým aspektům právního postavení autorizovaných inspektorů. *Stavební právo – Bulletin*. 2009, č. 1-2, s. 2-10. ISSN 1211-6386.
- - Průcha, P., Marek, K. *Nové stavební právo*. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 264 s. ISBN 978-80-210-4419-7.
- - Staša, J. Jaká je a jaká má být právní povaha autorizovaného inspektora a jeho činnosti? *Stavební právo – Bulletin*. 2009, č. 3, s. 56-62. ISSN 1211-6386.

¹² Mareček, J. Několik poznámek k vybraným legislativním problémům stavebního zákona. *Stavební právo – Bulletin*. 2010, č. 2, str. 1.

- - Vedral, J. Jak se bránit proti certifikátu autorizovaného inspektora? *Jiné právo* [online]. [cit. 9. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.com/2010/07/jak-se-branit-proti-certifikatu.html>>

Contact – email

Marie.Polackova@seznam.cz

AKTUÁLNÍ OTÁZKY ÚČASTENSTVÍ V ŘÍZENÍCH PODLE § 70 ZÁK.Č. 114/1992 SB., O OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY

IVANA PRUCHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra práva životního prostředí
a pozemkového práva, ČR

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje otázkám, které jsou spojeny s uplatňováním § 70 zák.č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů. Navazuje na dosavadní závěry, které se dané problematiky týkají a snaží se je rozvíjet, a to i s přihlédnutím k aktuálním judikатурním závěrům. Jmenovitě se věnuje účasti občanských sdružení v řízeních podle zák.č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, v postupech podle stavebního zákona, v řízení o pozemkových úpravách, v řízeních podle lesního zákona a řízeních podle dalších předpisů, v nichž by mohly být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny.

Key words in original language

Veřejnost; občanské sdružení; správní řízení; územní řízení; stavební řízení; pozemkové úpravy; pozemkové úpravy; řízení podle lesního zákona; ukládání nápravných opatření; řízení podle atomového zákona.

Abstract

The author of this article concentrated on issues intertwined with enforcement of the Section 70 of the Act No. 114/1992 Coll. on Protection of Nature and Landscape as amended. She draws upon the actual conclusions regarding this issue and explicates them. By so doing the actual court decisions are also taken into consideration. Especially the author concentrates on participation in associations of citizens under the Act no. 114/1992 Coll. on Protection of Nature and Landscape as amended and on proceedings under the Forest Act and proceedings under other laws, in which interests of protection of environment and countryside might be affected.

Key words

Public; Citizens Associations; Administrative Procedures; Local Procedures; Building Procedures; Land Adjustments; Proceedings under the Forest Act; Granting Remedies; Proceedings under the Nuclear Act.

1. Úvodní poznámky a vývoj právní úpravy

Smyslem participování občanských sdružení na rozhodování orgánů veřejné správy je umožnění kvalifikované účasti veřejnosti v rozhodovacích procesech orgánů veřejné správy, které je z pochopitelných důvodů různými subjekty vnímáno rozdílně. Jinak na potřebnost umožnění jejich účasti podhlíží v konkrétní věci žadatel, který v příslušném řízení usiluje o vydání „povolujícího“ rozhodnutí, jinak je vnímá samotný orgán veřejné správy, který rozhoduje o žádosti a konečně jinak jejich účast může vnímat „jiná veřejnost“, která může záměr, o němž je rozhodováno, a to na rozdíl od občanského sdružení hájící zájmy chráněné zák.č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny“ (dále jen „ZoPK“), považovat za vhodný a přínosný. V praxi se lze setkat s tvrzeními, že účast občanských sdružení podle § 70 ZoPK je účelová. Při vědomí všech těchto skutečností je východiskem pro úvahy autorky tohoto příspěvku závěr, že v rozhodovacích procesech, které se týkají životního prostředí, je účastenství občanských sdružení nezpochybnitelné, a to i s ohledem na závazky České republiky vyplývající z mezinárodního a unijního práva¹. Tím nechce být řečeno, že vše, co souvisí s konkrétními případy uplatňování § 70 ZoPK ze strany občanských, vnímá autorka vždy pozitivně. Nicméně tento závěr platí i pro chování ve vztahu k dalším potenciálním účastníkům správních řízení², v nichž je rozhodováno o věcech, jimiž je dotčeno území obecně, a environmentální limity jeho využívání zvláště. Je však již na tomto místě třeba zdůraznit, že tyto případy nemohou být důvodem pro hledání cest, jak je z pozice účastníků řízení „vyblokovat“, a to ani návrhy na změnu platné úpravy, ani snahami o její neopodstatněné zužující výklady. Na druhou stranu je nutno odmítnout snahy obrácené, kdy je občanským sdružením přiznáváno postavení účastníků řízení tam, kde to právní úprava neumožňuje.³

2. K pojmu „správní řízení“ v § 70 ZoPK

¹ Viz Aarhuská úmluva (Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 124/2004 Sb.m.s., o Úmluvě o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech ochrany životního prostředí.

² např. v územním řízení ve vztahu k vlastníkům pozemků a staveb, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn nebo osob, jejichž vlastnické a jiné věcné právo k sousedním pozemkům a stavbám anebo sousedním pozemkům nebo stavbám na nich může být záměrem dotčeno).

³ V tomto příspěvku blíže viz dále zejména vyjádření se k některým judikatorním názorům, které se týkají účastenství občanských sdružení ve stavebním řízení, kde je třeba podle autorky tohoto příspěvku účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK připustit, ovšem za splnění určitých „podmínek“.

Z řady výkladových problémů, se kterými se lze setkat při aplikaci § 70 ZoPK, je možné považovat za východiskový ten, který souvisí s řešením toho, které všechny procesní postupy lze podřadit pod pojem „správní řízení, v němž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK“. Je vhodné uvést, že ač od nabytí účinnosti ZoPK uplynulo již 18 let, tato formulace nebyla žádnou z novelizací, která se § 70 ZoPK týkala, změněna.⁴

Naopak významných změn doznaly postupy týkající se rozhodování o území a stavbách. Základem pro tyto změny se stal zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (dále jen „StZ“), který s účinností od 1.1.2007 zrušil předchozí zák. č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále „starý StZ“). Základem pro následující poznámky a závěry k účasti občanských sdružení ve správních řízeních, při nichž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK řízeních je právě otázka, nakolik toto účastenství ovlivňuje charakter procesních postupů podle StZ, které se týkají konkrétní věci, v nichž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny. Jako navazující problém bude posouzeno, jaké důsledky lze ze závěrů o účastenství v postupech podle stavebního zákona vyvodit pro účast občanských sdružení podle § 70 ZoPK i v dalších správních řízeních, upravených jinými předpisy.

Z pohledu vývoje právní úpravy, jmenovitě z výslovných reakcí zákonodárce na umožnění účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK i v procesních postupech „vně“ ZoPK je nezbytné, a to i z hlediska historického a logického výkladu platné právní úpravy, zdůraznit, že v období od 1.6. 1992 (nabytí účinnosti ZoPK v původním znění) do 31. 6. 1998 (zák. č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění před novelou realizovanou zák.č. 83/1998 Sb.) „starý stavební zákon“ v ustanoveních, která se týkala účastníků územního řízení a stavebního řízení výslovně na účastenství osob, kterým toto postavení přiznává zvláštní zákon, nereagoval. Poté, co se ustálil výklad⁵ § 70 ZoPK v tom smyslu, že

⁴ Pro úplnost je vhodné upozornit na snahy výslovně do § 70 ZoPK zařadit ustanovení, které by výslovně stanovilo, že občanská sdružení splňující jinak podmínky podle § 70 ZoPK se nemohou účastnit stavebního řízení.

⁵ Je vhodné uvést, že již „první“ komentáře k ZoPK nikdy nezpochybovaly, naopak zdůrazňovaly, že § 70 ZoPK umožňuje občanským sdružením – při splnění všech zákonných podmínek - účastenství i ve správních řízeních podle Pekárek, M. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. IURIDICA BRUNENSIA, Brno 1995, s. 102, ISBN 80-85964-17-1, 199 s., Pekárek, M. aj.: Zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy související. Komentované znění.Brno: Masarykova univerzita 2000, s. 177, ISBN 80-210-2376-7, 320 s. , tyto názory jsou potvrzovány i aktuálními komentáři k ZoPK – např. Prechalová, J: Zákon o ochraně přírody a krajiny a NATURA 2000. Úplné znění zákona s komentářem, judikaturou a prováděcími předpisy, 2. aktualizované vydání k 1.3.2010.

se týká nejen účastenství ve správních řízeních vedených podle ZoPK, ale i správních řízení podle jiných právních předpisů, pokud v nich mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK, se zákonodárce přiklonil k tomu, že je třeba právě výslovně přímo do StZ vtělit ustanovení, týkající se účastníků územního řízení a stavebního řízení, a to tak, že účastníkem jsou i „osoby, o kterých tak stanoví zvláštní zákon“. To se stalo právě až zák.č. 83/1998 Sb., kterým byl „starý StZ“ novelizován. Bylo jím jak do ustanovení § 34 „starého StZ“ (účastníci územního řízení), tak do ustanovení § 59 „starého StZ“ (účastníci stavebního řízení) doplněno výslovné ustanovení, že jejich účastníky jsou „další osoby, kterým zvláštní zákon toto ustanovení přiznává“. A opět u obou případech s odkazem na vysvětlující poznámku pod čarou 1b), v níž byl uveden odkaz na zákon č. 114/1992 Sb. Důvodová zpráva⁶ k této novelizaci u § 34 uvádí, že „doplnit bylo nutno okruh účastníků řízení o osoby, pro které toto postavení vyplývá ze zvláštních předpisů, jako je tomu např. v případech občanských sdružení uvedených v § 70 zák.č. 114/1992 Sb.“ a u § 59 zdůrazňuje, že „okruh účastníků řízení byl rozšířen tak, aby bylo pamatováno (zdůraznila I.P) na občanská sdružení podle § 70 zák.č. 114/1992 Sb.“ Je zřejmé, že i zákonodárce si byl při zařazení výslovných ustanovení o účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK do § 34 a 59 „starého StZ“ vědom toho, že jde o redundantní ustanovení, posilující právní jistotu těchto osob, ale i transparentnost a informační kvalitu právní normy týkající se tohoto účastenství ve vztahu ke všem uživatelům právní úpravy obsažené ve „2. K pojmu „správní řízení“ v § 70 ZoPK

Z řady výkladových otázek, se kterými se lze setkat při aplikaci § 70 ZoPK, lze považovat za východiskový ten, který souvisí s řešením toho, které všechny procesní postupy lze podřadit pod pojem „správní řízení“, v němž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK.

Při hledání odpovědi na tuto otázku je třeba de lege lata vyjít nejen ze ZoPK, ale i ze zák.č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SpŘ“). Ve vztahu k otázce účastenství občanských sdružení podle zák.č. ze zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů pak zvážit, jak aplikovatelnost § 70 ZoPK ovlivňuje zavedení nových a zjednodušených postupů.

Za „správní řízení“ lze považovat všechny procesní postupy, v nichž jsou dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné ZoPK, které se

Linde Praha, 2010, s. 212, ISBN – 978-80-7201-806-2, 431 s. Naopak praxe některých stavebních úřadů se klonila v počátku aplikace § 70 ZoPK k názoru, že tomu tak není.

⁶ Důvodová zpráva k zákonu č. 83/1998 Sb., Interní číslo (IČ) ASPI: 648(FIN).

týkají konkrétní věci a jejichž výsledkem na akt, jež se týká subjektivních práv a povinností dotčených subjektů.

V režimu ZoPK půjde jak o všechna „finální“ rozhodnutí, na něž již nebudou navazovat další řetězíci se akty, tak o rozhodnutí „podkladová“.

V režimu stavebního zákona půjde – tak jako podle „starého StZ“ o správní řízení, jejichž výsledkem je správní rozhodnutí (územní řízení, stavební povolení, rozhodnutí o odstranění stavby), pokud jsou v nich dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK. Vyřešit je třeba – a to jak na základě dikce platné právní úpravy, tak event. logickým a systematickým výkladem – účastenství občanských sdružení s oporou v § 70 ZoPK v „nových“ postupech – jmenovitě v tomto příspěvku bude pozornost věnována zjednodušenému územnímu řízení, územnímu souhlasu, uzavírání veřejnoprávní smlouvy namísto územního rozhodnutí a ve zkrácenému stavebnímu řízení.

Otázka účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK je konečně aktuální ve správních řízeních podle dalších právních předpisů (příkladmo lze s ohledem na možné dočtení zájmů chráněných ZoPK uvést zák.č. 139/2002 Sb., o pozemkových úpravách, ve znění pozdějších předpisů, zák. č. 167/2008 Sb., o předcházení a nápravě ekologické újmy, zák.č. 289/1995 Sb., o lesích, ve znění pozdějších předpisů, zák. č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů).

3. Vymezení účastníků řízení

V situaci, kdy bude učiněn závěr, že se jedná o procesní postup, který je podřaditelný pod pojem „správní řízení“ ve smyslu § 70 ZoPK, je třeba vyřešit i to, zda vůbec – a pokud ano - jak tento konkrétní předpis řeší otázku účastníků řízení. V úvahu přichází několik modelů. Za prvé takový, kdy tento zvláštní zákon neobsahuje žádnou speciální úpravu. Za druhé takový, kdy zvláštní zákon vymezuje okruh účastníků, a to ve vztahu k občanským sdružením podle § 70 ZoPK tak, že je výslovně mezi účastníky uvádí („pamatuje na ně“) – jako příklad lze uvést § 85 StZ nebo s nimi naopak ve výčtu účastníků nepočítá, což ovšem podle mého názoru ještě neznamená, že by se jimi nemohli stát (blíže viz dále). Při této variantě se lze přitom v právní úpravě setkat s dvojí konstrukcí – a to s dikcí, která výčet okruhu účastníků uvozuje formulací, která činí výčet účastníků „uzavřeným“ (typicky použitím spojení „účastníkem je pouze (jen)“⁷ nebo naopak takto okruh účastníků řízení neuzavírá a je pak třeba

⁷Danou problematikou se zabývá rovněž publikace, která má být výstupem grantového projektu specifického výzkumu MU pro rok 2010 kol: „Správní procesy v právu životního prostředí“, a to v kapitole č. 4, autorky: Bělohradová, J., Poláčková, M.: Účastníci řízení.

vyložit, a to i za pomoci vztahu takového ustanovení zvláštního předpisu k § 27 SpŘ, zda se mohou občanská sdružení podle § 70 ZoPK účastníky takového řízení stát. Kloním se k názoru, že naposledy uplatněná konstrukce účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK umožňuje, ovšem při splnění dalších zákonných podmínek.

4. K účastenství občanských sdružení podle § 70 ve vybraných „řízeních“ podle stavebního zákona

Z procesních postupů, které se týkají konkrétní věci a ve vztahu k nimž je aktuální řešení otázky účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK, bude pozornost věnována postupně územnímu řízení, zjednodušenému územnímu řízení, veřejnoprávním smlouvám v případě, kdy nahrazují územní rozhodnutí, územnímu souhlasu, stavebnímu řízení a zkrácenému územnímu řízení.

a) Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a územní řízení

Jak bylo uvedeno výše, zákonodárce se již za účinnosti „starého StZ“ reagoval na to, že občanská sdružení podle § 70 ZoPK mohou být účastníky i řízení podle stavebního zákona výslovným vyjádřením této skutečnosti ve vztahu k účastníkům územního řízení v § 34 „starého StZ“ a poté de lege lata v § 85 odst. 2 písm. c) StZ. Současně je nezbytné, aby v konkrétním územním řízení „mohly být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK“ a aby občanské sdružení splnilo další zákonné podmínky požadované § 70 ZoPK. Lze tedy říci, že aplikační praxe stavebních úřadů účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK akceptuje. V konkrétních případech by mohl být jako důvod pro nepřiznání postavení účastníka řízení občanského sdružení závěr, že v územním řízení nemohou být dotčeny zájmy ochrany přírody chráněné podle zákona o ochraně přírody a krajiny (např. v návaznosti na § 12 odst. 4 ZoPK ve vztahu k tvrzení občanských sdružení, že v územním řízení může být negativně dotčen krajinný ráz a jednalo by se o záměry v zastavěném území a zastavitelných plochách, pro které je územním plánem nebo regulačním plánem stanoveno plošné a prostorové uspořádání a podmínky krajinného rázu dohodnuté s orgánem ochrany přírody a ve vztahu k nimž cit. ustanovení ZoPK stanoví, že se u krajinný ráz neposuzuje. Aniž bychom zabíhali do podrobností, je vhodné uvést, toto ustanovení lze považovat za problematické a v konkrétních případech nebránící tomu, aby byl učiněn

Publikace je v době tvorby a odezdvání tohoto příspěvku tisku. Autorka tohoto příspěvku je členkou řešitelského týmu.

závěr, že i v těchto případech může být krajinný ráz dotčen a v důsledku toho občanskému sdružení podle § 70 ZoPK postavení účastníka územního řízení přiznat).

b) Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a zjednodušené územní řízení

Stavební úřad může podle § 95 StZ rozhodnout ve zjednodušeném územním řízení o umístění stavby, o změně využití území, o změně stavby a o dělení a scelování pozemků ve, a to v případě, že záměr je v zastavitelné ploše nebo v zastavěném území, nevyžaduje posouzení vlivů na životní prostředí, žádost má všechny předepsané náležitosti a je doložena závaznými stanovisky dotčených orgánů a souhlasem účastníků řízení, kteří mají vlastnická nebo jiná věcná práva k pozemkům, jež jsou předmětem územního řízení nebo mají společnou hranici s těmito pozemky, a stavbám na nich; závazná stanoviska a souhlasy účastníků řízení musí obsahovat výslovný souhlas se zjednodušeným řízením. Žadatel zajistí, aby byl návrh výroku bezodkladně vyvěšen na vhodném veřejně přístupném místě u stavby nebo pozemku, na nichž se má záměr uskutečnit, po celou dobu zveřejnění návrhu výroku. Součástí informace je grafické vyjádření záměru, popřípadě jiný podklad, z něhož lze usuzovat o architektonické nebo urbanistické podobě záměru a o jeho vlivu na okolí.

Občanská sdružení podle § 70 ZoPK jsou účastníky zjednodušeného územního řízení, stejně jako všichni účastníci vymezení v § 85 StZ, neboť stavební zákon neobsahuje pro účely zjednodušeného územního řízení jiné specifické vymezení okruhu účastníků řízení. Občanská sdružení mohou podle § 95 odst. 4 podat proti zjednodušenému územnímu řízení námítky, a to písemně ve lhůtě 15 dnů ode dne zveřejnění návrhu. Pokud tak učiní, stavební úřad rozhodne usnesením o provedení „klasického nezjednodušeného“ územního řízení. V případě, že občanské sdružení ve stanovené lhůtě námítky neuplatní, pokládá se územní rozhodnutí za vydané a nabývá právní moci.

c) Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a veřejnoprávní smlouva

Stavební zákon umožňuje, a to u stanovených druhů územních rozhodnutí (jmenovitě v případě územního rozhodnutí umístění stavby, územního rozhodnutí o změně využití území a územního rozhodnutí o změně vlivu stavby na využití území), aby stavební úřad se souhlasem dotčeného orgánu uzavřel se žadatelem subordinační veřejnoprávní

smlouvu o umístění stavby, o změně využití území a o změně vlivu stavby na využití území, která nahradí územní rozhodnutí.⁸

Proces uzavírání veřejnoprávní smlouvy nemá povahu správního řízení. Občanská sdružení podle § 70 ZoPK však nejsou na svých právech, která jinak mají ve vztahu ke správním řízením, krácena. Samotný StZ totiž výslovně upravuje vztah k osobám, které by byly účastníky územního řízení podle zvláštního zákona, tedy i podle § 70 ZoPK. Konkrétně je stavební úřad povinen podle § 78 odst. 5 StZ do 7 dnů od předložení návrhu veřejnoprávní smlouvy občanským sdružením oznámit, že byl zahájen postup uzavírání veřejnoprávní smlouvy. Z povahy věci plyne, že občanské sdružení musí dát souhlas s uzavřením veřejnoprávní smlouvy.⁹ V opačném případě nelze veřejnoprávní smlouvu uzavřít.

d) Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a územní souhlas

Územní souhlas představuje další zjednodušenou formu, která přichází v úvahu místo územního rozhodnutí. Základní podmínky pro jeho uplatnění stanoví § 96 StZ, podle něhož může stavební úřad vydat územní souhlas, a to na základě oznámení o záměru, pokud je záměr v zastavěném území nebo v zastavitelné ploše, poměry v území se podstatně nemění a záměr nevyžaduje nové nároky na veřejnou dopravní a technickou infrastrukturu. Územní souhlas nelze vydat, obsahuje-li závazné stanovisko dotčeného orgánu podmínky, nebo je-li takovým závazným stanoviskem vyjádřen nesouhlas, nebo pokud záměr podléhá posouzení z hlediska vlivů na životní prostředí podle zvláštního právního předpisu. V § 96 odst. 2 StZ jsou pak uvedeny konkrétní případy, kdy územní souhlas postačuje.

Aniž bychom detailně analyzovaly povahu územního souhlasu, judikatorní závěry, které se ho týkají a odborné názory, které k jeho povaze byly publikovány,¹⁰ uvedme, že vydání územního souhlasu představuje

⁸ Blíže viz § 161 a násl. SpŘ, dále např. Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. s. 189 a násl., ISBN 978-80-7400-044-7, 490 s.

⁹ Shodně viz . Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s.. 190, ISBN 978-80-7400-044-7.

¹⁰ srov. rozsudek NSS ze dne 22. 1. 2009, čj. 1 As 92/2008- 76, podle něhož je územní souhlas z hlediska své materiální povahy správním rozhodnutím podle § 67 odst. 1 SR, dále např. Vedral, J.: K právní povaze územního souhlasu, Stavební právo, bulletin, č. 1-2/2009, s. 23 a násl., Průcha, P.: K problematice územního souhlasu, Stavební právo, bulletin, č. 1/2010, s. 1 a násl.

typický zjednodušený postup, jehož cílem je v „nekolizních“ situacích zákonem přesně vymezené aktivity řešit zjednodušeným způsobem.

A právě proto se nabízí, zda je v procesu, který se jej týká, možno aplikovat režim § 70 ZoPK. Ač se dlouhodobě a konzistentně považují ve vztahu k občanským sdružením podle § 70 ZoPK za zastávce jejich co nejširšího přiznání postavení účastníka ve správních řízeních, v nichž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny chráněné podle ZoPK, tak v případě postupu předcházejícího vydání územního souhlasu vidím právní úpravu jako komplikovanou. Výslovně právní úprava s účastenstvím občanských sdružení podle § 70 ZoPK nepočítá. Je rovněž vhodné zdůraznit, že v případě územního souhlasu zákonodárce nepočítá s institutem námitek, ale souhlasů od "dotčených osob". Žadatel o územní souhlas není povinen - na rozdíl od ostatních příloh - k oznámení připojit i souhlas občanských sdružení podle § 70 ZoPK. Jmenovitě je třeba upozornit na § 96 odst. 3 písm. c) podle něhož žadatel připojí k záměru souhlasy osob, uvedených v § 85 odst. 2 písm. a) a b) StZ. Je pak otázkou, zda tato konstrukce umožňuje, aby se za splnění podmínek vyplývajících z § 70 ZoPK občanská sdružení mohla účastníky procesu, který předchází vydání územního souhlasu, stát. Lze argumentovat tím, že účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve správních řízeních, v nichž mohou být dotčeny zájmy ochrany přírody je nutno odvozovat přímo ze samotného § 70 ZoPK bez ohledu, zda jsou či nejsou v okruhu účastníků řízení ve zvláštním předpise uvedena. Ovšem z hlediska logického a systematického výkladu právě ve vztahu k § 85 StZ, který s nimi výslovně počítá ve svém § 85 odst. 2 písm. c) a k tomu, že je – jak bylo uvedeno výše – v § 96 odst. 3 písm. c) StZ naopak výslovně neuvádí mezi osobami, které musí vyslovit souhlas se záměrem řešeným územním souhlasem, je třeba akceptovat, že vydání územního souhlasu (ač je vydáváno "namísto" územního rozhodnutí) nepočítá výslovně s žádným prostředkem (souhlasem, vyjádřením, námitkou) ze strany občanských sdružení podle § 70 ZoPK. Ochrana veřejných zájmů, včetně zájmu na ochraně přírody a krajiny, je svěřena dotčeným orgánům státní správy, a to prostřednictvím závazných stanovisek. Na druhou stranu lze - a to s ohledem na požadavek Aarhuské úmluvy, aby byla občanská sdružení účastna v co nejranějších procesních stádiích, v nichž je rozhodováno o aktivitách, jimiž by mohly být dotčeny zájmy životního prostředí - v našem případě ochrany přírody a krajiny - (a navíc proto, že územní souhlas je stadiem "konečným") - připustit, že je třeba hledat argumenty proto, aby mohl být i ve vztahu k územnímu souhlasu § 70 ZoPK aplikován. Ovšem s ohledem na výše uvedené se jeví vhodné de lege ferenda jejich postavení upravit ve stavebním zákoně výslovně.

e) Občanské sdružení podle § 70 ZoPK a stavební řízení

Otázka účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK náleží nesporně k nejkomplicovanějším a také nejvíce diskutovaným. Nutno zdůraznit, že ani aktuální judikatura se k řešení tohoto problému nestaví jednotně. V současné době lze vysledovat tři následující přístupy:

A. Varianta zcela vylučující občanské sdružení jako možného účastníka stavebního řízení

(„Občanské sdružení podle § 70 ZoPK nemůže být účastníkem stavebního řízení“).

Důvodem pro tento závěr je to, že občanské sdružení podle § 70 ZoPK není výslovně v okruhu účastníků podle § 109 uvedeno (např. formulací, že účastníky stavebního řízení jsou „osoby, u kterých to stanoví zvláštní zákon“), a to na rozdíl od výslovné dikce obsažené v § 85 odst. 2 písm. c) StZ. Je třeba říci, že takto jednoznačně negativně se současná judikatura k otázce účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK nestaví. Dostupné komentáře ke StZ se k problému vyjadřují spíše „opatrně“. Uvést lze např. výklad, uvedený v komentáři k § 109 StZ, podle něhož „na rozdíl od úpravy účastníků územního řízení v § 85 odst. 2 nejsou v § 109 výslovně uvedeny osoby, které jsou účastníky řízení, pokud jim to zvláštní předpis přiznává. Mají se tím na mysli občanská sdružení, která se stávají účastníky řízení za podmínek zvláštního zákona. Účastenství těchto osob není založeno stavebním zákonem, ale zákonem zvláštním“.¹¹ Komentář se již nevypořádává s důsledky této své konstatace, tedy, zda i při absenci výslovného uvedení v § 109 StZ je možné – právě s odvoláním na § 70 ZoPK účastenství těchto občanských sdružení ve stavebním řízení dovodit.

B. Varianta umožňující účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve stavebním řízení, pokud v něm mohou být dotčeny zájmy chráněné ZoPK.

(„ Občanské sdružení podle § 70 ZoPK může být účastníkem stavebního řízení, pokud mohou být v tomto řízení dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny“).

Tento názor lze vysledovat i z aktuální judikatury, např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 5. 2010, čj. 5 As 41/2009-91, podle něhož „občanské sdružení, jehož hlavním posláním podle stanov je ochrana přírody a krajiny, je oprávněno se účastnit stavebního řízení vedeného podle

¹¹ srov. dílo cit. v pozn. č. 8, s. 307 – 308.

§ 109 a násl. stavebního zákona z roku 2006, pokud mohou být v tomto řízení dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny a pokud občanské sdružení stavebnímu úřadu svou účast v souladu s § 70 odst. 2 a 3 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, řádně a včas oznámí.“

C. Varianta umožňující účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve stavebním řízení, aniž by nutně musely být dotčeny zájmy chráněné ZoPK.

(„Občanské sdružení podle § 70 ZoPK může být účastníkem stavebního řízení, a to i tehdy, kdy v tomto řízení nemohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny“)

Rovněž k tomuto závěru dospěla aktuální judikatura, jmenovitě lze uvést rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 8. 6. 2010, čj. 11 Ca 200/2009-42, v němž byly vysloveny následující závěry, týkající se účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve stavebním řízení. Za prvé závěr, podle něhož „úcastenství občanského sdružení ve správním řízení nemůže znemožňovat skutečnost, že v tomto řízení nemohou být dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny, resp. že míra dotčení těchto zájmů nedosahuje takové intenzity, aby tato skutečnost zakládala právo žalobce účastnit se správního řízení o povolení stavby, a že tedy není splněna základní podmínka účasti žalobce v řízení podle § 70 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny“ a za druhé závěr, podle něhož „zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ani stavební zákon z roku 2006 neupravují možnost stavebního úřadu posuzovat otázku účastenství občanského sdružení, jehož hlavním posláním je ochrana přírody a krajiny, podle míry či intenzity možného zásahu při umístění či povolení konkrétní stavby do zájmů chráněných zákonem o ochraně přírody a krajiny“ .

Osobně se kloním tomu, že platné právní úpravě obsažené v ZoPK, StZ a SpŘ, odpovídá varianta uvedená sub B), podle níž občanská sdružení podle § 70 ZoPK mohou být účastníky stavebního řízení, pokud mohou být v tomto řízení dotčeny zájmy ochrany přírody a krajiny“ Argumentem pro tento závěr je podle mne to, že absence výslovného ustanovení o účastenství o osob, kterým toto postavení přiznává zvláštní zákon, neznamená podle mne absolutní překážku pro závěr, že v důsledku toho nemohou být účastníky správního řízení. Tento závěr se opírá o konstrukci § 27 SpŘ, jmenovitě o § 27 odst. 3 SpŘ, podle něhož „jsou účastníky rovněž osoby, o kterých to stanoví zvláštní zákon“. Při vědomí existence názorů o tom, že výčty obsažené ve zvláštních zákonech nelze rozšiřovat a jde tedy o výčty „taxativní“¹², je třeba v daném případě podle mne vyjít z toho, že vedle

¹² Srov. nař. Vedral, J.: Správní řád, Komentář. RNDr. Ivana Exnerová - BOVA POLYGON, Praha, červen 2006, s. 220 a násl., ISBN 80-7273-134-3. I když i z jeho výkladu k ust. § 27

sebe stojí hned dva zvláštní zákony - § 70 ZoPK a § 59 StZ. Oba režimy je třeba uplatnit, ledaže by to bylo výslovně vyloučeno (např. exkluzivitou výčtu použitím pojmu „pouze“, „jen“).¹³

Je vhodné uvést, že důsledkem akceptace varianty uvedené sub) B se otevírá prostor i pro řešení účastnictví občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve správních řízeních podle jiných právních předpisů. Za typický – a velmi významný – lze považovat zák.č. 139/2002 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech a o změně zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů.

Jde o právní předpis, který v § 5 vymezuje okruh účastníků řízení o pozemkových úpravách, které je speciálním správním řízením, aniž v něm výslovně uvádí, že jeho účastníky mohou být i osoby, kterým to stanoví zvláštní zákon. Nicméně s ohledem na věcnou stránku problémů, které jsou v pozemkových úpravách řešeny a při nichž je spíše výjimkou, že nejsou dotčeny zájmy chráněné podle ZoPK (uveďme např. problematiku územních systému ekologické stability, krajinného rázu, významných krajinných prvků atd.) je otázka účastnictví občanských sdružení podle § 70 ZoPK více než aktuální.

odst. 3 SpŘ není zcela jednoznačně odvoditelné, jak vnímá možnost vstupu občanských sdružení podle § 70 ZoPK do správních řízení v případech, kdy je jiným zvláštním předpisem (stavebním zákonem, zákonem o pozemkových úpravách) vymezen okruh účastníků řízení bez výslovného stanovení, že účastníky jsou i ty osoby, kterým postavení stanoví zvláštní předpis.

¹³ Srov. např. § 14 odst. 1 zák.č. 18/1987 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon) a o změně a doplnění některých zákonů, o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon) a o změně a doplnění některých zákonů, podle něhož „žadatel je jediným účastníkem řízení“ a judikatura NSS a ÚS tohoto účastnictví se týkající – např. rozsudek NSS ze dne 29.3.2007, čj. 2 As 12/2006-111, usnesení ÚS ze dne 21.11.2007, sp.zn. IV. ÚS 1791/2007. Jakkoli judikatorní závěry publikované v těchto soudních rozhodnutích respektuji, jsem toho názoru, že konstrukce vymezující jako účastníka těchto povolovacích řízení podle AtZ pouze žadatele, je více než problematická a v dnešních podmínkách i nepochopitelná. Např. pouhým srovnáním okruhu účastníků řízení o integrovaném povolení podle § 7 zák.č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci, ve znění pozdějších předpisů, se nabízí, proč již zákonodárce nevyřešil přímou novelou účastnictví v řízeních podle AtZ in favorem občanským sdružením, jejichž hlavním předmětem je ochrana veřejných zájmů chráněných předpisy z oblasti životního prostředí.

Výkladem, který byl výše uveden ve vztahu k variantě sub B) se kloním k tomu, že stejnou argumentací lze dospět k závěru, že občanská sdružení podle § 70 ZoPK se mohou stát za splnění zákonných podmínek účastníky řízení o pozemkových úpravách. Z osobní zkušenosti mohu však uvést, že se v praxi občanská sdružení s odvoláním na § 70 ZoPK jako účastníci řízení o pozemkových úpravách nehlásí, což je skoro nepochopitelné, neboť v územích, kterých se pozemkové úpravy týkají by se aktivně mohla podílet na tvorbě rázu krajiny, ale i na stanovení východisek pro navazující pořizování územně plánovací dokumentace.

f) Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a zkrácené stavební řízení

Zkrácené stavební řízení představuje další zjednodušený postup¹⁴, zakotvený nově ve StZ, který není správním řízením. Ve vztahu k procesním právům občanských sdružení podle § 70 ZoPK je třeba vyjít z § 117 odst. 1 ve spoj. s § 117 odst. 4 in fine StZ. Jmenovitě v případě, kdy stavebník uzavřel s autorizovaným inspektorem smlouvu o provedení kontroly projektové dokumentace pro stavbu, kterou hodlá provést, může takovou stavbu pouze oznámit stavebnímu úřadu, jestliže byla opatřena souhlasná závazná stanoviska dotčených orgánů a vyjádření osob, které by byly účastníky stavebního řízení podle § 109 StZ, a nejde o stavbu, která je zvláštním právním předpisem, územně plánovací dokumentací nebo rozhodnutím orgánu územního plánování přímo označena jako nezpůsobilá pro zkrácené stavební řízení. Jinak vyjádřeno, pokud jsme se výše postavili za variantu, podle níž se mohou stát občanská sdružení podle § 70 ZoPK účastníky stavebního řízení, je třeba i v případě zkráceného stavebního řízení jejich vyjádření.

Pokud by občanské sdružení podle § 70 ZoPK ve svém vyjádření uplatněno námitky proti provádění stavby, autorizovaný inspektor je posoudí a projedná je s nimi. Způsob vypořádání námitek a závěry, popřípadě podklady, z nichž vycházel, připojí autorizovaný inspektor k certifikátu. Pokud by se autorizovanému inspektorovi nepodařilo při vypořádání námitek rozporny mezi osobami, které by jinak byly účastníky řízení, odstranit, předloží jejich vyjádření spolu s projektovou dokumentací a závaznými stanovisky dotčených orgánů stavebnímu úřadu, který zajistí vypořádání námitek stejným způsobem jako platí pro vypořádání námitek ve stavebním řízení nebo usnesením rozhodne o námitkách ve své působnosti anebo usnesením rozhodne o nezpůsobilosti stavby pro zkrácené řízení. Lze tedy uzavřít, že ve zkráceném stavebním řízení mohou občanská sdružení podle § 70 ZoPK námitky uplatňovat a je tak – byť se jedná o zjednodušený postup, který není správním řízením – jejich postavení ošetřeno. Současně je třeba uvést, že zcela specifické problémy nastávají ve vztahu k soudní

¹⁴ K povaze srov. blíže např. rozsudek NSS ze dne 4.8.2010, čj. 9 As 63/2010-111, dále rozsudek NSS ze dne 11.11.2010, čj. 1 As 72/2010-110, oba dostupné na www.nssoud.cz

přezkoumatelnosti certifikátu autorizovaného inspektora, což se samozřejmě vyvolává i problémy ve vztahu k občanským sdružením podle § 70 ZoPK¹⁵.

5. Občanská sdružení podle § 70 ZoPK a další právní předpisy

Jak bylo již naznačeno výše, není to pouze prostředí StZ, které vyvolává otázky, jaké jsou možnosti účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK ve správních řízeních, které tyto předpisy upravují. Příkladem lze poukázat alespoň na některé.

Jmenovitě k předpisům z oblasti ochrany životního prostředí se nabízí otázka, zda mohou být občanská sdružení podle § 70 ZoPK účastníky řízení o uložení preventivních opatření nebo nápravných opatření podle § 8 zák.č. 167/2008 Sb. o předcházení ekologické újme a o její nápravě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále „zákon o EÚ“). Není pochyb o tom, že v řízení o uložení preventivních opatření nebo nápravných opatření mohou být dotčeny i zájmy na ochraně přírody a krajiny chráněné ZoPK. Samotný zákon o EÚ se s jejich účastenstvím nijak nezabývá. Co se týká účastníků řízení, stanoví § 8 odst. 2 zákona o EÚ pouze, kdo může podat žádost o zahájení řízení o uložení preventivních opatření nebo nápravných opatření, a to tak, že jimi mohou být fyzické a právnické osoby, které jsou ekologickou újmou dotčeny nebo u nichž je takové dotčení pravděpodobné. Kromě toho lze toto řízení zahájit z moci úřední. V obou dvou typech správních řízení (z moci úřední i na žádost) je třeba připustit za podmínky, že v řízení budou dotčeny zájmy na ochraně přírody i krajiny účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK.¹⁶

Dalším právním předpisem, kde je vhodné zvážit možnost účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK je zák.č. 289/1995 Sb., o lesích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „LesZ“, a to proto, že les je ve smyslu § 3 odst. 1 písm. b) ZoPK významným krajinným prvkem ze zákona. Tudiž správní řízení vedená podle LesZ jsou řízeními, v nichž jsou „dotčeny zájmy chráněné podle ZoPK“. Vzhledem k tomu, že LesZ neobsahuje zvláštní úpravu vymezení účastníků řízení, uplatní se § 27 SpŘ a ve smyslu

¹⁵ Srov. rozsudky NSS citované v pozn.č. 14

¹⁶ Shodně srov. např: Stejskal, V., Vicha, O.: Zákon o předcházení ekologické újme a o její nápravě s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti, 1. vydání podle právního stavu platného k 1.2.2009, Praha, Leges, 2009, s. 98, 333 s., Stejskal, V.: Udział publiczności w postępowaniu o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie, in Udział Społeczeństwa w zintegrowanej ochronie środowiska, Wrocław 2010, Instytut Nauk Praśnych PAN, s. 144 a násl., ISBN 978-83-60644-05-8, 261 s.

jeho odst. 3 se mohou občanská sdružení podle § 70 ZoPK stát účastníky těchto řízení.

Za zmínku stojí i zák.č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů (dále je „ZoZPF“). V rámci něho se nabízí řízení o uložení změny „kultury“ tj. druhu pozemku, která přichází v úvahu v zájmu ochrany životního prostředí. Tímto zájmem může být jistě i zájem na ochraně přírody a krajiny (např. vazba na územní systémy ekologické aktivity). Vzhledem k tomu, že ani ZoZPF neobsahuje žádné zvláštní ustanovení, týkající se účastníků řízení, uplatní se i zde § 27 SpŘ a stejně jako u LesZ ve smyslu jeho odst. 3 se mohou občanská sdružení podle § 70 ZoPK stát účastníky řízení, pokud v něm mohou být dotčeny zájmy chráněné podle ZoPK.

Závěr

Výše uvedené úvahy a závěry vybízejí k následujícímu zamyšlení a otázkám: vyhovuje ve vztahu k účastenství občanských podle § 70 ZoPK dosavadní právní úprava a postačuje její „dotváření“ judikatorními názory či se jeví jako vhodné zvážit její novelizaci? Pokud bude zachována metoda, že účastenství občanských sdružení bude řešeno i nadále ve zvláštních předpisech, pak je možné uvést, že až na možné výkladové problémy s pojmem „správní řízení“ se právní úprava obsažená v § 70 ZoPK jeví jako vyhovující. Rozhodně je třeba ale odmítnout eventuální náměty vybízejí s tomu, aby v některých správních řízeních byla tato občanská sdružení výslovně vyloučena. Naopak doporučit lze tam, kde mohou být namísto správních řízení uplatněny jiné postupy, pečlivě zvažovat, jak v rámci nich výslovně (ať již pozitivně či negativně) upravit postavení občanských sdružení podle § 70 ZoPK, neboť jinak mohou vzniknout opodstatněné pochybnosti o možnosti účastenství občanských sdružení podle § 70 ZoPK v nich. Rovněž se nabízí i otázka, zda by nebylo vhodné zakotvit například v zák. č. 17/1992 Sb., o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů, generálně možnost účasti občanských sdružení v řízeních, v nichž mohou být dotčeny zájmy chráněné zvláštními předpisy z oblasti ochrany životního prostředí. Na tuto poslední otázku - právě z obavy o možných komplikacích, které by svojí účastí mohla občanská sdružení ve správních řízeních způsobovat - lze očekávat zřejmě negativní odpověď či dokonce označení tohoto námětu za utopii či nesmysl. Spíše se lze však přiklonit k tomu, že v širších souvislostech, které se týkají účasti veřejnosti obecně a občanských sdružení zvláště v procesech, v nichž je rozhodováno o záměrech s dopady na životní prostředí, by se měl tento požadavek jevit jako zřetelný.

Literature:

- Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. s. 189 a násl., ISBN 978-80-7400-044-7, 490 s.
- kol: „Správní procesy v právu životního prostředí“, MU v tisku.

- Pekárek, M. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. IURIDICA BRUNENSIA, Brno 1995, s. 102, ISBN 80-85964-17-1, 199 s.
- Pekárek, M. aj.: Zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy související. Komentované znění. Brno: Masarykova univerzita 2000, s. 177, ISBN 80-210-2376-7, 320 s.
- Prchalová, J: Zákon o ochraně přírody a krajiny a NATURA 2000. Úplné znění zákona s komentářem, judikaturou a prováděcími předpisy, 2. aktualizované vydání k 1.3.2010. Linde Praha, 2010, s. 212, ISBN – 978-80-7201-806-2, 431 s.
- Průcha, P.: K problematice územního souhlasu, Stavební právo, bulletin, č. 1/2010, s. 1 a násl.
- Stejskal, V., Vícha, O.: Zákon o předcházení ekologické újmě a o její nápravě s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti , 1. vydání podle právního stavu platného k 1.2.2009, Praha, Leges, 2009, s. 98, 333 s.
- Stejskal, V.: Udział publiczności w postępowaniu o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie, in Udział Społeczeństwa w zintegrowanej ochronie środowiska, Wrocław 2010, Instytut Nauk Prahských PAN, s. 144 a násl. , ISBN 978-83-60644-05-8, 261 s.
- Vedral, J.: Správní řád, Komentář. RNDr. Ivana Exnerová - BOVA POLYGON, Praha, červen 2006, s. 220 a násl., ISBN 80-7273-134-3. 1042 s.
- Vedral, J.: K právní povaze územního souhlasu, Stavební právo, bulletin, č. 1-2/2009, s. 23 a násl.

Contact – email

Ivana.Pruchova@law.muni.cz

PRINCIPY PRÁVNÍ ÚPRAVY OCHRANY PŘÍRODY A KRAJINY

VOJTĚCH STEJSKAL

Katedra práva životního prostředí Právnické fakulty Univerzity Karlovy v
Praze

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá charakteristickými principy právní úpravy ochrany přírody a krajiny (*sensu stricto*) v českém právu životního prostředí *de lege lata* a *de lege ferenda*, s využitím zkušeností z právní úpravy jiných států středoevropského regionu.

Key words in original language

Ochrana přírody *in situ*; *ex situ*.

Abstract

This paper aims to analyze theoretical principles of the legal regulation of the nature conservation and landscape protection in the czech environmental law at present and in the future with the little inspiration by the legal regulation of the other Central European countries.

Key words

Nature conservation *in situ*; *ex situ*.

Úvodem

Předmětem tohoto příspěvku, který byl přednesen na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně v rámci konference Dny práva dne 11. listopadu 2010 v úvodu sekce „Příroda jako objekt právních vztahů“, je představit společenská východiska právní úpravy ochrany přírody, kořeny legislativy v oblasti ochrany přírody a krajiny, ústavní základy ochrany přírodního bohatství a využívání přírodních zdrojů, koncepty transpozice a implementace evropského unijního práva na úseku ochrany přírody a péče o biodiverzitu a konečně systém pramenů právní úpravy. V druhé části se pak pokouším zamyslet se nad teoretickými přístupy, charakteristickými principy a rysy platné právní úpravy na předmětném úseku. V příspěvku jsem vyjádřil názor na možné změny právní úpravy *de lege ferenda*, přičemž za základ možné inspirace pro revizi stávající právní úpravy považuji právní úpravu v zemích středoevropského regionu (Německo, Rakousko, Švýcarsko, Polsko, Slovensko).¹

¹ Tento příspěvek vznikl v rámci grantu GAČR-407/08/1053 „Právní úprava ochrany zvířat a péče o ně (aspekty mezinárodního, komunitárního a vnitrostátního práva)“.

Ochrana přírody v systému českého práva životního prostředí

Široké odborné veřejnosti je jistě dobře známo, že Evropská unie má v současnosti pravděpodobně nejambicióznější projekt k ochraně přírody na světě – vytvoření celoevropské soustavy chráněných území Natura 2000 s cílem dosáhnout uspokojivého stavu ochrany charakteristických a vzácných evropských druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin a typů přírodních stanovišť. Česká republika jako součást Evropské Unie se na budování této evropské soustavy podílí významnou měrou. Přispívá k tomu především svojí, v evropském kontextu stále ještě místy poměrně zachovalou, přírodou. Soustava Natura 2000 však ani zdaleka není počátkem českého snažení o územní a druhovou ochranu přírody – právě naopak. Nejstarší evropské rezervace vznikaly právě na našem území už v průběhu 19. století. Vznikaly tenkrát z určité posvátné úcty k přírodě a ve snaze zachovat dalším generacím jedinečné, tenkrát především lesní biotopy.² Tyto rezervace nicméně mohly vznikat jenom na majetcích šlechty, která si to mohla dovolit, z jejího vlastního přesvědčení a na její vlastní popud či na popud jejich zaměstnanců či umělecky a přírodovědně založených přátel. V roce 1826 vznikla na našem území jedna z prvních ornitologických rezervací na světě, jednalo se o rezervaci na ochranu havraní kolonie ve Veltrusech, na panství hraběte Chotka.³ V srpnu 1838 zřídil na svém panství hrabě Jiří Augustin Langueval-Buqoy rezervaci Žofínský prales, a ještě tentýž rok vydal nařízení o ochraně lokality Hojná Voda. Roku 1858 založil kníže Jan Schwarzenberg rezervaci Boubínský prales. Až do vzniku Československa v roce 1918 bylo na našem území tímto soukromoprávním způsobem zřízeno na dvacet rezervací.⁴

Uplynulé 20. století znamenalo dramatický pokles rozlohy území s původní nebo alespoň nepříliš člověkem pozměněnou přírodou. Společnost si stále více uvědomovala ztrácející se hodnoty, a proto docházelo k vyhlášení dalších a dalších rezervací, většinou v představě, že vymezení určitého prostoru „jenom přírodě“ (odtud rezervace) postačí k zachování přírodních hodnot.⁵ Již československá státní správa po první světové válce ve dvacátých a třicátých letech vyhlášovala tzv. přírodní rezervace (přísné a částečné), do roku 1938 jich takto vzniklo celkem 142, převážně ovšem

² Miko, L.: Odborná předmluva. in *Stejskal, V.: Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost*, Nakladatelství Linde Praha, a.s., Praha 2006, str.19.

³ Maximovič, R.: Ochrana přírody a přírodních památek. in *Dvacáté století - co dalo lidstvu. Díl II. Příroda a člověk*, Nakl.V.Orel Praha 1931, str.197-264.

⁴ Franková, M.: Chráněná území a ochranná pásma při ochraně životního prostředí (zejména při ochraně přírody a krajiny). *AUC Iuridica* 2001/3-4, Praha 2001, str.38.

⁵ *Stejskal, V.: Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost*, Nakladatelství Linde Praha, a.s., Praha 2006, str.19.

pouze maloplošných chráněných území.⁶ K vyhlášení velkoplošných chráněných území došlo až v druhé polovině 20.století, v roce 1956 byla vyhlášena první chráněná krajinná oblast (Český ráj), v roce 1963 první národní park (Krkonošský národní park).

Z kořenů většinou v lesním právu se také začala vyvíjet legislativa ochrany přírody. Tehdejší Československo patřilo k zemím s nejdelší tradicí ochrany přírody a tomu odpovídala i kvalita našich zákonných předloh.⁷ Přesto se podařilo prosadit první zákon o státní ochraně přírody až po únoru 1948. V poválečném Československu byla již první, byť komunistická, právní úprava z padesátých let velice progresivní. V posledních desetiletích 20. století se však stále více ukazovalo, že původní konzervační přístup na mnoha místech selhává, a že v podmínkách evropské, člověkem pozměněné a ovlivněné přírody je mnohdy nezbytné o přírodu aktivně pečovat – začala se rozvíjet oblast managementu chráněných území, která u nás dosáhla velmi vysoké úrovně – příkladem může být údržba bohatých luk v Bílých Karpatech.⁸ Stále více se také ukazovala potřeba zasadit chráněná území do širšího krajinného rámce. V zákoně z roku 1956 chyběla obecná ochrana populací jednotlivých druhů a obecná ochrana krajiny zvláště nechráněné. Zásadním nedostatkem byla též absence mnoha typů právních nástrojů, včetně těch určených k prosazování práva (sankce byly zavedeny až na sklonku účinnosti zákona, nápravná opatření neobsahoval zákon v celé své poměrně dlouhé historii, tj. 36 let vůbec). Zlomovým v tomto smyslu byl až moderní zákon č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, který po úpravách a doplnění prvků legislativy ochrany přírody evropského unijního práva platí v České republice dodnes.

V platném českém právu je definován pojem „ochrana přírody a krajiny“, a to v zákoně č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny. Ochranou přírody a krajiny „se podle tohoto zákona rozumí dále vymezená péče státu a fyzických i právnických osob o volně žijící živočichy, planě rostoucí rostliny a jejich společenstva, o nerosty, horniny, paleontologické nálezy a geologické celky, péče o ekologické systémy a krajinné celky, jakož i péče o vzhled a přístupnost krajiny.“⁹ Je zde vlastně vymezena péče o živé

⁶ *Maximovič, R.*: Co předcházelo zákonu na ochranu přírody. in *Ochrana přírody* č.8/1956, str.232-239.

⁷ V období tzv. první republiky bylo v Československu postupně připraveno několik návrhů zákonů o ochraně přírody a přírodních památek (z pera předních osobností ochrany přírody J.Sv.Procházky, J.Emlera, Z.Wirtha, R.Maximoviče, J.V.Stejskala, atd.), ale ani jeden neprošel v Parlamentu přes první čtení.

⁸ *Stejskal, V.*: Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost, Nakladatelství Linde Praha, a.s., Praha 2006, str.19.

⁹ Viz § 2 odst.1 zákona č.114/1992 Sb.

části přírody, neživé části přírody a krajiny. Pojem „vymezená péče“ lze vnímat jako souhrn činností a nástrojů stanovených tímto zákonem, případně jinými právními předpisy. Nejedná se jen o pasivní ochranu a konzervaci určitého dochovaného stavu, ale o aktivní činnost, jejímž cílem je zachování nebo obnova rozmanitosti na úrovni ekosystémů, druhů i genů.¹⁰

Účel českého zákona o ochraně přírody a krajiny je definován hned v § 1 a lze konstatovat, že je formulován ve dvou rovinách.¹¹ Předmětem první, obecné roviny, je krajina, různorodost druhů, přírodních hodnot a estetických kvalit přírody a využití přírodních zdrojů. Účelem právní úpravy je přispět jednak k ochraně těchto fenoménů, ale i k jejich aktivní obnově a k zajištění šetrného využití přírodních zdrojů. Naplnění účelu zákona z hlediska povinných subjektů je nejen v rukou státu, ale i krajů a obcí jako jednotek územní samosprávy, ale i jiných subjektů, výslovně jsou zmíněni vlastníci a správci pozemků. Druhou rovinou, evropskou, je vytvoření funkční soustavy chráněných území evropského významu, tzv. soustavy Natura 2000 na území ČR. Podmínkou je soulad s právem EU, konkrétně se směrnicemi č. 2009/147/ES a č.92/43/EHS. Při naplňování obou rovin účelu zákona č.114/1992 Sb. je nutno zohlednit hospodářské, sociální a kulturní potřeby obyvatel a regionální a místní poměry. Nejedná se o negaci předchozích dvou rovin, ale o hledání kompromisů při realizaci ochrany přírody a krajiny.

Prameny právní úpravy ochrany přírody v ČR se však neomezují jen na systém zákona č.114/1992 Sb. a jeho prováděcích předpisů, do tohoto přehledu patří na základě čl.10 Ústavy ČR též mezinárodní úmluvy z oblasti ochrany přírody, včetně ochrany a péče o biodiverzitu¹² a dále evropské unijní a české vnitrostátní právní předpisy, týkající se 1) regulace obchodování s exempláři ohrožených druhů fauny a flory, 2) ochrany druhů ex situ, 3) odchyty a lovu zvěře a ryb, či 4) poskytování náhrad škod způsobených vybranými zvláště chráněnými druhy živočichů. Takto vymezený systém pramenů by se dal označit za systém právních předpisů ochrany přírody sensu stricto. Za právní předpisy s ochranou přírody nepřímo související, sensu largo, by se pak daly označit složkové, především z oblasti ochrany vod, ochrany lesa, ochrany zemědělského půdního fondu, veterinární a rostlinolékařské předpisy, předpisy na ochranu zvířat proti týrání, a horizontální předpisy (posuzování vlivů na životní

¹⁰ *Miko L. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. C.H.Beck Praha, 2005, str.77.*

¹¹ *Miko L., Borovičková, H. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 2.vydání C.H.Beck Praha, 2007, str.75.*

¹² Česká republika je smluvní stranou všech zásadních celosvětových i evropských úmluv z oblasti ochrany přírody.

prostředí, územní plánování, apod.) oblasti práva životního prostředí. Z významných právních předpisů, které se dále dotýkají zásadním způsobem i ochrany přírody, je pak třeba jmenovat také trestní zákoník či zákon o prevenci ekologické újmy a její nápravě.

Základem současné české právní úpravy však zůstává jistě zákon č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, v platném znění. Je vystaven na základním principu, který ostatně platí ve všech právních úpravách vyspělých evropských zemí, totiž, že ochranu druhovou nelze zajistit bez zachování, ochrany a péče o vhodné biotopy a celé přírodní ekosystémy. Proto je i zákon č.114/1992 Sb. postaven principiálně na zásadě obecné (základní, komplexní) ochrany veškeré přírody a krajiny a zvláštní (zvýšené, speciální) ochraně jejích vybraných jedinečných a ohrožených částí, přičemž se snaží oba přístupy kombinovat. Zákon je komplexní právní normou upravující územní i druhovou ochranu přírody, ochranu živé i neživé přírody, včetně otázek ochrany krajiny.

Ochrana přírody se však nedá realizovat jen na základě vnitrostátního práva. Problematika ochrany příhraničních chráněných území, migrujících živočichů, mezinárodních vodních toků, apod. jsou bez společných kroků více států na základě nadnárodního práva (unijního, resp. mezinárodního) takřka nemyslitelné. Jak jsem již uvedl výše, stěžejním úkolem environmentální politiky zemí EU, a tedy i ČR je v současné době vytvoření celoevropské soustavy chráněných území Natura 2000 s cílem dosáhnout uspokojivého stavu ochrany charakteristických a vzácných evropských druhů a stanovišť. Tomu odpovídá i potřeba zajištění odpovídajícího legislativního rámce. Zákon č.114/1992 Sb., byť ve dvou novelizacích v průběhu let 2004 až 2009 i pod hrozbou sankcí od EU transponoval závazky vyplývající z evropského unijního práva na úseku ochrany přírody. Jedná se však nejen o závazky z hlediska zajištění územní ochrany přírody (soustava Natura2000), ale, na což se občas zapomíná, i druhové ochrany přírody.

Transpozice evropského unijního práva v oblasti územní ochrany přírody je založena na následujících východiscích:

- Právní úprava územní ochrany přírody v celoevropském kontextu nevyklučuje ani nenahrazuje národní územní ochranu přírody, existuje paralelně, vhodně ji doplňuje, jednotlivá chráněná území se často překrývají. Rozdílná v obou dvou oblastech úpravy jsou jednak a) kriteria vymezení předmětu ochrany, a dále b) režim vyhlášení ochrany (u chráněných území soustavy Natura 2000 je na rozdíl od českých zvláště chráněných území obligatorní povinnost vyhlášení).
- Členské státy mají právo chránit i další území podle svých tradic, potřeb, hodnot a zachovalosti své přírody.

- Ochrana přírody v členském státě je součástí systému ochrany přírody v celé Evropské unii, projevem této zásady je jednak ochrana lokalit celoevropsky významných z hlediska jejich stavu, jednak kontrola předmětu ochrany, vyhlášení jeho ochrany a provádění opatření k ochraně ze strany unijních orgánů.

V oblasti druhové ochrany má transpozice unijního práva podobná východiska.

- Sjednocuje se právní úprava v oblasti ochrany druhů, na kterých má EU zájem z hlediska odvrácení nebezpečí jejich vyhubení, resp. vyhynutí, na zachování, případně zvýšení stavů jejich populací, včetně zajištění ochrany jejich přírodních stanovišť.
- Členské státy mohou zavést přísnější ochranná opatření, než stanoví příslušné unijní předpisy na ochranu přírody, resp. takové přísnější si ponechat, pokud je to důvodné a není v rozporu s evropským unijním právem. Naopak, např. podle čl.13 směrnice o ochraně volně žijících druhů ptáků, realizace opatření přijatých na základě směrnice, pokud jde o ochranu všech druhů volně žijících druhů ptáků vyskytujících se ve volné přírodě na evropském území členských států, nesmí vést ke zhoršení současné situace.
- Ochrana druhové biodiverzity v členském státě je součástí systému ochrany přírody v celé Evropské unii, proto je ČR povinna chránit i takové druhy, které jsou na jejím území běžné (např. bobr, datel, sojka, atd.), zatímco v západní Evropě se tyto druhy často již nevyskytují vůbec.

Ústavní zásady právní úpravy ochrany přírody

Ochrana přírody v České republice má podobně jako všechny ostatní oblasti právních vztahů v rámci ochrany životního prostředí svoje základy vyjádřené v ústavních předpisech.¹³ Ústava ve své preambuli vyjadřuje odhodlání občanů ČR společně sřežit a rozvíjet zděděné přírodní a kulturní bohatství. Toto ustanovení je adresováno celé občanské společnosti. Není důvod k pochybnostem o tom, že tímto „přírodním a kulturním bohatstvím“ se rozumí i dochovaný stav životního prostředí, a to včetně prostředí

¹³ Jde jednak o Ústavu České republiky (ústavní zákon č.1/1993 Sb.), ale zejména o Listinu základních práv a svobod, vyhlášenou usnesením předsednictva ČNR jako součást ústavního pořádku České republiky ve Sbírce zákonů pod číslem 2/1993 (dále jen „LZPS“).

člověkem vytvořeného nebo přeměněného.¹⁴ V dalším textu Ústavy i v LZPS jsou obsažena ustanovení, která vytvářejí předpoklady k naplňování výše uvedených cílů.

Článek 7 Ústavy určuje povinnosti a odpovědnost státu ve vztahu k životnímu prostředí a stanoví hlavní zaměření jeho činnosti: „Stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství.“ Vyjadřuje tzv. princip odpovědnosti státu za příznivý stav životního prostředí.¹⁵ Způsob, jakým stát dbá o naplnění těchto požadavků, stanoví především zákony z oblasti práva životního prostředí, včetně zákonů týkajících se ochrany přírody a krajiny, rostlinstva a živočišstva. Stát si musí vyhradit dostatečné množství prostředků, aby takové úkoly mohl plnit jak v oblasti tvorby právních norem, tak i ve výkonu státní správy. Ke splnění těchto cílů přijímá stát i závazky z mezinárodních úmluv, které transformuje do vnitrostátního právního řádu.¹⁶ Vedle toho je stát vázán i právem EU. Zařazením principu odpovědnosti státu do jednoho z úvodních článků Ústavy svědčí o skutečnosti, že ČR považuje ochranu přírodního bohatství za jednu ze svých největších hodnot.¹⁷ V zahraničí tento princip zhruba odpovídá principu známému v německém právu jako „Staatsziel Umweltschutz“.¹⁸

Text Ústavy v čl. 7 nepoužil pojem „životní prostředí“ ani „příroda“, nýbrž „přírodní zdroje“. Pojem „přírodní zdroje“ je vymezen v § 7 zákona o životním prostředí jako „ty části živé nebo neživé přírody, které člověk využívá nebo může využívat k uspokojování svých potřeb.“ Jak uvádí M. Damohorský¹⁹, článek 7 Ústavy „úzce souvisí se článkem 35 LZPS. Do značné míry pak tvoří jakýsi základní celek ústavního zakotvení ochrany životního prostředí v ústavním pořádku ČR. Ochrana životního prostředí a

¹⁴ *Pekárek, M., Průchová, I., Dudová, J., Jančářová, I., Tkáčiková, J.*: Právo životního prostředí, I.díl. 2., přepracované vydání. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, Brno 2009, str.37.

¹⁵ *Damohorský, M. a kol.* Právo životního prostředí, 3.vydání, C.H.Beck Praha 2010. nebo *Klíma, K. a kol.* Komentář k Ústavě a Listině, Vydavatelství Aleš Čeněk,s.r.o. Plzeň 2005, str.71.

¹⁶ Srovnej *Pavliček, V., Hřebejk, J.*: Ústava a ústavní řád České republiky, Svazek I. Ústava České republiky, Linde Praha a.s., Praha 1994, str.51

¹⁷ K principu odpovědnosti státu viz *Damohorský, M. a kol.* Právo životního prostředí, 3.vydání, C.H.Beck Praha 2010, str.51.

¹⁸ Např.čl.20a německého spolkového ústavního zákona.

¹⁹ Viz *Klíma, K. a kol.* Komentář k Ústavě a Listině, Vydavatelství Aleš Čeněk,s.r.o. Plzeň 2005, str.72.

přírody a jejich příznivý stav je jednou ze základních biologických a věcných podmínek a předpokladů přežití lidské populace. Proto je třeba jim dávat nejvyšší prioritu“.

Listina základních práv a svobod zakotvuje v čl. 35 odst. 1 právo každého na příznivé životní prostředí. Jedná se o obecný princip práva životního prostředí, vyjádřený i v ústavních zákonech jiných států a spolkových zemí. Dále pak LZPS klade pro výkon práv a svobod, s výslovným odkazem na ochranu „životního prostředí“ či „přírody“, určité mantinely, a to konkrétně v čl. 11 odst. 3, čl. 14 odst. 3 a čl. 35 odst. 3. Zachování příznivého stavu životního prostředí je tedy individuálním zájmem každého jednotlivce, který ovšem současně sdílí s ostatními členy společnosti. Vyplývá to z povahy životního prostředí jako veřejného statku. Zásah do životního prostředí jednoho subjektu automaticky znamená zásah do životního prostředí dalších osob, jejichž okruh závisí na intenzitě takového zásahu.²⁰

Článek 35 odst.3 LZPS stanoví meze pro výkon všech práv, pokud by tím byly ohrožovány hodnoty obsažené v tomto článku. Při výkonu svých práv nesmí nikdo ohrožovat ani poškozovat životní prostředí, přírodní zdroje, druhové bohatství přírody a kulturní památky nad míru stanovenou zákonem. Jedná se o stanovení povinností a zákazů, které směřují vůči každému. Podrobné povinnosti pak stanoví pro jednotlivé subjekty celá řada zákonů z oblasti práva životního prostředí na jednotlivých úsecích ochrany složek životního prostředí, ekosystémů a zdrojů ohrožení. Podobná omezení práv jsou stanovena i pro vlastníky v čl.11 odst.3 LZPS.

Podle čl.14 odst. 1 LZPS je zaručena svoboda pohybu a pobytu. Podle čl.14 odst.3 LZPS však tyto svobody mohou být omezeny zákonem, jestliže je to nevyhnutelné pro bezpečnost státu, udržení veřejného pořádku, ochranu zdraví nebo ochranu práv a svobod druhých a na vymezených územích též z důvodu ochrany přírody.²¹ Oním zákonem, který na základě a v mezích čl.14 odst.3 LZPS stanoví konkrétní obsah omezení svobody pohybu a pobytu na vymezených územích z důvodu ochrany přírody, zejména ve zvláště chráněných územích (např. národní parky, národní přírodní rezervace), je zákon č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny.

Charakteristické principy právní úpravy ochrany přírody

²⁰ *Stejskal, V. – Sobotka, M.:* Právo životního prostředí v judikatuře českých soudů. in *Jurisprudence* č.2/2006.

²¹ Ústavnost omezení základní svobody pohybu z důvodu ochrany přírody jako jedné ze složek životního prostředí Ústavní soud potvrdil v nálezu **ÚS sp.zn.Pl.ÚS 15/96**, publikováno ve Sbirce zákonů č.280/1996 Sb.

Pro ochranu přírody *de lege lata* v užším slova smyslu (*sensu stricto*) lze dle mého názoru vysledovat následující charakteristické principy právní úpravy.²²

I. prioritá ochrany přírody *in situ* – jedná se o základní přístup zákona o ochraně přírody a krajiny, tedy o ochranu původní, divoké přírody, resp., v podmínkách ČR již pozměněných ale stále ještě přírodě blízkých ekosystémů, dále volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin. Pokud toto není možné či účelné, nastupuje zásada ochrany *ex situ*, tedy v umělých podmínkách. Odraz obou zásad je patrný i v dalších pramenech právní úpravy ochrany přírody *sensu stricto*. Pokud jde o zásadu ochrany *ex situ*, je charakteristické, že se zde projevuje státní regulace určitých zařízení určených k ochraně *ex situ* – hned ve třech zákonech platné právní úpravy ochrany přírody je podřízeno legální provozování zařízení určených k zajištění ochrany přírody *ex situ* nutností získat od Ministerstva životního prostředí licenci. Jedná se o zoologickou zahradu (podle zákona o zoologických zahradách), záchranou stanici (podle zákona o ochraně přírody a krajiny) a záchrané centrum (podle zákona o regulaci obchodování s ohroženými druhy CITES).

II. komplexnost přístupu ochrany – právní úprava je založena nejen na zvláštní ochraně vybraných částí přírody (zvláštní územní a druhová ochrana), jako tomu bylo převážně do roku 1992, ale na obecné ochraně veškeré přírody a krajiny, včetně krajiny urbanizované, a dále na ekosystémové ochraně (zde je patrný vliv unijního a mezinárodního práva), a na obecné ochraně všech druhů a jejich populací.

Pokud jde o vývojové tendence právní úpravy zvláštní ochrany přírody, původně bylo důvodem územní ochrany hlavně estetické hledisko nenarušené přírody, postupně se prosazují i další hlediska, zejména přírodovědecká, vyplývající z požadavků biologie ochrany přírody (*conservation biology*). Hlavním nástrojem ochrany přírody byly dlouhou dobu zákazy různých činností (buť relativního charakteru, s možností udělení výjimky) či činnosti dovolené pouze s předchozím souhlasem orgánu ochrany přírody. Tento konzervační přístup byl vhodný a dostatečně účinný pro přírodě blízké lesní ekosystémy, do značné míry vyhovoval i při ochraně území před těžbou nerostů a stavební činností. Nicméně udržení populací volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin, schopných se rozmnožovat, a jednotlivých typů přírodních stanovišť, se v současné době již neobejde bez kombinace přístupu konzervačního (ponechání původního biotopu samovolnému vývoji) s přístupy aktivní péče využívající tzv.

²² V daném případě nejde o totožnost pojmu „principy právní úpravy“ s pojmem „principy práva“.

ekosystémový management (péče o přírodní lokalitu, včetně pravidelných zásahů) a restauračními (obnova poškozeného ekosystému).

V současné době se ukazuje nutnost postupného začleňování chráněných území do života obyvatel regionů. V mnohých zemích se tak děje pomocí krajinného plánování (Německo) či integrované plány rozvoje (Francie). Ve smyslu principu udržitelného rozvoje by tak šlo zejména v regionech s vyšší nezaměstnaností zajistit kombinaci zájmů ekonomických (hospodářský rozvoj regionu), sociální (nové pracovní příležitosti) a ekologické (zachování přírodních či alespoň přírodě blízkých ekosystémů, popř. obnova poškozených biotopů). Je třeba zainteresovat obce, vlastníky a hospodáře nejen na vlastní ochraně stávajících, ale i na vyhlášení nových chráněných území. To považuji za minimum, čeho by se měla státní ochrana přírody pokusit dosáhnout. Ve Švýcarsku či Rakousku mají kupř. systém podpory národních parků místním obyvatelstvem a firmami, kdy v příslušných zákonech o národních parcích existuje možnost propůjčení užívání ochranné značky národního parku obcím a podnikatelům, včetně možnosti finančních příspěvků na podporu podnikání a rozvoje infrastruktury obcí, za podmínky, že obce a podnikatelé budou respektovat a podporovat ochranu přírody v těchto chráněných územích.

Co ale s ochranou přírody mimo chráněná území? David Western, bývalý ředitel Státní ochrany přírody v Keni v roce 1989 prohlásil „Jestliže neumíme ochránit přírodu vně chráněných území, nepřežije z ní mnoho ani uvnitř.“ Souvislost zvláštní územní ochrany a obecné ochrany přírody a krajiny je z tohoto citátu snad dostatečně jasná. A podle mého názoru platí i pro českou či evropskou přírodu, které na rozdíl od africké přírody disponují v současnosti mnohem menší výměrou původních přírodních ekosystémů. Nelze provádět izolovaně ochranu přírody pouze ve zvláště chráněných územích, nelze spoléhat na strategie ochrany volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin a přírodních stanovišť v přírodních rezervacích a v obecné krajině je ponechat k volnému využívání člověkem. Vzhledem k tomu, že příroda na rozdíl od člověka nezná administrativních hranic, mnoho migrujících druhů živočichů v hranicích rezervací neudržíte. Může tak dojít k poklesu životaschopnosti populací druhů uvnitř chráněného území, ale pokud budou znehodnocena přírodní stanoviště vně chráněného území anebo dokonce pokud tam budou živočichové pronásledováni, mohou zmizet jak z chráněného území (kde např. u maloplošných chráněných území mohou být zdroje obživy postupně vyčerpány), tak i z okolní nechráněné krajiny. Tím může dojít k porušení rovnováhy celého ekosystému.

Používání právních a ekonomických nástrojů v oblasti obecné ochrany přírody a krajiny i realizace opatření na zlepšení ekologického stavu krajiny jsou nadále nedostatečné, resp. nevyhovující. Nedostatky lze spatřovat zejména v nízké provázanosti koncepčních nástrojů ochrany přírody a krajiny s koncepčními nástroji územního plánování. U existujících nástrojů

je jednou z příčin i nižší aktivita orgánů ochrany přírody v oblasti prosazování práva, což má často ovšem původ v jiných faktorech, než právních, např. otázka politického tlaku na úředníky, nedostatečné průběžné celoživotní vzdělávání, nedostatek výměny informací a spolupráce jednotlivých orgánů ochrany přírody a ostatních orgánů veřejné správy. Konečně to může souviset i s nízkým respektem k právní úpravě ochrany přírody jednotlivými adresáty výkonu veřejné správy (investory, vlastníky, zájmovými sdruženími apod.).

III. limitace lidských aktivit v území veřejným zájmem na ochraně přírody a krajiny – zde je reflektována skutečnost, že podle § 58 odst.1 zákona č.114/1992 Sb. je ochrana přírody a krajiny veřejným zájmem. Za veřejný zájem je ochrana přírody prohlášena i čl.14 odst.3 LZPS. Zákon o ochraně přírody a krajiny obsahuje několik institutů týkajících se povolování výjimek správním rozhodnutím ze zákazů určitých činností. Jde o úpravu týkající se obecné ochrany ptactva, zvláštní územní ochrany a zvláštní druhové ochrany. V průběhu řízení o udělení výjimky se kromě dalších zákonem stanovených podmínek posuzuje i poměr veřejného zájmu na ochraně přírody s jinými veřejnými zájmy (např. na zabezpečení ochrany zdraví, bezpečnosti leteckého provozu, apod.).²³

IV. kompenzace újmy na složkách přírody jako preventivní opatření – platná právní úprava v posledních letech postupně zakládá subjektům, které žádají o povolení k realizaci činností nebo o posouzení koncepcí a projektů, které by mohly mít negativní důsledky na přírodu a krajinu, na rostliny, živočichy, ekosystémy apod., povinnosti kompenzovat vzniklou újmu na složkách přírody jako preventivní opatření (zejména § 5 u druhové ochrany, či § 45i u územní ochrany přírody podle zákona o ochraně přírody a krajiny). Například podle § 45i odst. 9 zákona č.114/1992 Sb., pokud posouzení vlivů projektů nebo koncepcí na lokality soustavy Natura 2000 prokáže negativní vliv na příznivý stav předmětu ochrany nebo celistvost evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti a neexistuje variantní řešení bez negativního vlivu, lze schválit jen variantu s nejmenším možným negativním vlivem, a to pouze z naléhavých důvodů převažujícího veřejného zájmu a až po uložení a zajištění kompenzačních opatření nezbytných pro zajištění celkové soudržnosti soustavy ptačích oblastí a evropsky významných lokalit. Kompenzačními opatřeními pro účely koncepce se rozumí zajištění možnosti nahradit lokalitu dotčenou realizací koncepce v obdobném rozsahu a kvalitě a se stejnou mírou závaznosti a konkrétností, jakou má schvalovaná koncepce nebo její jednotlivé části. Kompenzačními opatřeními pro účely záměru se rozumí vytvoření

²³ Spornou situaci vytvořil zákonodárce koncem roku 2009 novelou § 43 zákona č.114/1992 Sb., kdy zákonem č.349/2009 Sb. zřejmě omylem v odst.1 vypustil slovo „jiný“ a tudíž nadále nepovažuje ochranu přírody za „veřejný zájem“. Paradoxně ovšem v odst.3 tohoto paragrafu již opět ochranu přírody za veřejný zájem považuje.

podmínek pro zachování nebo zlepšení záměrem ovlivněných předmětů ochrany ve stejné lokalitě nebo nahrazení lokality jinou lokalitou v obdobném rozsahu a kvalitě.

V. náhrada ztráty v důsledku omezení výkonu vlastnického práva z důvodu ochrany přírody – zde se jedná o situace, kdy stát poskytuje vlastníkům či nájemcům nemovitostí (obvykle ale spíše jen pozemků) či hospodářských zvířat náhradu ztráty v důsledku omezení výkonu vlastnického práva či výkonu hospodaření z důvodu ochrany přírody. Jedná se o případy podle § 13 a § 58 zákona č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, resp. zákona 115/2000 Sb., o náhradě škod způsobených vybranými zvláště chráněnými druhy živočichů. Přitom ovšem nejde o stejné případy. V prvních dvou jde o finanční náhradu za omezení využívání pozemků z důvodu vyhlášení přechodně chráněné plochy (§13), resp. ztížení zemědělského nebo lesního hospodaření vlastníků či nájemců na vybraných pozemcích z důvodu ochrany přírody (§58 odst. 2), přičemž se jedná o omezení ze z části třetí až páté tohoto zákona včetně prováděcích právních předpisů nebo rozhodnutí vydaného na jejich základě anebo z omezení vyplývajícího z opatření v plánech systémů ekologické stability krajiny. Ve třetím případě (zákon č.115/2000 Sb.) se jedná o finanční náhradu škody způsobenou vybranými zvláště chráněnými druhy živočichů.

VI. uplatňování principů prevence, resp.předběžné opatrnosti při ochraně přírody – celá řada předpisů v oblasti ochrany přírody vyjadřuje obecné principy práva životního prostředí, principy prevence a předběžné opatrnosti. Jedná se např. o oblast regulace obchodování s ohroženými druhy podle CITES, podle kterých se na druhové seznamy zařazují i druhy, které, přestože nejsou ve volné přírodě bezprostředně ohroženy vyhubením, jsou zaměnitelné s druhy přímo ohroženými, a jako takové jsou předmětem předběžné kontroly v rámci mezinárodního obchodu. Dalším příkladem je např. povinné zjišťovací řízení podle § 45i odst. 1 zákona č.114/1992 Sb. Ten, kdo zamýšlí pořídit koncepci nebo uskutečnit záměr uvedený v § 45h odst. 1 (dále jen „předkladatel“), je povinen návrh koncepce nebo záměru předložit orgánu ochrany přírody ke stanovisku, zda může mít samostatně nebo ve spojení s jinými koncepcemi nebo záměry významný vliv na příznivý stav předmětu ochrany nebo celistvost evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti. Orgán ochrany přírody vydá odůvodněné stanovisko do 30 dnů ode dne doručení žádosti. Jestliže orgán ochrany přírody svým stanoviskem podle odstavce 1 významný vliv podle § 45h odst. 1 nevyloučí, musí být daná koncepce nebo záměr předmětem posouzení podle tohoto ustanovení a zvláštních právních předpisů v oblasti EIA. Nelze-li vyloučit negativní vliv koncepce nebo záměru na takové území, musí předkladatel zpracovat varianty řešení, jejichž cílem je negativní vliv na území vyloučit nebo v případě, že vyloučení není možné, alespoň zmírnit.

VII. prioritou uvedení narušených částí přírody do původního stavu – jedná se o hierarchii uplatňování nápravných opatření v oblasti ochrany přírody.

Podle zákona o ochraně přírody a krajiny (§ 86) a zákona o prevenci ekologické újmy a o její nápravě (zákon č.167/2008 Sb.) je při vzniku ekologické újmy na přírodě, resp. vybraných částech přírody, původce povinen navrátit poškozenou část přírody do původního stavu, za podmínek, že je to možné či účelné. Pokud tomu tak není, nastupuje sekundárně povinnost provést náhradní kompenzační opatření, např. náhradní výsadbu, zajištění náhradních hnízdních příležitostí, apod. Zákon č.167/2008 Sb. pak uvádí i další možnost, tzv. vyrovnávacího opatření, které je ke kompenzačnímu podpůrné.

VIII. odbornost rozhodování - na rozdíl od jiných úseků práva životního prostředí (ovzduší, zemědělský půdní fond, odpady, apod.) a i na rozdíl od zákonných úprav v oblasti ochrany přírody řady zemí středoevropského regionu je v ČR zastoupen silný prvek rozhodování speciálních orgánů ochrany přírody či účasti odborných vědeckých a poradních institucí (správy NP, správy CHKO, AOPKČR jako vědecký orgán CITES, Komise pro zoologické zahrady, apod.). Dále jsou zde zastoupeny fyzické osoby, zejména veřejné strážce (např. strážce přírody) a speciální autorizovaní znalci v oboru posuzování vlivů projektů a koncepcí v oblasti soustavy Natura 2000. Správních řízení (opět na rozdíl od zahraničních právních úprav) se často účastní odborné nevládní neziskové organizace, které se rovněž často podílejí na přípravě nové legislativy v oblasti ochrany přírody a na přípravě koncepčních nástrojů ochrany přírody.

IX. princip omezení svobody pohybu ve vymezených chráněných území z důvodu ochrany přírody – Podle čl.14 odst. 1 LZPS je svoboda pohybu a pobytu zaručena. Podle čl.14 odst.3 LZPS však tyto svobody mohou být omezeny zákonem, jestliže je to nevyhnutelné pro bezpečnost státu, udržení veřejného pořádku, ochranu zdraví nebo ochranu práv a svobod druhých a na vymezených územích též z důvodu ochrany přírody. Oním zákonem, který na základě a v mezích čl.14 odst.3 LZPS stanoví konkrétní obsah omezení svobody pohybu a pobytu na vymezených územích z důvodu ochrany přírody, zejména ve zvláště chráněných územích (např. národní parky, národní přírodní rezervace), je zákon č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny. Zákonem č.114/1992 Sb. bylo toto zmocnění naplněno v § 14, kdy byly zavedeny kategorie zvláště chráněných území. Každá z kategorií má zákonem stanovený režim ochrany, v podobě základních ochranných podmínek. Některé z nich (národní parky, národní přírodní rezervace) mají právě na základě ústavního čl.14 odst.3 LZPS stanoveny podmínky omezující pohyb a pobyt z důvodů ochrany přírody. Další ustanovení týkající se naplnění výše zmíněného článku představuje § 64 zákona o ochraně přírody. Hrozí-li poškození území v národních parcích, národních přírodních rezervacích, národních přírodních památkách a v první zóně chráněných krajinných oblastí, tedy v ekologicky nejcennějších chráněných lokalitách, anebo hrozí-li poškození jeskyně, zejména nadměrnou návštěvností, je orgán ochrany přírody oprávněn, po projednání s dotčenými obcemi omezit nebo zakázat přístup veřejnosti do těchto území

nebo jejich částí. Je třeba poznamenat, že některá omezení svobody pohybu vyplývající ze zákona č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, provádějící ústavní základ čl.14 odst.3 Listiny platí i po přistoupení ČR k tzv. Schengenské dohodě. Jsou to ustanovení týkající se omezení, resp. zákazu pohybu v první zóně národního parku a v národní přírodní rezervaci mimo vyznačené cesty a hraniční přechody.

X.princip dobrovolného resp.smluvního zapojení subjektů do ochrany přírody

Jedná se o dobrovolné zapojení vlastníků nemovitostí či nájemců hospodařících na nich, do ochrany přírody prostřednictvím dobrovolně přijatých závazků, tvořící nejčastěji veřejnoprávní subordinační smlouvy, které umožňují zajistit šetrnější vztah k přírodě, než jaký je možný nařídit obecně závazným právním předpisem nebo individuálním správním aktem. Tyto smlouvy vytvářejí reciprocitu oprávnění a povinností mezi subjekty veřejné správy a osobami, vůči nimž směřuje výkon veřejné správy. V oblasti ochrany přírody se dosud využívají omezeně, přestože tyto instituty zde lze nalézt, ovšem v podstatě jen v zákoně o ochraně přírody a krajiny. Příkladem jsou smlouvy o vyhlášení a ochraně evropsky významných lokalit soustavy Natura 2000 (§45c) či památných stromů (§39) nebo smlouvy o způsobu hospodaření v ptačích oblastech (§45e) podle zákona č.114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny.

XII.princip účasti veřejnosti při ochraně přírody

Jedná se o otázky § 70 zákona č.114/1992 Sb., z hlediska oprávněných subjektů jde o občanská sdružení. Jejich aktivity jsou především v získávání informací a na jejich základě možnost účastnit se ve správních řízeních týkajících se ochrany přírody (podle současné platné dikce i v řízeních týkajících se ochrany přírody i podle jiných zákonů. Význam účasti občanských sdružení ve správních řízeních spatřuji zejména v:

- možnosti se přímo účastnit na řízení ve věcech ochrany přírody a krajiny, tj. mít podíl na rozhodování o zásazích do přírody a krajiny,
- přímé kontrole výkonu veřejné správy, tj. kontrole zákonného průběhu správního řízení,
- možnosti hájit veřejný zájem na ochraně přírody, ve smyslu § 58 odst.1 zákona č.114/1992 Sb., a to zejména v situaci, kdy má za to, že tak nečiní příslušný orgán ochrany přírody.
- otázku vyvolává možnost přístupu k soudní ochraně.

Výše uvedenými aktivitami se však účast veřejnosti při ochraně přírody zdaleka nevyčerpává. Jedná se dále o celou řadu aktivit v oblasti uvnitř práva, ať již připomínkování návrhů právních předpisů či posílání stížností k Evropské komisi na neplnění závazků ČR v oblasti unijní legislativy ochrany přírody, či aktivity mimo právo, od praktických činností v terénu realizujících projekty a plány na ochranu přírody až po osvětu, výchovu a vzdělávání a vědu a výzkum.

Závěrem

Právní úprava ochrany přírody na počátku 21.století je založena na vědeckém základě, na výsledcích výzkumů přírodních věd. Bez těchto odborných podkladů se právo na úseku ochrany přírody již v současné době neobejde. Národní právní úprava je rovněž do značné míry závislá na právní úpravě nadnárodní, v podmínkách České republiky konkrétně na úrovni práva EU a práva mezinárodního. Dle mého názoru by však mělo být do jisté míry přihlíženo při změnách legislativy i ke zkušenostem z okolních zemí středoevropského regionu. Moderní právní úpravy evropských států zakotvují ve vztahu k ochraně přírody totiž nejen konzervační, nýbrž i kreativní a regenerační, popř. restaurační přístup. Moderní právní úprava ochrany přírody je založena na principech uplatňování ekosystémového přístupu a ochrany druhové, územní a genetické biologické rozmanitosti in situ a ex situ. Ochranu zvířat a rostlin již dnes nelze zajistit nezávisle na jejich biotopech.

Stěžejní roli při ochraně přírody z hlediska institucionálního zabezpečení hraje v evropských podmínkách stát, případně jednotlivé země či kantony (Rakousko, Švýcarsko, Německo). Ochranu přírody ovšem nelze realizovat izolovaně bez spolupráce s jinými subjekty, zejména s obcemi, vlastníky nemovitostí a s odbornou i laickou veřejností. Ochrana přírody se však realizuje nejen právními prostředky, ale čím dál více hraje v praxi roli i mimoprávní prostředky, jako osvěta, výchova, vzdělávání.

Literature:

- Damohorský, M. a kol. Právo životního prostředí, 3.vydání, C.H.Beck Praha 2010
- Franková, M.: Chráněná území a ochranná pásma při ochraně životního prostředí (zejména při ochraně přírody a krajiny. AUC Iuridica 2001/3-4, Praha 2001

- Klíma, K. a kol. Komentář k Ústavě a Listině, Vydavatelství Aleš Čeněk, s.r.o. Plzeň 2005
- Maximovič, R.: Ochrana přírody a přírodních památek. in Dvacáté století - co dalo lidstvu. Díl II. Příroda a člověk, Nakl.V.Orel Praha 1931, str.197-264.
- Maximovič, R.: Co předcházelo zákonu na ochranu přírody. in Ochrana přírody č.8/1956, str.232-239.
- Miko, L. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. C.H.Beck Praha, 2005
- Miko, L., Borovičková, H. a kol: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 2.vydání C.H.Beck Praha, 2007
- Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky, Svazek I. Ústava České republiky, Linde Praha a.s., Praha 1994
- Pekárek, M., Průchová, I., Dudová, J., Jančářová, I., Tkáčiková, J.: Právo životního prostředí, I.díl. 2., přepracované vydání. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, Brno 2009
- Stejskal, V.: Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost, Nakladatelství Linde Praha, a.s., Praha 2006
- Stejskal, V. – Sobotka, M.: Právo životního prostředí v judikatuře českých soudů. in Jurisprudence č.2/2006.

Contact – email

stejskal@prf.cuni.cz

OVERSTOCKING OF WILD BOARS AS EVENTUALITY OF LEGAL REGULATIONS

JIŘÍ TUZA

Mendelova univerzita v Brně

Abstract in original language

Jedním z významných problémů zemědělství a predačních tlaků na drobnou zvěř v honitbách se v posledních dvou desetiletích staly neúměrně vysoké stavy černé zvěře. Tato situace má více příčin, z nichž velmi významnou a mnohdy opomíjenou je právní úprava myslivosti. Cílem příspěvku je analýza současného stavu se zaměřením na uvedený segment.

Key words in original language

Právo myslivosti; černá zvěř; škoda; honitba.

Abstract

Overstocking of wild boars is one of important issue of agriculture and predation pressure for small game in the course of last two decades. This situation has multiple causes, legal regulations on hunting is very important and often neglected one. The aim of this paper is an analysis of status quo with a view to mentioned segment.

Key words

Hunting rights; wild boars; damage; hunting gound.

Černá zvěř byla až do poloviny dvacátého století málo významnou zvěří chovanou až na výjimky v oborách, kam byla v českých zemích, pro neúnosné způsobované na polních kulturách, uzavřena koncem 18. století. Vlivem válečných událostí, kdy černá zvěř unikla z obor a následnou kolektivizací zemědělství, dochází k narůstání početných stavů černé zvěře ve volnosti. Tak se černá zvěř stává po roce 1950 stálou zvěří v mnoho honitbách. Zpočátku představovala vítané zpestření, později se začíná rozmnožovat a působí škody na zemědělských plodinách.¹ Jakmile se stala stálou zvěří ve většině zprvu lesních honiteb, byla nastolena potřeba s touto zvěří řádně hospodařit, aby byla vychována zdravá zvěř s dobrou trofejí a v „takových stavech, které jsou v souladu se zájmy zemědělského a lesního

¹ WOLF, R., RAKUŠAN, C. *Černá zvěř*. Praha : Státní zemědělské nakladatelství, 1977, s. 5

hospodářství² Obtíží v chovu černé zvěře, za přirozených a cíleně stabilizačně neovlivněných přírodních podmínek, je její značná pohyblivost. Není věrná místu svého zrození, území kde žije je značně rozsáhlé a její pobyt se řídí zejména snahou dosáhnout snadno potravy a kryt. V zimním období se zdržuje v lesích a v létě nachází kryt a potravu v polních kulturách. V roce 1973 byla ministerstvem zemědělství a výživy ČSR schválena „Koncepce rozvoje myslivosti v ČSR do roku 1990“. Podle tohoto dokumentu, určujícího směr dalšího rozvoje myslivosti, měly kmenové stavy černé zvěře v Českých zemích činit 4.000 kusů a odloveno mělo být ročně 7.000 kusů. Už před rokem 1977 však byly kmenové stavy překročeny zhruba o třetinu a lov se blížil 15.000 kusům ročně.³

Jak ukázal vývoj a jak vyplývá z následujícího přehledu sčítaných stavů černé zvěře od poválečného období do současnosti, hospodaření s černou zvěří se zcela vymklo z „rukou“ a kontrolované hospodaření, ve smyslu koncepce hospodaření s cílem zachování geneticky zdravé a původní černé zvěře, se ukázalo poněkud iluzorní.

V období vypracování „Koncepce rozvoje myslivosti v ČSR do roku 1990“ byl účinný zákon 23/1962 Sb. o myslivosti, který v § 30 umožňoval lov prasat divokých za noci, zakazoval ale při lovu používat umělých světelných zdrojů. Navazující vyhláška č.4/1967 Sb. o hájení a době, způsobu a podmínkách lovu některých druhů zvěře v § 1, odst. 2 stanoví, že hájeny nejsou na celém státním území prasata divoká /kromě bachyně/, která měla dobu lovu stanovenou dle §2 odst. 1 téže vyhlášky od 1. srpna do 15. ledna. Z uvedeného vyplývá, že prasata divoká ve stadiu selete, lončáka a kňoura mohla být lovena celoročně a od 1. srpna do 15.ledna mohla být lovena veškerá černá zvěř všech věkových kategorií bez jakéhokoli omezení. K tomu je ale nutno dodat, že vzhledem k tehdejší úrovni pozorovací a střelecké optiky za zhoršené viditelnosti a v noci, nebyli kňouři až na výjimky v období od 15. ledna do 1. srpna loveni. Jelikož v období šedesátých a sedmdesátých let byla černá zvěř v mnoha honitbách poměrně vzácnou zvěří, byla vyvíjena poměrně značná snaha ze strany uživatelů honiteb tuto zvěř ulovit. V roce 1967 bylo uloveno 4.135 kusů černé zvěře, zatím co v roce 1973 to bylo už 7.566 kusů a jarní kmenové stavy vzrostly z 2.538 kusů na 5.177 kusů, tedy na téměř dvojnásobek⁴.

² WOLF, R., RAKUŠAN, C. *Černá zvěř*. Praha : Státní zemědělské nakladatelství, 1977, s. 7

³ WOLF, R., RAKUŠAN, C. *Černá zvěř*. Praha : Státní zemědělské nakladatelství, 1977, s. 8

⁴ VODŇANSKÝ, M., KRČMA, J., ZABLOUDIL, F. *Zhodnocení vývoje populace černé zvěře a vypracování návrhů na její účinnou regulaci*, Brno, 2003, Institut ekologie zvěře, Veterinární a farmaceutické univerzity Brno, str.6

Z uvedeného vyplývá, že i přes skutečnost možnosti lovu černé dospělé zvěře v období od 1. srpna do 15. ledna, nebylo dosaženo snížení početních stavů. Je možno spatřovat několik příčin. Jednak je to záměrné šetření bachyní, neboť černá zvěř byla zvěří stále poměrně vzácnou a uživatelé honiteb byli rádi, že se „u nich“ černá zvěř vyskytuje a jednak to bylo omezení použít při lovu světelného zdroje usnadňujícího nejen lov, ale také bezpečnější obeznání zvěře. Černá zvěř mohla být lovena ve všech věkových kategoriích naháňkou, nadháňkou, nebo nátláčkou. Novelizující vyhláška 10/1976 Sb. nepřináší ve vztahu k lovu černé zvěře žádných změn.

Navazující vyhláška č. 20/1988 Sb. ministerstva zemědělství a výživy České socialistické republiky ze dne 22. ledna 1988, kterou se provádí zákon o myslivosti ponechává ale určité změny přináší. Ponechává v §18 i) dobu lovu prase divoké, kňour a bachyně od 1. 8. do 15. 1. s výjimkou uvedenou v § 19 odst. 2 a 4. Tato výjimka s vztahovala na bažantnice a tokaniště tetřeva a tetřívka. Selata a lončáci dle §17 odst. 3 patřili mezi druhy zvěře, které neměly stanovenou dobu hájení. Zpřísňuje způsob lovu prasete divokého v §22 v noci tím, že je vyžadováno použití vhodné pozorovací a střelecké optiky a zakazuje lovit zvěř při současně probíhající sklizni zemědělských plodin. Pro doplnění je vhodné uvést, že v roce 1988 již činily jarní kmenové stavy černé zvěře počet 31.373 kusů a odlov činil 47.883 kusů.

Podstatné změny přináší vyhláška č. 134/1996 Sb. Tak v §1 zařazuje černou zvěř do výčtu zvěře, pro kterou se určují jakostní třídy a normované kmenové stavy. Lov je oproti dosavadní právní úpravě ztížen tím, že v §4 odst 1.i) je stanovena doba hájení pro kňoura od 16.ledna do 31.července. Dále je v §7 povoleno lovit na společných honech jednotnou střelou pro brokovnice pouze selata a lončáky. Ve stejném § je zakázán lov dospělé černé zvěře, tedy kňoura a bachyně na společných honech. Pro doplnění opět uvádím jarní kmenové stavy černé zvěře které v roce 1996 činily 34.365 kusů a odlov činil 41.873 kusů.

Další vývoj představoval zrušení zákona 23/1962 Sb. a jeho nahrazení zákonem č.449/2001 Sb. o myslivosti, který nabyl účinnosti dnem 1. července 2002. Tento zákon přináší další změny ztěžující úpravy stavů černé zvěře lovem. V § 36 je stanovena povinnost uživatele honitby vypracovat plán mysliveckého hospodaření v honitbě, v tomto § se dále uvádí, že V honitbách, kde pro některé druhy spárkaté zvěře nejsou stanoveny minimální a normované stavy, lze po vyjádření orgánu státní správy myslivosti u těchto druhů zvěře lovit samičí zvěř a samčí zvěř do stáří 2 let ve stanovené době lovu bez omezení a bez vypracování a projednání plánu. V návaznosti na toto ustanovení vyhláška 491/2002 Sb. o způsobu stanovení minimálních a normovaných stavů zvěře a o

zařazování honiteb nebo jejich částí do jakostních tříd ve vztahu k černé zvěři stanoví, že se honitba, nebo její část podle charakteristiky přírodních podmínek zařazuje do jakostní třídy honitby. V § 3 je následně uvedeno, že normovaný stav se nestanovuje pro ten druh spárkaté zvěře, u kterého není možné v honitbě dodržet minimální stav uvedený v § 5 odst. 1 až 4. V § 5 je potom stanoveno že v honitbě, s výjimkou obory, se minimální stav spárkaté zvěře stanovuje pro každých 1000 ha výměry lesního celku, který činí při zachování poměru pohlaví (§ 4 odst. 1) takto 5 jedinců prasete divokého. Jinými slovy řečeno, pokud honitba neobsahuje ve své výměře, 1000 ha výměry lesního celku, nemůže být v této honitbě černá zvěř plánována a ani lovena. Přepočítání plochy a poměrné úpravy stavů se nepřipouští. Jako řešení uvádí zákon č.449/2001 Sb. v § 36 odst. 5) ustanovení, že v honitbách, kde pro některé druhy spárkaté zvěře nejsou stanoveny minimální a normované stavy, lze po vyjádření orgánu státní správy myslivosti u těchto druhů zvěře lovit samičí zvěř a samčí zvěř do stáří 2 let ve stanovené době lovu bez omezení a bez vypracování a projednání plánu. V návaznosti na toto ustanovení se v §39 zákona č.449/2001 Sb. umožňuje povolení lovu ve zvláštních případech, za účelem snížení stavů zvěře a zrušení jejího chovu. V tomto ustanovení se uvádí, že vyžaduje-li zájem vlastníka, popřípadě nájemce honebních pozemků nebo zájem zemědělské nebo lesní výroby, ochrany přírody anebo zájem mysliveckého hospodaření, aby počet některého druhu zvěře byl snížen, orgán státní správy myslivosti povolí, popřípadě uloží uživateli honitby příslušnou úpravu stavu zvěře. Nelze-li škody působené zvěří snížit technicky přiměřenými a ekonomicky únosnými způsoby, uloží orgán státní správy myslivosti na návrh vlastníka, popřípadě nájemce honebního pozemku nebo na návrh orgánu ochrany přírody nebo orgánu státní správy lesa snížení stavu zvěře až na minimální stav, popřípadě zruší chov druhu zvěře, který škody působí.

Těmito ustanoveními je tedy v naprosté většině honiteb nastolen stav, že černá zvěř není plánována a její lov je prováděn na výjimku. Návazně vyhláška č. 545/2002 Sb. o době lovu jednotlivých druhů zvěře a o bližších podmínkách provádění lovu stanoví v §1 dobu lovu prasete divokého - kňour a bachyně od 1. srpna do 31. prosince, čímž dosavadní dobu lovu zkracuje a to o 14 dnů v Lednu, tedy v době, kdy bývá souvislá sněhová pokrývka usnadňující lov zvěře.

Dále zákon č.449/2001 Sb. oproti dřívější úpravě rozšiřuje zakázané způsoby lovu v § 45 tak, že zakazuje ve vztahu k lovu černé zvěře lovit zvěř s pomocí zdrojů umělého osvětlení, zrcadel, zařízení pro osvětlení terče, hledí pro střelbu v noci s elektronickým zvětšením obrazu nebo pro převrácení obrazu, střílet zvěř z poloautomatických nebo automatických zbraní se zásobníkem schopným pojmout více než 2 náboje, dávat do krmiva lákací prostředky, lovit zvěř na honebních pozemcích, na kterých současně probíhá sklizeň zemědělských plodin, a na sousedních pozemcích ve vzdálenosti do 200 m od hranice těchto pozemků, lovit zvěř na čekané ve

vzdálenosti do 200 m od hranic sousední honitby, a v těchto vzdálenostech umísťovat myslivecká zařízení a provádět lov z mysliveckých a jiných zařízení.

Rozšíření pásma 100 metrového pásma od hranic sousední honitby, kde není možno lovit zvěř na čekané na 200 metrů je významným zásahem do možnosti lovu černé zvěře, neboť tato se při osamělém způsobu lovu loví především na čekané. Navíc toto pásmo zákazu lovu představuje u výměry honitby cca 900ha při obvyklé členitosti honitby téměř 30% výměry honebních pozemků a při výměře 600ha více než 1/3 honitby. Pokud toto opatření by mělo jako podcíl motivovat k tvorbě větších honiteb, pak vzhledem k dlouhodobému i současnému stavu mezilidských vztahů v oblasti myslivosti, je dosažení takového cíle velmi iluzorní. V zájmu snížení stavů černé zvěře by velmi prospěl návrat k původnímu 100 metrovému pásmu.

V době účinnosti této nové právní úpravy tedy v roce 2002 čítaly jarní kmenové stavy 44.041 kusů a odlov činil 81.757 kusů. V roce 2008 dosáhl odlov černé zvěře počtu 137.898 kusů, což je počet převyšující o více než 10.000 kusů odlov zvěře srnčí v témže roce.⁵ Porovnáme-li tyto výsledky s koncepcí z roku schválenou v roce 1973 ministerstvem zemědělství a výživy ČSR jako „Koncepce rozvoje myslivosti v ČSR do roku 1990“, kde se uvádí, že kmenové stavy černé zvěře v Českých zemích měly činit 4.000 kusů a odloveno mělo být ročně 7.000 kusů, nutí současný stav k zamyšlení o smyslu a cílech současné právní úpravy této oblasti.

Odlov černé zvěře a tím i regulace početních stavů je v současnosti limitován především povolenými způsoby lovu. Při osamělém způsobu lovu je lovec omezen vedle právní úpravy také přírodními podmínkami. Jelikož černá zvěř je zvěří noční pak při osamělém způsobu lovu připadá v úvahu, až na výjimky, lov zvěře v noci na čekané. Vzhledem k omezující právní úpravě, která zakazuje v § 45 zákona 2001 Sb. použít umělé světelné zdroje či „noční vidění“, pak připadá v úvahu pouze možnost nočního lovu na čekané při použití odpovídající střelecké a pozorovací techniky. Vezmeme-li reálnou možnost tohoto způsobu lovu pouze v období úplňku za příznivého počasí, bude se v ideálním případě jednat o přibližně 60 dnů ročně. Reálně se bude jednat spíše o polovinu této doby a to ještě za předpokladu, že zvěř se vyskytne na místě osvětleném měsíce a nebude ve stínu. O další neodhadnutelný počet dnů můžeme předpokládat prodloužení této doby při souvislé sněhové pokrývce. Má-li

⁵ HAVRÁNEK, F., JEŽEK, M., HUČKO, M. *O čem hovoří myslivecká statistika, 2010*, časopis Myslivost 10/2010, str.47

být tento způsob lovu úspěšný je třeba předem černou zvěř na vhodná místa vnaudit. Vzhledem k tomu, že černá zvěř je ostražitá a v době úplňku se měsícem osvětleným místům vyhýbá, je úspěšnost tohoto způsobu lovu sporadická. Možným řešením by bylo prolomit odmítavý postoj v právní úpravě představované § 45 zákona 2001 Sb. a legalizovat možnosti použití umělých světelných zdrojů a nočních vidění alespoň na dobu nezbytnou k dosažení snížení stavů černé zvěře. Rozšířila by se tak možnost celoročního lovu černé zvěře při zkvalitnění odstřelu a zvýšení bezpečnosti lovu.

Při společných lovech, kdy v úvahu připadá nahánka, nadhánka nebo nátlacka, je omezujícím prvkem snižování stavů černé zvěře především právní úprava. Jestliže před účinností právní úpravy vyhl. č. 134/1996 Sb. bylo možno lovit černou zvěř na společných lovech bez omezení věku, v současnosti je možno na společných lovech v souladu s ustanovením § 7 vyhl. č. 134/1996 Sb. lovit pouze selata a lončáky. Byť je toto ustanovení beze sporu motivováno ušlechtilým cílem zachovat dospělou zvěř pro další chov a snížit stavy přírůstků, dochází zde k zásadním pochybením a to jednak ze stany organizátorů a také střelců. Ze strany organizátorů je to zejména v lesních honitbách, kde uživatelé honitby často vyhovuje stav přemnožení černé zvěře, kladení důrazu na možnost lovu pouze selat, aby zachování stavu přemnožení nebylo ohroženo lovem lončáků a byl zajištěn další profit zejména z poplatkových lovů. Ze strany střelců zase dílem neznalost, obava z ulovení kusu staršího dvou let a také většinou příliš krátká doba k obeznání zvěře. Zde je nutno uvést, že černá zvěř ve stadiu lončáka při dobré výživě může být hmotnější, než zvěř tříletá, huře geneticky založená. Rozmezí věku 2 a 3 let je možno spolehlivě rozpoznat pouze podle chrupu. Správní orgány posuzují potom takový odlov poměrně přísně a sankce pro střelce, který při společném lovu ulovil kus černé zvěře starší dvou let, představuje obvykle ztrátu loveckého lístku a následně zbrojního průkazu

Na posledně uvedenou problematiku je třeba nazírat v širším pohledu. Výkon práva myslivosti se v některých, převážně lesních honitbách, kde se trvaleji vyskytuje černá zvěř stala výnosnou podnikatelskou činností, která je naprosto v rozporu se záměrem a filosofií právní úpravy myslivosti. V těchto honitbách je celý podnikatelský záměr postaven na neúměrně vysokých stavech černé zvěře a umožnění poplatkového odlovu buďto formou nahánek, nebo prodejem povolenek umožňujících osamělý, většinou celoroční odlov černé zvěře. Vychází se z předpokladu, který je reálný, že v lesích vysoké stavy černé zvěře nepůsobí větší škody na lesních kulturách. V těchto honitbách je přítomnost černé zvěře uměle ustálena a udržována celoročním zavážením většího množství zejména jaderných krmiv. Důsledkem je minimální migrace černé zvěře a vznik tzv. „polodivokých“ chovů, které se především v létě a na počátku podzimu v době vegetace přesunou do sousedních polních honiteb, působí tam škody na polních kulturách, což ovšem uživatele lesní honitby příliš netíží. V období nouze,

s končícím podzimem, se tato zvěř vrací zpět za potravou do lesních honiteb, kde přečkává za vydatného „stabilizačního krmení“ zimní a jarní období, aby se celý cyklus znovu opakoval. Vzhledem k možnostem rozsahu příspěvku zde problematika škod způsobených zvěří není zmiňována.

Jak z uvedeného vyplývá, je možno vyslovit názor, že současná právní úprava výkonu práva myslivosti nese významný podíl na současném negativním stavu, kterým je přezvěření černé zvěře. Restriktivními opatřeními, ztěžujícími lov černé zvěře posledních dvacet let a také absencí účinných ustanovení, které by ztěžujícími kořistnický způsob užívání honiteb ke škodě mnoha vlastníků polních honebních pozemků a uživatelů polních a smíšených honiteb se v této oblasti právní úpravy myslivosti jeví jistá nedostatečnost. V právní úprava také postrádá opatření které by účinně omezovalo navážení neúměrného množství krmiva do honiteb s cílem této honitbě vázat a kumulovat černou zvěř a v maximální míře omezit její migraci. Za tímto stavem je možno také vidět zjištěné partikulární a lobistické zájmy některých významných zájmových skupin. Právní úprava myslivosti je v současnosti jistě velmi citlivou záležitostí napříč celým politickým spektrem. Pokud připustíme úvahy de lege ferenda, může nastat stav, že neúnosná situace bude řešena bezohledným a drastickým snižováním stavů černé zvěře. Významnou změnu může také přinést snaha o snížení zákonné minimální výměry honiteb až na 150 ha, nebo „rozumná úprava“ stávajících právních předpisů umožňující původní možnosti lovu černé zvěře, podporu migrace a zamezení kumulace černé zvěře v lesních honitbách nadměrným příkrmováním.

Literature:

- WOLF, R., RAKUŠAN, C. Černá zvěř. Praha : Státní zemědělské nakladatelství, 1977, 204s.
- HAVRÁNEK, F., JEŽEK, M., HUČKO, M. O čem hovoří myslivecká statistika, 2010, časopis Myslivost 10/2010, str.47
- VODŇANSKÝ, M., KRČMA, J., ZABLOUDIL, F. Zhodnocení vývoje populace černé zvěře a vypracování návrhů na její účinnou regulaci, Brno, 2003, Institut ekologie zvěře, Veterinární a farmaceutické univerzity Brno, str.6

Contact – email

jirituza@volny.cz

RAŠELINA JAKO OBJEKT PRÁVNÍCH VZTAHŮ

ONDŘEJ VÍCHA

Ministerstvo životního prostředí, Praha

Abstract in original language

Cílem příspěvku je rozbor platné právní úpravy týkající se ochrany a využití rašeliny jakožto jednoho z významných prvků přírody. Autor nahlíží na rašelinu jako na objekt právních vztahů z pohledu mezinárodního práva, práva Evropské unie a zejména z hlediska vnitrostátního práva České republiky

Key words in original language

Rašelina; rašeliniště; Ramsarská úmluva; biomasa; významný krajinný prvek.

Abstract

The aim of this contribution is to analyse applicable legal provisions regarding prevention and use of peat which is important part of nature. Author focuses on peat as an object of legal relations from point of view of international law, european law and domestic Czech law.

Key words

Peat; Peatlands; Ramsar Convention; Biomass; Significant Landscape Element.

1. ÚVOD

Rašelina je nahromaděný, částečně rozložený rostlinný materiál, který obsahuje převážně organické látky a kyseliny. Rašelina vzniká v rašeliništích, které se také často lidově nazývají močály, blata, bažiny nebo slatě. Celosvětové zásoby rašeliny jsou 4 triliony m³ rašeliny, pokrývají 2% povrchu Země (asi 3 miliony km²) a je v nich uloženo cca 8 miliard terajoule (TJ) energie.¹

Rašeliniště jsou mokřadní biotopy se značnou produkcí rostlinné biomasy, která se však v důsledku nadměrného zamokření a nepříznivých podmínek pro rozkladné organismy nedostatečně rozkládá. V rašeliništi proto dochází k hromadění rostlinné organické hmoty.

¹ World Energy Council. Survey of Energy Resources 2007. Dostupné online (http://www.worldenergy.org/documents/ser2007_executive_summary.pdf).

Rašeliniště jsou biotopem celé řady různých živočichů, rostlin a hub. Vzhledem k tomu, že podmínky pro život jsou v rašeliništích mnohdy náročné (vysoká kyselost prostředí, relativně chladnější mikroklima, vysoká hladina podzemních vod), vyskytují se zde pouze některé druhy živočichů a rostlin, z nichž část je na rašeliniště zcela vázaná. Dominujícími rostlinami jsou rašeliníky a ploníky, kromě nich zde rostou keříčkovitá společenstva s borůvkou, brusinkou, vlochyní, klikvou bahenní nebo vřesem obecným. Rašeliniště bývají také často domovem masožravých rostlin (např. rosnatky okrouhlosté, rosnatky dlouholisté nebo tučnice obecné). Rašeliniště mají nezastupitelný význam pro reprodukci takových ptáků, jako je například jeřáb popelavý (*Grus grus*), slučka malá (*Lymnocyptes minimus*) nebo jespák bojovný (*Philomachus pugnax*). Podle vyskytujících se organismů, polohy nebo chemického složení lze rozeznávat tři typy rašelinišť (vrchovištní, slatinné a přechodné).

Rašelina se využívá jako palivo, prostředek pro zvýšení úrodnosti půdy, stelivo pro hospodářská zvířata či pro přípravu léčivých lázní. Rašelina byla původně těžena ručně tzv. borkováním, které bylo k rašeliništi relativně šetrné. S rozvojem techniky se však dostavila i průmyslová těžba rašeliny, která vede k jeho trvalému poškození nebo zániku.²

2. RAŠELINA Z HLEDISKA MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

V roce 1971 byla z iniciativy organizace UNESCO sjednána **Úmluva o mokřadech majících mezinárodní význam zejména jako biotopy vodního ptactva** (Ramsar, 1971).³ Ramsarská úmluva vstoupila v platnost dne 21.12.1975, k 31.10.2010 má 160 smluvních stran a Česká republika (resp. tehdejší ČSFR) se stala její smluvní stranou dne 2.7.1990.⁴

Hlavními předměty ochrany jsou mokřady a vodní ptactvo na mokřady vázané. Mokřady se v této úmluvě rozumí "*území s močály, slatinami,*

² Jedná se o frézování vrstev rašeliny na odvodněném rašeliništi. Rašeliniště se frézují v malých vrstvách (4-5 cm). Nafrézovaná rašelina se suší, obrací, shrnuje a nakonec sběracími vozy odváží na tzv. výložníky. Proces těžby se opakuje až do vytěžení ložiska. Průmyslová těžba rašeliny končí v okamžiku, kdy zbývá nad matečným podkladem 60 cm původní rašeliny. Těžbou pod tuto hranici by došlo k nežádoucím jevům (např. nepřiměřené zvýšení kyselosti půdy). Po dokončení průmyslové těžby je nutno vytěžené plochy rekultivovat. Rekultivace je možná např. lesnickou výsadbou, která má však za následek definitivní zničení rašelinného ekosystému. Další možností je přehrazení odvodňovacích kanálů, čímž dojde ke zvýšení hladiny spodní vody v rašeliništi a opětovnému nastartování rašelintvorného procesu.

³ Oficiální stránky Ramsarské úmluvy jsou dostupné online na <http://www.ramsar.org>.

⁴ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Úmluvy o mokřadech majících mezinárodní význam zejména jako biotopy vodního ptactva a Protokolu o její změně bylo publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 396/1990 Sb.

rašeliništi a vodami přirozenými nebo umělými, trvalými nebo dočasnými, stojatými i tekoucími, sladkými, braktickými nebo slanými, včetně území s mořskou vodou, jejíž hloubka při odlivu nepřesahuje 6 metrů".

Hlavním cílem Ramsarské úmluvy je celosvětová ochrana všech typů mokřadů, vzhledem k jejich významným ekologickým funkcím, ale též pro jejich hodnoty ekonomické, kulturní, vědecké a rekreační. Každý smluvní stát má povinnost určit nejméně jeden mokřad k zařazení do "Seznamu mezinárodně významných mokřadů", zabezpečit ochranu mokřadů na svém území a zapojit se do výměny informací o mokřadech. Konference smluvních stran Ramsarské úmluvy dále přijalo [v souladu s čl. 6 odst. 2 písm. d) Ramsarské úmluvy] několik doporučení smluvním stranám týkajících se ochrany a racionálního využití rašelinišť.⁵

V současné době je na seznamu mokřadů mezinárodního významu vedeno 1899 mokřadů o celkové rozloze 186 mil. ha. Česká republika má do seznamu zařazeno 12 mokřadů, mezi které mimo jiné patří Šumavské rašeliniště (3371 ha, zapsáno 1990), Krkonošská rašeliniště (230 ha, zapsáno 1993), Třeboňská rašeliniště (1100 ha, zapsáno 1993) nebo Krušnohorská rašeliniště (11224 ha, zapsáno 2006). Celková rozloha těchto lokalit je 54 656 ha. Ochrana mokřadů v České republice je zajištěna prostřednictvím jednotlivých kategorií zvláště chráněných území vyhlášených podle zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů. V případě rašelinišť se jedná o kategorii národní park (Šumavská rašeliniště a Krkonošská rašeliniště), chráněná krajinná oblast (Třeboňská rašeliniště), popř. přírodní rezervace nebo přírodní památka (Krušnohorská rašeliniště).

Z hlediska mezinárodního práva mají k rašelině a rašeliništím vztah i další mezinárodní smlouvy přijaté v oblasti ochrany přírody, jako jsou zejména **Úmluva o biologické rozmanitosti** (Rio de Janeiro, 1992),⁶ **Úmluva o ochraně evropských planě rostoucích rostlin, volně žijících živočichů a**

⁵ **Doporučení 6.1** (1996, COP6) o "ochraně rašelinišť" doporučilo smluvním stranám provést inventarizaci rašelinišť, vytvářet oblastně založené směrnice o správě rašelinišť nebo podporovat výzkum funkcí a nápravy rašelinišť. **Doporučení 7.1** (1999, COP7) o "rozumném využití rašelinišť" poskytlo návrh globálního akčního plánu pro racionální využití a správu rašelinišť. **Doporučení 8.3** (2002, COP8) žádá příslušné strany minimalizovat úbytek a podporovat nápravu těch rašelinišť, která jsou významnou zásobárnou oxidu uhličitého. Na základě **Doporučení 8.17** (2002, COP8) byla přijata Směrnice pro globální akci k rašeliništím (*Guidelines for Global Action on Peatlands - GAP*) a za účelem monitorování jejího provádění byl vytvořen koordinační výbor (CC-GAP).

⁶ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Úmluvy o biologické rozmanitosti bylo publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 134/1999 Sb.

přírodních stanovišť (Bernská úmluva, 1979)⁷ nebo **Úmluva o ochraně světového kulturního a přírodního bohatství** (Paříž, 1972).⁸

Vzhledem k vzrůstajícímu významu rašelinišť jakožto zásobárny (rezervoáru) oxidu uhličitého, který se zde ukládá, lze v této souvislosti zmínit i **Rámcovou úmluvu OSN o změně klimatu** (New York, 1992)⁹ a její **Protokol** (Kjóto, 1997).¹⁰ Rašeliniště lze považovat za rezervoár ve smyslu čl. 1 odst. 7 Rámcové úmluvy, podle kterého se rezervoárem rozumí ta část nebo ty části klimatického systému (tj. veškeré atmosféry, hydrosféry, biosféry a geosféry a jejich vzájemné ovlivňování ve smyslu čl. 1 odst. 3 Rámcové úmluvy), kde jsou skleníkové plyny nebo jejich prekurzory ukládány. Smluvní strany mají mimo jiné "*podporovat udržitelné hospodaření s místy propadu a rezervoáry všech skleníkových plynů, na něž se nevztahuje Montrealský protokol, včetně biomasy, lesů, oceánů, stejně tak jako ostatních pevninských, pobřežních a mořských ekosystémů, a ve vzájemné spolupráci podporovat jejich ochranu a rozvoj*".

3. RAŠELINA Z HLEDISKA PRÁVA EU

V právních aktech Evropské unie není problematika týkající se rašeliny upravena jednotně. Právní úprava ochrany rašeliny je řešena zejména v rámci ochrany biodiverzity. Základními právními akty EU v této oblasti jsou **směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/147/EU ze dne 30. listopadu 2009 o ochraně volně žijících ptáků**¹¹ a **směrnice Rady 92/43/EHS o ochraně přírodních stanovišť, volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin**,¹² které jsou základem pro vytváření celoevropské soustavy chráněných území NATURA 2000. Jedním z typů přírodních stanovišť, které jsou zahrnuty do této soustavy chráněných území, jsou také rašeliniště a slatiny.

⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o přijetí Úmluvy o ochraně evropských planě rostoucích rostlin, volně žijících živočichů a přírodních stanovišť bylo publikováno ve Sbírce mezinárodních smluv pod č. 107/2001 Sb.m.s.

⁸ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Úmluvy o ochraně světového přírodních a kulturního dědictví bylo publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 159/1991 Sb.

⁹ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Rámcové úmluvy OSN o změně klimatu bylo publikováno ve Sbírce mezinárodních smluv pod č. 80/2005 Sb.m.s.

¹⁰ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Kjótského protokolu k Rámcové úmluvě OSN o změně klimatu bylo publikováno ve Sbírce mezinárodních smluv pod č. 81/2005 Sb.m.s.

¹¹ Úř. věst. L 20, 26.1.2010, s. 7; jedná se o kodifikované znění směrnice Rady 79/409/EHS ze dne 2. dubna 1979 o ochraně volně žijících ptáků (Úř. věst. L 103, 25.4.1979, s. 1).

¹² Úř. věst. L 206, 22.7.1992, s. 7.

Na rašelinu lze nahlížet rovněž jako na energetickou nerostnou surovinu, která je zdrojem energie. Základním právním aktem EU v této oblasti je **směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/77/ES ze dne 27. září 2001 o podpoře elektřiny vyrobené z obnovitelných zdrojů energie na vnitřním trhu s elektřinou.**¹³ Účelem této směrnice je podporovat zvýšení příspěvku obnovitelných zdrojů energie k výrobě elektřiny na vnitřním trhu s elektřinou. Směrnice 2001/77/ES za obnovitelné zdroje energie považuje obnovitelné nefosilní zdroje energie (včetně biomasy a bioplynů). Biomasou se pro účely této směrnice rozumí "*biologicky rozložitelná část výrobků, odpadů a zbytků ze zemědělství (včetně rostlinných a živočišných látek), lesnictví a souvisejících průmyslových odvětví, a rovněž biologicky rozložitelná část průmyslového a komunálního odpadu.*"

Na těžbu rašeliny se vztahuje směrnice Rady 85/337/EHS ze dne 27. června 1985 o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí. Těžba rašeliny, pokud plocha místa přesahuje 150 hektarů, je záměrem, který podléhá posouzení vlivů na životní prostředí (příloha č. 1, bod 19 směrnice 85/337/EHS).

Na nakládání s odpadem z těžby, úpravy nebo skladování rašeliny se vztahuje **směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/21/ES ze dne 15. března 2006 o nakládání s odpady z těžebního průmyslu a o změně směrnice 2004/25/ES,**¹⁴ která stanoví „opatření, postupy a návody pro předcházení nepříznivým vlivům na životní prostředí způsobeným nakládáním s odpadem z těžebního průmyslu a z toho plynoucím rizikům ohrožení lidského zdraví nebo pro nejvyšší možné omezení takových vlivů, zejména pokud jde o vodu, ovzduší, půdu, rostliny, živočichy a krajinu“. Pro účely této směrnice se - na rozdíl od právní úpravy ČR - rašelina považuje za nerostnou surovinu či nerost. Tyto pojmy jsou v čl. 3 odst. 5 této směrnice definovány jako "přírodní ložisko organické nebo anorganické látky v zemské kůře, například energetická paliva, kovové rudy, průmyslové a stavební nerostné suroviny, s výjimkou vody". Na odpad vznikající při těžbě, úpravě a skladování rašeliny se však nevztahují články 7 a 8, čl. 11 odst. 1 a 3, článek 12, čl. 13 odst. 6 a články 14 a 16 této směrnice.

Na nakládání s odpady z těžby rašeliny se dále vztahuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/35/ES ze dne 21. dubna 2004 o odpovědnosti za životní prostředí v souvislosti s prevencí a nápravou škod na životním prostředí,¹⁵ která vytváří rámec odpovědnosti za životní

¹³ Úř. věst. L 283, 27.10.2001, s. 33.

¹⁴ Úř. věst. L 102, 11.4.2006, s. 15; k tomu blíže srov. *Vícha, O.*: Nejnovější přístupy EU k nakládání s těžebními odpady. *Ekologie a právo* č. 6/2007, str. 2-9.

¹⁵ Úř. věst. L 143, 30.4.2004, s. 357.

prostředí založený na zásadě "znečišťovatel platí" s cílem předcházet škodám na životním prostředí a napravovat je.

4. RAŠELINA Z HLEDISKA VNITROSTÁTNÍHO PRÁVA ČR

Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 44/1988 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství (horní zákon), ve znění pozdějších předpisů, se rašelina nepovažuje za nerost a na její ochranu a využívání se proto nevztahuje právní úprava obsažená v horním zákoně.¹⁶ Z daného ustanovení horního zákona lze rovněž dovodit, že na vyhledávání a průzkum rašeliny se nevztahují příslušná ustanovení zákona č. 62/1988 Sb., o geologických pracích, ve znění pozdějších předpisů¹⁷, týkající se vyhledávání a průzkumu výhradních ložisek.

Podle § 2 odst. 1 zákona č. 164/2001 Sb., o přírodních léčivých zdrojích, zdrojích přírodních minerálních vod, přírodních léčebných lázních a lázeňských místech a o změně některých souvisejících zákonů (lázeňský zákon), ve znění pozdějších předpisů, je rašelina považována za přírodní lázeňský zdroj - peloid (stejně jako slatina a bahno), který pokud má vlastnosti vhodné pro léčebné využití a je o něm Ministerstvem zdravotnictví vydáno osvědčení podle lázeňského zákona, vztahuje se na jeho využívání právní úprava obsažená v tomto zákoně a jeho prováděcích právních předpisech.

Poněkud překvapivě je právní úprava využívání rašeliny pro jiné než léčebné účely (na které se vztahuje lázeňský zákon) obsažena ve stále platných právních předpisech z let 1956-1957. Jedná se o zákonné opatření předsednictva Národního shromáždění č. 61/1956 Sb., o těžbě rašelin, a vyhlášku Ministerstva zemědělství a lesního hospodářství č. 151/1957 Ú.l., kterou se vydávají podrobnější předpisy o těžbě rašelin.¹⁸

¹⁶ Dané ustanovení platného horního zákona bylo převzato z dřívějšího horního zákona, konkrétně z § 2 odst. 2 písm. c) zákona č. 41/1957 Sb., o využití nerostného bohatství (horní zákon). Srov. Mráz, E.: Horní předpisy. Praha: Práce, 1959, str. 13.

¹⁷ Srov. Šponar, P., Vicha, O.: Zákon o geologických pracích a jeho prováděcí předpisy s komentářem, 1. vyd., Praha, ABF - nakladatelství ARCH, 2005.

¹⁸ Tyto právní předpisy se nevztahují na rašeliniště prohlášená za přírodní léčivý zdroj podle zákona č. 43/1955 Sb., o československých lázních a zřídlech (*právní úprava přešla na stávající lázeňský zákon, zákon č. 164/2001 Sb.*) a na rašeliniště o celkové výměře nepřesahující 0.50 ha, jež je ve vlastnictví (v užívání) jednotného zemědělského družstva nebo jednotlivce (§ 10 zákonného opatření č. 61/1956 Sb., § 21 vyhlášky č. 151/1957 Ú.l.).

Podle ustanovení § 1 odst. 1 vyhlášky č. 151/1957 Ú.l. jsou rašeliny definovány jako "*organické hmoty, které vznikly nedokonalým rozkladem rašeliništních rostlin a obsahují více než 50 % spalitelných látek*". Rašeliništěm se podle odstavce 2 téhož ustanovení rozumí "*přirozené ložisko rašelin o mocnosti rašelinné vrstvy nejméně 50 cm v neodvodněném stavu, nepočítaje v to vrstvu živého rostlinného krytu*".

Podle ustanovení § 2 odst. 1 shora citovaného zákonného opatření těžbu rašelin plánovitě řídí ministerstvo zemědělství a lesního hospodářství,¹⁹ které k tomu cíli zejména organizuje výzkum a průzkum rašelinišť a stanoví na základě výsledků průzkumu směrný plán využití rašelinišť. Dané ministerstvo dále podle ustanovení § 2 odst. 1 vyhlášky č. 151/1957 Ú.l. organizuje a provádí (v součinnosti s Československou akademií zemědělských věd) vyhledávání pozemků s ložisky rašelin a průzkum a výzkum rašelinišť. Podle odstavce 2 téhož ustanovení vyhlášky se průzkum a výzkum rašelinišť provádí podle plánů, které sestavuje výše uvedené ministerstvo (opět ve spolupráci s Československou akademií zemědělských věd). Dané ministerstvo rovněž vede jednotnou evidenci rašelinišť podle krajů (§ 7 výše zmíněné vyhlášky). Vyhláška č. 151/1957 Ú.l. dále mimo jiné upravuje náležitosti směrného plánu využití rašelinišť (§ 6), náležitosti žádosti o povolení k těžbě rašelin (§ 10), náležitosti projektu těžby rašelin a rekultivace rašelinišť (§ 11) nebo náležitosti plánu těžby rašelin a rekultivace rašelinišť (§ 12). Výkonné orgány krajských národních výborů pak podle § 2 odstavce 2 zákonného opatření č. 61/1956 Sb. zejména schvalují projekty a plány těžby rašelin a rekultivace rašelinišť a povolují těžbu, vykonávají bezprostřední dohled na správné provádění těžby rašelin a rekultivace rašelinišť a mohou nařídit těžebnímu podniku, aby zastavil těžbu rašelin a rekultivace rašelinišť nebo vyžadují-li to hospodářské důvody anebo jiný obecný zájem.

Právní úprava ochrany rašelinišť je zakotvena v zákoně č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (a to jak v rámci obecné ochrany přírody, tak i v rámci zvláštní ochrany). Podle ustanovení § 3 odst. 1 písm. b) tohoto zákona se všechna rašeliniště považují za významný krajinný prvek²⁰ a jako taková jsou chráněna před poškozováním a ničením. Významné krajinné prvky a jejich ochrana patří mezi základní nástroje obecné ochrany přírody a krajiny. Rašeliniště lze využívat pouze tak, aby nebyla narušena jejich obnova a nedošlo k ohrožení nebo oslabení

¹⁹ Vzhledem k tomu, že toto ministerstvo již neexistuje, vznikla otázka, kdo v současnosti plánovitě řeší těžbu rašelin, a kdo je vůbec ústředním orgánem státní správy pro takovou těžbu. Na základě poměrně složité právní analýzy došel Kindl k závěru, že kompetence ministerstva zemědělství a lesního hospodářství přešly na Ministerstvo zemědělství. Srov. Kindl, M.: Záhady kompetencí II – úvahy o rašelině. Právník č. 8/1997, str. 705-710.

²⁰ K tomu blíže srov. Miko, L. a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2005, str. 83 - 84,

jejich stabilizační funkce. K zásahům, které by mohly vést k poškození nebo zničení rašeliniště nebo ohrožení či oslabení jeho ekologicko-stabilizační funkce, si musí ten, kdo takové zásahy zamýšlí, opatřit závazné stanovisko orgánu ochrany přírody.²¹ K ochraně rašelinišť dochází rovněž prostřednictvím nástrojů zvláštní ochrany přírody a krajiny a vyhlášením jednotlivých kategorií zvláště chráněných území, které jsou vymezeny v § 14 odst. 2 zákona č. 114/1992 Sb. (národní parky, chráněné krajinné oblasti, národní přírodní rezervace, přírodní rezervace, národní přírodní památky a přírodní památky).

Z hlediska rašeliny jakožto energetické suroviny, která může být zdrojem energie, lze poukázat na právní úpravu obsaženou v zákoně č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve znění pozdějších předpisů, a v jeho prováděcích právních předpisech. Zákon č. 180/2005 Sb. upravuje - v souladu se směrnicí 2001/77/ES - způsob podpory výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů elektřiny a definuje pojmy obnovitelný zdroj energie nebo biomasa. Z ustanovení § 3 odst. 4 vyhlášky č. 482/2005 Sb., o stanovení druhů, způsobů využití a parametrů biomasy při podpoře výroby elektřiny z biomasy, ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že rašelina není druhem biomasy, která by byla předmětem podpory. Vyloučení rašeliny z předmětu podpory vyplývá z toho, že není biomasou, ale fosilním přírodním zdrojem. Rašelina sice vzniká i v současnosti, ale za biomasu, která je předmětem podpory, nelze rašelinu považovat především s ohledem na ochranu přírody.²²

Těžba rašeliny na ploše 150 ha a více je záměrem, který vždy podléhá procesu posouzení vlivů na životní prostředí (EIA) postupem upravených v zákoně č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o posuzování vlivů na životní prostředí), ve znění pozdějších předpisů (příloha č. 1, kategorie I, bod 2.3.). Těžba rašeliny na ploše do 150 ha je záměrem, který vyžaduje zjišťovací řízení podle tohoto zákona (příloha č. 1, kategorie II, bod 2.5.).²³

Zákon č. 157/2009 Sb., o nakládání s těžebním odpadem a o změně některých zákonů, považuje odpad vznikající při těžbě, úpravě nebo

²¹ § 4 odst. 2 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů.

²² Srov. Kloz, M., Motlík, J., Petržílek, P., Tužinský, M.: Využívání obnovitelných zdrojů energie. Právní předpisy s komentářem, Praha: Linde, 2007, str. 200.

²³ Srov. Dvořák, L.: Zákon o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. 1. vyd., Praha, ABF - nakladatelství ARCH, 2005.

skladování rašeliny za těžební odpad.²⁴ Osoby, které nakládají s těžebními odpady vznikajícími při těžbě, úpravě nebo skladování rašeliny, jsou povinny vypracovat plán nakládání s těžebními odpady a požádat o jeho schválení Ministerstvo zemědělství, které jej schvaluje v rámci povolování těžby rašeliny.²⁵ Pouze z tohoto ustanovení tak lze v současné době dovodit, že těžbu rašeliny povoluje Ministerstvo zemědělství; nejsou však stanovena pravidla pro vedení správního řízení o povolení těžby rašeliny, včetně chybějící úpravy postavení dotčených orgánů státní správy, náležitostí žádosti o vydání tohoto povolení, náležitostí povolení nebo doby jeho platnosti.

Na nakládání s těžebními odpady (včetně odpadů z těžby, úpravy nebo skladování rašeliny) se vztahuje rovněž zákon č. 167/2008 Sb., o předcházení ekologické újmy a o její nápravě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (bod 15 přílohy č. 1 k zákonu č. 167/2008 Sb.). Právnícké nebo podnikající fyzické osoby nakládající s tímto typem odpadu jsou proto povinny přijímat preventivní nebo nápravná opatření postupem podle tohoto zákona.²⁶

5. ZÁVĚR

Právní problematika ochrany a využití rašeliny není komplexně upravena v mezinárodním právu, právu EU ani ve vnitrostátním právním řádu ČR. Podle mého názoru by si rašelina - jako cenný přírodní zdroj - zasloužila komplexní novou právní úpravu týkající se jejího racionálního a k životnímu prostředí ohleduplného využívání, která by nahradila dosud platné (avšak obsolentní) právní předpisy pocházející z let 1956 a 1957. *De lege ferenda* by nová právní úprava měla jednoznačně stanovit základní práva a povinnosti subjektů nakládajících s rašelinou, působnost orgánů státní správy, výkon kontrolních oprávnění za účelem dodržování stanovených povinností a správní delikty pro případ jejich nedodržování. Při přípravě nové právní úpravy v České republice by bylo vhodné využít zejména doporučení přijatá na mezinárodní úrovni smluvními stranami Ramsarské úmluvy.

²⁴ § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 157/2009 Sb., o nakládání s těžebními odpady a o změně některých zákonů. Srov. Vícha, O.: K nové právní úpravě nakládání s těžebními odpady. *České právo životního prostředí* č. 2/2009 (26), str. 52.

²⁵ § 5 odst. 1 zákona a § 17 odst. 5 zákona č. 157/2009 Sb.

²⁶ Blíže srov. Stejskal, V., Vícha, O.: Zákon o předcházení ekologické újmy a o její nápravě s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti. Praha: Leges, 2008, 336 s.

Literature:

- Borovičková, H., Havelková, S.: Nástroje ochrany přírody a krajiny, Praha: Ministerstvo životního prostředí, Planeta č. 8/2005,
- Dvořák, L.: Zákon o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. 1. vyd., Praha, ABF - nakladatelství ARCH, 2005, ISBN 80-86905-01-2,
- Kindl, M.: Záhady kompetencí II – úvahy o rašelině. Právník č. 8/1997, str. 705-710,
- Kloz, M., Motlík, J., Petržílek, P., Tužinský, M.: Využívání obnovitelných zdrojů energie. Právní předpisy s komentářem, Praha: Linde, 2007, 511 s., ISBN 978-80-7201-670-9,
- Miko, L. a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2005, 543 s., ISBN 80-7179-904-1,
- Mnohostranné mezinárodní smlouvy, Díl 4. Příroda a krajina, Praha: Ministerstvo životního prostředí, 1997, 375 s.,
- Mráz, E.: Horní předpisy. Praha: Práce, 1959, 423 s.
- Quasnitzová, K., Hlaváček, J. (eds.): Česká republika a mnohostranné environmentální smlouvy v letech 2007 - 2009, Praha: Ministerstvo životního prostředí, Planeta č. 2/2008, ISBN 978-80-7212-478-7,
- Stejskal, V., Vícha, O.: Zákon o předcházení ekologické újmě a o její nápravě s komentářem, souvisejícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti. Praha: Leges, 2008, 336 s., ISBN 978-80-87212-07-3,
- Survey of Energy Resources, World Energy Council, 2007, ISBN 0 946121 26 5,
- Šponar, P., Vícha, O.: Zákon o geologických pracích a jeho prováděcí předpisy s komentářem, 1. vyd., Praha, ABF - nakladatelství ARCH, 2005, ISBN 80-86165-97-3,

- Vícha, O.: Nejnovější přístupy EU k nakládání s těžebními odpady. *Ekologie a právo* č. 6/2007, str. 2-9,
- Vícha, O.: K nové právní úpravě nakládání s těžebními odpady. *České právo životního prostředí* č. 2/2009 (26), str. 50-56.

Contact – email

Ondrej.Vicha@gmail.com

JINÉ SPRÁVNÍ DELIKTY PRÁVNICKÝCH OSOB A FYZICKÝCH OSOB PODNIKAJÍCÍCH NA ÚSEKU VODNÍHO HOSPODÁŘSTVÍ.

JOSEF ŽÁK

Ministerstvo životního prostředí České republiky

Abstract in original language

Příspěvek pojednává o jiných správních deliktech páchaných právníckými osobami nebo fyzickými osobami podnikajícími (dale jen FOPaPO) na úseku vodního hospodářství. První část příspěvku se věnuje teoretickým základům správního trestání. V další části příspěvku je vysvětlena a rozebrána právní úprava jiných správních deliktů FOPaPO na úseku vodního hospodářství v novele vodního zákona účinné od 1.8.2010 a také provedena komparace stávajícího stavu jiných správních deliktů FOPaPO podle slovenského vodního zákona a českého vodního zákona v kontextu s komunitárním právem Evropské unie (tzv. *acquis communautaire*). V závěru příspěvku jsou pak navrženy změny některých sankčních ustanovení vodního zákona, které by měly být *de lege ferenda* zahrnuty do návrhu další novely vodního zákona, protože z různých důvodů (např. kvůli tlaku lobbystických skupin) se do poslední novely vodního zákona nedostaly.

Key words in original language

Vodní zákon; úsek vodního hospodářství; současná právní úprava; vlastní zkušenosti se správními delikty; správní trestání; komunitární právo - *acquis communautaire*; Ministerstvo životního prostředí; Ministerstvo zemědělství; návrhy řešení *de lege lata*; návrhy řešení *de lege ferenda*.

Abstract

The report deals with the administrative torts committed by legal persons and self-employed persons in the sector of water management. The first part of this report deals about the administrative torts terms, functions, definitions used by various authors and the theoretical basics of the administrative punishment. The next part describes the administrative torts in valid water law on 1 August 2010 in the Czech republic and there is also the comparison of the Czech legal regulations concerning administrative torts with legal regulations concerning administrative torts in the Slovak water law in the context of the European Parliament and the Council of the European Union directive number 2000/60/EC from 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy – “*acquis communautaire*”. In the conclusion of the report, there are topics *de lege ferenda* directed at the improvement of the conditions of the administrative punishment for administrative torts in the Czech water law in the future.

Key words

Water law; sector of water management; the current legal regulation; practical experience with the administrative torts; administrative punishment; *acquis communautaire*; Ministry of Environment; Ministry of Agriculture; *topics de lege lata*; *topics de lege ferenda*.

1. Pojem správního trestání.

1.1. Pojem a funkce správního trestání.

Obecně je trestání rozhodování o vině a trestu za porušení práva – člení se na soudní trestání (soudní delikty) a správní trestání (správní delikty v obecné poloze).

Soudní delikty (trestné činy) se dále podle § 14 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů dělí na přečiny a zločiny. Přečiny jsou všechny nedbalostní trestné činy a ty úmyslné trestné činy, na něž trestní zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby do pěti let. Zločiny jsou pak všechny trestné činy, které nejsou podle trestního zákona přečiny; zvláště závažnými zločiny jsou ty úmyslné trestné činy, na něž trestní zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby nejméně deset let.

U soudních deliktů se používá akuzační (tj. obžalovací) princip a u správních deliktů inkviziční (tj. vyšetřovací) princip. Důkazní břemeno tu nese správní orgán.

Správní delikty v širším slova smyslu se pak *de lege lata* dělí podle Hendrycha I na:

přestupky,

jiné správní delikty fyzických osob postihované na základě zavinění,

jiné správní delikty právnických osob a fyzických osob podnikajících postihované zásadně bez ohledu na zavinění - (těmto se budu dále ve své práci podrobně věnovat),

správní disciplinární delikty,

správní pořádkové delikty.

Mnoho úsilí bylo věnováno snaze nalézt určitá objektivní pro stanovení hranice mezi soudními delikty a správní delikty tak, aby pozitivní právo pouze vycházelo z povahy a vnitřních znaků a rysů obou typů deliktů. Zde je možno shrnout, že právní teorie i praxe nenašla dosud obecně platnou hranici mezi oběma typy deliktů – ať už bylo použito kritérium objektu deliktu, závažnosti deliktu, kritérium difamace nebo stupně společenské nebezpečnosti (resp. společenské škodlivosti).

Veškerá činnost veřejné správy, včetně správního trestání, je vázaná zásadou legality (zákonosti). Čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod stanoví, že státní moc může být uplatňována jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví. Z formálního hlediska má zásadní význam právní zásada „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Z ní vyplývají požadavky, které byly formulovány a rozvedeny zejména v trestním právu (v současnosti běžná praxe správních soudů). Jedná se především o určité, jasné a přesné vyjádření skutkových podstat správních deliktů, zákaz retroaktivity přísnějšího zákona, zákaz analogie v neprospěch odpovědné osoby, komplexní úpravu základů odpovědnosti, uzavřený počet sankcí včetně hledisek pro výběr druhu a výměry sankce v konkrétním případě 2. Správní trestání má funkci preventivní, výchovnou a represivní. Správní trest by měl, nastoupit subsidiárně. Své místo má tam, kde jiné prostředky nevedou k cíli nebo jsou nedostatečné. Samotné potrestání je pak efektivní nikoli svou přísností, ale svou neodvratitelností. Do popředí vystupuje význam prevence, předcházení porušování právních povinností. Veřejná správa má působit svou nepřetržitou, pozitivní činností k odstraňování podmínek a příležitostí k páchání protiprávních jednání 3.

Skutkové podstaty správních deliktů v širším slova smyslu jsou obsaženy ve velkém množství právních předpisů (je jich cca 160). Jsou vyjádřeny obecněji než skutkové podstaty trestných činů. Typické pro legislativní vyjádření skutkových podstat správních deliktů je zejména:

zařazování obecných podstat (použití generální klauzule - např. dikce „neplní jiné povinnosti stanovené zákonem“)

častější výsky neurčitých, v zákoně nevymezených pojmů (např. „závažné porušení povinností“)

používání demonstrativních výčtů forem možného protiprávního jednání (např. „chová bez povolení zvláště chráněné živočichy“, „porušení povinností“, „řádné využití“ apod.)

využití blanketních a odkazovacích dispozic 4.

2. Správní delikty.

2.1. Obecné znaky správních deliktů.

Obecný pojem „správní delikt“ není legálně definován. Nauka správního práva ho používá jako souborný pojem zahrnující jednotlivé druhy správních deliktů, které se vyskytují v platné právní úpravě. V literatuře se správním deliktem označuje zpravidla protiprávní jednání, jehož znaky jsou stanoveny zákonem, za které ukládá správní orgán trest stanovený normou správního práva 5.

Obecnými znaky správního deliktu jsou objekt správního deliktu, subjekt správního deliktu, objektivní stránka správního deliktu a subjektivní stránka správního deliktu.

2.2. Objekt správního deliktu.

Objektem deliktu je právem chráněný zájem (jev, společenský vztah), proti němuž směřuje protiprávní jednání. Takovýmto chráněným zájmem může být např. majetek, zdraví, životní prostředí a další 6.

Až na zcela ojedinělé výjimky je objektem správních deliktů pořádek ve veřejné správě, resp. její řádný výkon 7.

2.3. Subjekt správního deliktu.

Subjektem správního deliktu je ten, kdo ohrozil nebo porušil právem chráněný zájem a kdo má současně přiznanou způsobilost k protiprávnímu jednání (deliktní způsobilost) 8. Deliktní způsobilost fyzické osoby je obecně vázána na dosažení určité rozumové a volní vyspělosti odpovídající zpravidla určitému věku a na zachování schopnosti ovládnout své jednání (volní složka) a posoudit jeho následky (intelektuální složka), přičemž obě hlediska musí být splněna současně, a to v době spáchání deliktu. Přestupkový zákon např. váže deliktní způsobilost pachatele přestupku na dosažení patnáctého roku věku a na jeho přičetnost.

Pro posouzení deliktní způsobilosti fyzických osob – pachatelů jiných správních deliktů lze analogicky použít ustanovení přestupkového zákona.

Některé správní delikty vyžadují zvláštní vlastnosti, postavení či způsobilost pachatele (tzv. speciální subjekt) – např. sem patří i jiné správní delikty fyzických osob podnikajících na úseku vodního hospodářství. Jestliže tedy ke spáchání správního deliktu zákon vyžaduje zvláštní způsobilost pachatele, může jím být pouze osoba, která tuto způsobilost má. Vznik této zvláštní způsobilosti pak může být vázán na podmínky (včetně věku) odlišné od obecných podmínek vzniku deliktní způsobilosti.

Deliktní způsobilost právnické osoby je spojena s její existencí. Vznik právnické osoby upravují zákony. Pokud se zapisují do obchodního rejstříku, vznikají dnem, ke kterému jsou zapsány, a zanikají výmazem z tohoto rejstříku. Některé právnické osoby mohou vznikat a zanikat přímo ze zákona nebo jiným způsobem pokud tak zákon stanoví 9.

2.4. Objektivní stránka správního deliktu.

Objektivní stránka správního deliktu zahrnuje tři znaky: protiprávní jednání, škodlivý následek takového protiprávního jednání a příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním a škodlivým následkem (tzv. kauzální nexus). Protiprávní jednání je projev lidské vůle ve vnější realitě. Je jím konání i

opomenutí takového konání, k němuž byla odpovědná osoba podle okolností a svých poměrů povinna. Rozsah povinností jednat je dán zákonem. Ze znaků skutkové podstaty vyplývá, že některé správní delikty mohou být spáchány pouze konáním, jiné pouze opomenutím.

U právnické osoby, kde nelze mluvit o vlastní vůli právnické osoby jako celku, jde o jednání fyzických osob (pracovníků, členů apod.), kteří plní úkoly právnické osoby, pokud jde o jejich činnost v rámci plnění těchto úkolů. Jejich jednání se přičítá právnické osobě jako celku.

Protože znakovým správního deliktu je jednání ve smyslu projevu lidské vůle, nelze uplatňovat u právnické osoby odpovědnost tam, kde došlo k protiprávnímu stavu v důsledku události (např. živelné pohromy)¹⁰.

Škodlivý následek spočívá v porušení nebo ohrožení právem chráněného zájmu. Znamená újmu, kterou rozumíme zánik nebo oslabení objektu právního vztahu v důsledku protiprávního jednání subjektu právního vztahu. Škodlivý následek nelze ztotožňovat se škodou. Porucha a ohrožení mohou být újmami majetkové a nemajetkové povahy. (škodou je pak pouze majetková újma, která je vyčíslitelná v penězích).

Příčinná souvislost je objektivní vztah mezi protiprávním jednáním jako příčinnou a škodlivým následkem jí vyvolaným. Příčinou je takové protiprávní jednání, bez něhož by škodlivý následek nenastal (*conditio sine qua non*)¹¹.

2.5. Subjektivní stránka správního deliktu.

Subjektivní stránka správního deliktu spočívá ve vnitřním psychickém vztahu subjektu k jeho protiprávnímu jednání a následku tohoto jednání. Spadá do ní kromě složky emotivní i nejvýznamnější její znak, jímž je zavinění. Zaviněním se rozumí vnitřní, psychický stav pachatele správního deliktu k jeho vlastním protiprávnímu jednání a k škodlivému následku tohoto jednání. Zavinění v základních rysech zahrnuje i příčinnou souvislost. Teoretické základy pojmu zavinění řeší především věda trestního práva a kriminalistika.

Na vztah člověka k jeho jednání je nutno nahlížet jak z jeho intelektuální, tak z jeho volní složky. Z hlediska různého promítnutí těchto složek pak rozlišujeme následující formy a druhy (stupně) zavinění:

Úmysl (*dolus*)

 přímý (*directus*)

 nepřímý, eventuální (*indirectus, eventualis*)

Nedbalost (*culpa*)

vědomá (luxuria)

nevědomá (negligentia). 12

Podrobněji se zde ve svém příspěvku nebudu zaviněním dále zabývat, protože můj příspěvek je zaměřen speciálně na jiné správní delikty FOPaPO postihované zásadně bez ohledu na zavinění.

3. Správní uvážení.

Velká většina pokut za jiné správní delikty FOPaPO postihované zásadně bez ohledu na zavinění podle vodního zákona se ukládá pomocí tzv. správního uvážení (až na výjimky: např. pokuta za nepovolený odběr podzemních nebo povrchových vod se vypočte jako násobek nedovoleně odebraného množství vyjádřeného v m³ krát sazba za 1 m³ nedovoleně odebraného množství vody, která činí u povrchových vod 10 až 40,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebraného množství povrchové vody a u podzemních vod je to 25 až 70,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebraného množství podzemní vody).

Legální definici správního uvážení bychom v pozitivním právu hledali marně. Správní uvážení je sice včleněno do řady právních předpisů, avšak zákonodárce je výslovným označením v textu právních předpisů neopatřuje a k jeho identifikaci je nutno dospět interpretací, což navozuje občasnou obtížnou či spornou identifikovatelnost správního uvážení při interpretaci a aplikaci příslušných právních norem.

Správní uvážení není tedy sice právně definováno, avšak právní teorie se shoduje na jeho obecné charakteristice nebo snad definici.

Podle tradice je představováno situací (nebo uplatněním legislativně – technického prostředku), kdy se vznikem nebo existencí různých podmínek (skutkovým stavem) nespojuje příslušné ustanovení právního předpisu nutnost nastoupení jediného možného právního následku, a naopak ponechává subjektu vykonávajícímu veřejnou správu určitý (menší či větší) prostor pro volbu určitého řešení, resp. rozhodnutí 13.

Podle anglosaské a také francouzské tradice bývá také pro správní uvážení používáno označení diskreční pravomoc.

Správní uvážení prostorem relativní volnosti vytváří oblast či problematiku náročnou jak pro moc zákonodárnou, moc výkonnou i moc soudní, a činí v tom ohledu jejich vztahy značně komplikovanými 14. Správní soudy pak často zkoumají „nepřekročení“ mezi správního uvážení nebo i jeho „zneužití“, viz § 78 odst. 1 s.ř.s.

Správní uvážení je neoddelitelnou součástí činnosti veřejné správy - zejména správního trestání. Správní uvážení nacházíme v dispozicích nebo sankcích právních norem. Pokud jde konkrétně o zařazení správního uvážení v rámci sankční pravomoci, může být založena možnost od sankce upustit, a dále ukládat sankce v rozmanitých formách, nejčastěji peněžitých pokut, opět ve velmi rozmanitých mezních hodnotách, někdy dokonce se stanovenou dolní sazbou.

Při právně interpretačně - aplikační činnosti ve veřejné správě (tj. při aplikaci správního uvážení na konkrétní správní delikt) by měl správní orgán při stanovení výše pokuty v první řadě zohlednit zákonná hlediska o jejichž neplnění se opírá skutková podstata správního deliktu podle *lex specialis*, dále je nutno uvést ta ustanovení *lex specialis* (zvláštního zákona) kde jsou uvedeny polehčující a přitěžující hlediska tohoto druhu správního deliktu, které je nutné podrobně rozvést a zdůvodnit při stanovení výše pokuty pomocí správního uvážení. Většina zvláštních zákonů (a vodní zákon v tomto směru není výjimkou) nestanoví většinou taxativní výčet všech hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlídnout, nýbrž pouze příkladný výčet, kdy z řady možných a v úvahu přicházejících hledisek zmiňuje pouze některá. Takováto právní úprava pak váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí správní orgán zabývat vždy (avšak nikoli pouze jimi), když vedle toho správnímu orgánu ponechává na jeho úvaze, zda přihlídně ještě k hlediskům dalším, v zákoně přímo neuvedeným, leč pro projednávaný případ významným 15. V druhé řadě by měl správní orgán na daný případ interpretovat a aplikovat požadavky z pohledu *lex generalis*, tj. subsidiárně použitého správního řádu, zejména pak ust. § 2 správního řádu týkající se hlavních zásad správního řízení, § 50 a násl. správního řádu týkající se podkladů pro vydání rozhodnutí a dokazování a § 68 a násl. správního řádu týkající se náležitostí rozhodnutí. V třetí řadě by měl správní orgán na daný případ aplikovat relevantní soudní judikaturu z poslední doby, zabývající se obdobnými případy.

Aplikace a interpretace právních předpisů při posuzování každého jednotlivého případu správního deliktu je složitý proces a komplexní pohled na tuto problematiku, tak jak shora uvedeno, je v první instanci výjimkou. Zejména proto bylo navrženo v návrhu Kodexu správního trestání, aby tato složitá sankční správní řízení mohli vést toliko pracovníci úřadu s magisterským právním vzděláním. Na druhé straně nutno konstatovat, že zase mají o něco jednodušší práci advokáti, při obhajobě svých klientů (FOPaPO) v těchto sankčních správních řízeních.

3.1. Rozdíl mezi správním uvážením a neurčitými právními pojmy.

Správní uvážení je nutno odlišit od tzv. neurčitých právních pojmů jako jsou výrazy: veřejný zájem, veřejný pořádek, přiměřená lhůta, zdravé životní podmínky apod. Neurčité právní pojmy definuje D. Hendrych jako pojmy, jejichž obsah nelze přesně jevově vymezit a dostatečně právně definovat¹⁶.

Pro zařazení neurčitých právních pojmů do právních předpisů je využívána jiná technika než u správního uvážení. Používá se slov nebo sousloví, jejichž obsah a rozsah není ze samotného jejího znění přesně definovatelný. Mají sloužit k řešení problémů klasifikace a event. subsumpce některých jevů nebo situací, pro které připadá v úvahu uplatnění rozhodovací pravomoci veřejné správy 17.

Společným znakem obou pojmů (tj. správního uvážení a neurčitých právních pojmů) je prostor daný zákonem a nikoliv neomezený. V ostatních znacích se oba pojmy liší, a to by mělo být důvodem pro rozdílný přístup při jejich aplikaci ze strany správních orgánů i ze strany soudního přezkoumání jejich použití, kdy by se u jevu prvního, tedy správního uvážení, měla zohledňovat jeho povaha faktoru určujícího rozsah, obsah a také kvalitu (správnost) rozhodnutí veřejné správy, a u druhého, tedy neurčitého právního pojmu, měla zohledňovat jeho zejména posuzovací (ve vztahu k otázce faktů) a subsumpční povaha.

Podle konstantní judikatury je povinností správního orgánu, který neurčitý pojem aplikuje, aby jej vyložil, alespoň rámcově objasnil jeho význam a obsah a popsal, jakým procesem k určitému závěru dospěl.

Neboli rubem diskrečního oprávnění správního orgánu je povinnost správního orgánu volné úvahy užít 18.

Zásadně přitom nepostačuje pouhé obecné konstatování, že ta která činnost nebo jev odpovídají neurčitému pojmu, tedy jsou závažné, nebezpečné, ve veřejném zájmu apod. Tento postup je věcí aplikujícího správního orgánu, který se této povinnosti nemůže zbavit tím, že ponechá hodnocení znaleckému posudku, jímž ostatně ani nemusí být vázán. Nerespektování těchto požadavků vyvolává nebezpečí nezákonnosti, libovůle a zneužívání moci.

Jednou z kardinálních otázek je způsob interpretace neurčitých právních pojmů. Jak připomíná P. Holländer, zásadní význam pro metodologii výkladu kontinentálně evropského práva měl F. C. von Savigny, podle něhož, ve stručnosti řečeno, je třeba neurčitost pojmu odstranit předně tím, že se bude shledávat speciální smysl či důvod právní úpravy, a chybí-li nebo jestliže jej interpretující orgán nebude moci nalézt, pak bude třeba výklad opřít o obecný smysl, jakým je rovnost, spravedlnost, svoboda apod. Z těchto zásad vycházel prvorepublikový Nejvyšší správní soud, když konstatoval, že neurčitý pojem je nutno vykládat nejprve ze speciálního zákona, a teprve pokud by tento neposkytl potřebnou oporu nebo zůstal nejasný, je třeba sáhnout k obecnému zákonu. Ve stejném duchu se ubírá i judikatura Ústavního soudu. V souvislosti s neurčitými pojmy je pravidelně zmiňován též institut správního uvážení, či podle některých volného uvážení. To, co je pro ně společné je, že vyžadují interpretaci. 19

4. Jiné správní delikty fyzických osob podnikajících a právnických osob postihovaných zásadně bez ohledu na zavinění.

Obecně lze tento druh správního deliktu vymezit jako protiprávní jednání fyzických osob podnikajících a právnických osob, jehož znaky jsou stanoveny zákonem, za které ukládá správní orgán sankci stanovenou tímto zákonem.²⁰

Uplatňuje se zde zvláštní druh správně právní odpovědnosti, a to objektivní správně právní odpovědnost bez ohledů na zavinění.

Správně právní odpovědnost za jiné správní delikty fyzických osob podnikajících a právnických osob ve smyslu platné právní úpravy je dokladem toho, že správně právní odpovědnost jako celek je vnitřně výrazně strukturovaný systém odpovědnosti za jednotlivé druhy správních deliktů, a to s výraznými odlišnostmi.

Zatímco u přestupků spáchaných fyzickými osobami platí tzv. subjektivní správně právní odpovědnost - zkoumají se zde různé formy zavinění (úmyslné a z nedbalosti). Správní úřad pak zkoumá i materiální znak přestupku (stupeň společenské škodlivosti, která je důležitá pro rozlišení přestupku a trestného činu) a formální znak přestupku (typové znaky, tj. znaky skutkové podstaty přestupku apod.). Od uložení sankce za přestupek je možné za splnění určitých podmínek ustoupit.

Naprosto odlišným způsobem je však posuzováno správní trestání správních deliktů právnických osob a fyzických osob podnikajících postihovaných zásadně bez ohledu na zavinění. Nezkoumá se zde, který pracovník právnické osoby spáchal správní delikt, ale uplatní se tzv. objektivní správně právní odpovědnost. Konstrukce objektivní správně právní odpovědnosti bez zavinění je odůvodňována teoretickými i praktickými důvody. Je to hlavně snaha zjednodušit postavení správního úřadu při ukládání sankcí právnickým osobám. Zjišťování a dokazování zavinění v situaci, kdy porušení povinností právnickou osobou je často výsledkem činnosti řady jednotlivců (jejichž složení se navíc průběhem doby mění) je velmi obtížné, otázka podílu jednotlivců na protiprávním jednání, zejména ve vztahu vedoucích pracovníků a jejich podřízených pracovníků, je vždy problematická ²¹. Tento druh jiného správního deliktu (někdy se označují také jako správní delikty „smíšené“ nebo „hybridní“) v současné době upravuje cca 80 zákonů. Sankcí ukládanou za tento jiný správní delikt je téměř výlučně peněžité trest – pokuta.

Za základ správně-právní odpovědnosti je tudíž považováno protiprávní jednání subjektů správního práva, za které lze uložit správně-právní sankci. Takové protiprávní jednání je označováno jako správní delikt a správně-právní odpovědnost je tudíž odpovědností za správní delikty. Účelem nebo smyslem správně právní odpovědnosti je poskytnout ochranu normám správního práva, a to v případě porušení povinností z nich vyplývajících ²².

V poslední době probíhají úvahy a diskuse o tom, zda by se neměla novelami zvláštních zákonů zrušit objektivní správně právní odpovědnost u jiných správních deliktů FOPaPO a nahrazovat ji subjektivní správně právní odpovědností – tedy obdobně jako u přestupků. To by podle mého názoru nebylo správné ani rozumné, protože narozdíl od fyzických osob, kterým hrozí sankce jak za přestupek, tak i za jiný správní delikt nebo dokonce za trestný čin, tak právníkům osobám hrozí ze všech možných druhů trestání pouze sankce za jiný správní delikt. Trestní odpovědnost právníků osob, už v prvním čtení dne 4.11.2004. Nedávno (tj. květen 2010) vzešel nový návrh tohoto zákona o trestní odpovědnosti právníků osob ze strany Ministerstva spravedlnosti, který byl rozeslán do meziresortního připomínkového řízení. Pokud by se prosadila subjektivní správně právní odpovědnost i u jiných správních deliktů FOPaPO - tak by to v praxi znamenalo konec správního trestání jiných správních deliktů FOPaPO na úseku vodního hospodářství, protože by se velmi těžko prokázalo zavinění FOPaPO. Domnívám se také, že u dalších zvláštních zákonů, kde by byla prosazena subjektivní správně právní odpovědnost u jiných správních deliktů FOPaPO místo stávající objektivně správně právní odpovědnosti by tento stav byl nutně obdobný.

4. 1. Souběh správních deliktů.

Jednočinný souběh. Jedná se o případ, kdy obviněný ze správního deliktu jedním skutkem spáchá více správních deliktů.

Podle aplikace právní zásady „ne bis in idem“ – právo nebýt souzen nebo potrestán dvakrát za týž čin – ve smyslu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je tedy na místě vztáhnout jak na činy patřící podle českého právního řádu mezi trestné činy (tj. přečiny a zločiny), tak i na činy spadající mezi přestupky a správní delikty, a to ve všech kombinacích, které mezi nimi přicházejí v úvahu 23. Správní soudy však v souladu s dispoziční zásadou přihlédnou k této námitce žalobce jen když ji v žalobě uplatní.

Vícečinný souběh. Obviněný spáchá více skutky více správních deliktů. Dá se postupovat podle:

zásady kumulativní - tj. sankce se sečtou (tento způsob je nesprávný),

zásady absorpční - správní orgán uloží sankci podle nejpřísněji postižitelného deliktu, analogicky s přestupky. V judikátech správních soudů z poslední doby se často setkáme s uplatněním analogie u trestání správních deliktů, a to buď s přestupky, nebo s trestnými činy. Vždy se ale jedná o využití analogie v souladu se zásadou „in dubio pro reo“ (tj. v případech nejasností ve prospěch obviněného ze správního deliktu).

Ukládá – li však více různých orgánů samostatnou sankci - tak může uložit každý z těchto různých orgánů vlastní sankci.

O souběh nejde když:

Skutkové podstaty jsou základní a kvalifikované. Obviněný ze správního deliktu – se nemůže se dopustit obojího najednou) nebo když,

skutkové podstaty jsou obecné a zvláštní (kdy speciální skutková podstata vylučuje obecnou) nebo když se jedná o tzv.

alternativní skutkové podstaty - „buď a nebo“ (např. zákon o odpadech - „kdo likviduje odpady bez řádu nebo proti němu“)

4.2. Stručný historický exkurs do správního trestání podle vodního práva v českých zemích od středověku dodnes.

Vztahy k vodě, jako základní složce životního prostředí a nezbytné podmínce pro biologický život i život lidské společnosti, byly odpradávná předmětem právní úpravy. Vodní právo vždy u nás patřilo a stále patří mezi nejlépe propracované, ale zároveň i nejsložitější právní disciplíny mezi zákony upravujícími právo životního prostředí.

Přeskočme Římské právo, které ovlivnilo v Čechách např. tzv. Vladislavské zřízení zemské z roku 1500, které stanovilo v čl. 552, že splavné řeky stejně jako silnice jsou podle starodávného obyčeje statkem obecným. Další vodoprávní předpisy pak obsahovaly tzv. mlýnské řády z 16. století. Vodní právo obsahoval i Rakouský všeobecný zákoník z roku 1811, když rozlišoval vody dvojího druhu, a to vody veřejné a vody soukromé. Prvním uceleným vodoprávním předpisem platným i na našem území byl vodní řád z roku 1850 (tzv. Wasserordnung).

Zastavme se u Říšského vodního zákona, který vyšel v Říšském zákoníku pod č. 93/1869. Byl to tzv. rámcový zákon – jednotlivé země Rakousko – Uherska měly právo podle ust. §§ 18, 25 a 27 vydat podrobnější i poněkud odlišné vodoprávní předpisy – zemské vodní zákony (celkem tehdy bylo 17 zemí v Rakousko – Uhersku). V zemi České byl přijat český zákon zemský č. 71/1870 čes. z. z. V zemi Moravské byl přijat moravský zákon zemský č. 65/1870 mor. z. z. a v zemi Slezské, slezský zákon zemský č. 51/1870 slez. z. z. Prováděcí předpisy k těmto zákonům byly vydány ministerskými nařízeními v roce 1870.

Např. v částce páté moravského zemského zákona č. 65/1870 mor. z. z. nazvané

„O přestupcích a trestech“, konkrétně v ust. §§ 70 až 74, bylo zakotveno trestání fyzických osob. Jednalo se o přestupky, spočívající v poškozování a porušování vodních zařízení. Viník byl potrestán příslušným politickým úřadem peněžitou pokutou od 5 zl. do 150 zl. Nebylo – li možné pokutu na

vinném vymoci – měla se pokuta změnit v trest vězení, přičemž vždy 5 zl. obnášelo 1 den vězení.

Tyto tři zemské vodní zákony platily odděleně na dnešním území České republiky až do roku 1942, kdy byla vládním nařízením č. 305/1942 rozšířena platnost čes. zem. zákona č. 71/1870 na celé území Čech, Moravy a Slezska. Tento zákon pak platil až do roku 1955, kdy byl vydán zákon č. 11/1955 Sb., o vodním hospodářství, ve znění pozdějších předpisů. Teprve vodní zákon z roku 1955 odstranil právní dualismus, kdy předchozí právní předpisy na úseku vodního hospodářství v českých zemích vycházely z práva římského a právní úpravy na území Slovenska z práva uherského 24.

V sedmdesátých letech pak byl v socialistickém Československu schválen zákon č. 130/1974 Sb., o státní správě ve vodním hospodářství, ve znění pozdějších předpisů a vodní zákon č. 138/1973 Sb., o vodách, ve znění pozdějších předpisů. Správní sankční úprava v těchto hmotně právních předpisech vycházela z ustanovení § 47 zákona č. 138/1973 Sb., a dále také z ustanovení § 24 zákona č. 130/1974 Sb., hlavně však z prováděcího předpisu k těmto zákonům, a to z nařízení vlády č. 26/1975 Sb. Procesně se pak při udělování sankcí postupovalo podle tehdy platného správního řádu – zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů. Citované zákony pak byly s účinností od 1.1.2002 nahrazeny jediným zákonem, a to zákonem č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, který po několika novelizacích platí dodnes.

5. Skutkové podstaty jiných správních deliktů fyzických osob podnikajících a právnických osob postihovaných zásadně bez ohledu na zavinění podle novely vodního zákona účinné od 1.8.2010.

Vládním návrhem novely vodního zákona, byl sněmovní tisk číslo 895/0, který byl na pořadu 75. schůze Poslanecké sněmovny, která začala dne 9.3.2010. Novela vodního zákona pak byla zařazena na pořad 18. schůze Senátu, která začala dne 21.4.2010. V současné době (ke dni 30.10.2010) je už novela vodního zákona schválena Senátem (dne 23.4.2010), podepsaná prezidentem České republiky (dne 10.5.2010), byla též publikována dne 21.5.2010 ve Sbírce zákonů pod č. 150/2010 Sb., a je účinná od 1.8.2010. Pod číslem 273/2010 Sb., vyšlo ve Sbírce zákonů také úplné znění vodního zákona.

V novele vodního zákona upravené pozměňovacími návrhy Poslanecké sněmovny byly navrženy výrazné změny správního trestání na úseku vodního hospodářství, které vycházejí z „dílny“ Ministerstva vnitra. Hlava XII nazvaná „Správní delikty“ upravující správní delikty v širším slova smyslu, byla kompletně přepracována, a to podle metodiky Ministerstva vnitra pro úpravu správního trestání, včetně principu chápání sankce jako řešení ultima ratio. Byla opuštěna myšlenka kodifikace správního trestání na úseku životního prostředí a nově byly do vodního zákona také zařazeny i

skutkové podstaty přestupků na úseku vodního hospodářství, které tak byly vyňaty ze zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů. Nově pak mají přestupky na úseku vodního hospodářství obdobné skutkové podstaty jako o správní delikty FOPaPO. Dále byly novelou vypuštěny některé sankce za porušení těch povinností, které jsou dle názoru Ministerstva vnitra buď proklamativní nebo nevymahatelné.

Byl zaveden nově speciální druh pokuty, a to tzv. pořádkový delikt podle nového ust. §114a vodního zákona:

§ 114a

Osobě, která neumožní vodoprávnímu úřadu nebo České inspekci životního prostředí kontrolu podle § 114 tím, že neumožní vstup či vjezd na pozemek nebo vstup do objektu, neumožní odběr vzorků, neposkytne požadované doklady, údaje a vysvětlení, nebo v potřebném rozsahu při provádění kontroly nespolupracuje, lze uložit pořádkovou pokutu do 200 000,- Kč. Pořádková pokuta může být uložena i opakovaně. Úhrn takto uložených pořádkových pokut nesmí přesáhnout částku 2 000 000,- Kč. Příjem z pořádkových pokut je příjmem rozpočtu, ze kterého je hrazena činnost správního orgánu, který pokutu uložil.

V praxi se vyskytovaly poměrně časté případy, kdy při vodoprávním dozoru podle ust. § 114 vodního zákona došlo k tomu, že kontrolované subjekty nespolupracovaly a byly přitom těžko postižitelné. Nyní za tento pořádkový delikt lze uložit pokutu až do výše 200 000,-Kč, a to celkem jednoduše podle ust. § 65 odst. odst. 5 správního řádu, kdy prvním krokem vůči obviněnému z pořádkového deliktu je rozhodnutí o pokutě.

Rozvržení pokut za správní delikty FOPaPO provedené novelou vodního zákona sice vychází v základu ze stávajících sankcí, ale v některých případech byly pokuty s ohledem na stávající správní praxi upraveny. Zdá se, že Ministerstvo vnitra tak definitivně upouští od svého záměru vytvořit Kodex správního trestání a naopak snaží se své nové principy správního trestání včlenit pomocí novel do stávajících hmotněprávních předpisů.

Jak již bylo shora řečeno, tak první díl marginální rubriky „Správní delikty“ v hlavě XII. vládního návrhu novely vodního zákona se zabývá kodifikací přestupků na úseku vodního hospodářství od ust. § 116 do ust. § 125 vládního návrhu novely vodního zákona (včetně).

Druhý díl marginální rubriky „Správní delikty“ v hlavě XII. vládního návrhu novely vodního zákona se zabývá od ust. § 125a do ust. § 125l správními delikty FOPaPO na úseku vodního hospodářství v užším slova smyslu.

Díl 2

Správní delikty právnických a podnikajících fyzických osob

§ 125a

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že

- a) nedodrží rozhodnutí nebo opatření obecné povahy vydané za účelem úpravy, omezení nebo zákazu obecného nakládání s povrchovými vodami podle § 6 odst. 4,
- b) nakládá s povrchovými nebo podzemními vodami podle § 8 odst. 1 bez povolení k nakládání s vodami,
- c) provede činnost podle § 14 odst. 1 bez povolení vodoprávního úřadu nebo v rozporu s ním,
- d) v rozporu s § 16 odst. 1 nebo 2 vypustí bez povolení vodoprávního úřadu do kanalizace odpadní vody s obsahem zvláště nebezpečné závadné látky,
- e) provede stavbu, zařízení nebo činnost podle § 17 odst. 1 bez souhlasu vodoprávního úřadu nebo v rozporu s ním,
- f) poruší zákaz podle § 28 odst. 2,
- g) poruší zákaz podle § 30 odst. 7 nebo 8,
- h) neprovede technické opatření nebo užívá pozemky nebo stavby v rozporu s opatřením obecné povahy podle § 30 odst. 10,
- i) nedodrží akční program ve zranitelné oblasti podle § 33 odst. 2,
- j) vypustí ryby nebo jiné vodní živočichy nepůvodních, geneticky nevhodných nebo neprověřených populací přirozených druhů do vodního toku nebo vodní nádrže v rozporu s § 35 odst. 3,
- k) vypustí důlní vody do vod povrchových nebo podzemních v rozporu s § 38 odst. 3,

- l) v rozporu s § 39 odst. 1 neučiní při zacházení se závadnými látkami přiměřená opatření, aby nevnikly do povrchových nebo podzemních vod a ohrozí tak jejich prostředí,
- m) poruší zákaz mytí motorového vozidla nebo provozního mechanismus podle § 39 odst. 9,
- n) poruší zákaz podle § 46 odst. 1,
- o) poruší zákaz podle § 58 odst. 1 nebo omezení podle odst. 3,
- p) nesplní povinnost k zajištění ochrany před povodněmi podle § 63 odst. 3,
- q) poruší zákaz činností v aktivní zóně záplavového území podle § 67 odst. 2,
- r) vypustí důlní vody bez splnění podmínek stanovených vodoprávním úřadem nebo v rozporu s nimi,
- s) nakládá s vodami v rozporu s rozhodnutím nebo opatřením obecné povahy podle § 109 odst. 1 nebo neprovede opatření uložené podle § 109 odst. 2, nebo
- t) nesplní opatření uložené podle § 110 odst. 1.

(2) Za správní delikt podle odstavce 1 se uloží pokuta

- a) do 20 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle písmene a), g) o), nebo p),
- b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle písmene f), i), j), k), m), q) nebo s),
- c) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle písmene b), c), d) e), h), n), r) nebo t), nebo
- d) do 1 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle písmene l).

(3) Za správní delikt podle odstavce 1 písm. b) spáchaný odběrem povrchových vod bez povolení k nakládání s vodami se uloží pokuta ve výši násobku sazby 40 Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných povrchových vod a celkového množství těchto vod, nejvýše však ve výši 10 000 000,- Kč.

(4) Za správní delikt podle odstavce 1 písm. b) spáchaný odběrem podzemních vod bez povolení k nakládání s vodami se uloží pokuta ve výši násobku sazby 70 Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných podzemních vod a celkového množství těchto vod, nejvýše však ve výši 10 000 000,- Kč.

(5) Pokutu za správní delikt spáchaný nedovoleným odběrem povrchových nebo podzemních vod lze stanovit nejvýše za období 3 let předcházejících dni, kdy byl nedovolený odběr vody zjištěn. Sazbu pokuty podle odstavce 3 nebo 4 lze snížit, jsou-li pro to důvody zvláštního zřetele hodné. Pokuta podle odstavce 3 však nesmí být vyměřena v sazbě nižší než 10 Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných povrchových vod nebo v sazbě nižší než 25 Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných podzemních vod.

(6) Nelze-li stanovit množství povrchových nebo podzemních vod odebraných bez povolení k nakládání s vodami nebo v rozporu s ním, stanoví orgán ukládající pokutu množství odebrané vody podle směrných čísel roční potřeby vody podle vyhlášky, kterou se provádí zákon o vodovodech a kanalizacích. Není-li možné množství odebrané vody stanovit takovým postupem, stanoví je orgán ukládající pokutu odhadem; přitom vychází z účelu použití odebrané vody a místních podmínek.

Zde bych chtěl upozornit zejména na fakt, že po novele vodního zákona jsou zrušeny u správních deliktů stávající spodní minimální hranice pokut, takže spodní hranice pokut začíná vždy od nuly. V sankční správní praxi to bude znamenat mnohem pečlivější aplikaci správního uvážení při ukládání jednotlivých pokut v první instanci. Dále dochází mimo jiné i ke zvýšení sazeb za nedovoleně odebranou vodu. Navrhuje se zde totiž nově sazba 40,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebrané povrchové vody (oproti tomu stávající sazba 10,- Kč za 1 m³) a sazba 70,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebrané podzemní vody (oproti tomu stávající sazba 50,- Kč za 1 m³). Ale zároveň nově se zde zavádí možnost, že lze sazbu pokuty podle odstavce 3 nebo 4 lze snížit, jsou-li pro to důvody zvláštního zřetele hodné. Pokuta podle odstavce 3 však nesmí být vyměřena v sazbě nižší než 10,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných povrchových vod nebo v sazbě nižší než 25,- Kč za 1 m³ nedovoleně odebraných podzemních vod. Určitě každý pokutovaný právní subjekt bude chtít zohlednit „důvody zvláštního zřetele hodné“ - což je další „sporný“ neurčitý právní pojem. Pokutovatelné období 3 let předcházejících dni, kdy byl nedovolený odběr vody zjištěn zůstává stejné jako v nyní platném vodním zákoně. Nově se zavádí skutkové podstaty správních deliktů týkající se porušení zákazů podle ust. § 30 odst. 7 a 8 vodního zákona (ochranná pásma vodních zdrojů stanovená opatřeními obecné povahy) a porušení zákazů týkajících se ochranných pásem vodních děl stanovených opatřeními obecné povahy podle ust. § 58 odst. 1 a omezeních podle odst. 3. Dále se také zavádí skutková podstata pro uložení pokuty za nesplnění opatření k nápravě uložených podle § 110 odst. 1 vodního zákona, která nám ve stávajícím znění vodního zákona citelně chyběla, protože prakticky nešlo uložené nápravné opatření podle díkce stávajícího zákona vymoci. Výkon rozhodnutí podle správního řádu se pak u uložených nápravných opatření z různých důvodů prováděl vždy jen výjimečně.

§ 125b

Porušení povinností při užívání povrchových vod k plavbě

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako provozovatel plavidla dopustí správního deliktu tím, že

a) v rozporu s § 7 odst. 2 nevybaví plavidlo potřebným zařízením k akumulaci odpadních vod nebo zařízení k akumulaci odpadních vod řádně neprovozuje, nebo nezabrání úniku odpadních vod nebo závadných látek z plavidel do vod povrchových,

b) nezabezpečí povinnosti provozovatele speciální lodi určené k dopravě pohonných hmot a odpadů z plavidel podle § 7 odst. 3,

c) přečerpá odpadní vodu nebo závadnou látku z plavidla nebo zásobí plavidlo pohonnými nebo provozními hmotami v rozporu s § 7 odst. 4,

d) užije plavidlo se spalovacím motorem k plavbě na povrchové vodě v rozporu s § 7 odst. 5, nebo

e) užije plavidlo k plavbě v rozporu se stanoveným rozsahem a podmínkami užívání povrchových vod k plavbě podle § 7 odst. 5.

(2) Provozovatel přístavu nebo obslužní lodi se dopustí správního deliktu tím, že v rozporu s § 7 odst. 3 zásobuje plavidla pohonnými a provozními hmotami nebo odstraňuje odpadní vody nebo závadné látky z plavidel v přístavech nebo pomocí obslužných lodí tak, že není vyloučeno znečištění povrchových nebo podzemních vod.

(3) Za správní delikt se uloží pokuta

a) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a); dojde-li však k úniku odpadních vod nebo závadných látek do vod povrchových, lze uložit pokutu do 200 000,- Kč,

b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. c), nebo

c) do 200 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), d), e) nebo odstavce 2.

Zde u těchto druhů jiných správních deliktů týkajících se porušení povinností při užívání povrchových vod k plavbě - došlo novelou pouze k mírnému rozšíření skutkových podstat pokut. Pokutujícím orgánem zde je jenom Státní plavební správa.

§ 125c

Porušení jiných povinností při nakládání s vodami

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako oprávněný dopustí správního deliktu tím, že

- a) nakládá s povrchovými nebo podzemními vodami podle § 8 v rozporu s povolením k nakládání s vodami,
- b) nezměří množství povrchových nebo podzemních vod podle § 10 odst. 1 nebo 2, nebo
- c) v rozporu s § 38 odst. 4 nezměří objem vypouštěných odpadních vod nebo míru jejich znečištění nebo výsledky měření nepředá vodoprávnímu úřadu, nebo
- d) nezajistí zneškodnění odpadní vody akumulované v bezodtokové jímce podle § 38 odst. 6.

(2) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako nabyvatel práv a povinností vyplývajících z povolení k nakládání s vodami, s výjimkou povolení k odběru povrchových nebo podzemních vod nepřesahující 6 000 m³ ročně nebo 500 m³ měsíčně, dopustí správního deliktu tím, že neoznámí podle § 11 odst. 1 přechod pozemku nebo stavby, s nimiž je povolení k nakládání s vodami spojeno.

(3) Za správní delikt se uloží pokuta

- a) do 5 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2,
- b) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), c), d), nebo
- c) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a).

(4) Za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) spáchaný odběrem povrchových vod v rozporu s povolením k nakládání s vodami lze uložit pokutu ve výši stanovené podle § 125a odst. 3. Ustanovení § 124a odst. 5 a 6 se použijí obdobně.

(5) Za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) spáchaný odběrem podzemních vod v rozporu s povolením k nakládání s vodami lze uložit pokutu ve výši stanovené podle § 125a odst. 4. Ustanovení § 124a odst. 5 a 6 se použijí obdobně.

Nově je zde mimo jiné v ust. § 125c odst. 1 písm. d) zavedena skutková podstata nezajištění zneškodnění odpadní vody akumulované v bezodtokové jímce podle § 38 odst. 6 vodního zákona a dále v ust. § 125c odst. 2 novely vodního zákona je zavedena skutková podstata správního deliktu za

neoznámení přechodu pozemku nebo stavby, s nimiž je povolení k nakládání s vodami spojeno podle § 11 odst. 1 se symbolickou sazbou do 5000,- Kč.

§ 125d

Porušení povinností vlastníků a stavebníků vodních děl

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník nebo stavebník vodního díla I. až IV. kategorie dopustí správního deliktu tím, že

- a) neudrhuje vodní dílo v řádném stavu podle § 59 odst. 1 písm. b), nebo
- b) neprovádí technickobezpečnostní dohled podle § 59 odst. 1 písm. c).

(2) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník nebo stavebník vodního díla I. až IV. kategorie dopustí správního deliktu tím, že nesplní některou z povinností při provádění technickobezpečnostního dohledu podle § 62 odst. 4.

(3) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník nebo stavebník vodního díla I. nebo II. kategorie dopustí správního deliktu tím, že neprojednává provedení zabezpečovacích prací s osobou pověřenou prováděním technickobezpečnostního dohledu podle § 75 odst. 3.

(4) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník vodního díla dopustí správního deliktu tím, že

- a) provozuje vodní dílo v rozporu s § 59 odst. 1 písm. a),
- b) nepředloží vodoprávnímu úřadu ke schválení návrh na úpravu manipulačního řádu podle § 59 odst. 1 písm. a),
- c) nedbá pokynů správce vodního toku v případě mimořádných situací na dotčeném vodním toku podle § 59 odst. 1 písm. e),
- d) neodstraní předměty nebo hmoty ulpělé na vodním díle podle § 59 odst. 1 písm. f),
- e) neosadí cejch, vodní značku nebo vodočet nebo neumožní průběžný přenos dat o průtocích ve vodním toku nebo nezajistí zvláštní úpravu přelivu nebo vypustí podle § 59 odst. 1 písm. g),
- f) neosadí plavební znaky podle § 59 odst. 1 písm. h),
- g) neprovede technickou revizi vodního díla, nepředá výsledky revize vodoprávnímu úřadu nebo neodstraní zjištěné závady podle § 59 odst. 1 písm. k),

h) nezpracuje či nepředloží ke schválení manipulační řád vodního díla nebo návrh na jeho doplnění, změnu nebo úpravu dle § 59 odst. 3, nebo

i) nesplní povinnost v ochraně před povodněmi podle § 84.

(5) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník hráze sloužící ochraně před povodněmi, vzdouvání nebo akumulaci povrchových vod dopustí správního deliktu tím, že neodstraní náletové dřeviny podle § 59 odst. 1 písm. j).

(6) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník vodního díla sloužícího ke vzdouvání vody dopustí správního deliktu tím, že

a) neudržuje v řádném stavu dno a břehy vodního toku a nevytváří podmínky pro migraci vodních živočichů, nejde-li o stavbu podle § 59 odst. 1 písm. i), nebo

b) neoznámí nebezpečí zvláštní povodně, nebo nevaruje v případě nebezpečí z prodlení bezprostředně ohrožené fyzické nebo právnické osoby podle § 73 odst. 3.

(7) Za správní delikt se uloží pokuta

a) do 20 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 nebo odstavce 4 písm. f), g), h),

b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 4 písm. b), c), d), e), i), odstavce 5, nebo odstavce 6 písm. a),

c) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b) nebo odstavce 3, nebo

d) do 1 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), odstavce 4 písm. a) nebo odstavce 6 písm. b).

Skutkové podstaty správních deliktů podle ustanovení § 125d budou moci vodoprávní úřady využít při odstraňování problémů na úseku vodního hospodářství ve své každodenní vodoprávní praxi. Důležitá je zde zejména možnost sankcionovat vlastníka či provozovatele vodního díla za nedodržování provozního nebo manipulačního řádu vodního díla.

§ 125e

Porušení povinností vlastníků pozemků, staveb a zařízení

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost podle § 27.

(2) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku, na němž se nachází koryto vodního toku, dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost podle § 50.

(3) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku sousedícího s korytem vodního toku dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost podle § 51 odst. 1.

(4) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník stavby nebo zařízení v korytě vodního toku dopustí přestupku tím, že v rozporu s § 52 odst. 1 neodstraní předměty zachycené či ulpělé na stavbě nebo zařízení.

(5) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník stavby, která není vodním dílem, nebo zařízení v korytě vodního toku dopustí správního deliktu tím, že v rozporu s § 52 odst. 2 neprovede nápravu narušení plynulého odtoku povrchových vod.

(6) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku, na kterém je umístěna stavba k vodohospodářským melioracím pozemků nebo její část, která souvisí s více pozemky nebo byla zřízena ve veřejném zájmu, a která byla vybudována před účinností tohoto zákona, dopustí správního deliktu tím, že

v rozporu s § 56 odst. 4 písm. a) nestrpí stavbu k vodohospodářským melioracím pozemků nebo její část,

užívá pozemek v rozporu s § 56 odst. 4 písm. b),

v rozporu s § 56 odst. 4 písm. c) neohlásí vlastníkově stavby k vodohospodářským melioracím pozemků nebo vodoprávnímu úřadu zjevné závady její funkce, nebo

v rozporu s § 56 odst. 4 písm. d) nestrpí užití pozemku k údržbě stavby k vodohospodářským melioracím pozemků.

(7) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku sousedícího s vodním dílem dopustí správního deliktu tím, že neumožní vstup nebo vjezd na pozemek podle § 60 odst. 1.

(8) Za správní delikt se uloží pokuta

a) do 20 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 6 písm. c),

b) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 3 nebo odstavce 6 písm. b),

c) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1, odstavce 2, odstavce 5, odstavce 6 písm. a), d) nebo odstavce 7, nebo

- d) do 200 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 4.

Zde legislativci, poslanci ale i senátoři ponechali v ust. § 125e odst. 4 vodního zákona chybu, když zde ponechali text: „Právnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník stavby nebo zařízení v korytě vodního toku dopustí přestupku tím, že v rozporu s § 52 odst. 1 neodstraní předměty zachycené či ulpělé na stavbě nebo zařízení.“ Právnícká osoba nebo fyzická osoba podnikající (při svém podnikání) se nikdy nemůže dopustit přestupku, ale jenom správního deliktu.

§ 125f

Porušení povinností vlastníků pozemků, staveb a zařízení a vlastníků movitého majetku v ochraně před povodněmi

(1) Právnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku nebo stavby dopustí správního deliktu tím, že v rozporu s § 63 odst. 3 neumožní vstup nebo vjezd na pozemky nebo na stavby k zajištění ochrany před povodněmi.

(2) Právnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník pozemku nebo stavby, které se nacházejí v záplavovém území nebo mohou zhoršit průběh povodně, dopustí správního deliktu tím, že

- a) nemá zpracovaný povodňový plán podle § 71 odst. 4 nebo 5, nebo
b) nesplní některou z povinností k zamezení zhoršení odtokových podmínek nebo průběhu povodně podle § 85.

(3) Právnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník dotčeného objektu dopustí správního deliktu tím, že nezajistí povodňové zabezpečovací práce na dotčeném objektu podle § 75 odst. 3.

(4) Právnícká nebo podnikající fyzická osoba se jako vlastník movitého majetku dopustí správního deliktu tím, že nedbá o umístění nebo užívání movitého majetku podle § 85 odst. 3.

(5) Za správní delikt se uloží pokuta

- a) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. a), odstavce 4, nebo
b) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1, odstavce 2 písm. b) nebo odstavce 3.

Doufejme, že v dalších letech už povodně v České republice nebudou hrozit tak často, jako tomu bylo naposledy v roce 2010, a tak tyto skutkové podstaty správních deliktů vodoprávní úřady nebudou muset dlouho v praxi aplikovat. Ale vodoprávní úřady mají od 1.8.2010 tento účinný sankční nástroj k dispozici.

§ 125g

Porušení povinností při zacházení se závadnými látkami

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba, která je držitelem povolení k vypouštění odpadních vod s obsahem zvláště nebezpečné závadné látky do kanalizace, se dopustí správního deliktu tím, že

- a) vypustí odpadní vody s obsahem zvláště nebezpečné závadné látky do kanalizace v rozporu s povolením vodoprávního úřadu podle § 16 odst. 1 nebo 2,
- b) v rozporu s rozhodnutím vodoprávního úřadu podle § 16 odst. 4 neměří objem vypouštěných odpadních vod nebo míru jejich znečištění zvláště nebezpečnými závadnými látkami nebo výsledky měření nepředá.

(2) Právnická nebo podnikající fyzická osoba, která zachází se závadnými látkami ve větším rozsahu nebo zacházení s nimi je spojeno se zvýšeným nebezpečím pro povrchové nebo podzemní vody, se dopustí správního deliktu tím, že

- a) zachází s nimi bez schváleného havarijního plánu podle § 39 odst. 2 písm. a), nebo
- b) nevede nebo neuchovává záznamy o provedených opatřeních podle § 39 odst. 2 písm. b).

(3) Právnická nebo podnikající fyzická osoba, která zachází se zvláště nebezpečnými látkami nebo nebezpečnými látkami nebo zachází se závadnými látkami ve větším rozsahu nebo zacházení s nimi je spojeno se zvýšeným nebezpečím, se dopustí správního deliktu tím, že nesplní některou z povinností podle § 39 odst.4.

(4) Právnická nebo podnikající fyzická osoba, která zachází se zvláště nebezpečnými látkami, se dopustí správního deliktu tím, že nevede záznamy nebo neposkytne informace podle § 39 odst. 6.

(5) Právnická osoba nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že uvádí na trh nebo prodává spotřebitelům prací prostředky pro praní textilu v rozporu s § 39 odst. 10.

(6) Za správní delikt se uloží pokuta

- a) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), odstavce 2 písm. b) nebo odstavce 4,
- b) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. a), nebo
- c) do 1 000 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) nebo odstavce 3 a 5.

(7) Při stanovení výše pokuty za správní delikt podle odstavce 1 přihlédne orgán ukládající pokutu zejména k okolnostem, za nichž k nedovolenému nakládání došlo k tomu, jak se právnická nebo podnikající fyzická osoba přičinila o odstranění nebo zmírnění škodlivých následků, k množství a charakteru uniklé látky, k místu, kde k vlastnímu ohrožení došlo, k množství a charakteru závadné látky, která pronikla do povrchových nebo podzemních vod, ke škodlivým následkům a možnostem jejich odstranění a k vlivu závadné látky na jakost těchto vod a ke stupni ochrany dotčeného území.

Porušení povinností při zacházení se závadnými látkami jsou poměrně velmi častými správními delikty páchanými na úseku vodního hospodářství. Nově je do sankčního ustanovení § 125g odst. 5 zařazena skutková podstata převzata ze směrnic Evropské unie, a to že právnická osoba nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že uvádí na trh nebo prodává spotřebitelům prací prostředky pro praní textilu v rozporu s § 39 odst. 10, vodního zákona, tj. s koncentrací fosforu vyšší než 0,5 % hmotnostních.

§ 125h

Porušení povinností při haváriích

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako původce havárie dopustí správního deliktu tím, že

- a) neučiní bezprostřední opatření k odstranění příčin nebo následků havárie nebo se při jejím odstraňování neřídí schváleným havarijním plánem nebo pokyny vodoprávního úřadu nebo České inspekce životního prostředí podle § 41 odst. 1,
- b) neohlásí neprodleně havárii podle § 41 odst. 2, nebo
- c) nevyhoví výzvě ke spolupráci při provádění opatření k odstranění příčin nebo následků havárie podle § 41 odst. 5.

(2) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se při havárii dopustí správního deliktu tím, že

- a) neohlásí neprodleně havárii, kterou zjistila podle § 41 odst. 2,

- b) neposkytne vyžádané údaje o havárii podle § 41 odst. 6, nebo
- c) jako osoba, které bylo uloženo opatření k nápravě, neuvede pozemek nebo stavbu, kterou bylo nutno použít při odstraňování závadného stavu, do předchozího stavu podle § 42 odst. 8.

(3) Za správní delikt se uloží pokuta

- a) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. b),
- b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. c) nebo odstavce 2 písm. a), c), nebo
- c) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), b).

V případě porušení povinností při haváriích je potřeba ty, kteří zatajují havárii nebo neposkytují spolupráci vodoprávnímu úřadu nebo České inspekci životního prostředí při likvidaci havárie účinně potrestat. K tomuto účelu pak bude sloužit ust. § 125h vodního zákona.

§ 125i

Porušení povinností správce vodního toku a správce povodí

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako správce drobného vodního toku dopustí správního deliktu tím, že

- a) nesplní některou z povinností podle § 47 odst. 2,
- b) nezajistí povodňové zabezpečovací práce podle § 75 odst. 3, nebo
- c) nesplní povinnost v ochraně před povodněmi podle § 83.

(2) Právnická osoba se jako správce významného vodního toku dopustí správního deliktu tím, že

- a) nesplní některou z povinností podle § 47 odst. 2,
- b) nezajistí povodňové zabezpečovací práce podle § 75 odst. 3, nebo
- c) nesplní povinnost v ochraně před povodněmi podle § 83.

(3) Právnická osoba se jako správce povodí dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost v ochraně před povodněmi podle § 82.

(4) Za správní delikt se uloží pokuta

- a) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a),

- b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. a),
- c) do 200 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), c),
nebo
- d) do 500 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. b), c)
nebo odstavce 3.

Vodoprávní úřady nebo ČIŽP mohou využít tohoto sankčního nástroje proti správcům vodních toků, kteří si neplní své povinnosti podle § 47 odst. 2; § 75 odst. 3 a § 83 vodního zákona.

§ 125j

Porušení povinnosti obce

(1) Obec se dopustí správního deliktu tím, že nepředloží žádost o územní rozhodnutí podle § 92 stavebního zákona za účelem splnění povinnosti stanovené v čl. II bodu 6 zákona č. 20/2004 Sb.

(2) Za správní delikt se uloží pokuta do 1 000 000,- Kč.

Oproti dříve platnému obdobnému ustanovení se jedná o zmírnění původního požadavku, že každá obec nad 2 000 ekvivalentních obyvatel (dále jen EO) do 31.12.2010 musí mít vybudovanou čistírnu odpadních vod, po novele bude stačit když bude mít pouze předloženou žádost o územní rozhodnutí na čistírnu odpadních vod. Je to ale podle mého názoru skryté porušení přístupové smlouvy vstupu do EU, protože v této smlouvě má Česká republika vyjednáno přechodné období na výstavbu čistíren odpadních vod pro obce nad 2000 EO, pouze do 31.12.2010. Podle mě známých a dostupných informací však Česká republika o další prodloužení tohoto přechodného období na výstavbu čistíren odpadních vod pro obce nad 2000 EO oficiálně EU nepožádala, jelikož Česká republika zjistila, že i ostatní státy, které přistoupily do EU ve stejnou dobu (tj. Polsko, Slovensko, Malta a Slovinsko) by také rády chtěly prodloužit svoje stávající výjimky. Předběžným jednáním jednotlivých států bylo však zjištěno, že EU další doplňování přístupové smlouvy o prodloužení výjimek už nepřipustí. V novele pak byla uložena povinnost obligatorní pokuty na rozdíl od stávajícího znění, kde byla fakultativní možnost uložení pokuty (viz ust. § 116 odst. 3 dříve platného vodního zákona kde je uvedeno: „může Česká inspekce životního prostředí uložit“).

§ 125k

Porušení poplatkových povinností

(1) Právnická nebo podnikající fyzická osoba se jako znečišťovatel dopustí správního deliktu tím, že

a) v rozporu s § 91 odst. 1 nesleduje koncentraci znečištění ve vypouštěných odpadních vodách nebo nezměří objem vypouštěných odpadních vod,

b) v rozporu s § 91 odst. 1 nevede provozní evidenci o sledování a měření koncentrace znečištění ve vypouštěných odpadních vodách nebo jejich objemu nebo neuchovává podklady k jejímu vedení, nebo

c) neumožní pověřeným osobám kontrolních laboratoří a měřících skupin a osobám provádějícím činnost v souladu s § 126b vstup do kontrolovaných objektů nebo jim neposkytne podklady nezbytné pro provedení kontroly nebo nezajistí podmínky k odběru vzorků ze všech výpusť kontrolovaného zdroje znečištění podle § 92 odst. 3.

(2) Za správní delikt se uloží pokuta

a) do 50 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), c), nebo

b) do 100 000,- Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a).

Zde v ust. § 125k byly vypuštěny oproti předchozí právní úpravě skutkové podstaty správních deliktů podle bývalého ust. § 116 odst.1 písm. d) bod 82. vodního zákona, za nepředložení poplatkového hlášení v termínu do 15.10. kalendářního roku a za nepředložení poplatkového přiznání do 15.2. kalendářního roku, které byly poměrně velmi frekventovanými pokutovanými administrativními správními delikty FOPaPO. Touto úpravou dochází k dalšímu zmírňování správního trestání tzv. administrativně správních deliktů na úseku vodního hospodářství.

Díl 3

Společná ustanovení ke správním deliktům

§ 125l

(1) Právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.

(2) Při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

(3) Česká inspekce životního prostředí nebo obecní úřad obce s rozšířenou působností může na návrh pachatele správního deliktu zastavit správní řízení, jestliže pachatel správního deliktu přijme faktická opatření k odstranění následků porušení povinnosti, jakož i opatření zamezující dalšímu ohrožování nebo znečišťování podzemních nebo povrchových vod, a uložení pokuty by vzhledem k nákladům na učiněná opatření vedlo k nepřiměřené tvrdosti. Z důvodu provádění opatření zamezujícímu vzniku dalších nepříznivých následků lze řízení o správním deliktu přerušit.

(4) Odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže správní orgán o něm nezahájil řízení do 1 roku ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 3 let ode dne, kdy byl spáchán.

(5) Sazba pokuty za správní delikt podle tohoto zákona se zvyšuje na dvojnásobek, nejvýše však na částku 20 000 000,- Kč, jestliže je týž správní delikt spáchán opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy rozhodnutí o uložení pokuty za týž správní delikt nabylo právní moci, neuplynul 1 rok.

(6) Při stanovení výše pokuty za správní delikt spáchaný vypouštěním odpadních vod bez povolení k nakládání s vodami nebo v rozporu s ním, přihlédne orgán ukládající pokutu zejména k míře překročení podmínek povolení k vypouštění těchto vod, k míře ovlivnění jakosti povrchových nebo podzemních vod a jejímu lokálnímu rozsahu, ke stupni ochrany dotčeného území a k příčině nedovoleného vypouštění vod.

(7) Správní delikt podle § 125j v prvním stupni projednává Česká inspekce životního prostředí. Správní delikty podle § 117 odst. 1 písm. c) a d) a § 125b odst. 1 písm. d) a e) projednává v prvním stupni Státní plavební správa. Ostatní delikty podle tohoto zákona projednává v prvním stupni obecní úřad obce s rozšířenou působností nebo Česká inspekce životního prostředí. Správní delikt projedná ten z příslušných správních orgánů, který dříve zahájil řízení nebo, bylo-li řízení zahájeno v týž den, tak obecní úřad obce s rozšířenou působností.

(8) Za porušení povinností stanovených stavebními předpisy a týkajících se vodních děl ukládají obecní úřady obcí s rozšířenou působností pokuty podle zvláštního zákona.

(9) Pokuty uložené Českou inspekcí životního prostředí a Státní plavební správou vybírá a vymáhá příslušný celní úřad. Pokuta je splatná do 15 dnů ode dne, kdy rozhodnutí o jejím uložení nabylo právní moci.

zůstane příjmem Státního fondu životního prostředí České republiky (viz ust. § 1251 odst. 10 novely).

Celkově vzato - po srovnání s předchozí platnou úpravou správního trestání na úseku vodního hospodářství, pak subjektivně hodnotím celkově (až na pár výjimek) navržené změny správního trestání FOPaPO, které jsou obsaženy v novele vodního zákona, jako jednoznačné změny ve prospěch obviněných ze správních deliktů – oproti předchozímu znění správního trestání FOPaPO podle vodního zákona.

6. Skutkové podstaty jiných správních deliktů fyzických osob podnikajících a právnických osob postihovaných zásadně bez ohledu na zavinění podle nyní platného Slovenského vodního zákona.

Česká republika a Slovenská republika jsou členy Evropské unie a tak by měly mít také obdobná ustanovení o správním trestání ve svých vodních zákonech, protože oba tyto vodní zákony spadají pod aplikaci komunitárního práva (*acquis communautaire*) v této oblasti. Pro transpozici evropských směrnic do národních zákonů platí obecné pravidlo, že komunitární právo je standard, který členský stát musí dodržet, ale také si ho může na národní úrovni ještě zpřísnit (ale už ne zmírnit). Toto pravidlo se týká i sankcí udělovaných za správní delikty na úseku vodního hospodářství, neboť Směrnice 2000/60/ES Evropského parlamentu a Rady ze dne 23.10.2000, ustavující rámec pro činnost Společenství v oblasti vodní politiky ve svém článku 53. uvádí: „Má být zajištěno plné zavedení a vymahatelnost existující environmentální legislativy na ochranu vod. Je zapotřebí zajistit řádnou aplikaci ustanovení realizujících tuto směrnici v rámci Společenství prostřednictvím odpovídajících sankcí podle legislativy členských států. Takovéto sankce mají být účinné, úměrné a odrazující“.

Oblast správního trestání na úseku vodního hospodářství, však není dostatečně harmonizována a jednotně upravena v Evropské unii, a tak najdeme mezi jednotlivými státy výrazné rozdíly. Nejinak je tomu i v případě vodních zákonů České a Slovenské republiky.

Správní delikty na úseku vodního hospodářství v užším slova smyslu jsou řešeny v jedenácté části Slovenského vodního zákona, a to v marginální

rubrice nazvané „Zodpovednosť za porušenie povinností“, konkrétne od ust. § 74 do ust. § 76 (včetne):

§ 74

Správne delikty

(1) Orgán štátnej vodnej správy uloží pokutu právnickej osobe alebo fyzickej osobe-podnikateľovi, ktorá

a) odoberie povrchové vody bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním (§ 21 ods. 1 písm. a) prvý bod),

b) odoberie podzemné vody bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním (§ 21 ods. 1 písm. b) prvý bod),

c) užíva povrchové vody na ich vzdúvanie a na iný spôsob akumulácie alebo užíva podzemné vody na ich akumuláciu alebo čerpanie na účel znižovania ich hladiny alebo na umelé zvyšovanie ich množstva povrchovou vodou bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním (§ 21 ods. 1 písm. a) druhý bod a § 21 ods. 1 písm. b) druhý až štvrtý bod),

d) využíva hydroenergetický potenciál vodných tokov bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním (§ 21 ods. 1 písm. a) tretí bod),

e) vypúšťa odpadové vody alebo osobitné vody do povrchových vôd alebo do podzemných vôd alebo vypúšťa priemyselné odpadové vody alebo osobitné vody s obsahom obzvlášť škodlivých látok do verejnej kanalizácie bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním [§ 21 ods. 1 písm. c) a § 38 ods. 1],

f) vypúšťa vody z povrchového odtoku do povrchových vôd alebo do podzemných vôd, čerpá znečistené podzemné vody na účely zníženia ich znečistenia alebo zníženia znečistenia horninového prostredia alebo čerpá podzemné vody pri hydrogeologickom prieskume a pri zakladaní stavieb a následne ich vypúšťa do povrchových vôd alebo do podzemných vôd bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním [§ 21 ods. 1 písm. d), f) a g)],

g) využíva povrchové vody alebo podzemné vody na hospodársky chov rýb alebo na chov vodnej hydiny alebo iných živočíchov na účel podnikania bez povolenia orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním [§ 21 ods. 1 písm. e)],

h) vykonáva činnosti, ktoré môžu ovplyvniť vodné pomery bez povolenia alebo súhlasu orgánu štátnej vodnej správy alebo v rozpore s nimi [§ 23 a § 27 ods. 1 písm. e)],

- i) porušuje povinnosti ustanovené v § 39 pri zaobchádzaní s nebezpečnými látkami,
- j) znečistí povrchové vody alebo podzemné vody porušením povinností ustanovených v § 39 pri zaobchádzaní s nebezpečnými látkami,
- k) nezabezpečuje odborný technicko-bezpečnostný dohľad nad prevádzkou vodnej stavby, ktorej stav môže ohroziť bezpečnosť osôb alebo majetku podľa § 56 ods. 5,
- l) prevádzkuje vodnú stavbu bez manipulačného poriadku schváleného orgánom štátnej vodnej správy alebo v rozpore s ním (§ 57 ods. 1),
- m) neumožní kontrolným orgánom prístup do objektov a zariadení na vykonávanie potrebného zisťovania alebo na požiadanie neposkytne potrebné údaje a úplné informácie (§ 68),
- n) neplní iné povinnosti ustanovené týmto zákonom alebo povinnosti podľa neho uložené orgánom štátnej vodnej správy.

(2) Za porušenie povinností na úseku stavebného poriadku orgány štátnej vodnej správy ukladajú pokuty podľa osobitných predpisov.

(3) Inšpekcia ukladá pokuty za porušenie povinností ustanovených v odseku 1 v tých prípadoch, v ktorých má pôsobnosť na výkon štátneho vodoochranného dozoru.

(4) Výnosy pokút uložených podľa tohto zákona sú príjmom Environmentálneho fondu.

Jak je vidno z textu slovenského vodného zákona tak na rozdiel od Českej republiky si na Slovensku ponechali ve vodním zákoně tzv. generální klauzuli, a to v ust. § 74 odst. 1 písm. n). Další odlišností od českého vodního zákona je skutečnost, že veškeré výnosy z pokut uložených podle slovenského vodního zákona jsou příjmem Environmentálního fondu, což je obdoba českého Státního fondu životního prostředí. V České republice patří výnos z pokut uložených obcemi s rozšířenou působností na úseku vodního hospodářství pouze těmto obcím a v případě pokut uložených ČIŽP na úseku vodního hospodářství patří polovina pokuty obci v jejímž katastru k pokutování došlo.

§ 75

Pokuty

(1) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. a) možno uložiť v sume vypočítanej ako násobok sadzby 0,1659 eura za 1 m³ a množstva nepovolene odobratých

povrchových vôd, najdlhšie za obdobie jedného roka od jeho zistenia. Najnižšiu pokutu možno uložiť vo výške 331,93 eura.

(2) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. b) možno uložiť v sume vypočítanej ako násobok sadzby 0,4979 eura za 1m³ a množstva nepovolene odobratých podzemných vôd najdlhšie za obdobie jedného roka od jeho zistenia. Najnižšiu pokutu možno uložiť vo výške 663,87 eura.

(3) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. e) možno uložiť do výšky trojnásobku odplát za ročné vypúšťanie odpadových vôd alebo osobitných vôd. Ak nemožno takto určiť výšku pokuty, vypočíta sa násobkom sadzby do 0,4979 eura za 1 m³ a množstva vypúšťaných odpadových vôd alebo osobitných vôd, najdlhšie však za obdobie predchádzajúceho roka. Najnižšiu pokutu možno uložiť vo výške 331,93 eura.

(4) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. c) a j) možno uložiť do výšky 16 596,95 eura.

(5) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. f) až i) možno uložiť do výšky 6 638,78 eura.

(6) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. d), k) a l) možno uložiť do výšky 66 387,83 eura.

(7) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. n) možno uložiť do výšky 3 319,39 eura.

(8) Pokutu podľa § 74 ods. 1 písm. m) možno uložiť do výšky 663,87 eura.

(9) Ak nepovoleným vypúšťaním odpadových vôd alebo nedovoleným zaobchádzaním s nebezpečnými látkami dôjde k mimoriadnemu zhoršeniu vôd, pokutu možno uložiť až do výšky 165 969,59 eura.

§ 76

Ukladanie pokút

(1) Pri ukladaní pokuty podľa § 75 ods. 3 až 7 a 9 sa prihliada najmä na škodlivé následky porušenia povinností, na okolnosti, za ktorých sa povinnosti porušili, a ako sa právnická osoba alebo fyzická osoba-podnikateľ pričínili o odstránenie alebo zmiernenie škodlivých následkov.

(2) Pokuta podľa § 74 ods. 1 písm. n) sa neuloží, ak sa súčasne porušili povinnosti, za ktoré sa ukladá pokuta podľa § 74 ods. 1 písm. a) až l).

(3) Konanie o uložení pokuty možno začať najneskoršie do jedného roka odo dňa, keď sa orgán štátnej vodnej správy dozvedel o porušení povinností,

najdlhšie však do uplynutia troch rokov odo dňa, keď k porušeniu povinnosti došlo.

(4) Konanie o uložení pokuty vykoná orgán štátnej vodnej správy, ktorý ako prvý zistil porušenie povinností.

(5) Pokuta je splatná do 15 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia, ak orgán štátnej vodnej správy neurčí lehotu jej splatnosti inak.

Z predloženého textu slovenského vodního zákona tedy vyplývá, že na Slovensku jsou výše pokut udělovaných FOPaPO na úseku vodního hospodářství oproti České republice nastaveny o něco níže. Pro srovnání například za nepovolený odběr podzemních vod je na Slovensku sazba 0,4979 eura za 1m³ nepovoleně odebraných vod což činí při současném kurzu cca 24,50 Kč za 1 euro cca 12,20,- Kč oproti 70,- Kč v České republice.

Procesně pak správní orgány Slovenské republiky při udělování pokut stále postupují ještě podle starého a dříve společného správního řádu České a Slovenské republiky, a to zákona č. 71/1967 Zb., o správnom konaní (správny poriadok), v znení neskorších predpisov.

7. Závěr.

Správní trestání za jiné správní delikty na úseku vodního hospodářství není ani

po poslední novele vodního zákona, která vstoupila v účinnost od 1.8.2010 v ideálním stavu. Mnohé důležité skutkové podstaty správních deliktů byly úmyslně pod tlakem lobbystických skupin poslanci z novely vodního zákona vypuštěny. Například byla vypuštěna skutková podstata správního deliktu za nedodržení minimálního zůstatkového průtoku (dále jen MZP) stanoveného podle ust. § 36 vodního zákona. Odpověď hledejme v důvodové zprávě k novele vodního zákona. Podle poslanců je prý pořád ekonomická krize, takže stanovení jakéhokoliv nenulového MZP na tocích, kde jsou umístěny malé vodní elektrárny, by těmto podnikatelům uškodilo – i s navrhovaným odkladem účinnosti tohoto ustanovení o 10 let! Naopak bylo vyhověno provozovatelům malých vodních elektráren (dále jen MVE) v tom, že minimální doba na kterou se povoluje nakládání s vodami s využitím energetického potenciálu se prodlužuje z 25 na 30 let! Málo se totiž ví, že MVE, které jsou umístěny na derivačních kanálech u malých vodních toků často nedodrží zachování jakéhokoliv ekologického průtoku v hlavním toku a snaží se převést většinu

vody do derivačního kanálu. Mohu to tvrdit také proto, že jsem v posledním kalendářním roce řešil ve své správní praxi 5 pokut za takoveto správní delikty, a to jak na z hlediska vodního hospodářství, tak i dva z hlediska ochrany přírody a krajiny za úhyn chráněných živočichů ve významném krajinném prvku - vodním toku, po převedení veškeré vody z toku do derivačního kanálu malé vodní elektrárny.

Přitom zachování MZP u všech vodních toků je nutné a potřebné pro zabezpečení jejich ekologických funkcí. V důvodové zprávě k velké novele vodního zákona se uvádí, že zavedení minimálního zůstatkového průtoku by se dotklo asi 20 % MVE, tj. asi 270 MVE, které nemají stanoven minimální zůstatkový průtok. Proti těmto zájmům ale stály a stále stojí, zájmy cca 350 000 členů Českého a Moravského rybářského svazu, kteří mají zájem naopak na zavedení a sankcionování nedodržování MZP ve vodních tocích. Zájmy sportovních rybářů ale nebyly Parlamentem vyslyšeny.

Tak mohu dále pokračovat: nejde totiž sankcionovat ani nedodržení minimální hladiny podzemních vod stanovené podle ust. § 37 vodního zákona. Opět byla zvolena nulová varianta jako u MZP. Přitom opět ze své odborné praxe znám případy, kdy došlo k přehnanému čerpání podzemních vod, když čerpané množství podzemních vod překročilo vydatnost hydrodynamických zásob podzemních vod v dané lokalitě a začalo čerpání z tzv. hydrostatických zásob podzemních vod. Hladina podzemní vody přitom klesla cca o 2 m oproti běžnému stavu a v dané lokalitě, kde byla zástavba situovaná na zvodnělých písčích, došlo k neočekávaným poklesům půdy i staveb.

Tyto nedostatky správního trestání na úseku vodního hospodářství prosazené „lobby“ kolem malých vodních elektráren, bychom se měli pokusit odstranit v budoucnu - v návrhu další novely vodního zákona. Snad tomu bude nové složení Poslanecké sněmovny po volbách v červnu roku 2010 více nakloněno.

Literature:

- 1 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 84 – 85, ISBN 34 0638 1804
- 2 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 84 – 85, ISBN 34 0638 1804

- 3 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 86, ISBN 34 0638 1804
- 4 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 87 – 88, ISBN 34 0638 1804
- 5 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 88, ISBN 34 0638 1804
- 6 HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. 1. vyd. Adamov: Nakladatelství MIKADA, 2002. s. 241, ISBN 80-210-1791-0
- 7 MATES, P. et al. Základy správního práva trestního. 3. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2002. s. 8.
- 8 HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. 1. vyd. Adamov: Nakladatelství MIKADA, 2002. s. 241, ISBN 80-210-1791-0
- 9 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 90, ISBN 34 0638 1804
- 10 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 89, ISBN 34 0638 1804
- 11 HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. 1. vyd. Adamov: Nakladatelství MIKADA, 2002. s. 242, ISBN 80-210-1791-0
- 12 HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. 1. vyd. Adamov: Nakladatelství MIKADA, 2002. s. 243, ISBN 80-210-1791-0
- 13 SKULOVÁ, S. Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. s. 15, ISBN 80-210-3237-5
- 14 SKULOVÁ, S. Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. s. 18, ISBN 80-210-3237-5
- 15 Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27.12.2001, sp. zn.. 7 A 77/99-41.

- 16 SKULOVÁ, S. Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. s. 20, ISBN 80-210-3237-5
- 17 SKULOVÁ, S. Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. s. 23, ISBN 80-210-3237-5
- 18 SKULOVÁ, S. Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003. s. 44, ISBN 80-210-3237-5
- 19 MATES, Pavel. K problematice neurčitých právních pojmů ve správním právu. *Právní rozhledy* 9/2007, s. 326 -329.
- 20 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 98, ISBN 34 0638 1804
- 21 HENDRYCH, D. et al. Správní právo – obecná část. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 1993. s. 99, ISBN 34 0638 1804
- 22 PRŮCHA, P., Správní právo, Obecná část, 6. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 319-322, ISBN 80-210-3350-9
- 23 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.8.2009, sp. zn.. 4 As 30/2008-102.
- 24 ŠILAR, J. – BÖHM, A. Vodní zákon a souvisící předpisy, 2. nezměněné vydání, Praha: SZN, 1975. s. 25-36.

Contact – email
josef.zak@mzp.cz

**ROZHODČÍ ŘÍZENÍ MEZI
PRINCIPEM AUTONOMIE VŮLE A
PŘÍMÝM DOPADEM PROCESNÍCH
NOREM**

***ARBITRATION – AUTONOMY OF
PARTIES AND MANDATORY RULES
OF PROCEDURE***

ROZSAH AUTONOMIE PŘI KONSTITUOVÁNÍ ROZHODČÍHO FÓRA ANEB ROZHODNUTÍ VE VĚCI "JIVRAJ" JAKO ERUPCE V USTÁLENÝCH AXIOMECH ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

ALEXANDER J. BĚLOHLÁVEK

Ekonomická fakulta VŠB, Technická univerzita Ostrava, katedra práva; The
World Jurist Association, Washington D.C., USA - First Vice President;
Advokát, Praha / ČR, pobočka New Jersey / USA

Abstract in original language

Dne 22. června 2010 vydala jeho ctihodnost, soudce David Steel z odvolacího soudu Court of Appeal London rozsudek ve věci Sadruddin Hashwani v. Nurdin Jivraj – tzv. případ „Jivraj“. Podle tohoto rozhodnutí (cit. [2010] EWCA Civ 712) strany nemohou v obchodně právním vztahu sjednat v rozhodčí smlouvě podmínku, podle níž musí rozhodčí senát sestávat [výlučně] z členů určité náboženské skupiny. Taková dohoda podle soudce odporuje zákazu diskriminace ve smyslu zákona o rovnosti v pracovněprávních vztazích [Employment Equality Act – Anglie] opírající se o evropskou úpravu z roku 2003. Jde o široký výklad pracovněprávního vztahu, resp. o značně extenzivní výklad poskytování služeb, jejichž výkon je závislý na konkrétní fyzické osobě. Tento výklad současně souvisí s koncepcí smluvního vztahu mezi rozhodcem (senátem) a účastníky rozhodčího řízení. Podle anglického soudu je výše uvedený typ ujednání neplatný od samého počátku (srov. absolutní neplatnost) a s ohledem na význam takové dohody pro samotnou rozhodčí smlouvu je neplatná i rozhodčí smlouva sama. Rozhodnutí vyvolalo bouřlivou diskusi, když jeho důsledky mohou vést k ohrožení některých významných aspektů mezinárodního rozhodčího řízení. Jde třeba o široce uplatňovaný princip u některých sporů, stálých rozhodčích soudů, či typů řízení, kdy předseda rozhodčího senátu musí být z jiného státu, než jsou účastníci. Zásadně by byla ohrožena i koncepce tzv. církevních rozhodčích soudů (široce používáno například u židovských, ale i muslimských komunit a církevní tribunály jsou tradiční i v církvi římsko-katolické (a jiných), byť v některých zemích se rozhodnutí vydaná takovými fóry prosazují výlučně silou vlastní autority v rámci příslušné komunity a nikoliv na základě zákonného mandátu).

Autor s danou koncepcí ve smyslu anglického rozhodnutí nesouhlasí. Nelze souhlasit s tak širokým výkladem Směrnice Rady Evropy 2000/78/EC, která vytvořila všeobecný rámec pro rovnoprávné zacházení v pracovněprávních vztazích a zaměstnání, která postihuje spíše [individuální] pracovně právní vztahy. Obchodně právní oblast je v daném kontextu ošetřena zejména předpisy na ochranu hospodářské soutěže. Autor nezastává názor, že vztah mezi rozhodcem (senátem) a stranou (stranami) má smluvní povahu. Jde

spíše o závazek *sui generis*. Nutno ovšem připustit, že v řadě zemí má smluvní podstata tohoto vztahu (rozhodci – strany) široké uplatnění. Ani v takových případech nelze ovšem takto široký výklad uplatnit ani ve státech, jejichž právo nerozlišuje mezi pracovně právním vztahem a poskytováním jiných plnění závislých na určité fyzické osobě. Přednostně se musí uplatnit smluvní volnost stran, pomocí níž se uplatňuje základní a mezinárodně uznávaná zásada rozhodčího řízení. Tou je schopnost strany ovlivnit složení rozhodčího fóra. Tento projev smluvní autonomie převažuje nad případnou aplikací antidiskriminačních zásad již díky povaze a účelu rozhodčího řízení. Ostatně, je to právě procesní stránka rozhodčího řízení, na kterou se právo EU nepoužije, když rozhodčí řízení jako způsob nalézání práva není evropskými předpisy upraven.

Key words in original language

Rozhodčí smlouva; rozhodčí doložka; rovné zacházení; vztah rozhodce a strany; právo EU; rozhodce; dohoda o podmínkách výkonu funkce rozhodce; svoboda vyznání; církevní rozhodčí soudy; národnost; autonomie stran; "případ Jivraj"; pracovně právní vztah; zaměstnanec; zaměstnavatel.

Abstract

On 22 June 2010 Mr Justice David Stell from the English Court of Appeal delivered its judgment in the case *Sadrudin Hashwani v. Nurdin Jivraj* – („Jivraj case“, neutral cit. [2010] EWCA Civ 712). He holds that the parties to arbitration agreement in a commercial contract cannot stipulate the condition that the tribunal is to be drawn [exclusively] from members of a particular religious group. Considering that such provisions is discriminating in terms of the Employment Equality Act (England) based on the the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003. It is based on a broad interpretation of employment and on a very extensive interpretation of provision of services, which are depending on a particular physician. This interpretation refers to the contractual concept of relation between arbitrator s(tribunal) and the parties in arbitration. Pursuant to the English judgment the relevant provision in the arbitration clause, as mentioned, is null and void and due to the significance of the particular provision for the arbitration agreement is the arbitration agreement null and void as well. The decision, in the matter, set off turbulent discussions. In consequence of the English judge's opinion, some crucial elements of international arbitration (and arbitration generally) might be threaten. For example provisions of some court of arbitrations and / or provisions applicable for some kind of disputes or proceedings require that the chairman of the tribunal has to maintain a different nationality than the nationality of the parties. Basically the concept of religious tribunals, widelly respected for example within the Jewish, Islamic but even as a traditional tool for dispute settlement within the Roman Catholic (and of course others as well) religious communities, might be imperiled. This in spite of the fact that the religious tribunal's decisions establishes theirself

within the particular communities often due to their own natural authority rather than pursuant to the law.

Author does not agree the concept of the English decision cited. Such broad interpretation of the EU law as from 2003 may hardly be accepted. It strikes more typical [individual] employment relations rather than the commercial one'. The later will be predominantly touched by competition laws. Author does not maintain a view that the arbitrator(-s)-parties relation is of contractual nature. Rather there are obligations sui generis. Indeed, the concept of the contractual nature of the particular relation is a governing doctrine in a number of countries. None the less the broad interpretation met by the English judge is hardly acceptable even for countries, which do not distinguish between employment relations and services, which are to be rendered by a particular person(-s). The freedom of [contractual] autonomy establishes itself with preference. The parties' autonomy is the instrument to exercise one of the basic and broadly accepted principle of international arbitration, e.g. the ability to have influence on the composition of the arbitral tribunal. This address of the the autonomy of the parties in arbitration prevails the anti-discrimination rules (if applicable at all in arbitration) due to the specific nature and purpose of arbitration. Over and above, EU law is not applicable to the procedural issues of arbitration.

Key words

Arbitration agreement; equal treatment; arbitrator-party relation; EU law; arbitrator; agreement on conditions set for arbitrators; freedom of faith; religion arbitration courts; nationality; autonomy of parties; „Jivraj case“; labour relation; employee; employer.

OBSAH:

- I.1 Doktrinální teorie ohledně povahy rozhodčího řízení z pohledu vztahu rozhodce a stran
 - I.1.1 Smluvní teorie
 - I.1.2. Jurisdikční teorie
 - I.1.3. Smíšená teorie
 - I.1.4. Autonomní teorie
- I.2 Přístup vybraných zemí
 - I.2.1. [CZE] [ČESKÁ REPUBLIKA]
 - I.2.1.1. Právní východiska

- I.2.1.2. Rozhodnutí Ústavního soudu ČR související s problematikou rozhodčího řízení
 - I.2.1.2.1. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. IV ÚS 174/02 z 15. července 2002:¹
 - I.2.1.2.2. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. II ÚS 3059/08 z 15. ledna 2009:
 - I.2.1.2.3. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. I ÚS 339/02 z 26. ledna 2004 pod sp. zn. I.ÚS 339/02
 - I.2.1.2.4. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 4. prosince 2003 pod sp. zn. IV.ÚS 511/03
 - I.2.1.2.5. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 29. dubna 2005 pod sp. zn. III.ÚS 166/05
 - I.2.1.2.6. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 12. září 2003 pod sp. zn. III.ÚS 145/03
 - I.2.1.2.7. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. II ÚS 2169/07 z 3. září 2007:
- I.2.2. [SVK] [SLOVENSKÁ REPUBLIKA]
- I.2.3. [POL] [POLSKO]
- I.2.4. [DEU] [NĚMECKO]
- I.2.5. [AUT] [RAKOUSKO]
- I.2.6. [SUI] [ŠVÝCARSKO]
 - I.2.6.1. Konkordát
 - I.2.6.2. . Nová úprava ZPO [SUI] od 1. ledna 2011
 - I.2.6.3. Mezinárodní řízení – spolkový zákon o mezinárodním právu soukromém (IPRG [SUI])
- I.2.7. [FRA] [FRANCIE]
- I.2.8. [UK] [SPOJENÉ KRÁLOVSTVÍ: Právo Anglie a Wales]
- I.2.9. [USA] [SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ]

¹ Publikováno in: Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sv. 27, usnesení evid. č. 20, s. 257 a násl.

- II. Rozhodnutí Court of Appeal (Civil Division) ve věci Jivraj a jeho [možné] důsledky
 - II.1. Rozhodnutí ve věci Sadruddin Hashwani v. Nuridin Jivraj (věc Jivraj)
 - II.2. Ze skutkového stavu případu Jivraj
 - II.3. Anglická úprava a právní předpisy EU ohledně diskriminace v pracovněprávních vztazích
 - II.4. Zásadní rozdíly ohledně skutkového a právního posouzení prvostupňovým soudcem a soudci odvolacího soudu
 - II.4.1. Věcný rozsah Předpisů
 - II.4.2. Široký výklad pojmu zaměstnanec a smluvní charakter vztahu mezi rozhodcem a stranami
 - II.4.3. Kritická absence posouzení rozdílů mezi okamžikem uzavření [případně] smlouvy a jejím plněním
 - II.5. Autonomní výklad komunitární (unijní)
 - II.6. Úplatnost vztahu
 - II.7. Věcný rozsah Směrnice a Předpisů v návaznosti na případ Jivraj
 - II.8. Účel Směrnice z v kontradikci se závěry soudců odvolacího soudu ve věci Jivraz
 - II.8.1. Účel Směrnice z pohledu komunitární / unijní praxe
 - II.8.2. Judikatura související s výkladem a aplikací Směrnice č. 2000/78/EC
 - II.8.2.1. Rozsudek ESD, sp. zn. C-303/06 ve věci S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law ze dne 17. července 2008
 - II.8.2.2. Rozsudek ESD, sp. zn. C-411/05 ve věci Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA ze dne 16. října 2007
 - II.8.2.3. Rozsudek ESD, sp. zn. C-144/04 ve věci Werner Mangold v. Rüdiger Helm ze dne 22. listopadu 2005
 - II.8.2.4. Rozsudek ESD, sp. zn. C-267/06 ve věci Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ze dne 1. dubna 2008

- II.8.2.5. Rozsudek ESD, sp. zn. C-427/06 ve věci Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH ze dne 23. září 2008
- II.8.2.6. Rozsudek ESD, sp. zn. C-54/07 ve věci Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV ze dne 10. července 2008²
- II.8.2.7. Rozsudek ESD, sp. zn. C-13/05 ve věci Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA ze dne 16. března 2006
- II.8.3. Shrnutí
- II.9. Přípustná diskriminace ve smyslu výjimky dle Směrnice i Předpisů
- II.10. Uplatnění čl. 6 odst. 1 [anglického] Předpisu na věc Jivraj
- II.11. Závěry učiněné odvolacím soudem ve věci Jivraj ohledně působnosti Předpisů na daný skutkový a právní stav
- III. Závěr, epilog, či dokonce nekrolog pro rozhodčí řízení v Anglii

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK:

- AA (1996) Arbitration Act (1996). Zákon o rozhodčím řízení z roku 1986. Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Předpis pro Anglii a Wales.
- ADR Alternative dispute resolution. Náhradní způsoby řešení sporu.
- [AUT] Rakousko – Republika Rakousko
- Arb.Int. Arbitration International (periodikum).
- BGB [DEU] Bürgerliches Gesetzbuch (Německo).“
- [CZE] Česká republika.
- [DEU] Německo – Spolková republika Německo

² Toto rozhodnutí se zabývá rozsahem a aplikací Směrnice 2000/43/EC a nikoliv *Směrnice*. Lze nicméně konstatovat, že jde o rozhodnutí, která plně potvrzují účel antidiskriminačních předpisů v *Unii*.

EO [AUT] Exekutionsordnung. Exekuční řád. Rakousko.

EULP Evropská úmluva o lidských právech.

FAA [USA] Federal Arbitration Act. Spojené státy americké.

Jivraj Rozhodnutí vydaná ve Spojeném království ve věci Sadruddin Hashwani v. Nurdin Jivraj, a to jak prvostupňové rozhodnutí, tak rozhodnutí soudců odvolacího soudu. Přesná specifikace viz výčet soudních rozhodnutí citovaných v tomto příspěvku.

KLI Kluwer Law International.

Konkordat Konkordát o rozhodčím řízení [SUI] (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit) ze dne 27. března 1969.³

k.p.c. [POL] Kodeks postępowania cywilnego / občanský soudní řád Polské republiky ze 17 listopada 1964 r., ve znění pozdějších změn

MU Masarykova univerzita, Brno.

NCPC [FRA] La Nouveau Code de procédure civile. Nový civilní procesní řád. Francie.

NYConv. Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, New York, 10. června 1958.

Obč.Z. [CZE] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších změn.

[POL] P olsko, Polská republika.

Předpis (-y) Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 [UK – ANGLIE A WALES]

RozŘ [CZE] Zákon (České republiky) č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu cizích rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších změn.

RS HKAK Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky

³ Spolkovou radou byla tato úprava odsouhlasena dne 27. srpna 1969. Upravuje tuzemské rozhodčí řízení. Bude od 1. ledna 2011 nahrazen ZPO – *Zivilprozessordnung* s federálním účinkem.

Směrnice Rady Evropy 2000/78/EC, která vytvořila všeobecný rámec pro rovnoprávné zacházení v pracovních vztazích a zaměstnání.

Úst. [CZE] Ústava České republiky.

ÚstSZ [CZE] Zákon (České republiky) č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

[SUI] Švýcarsko – Švýcarská konfederace.

[SVK] Slovenská republika / Slovensko.

UAA [USA] Uniform Arbitration Act. Spojené státy americké.

[USA] Spojené státy americké.

U.S.C. [USA] U.S.C. (United State Code). Spojené státy americké.

ZPO [AUT] Zivilprozeßordnung. Civilní procesní řád. Rakousko.

ZPO [DEU] Zivilprozeßordnung. Civilní procesní řád. Německo.

ZRK [SVK] Zákon (Slovenské republiky) č. 244/2002 Z.z., o rozhodcovskom konaní, ve znění pozdějších předpisů.

I.1 Doktrinální teorie ohledně povahy rozhodčího řízení z pohledu vztahu rozhodce a stran

Povaha / charakter rozhodčího řízení je již po dlouhou dobu předmětem mnoha teoretických diskusí. Tyto spory se vedou od konce 19. st., kdy francouzský [obecný] soud v případě *Del Drago*⁴ rozhodl, že rozhodčí nález je z jedné části smlouva a z druhé části nález soudu. Aby bylo možné zaměřit se na povahu rozhodčího řízení v jednotlivých státech, nezbytné seznámit se nejdříve s jednotlivými koncepčními a doktrinálními přístupy, které se v dané otázce postupem času vyvinuly.

⁴ Rozsudek *Cour de Appel de Paris*, 10. prosince 1991, ve věci *Marquis de Santa Cristina et al. v. Princess del Drago et al.*, publikovaný in: *Clunet*, 1992, s. 314 a násl. Ve věci *Del Drago* se jednalo o spor ohledně majetku královny Marie Christine Španělské, přičemž věc se týkala mj. zjištění rozhodného práva statusu odpůrce. Bylo rozhodnuto, že rozhodným statutem, resp. právem statusu bylo právo *Pontifikálního státu*, neboť princezna *del Drago* patřila díky sňatku k domu papežovu. Srov. například *Rubino-Sammartano*, Mauro. *International Arbitration Law*, KLI, 2. vyd., 2001, s. 4 a j.

I.1.1 Smluvní teorie

Tato teorie vychází z předpokladu, že základem pravomoci rozhodců k projednání a rozhodnutí sporu je dohoda stran o tom, že z řešení sporů stran z určitého závazkového právního vztahu bude vyloučena pravomoc [obecných] soudů [ve smyslu soudů jako orgánů moci veřejné] a naopak strany se dobrovolně / na základě své vlastní dohody podrobí řízení před rozhodci. V tomto pojetí v její klasické podobě rozhodce nenalézá právo, nýbrž se na základě pověření stran snaží v jejich zastoupení (z jejich pověření) nalézt vůli stran odpovídající obsahu jejich závazkového vztahu, který je předmětem sporu. Samozřejmě ihned navazující otázkou je, jaký je vlastně charakter rozhodčího nálezu, resp. z čeho vychází jeho vykonatelnost tak, jak je tato zakotvena v právních rádech řady států. Pokud by totiž rozhodčí nález byl výhradně vyjádřením a potvrzením dohody stran, bylo by možné se nanejvýše dovolávat porušení takové dohody. Předmětné vyjádření by však již jen stěží mohlo (ve smyslu této klasické a historicky originální smluvní teorie, představovat vykonatelný titul aprobovaný státem (mocí veřejnou).⁵

Další zásadní námitkou, kterou lze vůči smluvní teorii vyslovit, je její vyrovnání se s problematikou postavení rozhodce. Pokud bychom přijali názor, že rozhodce jedná na základě určitého quasi zmocnění (quasi mandátu) stran, logicky pak tento rozhodce ztrácí svůj na stranách řízení nezávislý charakter, který je prakticky ve všech moderních zákonech upravujících rozhodčí řízení základním požadavkem a imperativem, jehož nedodržení vede naopak k vyloučení osoby rozhodce.

Z uvedeného hlediska tedy neobstojí tvrzení, že činnost rozhodců není nalézáním práva, když rozhodčí nález je svým charakterem autoritativní rozhodnutí vydané nezávislou autoritou, jejíž pravomoci jsou strany podrobeny a jejíž rozhodnutí jsou vázány respektovat. Rozhodčí řízení se tedy liší a dokonce musí zásadně lišit od jednání stran o smíru, resp. jiných metod - tzv. náhradních způsobů řešení sporu (v mezinárodní praxi označovány jako ADR),⁶ Na tomto závěru nic nemění ani obecná povinnost rozhodců formulovaná ve většině moderních úprav rozhodčího řízení, totiž konkrétně povinnost vést strany a poskytnout jim případně veškerou

⁵ S touto námitkou se snaží vypořádat moderní smluvní teorie vycházející z toho, že základem samotného rozhodčího řízení je sice smlouva, akt, kterým toto řízení končí (tj. typicky rozhodčí nález) však již ze smlouvy nevychází.

⁶ Tj. *Alternative Dispute Resolution*.

podporu při hledání smírného řešení sporu.⁷ Obdobnou povahu má tedy také rozhodnutí / rozhodčí nález vydaný na žádost stran a kopírující jejich dohodu (k níž strany dospěly mimo rozhodčí řízení) o smírném řešení sporu. Právě zde se projevuje jedna z výhod rozhodčího řízení, kdy strany vydáním takového rozhodčího nálezu kopírujícího jejich vůli a dohodu fakticky získají jistotu (danou právě vykonatelností daného rozhodnutí), že jejich dohoda bude dodržena, resp. v případě jejího porušení budou mít k dispozici listinu, na jejímž základě se budou moci přímo domáhat plnění takové dohody.

I.1.2. Jurisdikční teorie

Protipólem výše uvedené smluvní teorie je teorie jurisdikční, která v rozhodčím řízení spatřuje analogii ke spornému civilnímu řízení [soudnímu], jehož účelem je autoritativně nalézat právo a na jeho základě definitivně rozhodnout spor stran. Tato teorie tedy vychází z předpokladu, že rozhodčí řízení je sporným řízením, v němž rozhodci vykonávají svou rozhodovací pravomoc. Ta je na ně delegována státem (a nikoliv samotnými stranami). Cílem této činnosti rozhodců je řešení vzniklého sporu formou nalézání práva. Již na první pohled je zřejmé, že i vůči této teorii lze mít určité výhrady. Především je to volní akt stran, který je nezbytný k iniciování / vzniku dané pravomoci. Tím je rozhodčí smlouva, kterou strany dobrovolně rezignují na své právo na projednání sporu před [obecným] soudem. Teprve poté, co rozhodce ex officio provede zjišťování a dospěje k závěru, že jsou splněny všechny podmínky pro to, aby byl spor projednán a rozhodnut v rozhodčím řízení (ve smyslu platné dohody stran), nabude jeho činnost charakteru nalézání práva a rozhoduje spor analogicky, jak tom činí soudci. Jediným rozdílem, který však na posouzení charakteru rozhodčího řízení nemá větší vliv, je skutečnost, že oproti veřejnoprávnímu soudnímu orgánu vydává rozhodnutí v rozhodčím řízení soukromoprávní subjekt a stát jeho rozhodnutí propůjčuje charakter vykonatelného titulu.

V souladu s tímto přístupem je také to, že stát si ve většině případů ponechává vůči rozhodčímu řízení určité kontrolní či regulační funkce. Jde především o institut zrušení rozhodčího nálezu soudem, jak je tento

⁷ Dle názoru autora se však je však jejich činnost omezena *procesními* možnostmi. Důležitý je v této souvislosti výraz *podpora* (povinnost poskytnout *podporu*, či *vést strany* [k nalezení smírného řešení], když právě tyto formulace zdůrazňují povinnost rozhodců poskytnout *procesní prostor* stranám pro to, aby ty mohly hledat případné smírné řešení. Takových možností mají rozhodci celou řadu. Mohou například řízení přerušit, odročit ústní jednání pokud vidí, že strany mají reálnou snahu o nalezení konsensu a pokračování v ústním jednání by naopak mohlo jejich spor vyhrotit a pod.

zakotven ve všech moderních úpravách rozhodčího řízení. Tato zpětná kontrola se ovšem vztahuje (až na nemnohé výjimky) výhradně na otázky / zkoumání, zda byly splněny všechny podmínky pro to, aby byl spor v rozhodčím řízení projednán a autoritativně rozhodnut a soudu nepřisluší přezkum ve věci samé.⁸ Soud tak není oprávněn zabývat se právním či skutkovým posouzením případu. Jeho přezkumnou činnost tak nelze chápat jako apelační institut, resp. jako další instanci v rozhodčím řízení.⁹ Institut zrušení rozhodčího nálezu představuje výhradně zpětnou kontrolu státu, jejímž cílem má být zjištění, zda byly splněny podmínky pro delegaci soudní pravomoci soukromoprávnímu subjektu a současně zda byly splněny základní předpoklady pro činnost rozhodce směřující k vydání autoritativního vykonatelného rozhodnutí ve věci samé. Pokud bychom uvažovali o jakémsi „opravném prostředku“ v rámci rozhodčího řízení, mohla by jím být dohoda stran o tom, že rozhodčí nález bude / může být dále přezkoumán dalším rozhodcem / -i. Tento postup je logický, když stát zde umožnil delegaci své jurisdikční pravomoci prostřednictvím dohody stran. Tuto delegaci lze vykládat jako uplatňování se subjektivního práva na spravedlivý proces stanoveným postupem u jiného orgánu, a to takového, který není orgánem veřejné moci.

Jako zásadní se jeví státům (prostřednictvím jeho legislativní výsosti) poskytovaná možnost volby. Na jejím základě a prostřednictvím autonomie se soukromoprávní subjekty rozhodují, zda svůj spor svěří k vyřešení / rozhodnutí státnímu [veřejnému] orgánu (soudu) nebo jinému [soukromoprávnímu] subjektu (rozhodci). Ve druhé z uvedených případů dochází k odchylce od jednoho ze základních a státem garantovaných práv, kterým je právo na veřejné projednání věci nestranným orgánem. Proto a vzhledem k charakteru rozhodčího řízení, resp. rozhodčího nálezu jako autoritativního konečného rozhodnutí ve věci by tak mělo být spíše možné přiklonit se k jurisdikční teorii. Lze si totiž jen těžko představit, že pravomoc rozhodců je založena výhradně dohodou stran. Taková dohoda sice teoreticky může suspendovat právo na projednání věci před řádným soudem, ovšem vždy jen za předpokladu, že příslušný stát takovouto možnost výslovně umožní. Tímto státem je vždy stát místa rozhodčího řízení, ve většině případů však také stát uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Pokud by tomu tak nebylo, jakákoliv dohoda, na jejímž základě by se subjekt dobrovolně vzdal svých základních práv (zde práva na spravedlivý proces), by bylo nutné hodnotit jako neplatnou. Právo na spravedlivý proces totiž patří mezi nezadatelná práva, kterého se strana bez zákonného mandátu vzdát nemůže. Výsledkem jakéhokoliv procesu by tak opravdu byla pouze

⁸ *Bělohávek, A. et Pezl, T.* Mezinárodní a tuzemské rozhodčí řízení z pohledu čl. 36 listiny základních práv a svobod a pravomocí soudů a ústavou garantovaných práv (Institut zrušení rozhodčího nálezu v souvislosti se zákazem revision au fond). *Právník*, 2006, rč. 146, č. 7, s. 768-802.

⁹ *Bělohávek, A.* Druhá instance v rozhodčím řízení. *Právní zpravodaj*, 2003, č. 7, s. 5 a násl.

dohoda stran o řešení sporu, jejíž výsledek by však nikdy nemohl představovat vykonatelný titul a jakékoliv nároky z takové smlouvy, případně z jejího porušení, by bylo nutné uplatnit u [obecného / státního] soudu. Suspendování práva na spravedlivý proces a jeho nahrazení jiným postupem, při jehož uplatnění strany mohou alternativně uplatnit své nároky u nezávislého orgánu k autoritativnímu a definitivnímu rozhodnutí, je tak nutno chápat jako delegaci jedné ze základních funkcí a současně pravomocí státu na jiný, a to soukromoprávní subjekt. Proto si stát také ponechává právo kontrolovat, zda byly řádně naplněny všechny podmínky této delegace. Pokud zjistí, že tyto splněny nebyly, neposkytne rozhodčímu nálezu status, který umožňuje vykonatelnost veřejnou mocí.

Jedním z důvodů k delegaci této [státní] pravomoci a jejího vskutku rozšířeného využívání v praxi je skutečnost, že strany mohou ovlivnit výběr fóra a jeho konstituování, přičemž často zohledňují své požadavky na kvalifikaci a další vlastnosti rozhodce v návaznosti na předmětu sporu. Tento výběr konkrétního rozhodce je považována za jednu z hlavních výhod rozhodčího řízení, která může výrazně přispět jednak k jeho flexibilitě a rychlému projednání a rozhodnutí sporu, stejně jako k důvěře stran v takové řízení a akceptaci jeho výsledků. Jde současně o nezadatelné právo strany jako výrazu jeho státem aprobované autonomie, přičemž toto právo může být omezeno, či suspendováno jen v případech, kdy převažuje jiný zájem vážící se k témuž sporu a k témuž řízení. O takovou situaci se jedná třeba v případě procesního společenství v rozhodčím řízení. Zde totiž převáží zájem na flexibilitě postupu v řízení a na tom, aby bylo řízení funkční a vůbec proveditelné. Omezení práva na výběr vlastního rozhodce a autonomní určení podmínek jeho výběru lze na základě takto formulované proporcionality omezit vždy jen jiným zájem vztahujícím se k témuž řízení. Rozhodčí řízení je tedy jiným výkonem soudní moci,¹⁰ v němž se projevuje státem aprobovaná autonomie vůle soukromoprávních subjektů limitovaná představami státu o hranicích této autonomie. Rozhodčí řízení nelze chápat jako řízení, které by nebylo v souladu, resp. porušovalo by státem garantované právo na spravedlivý proces. Jde totiž o řízení existující a probíhající na základě podmínek a požadavků stanovených v právu státu místa řízení, resp. vždy toho státu, kde má být rozhodčímu řízení a jeho výsledku přiznán kvalifikovaný účinek. Za předpokladu, že jsou splněny všechny požadavky státu pro iniciaci a konání rozhodčího řízení, stejně jako pro jmenování rozhodce, lze řádně jmenovaného rozhodce chápat jako zákonného soudce z hlediska zákonného práva na spravedlivý proces a v souladu s právem na to, aby nikdo nebyl odňat vlastnímu soudci. S přihlédnutím k regulační a kontrolní funkci státu lze přiklonit k názoru, že rozhodce lze charakterizovat jako nezávislou osobu nalézající právo a

¹⁰ MOTHEJZLÍKOVÁ, J.: Úloha národních soudů – podpora nebo dohled?, *Evropské a mezinárodní právo*, 1998, č. 1-2, s. 46

rozhodčí nález jako autoritativní rozhodnutí a nikoliv pouhý kvalifikovaný výraz obsahu dohody stran. Zjednodušeně řečeno, strany si sice vybírají konkrétní osobu rozhodce; aby tak mohly učinit, musí stát nejprve tento postup v obecné rovině schválit a propůjčit potenciálním rozhodcům pravomoc k vydávání autoritativních rozhodnutí. Rozhodčí řízení nemůže probíhat „ve vzduchoprázdnu“. Naopak, toto řízení probíhá vždy v rámci konkrétního právního řádu. Ten stanoví přesné podmínky, za nichž je možné na rozhodce delegovat pravomoc k projednání a rozhodnutí sporu, jestliže se pro tuto variantu strany rozhodnou (využijí své autonomie). Tato primární delegace funkcí státu je primární podmínkou pro přenos pravomoci pro rozhodování sporů z veřejnoprávní do soukromoprávní sféry. Pouze tak je možné zajistit vykonatelnost rozhodčích nálezů jakožto rozhodnutí soukromoprávního subjektu (rozhodce / -ů), na němž nebo na jehož způsobu jmenování se strany v rozhodčí smlouvě dohodnou. Současně ovšem platí, že rozhodce není rozhodnutím veřejného orgánu. Proto nemůže ani vykonatelnost rozhodčích nálezů vycházet z dohody stran, nýbrž jejím základem je primárně právní rámec, kterým stát formuluje podmínky pro přiznání vykonatelnosti rozhodčímu nálezu. Toto tvrzení platí nejen pro vykonatelnost „tuzemských“ rozhodčích nálezů, ale také pro vykonatelnost rozhodčích nálezů ve smyslu mezinárodních smluv.¹¹ Rovněž tato vykonatelnost vzniká v důsledku aktu státu, konkrétně jeho souhlasem vyjádřeným mezinárodně právním závazkem. Vzhledem k tomu, že postavení daný mezinárodně právní rámec zakotvuje postavení rozhodce, nelze souhlasit s názorem, podle něhož jde výlučně o soukromoprávní vztah založený pouze dohodou mezi rozhodcem (-ci) a stranami. O „pouhý“ soukromoprávní vztah nemůže jít již proto, že postavení rozhodce je definováno legislativním rámcem, v němž se rozhodce musí pohybovat s tím, že toto jeho postavení není možné měnit na základě odlišné dohody stran.

I.1.3. Smíšená teorie

Tato teorie se snaží o spojení obou předchozích doktrín, když na jedné straně akcentuje, že rozhodčí řízení je možné pouze za předpokladu vzájemné dohody stran o podřízení jejich sporu pravomoci rozhodců. Není pochyb o tom, že základem rozhodčího řízení je vůle stran vyloučit v případě řešení konkrétního sporu pravomoc [obecných] soudů a současně výběr jiného subjektu, který má namísto soudu takový spor definitivně a autoritativně rozhodnout. Strany uzavírají dohodu, která pravomoc rozhodců zakládá a současně určuje základní podmínky průběhu tohoto řízení, vybírají si osoby rozhodující spor a místo sporu. Současně si ovšem tato

¹¹ Zejména NYConv.

teorie uvědomuje nedostatky smluvního přístupu k rozhodčímu řízení, zejména pokud jde o základ postavení rozhodců, vynutitelnost rozhodčího nálezu, pokud by ten byl chápán ve smyslu smluvní teorie jakožto pouhé nalezení obsahu dohody stran, případně jako určitá autorizovaná dohoda o narovnání mezi stranami. Ve srovnání s jurisdikční doktrínou tak smíšená teorie vychází z autonomie rozhodců jako nezávislých subjektů, na něž stát delegoval svou pravomoc k nalézání práva. Postavení rozhodců je vymezeno a limitováno právní úpravou toho kterého konkrétního státu a rozhodčí řízení může fungovat výhradně v rámci těchto mantinelů a v návaznosti na daný právní řád.

Autor tohoto příspěvku se klaní v podstatě ke smíšené teorii, která ovšem zásadně vyzdvihuje význam právního rámce státu řízení a státu uznání a výkonu nálezu a do jisté míry se tak autor v mnoha ohledech blíží teorii jurisdikční. Autor je toho názoru, že smluvní teorie měla své opodstatnění spíše v minulosti a je jakýmsi reziduem. Smluvní teorie totiž vychází ve své podstatě z premisy, že strany mají zájem na splnění svých závazků a hledají pouze toho, kdo vymeze jejich obsah, aby se podle toho mohly zařídit. Ať již by takový přístup měl být ve své podstatě správný a zájem na naplnění *pacta sunt servanda* by měl být zájmem všeobecným, je smluvní přístup v uvedeném pojetí až příliš odtržený od aktuální reality. Místo zájmu na plnění závazku a na vyřešení sporu je dnes v podstatě minimálně každý druhý spor v rozhodčím řízení provázen maximální snahou stran (samozřejmě strany žalovan, či protižalované) o napadání pravomoci (příslušnosti), o maximální množství procesních obstrukcí, o nalezení jakéhokoliv důvodu pro podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu po jeho vydání a pod. Výjimkou nejsou ani vysoce neprofesionální útoky proti rozhodcům ve smyslu umělého konstruování jejich vyloučení. Naproti tomu strana žalující, resp. ten, kdo má v řízení úspěch, je vždy zainteresovaným na tom, aby dosáhl co nejdříve pravomocného rozhodnutí, které lze podrobit nucenému výkonu za pomoci veřejné moci, ať by měl takový výkon probíhat ve kterémkoliv státě. Je tedy jasné, že jsou to právě strany v řízení a tedy tzv. uživatelné systému rozhodčího řízení, kteří se sami spoléhají na veřejnou moc a hledají v ní v maximální míře oporu. Lze též bez nadsázky tvrdit, že bez veřejnoprávního rámce rámce pro rozhodčí řízení (ať již v jakémkoliv státě) by v dnešní době ztratilo rozhodčí řízení svého reálného a s realitou spjatého opodstatnění. Podle autora je ona častá smluvní teorie něčím, co snad odpovídá optimálnímu obrazu, svědčí však o naprosté absenci reality ze strany těch, kteří tuto teorii podporů. To je též důvod, proč se autor v rámci svého možná smíšeného přístupu přiklání blíže na onu pomyslnou jurisdikční miskou vážení ve sporu mezi základem smluvním a základem jurisdikčním. Má-li proto autor ještě blíže vymežit svůj názor, pak za samotný a primární základ pro rozhodčí řízení považuje legální rámec, který je však iniciován jednak dohodou stran v podobě rozhodčí smlouvy a

jednak konkrétním sporem, který vymezuje předmět řízení v případě sporu v procesním smyslu.

I.1.4. Autonomní teorie

Poslední teorií je teorie autonomní, která s ohledem na výše popsaná specifika považuje rozhodčího řízení za druh řízení *sui generis*, na které nelze automaticky aplikovat ani obecné smluvní zásady, ani úpravu civilního řízení před obecnými soudy. Podle této teorie je nezbytně specifický také vztah mezi osobou rozhodce a stranami.. V žádném případě na tento vztah nelze podle předmětné teorie nahlížet z pohledu klasické smluvní doktríny jakožto na běžný smluvní vztah, kdy si strany „najíímají“ soukromoprávní subjekt (zde rozhodce) za účelem rozhodnutí jejich sporu. Rovněž tak, jako je podle této teorie za specifické považováno samotné rozhodčí řízení, je za vztah *sui generis* nutné považovat i vztah mezi rozhodcem a stranami.

I.2 Přístup vybraných zemí

I.2.1. [CZE] [ČESKÁ REPUBLIKA]

I.2.1.1. Právní východiska

Rozhodčí řízení je upraveno v zákoně č. 216/1994 Sb. ze dne 01. listopadu 1994 o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále RozŘ). Podle jeho § 2 odst. 1 se strany mohou dohodnout, že o majetkových sporech mezi nimi, s výjimkou sporů vzniklých v souvislosti s výkonem rozhodnutí a incidenčních sporů, k jejichž projednání a rozhodnutí by jinak byla dána pravomoc soudu, má rozhodovat jeden nebo více rozhodců anebo stálý rozhodčí soud (rozhodčí smlouva). Kromě právě citovaného ustanovení RozŘ není v českém právním řádu žádná speciální úprava, podle které by se řídil vztah mezi rozhodci a stranami. Přestože není pochyb o tom, že se ve vztahu stran a rozhodce objevují prvky civilněprávního charakteru (např. sjednání a úhrada poplatku za rozhodčí řízení a odměny rozhodce v rozhodčích řízeních *ad hoc*, když třeba v řízení u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky – RS HKAK nebo u jiného stálého rozhodčího

soudu tento problém nevzniká, když třeba dle řádu RS HKAK je úhrada poplatku nezbytnou podmínkou projednání a rozhodnutí sporu a odměna je rozhodci následně vyplácena ze strany RS HKAK), není obecně možné konstatovat, že celý tento vztah je čistě občanskoprávní. Jedná se o vztah, kde je množství jeho prvků (práv a povinností rozhodce) upraveno přímo předpisy legis arbitri. K některým úkonům jsou pro případ neexistence dohody stran příslušné přímo [obecné] soudy, ať již jde o jmenování rozhodce, možnost zbavení rozhodce mlčenlivosti, jeho vyloučení apod. Existuje tu tedy ze strany soudů poměrně významná kontrolní funkce podporující judičiální charakter rozhodčího řízení. Již jen proto se mezi rozhodci a stranami nemůže jednat o čistě smluvní vztah, a již vůbec ne o vztah pouze soukromoprávní založený výlučně na obecných smluvních zásadách občanského práva. Pokud bychom vůbec takový základ připustili, jednalo by se spíše o specifický vztah [sui generis]

Stálé rozhodčí soudy mohou být v [CZE] zřízeny pouze na základě zákona, což rovněž nasvědčuje tomu, že stát vyjadřuje kvalifikovaný zájem na garanci určitých standardů ze strany jím aprobovaných rozhodčích soudů, resp. tyto nemohou vzniknout bez zákonného základu. Pokud by platilo, že rozhodčí řízení je založeno výhradně na smluvním ujednání stran, byl by takový zásah státu nejen zbytečný, ale směřoval vůči smluvnímu charakteru tohoto institutu. V každém případě legální rámec pro konstituování stálých rozhodčích soudů může být pouze podpůrným argumentem a sám o sobě neznamená, že stát sleduje určitou doktrínu. Nelze tak v žádném případě dospět k závěru, že v zemích, kde takový legislativní základ existence stálých rozhodčích soudů dán není, by byla naopak sledována doktrína smluvní.

Další argumenty podporující jurisdikční základ rozhodčího řízení v kontextu české úpravy: (●) Podání rozhodčí žaloby má totožné účinky, jako kdyby žaloba byla podána u obecného soudu. (●) Podle § 16 RozŘ [CZE], podle kterého uplatní-li strana svůj nárok před rozhodci v promlčecí nebo prekluzivní lhůtě a rozhodnou-li rozhodci, že není dána jejich pravomoc, nebo došlo-li ke zrušení rozhodčího nálezu a podá-li strana znovu u soudu nebo u jiného příslušného orgánu žalobu nebo návrh na pokračování v řízení do 30 dnů ode dne, kdy jí bylo doručeno rozhodnutí o nedostatku pravomoci nebo o zrušení rozhodčího nálezu, zůstávají účinky podané žaloby zachovány. (●) Stejně tak rozhodčí nález, který nelze dále přezkoumat, nebo u něhož marně uplynula lhůta k podání žádosti o přezkum, nabývá tento dnem doručení účinku pravomocného soudního rozhodnutí a je soudně vykonatelný¹². Písemné vyhotovení rozhodčího nálezu musí být doručeno

¹² Viz § 28 odst. 2 RozŘ [CZE].

stranám a po doručení je opatřeno doložkou o právní moci,¹³ Právě institut nabytí právní moci je institutem, který je typický pro judičiální charakter rozhodování. Jen těžko bychom totiž hledali analogii, pokud by výsledek rozhodčího řízení byl chápán výhradně jako určitá kvalifikovaná dohoda stran o řešení sporu zachycená rozhodcem v rozhodčím nálezu.¹⁴ Rozhodcem vydaný rozhodčí nález je tedy možné chápat jakožto jurisdikční akt, kterému zákonodárce propůjčuje charakter vykonatelného titulu. (●) K tomuto se vztahuje i fakt, že si stát ponechává možnost zpětné kontroly v souvislosti s institutem zrušení rozhodčího nálezu soudem dle ustanovení § 31 a násl. zákona o rozhodčím řízení. (●) Rozhodci nemohou v rámci své funkce postupovat zcela neomezeně, jsou naopak ze zákona vázáni rozhodnout spor dle platného práva, jestliže je strany výslovně nezmocní k rozhodnutí na základě spravedlnosti.¹⁵ Stejně jako u soudce je tedy možné konstatovat, že posláním / úkolem rozhodce je nalézat právo. Stálé rozhodčí soudy jsou povinny po dobu 20 let od právní moci rozhodčího nálezu uschovat rozhodčí nález opatřený doložkou o právní moci a všechny listiny prokazující průběh rozhodčího řízení. (●) Rozhodci v rozhodčích řízeních ad hoc jsou poté povinni do 30 dnů od právní moci rozhodčího nálezu předat do úschovy okresnímu soudu, v jehož obvodu byl rozhodčí nález vydán, rozhodčí nález opatřený doložkou o právní moci a všechny listiny prokazující průběh rozhodčího řízení. Tato povinnost předat rozhodčí nález do úschovy soudu nenastává, pouze byl-li rozhodčí nález vydán mimo území České republiky.¹⁶ Zákon o rozhodčím řízení současně podpůrně stanoví (když primárně je dávana přednost dohodě stran o způsobu vedení sporu) analogická aplikace občanského soudního řádu v případě neexistence dohody stran o způsobu vedení sporu¹⁷. Rozhodce sice není bezprostředně povinen takové procesními předpisy pro občanského soudního řízení bez dalšího analogicky aplikovat, v praxi se však rozhodci na tuto právní úpravu často odvolávají a tato je jimi minimálně zohledňována. (●) [Obecné] soudy plní v rozhodčím řízení i další podpůrné funkce, když rozhodci jsou např. ve smyslu ustanovení § 20 odst. 2 oprávněni dožádat příslušný obecní soud o

¹³ Viz § 28 odst. 1 RozŘ [CZE].

¹⁴ Obdobné instituty lze nalézt i v jiných právních řádech, byť může být stát od státu sporné, jaký charakter má v konkrétním státu předmětný institut a do jaké míry nasvědčuje spíše jurisdikčnímu základu rozhodčího řízení, či nikoliv. Podle názoru autora je to však nerozhodné.

Jen například:

Čl. 193 odst. 3 IPRG [SUI] (v orient. překladu cit.): *Na žádost strany rozhodčí senát potvrdí, že nález byl vydán v souladu s ustanoveními tohoto Zákona; takové potvrzení má stejný účinek, jako uložení nálezu [u soudu].*

¹⁵ Viz § 25 odst. 3 RozŘ [CZE]. (cit.): *Při rozhodování se rozhodci řídí hmotným právem pro spor rozhodným; mohou však spor rozhodnout podle zásad spravedlnosti, avšak jen tehdy, jestliže je k tomu strany výslovně pověřily. Ve smyslu ustanovení § 37 zákona o rozhodčím řízení platí, že jde-li v rozhodčím řízení o vztah s mezinárodním prvkem, rozhodci rozhodují spor podle práva, které strany zvolily. Zvoleným právem nebo právním řádem rozhodným na základě kolizních norem se rozumí, pokud z volby stran neplyne jinak, hmotné právo; nepřihlíží se přitom ke kolizně právním předpisům práva stranami zvoleného nebo jinak rozhodného. Nezvolí-li si strany hmotné právo výše uvedeným způsobem, užijí rozhodci právo státu určené podle tuzemských kolizně právních předpisů.*

¹⁶ V § 29 odst. 1 a odst. 2 RozŘ [CZE].

¹⁷ Viz § 44 RozŘ [CZE] (cit.): *Nestanoví-li tento zákon jinak, použijí se pro řízení před soudem podle tohoto zákona obdobně ustanovení občanského soudního řádu.*

provedení procesních úkonů, které nemohou rozhodci sami provést. Soud je povinen dožádání vyhovět, nejde-li o procesní úkon podle zákona nepřipustný s tím, že soud přitom učiní všechna rozhodnutí, která jsou k provedení dožádání potřebná.

Takto vymezená a ostatně i další charakteristika rozhodčího řízení tedy nasvědčí, že zákonodárce danou úpravou pouze svěřil / delegoval výkon některých svých pravomocí souvisejících s rozhodováním sporů mezi soukromoprávními subjekty. Tento závěr je ostatně ve své většině (až na výjimky) přijímán také českou odbornou veřejností. Citovat lze např. Z. Kučeru¹⁸, K Růžičku¹⁹ aj.²⁰ Vliv role a funkce státu na rozhodčí řízení nepopírá ani N. Rozehnalová, která se kloní ke smíšené teorii rozhodčího řízení a zejména poukazuje na skutečnost (kterou zdůrazňuje), že i když má ustavení rozhodce či rozhodčího senátu soukromoprávní charakter a je možné řízení realizovat jen na základě existující dohody stran, tak si vlastní řízení zachovává svou veřejnoprávní povahu. Stát jednak realizuje své kontrolní pravomoci vůči rozhodčím soudům a napomáhá skrze státní soudy tam, kde rozhodci nemohou určité úkony vykonat, jednak přiznává rozhodčímu nálezu při splnění určitých podmínek stejné účinky jako soudnímu rozhodnutí.²¹

I přes výše uvedené a přes poměrně intenzivní diskuse o případné větší kontrole rozhodčího řízení je nutné konstatovat, že judikatura českých soudů přiřazuje rozhodčímu řízení čistě smluvní charakter. Podle těchto (níže citovaných) rozhodnutí není činnost rozhodců možné charakterizovat jakožto nalézání práva, nýbrž jedná se o vyjasňování / narovnávání existujícího závazkového vztahu stran v zastoupení a na základě svobodné vůle stran. V této souvislosti se ovšem Ústavní soud ČR v roce 2002²² již nikterak nevyrovnal se skutečností, zda na tomto základě může „pouhá“ dohoda stran získat charakter vykonatelného rozhodnutí. Další otázkou zůstává, do jaké míry je předmětné rozhodnutí Ústavního soudu ČR z roku 2002 nutno chápat jako výraz závazného právního (ústavněprávního) názoru, když nadto veškerá následná rozhodnutí se nikterak nesnaží o vlastní přístup k problematice a jen odkazují na ono zásadní rozhodnutí z roku 2002. Pozdější rozhodnutí si totiž očividně nekladou za cíl vyjádřit se k charakteru rozhodčího řízení a v podstatě jde výhradně o rozhodnutí, která

¹⁸ KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 5. opravené a doplněné vydání. Nakladatelství Doplněk, 2001, s. 401.

¹⁹ RŮŽIČKA, K.: K otázce právní povahy rozhodčího řízení. *Bulletin Advokacie*, 2003, č. 5

²⁰ Srov. též například BĚLOHLÁVEK, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. 1. vyd., Praha: C.H.Beck, 2004, s. 19.

²¹ ROZEHNALOVÁ, N.: Právo mezinárodního obchodu. Brno: MU v Brně, 2004, s. 456–457.

²² Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. IV.ÚS 174/02 z 15. července 2002.

se s danou otázkou vypořádávají z hlediska pravomoci (příslušnosti) Ústavního soudu ČR k projednání a rozhodnutí konkrétní ústavní stížnosti. Obecně se lze často setkat s názory (zejména v zahraničí), které sice výslovně konstatují, že rozhodčí senát není soudním orgánem ve smyslu příslušné právní úpravy daného státu, ale s ohledem na charakter rozhodčího řízení jako takového je nutné na něj některé instituty upravující občanské soudní řízení analogicky aplikovat.

I.2.1.2. Rozhodnutí Ústavního soudu ČR související s problematikou rozhodčího řízení

I.2.1.2.1. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. IV ÚS 174/02 z 15. července 2002.²³

Předseda rozhodčího senátu, který ve věci rozhodoval, ve svém vyjádření k ústavní stížnosti uvedl, že tento svůj právní názor nekonzultoval s ostatními členy „bývalého“ senátu, je projevem jeho osobních názorů a nelze je interpretovat jako stanovisko Rozhodčího soudu ve smyslu § 30 odst. 3 ÚstSZ [CZE] ve znění pozdějších předpisů. Senát, který ve věci rozhodoval, byl ustanoven vůli stran ad hoc a nelze jej ztotožňovat se senátem obecného soudu. Rozhodčí soud je soukromou osobou, která je soudem jen podle názvu, nepatří do soustavy soudů podle zákona o soudech a soudcích a není orgánem veřejné moci. Má povahu odborné organizace zprostředkávající služby pro osoby, které chtějí, aby rozhodce jejich právní vztah vyjasnil a napevno postavil. Charakter rozhodčí činnosti je založený smlouvou delegující vůli stran a její výsledek je činností narovnávací ve smyslu § 585 ObčZ. [CZE]. Výsledek je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tedy není delegovanou svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud, kterou mu svěřili. Rozhodčí nález nevydává rozhodčí soud, ale rozhodci. Je vynutitelný z důvodu vynutitelnosti závazku, který byl rozhodcem v zastoupení stran uzavřen. Z tohoto pohledu Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky není v řízení o ústavní stížnosti pasivně legitimován.

²³ Publikováno in: Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sv. 27, usnesení evid. č. 20, s. 257 a násl.

Dále se Ústavní soud zabýval otázkou, zda předmětný rozhodčí nález je pravomocným rozhodnutím orgánu veřejné moci ve smyslu čl. 87 odst. 1 písm. d) Úst. [CZE], resp. ve smyslu ust. § 72 odst. 1 písm. a) ÚstSZ [CZE], přičemž dospěl k závěru, že Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky není orgánem veřejné moci, a tudíž ani jeho rozhodčí nálezy nemohou být rozhodnutím orgánu veřejné moci ve smyslu cit. ustanovení Úst. [CZE] a ÚstSZ. Podle § 1 odst. 2 písm. b) Řádu RS HKAK rozhoduje tento rozhodčí soud spory, jestliže jeho pravomoc vyplývá pro daný spor z platné rozhodčí smlouvy uzavřené mezi stranami. V tomto směru jeho názor [názor Ústavního soudu vyjádřený v předmětném rozhodnutí] koresponduje s výše uvedenými tvrzeními předsedy rozhodčího senátu, že charakter rozhodčí činnosti je založený smlouvou delegující vůli stran a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tedy není delegovanou svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud.

I.2.1.2.2. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. II ÚS 3059/08 z 15. ledna 2009:

Ústavní soud odkazuje na svá dřívější rozhodnutí²⁴. Vycházel v nich z toho, že rozhodovací činnost rozhodčího soudu, resp. rozhodce, je založená na smlouvě, která deleguje vůli stran, a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku. Rozhodce (rozhodčí soud) nenalézá právo, nýbrž tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tak není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud.

I.2.1.2.3. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. I ÚS 339/02 z 26. ledna 2004 pod sp. zn. I.ÚS 339/02

Zachování ústavních požadavků v řízení před rozhodcem nebo rozhodčím soudem je zaručeno možností soudního přezkumu²⁵ podle části čtvrté

²⁴ Viz Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. I. ÚS 339/02, sp. zn. IV. ÚS 511/03, sp. zn. III. ÚS 166/05 či sp. zn. III ÚS 145/03.

²⁵ Již z této samotné formulace vyplývá, že došlo ke zřejmému nepochopení účelu a smyslu úpravy této části RozŘ [CZE], když nejde o žádný přezkum ve smyslu analogie s vyšší instancí (ve srovnání s řízením soudním). Účelem je výlučně poskytnutí možnosti obrany stran v případě, že došlo k porušení některých základních principů rozhodčího řízení.

zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (srov. důvody uvedené v ustanovení § 31 RozŘ [CZE]). Toliko rozhodnutí obecného soudu, podle části čtvrté RozŘ [CZE], může být napadeno ústavní stížností (srov. usnesení sp. zn. III. ÚS 460/01.²⁶ Stěžovatel této možnosti nevyužil a nevyčerpal tak všechny procesní prostředky, které mu zákon k ochraně práva poskytuje ve smyslu shora citovaného § 75 odst. 1 ve spojení s § 72 odst. 2 zákona o Ústavním soudu. Tato skutečnost činí jeho ústavní stížnost návrhem nepřijatelným podle § 43 odst. 1 písm. e) ÚstSZ [CZE]. Charakter rozhodčí činnosti, byť ve věcech, v nichž by jinak rozhodovaly obecné soudy, je založen na vůli stran delegovat smlouvou urovnání a řešení jejich sporu, ať již skutkového či právního, na třetí subjekt. Výsledek rozhodčí činnosti (rozhodčí nález) je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodce vyjasňuje existující závazkový vztah v zastoupení stran, nikoliv v zastoupení státu. Jeho moc tedy není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od vlastní soukromé moci stran určovat si svůj vlastní osud.²⁷

I.2.1.2.4. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 4. prosince 2003 pod sp. zn. IV.ÚS 511/03

Ústavní soud setrvává na názoru, že rozhodčí senát ustanovený jako senát ad hoc na základě jmenování předsedou Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky je soukromou osobou, nepatří do soustavy soudů podle hlavy čtvrté Úst. [CZE] a podle zákona o soudech a soudcích a není orgánem veřejné moci. Rozhodčí soud má povahu odborné organizace zprostředkovávající služby pro osoby, které chtějí, aby rozhodce jejich právní vztah vyjasnil a napevno postavil, takže rozhodčí nálezy Rozhodčího soudu ani rozhodčích senátů jmenovaných ad hoc nemohou být rozhodnutím orgánu veřejné moci ve smyslu ustanovení čl. 87 odst. 1 písmeno d) Úst. [CZE] a § 72 odst. 1 písmeno a) ÚstSZ [CZE]. Rozhodci rozhodují spory, jestliže jejich pravomoc vyplývá pro daný spor z platné rozhodčí smlouvy uzavřené mezi stranami. V tomto směru je charakter rozhodčí činnosti založený smlouvou delegující vůli stran a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodci (stejně jako Rozhodčí soud samotný) nenalézají právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňují, tedy narovnávají) závazkový vztah v zastoupení stran. Jejich moc není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud. Závazek

²⁶ publikováno in: Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu [CZE], sv. 24, usnesení č. 41, s. 563 a násl.

²⁷ Na tomto místě se předmětné rozhodnutí odvolává na Usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sp. zn. IV. ÚS 174/02 ze dne 15. července 2002.

nalezený rozhodci je vynutitelný z důvodu vynutitelnosti závazku, který byl rozhodci v zastoupení stran uzavřen.

I.2.1.2.5. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 29. dubna 2005 pod sp. zn. III.ÚS 166/05

V usnesení Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV. ÚS 174/02 je judikováno, že rozhodčí soud, tedy i rozhodce, není orgánem veřejné moci, a tudíž ani jeho rozhodčí nálezy nemohou být rozhodnutím orgánu veřejné moci podle čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy České republiky a § 72 odst. 1 písm. a) ÚstSZ [CZE]. Rozhodčí soudy a rozhodci rozhodují spory, jestliže jejich pravomoc vyplývá pro daný spor z platné rozhodčí smlouvy uzavřené mezi stranami. Charakter rozhodčí činnosti je založen smlouvou delegující vůli stran a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku, a jako takový je též závazný. Rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tedy není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud. S uvedeným názorem se Ústavní soud ČR [CZE] ztotožňuje i ve návrhu navrhovatelky v této konkrétní věci. Proto předmětný návrh posoudil jako návrh, k jehož projednání není Ústavní soud ČR [CZE] příslušný a jako takový jej odmítl [§ 43 odst. 1 písm. d) ÚstSZ].

I.2.1.2.6. Usnesení Ústavního soudu ČR vydané dne 12. září 2003 pod sp. zn. III.ÚS 145/03

Ústavní soud se otázkou, zda rozhodčí nálezy (Rozhodčího soudu) je pravomocným rozhodnutím orgánu veřejné moci podle čl. 87 odst. 1 písm. d) Úst. [CZE], resp. podle § 72 odst. 1 písm. a) ÚstSZ [CZE] zabýval již ve svém usnesení ze dne 15. 7. 2002, sp. zn. IV. ÚS 174/02 a dospěl k závěru, že tomu tak není, neboť Rozhodčí soud nelze považovat za orgán veřejné moci. Ústavní soud ČR [CZE] vycházel z toho, že charakter rozhodčí činnosti je založen smlouvou delegující vůli stran, její výsledek je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný, přičemž rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran a jeho moc není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud. V uvedeném rozhodnutí Ústavní soud poukázal rovněž na své usnesení ze dne

1. 11. 2001, sp. zn. III. ÚS 460/01²⁸ s tím, že i kdyby dospěl k jinému závěru o povaze rozhodčího nálezu, tedy že rozhodčí nález je pravomocným rozhodnutím orgánu veřejné moci, byl by nucen ústavní stížnost podle § 43 odst. 1 písm. e) zákona jako nepřipustnou odmítnout pro nevyčerpání prostředků ve smyslu § 75 odst. 1 ÚstSZ [CZE] odmítnout, protože stěžovatel na základě vlastního svobodného rozhodnutí nahradil pořad práva dohodou o respektování rozhodčího nálezu. Od výše uvedených závěrů nemá Ústavní soud ČR [CZE] důvod se odchýlovat ani v posuzovaném případě. Je si sice vědom toho, že na povahu fakultativního (mezinárodního) rozhodčího řízení v právní teorii existují rozdílné názory.²⁹ Pokud by se však na danou otázku pohlíželo z hlediska mezinárodního práva (veřejného), přičemž toto hledisko je s ohledem na fungování rozhodčího řízení v praxi rozhodující, je třeba vycházet z názoru strany [v tomto řízení], že rozhodci a stálé institucionální rozhodčí soudy nepůsobí jako orgány státu a na rozhodčí řízení a úkony při něm prováděné se nehledí jako na projevy výkonu státní moci.³⁰ Z této skutečnosti plyne, že až na výjimky (viz níže) nelze úkony rozhodce či rozhodčího soudu přičítat konkrétnímu státu. Jinak řečeno, strany si mohou pro řešení svých sporů zvolit, jsou-li pro to splněny zákonem stanovené podmínky, cestu soudní nebo cestu rozhodčího řízení. Ve druhém případě si však jsou, resp. musí být vědomy toho, že role státu se omezuje pouze na vytvoření právního rámce, v jakém má rozhodčí řízení fungovat, a především, že ingerence státu v konkrétní věci připadá v úvahu až ex post v podobě zrušení rozhodčího nálezu či zastavení výkonu rozhodnutí soudem, a to jen v některých případech;³¹ v nich je ovšem třeba se domáhat svých práv (nejprve) u příslušného obecného soudu, a eventuálně teprve poté, resp. po vyčerpání všech prostředků ochrany práv, u soudu ústavního. Poukazuje-li stěžovatelka na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, jedná se, dle názoru Ústavního soudu [CZE], o argumentaci neadekvátní. V prvním případě šlo o rozhodčí řízení nikoliv fakultativní, nýbrž obligatorní, u kterého je z hlediska ochrany základních práv a svobod třeba vycházet z toho, že nuceným "přesunem" určitých sporů na rozhodčí řízení se stát nemůže samozřejmě zprostit plnění svých závazků vyplývajících z čl. 6 Evropské úmluvy o lidských právech, a tak za ni odpovídá tak, jako by se jednalo o "jeho" orgán. Obdobně tomu bylo i ve druhém případě, kdy věc stěžovatelů projednával zákonem (1977 Act) zřízený orgán (Arbitration Tribunal), v jehož pravomoci bylo v eventuálním sporu stanovit výši náhrady za zestátněný majetek stěžovatelů. Proto i v tomto případě je bezpochyby možno přičítat jednání zmíněného "rozhodčího řízení" (jednalo se spíše o zvláštní orgán soudního typu) přímo státu, s důsledky z toho plynoucími.

²⁸ Publikován in: Ústavní soud ČR [CZE]: Sbirka nálezů a usnesení, Vol. 24, usnesení evid. č. 41, Praha, 2002.

²⁹ Na tomto místě se Ústavní soud ČR [CZE] v rozhodnutí odvolává na Rozehnalová, N.: Transnacionální právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova univerzita, Brno, 1994, s. 142.

³⁰ Na tomto místě se Ústavní soud ČR [CZE] v rozhodnutí odvolává na KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 1994, s. 394 a násl..

³¹ Odvolává se na § 31 a násl. RozŘ [CZE].

I.2.1.2.7. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. II ÚS 2169/07 z 3. září 2007:

Ústavní soud ČR [CZE] ve zde posuzované věci odkazuje na svá dřívější rozhodnutí.³² Vycházel v nich z toho, že rozhodovací činnost rozhodčího soudu, resp. rozhodce, je založená na smlouvě, která deleguje vůli stran, a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku. Rozhodce (rozhodčí soud) nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tak není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud. Ústavní soud ČR [CZE] se proto nemohl návrhem dále zabývat, neboť by přezkoumával rozhodnutí jiného subjektu než orgánu veřejné moci. Tím by překročil meze stanovené čl. 87 odst. 1 písm. d) Úst.. Nezbylo mu proto, než návrh podle ustanovení § 43 odst. 1 písm. d) ÚstSZ [CZE] odmítnout jako návrh, k jehož projednání není příslušný.

Obdobně se česká soudní praxe staví i k otázce odpovědnosti rozhodců za jejich činnost. Odkázat je možné například na rozsudek Nejvyššího soudu ČR [CZE], sp. zn. 32 Cdo 1044/2005 z 28. listopadu 2007, který vychází z výše citovaného Usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sp. zn. IV.ÚS 174/02 a konstatuje, že rozhodčí nálezy vydávané rozhodčími senáty, popř. jedinými rozhodci v rámci působnosti Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky jsou rozhodčími nálezy tohoto Rozhodčího soudu. Nejde o nálezy rozhodců.³³ Z toho, že se rozhodnutí rozhodčího senátu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky přičítá Rozhodčímu soudu, je zřejmé, že rozhodci neodpovídají za škodu vzniklou rozhodováním, neboť rozhodují jménem Rozhodčího soudu. Ve sporu o náhradu takové škody proto není rozhodce věcně pasivně legitimován. Pochybnosti zde nevznikají, pokud jde o soukromoprávní základ odpovědnosti za škodu. Odpovědnost za škodu je institutem smluvního práva a napovídajícím smluvnímu charakteru rozhodčího řízení. Je tedy možné uzavřít, že tak, jako v dalších státech, neexistuje v České republice zcela jednotný názor a doktrinální přístup týkající se povahy rozhodčího

³² Odvolává se zejména (jako příklad) na tato usnesení RS HKAK: sp. zn. I. ÚS 339/02, sp. zn. IV. ÚS 511/03, sp. zn. III. ÚS 166/05, sp. zn. III ÚS 145/03.

³³ Odvolává se na Usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sp. zn. IV ÚS 174/02.

řízení a daná otázka je spíše řešena s ohledem na jednotlivé části rozhodčího řízení.³⁴

I.2.2. [SVK] [SLOVENSKÁ REPUBLIKA]

Rozhodčí řízení ve Slovenské republice je upraveno v zákoně č. 244/2002 Z.z. z 3. dubna 2002 o rozhodcovskom konaní (dále jen ZRK [SVK]). Rozhodčí smlouva (rozhodcovská zmluva) je v § 3 odst. 1 ZRK [SVK] definována jako dohoda mezi smluvními stranami o tom, že všechny nebo některé spory, které mezi nimi vznikly anebo vzniknou v určeném smluvním anebo v jiném právním vztahu, se rozhodnou v rozhodčím řízení. Tato dohoda může mít buď formu samostatné smlouvy nebo může být uzavřena jako rozhodčí doložka k samostatné smlouvě. Výslovně je zde zakotven princip samostatnosti rozhodčí doložky, který je ostatně možno dnes považovat za mezinárodně uznávaný princip. Ustanovení § 5 odst. 3 ZRK [SVK] na podporu tohoto principu stanoví, že pokud smluvní strany odstoupí od smlouvy, takové odstoupení se nedotýká rozhodčí doložky, která je její součástí, pokud se smluvní strany nedohodly jinak.

Z celkové koncepce slovenské úpravy je možné vyvodit, že se zákonodárce přiklání spíše k jurisdikční teorii rozhodčího řízení. Koncepčně je totiž rozhodčí řízení upraveno jako způsob nalézání práva, který je státem aprobovaný a na zajištění jehož základních podmínek a minimálních standardů má stát zájem. Slovenská úprava vyžaduje dohodu stran ohledně osoby rozhodce tím, že vyžaduje splnění "požadovaných zkušeností" a naplnění podmínky bezúhonnosti³⁵ Ustanovuje-li rozhodce stranami sporu určená osoba (appointing authority) nebo soud, je při výběru povinna přihlížet k jeho kvalifikaci dle dohody stran a okolnostem, které zabezpečí ustanovení nezávislého a nestranného rozhodce.³⁶ Kterákoliv osoba, jež přijme výkon funkce rozhodce, je ze zákona vykonávat tuto svou funkci nestranně a s odbornou starostlivostí tak, aby byla zabezpečená spravedlivá ochrana práv a oprávněných zájmů účastníků a aby nedocházelo k

³⁴ Podle názoru autora spíše vždy v návaznosti na konkrétní případy a přiznávat předmětných rozhodnutím zobecňující charakter pro českou právní doktrínu je značně problematické.

³⁵ Viz § 6 odst. 1 ZRK [SVK] (cit.): *Rozhodcom sa môže stať každá fyzická osoba, na ktorej sa zmluvné strany dohodnú, ak je plnoletá, spôsobilá na právne úkony v plnom rozsahu, má skúsenosti na výkon funkcie rozhodcu a je bezúhonná a ak osobitný predpis alebo tento zákon neustanovuje inak.*

³⁶ Viz ustanovení § 6 odst. 3 ZRK [SVK] (cit.): *Ak rozhodcu ustanovuje zmluvnými stranami vybraná právnická osoba alebo fyzická osoba (ďalej len "vybraná osoba"), alebo súd (§ 8 ods. 2), je povinný pri tom prihliadať na kvalifikáciu požadovanú od rozhodcu podľa dohody zmluvných strán a na okolnosti, ktoré zabezpečia ustanovenie nezávislého a nestranného rozhodcu. Vybraná osoba alebo osoba, ktorá koná v mene vybranej osoby, musí pritom spĺňať podmienky podľa odseku 1.*

porušování jejich práv a právem chráněných zájmů a aby se práva na jejich úkor nezneužívala. Tato povinnost tedy nevzniká uzavřením jakési quasi smlouvy mezi rozhodcem a stranami sporu, nýbrž jde o závazek rozhodce vyplývající pro něj přímo ze zákona. Kontrola státu nad výkonem funkce rozhodce je dána i tím, že pokud se rozhodce stane nezpůsobilým svou funkcí vykonávat nebo z jiného důvodu bez zbytečného odkladu nekoná, tak za předpokladu, že sám ze své funkce neodstoupí a strany se nebudou schopné dohodnout na jeho odvolání, je kterákoliv ze smluvních stran oprávněná podat u vybrané osoby (tzv. appointing authority) anebo u příslušného soudu návrh, aby bylo rozhodnuto o zániku funkce takového rozhodce. Proti takovému rozhodnutí není možné podat odvolání.

Zákon - ZRK [SVK] - v § 18 výslovně (analogicky k úpravě civilního řízení před obecnými soudy dle občanského soudního řádu) specifikuje náležitosti žaloby podané u rozhodčího soudu, resp. u rozhodce či rozhodců pověřených k rozhodování sporu ad hoc.³⁷ Rozhodci je dále svěřena pravomoc nařídit ve věci předběžné opatření,³⁸ O výkon takového rozhodnutí o předběžném opatření je možné požádat soud, v jehož obvodě má k výkonu dojít.

Rovněž se zahájením rozhodčího řízení a vydáním rozhodčího nálezu se pojí stejné účinky, jaké by nastaly, pokud by žaloba byla podána u [obecného] soudu příslušného k jejímu projednání a tento by rozhodl pravomocným rozsudkem. Platí tedy, že podání žaloby u rozhodčího soudu anebo přijetí žaloby druhým účastníkem rozhodčího řízení, pokud do té doby ještě nedošlo k ustanovení fóra, má stejné právní účinky, jako kdyby byla žaloba podána u [obecného] soudu.³⁹ Doručený rozhodčí nález, který není možné dále přezkoumat ve smyslu příslušné právní úpravy představované ustanovením § 37 ZRK [SVK],⁴⁰ má pro strany stejné účinky, jaké by měl pravoplatný (tj. pravomocný) rozsudek [obecného] soudu. Také další ustanovení ZRK [SVK] a povinností rozhodců při

³⁷ V této souvislosti je nutné podotknout, že slovenská právní úprava zavádí v ustanovení § 7 odst. 1 legislativní zkratku, podle které se výrazem „rozhodčí soud“ rozumí nejen stálý rozhodčí soud zřízený ve smyslu této právní úpravy, ale jakékoliv fórum či jediný rozhodce pověřený rozhodnutím sporu (a to i v řízení ad hoc). Používání analogické terminologie dle občanského soudního řádu se slovenský zákonodárce drží i nadále, když pro rozhodčí nález zavádí pojem „rozsudek“ (rozhodcovský rozsudek).

³⁸ Viz ustanovení § 22 odst. 1 zákona (cit.:) Ak sa účastníci rozhodcovského konania nedohodli inak, môže rozhodcovský súd po začatí rozhodcovského konania na žiadosť účastníka rozhodcovského konania nariadiť predbežné opatrenie, ktoré považuje za nevyhnutné s ohľadom na predmet sporu. Rozhodcovský súd môže od účastníka rozhodcovského konania žiadať, aby poskytol primeranú zábezpeku v súvislosti s predbežným opatrením.

³⁹ Viz ustanovení § 19 odst. 1 zákona

⁴⁰ přičemž možnost přezkumu rozhodčího nálezu jiným rozhodcem se strany musí v rozhodčí smlouvě / doložce výslovně dohodnout

rozhodování sporudle této úpravy poskytují prostor pro závěr, že činnost rozhodců lze kvalifikovat jako nalézání práva a nejedná se o řízení, v němž by určený rozhodce (-i) vedli strany ke smírnému řešení sporu a byli pouze jakýmsi garantem dohody stran (čímž není nikterak zpochybněna povinnost rozhodců vést strany a poskytnout jim dostatečný prostor ke smírnému vyřešení sporné záležitosti Stejně jako v České republice [CZE] mohou strany požádat, aby byl obsah této dohody o smíru zachycen ve formě rozhodčího nálezu, který má i v tomto případě pro strany povahu a účinky právoplatného [pravomocného] rozsudku).

Zákon zde konkrétně stanoví náležitosti rozhodčího nálezu a podmínky, za kterých může být vznesený nárok přiznán, obsahuje základní procesní pravidla, určuje hmotné právo, na jehož základě je rozhodce povinen spor rozhodnout. Stejně jako v České republice nepanuje mezi odbornou veřejností shoda ohledně charakteru rozhodčího řízení (v této souvislosti je mimo jiné možné upozornit také na skutečnost, že do dnešního dne nejcitovanější judikát v České republice, tj. Usnesení ÚS ČR, sp. zn. IV.ÚS 174/02 z 15. VII. 2002 pod, je založeno na stanovisku jednoho z nejuznávanějších slovenských akademiků, který byl v předmětném řízení vedeném před RS HKAK HKČR a AK ČR, jež bylo předmětem rozhodování ÚS ČR, předsedou rozhodčího senátu.

Posun v charakteristice a zákonném vymezení rozhodčího řízení v [SVK] zcela jistě znamenala příprava novely ZRK [SVK] Tato byla dokonce schválena dne 9. III. 2010 Národní radou SR [SVK] a měla nabýt účinnosti dne 1. VII. 2010. Předmětná novela ovšem nikdy nevstoupila v platnost, když prezident [SVK] odmítl novelizační zákon podepsat. Nová úprava byla ze strany odborné veřejnosti zabývající se rozhodčím řízením od počátku přijímána s rozpaky a zejména jí byla vyčítána až přílišná regulace rozhodčího řízení. Kritické hlasy hovořily zejména o tom, že novela by ve svém důsledku mohla vést ke ztrátě atraktivnosti tohoto alternativního způsobu řešení sporu vzhledem k omezením, která měla být nově zavedena. Není účelem na tomto místě předložené změny jakkoliv hodnotit po věcné stránce, tj. s ohledem na jejich přínos pro praxi rozhodčího řízení v [SVK]. Dané změny jsou popisovány a hodnoceny výhradně s ohledem na jejich návaznost na některý z doktrinárních přístupů k rozhodčímu řízení. Obecně došlo ke zpřísnění dohledu nad stálými rozhodčími soudy, zejména ve vztahu k rozhodčím soudům, resp. rozhodčím řízením, jejichž předmětem by měly být spory vzniklé ze spotřebitelských smluv a pracovněprávní spory. Kromě toho měla být posílena kontrolní a sankční role ministerstva spravedlnosti SR [SVK] jako dohlížejícího orgánu. Za zásadní [takto plánovanou] změnu je možné považovat nový způsob zřízení

stálého rozhodčího soudu, a to v případě zřízení rozhodčího soudu u právnické osoby na základě zákona.⁴¹ Zřetelně se zde projevuje inspirace úpravou platnou v České republice, kde stále rozhodčí soudy mohou být zřízeny pouze na základě zákona. Objevily se názory, že právě zmiňovaná kontrolní funkce státu společně se snahou o zavedení a vynucování určitých minimálních standardů, které by měli všichni rozhodci dodržovat, by do budoucna mohla umožnit přenesení rozhodování sporů z určitých druhů závazkových / právních vztahů právě do oblasti rozhodčího řízení s tím, že by byla výslovně zakotvena pravomoc stálých rozhodčích soudů k jejich rozhodování. Za takového stavu by zřejmě nebylo pochyby o to, že je zde státem delegována pravomoc k rozhodování konkrétních sporů na rozhodce a tedy o jurisdikčním přístupu k celému institutu rozhodčího řízení.

Stanovuje se zodpovědnost zřizovatele rozhodčího soudu za dodržování veškerých povinností, které jsou v souvislosti s činností rozhodčího soudu stanoveny. Výslovně byla v novele zavedena možnost podávat vůči postupu rozhodčího soudu stížnost. Tato stížnost může směřovat vůči porušování práva na projednání věci bez zbytečných průtahů, proti porušování zásad důstojnosti rozhodčího řízení osobami podílejícími se na plnění úkolů rozhodčího soudu, anebo proti jiným nedostatkům v činnosti rozhodčího soudu, které souvisí s projednáváním věcmi anebo s postupem rozhodců, předsednictva rozhodčího soudu, členů předsednictva rozhodčího soudu anebo jiných osob podílejících se na činnosti rozhodčího soudu. Výslovně bylo stanoveno, že na vyřizování stížností a žádostí o prošetření vyřízení stížnosti na postup rozhodčího soudu se přiměřeně vztahují ustanovení zvláštního právního předpisu, kterým je např. § 63 až § 70 zákona č. 757/2004 Z. z. o súdech a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znění pozdějších předpisů a zákon č. 9/2010 Z. z. o sťažnostiach. Odkaz na zákon o soudech, resp. jeho analogická aplikace zcela jasně dokládá, že zákonodárce chápe rozhodčí řízení v jurisdikčním smyslu. Umocňuje to dále možnost podat žádost, aby stížnost byla prošetřena MS SR [SVK], jestliže se bude jednat o stížnost týkající se řízení ve věci spotřebitelské smlouvy a stěžovatel nebude s vyřízením své stížnosti ze strany rozhodčího soudu / případně zřizovatele takového rozhodčího soudu spokojen. Zřizovatel rozhodčího soudu měl být dále na základě žádosti Ministerstvem spravedlnosti SR [SVK] povinen předkládat tomuto orgánu informace o své činnosti a o činnosti jím zřízeného stálého rozhodčího soudu a jeho rozhodců. Stejně tak bylo ve vztahu k rozhodčím soudům plánováno

⁴¹ Viz § 12 odst. 1 ZRK [SVK], které mělo nově končit větou (cit. :) „*Stály rozhodcovský súd môže byť zriadený aj zákonom pri právnickej osobe, ktorá sa na účely tohto zákona považuje za zriaďovateľa.*“

zavedení povinnosti předkládat MS SR [SVK] každoroční zprávu týkající se vyřizování spotřebitelských sporů⁴²

Speciální úprava měla být zavedena ve vztahu k rozhodování spotřebitelských sporů. U nich novela počítala se zavedením zvláštního oprávnění sdružení na ochranu spotřebitelů, které mělo být legitimováno k podání návrhu příslušnému soudu, na jehož základě by tento uložil zřizovateli rozhodčího soudu, aby se každý jeho stálý rozhodčí soud zdržel rozhodování spotřebitelských sporů. Podmínkou takového rozhodnutí mělo být, že v důsledku činnosti těchto rozhodčích soudů dochází k opakovanému porušování práv spotřebitelů a spotřebitelům tímto vznikla škoda převyšující celkově částmelo mít možnost domáhat se vydání předběžného opatření se stejným negaturním účinkem pokud jde oprávnění rozhodčího soudu k rozhodování spotřebitelských sporů. Soud by měl při svém rozhodování přihlídnout zejména k tomu, zda již v minulosti bylo takovéto porušení práv účastníků spotřebitelského sporu rozhodčímu soudu vytýkáno soudem nebo kontrolním orgánem a zřizovatel příslušného rozhodčího soudu o této skutečnosti mohl vědět. Kromě toho měly být zavedeny zvláštní požadavky na formu a obsah rozhodčích doložek u spotřebitelských smluv (nikoliv jako rozhodčí doložka, nýbrž výlučně jako smlouva zachycená v samostatné listině). S ohledem na diskuzi o charakteru rozhodčího řízení na Slovensku je nutné především upozornit na skutečnost, že k rozhodování spotřebitelských sporů měly být dle návrhu novely příslušné výhradně stálé rozhodčí soudy, které od Ministerstva spravedlnosti SR [SVK] získají a po celou dobu rozhodován sporu budou držitelem licence k rozhodování spotřebitelských sporů. Je nutné také upozornit, že získání licence mělo podléhat a mělo být podmíněno splněním vcelku přísných požadavků. Povinné mělo být například udržování kauce ve výši 200.000,00 EUR, která by sloužila k zajištění finančních povinností v souvislosti s odpovědností zřizovatele za činnost stálého rozhodčího soudu. Kromě specifických požadavků na kvalifikaci rozhodců rozhodujících spotřebitelské spory (mělo jít o kvalifikační kritéria stanovená přímo zákonem a nikoliv o požadavky na rozhodce, jež by byly v souladu s jejich zájmy dány dohodou stran sporu) novela zamýšlela zásadně omezit volnost stran pokud jde o dohody o způsobu vedení sporu. Bezvýjimečně totiž stanovila, že pravidla pro rozhodčí řízení o spotřebitelském právu se nesmí odchýlit v neprospěch spotřebitele od pravidel občanského soudního

⁴² Viz nové navrhované ustanovení § 15b odst. 2, který stanoví (cit.): Zriaďovateľ je na základe podkladov ním zriadeného rozhodcovského súdu povinný vyhotoviť a predložiť ministeRS HKAKtvu správu o činnosti stáleho rozhodcovského súdu pri rozhodovaní spotrebitel'ských sporov v rozhodcovskom konaní za kalendárny rok, a to najneskôr do 31. marca nasledujúceho kalendárneho roka; súčasťou tejto správy musia byť aj informácie o podaných sťažnostiach a o vybavovaní sťažností na postup rozhodcovského súdu vrátane výsledkov vybavovania z hľadiska opodstatnenosti podaných sťažností. V tejto lehote je zriaďovateľ povinný správu predložiť iným orgánom verejnej moci, ak to ustanovuje osobitný predpis.

řádu pro soudní řízení v prvním stupni. Obdobné restriktivní zásahy státu měly být zavedeny i pro řešení sporů pracovněprávních.

Výše uvedené by na první pohled bez jakýchkoliv pochybností ukazovalo na jurisdikční charakter rozhodčího řízení v [SVK]. Na místě je zde ale použití podmiňovacího způsobu, když do citované novely byl současně zařazen prvek typický naopak pro smluvní doktrínu a svědčící naopak spíše smluvnímu charakteru vztahu mezi rozhodcem a stranami. Nově zařazené ustanovení § 15c ZRK [SVK] mělo totiž výslovně zavést civilněprávní odpovědnost rozhodce za škody způsobené jeho činností.⁴³ Nad veškerou pochybnost je tak stanoveno, že rozhodci nepožívají z titulu výkonu své funkce imunit tak, jak je tomu u soudců. I přes tuto aplikaci občanského práva na jeden z aspektů vztahu mezi rozhodcem a stranami sporu není dle mého názoru možné dovozovat obecný občanskoprávní vztah mezi těmito subjekty, když je zejména nutné zohlednit, že značná část povinností rozhodce (a to i pokud jde o jeho vztah a závazky vůči stranám sporu) je stanovena přímo zákonem, aniž by bylo možné se od této úpravy odchýlit. Zcela jistě bude zajímavé sledovat, jaký bude další osud tohoto návrhu, tj. jakým směrem se bude úprava rozhodčího řízení v [SVK] nadále ubírat.

I.2.3. [POL] [POLSKO]

V Polsku je úprava rozhodčího řízení upravena v čl. 1154–1217 (část pátá) k.p.c. [POL]. Tato úprava obsahuje prvky odpovídající jak smluvní, tak jurisdikční teorii. Není obsažena žádná zvláštní úprava vztahu mezi rozhodcem a stranami / nejedná se o speciální zvláště upravený vztah (např. jakožto samostatný smluvní typ). Samotné zařazení úpravy rozhodčího řízení do právního předpisu, kterým se řídí civilní soudní řízení, je možné považovat za indikátor, jakým způsobem zákonodárce na otázku rozhodčího řízení nahlíží (tedy jako na státem aprobovanou variantu k rozhodčímu řízení). Daná úprava se použije na rozhodce / rozhodčí senát jmenovaný k projednání a rozhodnutí jednotlivého sporu (tzv. rozhodčí řízení ad hoc), jakož i na rozhodčí senáty jmenované v rámci stálých

⁴³ (Cit.:) *Zriadovateľ zodpovedá za činnosť stáleho rozhodcovského súdu a jeho rozhodcov vrátane škody vzniknutej z činnosti stáleho rozhodcovského súdu a jeho rozhodcov; tým nie je dotknutá zodpovednosť rozhodcu za škodu podľa Občianskeho zákonníka. Ak o rozhodcovskom rozhodnutí rozhodovali viacerí rozhodcovia, za nezákonné rozhodcovské rozhodnutie nezodpovedá rozhodca, ktorého pri hlasovaní o príslušnom rozhodcovskom rozhodnutí prehlasovali ostatní rozhodcovia a ktorý pripojil k zápisnici o hlasovaní svoje odchylné stanovisko.*

rozhodčích soudů⁴⁴. Předpokladem k projednání a rozhodnutí sporu rozhodčím soudem je dohoda stran, která musí obsahovat vymezení předmětu sporu nebo právního vztahu, ze kterého spor již vznikl nebo teprve v budoucnu vzniknout může (rozhodčí smlouva). Jakákoliv ujednání stran obsažená v rozhodčí smlouvě, která by porušovala zásadu rovnosti stran, zejména ujednání, na jehož základě by pouze jedna ze stran byla oprávněna podat žalobu k rozhodčímu soudu, jsou neplatná. Tento princip je zopakován v ustanovení čl. 1169 § 3 k.p.c. [POL]., podle kterého nejsou účinná ujednání, podle kterých by byla jedné ze stran poskytnuta větší práva spojená se jmenováním rozhodce.⁴⁵ Rozhodčí smlouva může určit stálý rozhodčí soud, který bude příslušný k projednání sporu. Není-li dohodnuto jinak, jsou strany vázány pravidly stálého rozhodčího soudu platnými v době uzavření rozhodčí smlouvy.⁴⁶ Úprava tohoto typu není ničím neobvyklým. Stálé rozhodčí soudy jsou obecně oprávněné vlastní řády, které ve své většině pokrývají většinu aspektů vztahu mezi rozhodcem a stranami. Za těchto okolností je ale nutné položit si otázku, do jaké míry je možné hodnotit jako tzv. klasický soukromoprávní smluvní vztah situaci, kdy dva subjekty svým konkludentně svým jednáním vysloví souhlas s tím, že rozhodčí řízení bude probíhat v souladu s pravidly / podmínkami zpracovanými třetí osobou. Takový vztah zcela jistě nemá charakter obvyklého soukromoprávního vztahu mezi dvěma subjekty. Polský zákon dále obsahuje speciální úpravu ve vztahu k obchodním společnostem. V tomto ohledu stanoví, že je-li rozhodčí smlouva obsažena v zakladatelské listině, resp. ve stanovách (statutu) obchodní společnosti, zavazuje společnost i její společníky ve sporech ze vztahů vzniklých při činnosti této společnosti. Tato úprava se analogicky přiměřeně uplatňuje a použije se i na rozhodčí smlouvu obsaženou ve statutu různých forem sdružení / družstev.⁴⁷ Speciální úprava platí ve vztahu k pracovněprávním sporům, u nichž může být rozhodčí smlouva uzavřena pouze po vzniku sporu.⁴⁸

⁴⁴ Viz čl. 1158 § 2 k.p.c. [POL]. (cit.:) *Przepisy części niniejszej stosuje się zarówno do sądu polubownego powołanego do rozstrzygnięcia poszczególnego sporu, jak i składu orzekającego powołanego w ramach stałego sądu polubownego.*

⁴⁵ Viz čl. 1169 § 3 k.p.c. [POL] (cit.:) *Postanowienia umowy przyznające jednej ze stron więcej uprawnień przy powołaniu sądu polubownego są bezskuteczne.*

⁴⁶ Viz čl. 1161 k.p.c. [POL]. (cit.:) § 1. *Poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć (zapis na sąd polubowny). § 2. Bezskuteczne są postanowienia zapisu na sąd polubowny naruszające zasadę równości stron, w szczególności uprawniające tylko jedną stronę do wytoczenia powództwa przed sądem polubownym przewidzianym w zapisie albo przed sądem. § 3. Zapis na sąd polubowny może wskazywać stały sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu. Jeżeli strony nie postanowiły inaczej, wiąże je regulamin stałego sądu polubownego obowiązujący w dacie zawarcia zapisu na sąd polubowny.*

⁴⁷ Viz čl. 1163 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Zamieszczony w umowie (statucie) spółki handlowej zapis na sąd polubowny dotyczący sporów ze stosunku spółki wiąże spółkę oraz jej wspólników. § 2. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do zapisów na sąd polubowny zawartych w statucie spółdzielni lub stowarzyszenia.*

⁴⁸ Viz čl. 1164 k.p.c. [POL].

V rámci rozhodčího řízení ovšem mají v Polsku značné podpůrné pravomoci i obecné soudy: (●) Zejména je nutné upozornit, že podání rozhodčí žaloby, tj. předložení sporu k rozhodnutí v rozhodčím řízení, nevylučuje možnost vydání soudního opatření za účelem zajištění nároků uplatněných v rozhodčím řízení.⁴⁹ (●) Svou roli hraje soud také při jmenování⁵⁰ či odvolávání⁵¹ rozhodčího senátu / jednotlivých rozhodců, kde strany mají právo obrátit se v souvislosti s těmito úkony za určitých okolností na řádný soud. I tuto úpravu lze vykládat ve prospěch jurisdikční teorie, když pokud by se v případě rozhodčího řízení jednalo opravdu o čistě soukromoprávní smluvní vztah, stát by zde prostřednictvím svých orgánů (obecných soudů) jen těžko mohl nahrazovat vůli stran, resp. v jejich zastoupení určit konkrétní soukromoprávní subjekt, který bude mít pravomoc k rozhodnutí sporu stran. (●) Strany se na soud mohou obrátit také v případě, kdy se rozhodce vzdá své funkce nebo dojde-li k odvolání rozhodce stranami nebo soudem dvakrát. V takovém případě může druhá strana požádat soud o jmenování nového (náhradního) rozhodce za protistranu. Strana může podat žádost ve lhůtě jednoho týdne ode dne, kdy se o vzdání se funkce nebo odvolání nového (náhradního) rozhodce dozvěděla⁵². Při jmenování rozhodce soud přihlíží k odborným předpokladům rozhodce v souladu s dohodou stran, jakož i k předpokladům pro jeho nezávislé a nestranné rozhodování. Dále při jmenování jediného rozhodce nebo předsedajícího rozhodce ve sporech mezi stranami

⁴⁹ Viz čl. 1166 § 1 k.p.c. [POL] (cit.): *Poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego nie wyłącza możliwości zabezpieczenia przez sąd roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym.*

⁵⁰ Dle ustanovení čl. 1172 k.p.c. [POL] v případě, že rozhodce nebo předsedající rozhodce má být jmenován třetí osobou, jež tak neučiní ve lhůtě stanovené stranami nebo jestliže tato lhůta sjednána nebyla, může každá ze stran ve lhůtě jednoho měsíce od doručení výzvy, aby tak učinila, **požádat soud, aby jmenoval rozhodce nebo předsedajícího rozhodce, není-li stranami dohodnuto něco jiného.** V polském originálním znění zní příslušné ustanovení (čl. 1172 k.p.c. [POL] takto (cit.): *Jeżeli według umowy stron arbitra lub arbitra przewodniczącego ma powołać osoba trzecia, która nie dokonała tego w terminie przez strony określonym, a gdy strony tego terminu nie określiły, w terminie miesiąca od dnia wezwania jej, aby to uczyniła, każda ze stron może wystąpić do sądu z wnioskiem o powołanie arbitra lub arbitra przewodniczącego, chyba że strony postanowiły inaczej.*

⁵¹ Dle ustanovení čl. 1176 § 2 k.p.c. [POL] platí, že pokud nedojde k vyloučení rozhodce ve lhůtě jednoho měsíce ode dne, kdy strana uplatnila u rozhodčího senátu důvody pro vyloučení rozhodce v souladu s postupem dohodnutým stranami, strana, která vyloučení uplatňuje, může ve lhůtě následujících dvou týdnů požádat soud o vyloučení rozhodce. Jakákoliv dohoda stran, která by byla v rozporu s tímto ustanovením, není účinná. V polském originálním znění zní příslušné ustanovení (čl. 1176 § 2) takto: *Jeżeli w terminie miesiąca od dnia, w którym strona zgłosiła do sądu polubownego żądanie wyłączenia arbitra w trybie określonym przez strony, arbiter nie zostanie wyłączony, strona żądająca wyłączenia może w terminie następných dwóch tygodni wystąpić do sądu z wnioskiem o wyłączenie arbitra. Odmienne postanowienia umowy stron są bezskuteczne.* Stejně tak může ve smyslu ustanovení čl. 1177 odst. 2 k.p.c. [POL] kterékoliv ze stran požádat / navrhnout, aby byl rozhodce odvolán soudem, je-li zřejmé, že rozhodce není způsobilý plnit své úkoly ve stanovené lhůtě nebo je-li s jejich plněním v bezdůvodném prodlení. V polském originálním znění zní příslušné ustanovení následovně: *Na wniosek którejkoľwiek ze stron sąd może odwołać arbitra, jeżeli jest oczywiste, że arbiter nie wykona swych czynności w odpowiednim terminie, lub jeżeli opóźnia się z ich wykonywaniem bez uzasadnionej przyczyny.*

⁵² Viz čl. 1178 § 2 k.p.c. [POL] (cit.): *Jeżeli ustąpienie lub odwołanie przez strony lub sąd arbitra powołanego przez jedną ze stron miało miejsce dwukrotnie, druga strona może zażądać, aby sąd wyznaczył nowego (zastępczego) arbitra za stronę przeciwną. Z wnioskiem takim strona może wystąpić w terminie tygodnia od dnia, w którym dowiedziała się, że nowy (zastępczy) arbiter powołany przez stronę przeciwną ustąpił lub został odwołany.*

s bydlištěm nebo sídlem v různých státech, soud zváží potřebu jmenování osoby, která není spojena s žádným z těchto států.⁵³

V souladu s principy jurisdikční teorie nemůže rozhodce posuzovat spor, který mu byl předložen, libovolně, ale je vázán povinností řídit se při rozhodování věci právem rozhodným pro daný vztah. Pouze byl-li k tomu stranami výslovně zmocněn, může rozhodnout spor na základě obecných prvních zásad nebo zásad spravedlnosti.⁵⁴ V souladu s podpůrnou a kontrolní funkcí obecných soudů je dáno i pravidlo stanovující, že rozhodčí soud může požádat okresní soud, který je oprávněn provádět dokazování nebo jiné úkony, aby provedl důkaz nebo jiný procesní úkon, který rozhodčí soud nemůže učinit. Strany a rozhodci se mohou zúčastnit důkazního řízení u okresního soudu a mají právo klást otázky.⁵⁵ Regulatorní zásahy státu se v Polsku týkají i oblastí, která má ve vztahu mezi rozhodcem a stranami pravděpodobně nejvíce soukromoprávní charakter (resp. charakter, kde by pravděpodobně bylo nejjednodušeji možné aplikovat obecné smluvní zásady), tj. otázka nákladů řízení a odměny rozhodce. Polská úprava stanoví, že pokud se rozhodce a strany nedohodnou na částce odměny a náhrady nákladů, může rozhodce požádat soud o určení výše odměny vyplývající z objemu práce a z hodnoty předmětu sporu, jakož i o určení částky nákladů, které mají být nahrazeny.⁵⁶ Jako ostatně v případě většiny národních právních předpisů upravujících rozhodčí řízení (lex arbitri) si i v Polsku stát ponechává kontrolu nad tím, zda byly splněny veškeré podmínky pro konání rozhodčího řízení, a to formou institutu návrhu na zrušení rozhodčího nálezu, který může být kteroukoliv ze stran ve lhůtě 3 měsíců od jeho doručení nebo od okamžiku, kdy se strana dozvěděla o důvod pro zrušení rozhodčího nálezu podán u příslušného obecného soudu.⁵⁷ Zákonné důvody pro zrušení rozhodčího nálezu odpovídají

⁵³ Viz čl. 1173 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Powołując arbitra, sąd bierze pod uwagę kwalifikacje, jakie arbiter powinien mieć stosownie do porozumienia stron, oraz inne okoliczności, które zapewniają powołanie na arbitra osoby niezależnej i bezstronnej.* § 2. *Powołując jedynego arbitra albo arbitra przewodniczącego w sporze między stronami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę w różnych państwach, sąd powinien rozważyć potrzebę powołania osoby niezwiązanej z żadnym z tych państw.*

⁵⁴ Viz čl. 1194 § 1 k.p.c. [POL] (cit.:) *Sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły - według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności.*

⁵⁵ Viz čl. 1192 § 1 k.p.c. [POL] (cit.:) *Sąd polubowny może zwrócić się o przeprowadzenie dowodu lub wykonanie innej czynności, której sąd polubowny nie może wykonać, do sądu rejonowego, w którego okręgu dowód lub czynność powinna być przeprowadzona. W postępowaniu dowodowym przed sądem rejonowym mogą wziąć udział strony i arbitrzy z prawem zadawania pytań.*

⁵⁶ Viz čl. 1179 § 2 k.p.c. [POL] (cit.:) *Jeżeli co do wysokości wynagrodzenia i zwracanych wydatków nie nastąpiło porozumienie arbitra ze stronami, arbiter może žádać, aby sąd ustalił jego wynagrodzenie stosownie do nakladu pracy oraz wartości przedmiotu sporu, a także wydatki podlegające zwrotowi.*

⁵⁷ Viz čl. 1208 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wnosi się w terminie trzech miesięcy od dnia doręczenia wyroku lub jeżeli strona wniosła o uzupełnienie, sprostowanie bądź wykładně wyroku - w ciągu trzech miesięcy od dnia doręczenia przez sąd polubowny orzeczenia rozstrzygającego o tym wniosku.* § 2. *Jeżeli skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego oparto na podstawie określonej w art. 1206 § 1 pkt 5 lub 6, termin do wniesienia skargi*

standardní evropské praxi. Jedná se především o případy, kdy (i) rozhodčí smlouva nebyla řádně uzavřena nebo je neplatná, neúčinná či byla v souladu s aplikovatelným právem zrušena; (ii) Strana nebyla řádně informována o jmenování rozhodce, zahájení rozhodčího řízení nebo jí jinak nebyla poskytnuta možnost k věci se vyjádřit; (iii) Rozhodčí nález byl vydán ve věci, na kterou se rozhodčí smlouva nevztahuje nebo přesahuje předmět rozhodčí smlouvy, přičemž ale platí, že skutečnost, že se na věc rozhodčí smlouva nevztahuje není důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu, pokud strana, která se řízení účastnila, nenamítla tuto skutečnost ve vztahu k uplatněným nárokům; (iv) Složení rozhodčího soudu nebo základní pravidla rozhodčího řízení nebyly v souladu s dohodou stran nebo právními předpisy; (v) Rozhodčí nález byl vydán v důsledku trestného činu nebo na základě padělaných nebo falešných listin; (vi) V téže věci již bylo mezi stranami vydáno pravomocné rozhodnutí soudu; (vii) Je zjištěn nedostatek arbitrability nebo (viii) rozhodčí nález odporuje *ordre public*.⁵⁸ Rozhodci mají dále povinnost uchovávat veškeré listiny spojené s rozhodčím řízením, resp. ukládat veškerou spisovou dokumentaci spolu s původním vyhotovením rozhodčího nálezu u příslušného obecného soudu. Povinnost ukládat spisy u obecného soudu se nevztahuje na stálé rozhodčí soudy, které jsou oprávněny archivovat jmenované listiny ve svém vlastním archivu s tím, že tyto na žádost poskytnou obecnému soudu nebo jinému oprávněnému orgánu.⁵⁹ I tato povinnost, zejména určení obecných soudů jako místa, kde bude veškerá dokumentace týkající se rozhodčího řízení archivována, není ničím jiným, než výrazem kontrolní / regulační funkce, kterou si stát hodlá nad průběhem rozhodčího řízení ponechat a jejímž

liczy się od dnia, w którym strona dowiedziała się o tej podstawie. Strona nie może jednak żądać uchylenia wyroku sądu polubownego po upływie pięciu lat od dnia doręczenia jej wyroku sądu polubownego.

⁵⁸ Viz čl. 1206 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Strona może w drodze skargi żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli: 1) brak było zapisu na sąd polubowny, zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny albo utracił moc według prawa dla niego właściwego, 2) strona nie była należycie zawiadomiona o wyznaczeniu arbitra, o postępowaniu przed sądem polubownym lub w inny sposób była pozbawiona możliwości obrony swoich praw przed sądem polubownym, 3) wyrok sądu polubownego dotyczy sporu nieobjętego zapisem na sąd polubowny lub wykracza poza zakres takiego zapisu, jeżeli jednak rozstrzygnięcie w sprawach objętych zapisem na sąd polubowny daje się oddzielić od rozstrzygnięcia w sprawach nieobjętych tym zapisem lub wykraczających poza jego zakres, wyrok może być uchylony jedynie w zakresie spraw nieobjętych zapisem lub wykraczających poza jego zakres; przekroczenie zakresu zapisu na sąd polubowny nie może stanowić podstawy uchylenia wyroku, jeżeli strona, która brała udział w postępowaniu, nie zgłaszała zarzutów co do rozpoznania roszczeń wykraczających poza zakres zapisu, 4) nie zachowano wymagań co do składu sądu polubownego lub podstawowych zasad postępowania przed tym sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony, 5) wyrok uzyskano za pomocą przestępstwa albo podstawą wydania wyroku był dokument podrobiony lub przerobiony, 6) w tej samej sprawie między tymi samymi stronami zapadł prawomocny wyrok sądu. § 2. Uchylenie wyroku sądu polubownego następuje także wtedy, gdy sąd stwierdził, że: 1) według ustawy spór nie może być rozstrzygnięty przez sąd polubowny, 2) wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego).*

⁵⁹ Viz čl. 1204 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Akta sprawy wraz z oryginałem wyroku sąd polubowny składa w sądzie. § 2. Stałe sądy polubowne mogą przechowywać akta we własnych archiwach i wówczas powinny udostępniać je sądowi oraz innym uprawnionym organom na ich żądanie. § 3. W razie ponownego rozpoznania sprawy przez sąd polubowny sąd ten jest uprawniony do wglądu w złożone akta.*

prostřednictvím demonstruje, že se v případě rozhodčího řízení jedná o státem aprobovanou formu autoritativního řešení sporů.

Naproti tomu se v polské úpravě rozhodčího řízení objevují prvky, které jsou charakteristické a nasvědčují naopak také smluvnímu pojetí rozhodčího řízení. Zákon například výslovně odkazuje na princip autonomie stran ohledně určení pravidel a postupu, jimiž se má rozhodčí řízení řídit. Jestliže se strany na žádném konkrétním postupu nedohodnou, jsou rozhodci oprávněni vést řízení způsobem, který sami uznají za vhodný. Zákonodárce přitom stanoví, že nejsou jakkoliv vázáni úpravou týkající se civilního soudního řízení.⁶⁰ Na rozdíl od většiny moderních úprav nemá výsledek rozhodčího řízení v Polsku (zde vydaný rozhodčí nález) charakter přímo vykonatelného rozhodnutí, když tento je nejprve nutné nechat uznat obecným soudem. Jde tedy o povinné exequaturní řízení přibližně podle německého modelu. Teprve v důsledku exequaturního rozhodnutí soudem je rozhodčí nález závazný stejně, jako rozhodnutí soudu nebo jako smír schválený v řízení před soudem.⁶¹ Soud rozhoduje o uznání nebo výkonu rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v rozhodčím řízení na návrh strany. Strana je povinna připojit k návrhu originál nebo ověřenou kopii rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v rozhodčím řízení, jakož i originál nebo úředně ověřenou kopii rozhodčí smlouvy. Nejsou-li rozhodčí nález nebo smír nebo rozhodčí smlouva vyhotoveny v polském jazyce, předloží strana úředně ověřený překlad v polském jazyce.⁶² O uznání rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v rozhodčím řízení, které nejsou způsobilé výkonu, rozhoduje soud v neveřejném zasedání.⁶³ Potvrzení vykonatelnosti rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v rozhodčím řízení, které jsou způsobilé vykonatelné, provádí soud tak, že k rozhodčímu nálezu nebo ke smíru připojí doložku vykonatelnosti.⁶⁴ Ani v tomto směru

⁶⁰ Viz čl. 1184 k.p.c. [POL] (cit.:) § 1. *Jeżeli przepis ustawy nie stanowi inaczej, strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym. § 2. W braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem.*

⁶¹ Viz čl. 1212 § 1 k.p.c. [POL] (cit.:) *Wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta mają moc prawną na równi z wyrokiem sądu lub ugodą zawartą przed sądem po ich uznaniu przez sąd albo po stwierdzeniu przez sąd ich wykonalności.*

⁶² Viz čl. 1213 k.p.c. [POL] (cit.:) *O uznaniu albo stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed tym sądem zawartej sąd orzeka na wniosek strony. Do wniosku strona jest obowiązana załączyć oryginał lub poświadczony przez sąd polubowny odpis jego wyroku lub ugody przed nim zawartej, jak również oryginał zapisu na sąd polubowny lub úředowo poświadczony jeho odpis. Jeżeli wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta albo zapis na sąd polubowny nie są sporządzone w języku polskim, strona jest obowiązana dołączyć uwierzytelniony ich překlad na język polski.*

⁶³ Viz čl. 1214 § 1 k.p.c. [POL] (cit.:) *O uznaniu wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, nienadających się do wykonania w drodze egzekucji, sąd orzeka postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie sądu sluzy zažalenie.*

⁶⁴ Viz čl. 1214 § 2 k.p.c. [POL] (cit.:) *Sąd stwierdza wykonalność wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, nadających się do wykonania w drodze egzekucji, nadając im klauzulę wykonalności.*

ovšem nemá soud úplnou pravomoc, když zákon (k.p.c. [POL]) přesně stanoví důvody, pro které soud může uznání nebo výkon rozhodčího nálezu zamítnout. Konkrétně tak může učinit za předpokladu, že (i) spor nemůže být podle zákona předmětem rozhodčího řízení (nedostatek objektivní arbitrability) nebo (ii) uznání nebo výkon rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v rozhodčím řízení by bylo v rozporu se základními principy veřejného pořádku Polské republiky (*ordre public*).⁶⁵ Výše uvedené platí také pro rozhodčí nálezy, které na základě žádosti stran zaznamenávají jejich dohodu o smírném řešení sporu. Platí, že i takovéto rozhodčí nálezy mají zcela totožné účinky, jako rozhodčí nálezy, v nichž rozhodci vydají své autoritativní stanovisko, neboť strany nebyly s to se na jakémkoliv smírném řešení sporu shodnout.⁶⁶

I.2.4. [DEU] [NĚMECKO]

Stejně ako v Polsku [POL], je i ve Spolkové republice Německo [DEU] (ostatně stejně jako v dalších evropských zemí, jak bude níže ukázáno) problematika rozhodčího řízení upravena v předpisu, jehož účelem je úprava civilního řízení soudního (*Zivilprozessordnung*), konkrétně v jeho knize desáté. To ovšem stejně jako v [POL] neznamena, že by se na rozhodčí řízení a zejména na průběh rozhodčího řízení automaticky použila tato úprava aplikovatelná právě na soudní řízení. Celé rozhodčí řízení je i zde do značné míry podřízeno státní (resp. soudní) kontrole, když obecné soudy hrají poměrně značnou podpůrnou roli a v mnoha případech se na něj strany či přímo rozhodčí senát mohou obrátit s návrhem na rozhodnutí konkrétní otázky. Ani německá úprava výslovně nevymezuje vztah mezi rozhodcem a stranami, jak bude uvedeno níže. V teorii je přijímána soukromoprávní povaha tohoto vztahu, a to na rozdíl od rozhodčího řízení jako takového, u něhož je očividně většinou přijímán judiciální charakter rozhodčího řízení, resp. jeho charakteristika jakožto řízení, jehož cílem je autoritativní rozhodnutí sporu. Rozhodce je tak osobou, která na základě delegované soudní pravomoci nalézá právo.

⁶⁵ Viz čl. 1214 § 3 k.p.c. [POL] (cit.): *Sąd odmawia uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, jeżeli: 1) według przepisów ustawy spór nie może być poddany pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, 2) uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego).*

⁶⁶ Viz čl. 1196 § 2 k.p.c. [POL] (v orig. znění, cit.): *Na wniosek stron sąd polubowny może nadać ugodzie formę wyroku. Wyrok sądu polubownego wydany na podstawie ugody stron powinien odpowiadać wymaganiom art. 1197 i zawierać stwierdzenie, że jest wyrokiem sądu polubownego. Wyrok taki ma takie same skutki jak każdy inny wyrok sądu polubownego.*

Citovaná kniha 10 ZPO (DEU) zejména vymezuje v § 1029 a § 1030 podmínky pro konání rozhodčího řízení. Vymezena je zde povaha a obsah rozhodčí doložky, přičemž zavádí zvláštní pojmy pro dohodu o podřízení konkrétního nebo všech sporů z určitého právního vztahu (ať již smluvního nebo mimosmluvního) pravomoci rozhodců uzavřenou jakožto samostatného úkonu: Schiedsabrede (dohoda o rozhodčím řízení) a pro tutéž dohodu tvořící ustanovení v určité smlouvě: Schiedsklausel (rozhodčí doložka / klausule). V obou případech se dohoda může týkat jak sporu již existujícího, tak potenciálních sporů, které mohou teoreticky z daného právního vztahu vzniknout. Kromě obecných náležitostí jsou v ustanovení § 1031 odst. 5 stanoveny speciální požadavky pro rozhodčí smlouvu týkající se spotřebitelských sporů (resp. pokud je jednou ze stran rozhodčí smlouvy spotřebitel). Tato dohoda musí být obsažena v samostatném dokumentu (ať již v písemné či elektronické podobě) a nesmí obsahovat jakákoliv další ujednání.⁶⁷ Kromě obvyklých prostředků, s jejichž pomocí stát vykonává kontrolu, zda byly splněny všechny podmínky pro konání rozhodčího řízení, je v [DEU] stranám poskytnuta možnost podat u obecného soudu až do okamžiku konstitování rozhodčího senátu návrh na, aby soud konstatoval přípustnost či nepřípustnost rozhodčího řízení.⁶⁸ Existence rozhodčí smlouvy stejně tak nebrání tomu, aby soud jak před, tak po zahájení rozhodčího řízení nařídil na návrh některé ze stran předběžné nebo zajišťující opatření ve vztahu k předmětu rozhodčího řízení.⁶⁹ O své pravomoci rozhoduje sice rozhodčí senát / rozhodci, ale jejich rozhodnutí ohledně vlastní příslušnosti není pro obecné soudy závazné. Ve smyslu této zásady jsou obecné soudy příslušné k rozhodnutí nejen v případě, kdy jedna ze stran požaduje projednání věci / podá žalobu u obecného soudu, ale také v případě kdy rozhodce vysloví svou příslušnost a některá ze stran s tímto rozhodnutím nesouhlasí. V takovém případě je možné ve lhůtě 1 měsíce od rozhodnutí rozhodce požádat, aby soud otázku pravomoci rozhodl.⁷⁰ Princip, že rozhodnutí rozhodců ohledně vlastní příslušnosti k projednání a rozhodnutí sporu není pro obecné soudy závazné (přičemž ovšem není nikterak zpochybněna pravomoc rozhodců o své příslušnosti rozhodovat –

⁶⁷ Viz § 1031 odst. 5 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Die schriftliche Form nach Satz 1 kann durch die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, darf die Urkunde oder das elektronische Dokument nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung.*

⁶⁸ Viz § 1032 odst. 2 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.*

⁶⁹ Viz § 1033 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Eine Schiedsvereinbarung schließt nicht aus, dass ein Gericht vor oder nach Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens auf Antrag einer Partei eine vorläufige oder sichernde Maßnahme in Bezug auf den Streitgegenstand des schiedsrichterlichen Verfahrens anordnet.*

⁷⁰ Viz § 1040 odst. 3 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, so entscheidet es über eine Rüge nach Absatz 2 in der Regel durch Zwischenentscheid. In diesem Fall kann jede Partei innerhalb eines Monats nach schriftlicher Mitteilung des Entscheids eine gerichtliche Entscheidung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.*

tzv. princip Kompetenz–Kompetenz v rámci principu separability vyjadřující striktní oddělení smlouvy hlavní od smlouvy rozhodčí,⁷¹ vyplývá a byl potvrzen mimo jiné i v rozhodnutích obecných soudů, citovat lze např. rozhodnutí BGH (DEU) ze dne 13. ledna 2005 - III ZR 265/03, které potvrzuje, že jakékoliv ujednání stran, které by konečnou pravomoc k rozhodnutí ohledně platnosti rozhodčí doložky svěřovalo přímo rozhodcům, je nepřípustné (aniž by tím byla dotčena platnost rozhodčí smlouvy jako takové). Obecné soudy jsou dle tohoto rozhodnutí příslušné k rozhodnutí otázky příslušnosti rozhodců k projednání konkrétní věci, aniž by musely vyčkat, jak se k této otázce rozhodce postaví. I v tomto smyslu si tedy stát nad rozhodčím řízením ponechává značnou pravomoc⁷².

Obecné soudy mají dále rozsáhlé pravomoci ve vztahu ke konstituování rozhodčího senátu, prostřednictvím tohoto institutu se zejména může bránit strana, která byla v důsledku dohody stran ohledně způsobu jmenování rozhodců oproti druhé straně znevýhodněna a poškozena. V takovém případě může požadovat, aby byl rozhodce či rozhodci určen odlišně od takové dohody stran,⁷³ tj. způsobem, který by odpovídal základnímu právu stran spojenému s rozhodčím řízením a poskytl jí odpovídající vliv na konstituování rozhodčího senátu. Kterákoliv ze stran je oprávněna podat u příslušného obecného soudu návrh na jmenování rozhodce (případně nařízení nezbytných opatření tak, aby mohlo dojít k řádnému konstituování rozhodčího senátu), jestliže má být spor rozhodnut jediným rozhodcem, na jehož osobě se strany nebyly schopné shodnout, jestliže došlo k porušení procesu, který byl stranami pro konstituování rozhodčího senátu sjednán, pokud druhá ze stran nejmenuje do jednoho měsíce po obdržení výzvy k provedení tohoto úkonu svého rozhodce, za předpokladu, že rozhodci jmenovaní stranami nebudou s to učinit dohodu ohledně osoby předsedy rozhodčího senátu nebo když osoba, která byla stranami pověřena k určení rozhodce / -ů (tzv. appointing authority) neplní své povinnosti. Soud je v těchto případech povinen zohlednit požadavky / předpoklady, na nichž se

⁷¹ Srov. například JURATOWITCH, B. et McNEIL, M., S.: The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. *Arb. Int.*, 2008, rč. 24, č. 3, s. 475 a násl.

⁷² a) Den Parteien der Schiedsvereinbarung ist es nach dem In-Kraft-Treten des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes verwehrt, eine Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts zu begründen mit der Folge, dass dessen Zuständigkeitsbeurteilung die staatlichen Gerichte bindet. b) Auf Grund einer Kompetenz-Kompetenz-Klausel ist das staatliche Gericht nicht gehalten, vor einer Entscheidung über die Schiedseinrede die Zuständigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts (§ 10410 Abs. 1 Satz 1 ZPO) abzuwarten. c) Eine Schiedsabrede, an der ein Verbraucher beteiligt ist, kann durch formularmäßigen Schiedsvertrag getroffen werden, sofern die Formerfordernisse des § 1031 Abs. 5 ZPO erfüllt sind. Es ist nicht erforderlich, dass auf Seiten des Verwenders ein besonderes Bedürfnis an der Einsetzung des Schiedsgerichts besteht. (amtl. Ls.)

⁷³ Viz § 1034 odst. 2 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.): *Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen. § 1032 Abs. 3 gilt entsprechend.*

strany v souvislosti se jmenováním rozhodce shodly, stejně jako je povinen zohlednit veškeré okolnosti a postupovat při jmenování rozhodce tak, aby byla zajištěna jeho nezávislost a nestrannost. V případě, že jsou stranami rozhodčího řízení subjekty různých států, měl by být jmenovaný rozhodce jiné státní příslušnosti, než je státní příslušnost těchto stran⁷⁴.

Obdobně byla zákonem stanovena oprávnění soudu ve vztahu k odmítnutí rozhodce. Jestliže strana odmítne konkrétního rozhodce, přičemž takovéto odmítnutí nebude akceptováno (buď v rámci procedury, kterou si mezi sebou strany ohledně odmítnutí rozhodce smluvily nebo dle úpravy obsažené v ustanovení § 1037 odst. 2 ZPO (DEU), které se použije v případě absence jakékoliv dohody stran, jež by takový proces stanovovala), může být u [obecného] soudu, podán návrh, aby tento o oprávněnosti odmítnutí rozhodce rozhodl. Tento návrh je nutné podat ve lhůtě jednoho měsíce od okamžiku, kdy se strana dozví, že jí provedené odmítnutí rozhodce nebylo akceptováno.⁷⁵ Soudní rozhodnutí o ukončení funkce rozhodce je možné navrhnout i tehdy, pokud rozhodce není schopen nebo neplní v přiměřené lhůtě své povinnosti, přičemž ze své funkce dobrovolně neodstoupí a strany se nejsou schopny dohodnout na jeho odvolání.⁷⁶

⁷⁴ Viz § 1035 odst. 3 až 5 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) [...] (3) *Fehlt eine Vereinbarung der Parteien über die Bestellung der Schiedsrichter, wird ein Einzelschiedsrichter, wenn die Parteien sich über seine Bestellung nicht einigen können, auf Antrag einer Partei durch das Gericht bestellt. In schiedsrichterlichen Verfahren mit drei Schiedsrichtern bestellt jede Partei einen Schiedsrichter; diese beiden Schiedsrichter bestellen den dritten Schiedsrichter, der als Vorsitzender des Schiedsgerichts tätig wird. Hat eine Partei den Schiedsrichter nicht innerhalb eines Monats nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei bestellt oder können sich die beiden Schiedsrichter nicht binnen eines Monats nach ihrer Bestellung über den dritten Schiedsrichter einigen, so ist der Schiedsrichter auf Antrag einer Partei durch das Gericht zu bestellen.* (4) *Haben die Parteien ein Verfahren für die Bestellung vereinbart und handelt eine Partei nicht entsprechend diesem Verfahren oder können die Parteien oder die beiden Schiedsrichter eine Einigung entsprechend diesem Verfahren nicht erzielen oder erfüllt ein Dritter eine ihm nach diesem Verfahren übertragene Aufgabe nicht, so kann jede Partei bei Gericht die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen beantragen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht.* (5) *Das Gericht hat bei der Bestellung eines Schiedsrichters alle nach der Parteivereinbarung für den Schiedsrichter vorgeschriebenen Voraussetzungen zu berücksichtigen und allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, die die Bestellung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen. Bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder eines dritten Schiedsrichters hat das Gericht auch die Zweckmäßigkeit der Bestellung eines Schiedsrichters mit einer anderen Staatsangehörigkeit als derjenigen der Parteien in Erwägung zu ziehen.*

⁷⁵ Viz § 1037 odst. 3 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Bleibt die Ablehnung nach dem von den Parteien vereinbarten Verfahren oder nach dem in Absatz 2 vorgesehenen Verfahren erfolglos, so kann die ablehnende Partei innerhalb eines Monats, nachdem sie von der Entscheidung, mit der die Ablehnung verweigert wurde, Kenntnis erlangt hat, bei Gericht eine Entscheidung über die Ablehnung beantragen; die Parteien können eine andere Frist vereinbaren. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschließlich des abgelehnten Schiedsrichters das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.*

⁷⁶ Viz § 1038 odst. 1 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:) *Ist ein Schiedsrichter rechtlich oder tatsächlich außerstande, seine Aufgaben zu erfüllen, oder kommt er aus anderen Gründen seinen Aufgaben in*

Za předpokladu, že se strany nedohodnou jinak, je rozhodce oprávněn nařít na návrh strany předběžné nebo zajišťující opatření ve vztahu k předmětu sporu, která považuje za nezbytná. Tato opatření však nejsou automaticky vykonatelná. Naopak jejich vykonatelnost může připustit pouze soud, a to jen za předpokladu, že návrh na nařízení takových opatření nebyl již podán u obecného soudu, který je jinak oprávněn o takových návrzích rozhodovat podle § 1033 ZPO [DEU]. Obdobně jsou obecné soudy příslušné pro nařízení změn či zrušení takto nařízených opatření.⁷⁷

Byť německá úprava poskytuje značnou smluvní volnost ohledně pravidel použitelných na řízení, v žádném případě to neznamená, že zde nejsou stanovena alespoň základní pravidla týkající se průběhu rozhodčího řízení. Rovněž to svědčí o zájmu státu, aby rozhodčí řízení v konané v rámci jeho působnosti, bylo podrobena alespoň minimálním procesním standardům, které i v případě takto delegované pravomoci státu [delegování této pravomoci ve prospěch rozhodců] zajistí, že i v řízení před soukromoprávním subjektem (rozhodcem) nebude porušeno a naopak bude zajištěno a garantováno právo stran na spravedlivý proces. Zákonodárce výslovně stanoví, že dohoda stran o způsobu vedení sporu nesmí být v rozporu s kogentními předpisy dle knihy X. ZPO [DEU].⁷⁸ Tentýž předpis zakotvuje též podpůrnou funkci obecných soudů, které mohou být rozhodčím senátem nebo s jeho souhlasem některou ze stran požádány o provedení důkazů nebo jiných procesních úkonů, k nimž rozhodčí senát sám není oprávněn. V takovém případě postupuje [obecný] soud v souladu s příslušnými pro něj použitelnými procesními předpisy. Rozhodce je vždy oprávněn účastnit se dokazování prováděného obecným soudem a vznášet v jeho průběhu dotazy.⁷⁹ Rozhodci nejsou v žádném případě oprávněni

angemessener Frist nicht nach, so endet sein Amt, wenn er zurücktritt oder wenn die Parteien die Beendigung seines Amtes vereinbaren. Tritt der Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder können sich die Parteien über dessen Beendigung nicht einigen, kann jede Partei bei Gericht eine Entscheidung über die Beendigung des Amtes beantragen.

⁷⁷ Viz § 1041 odst. 1 až 3 ZPO (DEU) (v orig. znění, cit.): (1) *Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen anordnen, die es in Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält. Das Schiedsgericht kann von jeder Partei im Zusammenhang mit einer solchen Maßnahme angemessene Sicherheit verlangen.* (2) *Das Gericht kann auf Antrag einer Partei die Vollziehung einer Maßnahme nach Absatz 1 zulassen, sofern nicht schon eine entsprechende Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht beantragt worden ist. Es kann die Anordnung abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung der Maßnahme notwendig ist.* (3) *Auf Antrag kann das Gericht den Beschluss nach Absatz 2 aufheben oder ändern.*

⁷⁸ Viz § 1042 odst. 3 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.): *Im Übrigen können die Parteien vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieses Buches das Verfahren selbst oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln.*

⁷⁹ Viz § 1050 odst. 1 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.): *Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für*

rozhodovat spor dle svého volného uvážení. Jsou však povinni postupovat v souladu s rozhodným právem, kterým se rozumí právo zvolené stranami a v případě absence takové volby právní řád, s nímž má předmět řízení nejužší spojení. Zásady spravedlnosti je rozhodce oprávněn použít pouze za předpokladu, že k tomu bude stranami výslovně zmocněn.⁸⁰

Mezi stranami má rozhodčí nález účinky pravomocného soudního rozhodnutí.⁸¹ I zde je ovšem možné, aby některá ze stran podala u obecného soudu návrh na zrušení rozhodčího nálezu, přičemž takovýto návrh musí být podán ve lhůtě 3 měsíc od doručení rozhodčího nálezu. Obecný soud v tomto případě neplní roli další instance, která by rozhodčí nález přezkoumávala po věcné stránce, ale pouze kontroluj, zda byly splněny základní předpoklady pro konání rozhodčího řízení. Proto může být rozhodčí nález zrušen výhradně ze zákonem stanovených důvodů, kterými jsou v případě Spolkové republiky Německo následující situace: (i) osoba, která předmětnou rozhodčí doložku uzavřela, k tomu neměla dle pro ni rozhodného práva nezbytnou právní subjektivitu nebo je rozhodčí smlouva dle rozhodného práva (v případě, že strany rozhodné právo nezvolily, dle právního řádu Spolkové republiky Německo) neplatná, (ii) jestliže strana nebyla řádně informována o zahájení rozhodčího řízení nebo o konstituování rozhodčího senátu nebo jí jiným způsobem nebylo umožněno uplatnit v řízení svá práva, (iii) rozhodčí nález se týká záležitosti / sporu, který nespadá do předmětu rozhodčího smlouvy nebo rozhodčí nález obsahuje výrok / rozhodnutí přesahující hranice rozhodčí smlouvy (v případě, že se tento důvod týká jen části rozhodčího nálezu, kterou lze od jeho zbytku oddělit, zruší soud jen tuto část), (iv) konstituování rozhodčího senátu nebo průběh řízení neodpovídají předmětné právní úpravě ZPO [DEU] nebo v jejím rámci přípustné dohodě stran, přičemž lze předpokládat, že tato skutečnost měla na obsah rozhodčího nálezu vliv, (v) chybí zde objektivní arbitrabilita dle právního řádu Spolkové republiky Německo nebo (vi) uznání a výkon rozhodčího nálezu by vedlo k výsledku,

die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.

⁸⁰ Viz § 1051 odst. 1 až 3 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.): (1) *Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den RechtsvoRS HKAKchriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind. Die Bezeichnung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben, als unmittelbare Verweisung auf die Sachvorschriften dieses Staates und nicht auf sein Kollisionsrecht zu verstehen.* (2) *Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist.* (3) *Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben. Die Ermächtigung kann bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts erteilt werden.*

⁸¹ Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

který je neslučitelný s veřejným pořádkem (*ordre public*)⁸². Výše uvedené analogicky platí také pro rozhodčí nálezy, jejichž obsahem je na žádost stran převzatá dohoda o smírném řešení sporu, kterou strany v průběhu řízení uzavřely. Tyto rozhodčí nálezy (jestliže jsou řádně jakožto rozhodčí nález označeny) pak mají totožné účinky, jako jakýkoliv jiný rozhodčí nález. Předpokladem vydání takového rozhodčího nálezu je, že dohoda stran o řešení sporu neodporuje veřejnému pořádku (*ordre public*) [DEU].⁸³

Skutečnost, že má rozhodčí nález mezi stranami účinky pravomocného rozsudku ještě sama o sobě neznamená, že by tento byl bez dalšího vykonatelný, resp. že by příslušná strana mohla bez dalších formalit pouze na základě rozhodčího nálezu zahájit vykonávací řízení / požádat o výkon rozhodnutí. Vykonatelnost rozhodčího nálezu je vždy nutné nechat potvrdit obecným soudem. Soud zde již rozhodčí nález jako takový dále nepřezkoumává a odmítnout potvrdit vykonatelnost může jen ve zvláštních případech, a to pouze za předpokladu, že je zjištěn některý z důvodů, pro které je možné daný rozhodčí nález zrušit. Soud důvody pro zrušení rozhodčího nálezu nezohlední, jestliže v okamžik podání návrhu na prohlášení vykonatelnosti již došlo k zamítnutí návrhu na zrušení

⁸² Viz § 1059 odst. 2 až 3 ZPO [DEU] (v orig. znění, cit.:...) (2) *Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, 1. wenn der Antragsteller begründet geltend macht, dass a) eine der Parteien, die eine Schiedsvereinbarung nach den §§ 1029, 1031 geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie perRS HKAKönlich maßgebend ist, hierzu nicht fähig war, oder dass die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach deutschem Recht ungültig ist oder b) er von der Bestellung eines Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder dass er aus einem anderen Grund seine Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können oder c) der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschreiten; kann jedoch der Teil des Schiedsspruchs, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann nur der letztgenannte Teil des Schiedsspruchs aufgehoben werden; oder d) die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, dass sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat; oder 2. wenn das Gericht feststellt, dass a) der Gegenstand des Streites nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist oder b) die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) widerspricht. (3) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muss der Aufhebungsantrag innerhalb einer Frist von drei Monaten bei Gericht eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat. Ist ein Antrag nach § 1058 gestellt worden, verlängert sich die Frist um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist.*

⁸³ Viz § 1053 odst. 1 až 2 ZPO (DEU) (v orig. znění, cit.:) (1) *Vergleichen sich die Parteien während des schiedsrichterlichen Verfahrens über die Streitigkeit, so beendet das Schiedsgericht das Verfahren. Auf Antrag der Parteien hält es den Vergleich in der Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut fest, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) verRS HKAKtößt. (2) Ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist gemäß § 1054 zu erlassen und muss angeben, dass es sich um einen Schiedsspruch handelt. Ein solcher Schiedsspruch hat dieselbe Wirkung wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache.*

rozhodčího nálezu z daných důvodů. Důvody pro zrušení rozhodčího nálezu (vyjma nedostatku objektivní arbitrability a rozporu rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem) nebudou také zohledněny, jestliže uplynuly zákonem stanovené lhůty k podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu, aniž by byl tento návrh protistranou podán⁸⁴.

Z uvedeného je vidět, že stát si v [DEU] zachovává na rozhodčím řízením značné pravomoci a kontrolu a toto je odbornou veřejností chápáno ve smyslu alternativy k soudnímu řízení, která ovšem vychází / je povolena pravomocí státu, přičemž jsou garantována základní pravidla procesu, jehož výsledkem je nalezení práva a které může také posloužit jako základ pro výkon rozhodnutí. Soudní povahu rozhodčího řízení v [DEU] potvrzuje judikatura (v orient. překladu:) [...] Rozhodčí řízení je [...] hmotněprávní nalézání práva [...] Rozhodce je povolán stejně jako soudce státního soudu k rozhodování právního sporu a stejně jako tento závazně prohlašuje, co je po právu. Rozhodčí soud v tomto případě / zde nastupuje na místo [obecného] soudu.⁸⁵

V souladu s touto zásadou, resp. jejím vyjádřením je např. rozsudek Správního soudu v Berlíně vydaný dne 11. června 2008 pod sp. zn. VG 2 A 69.07, v jehož rámci jmenovaný soud konstatoval, že § 3 odst. 1 písm. g) Informationsfreiheitsgesetz se vztahuje také na rozhodčí řízení. Citovaným ustanovením je konstatováno, že (v orient. překladu, cit.:) nárok na přístup k informacím nevzniká za předpokladu, kdy by uveřejnění informací mohlo mít nepříznivé / škodlivé účinky na konání probíhajícího soudního řízení, nárok osoby na spravedlivý proces nebo provedení trestněprávních, přestupkových nebo disciplinárních šetření.⁸⁶ Soud v této souvislosti konstatoval, že s ohledem na smysl a účel předmětného ustanovení zákona o svobodném přístupu k informacím není žádný důvod, vyjmout rozhodčí řízení z působnosti tohoto předpisu, když si naopak rozhodčí soudy a

⁸⁴ Viz § 1060 ZPO (DEU) (v orig. znění, cit.:) (1) *Die Zwangsvollstreckung findet statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.* (2) *Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in § 1059 Abs. 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne dass der Antragsgegner einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt hat.*

⁸⁵ V orig. znění (cit.:) *Schiedsgerichtsbarkeit ist [...] materiell Rechtsprechung [...] Der Schiedsrichter ist wie der staatlicher Richter zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufen, er hat wie dieser endgültig und bindend auszusprechen, was rechtens ist. Das Schiedsgericht tritt dabei an die Stelle des staatlichen Gerichts.*

⁸⁶ V orig. znění (cit.:) *Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen haben kann auf: die Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens, den Anspruch einer Person auf ein faires Verfahren oder die Durchführung strafrechtlicher, ordnungswidrigkeitsrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen.*

účastníci rozhodčího řízení zasluhují tu samou ochranu. Soud uvedl, že rozhodčí soudy sice nevykovají veřejnou moc a nevydávají žádné výsostné akty. Podle § 1056 ZPO (DEU) však má rozhodčí nález mezi stranami účinek právoplatného soudního rozsudku. Rozhodčí řízení tak snižuje zatížení státních soudů. Na základě toho soud dovodil, že rozhodčímu řízení je nutné (z hlediska zákona o svobodném přístupu k informacím) poskytnout ochranu ve stejném rozsahu jako soudním řízením. Jestliže by byly umožněny nepříznivé / škodlivé účinky ve vztahu k rozhodčímu řízení v důsledku povinného přístupu k informacím, bylo by tím zpochybněno stejné postavení soudního a rozhodčího řízení a bylo by zde nebezpečí, že rozhodčí řízení ztratí svou funkci snižování zatížení státních soudů.⁸⁷

Na rozdíl od jurisdikční teorie, která je pro Německo charakteristická, pokud jde o definici rozhodčího řízení jako takového, odlišuje německá právní teorie vztah rozhodce a stran, kde je obecně přijímán jeho soukromoprávní smluvní charakter. Všeobecná shoda panuje mezi odbornou veřejností i při vymezení této smlouvy, když daný vztah je obecně podřazován pod tzv. služební smlouvu (Dienstvertrag) ve smyslu § 611 a násl. BGB. V teorii se dále objevily názory, které počítají s rozhodčím řízením, v jehož rámci nevznikne rozhodci za výkon jeho funkce nárok na odměnu. V takovém případě bývá daný vztah charakterizován jako tzv. Auftrag, tj. smlouva o bezplatném obstarávání záležitostí jiné osoby.

I.2.5. [AUT] [RAKOUSKO]

Také v Rakousku je úprava rozhodčího řízení obsažena jakožto zvláštní typ řízení v právním předpisu upravujícím civilní soudní řízení. Tímto

⁸⁷ V [plném] orig. znění soud konstatoval (cit.): *Nach diesem Sinn und Zweck des § 3 Nr. 1 Buchst. g IFG besteht kein Anlass, schiedsrichterliche Verfahren aus dem Anwendungsbereich der VoRS HKAKchrift zu nehmen. Vielmehr verdienen die Schiedsgerichte und die Beteiligten schiedsrichterlicher Verfahren denselben Schutz. Ein Schiedsgericht übt zwar keine öffentliche Gewalt aus, setzt keine Hoheitsakte. Schiedsgerichtsbarkeit ist gleichwohl materiell Rechtsprechung (BGHZ 51, 255 <258; 68, 59 <61>). Der Schiedsrichter ist wie der staatliche Richter zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufen, er hat wie dieser endgültig und bindend auszusprechen, was rechtens ist. Das Schiedsgericht tritt dabei an die Stelle des staatlichen Gerichts (BGHZ 68, 59 <61>). Der Schiedsrichter genießt deswegen auch den haftungsrechtlichen Schutz des § 839 Abs. 2 BGB (BGHZ 15, 12 <14 f.>). Der Schiedsspruch hat nach § 1056 ZPO unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Schiedsrichterliche Verfahren entlasten deshalb auch die staatlichen Gerichte (vgl. Münch, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 2. Aufl. 2001, Vor § 1025 Rn. 2). Vor diesem Hintergrund muss der Schiedsgerichtsbarkeit der Schutz des § 3 Nr. 1 Buchst g IFG im selben Umfang wie staatlichen Gerichten gegeben werden. Ließe man nachteilige Auswirkungen auf schiedsrichterliche Verfahren durch einen Informationszugang zu, stellte man die Gleichrangigkeit von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit in Frage und liefe Gefahr, der Schiedsgerichtsbarkeit ihre entlastenden Funktionen zu nehmen.*

předpisem je rakouský Zivilprozessordnung, přičemž rozhodčí řízení je konkrétně upraveno v šesté části, čtvrtém oddílu. Obdobně jako v jiných zemích i zde již samotné systematické zařazení dané úpravy naznačuje, jakým způsobem je na rozhodčí řízení v Rakousku nazíráno. Předmětná úprava se soustřeďuje na rozlišení úkonů, jež v rámci kontrolní a podpůrné funkce přísluší obecným soudům. Rozhodčí smlouva je zde vymezena totožným způsobem jako v německé úpravě, tedy jakožto dohoda stran o tom, že určené spory mezi nimi se k projednání a rozhodnutí podřizují pravomoci rozhodců. Taková dohoda se může týkat jak sporu již existujícího, tak potenciálních sporů, které mohou teoreticky z daného právního vztahu vzniknout a může se vztahovat jak na smluvní tak mimosmluvní nároky (vztahy).⁸⁸ Rovněž v Rakousku je samozřejmě možné uzavřít rozhodčí smlouvu buď formou samostatného ujednání nebo jako zvláštní doložku / ustanovení v příslušné smlouvě. Na rozdíl od [DEU] však rakouská úprava neobsahuje výslovné rozlišení mezi Schiedsabrede a Schiedsklausel. Rakouská úprava se dále podrobně zabývá konkurencí rozhodců a obecných soudů. V případě, že rozhodci vysloví svou nepřislušnost, nemůže obecný soud odmítnout žalobu s odkazem na existenci rozhodčí doložky. Podáním žaloby u příslušného [obecného] soudu se strana vzdává práva napadnout rozhodnutí, kterým bylo ze strany rozhodčího senátu rozhodnuto o jeho nepřislušnosti. Jestliže je jako první podána žaloba u [obecného] soudu a předmět této žaloby se shoduje s předmětem existující rozhodčí smlouvy, je soud povine tuto žalobu odmítnout s výjimkou případů, kdy se i druhá strana pustí do projednávání sporu před tímto soudem (a vysloví tak s jeho příslušností souhlas) nebo pokud soud zkonstatuje neplatnost namítané rozhodčí doložky. Je stanoveno obecné pravidlo, že jestliže došlo k zahájení rozhodčího řízení sjednaným způsobem, není možné v téže věci zahájit jiné řízení (lis pendens), kromě případu, kdy byla řádně podána námitka nepřislušnosti rozhodců (a to nejpozději při zahájení projednávání sporu) a nelze očekávat, že o této námitce bude v přiměřené době rozhodnuto. V neposlední řadě se stanoví pravidlo, že v případě rozhodnutí o nedostatku příslušnosti rozhodců nebo obecného soudu zůstávají zachovány účinky žaloby, jestliže tato bude neprodleně podána u orgánu, který byl označen za příslušný.⁸⁹

⁸⁸ Viz § 581 odst. 1 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Die Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Die Schiedsvereinbarung kann in Form einer selbständigen Vereinbarung oder in Form einer Klausel in einem Vertrag geschlossen werden.*

⁸⁹ Viz § 584 odst. 1 až 4 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) (1) *Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage zurückzuweisen, sofern der Beklagte nicht zur Sache vorbringt oder mündlich verhandelt, ohne dies zu rügen. Dies gilt nicht, wenn das Gericht feststellt, dass die Schiedsvereinbarung nicht vorhanden oder undurchführbar ist. Ist ein solches Verfahren noch vor einem Gericht anhängig, so kann ein Schiedsverfahren dennoch eingeleitet oder fortgesetzt werden und ein Schiedsspruch ergehen.* (2) *Hat ein Schiedsgericht seine Zuständigkeit für den Gegenstand des Streits verneint, weil hierüber keine Schiedsvereinbarung vorhanden ist oder die Schiedsvereinbarung undurchführbar ist, so darf das Gericht eine Klage darüber nicht mit der Begründung zurückweisen, dass für die Angelegenheit ein*

Soudům přísluší stejně jako v ostatních státech značná podpůrná funkce v průběhu rozhodčího řízení. Ve smyslu ustanovení § 585 ZPO [AUT] platí, že samotná existence rozhodčí smlouvy nevylučuje, aby se strana ať již před zahájením nebo v průběhu rozhodčího řízení domáhala u [obecného] soudu nařízení předběžných nebo zajišťovacích opatření.⁹⁰ Jestliže se strany nedohodnou jinak, jsou k nařízení předběžných nebo zajišťovacích opatření na návrh příslušné strany příslušné i rozhodci, a to za předpokladu, že takový postup rozhodce považuje ve vztahu k předmětu sporu za nezbytný neboť by bez daných opatření (jejich nařízení) bylo prosazení vzneseného nároku znemožněno či značně ztíženo nebo hrozí neodvratná škoda. Rozhodce je povinen před nařízením takového opatření poskytnout prostor straně, která by měla být opatřením postížena, aby se k návrhu mohla vyjádřit. Dané opatření je možné nařídit pouze písemně s tím, že každé straně musí být doručen jeden exemplář příslušného rozhodnutí. Rozhodce nemá pravomoc jím nařízené rozhodnutí vykonat; k tomu je oprávněn na návrh strany příslušný [obecný] soud. V případě, že nařízené opatření neodpovídá rakouskému právu, je obecný soud oprávněn vykonat opatření, které svým účelem nejbližší odpovídá opatření nařízenému rozhodci. Obecný soud je oprávněn pojmout rozhodcem nařízené předběžné nebo zajišťovací opatření odlišně, tak, aby bylo zajištěno dosažení jeho účelu. Obecný soud není oprávněn rozhodci nařízené opatření věcně hodnotit a jeho výkon může odmítnout pouze v přesně specifikovaných případech, konkrétně (i) jestliže leží sídlo rozhodčího soudu v Rakousku a nařízené opatření je postíženo chybou, která by měla za následek, resp. byla by důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu z konkrétních důvodů, (ii) jestliže leží sídlo rozhodčího soudu v zahraničí a nařízené opatření je stíženo chybou, v jejímž důsledku by takovému zahraničnímu rozhodčímu nálezu bylo v Rakousku odepřeno uznání a výkon, (iii) výkon rozhodnutí by byl v rozporu s dřívějším soudním opatřením které bylo ve věci vydáno (v

Schiedsgericht zuständig ist. Mit der Erhebung der Klage bei Gericht erlischt das Recht des Klägers HKAK, nach § 611 eine Klage auf Aufhebung der Entscheidung zu erheben, mit welcher das Schiedsgericht seine Zuständigkeit verneint hat. (3) Ist ein Schiedsverfahren anhängig, so darf über den geltend gemachten Anspruch kein weiterer Rechtsstreit vor einem Gericht oder einem Schiedsgericht durchgeführt werden; eine wegen desselben Anspruches angebrachte Klage ist zurückzuweisen. Dies gilt nicht, wenn die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts vor diesem spätestens mit der Einlassung in die Sache gerügt wurde und eine Entscheidung des Schiedsgerichtes hierüber in angemessener Dauer nicht zu erlangen ist. (4) Wird eine Klage von einem Gericht wegen Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes oder von einem Schiedsgericht wegen Zuständigkeit eines Gerichtes oder eines anderen Schiedsgerichtes zurückgewiesen oder wird in einem Aufhebungsverfahren ein Schiedsspruch wegen Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aufgehoben, so gilt das Verfahren als gehörig fortgesetzt, wenn unverzüglich Klage vor dem Gericht oder Schiedsgericht erhoben wird. (5) Eine Partei, die sich zu einem früheren Zeitpunkt in einem Verfahren auf das Vorhandensein einer Schiedsvereinbarung berufen hat, kann später nicht mehr geltend machen, dass diese nicht vorliegt, es sei denn, die maßgebenden Umstände haben sich seither geändert.

⁹⁰ Eine Schiedsvereinbarung schließt nicht aus, dass eine Partei vor oder während des Schiedsverfahrens bei einem Gericht eine vorläufige oder sichernde Maßnahme beantragt und dass das Gericht eine solche Maßnahme anordnet.

případě opatření nařízeného zahraničním soudem uznáno), (iv) opatření neodpovídá rakouskému právu a nebylo požadováno žádné vhodné zajišťovací opatření dle rakouského práva. Před výkonem rozhodnutí by měl být straně, vůči níž opatření směřuje, poskytnut prostor k vyjádření. Pokud nebyla tato strana před vydáním rozhodnutí o výkonu nařízeného opatření slyšena, může se proti rozhodnutí o povolení výkonu opatření odvolat dle ustanovení § 394 EO [AUT]. Namítány ale mohou být výhradně důvody pro odepření výkonu opatření tak, jak byly tyto výše popsány. Soud není oprávněn k rozhodnutí ohledně nároku na náhradu škody ve smyslu citovaného ustanovení § 394 EO [AUT]. Výkon nařízeného opatření bude na návrh zrušen, jestliže: (i) uběhla lhůta, po níž bylo dané opatření nařízeno, (ii) rozhodce dané opatření omezil nebo zrušil, (iii) jsou zde dány překážky výkonu rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 399 odst. 1 až 4 exekučního řádu za předpokladu, že taková námitka nebyla již neúspěšně uplatněna před rozhodci a proti rozhodnutí rozhodců v této věci mohou být vzneseny žádné z výše vypočtených důvodů pro odmítnutí rozhodnutí a (iv) bylo poskytnuto zajištění (k jehož požadování je rozhodce / rozhodčí senát oprávněn) a nařízené opatření se tak stalo nadbytečným.⁹¹ Stát zde tedy

⁹¹ Viz § 593 odst. 1 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): (1) *Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen gegen eine andere Partei nach deren Anhörung anordnen, die es in Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält, weil sonst die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder erheblich erschwert werden würde oder ein unwiederbringlicher Schaden droht. Das Schiedsgericht kann von jeder Partei im Zusammenhang mit einer solchen Maßnahme angemessene Sicherheit fordern.* (2) *Maßnahmen nach Abs. 1 sind schriftlich anzuordnen; jeder Partei ist ein unterfertigtes Exemplar der Anordnung zuzustellen. In Schiedsverfahren mit mehr als einem Schiedsrichter genügt die Unterschrift des Vorsitzenden oder im Falle seiner Verhinderung eines anderen Schiedsrichters, sofern der Vorsitzende oder der andere Schiedsrichter auf der Anordnung vermerkt, welches Hindernis der Unterfertigung entgegensteht. § 606 Abs. 2, 3, 5 und 6 gelten entsprechend.* (3) *Auf Antrag einer Partei hat das Bezirksgericht, bei dem der Gegner der gefährdeten Partei zur Zeit der ersten Antragstellung seinen Sitz, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, sonst das Bezirksgericht, in dessen Sprengel die dem Vollzug der einstweiligen Verfügung dienende Handlung vorzunehmen ist, eine solche Maßnahme zu vollziehen. Sieht die Maßnahme ein dem inländischen Recht unbekanntes Sicherungsmittel vor, so kann das Gericht auf Antrag nach Anhörung des Antragsgegners jenes Sicherungsmittel des inländischen Rechts vollziehen, welches der Maßnahme des Schiedsgerichts am nächsten kommt. Dabei kann es die Maßnahme des Schiedsgerichts auf Antrag auch abweichend fassen, um die Verwirklichung ihres Zwecks zu gewährleisten.* (4) *Das Gericht hat die Vollziehung einer Maßnahme nach Abs. 1 abzulehnen, wenn 1. der Sitz des Schiedsgerichts im Inland liegt und die Maßnahme an einem Mangel leidet, der bei einem inländischen Schiedsspruch einen Aufhebungsgrund nach § 611 Abs. 2, § 617 Abs. 6 und 7 oder § 618 darstellen würde; 2. der Sitz des Schiedsgerichts nicht im Inland liegt und die Maßnahme an einem Mangel leidet, der bei einem ausländischen Schiedsspruch einen Grund für die Versagung der Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung darstellen würde; 3. die Vollziehung der Maßnahme mit einer früher beantragten oder erlassenen inländischen oder früher erlassenen und anzuerkennenden ausländischen gerichtlichen Maßnahme unvereinbar ist; 4. die Maßnahme ein dem inländischen Recht unbekanntes Sicherungsmittel vorsieht und kein geeignetes Sicherungsmittel des inländischen Rechts beantragt wurde.* (5) *Das Gericht kann den Antragsgegner vor Entscheidung über die Vollziehung der Maßnahme nach Abs. 1 hören. Wenn der Antragsgegner vor der Beschlussfassung nicht gehört wurde, kann er gegen die Bewilligung der Vollziehung Widerspruch im Sinne von § 397 EO einlegen. In beiden Fällen kann der Antragsgegner nur geltend machen, dass ein Grund zur Versagung der Vollziehung nach Abs. 4 vorliegt. In diesem Verfahren ist das Gericht nicht befugt, gemäß § 394 EO über Schadenersatzansprüche zu entscheiden.* (6) *Das Gericht hat die Vollziehung auf Antrag aufzuheben, wenn 1. die vom Schiedsgericht bestimmte Geltungsdauer der Maßnahme abgelaufen ist; 2. das Schiedsgericht die Maßnahme eingeschränkt oder aufgehoben hat; 3. ein Fall*

současně poskytuje rozhodcům oprávnění rozhodovat o opatřeních nezbytných k řádnému zajištění výkonu finálního rozhodnutí ve věci / rozhodčího nálezu, ponechává si však pravomoc takto nařízená rozhodnutí kontrolovat a prostřednictvím důvodů zakládajících možnost odmítnutí výkonu nařízených opatření stanovuje rozhodcům hranice ohledně obsahu nařízených opatření.

Obecným soudů náleží dále podpůrná a kontrolní role i ve vztahu ke konstituování rozhodčího senátu. O jmenování rozhodce může kterákoliv ze stran příslušný obecný soud požádat za situace, kdy (i) se strany neshodnou na osobě jediného rozhodce,⁹² (ii) v případě vícečlenného rozhodčího senátu nejmenuje příslušná strana v předepsané lhůtě řádně svého / své rozhodce⁹³, (iii) jedná-li příslušná strana v rozporu s ujednáním týkajícím se procedury vedoucí ke konstituování rozhodčího senátu nebo se strany sjednaným způsobem nejsou schopny na osobách rozhodců shodnout,⁹⁴ (iv) neplní-li řádně určená osoba pověřená jmenováním rozhodců (tzv. appointing authority) řádně své úkoly⁹⁵. Příslušný návrh je možné podat za předpokladu, že strany nezajistily řádné jmenování rozhodců žádným jiným způsobem. Soud je stejně tak oprávněn jmenovat na návrh rozhodce, jestliže stojí na jedné straně více osob, které nejsou schopné se na osobě společného rozhodce shodnout⁹⁶ a případně i v situaci, kdy nastane jakákoliv jiná výše neuvedená překážka znemožňující řádné konstituování rozhodčího senátu

von § 399 Abs. 1 Z 1 bis 4 EO vorliegt, sofern ein solcher Umstand nicht bereits vor dem Schiedsgericht erfolglos geltend gemacht wurde und der diesbezüglichen Entscheidung des Schiedsgerichts keine Anerkennungs Hindernisse (Abs. 4) entgegenstehen; 4. eine Sicherheit nach Abs. 1 geleistet wurde, welche die Vollziehung der Maßnahme entbehrlich macht.

⁹² Viz § 587 odst. 2 bod 1 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *In Schiedsverfahren mit einem Einzelschiedsrichter wird der Schiedsrichter, wenn sich die Parteien über seine Bestellung nicht binnen vier Wochen nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Aufforderung einer Partei durch die andere Partei einigen können, auf Antrag einer Partei durch das Gericht bestellt.*

⁹³ Viz § 587 odst. 2 bod 4 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Hat eine Partei einen Schiedsrichter nicht binnen vier Wochen nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Aufforderung durch die andere Partei bestellt oder empfangen die Parteien nicht binnen vier Wochen nach der Bestellung der Schiedsrichter von diesen die Mitteilung über den von ihnen zu bestellenden Schiedsrichter, so ist der Schiedsrichter auf Antrag einer Partei durch das Gericht zu bestellen.*

⁹⁴ Viz § 587 odst. 3 bod 1 a 2 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Haben die Parteien ein Verfahren für die Bestellung vereinbart und 1. handelt eine der Parteien nicht entsprechend diesem Verfahren oder 2. können die Parteien oder die Schiedsrichter eine Einigung entsprechend diesem Verfahren nicht erzielen, so kann jede Partei bei Gericht die entsprechende Bestellung von Schiedsrichtern beantragen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht.*

⁹⁵ Viz § 587 odst. 3 bod 3 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Haben die Parteien ein Verfahren für die Bestellung vereinbart und erfüllt ein Dritter eine ihm nach diesem Verfahren übertragene Aufgabe innerhalb von drei Monaten nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Mitteilung nicht,, so kann jede Partei bei Gericht die entsprechende Bestellung von Schiedsrichtern beantragen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht.*

⁹⁶ Viz § 587 odst. 5 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Können sich mehrere Parteien, die gemeinsam einen oder mehrere Schiedsrichter zu bestellen haben, darüber nicht innerhalb von vier Wochen nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Mitteilung einigen, so ist der Schiedsrichter oder sind die Schiedsrichter auf Antrag einer Partei vom Gericht zu bestellen, sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht.*

(nebyl –li za účelem jejího odstranění sjednán speciální postup).⁹⁷ Soud je v těchto případech povinen zohlednit požadavky / předpoklady, na nichž se strany v souvislosti se jmenováním rozhodce dohodly, stejně jako je povinen zohlednit veškeré okolnosti a postupovat při jmenování rozhodce tak, aby byla zajištěna jeho nezávislost a nestrannost.⁹⁸

Rakouská právní úprava dále vymezuje pravomoci soudu v souvislosti s odmítnutím či odvoláním rozhodce. O důvodech pro odmítnutí rozhodce rozhoduje primárně samotný rozhodčí senát, jestliže však dospěje k závěru, že zde žádné důvody pro odmítnutí rozhodce nejsou dány, může strana, která se odmítnutí rozhodce dožaduje, požádat v předepsané lhůtě o rozhodnutí soud.⁹⁹ V případě, že zvolený rozhodce není s to svou funkci dále vykonávat nebo ji v přiměřené lhůtě neplní, může se každá ze stran dožadovat, aby obecný soud rozhodl o odvolání takového rozhodce, pokud (i) rozhodce ze své funkce dobrovolně neodstoupí, (ii) strany se neshodnou na jeho odvolání a (iii) stranami sjednaný proces pro ukončení funkce rozhodce, resp. pro řešení takovéto situace nepovede k požadovanému výsledku¹⁰⁰. Z rakouské úpravy rozhodčího řízení jednoznačně vyplývá (byť tato skutečnost není v textu zákona výslovně uvedena), že strany jsou oprávněny sjednat konkrétní požadavky, které by měl rozhodce splňovat, přičemž právě skutečnost, že rozhodce neodpovídá takto dohodnutým předpokladům, je jedním z důvodů, pro které může strana určeného rozhodce odmítnout. Tento postup, kdy strany zohledňují a je jim dána možnost zcela svobodně určit osobu, kterou strany považují k rozhodnutí sporu za nejvhodnější, patří k základním znakům rozhodčího řízení a k jeho největším výhodám, když umožňuje stranám zvolit jakožto rozhodce osobu,

⁹⁷ Viz § 587 odst. 6 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Der Schiedsrichter oder die Schiedsrichter sind auf Antrag einer Partei vom Gericht auch zu bestellen, wenn seine oder ihre Bestellung aus anderen in den vorhergehenden Absätzen nicht geregelten Gründen nicht innerhalb von vier Wochen nach Empfang einer entsprechenden schriftlichen Mitteilung der einen an die andere Partei erfolgen kann oder auch das Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nicht binnen angemessener Zeit zur Bestellung führt.*

⁹⁸ Viz § 587 odst. 8 rakouského ZPO (cit.): *Das Gericht hat bei der Bestellung eines Schiedsrichters alle nach der Parteivereinbarung für den Schiedsrichter vorgesehenen Voraussetzungen angemessen zu berücksichtigen und allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, welche die Bestellung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen.*

⁹⁹ Viz § 589 odst. 3 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Bleibt eine Ablehnung nach dem von den Parteien vereinbarten Verfahren oder nach dem in Abs. 2 vorgesehenen Verfahren erfolglos, so kann die ablehnende Partei binnen vier Wochen, nachdem ihr die Entscheidung, mit der die Ablehnung verweigert wurde, zugegangen ist, bei Gericht eine Entscheidung über die Ablehnung beantragen. Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel zulässig. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschließlich des abgelehnten Schiedsrichters das Schiedsverfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.*

¹⁰⁰ Viz § 590 odst. 2 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Jede Partei kann bei Gericht eine Entscheidung über die Beendigung des Amtes beantragen, wenn der Schiedsrichter entweder außer Stande ist, seine Aufgaben zu erfüllen, oder er diesen in angemessener Frist nicht nachkommt und 1. der Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurücktritt, 2. sich die Parteien über dessen Beendigung nicht einigen können oder 3. das von den Parteien vereinbarte Verfahren nicht zur Beendigung des Schiedsrichteramtes führt. Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.*

kteřá disponuje např. specifickými znalostmi ve vztahu k předmětu sporu nebo má jiné vlastnosti, které mohou být pro rozhodnutí sporu zásadní a umožní rozhodci lepší pochopení a posouzení podstaty sporu. V tomto ohledu rakouská úprava nestanoví jakákoliv omezení s výjimkou obecných podmínek pro výkon funkce rozhodce.

O své vlastní příslušnosti je oprávněn rozhodnout rozhodčí senát / rozhodci. Obecné soudy rozhodují o pravomoci / příslušnosti rozhodců k projednání a rozhodnutí sporu za předpokladu, že je podán návrh na zrušení rozhodčího nálezu s odůvodněním, že daný konkrétní rozhodčí senát nebyl oprávněn ve věci rozhodnout. I zde je tedy v podstatě zachován tzv. princip Kompetenz – Kompetenz, kdy jsou sice rozhodci oprávněni o své příslušnosti / pravomoci samostatně rozhodovat, takovéto rozhodnutí není ovšem pro obecné soudy závazné.

Přestože i v Rakousku je rozhodčí řízení vedeno zásadou smluvní volnosti stran, která stranám poskytuje široké pravomoci ohledně určení způsobu vedení sporu, nemůže být taková dohoda v rozporu s kogentními předpisy. I zde se tedy projevuje regulační snaha státu zajistit stranám v rámci rozhodčího řízení alespoň minimální procesní standardy, což může být chápáno jako výraz jurisdikčního pojetí rozhodčího řízení.¹⁰¹ Pro úplnost je vhodné poznamenat, že rakouský ZPO obsahuje poměrně podrobnou úpravu průběhu rozhodčího řízení pro případ, že strany neučiní v tomto smyslu žádnou konkrétní dohodu. Podpurná role obecného soudu se projevuje také v samotném průběhu řízení, kdy je rozhodčí senát, pověřený člen rozhodčího senátu nebo se souhlasem rozhodčího senátu některá ze stran oprávněna požadovat, aby [obecný] soud provedl nezbytná opatření, k nimž nejsou sami rozhodci oprávněni, přičemž takováto „podpora“ může spočívat také v tom, že obecný soud dožádá v rámci své pravomoci u příslušného zahraničního orgánu (soudního či mimosoudního) provedení potřebného / požadovaného úkonu. Rozhodci, stejně jako strany jsou oprávněny účastnit se dokazování, které na dožádání provádí obecný soud a jsou oprávněny klást v rámci tohoto dokazování dotazy. Analogicky zde platí ustanovení § 289 ZPO,¹⁰² které v rakouském civilním řízení obecně zakotvuje nárok stran účastnit se dokazování a k průběhu dokazování se vyjádřit.¹⁰³

¹⁰¹ Viz § 594 odst. 1 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieses Abschnitts können die Parteien die Verfahrensgestaltung frei vereinbaren. Dabei können sie auch auf Verfahrensordnungen Bezug nehmen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so hat das Schiedsgericht nach den Bestimmungen dieses Titels, darüber hinaus nach freiem Ermessen vorzugehen.*

¹⁰² Viz § 289 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) (1) *Die Parteien können bei der Beweisaufnahme zugegen sein; sie können an die Zeugen und Sachverständigen diejenigen Fragen durch den Vorsitzenden oder den die Beweisaufnahme leitenden Richter stellen lassen oder mit deren*

Stát stanoví primární povinnost rozhodců postupovat při řešení / rozhodování sporu v souladu s právním řádem, který strany samy zvolily (s tím, že označení určitého právního řádu má a musí být chápáno jako volba tohoto hmotného práva, bez přihlídnutí k jeho kolizním předpisům. V případě, že strany žádné rozhodné právo nezvolí, jsou rozhodci oprávněni rozhodovat dle právních předpisů / právního řádu, který považují za nejvhodnější (rozhodci jsou tedy vždy vázáni postupovat v souladu s platným právem a nemohou postupovat zcela libovolně). K rozhodnutí na základě zásad spravedlnosti jsou rozhodci oprávněni pouze tehdy, pokud je strany k tomuto výslovně zmocní.¹⁰⁴ Rozhodci tak nepochybně činí více, než nalézají dohodu stran a jejich činnost lze v každém případě označit jako nalézání práva.

Rozhodčí řízení končí vydání rozhodčího nálezu, který má mezi stranami účinky právoplatného rozsudku,¹⁰⁵ jehož formu, náležitosti a doručení ZPO [AUT] upravuje. Stranám je současně umožněno uzavřít v průběhu řízení smír, který by byl zachycen ve formě rozhodčího nálezu. Výrok takového rozhodčího nálezu v takovém případě odpovídá dohodě stran, přičemž

Zustimmung selbst stellen, welche sie zur Aufklärung oder Vervollständigung der Aussage, sowie zur Aufklärung des Streitverhältnisses oder der für die Beweiskraft der Aussagen wesentlichen Verhältnisse für dienlich erachten. Fragen, welche dem Richter unangemessen erscheinen, hat er zurückzuweisen. (2) Mit der Beweisaufnahme ist, soweit dies nach Lage der Sache geschehen kann, vorzugehen, wenn auch keine der vrständigten Parteien erschienen ist. Es kann jedoch vom erkennenden Gerichte, oder, so lange die Beweisaufnahme noch nicht beendet ist, auch von dem beauftragten oder ersuchten Richter eine Ergänzung der Beweisaufnahme zugelassen werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass ihr durch ein unvorhergesehenes Ereignis verursachtes Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte und wenn zugleich die Ergänzung der Beweisaufnahme ohne erhebliche Verzögerung des Rechtsstreites stattfinden kann.

¹⁰³ Viz § 602 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) *Das Schiedsgericht, vom Schiedsgericht hiezu beauftragte Schiedsrichter oder eine der Parteien mit Zustimmung des Schiedsgerichts können bei Gericht die Vornahme richterlicher Handlungen beantragen, zu deren Vornahme das Schiedsgericht nicht befugt ist. Die Rechtshilfe kann auch darin bestehen, dass das Gericht ein ausländisches Gericht oder eine Behörde um die Vornahme solcher Handlungen ersucht. § 37 Abs. 2 bis 5 und §§ 38, 39 und 40 JN gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass die Rechtsmittelbefugnis gemäß § 40 JN dem Schiedsgericht und den Parteien des Schiedsverfahrens zusteht. Das Schiedsgericht oder ein vom Schiedsgericht beauftragter Schiedsrichter und die Parteien sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen. § 289 ist sinngemäß anzuwenden.*

¹⁰⁴ Viz § 603 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.:) (1) Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln zu entscheiden, die von den Parteien vereinbart worden sind. Die Vereinbarung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben, als unmittelbare Verweisung auf das materielle Recht dieses Staates und nicht auf sein Kollisionsrecht zu verstehen. (2) Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht jene Rechtsvorschriften anzuwenden, die es für angemessen erachtet. (3) Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben.

¹⁰⁵ Viz § 607 rakouského ZPO (cit.:) Der Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

dohoda stran o smírném řešení sporu nesmí odporovat rakouskému veřejnému pořádku (*ordre public*). Takový rozhodčí nález musí splňovat veškeré náležitosti a má totožné účinky jako rozhodčí nález, kterým rozhodci vydali ve věci autoritativní rozhodnutí¹⁰⁶. Rozhodci jsou povinni projednat se stranami / dohodnout se na uchování / archivaci jak rozhodčího nálezu, tak dokladů prokazujících jeho řádné doručení.¹⁰⁷ Vydaný tuzemský (rakouský) rozhodčí nález má automaticky bez dalšího účinky vykonatelného rozhodnutí, což opět nasvědčuje jurisdikčnímu pojetí rozhodčího řízení, když pokud by byl rozhodčí nález chápán jako pouhé zachycení vůle stran, nebyl by zde žádný důvod pro to, aby měl takový doklad charakter přímo vykonatelného rozhodnutí, resp. jeho vykonatelnost by měla být nejprve potvrzena příslušným státním orgánem. V případě rozhodčího konaného podle rakouských předpisů řízení potvrzuje právní moc a vykonatelnost rozhodčího řízení na žádost strany na originálním vyhotovení dokumentu předseda rozhodčího senátu nebo jeho jiný člen, pokud nemůže být doložka vyznačena přímo předsedou.¹⁰⁸ Uznání a výkon zahraničních rozhodčích nálezů se řídí právní úpravou obsaženou v exekučním řádu, pokud není stanoveno jinak mezinárodním právem, případně pokud něco jiného nestanoví úprava komunitární.¹⁰⁹ Se zahraničními rozhodčími nálezy je tedy zacházeno analogicky tak, jako by se jednalo o autoritativní rozhodnutí vydané na základě mu svěřené pravomoci příslušným orgánem jiného státu. Účinky rozhodčího nálezu nemohou strany sporu o své vůli v rámci smluvní volnosti vyloučit či změnit, jak bylo konstatované např. v rozhodnutí OGH, sp. zn. 2 Ob 382/57 z 11. září 1957.¹¹⁰

¹⁰⁶ Viz § 605 bod 2 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Vergleichen sich die Parteien während des Schiedsverfahrens über die Streitigkeit und sind die Parteien fähig, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich abzuschließen, so können sie beantragen, dass das Schiedsgericht den Vergleich in Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut festhält, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung (ordre public) verstößt. Ein solcher Schiedsspruch ist gemäß § 606 zu erlassen. Er hat dieselbe Wirkung wie jeder Schiedsspruch in der Sache.*

¹⁰⁷ Viz § 606 odst. 5 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Der Schiedsspruch und die Urkunden über dessen Zustellung sind gemeinschaftliche Urkunden der Parteien und der Schiedsrichter. Das Schiedsgericht hat mit den Parteien eine allfällige Verwahrung des Schiedsspruchs sowie der Urkunden über dessen Zustellung zu erörtern.*

¹⁰⁸ Viz § 606 odst. 6 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Der Vorsitzende, im Falle seiner Verhinderung ein anderer Schiedsrichter, hat auf Verlangen einer Partei die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs auf einem Exemplar des Schiedsspruchs zu bestätigen.*

¹⁰⁹ Viz § 614 odst. 1 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche richten sich nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung, soweit nicht nach Völkerrecht oder in Rechtsakten der Europäischen Union anderes bestimmt ist. Das Formerfordernis für die Schiedsvereinbarung gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung sowohl den Formvorschriften des § 583 als auch den Formvorschriften des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts entspricht.*

¹¹⁰ Über die gesetzlich gewährleistetete Rechtskraft eines Schiedsspruches können die Parteien nicht disponieren.

Obecným soudům přísluší funkce přezkoumávat, zda byly splněny základní státem určené podmínky pro konání rozhodčího řízení, a to pomocí žaloby na zrušení rozhodčího nálezu (kterou je analogicky možné podat také v případě rozhodčího nálezu, kterým je rozhodováno o příslušnosti / pravomoci rozhodců k projednání a rozhodnutí sporu). Důvody pro zrušení rozhodčího senátu jsou následující: (i) neexistuje řádná rozhodčí smlouva nebo nastala situace, kdy rozhodci odmítli svou příslušnost, přestože existuje řádná rozhodčí smlouva nebo některá ze stran neměla dle pro ni rozhodného práva nezbytnou subjektivitu, (ii) jestliže strana nebyla řádně informována o zahájení rozhodčího řízení nebo o konstituování rozhodčího senátu nebo jí jiným způsobem nebylo umožněno uplatnit v řízení svá práva, (iii) rozhodčí nález se týká záležitosti / sporu, který nespadá do předmětu rozhodčího smlouvy nebo rozhodčí nález obsahuje výrok / rozhodnutí přesahující hranice rozhodčí smlouvy (v případě, že se tento důvod týká jen části rozhodčího nálezu, kterou lze od jeho zbytku oddělit, zruší soud jen tuto část), (iv) konstituování rozhodčího senátu nebo průběh řízení neodpovídají předmětné právní úpravě rakouského ZPO nebo v jejím rámci přípustné dohodě stran, (v) rozhodčí řízení proběhlo způsobem neslučitelným s rakouským veřejným pořádkem, (vi) jsou splněny předpoklady stanovené v ustanovení § 530 odst. 1 bod 1 – 5 rakouského ZPO¹¹¹ ve vztahu k rozsudkům vydaným obecnými soudy pro to, aby mohl být podán návrh na znovuotevření řízení, (vii) chybí zde objektivní arbitrabilita dle rakouského právního řádu nebo (viii) uznání a výkon rozhodčího nálezu by vedlo k výsledku, který je neslučitelný s veřejným pořádkem (*ordre public*). Poslední dva body důvody zrušení rozhodčího nálezu zkoumá soud z úřední povinnosti. Příslušnou žalobu je nutné podat do tří měsíců ode dne doručení rozhodčího nálezu. Je nutné konstatovat, že samotné zrušení rozhodčího nálezu se nikterak nedotýká platnosti rozhodčí smlouvy. Neúčinnost rozhodčí smlouvy vysloví na návrh strany soud pouze v případě, že již došlo v souladu s příslušnou právní úpravou dvakrát ke zrušení rozhodčího nálezu týkajícího se jednoho a téhož předmětu a je

¹¹¹ (1) Ein Verfahren, das durch eine die Sache erledigende Entscheidung abgeschlossen worden ist, kann auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden, 1. wenn eine Urkunde, auf welche die Entscheidung gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht ist; 2. wenn sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder der Gegner bei seiner Vernehmung einer falschen Beweisaussage (§ 288 StGB) schuldig gemacht hat und die Entscheidung auf diese Aussage gegründet ist; 3. wenn die Entscheidung durch eine als Täuschung (§ 108 StGB), als Unterschlagung (§ 134 StGB), als Betrug (§ 146 StGB), als Urkundenfälschung (§ 223 StGB), als Fälschung besonders geschützter Urkunden (§ 224 StGB) oder öffentlicher Beglaubigungszeichen (§ 225 StGB), als mittelbare unrichtige Beurkundung oder Beglaubigung (§ 228 StGB), als Urkundenunterdrückung (§ 229 StGB), oder als Versetzung von Grenzzeichen (§ 230 StGB) gerichtlich strafbare Handlung des Vertreters der Partei, ihres Gegners oder dessen Vertreters erwirkt wurde; 4. wenn sich der Richter bei der Erlassung der Entscheidung oder einer der Entscheidung zugrunde liegenden früheren Entscheidung in Beziehung auf den Rechtsstreit zum Nachteil der Partei einer nach dem Strafgesetzbuch zu ahndenden Verletzung seiner Amtspflicht schuldig gemacht hat; 5. wenn ein strafgerichtliches Erkenntnis, auf welches die Entscheidung gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist;

podán návrh na zrušení v pořadí již třetího rozhodčího nálezu v té samé věci.¹¹²

Kromě již uvedeného zasahuje stát do průběhu rozhodčího řízení / do smluvní volnosti stran, když omezuje a stanovuje zvláštní podmínky pro sjednání rozhodčí smlouvy a konání rozhodčího řízení ve spotřebitelských věcech, stejně jako ve věcech pracovních. Kromě splnění těchto speciálních podmínek týkajících se možnosti rozhodčí smlouvu sjednat zde platí některá speciální pravidla ohledně průběhu řízení a navíc došlo k rozšíření důvodů, pro které je možné rozhodčí nález zrušit. Skutečnost, že stát zde autoritativně požaduje, aby bylo rozhodčí řízení prováděno určitým konkrétním způsobem, naznačuje, že zde stát propůjčuje jinému subjektu oprávnění autoritativně namísto obecných soudů rozhodovat spory vzniklé mezi dvěma subjekty v rámci jejich závazkových vztahů.

Pokud jde o vztah mezi rozhodcem a stranami, neobsahuje rakouský ZPO žádnou konkrétní úpravu. Ustanovení § 594 ZPO [AUT] výslovně vylučuje omezení odpovědnosti rozhodců vůči stranám¹¹³ (jak to analogicky činí předpisy řady států) a lze tedy vycházet z toho, že v případě porušení svých povinností je rozhodce odpovědný ve smyslu obecné soukromoprávní

¹¹² Viz § 611 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit. cit.): (1) *Gegen einen Schiedsspruch kann nur eine Klage auf gerichtliche Aufhebung gestellt werden. Dies gilt auch für Schiedssprüche, mit welchen das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit abgesprochen hat.* (2) *Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn 1. eine gültige Schiedsvereinbarung nicht vorhanden ist, oder wenn das Schiedsgericht seine Zuständigkeit verneint hat, eine gültige Schiedsvereinbarung aber doch vorhanden ist, oder wenn eine Partei nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, zum Abschluss einer gültigen Schiedsvereinbarung nicht fähig war; 2. eine Partei von der Bestellung eines Schiedsrichters oder vom Schiedsverfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt wurde oder sie aus einem anderen Grund ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend machen konnte; 3. der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, für welche die Schiedsvereinbarung nicht gilt, oder er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung oder das Rechtsschutzbegehren der Parteien überschreiten; betrifft der Mangel nur einen trennbaren Teil des Schiedsspruchs, so ist dieser Teil aufzuheben; 4. die Bildung oder Zusammensetzung des Schiedsgerichts einer Bestimmung dieses Abschnitts oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien widerspricht; 5. das Schiedsverfahren in einer Weise durchgeführt wurde, die Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung (ordre public) widerspricht; 6. die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 5 ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann; 7. der Gegenstand des Streits nach inländischem Recht nicht schiedsfähig ist; 8. der Schiedsspruch Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung (ordre public) widerspricht.* (3) *Die Aufhebungsgründe des Abs. 2 Z 7 und 8 sind auch von Amts wegen wahrzunehmen.* (4) *Die Klage auf Aufhebung ist innerhalb von drei Monaten zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem der Kläger den Schiedsspruch oder den ergänzenden Schiedsspruch empfangen hat. Ein Antrag nach § 610 Abs. 1 Z 1 oder 2 verlängert diese Frist nicht. Im Fall des Abs. 2 Z 6 ist die Frist für die Aufhebungsklage nach den Bestimmungen über die Wiederaufnahmsklage zu beurteilen.* (5) *Die Aufhebung eines Schiedsspruchs berührt nicht die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Schiedsvereinbarung. Wurde bereits zweimal ein Schiedsspruch über den selben Gegenstand rechtskräftig aufgehoben und ist ein weiterer hierüber ergehender Schiedsspruch aufzuheben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien gleichzeitig die Schiedsvereinbarung hinsichtlich dieses Gegenstandes für unwirksam zu erklären.*

¹¹³ Viz § 594 odst. 4 ZPO [AUT] (v orig. znění, cit.): *Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuldhaftige Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden.*

úpravy. Tato skutečnost nemusí ovšem ještě nezbytně znamenat, že by se Rakousko přiklánělo výhradně ke smluvní teorii rozhodčího řízení. Naopak je zde často zdůrazňován veřejnoprávní zájem na standardech, za nichž by rozhodčí řízení mělo probíhat. Citovat lze např. následující soudní rozhodnutí OGH, sp. zn. 5 Ob 123/03d¹¹⁴ z 13. ledna 2004. Vztah mezi rozhodci a stranami je tak možno chápat jako vztah *sui generis*, vycházející jednak ze smluvní volnosti a práva stran na volbu rozhodce a na druhé straně ze zvláštního postavení rozhodce, které lze spíše přirovnat k úloze soudce při nalézání práva.

I.2.6. [SUI] [ŠVÝCARSKO]

Švýcarská úprava rozhodčího řízení je rozdělena dle toho, zda se jedná o tuzemské nebo zahraničí rozhodčí řízení. Tuzemské řízení je v současné době upraveno v Konkordátu o rozhodčím řízení (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit) ze dne 27. března 1969.¹¹⁵ V současné době je ale již schválena nová právní úprava, když problematika rozhodčího řízení bude včleněna do právního předpisu zabývajícího se civilním řízením (švýcarského ZPO – Zivilprozessordnung), což je nově schválený celošvýcarský předpis, který od 1. ledna 2011 nahradí stávajících 26 kantonálních zákonů upravujících civilní soudní řízení. Zařazení rozhodčího řízení do ZPO je možné chápat jako posun, který pouze potvrzuje dlouhodobě existující teoretické vymezení rozhodčího řízení ve švýcarském právu. Podle toho byl doposud ve Švýcarsku tradičně přiznáván „quasi-judiciální“ charakter / alternativní způsob autoritativního řešení sporů. V případě mezinárodního rozhodčího řízení se jeho úprava řídí švýcarským zákonem o mezinárodním právu soukromém ze dne 18. prosince 1987.

I.2.6.1. Konkordát

¹¹⁴ Rzhodnutí OGH, sp. zn. 5 Ob 123/03d z 13. ledna 2004 (v orig. znění, cit.:) *Weil ein Schiedsspruch die in Schriftform durch Schiedsrichter gefällte Sachentscheidung über einen objektiv schiedsfähigen Gegenstand aufgrund eines Parteienantrags ist, hat das Fehlen einer dieser Grundvoraussetzungen zur Folge, dass kein Schiedsspruch, also ein Nicht-Schiedsspruch vorliegt, der ipso facto wirkungslos ist, ohne dass es der Aufhebung nach § 595 ZPO bedürfte. Weil es sich in allen Fällen um zwingendes Recht im öffentlichen Interesse geordneter Rechtsprechung handelt, muss es den Parteien verwehrt sein, solche Nicht-Schiedssprüche durch Unterlassung der Anfechtung zu wirksamen Schiedssprüchen werden zu lassen. Die Anfechtbarkeit setzt grundsätzlich die Wirksamkeit voraus, die in solchen Fällen fehlt.*

¹¹⁵ Spolkovou radou byla tato úprava odsouhlasena dne 27. srpna 1969

Analogicky k terminologii používané v [DEU] rozlišuje dosavadní švýcarská úprava mezi rozhodčí smlouvou (Schiedsvertrag), kterým strany podřizují rozhodčímu řízení určitý již existující spor, a rozhodčí doložkou, která se vztahuje k budoucím potenciálním sporům, jež mohou z určitého právního vztahu vzniknout. Dohromady používá právní úprava pro oba případy výraz Schiedsabrede (dohoda o rozhodčím řízení).¹¹⁶ Rozhodčí smlouva nesmí nikterak omezovat postavení právníků v rozhodčím řízení (ať již jako rozhodců, tajemníků nebo zástupců stran).¹¹⁷ Obecné soudy hrají i zde značnou kontrolní a podpůrnou roli, když v rámci rozhodčího řízení plní následující úkony: (i) náhradní jmenován rozhodců, v případě, že tito nebudou jmenováni v souladu s právní úpravou či dohodu stran přímo stranami či jimi určeným subjektem, (ii) plní roli při odmítnutí či odvolání rozhodce, stejně jako plní roli v procesu náhrady takto odmítnutého či odvolaného rozhodce, (iii) působí při prodloužení funkce rozhodce, (iv) spoluúčinkuje na základě žádosti rozhodčího senátu / rozhodců při provádění důkazů, (v) je u něj ukládá rozhodčí nález a doručuje jej stranám, (vi) rozhoduje o přípustných právních prostředcích a (vii) potvrzuje vykonatelnost rozhodčích nálezů.¹¹⁸

Rozhodci jsou oprávněni rozhodovat o své pravomoci / příslušnosti k projednání s rozhodnutí sporu,¹¹⁹ proti jejich rozhodnutí v tomto směru je ovšem možné podat návrh, aby bylo předmětné rozhodnutí prohlášeno za neplatné.¹²⁰ Pokud jde pravomoc [obecného] soudu ve vztahu k jmenování rozhodčího senátu, návrh na jmenování rozhodce soudem jsou strany oprávněny učinit ve chvíli, kdy se strany neshodnou na osobě jediného rozhodce, kdy druhá strana svého rozhodce v rozporu se svými povinnostmi

¹¹⁶ Viz čl. 4 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Die Schiedsabrede wird als Schiedsvertrag oder als Schiedsklausel abgeschlossen.* 2. *Im Schiedsvertrag unterbreiten die Parteien eine bestehende Streitigkeit einem Schiedsgericht zur Beurteilung.* 3. *Die Schiedsklausel kann sich nur auf künftige Streitigkeiten beziehen, die sich aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ergeben können.*

¹¹⁷ Viz čl. 7 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) Jede Bestimmung einer Schiedsklausel, welche die Beiziehung von Juristen im Schiedsverfahren als Schiedsrichter, Sekretär oder Parteivertreter unter HKAKagt, ist nichtig.

¹¹⁸ Viz čl. 3 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) Das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichtes befindet, ist unter Vorbehalt von Artikel 45 Absatz 2 die zuständige richterliche Behörde, welche a. die Schiedsrichter ernannt, wenn diese nicht von den Parteien oder einer von ihnen beauftragten Stelle bezeichnet worden sind; b. über die Ablehnung und die Abberufung von Schiedsrichtern entscheidet und für deren Ersetzung sorgt; c. die Amtsdauer der Schiedsrichter verlängert; d. auf Gesuch des Schiedsgerichtes bei der Durchführung von Beweismassnahmen mitwirkt; e. den Schiedsspruch zur Hinterlegung entgegennimmt und ihn den Parteien zustellt; f. über Nichtigkeitsbeschwerden und Revisionsgesuche entscheidet; g. die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches bescheinigt.

¹¹⁹ Viz čl. 8 odst. 1 švýcarského konkordátu (cit.:) Werden die Gültigkeit oder der Inhalt und die Tragweite der Schiedsabrede vor dem Schiedsgericht bestritten, so befindet dieses über seine eigene Zuständigkeit durch Zwischen- oder Endentscheid.

¹²⁰ Viz čl. 9 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Der Zwischenentscheid, in dem das Schiedsgericht sich für zuständig oder unzuständig erklärt, unterliegt der Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von Artikel 36 Buchstabe b.*

nejmenuje, jestliže se jmenování členové rozhodčího senátu neshodnou na volbě předsedy rozhodčího senátu.¹²¹ Právní úprava umožňuje stranám jmenovaného rozhodce ze zákonem daných důvodů odmítnout. Z hlediska postavení rozhodce, resp. charakteru rozhodčího řízení je zásadní úprava ustanovení čl. 18 Konkordátu [SUI], podle kterého pro rozhodce platí (kromě jiného) analogicky důvody pro vyloučení soudců [obecných] soudců ve smyslu spolkového zákona ze dne 16. prosince 1943 o spolkové organizaci činnosti soudnictví.¹²² Rozhodcům se zde tedy přiznává analogicky postavení soudců, což nasvědčuje tomu, že rozhodčí řízení je minimálně v tuzemských věcech chápáno striktně v jurisdikčním smyslu s tím, že konkrétní rozhodce je sice zvolen dohodou stran, jeho obecná pravomoc k rozhodnutí sporů a jeho celkové postavení mu je ale propůjčeno státem. V případě popření / neuznání důvodu pro vyloučení rozhodce rozhoduje příslušný soud. Strany jsou v tomto případě připuštěny k provádění důkazů.¹²³ Odvolat rozhodce mohou strany, pokud se na tom vzájemně shodnou (předepsána je písemná forma takové dohody). Současně může ze závažných důvodů na návrh strany ukončit funkci rozhodce příslušný soud.¹²⁴ V případě, že dojde k ukončení funkce rozhodce (ať již z jakéhokoliv důvodu, tj. ať již tento bude odvolán, odstoupí, budou vůči němu vzneseny námitky, případně zemře-li), platí pro jmenování nového rozhodce totožný proces, jakým byl ustanoven rozhodce původní. Pokud není tento způsob možný, jmenuje v takovém případě nového rozhodce opět soud, za předpokladu, že se rozhodčí smlouva nestane v důsledku výše popsané nastalé skutečnosti neplatná.¹²⁵ V případě pochybností, resp. nejsou-li strany s to se v tomto bodě shodnout, rozhoduje obecný soud po slyšení rozhodčího senátu i ohledně toho, do jaké míry jsou nadále platné procesní úkony, jichž se účastnil původní / nyní nahrazený člen rozhodčího

¹²¹ Viz čl. 12 odst. 1 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Können die Parteien sich über die Bestellung des Einzelschiedsrichters nicht einigen oder bestellt eine Partei den oder die von ihr zu bezeichnenden Schiedsrichter nicht oder einigen die Schiedsrichter sich nicht über die Wahl des Obmanns, so nimmt auf Antrag einer Partei die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde die Ernennung vor, sofern nicht die Schiedsabrede eine andere Stelle hiefür vorsteht.*

¹²² Viz čl. 18 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Die Parteien können die Schiedsrichter aus den im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege genannten Gründen für die Ausschließung und Ablehnung der Bundesrichter sowie aus den in einer von ihnen anerkannten Schiedsordnung oder in der Schiedsabrede vorgesehenen Gründen ablehnen.*

¹²³ Viz čl. 21 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Im Bestreitungsfall entscheidet die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde über den Ausstand. 2. Die Parteien sind dabei zur Beweisführung zuzulassen.*

¹²⁴ Viz čl. 22 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Jeder Schiedsrichter kann durch schriftliche Vereinbarung der Parteien abberufen werden. 2. Auf Antrag einer Partei kann die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde einem Schiedsrichter aus wichtigen Gründen das Amt entziehen.*

¹²⁵ Viz čl. 23 odst. 1 a 2 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Stirbt ein Schiedsrichter, hat er den Ausstand zu nehmen, wird er abberufen oder tritt er zurück, so wird er nach dem Verfahren ersetzt, das bei seiner Bestellung oder Ernennung befolgt wurde. 2. Kann er nicht auf diese Weise ersetzt werden, so wird der neue Schiedsrichter durch die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde ernannt, es sei denn, die Schiedsabrede habe ihrem Inhalte nach als dahingefallen zu gelten.*

senátu.¹²⁶ Dle předmětné švýcarské úpravy (Konkordat [SUI]) mohou strany v rozhodčí smlouvě funkci rozhodce časově vymezit. Příslušný obecný soud může v takovém případě na základě návrhu stran nebo samotného rozhodčího senátu tuto lhůtu prodloužit. Podá-li jedna ze stran takovýto návrh, je druhá strana oprávněna se k tomuto vyjádřit, resp. být ve věci slyšena.¹²⁷ Strany mají současně právo podat kdykoliv u příslušného obecného soudu stížnost ohledně průtahů v řízení,¹²⁸ což je jinak klasický institut občanského soudního řízení, který by neměl nalézt uplatnění, pokud by byl vztah mezi rozhodcem a stranami považován za čistě soukromoprávní.

Pokud jde o samotný průběh řízení, garantuje stát stranám smluvní volnost. Neexistuje-li taková dohoda stran a neurčí procesí postup svým usnesením rozhodčí senát, použije se na rozhodčí řízení analogicky právní úprava civilního soudního řízení, konkrétně spolkový zákon ze dne 4. prosince 1947 o spolkovém civilním procesu.¹²⁹ I přes značnou volnost, která je stranám, pokud jde o stanovení pravidel řízení dána, považoval stát za nutné stanovit v ustanovení čl. 25 Konkordatu [SUI]¹³⁰ minimální standardy řízením (ve smyslu práva na spravedlivý proces), které musí být stranám zaručeny. Je zřejmé, že stát používá pro rozhodčí řízení totožná kritéria, a zásady, jaké jsou uplatňovány. Naopak přístup, který by spíše odpovídal smluvnímu pojetí rozhodčího řízení, je možné vidět ohledně oprávnění nařídit předběžná / zajišťující opatření, které je svěřeno výhradně obecným soudům. Rozhodce je oprávněn předložit stranám svůj návrh ohledně případných opatření, jež považuje za vhodné, nemá ale žádné prostředky, jak takové opatření prosadit, když jedinou možností je, že se strany návrhu

¹²⁶ Viz čl. 23 odst. 3 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.:) Können die Parteien sich hierüber nicht einigen, so entscheidet die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde nach Anhörung des Schiedsgerichtes,

inwieweit die Prozesshandlungen, bei denen der ersetzte Schiedsrichter mitgewirkt hat, weiter gelten.

¹²⁷ Viz čl. 16 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Die Parteien können in der Schiedsabrede oder in einer späteren Vereinbarung das dem Schiedsgericht übertragene Amt befristen.* 2. *In diesem Falle kann die Amtsdauer, sei es durch Vereinbarung der Parteien, sei es auf Antrag einer Partei oder des Schiedsgerichtes, durch Entscheid der in Artikel 3 vorgesehenen richterlichen Behörde jeweils um eine bestimmte Frist verlängert werden.* 3. *Stellt eine Partei einen solchen Antrag, so ist die andere dazu anzuhören.*

¹²⁸ Viz čl. 17 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.:) *Die Parteien können jederzeit bei der in Artikel 3 vorgesehenen richterlichen Behörde wegen Rechtsverzögerung Beschwerde führen.*

¹²⁹ Viz čl. 24 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Das Verfahren vor dem Schiedsgericht wird durch Vereinbarung der Parteien oder in Ermangelung einer solchen durch Beschluss des Schiedsgerichtes bestimmt.* 2. *Wird das Verfahren weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch Beschluss des Schiedsgerichtes festgelegt, so ist das Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess sinngemäss anwendbar.*

¹³⁰ Das gewählte Verfahren hat auf jeden Fall die Gleichberechtigung der Parteien zu gewährleisten und jeder von ihnen zu gestatten: *a.* das rechtliche Gehör zu erlangen und insbesondere ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel tatsächlicher und rechtlicher Art vorzubringen; *b.* jederzeit im Rahmen eines ordnungsgemässen Geschäftsganges in die Akten Einsicht zu nehmen; *c.* den vom Schiedsgericht angeordneten Beweisverhandlungen und mündlichen Verhandlungen beizuwohnen; *d.* sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder verbeiständen zu lassen.

rozhodce podřídí dobrovolně.¹³¹ Dokazování je obecně prováděno před rozhodci, je-li ale provedení určitého úkonu v rámci dokazování svěřeno výhradně státní moci, přísluší rozhodcům požádat o součinnost příslušný obecný soud, který následně při provádění důkazu postupuje v souladu s pro něj platnou kantonální právní úpravou.¹³² V neposlední řadě nastupuje role obecného soudu v případě, že některá ze stran vznese v rámci rozhodčího řízení námitku započtení, která se týká závazkového vztahu, ohledně něhož není rozhodce oprávněn rozhodovat (a to ani na základě rozhodčí doložky, ani dle následné dohody stran). Straně, která námitku započtení vznesla, je v takovém případě stanovena lhůta k podání žaloby u příslušného soudu s tím, že rozhodčí řízení je přerušeno do doby, než soud ve věci rozhodne (kdy rozhodce na návrh strany řízení opět zahájí).¹³³

Při svém rozhodování nemohou rozhodci postupovat dle své vlastní vůle, ale naopak jsou povinni hodnotit případ v souladu a dle aplikovatelného práva s výjimkou případů, kdy strany zmocní rozhodce k rozhodování na základě zásad spravedlnosti¹³⁴, což opět potvrzuje charakter rozhodčího řízení jakožto autoritativního nalézání práva. Rozhodčí řízení končí vydáním rozhodčího nálezu, jehož náležitosti jsou v konkordátu výslovně upraveny včetně požadavku, na zachycení skutkového stavu a právní posouzení případu, jestliže strany na tyto náležitosti výslovně nerezignují¹³⁵. Přípustný je také rozhodčí nález zachycující dohodu stran o smírném řešení

¹³¹ Viz čl. 26 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Zur Anordnung voRS HKAKorglicher Massnahmen sind allein die staatlichen Gerichte zuständig.* 2. *Die Parteien können sich jedoch freiwillig den vom Schiedsgericht vorgeschlagenen voRS HKAKorglichen Massnahmen unterziehen.*

¹³² Viz čl. 27 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. Das Schiedsgericht nimmt die Beweise selber ab. 2. Ist die Durchführung einer Beweismassnahme der staatlichen Gewalt vorbehalten, so kann das Schiedsgericht die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde um ihre Mitwirkung eRS HKAKuchen. Diese handelt dabei gemäss ihrem kantonalen Recht.

¹³³ Viz čl. 29 odst. 1 a 2 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. Erhebt eine Partei die Verrechnungseinrede und beruft sie sich dabei auf ein Rechtsverhältnis, welches das Schiedsgericht weder aufgrund der Schiedsabrede noch aufgrund einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien beurteilen kann, so wird das Schiedsverfahren ausgesetzt und der Partei, welche die Einrede erhoben hat, eine angemessene Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte vor dem zuständigen Gericht gesetzt. 2. Hat das zuständige Gericht einen Entscheid gefällt, so wird das Verfahren auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen.

¹³⁴ Viz čl. 31 odst. 3 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) Das Schiedsgericht entscheidet nach den Regeln des anwendbaren Rechts, es sei denn, die Parteien hätten es in der Schiedsabrede ermächtigt, nach Billigkeit zu urteilen.

¹³⁵ Viz čl. 33 odst. 1 a 2 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. Der Schiedsspruch enthält: *a.* die Namen der Schiedsrichter; *b.* die Bezeichnung der Parteien; *c.* die Angabe des Sitzes des Schiedsgerichtes; *d.* die Anträge der Parteien oder, in Ermangelung von Anträgen, eine Umschreibung der Streitfrage; *e.* sofern die Parteien nicht ausdrücklich darauf verzichtet haben: die Darstellung des Sachverhaltes, die rechtlichen Entscheidungsgründe und gegebenenfalls die Billigkeitserwägungen; *f.* die Spruchformel über die Sache selbst; *g.* die Spruchformel über die Höhe und die Verlegung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigungen. Der Schiedsspruch ist mit dem Datum zu versehen und von den Schiedsrichtern zu unterzeichnen. Die Unterschrift der Mehrheit der Schiedsrichter genügt, wenn im Schiedsspruch vermerkt wird, dass die Minderheit die Unterzeichnung verweigert.

sporu¹³⁶. Rozhodci jsou dále vázáni povinností zajistit uložení rozhodčího nálezu u příslušného obecného soudu. V případě, že rozhodčí nález není vyhotoven v jedné z úředních řečí švýcarského spříseženství, je příslušný soud oprávněný požadovat ověřený překlad rozhodčího nálezu (do jednoho z úředních jazyků). Rozhodčí nález se ukládá v jednom originálním vyhotovení a dále v tolika opisech, kolik je účastníků řízení. Soud následně stranám rozhodčí nález doručuje s oznámením data jeho uložení (za předpokladu, že strany neprohlásí, že netrvají na uložení rozhodčího nálezu u soudu a jeho doručení prostřednictvím soudního orgánu, když v takovém případě doručuje rozhodčí nález stranám přímo rozhodčí senát¹³⁷. Charakter rozhodčího řízení jakožto řízení, v jehož rámci je autoritativně nalézáno právo a analogická aplikace pravidel civilního soudního řízení je tak nad veškerou pochybnost.

Na základě specificky stanovených důvodů může být u příslušného obecného soudu podána stížnost pro zmatečnost / návrh na prohlášení rozhodčího nálezu za neplatný a jeho zrušení. Důvody pro napadení rozhodčího nálezu jsou následující: (i) rozhodčí senát nebyl řádně konstituován, (ii) rozhodčí senát chybně rozhodl o své příslušnosti, (iii) bylo rozhodováno ve věci, která není předmětem rozhodčí smlouvy nebo naopak nebylo rozhodnuto o všech vznesených nárocích, (iv) v průběhu řízení došlo k porušení práva na spravedlivý proces, tak jak je dodržení jeho jednotlivých částí / zásad požadováno v ustanovení čl. 25 konkordátu¹³⁸, (v) rozhodčí senát rozhodl nad rámec vzneseného žalobního petitu / přiznal jiný než požadovaný nárok, aniž by zákonný předpis takovýto postup umožňoval, (vi) rozhodčí nález je svévolný, tj. jeho závěry očividně neodpovídají obsahu spisové dokumentace nebo rozhodčí nález obsahuje očividné porušení práva nebo spravedlnosti, (vii) rozhodčí nález byl vydán

¹³⁶ Viz čl. 34 Konkordát [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Das Vorliegen einer den Streit beendenden Einigung der Parteien wird vom Schiedsgericht in der Form eines Schiedsspruches festgestellt.*

¹³⁷ Viz čl. 35 Konkordát [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht sorgt für die Hinterlegung des Schiedsspruches bei der in Artikel 3 vorgesehenen richterlichen Behörde. 2. Der Schiedsspruch wird im Original und im Falle von Absatz 4 in ebenso vielen Abschriften hinterlegt, als Parteien am Verfahren beteiligt sind. 3. Ist der Schiedsspruch nicht in einer der Amtssprachen der Schweizerischen Eidgenossenschaft abgefasst, so kann die Behörde, bei der er hinterlegt wird, eine beglaubigte Uebersetzung verlangen. 4. Diese Behörde stellt den Schiedsspruch den Parteien zu und teilt ihnen das Datum der Hinterlegung mit. 5. Die Parteien können auf die Hinterlegung des Schiedsspruches verzichten. Sie können ausserdem darauf verzichten, dass ihnen der Schiedsspruch durch die richterliche Behörde zugestellt wird; in diesem Falle erfolgt die Zustellung durch das Schiedsgericht.*

¹³⁸ Viz čl. 25 Konkordát [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Das gewählte Verfahren hat auf jeden Fall die Gleichberechtigung der Parteien zu gewährleisten und jeder von ihnen zu gestatten: a. das rechtliche Gehör zu erlangen und insbesondere ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel tatsächlicher und rechtlicher Art vorzubringen; b. jederzeit im Rahmen eines ordnungsgemässen Geschäftsganges in die Akten Einsicht zu nehmen; c. den vom Schiedsgericht angeordneten Beweisverhandlungen und mündlichen Verhandlungen beizuwohnen; d. sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder verbeiständen zu lassen.*

po uplynutí doby, na kterou byli rozhodci do své funkce ustanoveni, (viii) nebyly dodrženy požadavky kladené na rozhodčí nález v ustanovení čl. 33 Konkordatu [SUI] nebo je výrok rozhodčího nálezu nesrozumitelný či si vzájemně odporující, (ix) stanovená odměna rozhodců je očividně nepřiměřená.¹³⁹ Podání tohoto návrhu je možné teprve ve chvíli, kdy jsou vyčerpány všechny právní prostředky, jejichž použití v rámci rozhodčího řízení strany sjednaly. Předmětný návrh nemá odkladný účinek, tento může ovšem soud na návrh strany takovému návrhu přiznat (viz. ustanovení čl. 38 Konkordatu [SUI]).¹⁴⁰ Soud je oprávněn po slyšení stran vrátit rozhodčí nález zpět a stanovit v této souvislosti rozhodcům lhůtu k jeho opravě či doplnění.¹⁴¹ Není-li rozhodčí nález rozhodcům, případně tito ve stanovené lhůtě rozhodčí nález dle pokynů soudu neopraví či nedoplní, rozhodne soud ze své pravomoci o neplatnosti rozhodčího nálezu a zruší jej (v případě, že se důvod zrušení rozhodčího nálezu týká jen některé jeho části, bude zrušena pouze tato část za předpokladu, že ji lze od zbytku rozhodčího nálezu oddělit). V případě, že je rozhodčí nález napaden výhradně z důvodu nepřiměřeně vysoké odměny rozhodců, která byla stanovena, zruší obecný soud pouze tuto část výroku a rozhodne o výši odměny sám. V případě zrušení rozhodčího nálezu vydají jmenovaní rozhodci nové rozhodnutí, pokud nejsou odmítnuti z důvodu jejich účasti na dřívějším řízení nebo z jiného důvodu.¹⁴² Oprávnění státu zasahovat do práv rozhodců na odměnu není možné takto chápat jinak než jako odmítnutí koncepce čistě soukromoprávního vztahu mezi rozhodcem a stranami. Pokud by tento vztah byl chápán analogicky jako třeba vztah založený mandátní smlouvou

¹³⁹ Viz čl. 36 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Gegen den Schiedsspruch kann bei der in Artikel 3 vorgesehenen richterlichen Behörde Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, um geltend zu machen, a. das Schiedsgericht sei nicht ordnungsgemäss zusammengesetzt gewesen; b. das Schiedsgericht habe sich zu Unrecht zuständig oder unzuständig erklärt; c. es habe über Streitpunkte entschieden, die ihm nicht unterbreitet wurden, oder es habe Rechtsbegehren unbeantragt gelassen (Art. 32 bleibt vorbehalten); d. eine zwingende Verfahrensvorschrift im Sinne von Artikel 25 sei verletzt worden; e. das Schiedsgericht habe einer Partei mehr oder, ohne dass besondere Gesetzesvorschriften es erlauben, anderes zugesprochen, als sie verlangt hat; f. der Schiedsspruch sei willkürlich, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen beruht oder weil er eine offenbare Verletzung des Rechtes oder der Billigkeit enthält; g. das Schiedsgericht habe nach Ablauf seiner Amtsdauer entschieden; h. die Vorschriften des Artikels 33 seien missachtet worden oder die Spruchformel sei unverständlich oder widersprüchlich; i. die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen der Schiedsrichter seien offensichtlich übersetzt.*

¹⁴⁰ (Cit.): *Die Nichtigkeitsbeschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde kann ihr jedoch auf Gesuch einer Partei diese Wirkung gewähren.*

¹⁴¹ Viz čl. 39 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Die mit der Nichtigkeitsbeschwerde befasste richterliche Behörde kann, nach Anhörung der Parteien und wenn sie es als sachdienlich erachtet, den Schiedsspruch an das Schiedsgericht zurückweisen und ihm eine Frist zur Berichtigung oder Ergänzung desselben setzen.*

¹⁴² Viz čl. 40 *Konkordat* [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *1. Wird der Schiedsspruch nicht an das Schiedsgericht zurückgewiesen oder von diesem nicht fristgerecht berichtigt oder ergänzt, so entscheidet die richterliche Behörde über die Nichtigkeitsbeschwerde und hebt bei deren Gutheissung den Schiedsspruch auf. 2. Die Aufhebung kann auf einzelne Teile des Schiedsspruches beschränkt werden, sofern nicht die andern davon abhängen. 3. Liegt der Nichtigkeitsgrund des Artikels 36 Buchstabe i vor, so hebt die richterliche Behörde nur den Kostenspruch auf und setzt selber die Entschädigungen der Schiedsrichter fest. 4. Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so fällen die gleichen Schiedsrichter einen neuen Entscheid, soweit sie nicht wegen ihrer Teilnahme am früheren Verfahren oder aus einem anderen Grunde abgelehnt werden.*

o poskytnutí služeb či odpovídající jinému smluvnímu typu, musela by otázka odměny rozhodce za výkon jeho funkce náležet výhradně do rámce smluvní volnosti stran.

Zájem státu na řádném průběhu rozhodčího řízení a zpětná kontrola podmínek pro jeho konání se neomezuje jen na výše uvedené důvody pro zrušení rozhodčího nálezu. Zákon stanoví rovněž důvody, pro které je možné podat u příslušného soudního orgánu opravný prostředek tehdy, kdy byl rozhodčí nález získán jednáním naplňujícím dle švýcarského práva znaky trestného činu (příp. takové jednání mělo na průběh rozhodčího řízení a vydání rozhodčího nálezu vliv). Nestačí však pouze tvrdit takové jednání, nýbrž toto jednání musí být potvrzeno rozsudkem vydaným v trestním řízení s výjimkou případů, že by takového rozsudku nebylo možné v trestním řízení dosáhnout z jiných důvodů, než je nedostatek důkazů. Druhým případem, kdy lze proti rozhodčímu nálezu podat opravný prostředek se týká situace, kdy byl rozhodčí nález vydán bez toho, aby rozhodci byli obeznámeni se zásadními skutečnostmi nebo důkazy. Strana, která tento opravný prostředek uplatnila, nese důkazní břemeno o tom, že jí nebylo v rozhodčím řízení umožněno tyto skutečnosti či důkazy v řízení před rozhodci samotným uplatnit.¹⁴³ Pokud uplatněné důvody pro podání opravného prostředku uznány obecným soudem jako dostačující, vrátí soud věc rozhodcům k novému projednání s tím. Přitom dosavadní rozhodci, u nichž nastaly překážky výkonu funkce, jsou nahrazeni rozhodci jinými. Je-li nutné takto rekonstituovat rozhodčí senát, platí analogicky zákonná úprava postupu jmenování rozhodců, stejně jako možnost funkci rozhodců časově omezit.¹⁴⁴

K tomu, aby měl vydaný rozhodčí nález účinky vykonatelného rozhodnutí / soudního rozsudku je nutné, aby příslušný [obecný] soud vykonatelnost tohoto dokumentu na návrh strany potvrdil, a to za předpokladu, že se jedná o spor, který je arbitrabilní (ve smyslu čl. 5 Konkordatu [SUI]), jestliže byl rozhodčí nález stranami uznán, nebyly vůči němu vzneseny žádné námitky,

¹⁴³ Viz čl. 41 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.): *Die Revision kann verlangt werden: a. wenn durch Handlungen, die das schweizerische Recht als strafbar erklärt, auf den Schiedsspruch eingewirkt worden ist; diese Handlungen müssen durch ein Strafurteil festgestellt sein, es sei denn, ein Strafverfahren könne aus anderen Gründen als mangels Beweisen nicht zum Urteil führen; b. wenn der Schiedsspruch in Unkenntnis erheblicher, vor der Beurteilung eingetretener Tatsachen oder von Beweismitteln, die zur Erhaltung erheblicher Tatsachen dienen, gefällt worden ist und es dem Revisionskläger nicht möglich war, diese Tatsachen oder Beweismittel im Verfahren beizubringen.*

¹⁴⁴ Viz čl. 43 *Konkordat [SUI]* (v orig. německém znění, cit.): 1. *Wird das Revisionsgesuch gutgeheissen, so weist die richterliche Behörde die Streitsache zur Neubeurteilung an das Schiedsgericht zurück.* 2. *Verhinderte Schiedsrichter werden gemäss den Vorschriften von Artikel 3 ersetzt.* 3. *Muss ein neues Schiedsgericht gebildet werden, so werden die Schiedsrichter gemäss den Vorschriften der Artikel 10–12 bestellt oder ernannt.* 4. *Im Falle der Rückweisung an das Schiedsgericht ist Artikel 16 sinngemäss anwendbar.*

resp. nebyl podán návrh na jeho zrušení nebo na základě takového řádného a včas podaného návrhu nebyl příznám ve vztahu k rozhodčímu nálezu odkladný účinek, případně pokud byl podaný návrh již odložen či zamítnut. Konkordat [SUI] výslovně stanoví, že předběžný výkon rozhodčího nálezu není možný.¹⁴⁵

I.2.6.2. Nová úprava ZPO [SUI] od 1. ledna 2011

V nové celošvýcarské úpravě civilního soudního řízení (ZPO [SUI]), která začne ve Švýcarsku platit k 01. lednu 2011, je rozhodčí řízení zařazeno do části třetí. Tato úprava se vztahuje na rozhodčí řízení před rozhodčími soudy se sídlem v [SUI] pokud není stanovena příslušnost švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém. Strany mohou sjednat, že namísto této úpravy se na rozhodčí řízení mezi nimi bude vztahovat úprava zákona o mezinárodním právu soukromém, přičemž takováto dohoda musí být uzavřena písemně nebo ve formě, která umožní důkaz ohledně obsahu dohody ve formě textu¹⁴⁶. Je možné konstatovat, že tato nově schválená úprava se pokud jde o koncepční řešení a celkovou systematiku rozhodčího řízení neliší zásadním způsobem od stávajícího zákona. Zůstává zachována vysoká podpůrná funkce obecných soudů, když tyto jsou stále příslušné k následujícím úkonům: (i) rozhoduje o přípustných právních prostředcích, (ii) potvrzuje vykonatelnost rozhodčích nálezů a tyto přebírá k uložení, (iii) náhradní jmenování, odmítnutí či odvolání rozhodce; stejně tak plní soud úlohu při nahrazení takto odmítnutého či odvolaného rozhodce, (iv) působí při prodloužení funkce rozhodce, (v) poskytuje rozhodcům podporu při procesních úkonech.¹⁴⁷ Rozhodcům je svěřena pravomoc rozhodovat ve

¹⁴⁵ Viz čl. 44 Konkordat [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Auf Gesuch einer Partei bescheinigt die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde, dass ein Schiedsspruch, der Artikel 5 nicht widerspricht, gleich einem gerichtlichen Urteil vollstreckbar ist, sofern: a. die Parteien ihn ausdrücklich anerkannt haben; b. oder gegen ihn binnen der Frist des Artikels 37 Absatz 1 keine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht worden ist; c. oder einer rechtzeitig eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt worden ist; d. oder eine erhobene Nichtigkeitsbeschwerde dahingefallen oder abgewiesen worden ist.* 2. *Die Vollstreckbarkeitsbescheinigung wird am Schluss des Schiedsspruches angebracht.* 3. *Die vorläufige Vollstreckung eines Schiedsspruches ist ausgeschlossen.*

¹⁴⁶ Viz čl. 353 odst. 2 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): Die Parteien können die Geltung dieses Teils durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen und die Anwendung der Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG vereinbaren. Die Erklärung bedarf der Form gemäss Artikel 358.

¹⁴⁷ Viz čl. 356 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. Der Kanton, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, bezeichnet ein oberes Gericht, das zuständig ist für: a. Beschwerden und Revisionsgesuche; b. die Entgegennahme des Schiedsspruchs zur Hinterlegung und die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit. 2. Ein vom Sitzkanton bezeichnetes anderes oder aveRS HKAK zusammengesetztes Gericht ist als einzige Instanz zuständig für: a. die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und ERS HKAKetzung der Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter; b. die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts; c. die UnteRS HKAKtützung des Schiedsgerichts bei den Verfahrenshandlungen.

věcech platnosti, obsahu, rozsahu (působnosti) rozhodčí smlouvy, stejně jako řádného konstituování rozhodčího senátu, jestliže některá ze stran vznesla v tomto směru námitky¹⁴⁸. Proti těmto rozhodnutím mohou strany podat opravné prostředky k soudu (viz. ustanovení čl. 393 ZPO [SUI]).

Stranám je umožněno určit (dohodnout) způsob jmenování členů / konstituování rozhodčího senátu. V případě sporů týkajících se nájmu bytových prostor je značně omezena možnost výběru subjektů, které mohou být činné jako rozhodci (které mohou strany výkonem této funkce pověřit).¹⁴⁹ Na příslušný [obecný] soud se strany se žádostí o jmenování rozhodce mohou obrátit v případech, kdy se strany neshodnou na osobě jediného rozhodce či předsedy rozhodčího senátu, kdy druhá strana svého rozhodce v rozporu se svými povinnostmi nejmenuje, či jestliže se jmenování členové rozhodčího senátu neshodnou na volbě předsedy rozhodčího senátu. Obecné soudy jsou v případech, kdy se strany shodly na vícečlenném senátu, oprávněny k jmenování všech jeho členů. Jestliže jsou splněny podmínky pro jmenování rozhodce (-ů) [obecným] soudem, nemůže tento odmítnout jejich určení, ledaže by při zkoumání podkladů vyšlo najevo, že mezi stranami nebyla uzavřena rozhodčí smlouva.¹⁵⁰ Při jmenování rozhodců mohou strany časově omezit období jejich působnosti. Jestliže se v případě potřeby strany neshodnou na prodloužení mandátu rozhodce, může o takovém prodloužení rozhodnout na návrh kterékoliv ze stran obecný soud.¹⁵¹ Strany mají právo se k jmenovaným členům rozhodčího senátu vyjádřit, resp. je ze stanovených důvodů odmítnout. Pro úplnost je třeba připomenout, že jedním ze zákonem stanovených důvodů pro odmítnutí rozhodce je skutečnost, že ten neodpovídá požadavkům, které

¹⁴⁸ Viz čl. 359 odst. 1 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): Werden die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, ihr Inhalt, ihre Tragweite oder die richtige Konstituierung des Schiedsgerichts vor dem Schiedsgericht bestritten, so entscheidet diesel darüber mit Zwischenentscheid oder im Entscheid über die Hauptsache.

¹⁴⁹ Viz čl. 361 odst. 4 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *In den Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen können die Parteien einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen.*

¹⁵⁰ Viz čl. 362 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Sieht die Schiedsvereinbarung keine andere Stelle für die Ernennung vor oder ernennt diese die Mitglieder nicht innert angemessener Frist, so nimmt das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht auf Antrag einer Partei die Ernennung vor, wenn: a. die Parteien sich über die Ernennung der Einzelschiedsrichterin, des Einzelschiedsrichters, der Präsidentin oder des Präsidenten nicht einigen; b. eine Partei die von ihr zu bezeichnenden Mitglieder nicht innert 30 Tagen seit Aufforderung ernennt; oder c. die Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter sich nicht innert 30 Tagen seit ihrer Ernennung über die Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten einigen.* 2. *Im Falle einer Mehrparteienschiedssache kann das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht alle Mitglieder ernennen.* 3. *Wird ein staatliches Gericht mit der Ernennung betraut, so muss es die Ernennung vornehmen, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht.*

¹⁵¹ Viz čl. 366 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *In der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Vereinbarung können die Parteien die Amtsdauer des Schiedsgerichts befristen.* 2. *Die Amtsdauer, innert der das Schiedsgericht den Schiedsspruch zu fällen hat, kann verlängert werden: a. durch Vereinbarung der Parteien; b. auf Antrag einer Partei oder des Schiedsgerichts durch Entscheid des nach Artikel 356 Absatz 2 zuständigen staatlichen Gerichts.*

strany ohledně osoby rozhodce sjednaly.¹⁵² Strany tak mohou dohodnout, že rozhodcem nemůže být jakákoliv osoba, nýbrž například pouze osoba s určitými specifickými vlastnostmi či znalostmi. Lze sice očekávat, že se tyto požadované vlastnosti či znalosti budou vztahovat k předmětu sporu, zákon však žádnou takovou to podmínku nestanoví a teoreticky je tak přípustné, aby si strany ohledně osoby rozhodce sjednaly podmínky, které na první pohled nepřinesou ve vztahu k projednávanému sporu žádný zvláštní význam či přidanou hodnotu). V případě, že strany nesjednají žádný konkrétní postup (pravidla postupu) pro řízení ohledně odmítnutí rozhodce (zejména není-li určen konkrétní subjekt, který by o vyloučení rozhodoval), a popře-li daný rozhodce poté, co byl s námitkami strany seznámen, jejich význam (relevantnost), tj. jestliže rozhodce na základě vznesených námitek dobrovolně neodstoupí, může strana podat návrh na rozhodnutí o oprávněnosti uvedených důvodů pro odmítnutí rozhodce u příslušného [obecného] soudu.¹⁵³ Obdobný postup platí ohledně odvolání rozhodce. Strany se na odvolání rozhodce mohou kdykoliv shodnout. Pokud mezi stranami shoda ohledně odvolání konkrétního rozhodce nepanuje a není-li příslušný rozhodce schopen plnit své povinnosti v rozumné lhůtě nebo s řádnou pečlivostí, může strana požádat soud (jestliže za tímto účelem nebyl určen jiný subjekt), aby daného rozhodce odvolal.¹⁵⁴ V případě, že dojde k ukončení funkce rozhodce, platí pro jmenování nového rozhodce obecně stejný postup, který se aplikoval na ustanovení rozhodce původního (nebylo-li dohodnuto jinak). Pokud použití tohoto postupu není možné, jmenuje v takovém případě nového rozhodce opět soud za předpokladu, že rozhodčí smlouva takovou možnost nevyklučuje nebo nedojde-li v důsledku ukončení mandátu jednoho rozhodce k rozpadu celého rozhodčího senátu.¹⁵⁵ Na rozdíl od předchozí úpravy v případě pochybností, resp. nejsou-li strany s to se v tomto bodě shodnout, rozhoduje nově konstituovaný rozhodčí senát

¹⁵² Viz čl. 367 odst. 1 písm. a) ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Ein Mitglied des Schiedsgerichts kann abgelehnt werden, wenn: a. es nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht; [...].*

¹⁵³ Viz čl. 369 odst. 3 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Bestreitet das abgelehnte Mitglied die Ablehnung, so kann die gesuchstellende Partei innert 30 Tagen einen Entscheid von der von den Parteien bezeichneten Stelle oder, wenn keine solche bezeichnet wurde, von dem nach Artikel 356 Absatz 2 zuständigen staatlichen Gericht verlangen.*

¹⁵⁴ Viz čl. 370 odst. 2 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Ist ein Mitglied des Schiedsgerichts ausser Stande, seine Aufgabe innert nützlicher Frist oder mit der gehörigen Sorgfalt zu erfüllen, so kann auf Antrag einer Partei die von den Parteien bezeichnete Stelle oder, wenn keine solche bezeichnet wurde, das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht dieses Mitglied absetzen.*

¹⁵⁵ Viz čl. 371 odst. 1 a 2 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *1. Ist ein Mitglied des Schiedsgerichts zu ersetzen, so gilt das gleiche Verfahren wie für seine Ernennung, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder vereinbaren. 2. Kann es nicht auf diese Weise ersetzt werden, so wird das neue Mitglied durch das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht ernannt, es sei denn, die Schiedsvereinbarung schliesse diese Möglichkeit aus oder falle nach Ausscheiden eines Mitglieds des Schiedsgerichts dahin.*

o tom, do jaké míry jsou nadále platné procesní úkony, jichž se účastnil původní / nyní nahrazený člen rozhodčího senátu.¹⁵⁶

V případě konkurence současně zahájeného řízení před obecným a rozhodčím soudem zavádí zákon rovné postavení rozhodčího senátu a [obecných] soudů když stanoví, že za těchto okolností orgán (bez ohledu na to jaký orgán), u něhož bylo řízení zahájeno později, přeruší řízení do doby, kdy orgán, u něhož bylo řízení zahájeno jako první, rozhodne o své pravomoci / příslušnosti.¹⁵⁷ Je tak potvrzeno postavení rozhodců jakožto subjektů, jimž byla státem propůjčena pravomoc k autoritativnímu rozhodování sporů a které jsou oprávněny rozhodovat o své pravomoci (čímž není nikterak dotčena pravomoc rozhodců k rozhodování ohledně námitek vůči rozhodčímu nálezu (konečnému či částečnému), kterým rozhodci rozhodli o své pravomoci.

V případě, že mezi stranami neexistuje dohoda o způsobu vedení řízení – postupu v řízení - (výslovná či učiněná odkazem na procesní pravidla), jsou v těchto otázkách oprávněni rozhodovat přímo rozhodci a v případě existence potřebného zmocnění předseda rozhodčího soudu. To ovšem neznamená, že by rozhodci nebyli vázáni dodržovat základní zásady a pravidla spravedlivého kontradiktorního řízení a mohli vést řízení bez ohledu na ně (byť již jednotlivé konkrétní zásady a požadavky, jimž musí rozhodčí řízení vyhovět, nejsou na rozdíl od původní úpravy v ZPO [SUI] výslovně uvedeny). Obdobně jako v případě civilního soudního řízení jsou strany povinny neprodleně uplatnit veškeré případné námitky, které vůči procesnímu postupu rozhodců mají, když jinak tyto nebudou zohledněny.¹⁵⁸ Jak rozhodci (jestliže strany vzájemnou dohodou takovou možnost nevyloučí), tak [obecné] soudy mohou v průběhu řízení přistoupit k nařízení nezbytných předběžných a zajišťovacích opatření. Zachován zde zůstal

¹⁵⁶ Viz čl. 371 odst. 3 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Können sich die Parteien nicht darüber einigen, welche Prozesshandlungen, an denen das ersetzte Mitglied mitgewirkt hat, zu wiederholen sind, so entscheidet das neu konstituierte Schiedsgericht.*

¹⁵⁷ Viz čl. 372 odst. 2 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Werden bei einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht, setzt das zuletzt angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat.*

¹⁵⁸ Viz čl. 373 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Die Parteien können das Schiedsverfahren: a. selber regeln; b. durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln; c. einem Verfahrensrecht ihrer Wahl unterstellen.* 2. *Haben die Parteien das Verfahren nicht geregelt, so wird dieses vom Schiedsgericht festgelegt.* 3. *Die Präsidentin oder der Präsident des Schiedsgerichts kann über einzelne Verfahrensfragen allein entscheiden, wenn eine entsprechende Ermächtigung der Parteien oder der andern Mitglieder des Schiedsgerichts vorliegt.* 4. *Das Schiedsgericht muss die Gleichbehandlung der Parteien und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleisten und ein kontradiktorisches Verfahren durchführen.* 5. *Jede Partei kann sich vertreten lassen.* 6. *Verstöße gegen die Verfahrensregeln sind sofort zu rügen, andernfalls können sie später nicht mehr geltend gemacht werden.*

dosud platný princip, podle kterého takováto opatření rozhodčího senátu nemají povahu přímo vykonatelného rozhodnutí. Jsou tedy odvislé od toho, zda se jim strany dobrovolně podrobí. Jestliže se tak nestane, nastupuje zde opět funkce [obecného] soudu s tím, že příslušný návrh jsou oprávněny podat jak strany, tak samotný rozhodčí senát. V této souvislosti a z hlediska pochopení povahy tohoto opatření může být zajímavé zjištění, že každý takový návrh strany musí být následně odsouhlasen rozhodci. Nelze tedy vycházet z toho, že nařízení předběžného či zajišťujícího opatření má povahu nevynutitelného soukromoprávního opatření, když v konečném důsledku je to vždy rozhodce / rozhodčí senát, který má největší dispoziční pravomoc ve vztahu k těmto nařízením. Jsou-li tedy rozhodci přesvědčeni o jejich správnosti, jsou schopni je prostřednictvím obecného soudu autoritativně nařídit. V případě hrozící škody může být požadováno složení záruky. Strana, která navrhla (neoprávněně) nařízení předběžného či zajišťujícího opatření, ručí za případnou škodu, která by mohla v souvislosti s jeho nařízením protistraně vzniknout, ledaže prokáže, že návrh byl podán v dobré víře (v takovém případě je soud oprávněn povinnost k náhradě škody buď zcela zamítnout nebo přiměřeně snížit). Nárok na náhradu škody je možné vznést v probíhajícím rozhodčím řízení. Požadovaná záruka (kauce) se straně vrátí v okamžiku, kdy je zřejmé, že nebudou vzneseny žádné nároky, v případě pochybností určí rozhodčí senát lhůtu k uplatnění nároku (podání žaloby).¹⁵⁹ Dokazování se obecně provádí před rozhodci, jestliže je ale k provedení určitého úkonu nezbytná součinnost obecného soudu, požádá rozhodčí senát příslušný obecný soud o jejich provedení s tím, že se členové senátu takových úkonů účastní a mohou klást dotazy.¹⁶⁰ Oproti stávající úpravě se v novém ZPO [SUI] objevuje novinka. Tou dochází k posílení jurisdikčního charakteru rozhodčího řízení, když je pravomoci rozhodčího senátu svěřeno i rozhodování ohledně nároků, jejichž započtení se vzneseným žalobním nárokem je uváděno jakožto obrana, a to bez ohledu na to, jestli ohledně tvrzeného započteného nároku existuje

¹⁵⁹ Viz čl. 374 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das staatliche Gericht oder, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, das Schiedsgericht kann auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen einschliesslich solcher für die Sicherung von Beweismitteln anordnen.* 2. *Unterzieht sich die betroffene Person einer vom Schiedsgericht angeordneten Massnahme nicht freiwillig, so trifft das staatliche Gericht auf Antrag des Schiedsgerichts oder einer Partei die erforderlichen Anordnungen; stellt eine Partei den Antrag, so muss die Zustimmung des Schiedsgerichts eingeholt werden.* 3. *Ist ein Schaden für die andere Partei zu befürchten, so kann das Schiedsgericht oder das staatliche Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen.* 4. *Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden. Die geschädigte Partei kann den Anspruch im hängigen Schiedsverfahren geltend machen.* 5. *Eine geleistete Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Schiedsgericht eine Frist zur Klage.*

¹⁶⁰ Viz čl. 375 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht nimmt die Beweise selber ab.* 2. *Ist für die Beweisabnahme oder für die Vornahme sonstiger Handlungen des Schiedsgerichts staatliche Rechtshilfe erforderlich, so kann das Schiedsgericht das nach Artikel 356 Absatz 2 zuständige staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen. Mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann dies auch eine Partei tun.* 3. *Die Mitglieder des Schiedsgerichts können an den Verfahrenshandlungen des staatlichen Gerichts teilnehmen und Fragen stellen.*

platná rozhodčí doložka, či nikoliv. Stát zde opět deleguje část své soudní pravomoci na rozhodce, když jim svěřuje autoritativní rozhodnutí ve věci, o které by byly jinak oprávněny jednat a rozhodovat obecné soudy, a to i přes to, že zde neexistuje žádná dohoda stran, která by vyloučení příslušnosti obecných soudů vyloučila. Tato úprava je ostatně logická i z praktického hlediska. Opačný přístup by totiž ve svém důsledku mohl vést k omezení práva strany na řádnou obranu, dokonce nelze vyloučit, že by svým způsobem mohlo dojít také k omezení smluvní volnosti. Strany by totiž byly prakticky nuceny do rozhodnutí, zda pravomoci rozhodců budou podléhat všechny jejich vzájemné vztahy (nebo žádný), resp. by byla značně zúžena možnost vzájemného započtení (k tomu by strany přistupovaly s daleko větší opatrností, pokud by věděly, že následné uplatnění tohoto úkonu před příslušným orgánem nebude možné. Vzájemnou žalobu je ve smyslu smluví volnosti stran a jejich nezbytné shodě na tom, aby byl určitý jejich vztah podřazen rozhodčímu řízení, možno podat jen za předpokladu, že se jedná o nárok podléhající mezi stranami uzavřené rozhodčí smlouvě.¹⁶¹ Rozhodci jsou oprávněni požadovat v souvislosti s projednáním případu přiměřenou zálohu na náklady řízení, na jejíž úhradě mohou projednání případu učinit závislým. V případě, že jedna ze stran svou část zálohy neuhradí, může tuto část uhradit buď druhá strana. V případě, že tak neučiní, je její chování vykládáno tak, že na dalším konání rozhodčího řízení nadále nemá zájem. V takovém případě může daná strana zahájit opětovně rozhodčí řízení nebo vznést žalobu u obecného soudu.¹⁶² Stát zde tak v zájmu zajištění řádného projednání a rozhodnutí sporu jednoznačně zasahuje do smluvní volnosti stran, když pokud bychom striktně vycházeli ze smluvní doktríny a charakteristiky rozhodčího řízení jakožto soukromoprávního vztahu mezi rozhodcem a stranami, byl by nárok na úhradu nákladů řízení čistě soukromoprávním nárokem, kde by veškeré důsledky plynoucí z porušení povinnosti měly podléhat přímo soukromoprávní úpravě, aniž by takové porušení povinností mělo vliv na samotný základ rozhodčí smlouvy / dohody stran podřídít své spory z určitého právního závazkového vztahu pravomoci rozhodců. Uvedený princip platí analogicky i pro zajištění případného odškodnění žalované strany. Rozhodci jsou totiž oprávněni po žalobci, u něhož vzniknou pochybnosti ohledně platební morálky, požadovat na základě návrhu žalované strany zajištění jejího případného

¹⁶¹ Viz čl. 377 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Erhebt eine Partei die Verrechnungseinrede, so kann das Schiedsgericht die Einrede beurteilen, unabhängig davon, ob die zur Verrechnung gestellte Forderung unter die Schiedsvereinbarung fällt oder ob für sie eine andere Schiedsvereinbarung oder eine Gerichtsstandsvereinbarung besteht.* 2. *Eine Widerklage ist zulässig, wenn sie eine Streitsache betrifft, die unter eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung der Parteien fällt.*

¹⁶² Viz čl. 378 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht kann einen VoRS HKAKchuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen und die Durchführung des Verfahrens von dessen Leistung abhängig machen. Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, bestimmt es die Höhe des Vorschusses jeder Partei.* 2. *Leistet eine Partei den von ihr verlangten Vorschuss nicht, so kann die andere Partei die gesamten Kosten vorschiesen oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie auf das Schiedsverfahren, so kann sie für diese Streitsache ein neues Schiedsverfahren einleiten oder Klage vor dem staatlichen Gericht erheben.*

nároku na odškodnění.¹⁶³ Na rozdíl od [obecného] soudního řízení nová švýcarská úprava výslovně zamezuje možnost osvobození od povinnosti hradit náklady řízení¹⁶⁴.

Rovněž podle nové zákonné úpravy jsou rozhodci i nadále vázáni rozhodovat v souladu s platným právem, když nemohou v řízení postupovat libovolně, jsou všaj povinni předmět sporu posoudit na základě právních pravidel / předpisů zvolených stranami. V souladu se zásadami spravedlnosti může rozhodčí senát postupovat pouze tehdy, jestliže k tomu byl stranami výslovně zmocněn. Není-li jakékoliv dohody stran ohledně rozhodného práva a současně rozhodci nebyli zmocněni rozhodnout spor podle zásad spravedlnosti, postupují rozhodci tak, že použijí právo, na jehož základě by spor rozhodl obecný soud.¹⁶⁵ I nadále zůstává v nové úpravě poměrně detailní vymezení požadavků týkajících se formy a obsahu rozhodčího nálezu, které jsou stanoveny analogicky a odpovídají požadavkům kladeným v právních státech na soudní rozhodnutí. Zejména je stanovena povinnost, resp. požadavek na zachycení skutkového stavu a právní posouzení případu, jestliže strany na tyto náležitosti nálezu výslovně nerezignují.¹⁶⁶ Přípustný je také rozhodčí nález zachycující dohodu stran o smírném řešení sporu.¹⁶⁷ Nově je výslovně stanoveno, že rozhodčí nález má účinky pravomocného vykonatelného soudního rozhodnutí.¹⁶⁸ Rozhodčí nález se každé ze stran doručuje. Každá ze stran je přitom oprávněna uložit na vlastní náklady jedno vyhotovení rozhodčího nálezu u příslušného [obecného] soudu (k čemuž by nebyl důvod, pokud by byl tento považován za pouhou soukromoprávní listinu). Obecný soud dále na návrh příslušné strany potvrzuje vykonatelnost rozhodčího nálezu.¹⁶⁹

¹⁶³ Viz čl. 379 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Erscheint die klagende Partei zahlungsunfähig, so kann das Schiedsgericht auf Antrag der beklagten Partei verfügen, dass deren mutmassliche Parteienschädigung innert bestimmter Frist sicherzustellen ist. Für die beklagte Partei gilt Artikel 378 Absatz 2 sinngemäss.*

¹⁶⁴ Viz čl. 380 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Die unentgeltliche Rechtspflege ist ausgeschlossen.*

¹⁶⁵ Viz čl. 381 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *1. Das Schiedsgericht entscheidet: a. nach den Rechtsregeln, welche die Parteien gewählt haben; oder b. nach Billigkeit, wenn es von den Parteien dazu ermächtigt worden ist. 2. Fehlt eine solche Wahl oder eine solche Ermächtigung, so entscheidet es nach dem Recht, das ein staatliches Gericht anwenden würde.*

¹⁶⁶ Viz čl. 384 odst. 1 písm. e) ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Der Schiedsspruch enthält: sofern die Parteien nicht darauf verzichtet haben: die Darstellung des Sachverhaltes, die rechtlichen Entscheidungsgründe und gegebenenfalls die Billigkeitserwägungen.*

¹⁶⁷ Viz čl. 385 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Erledigen die Parteien während des Schiedsverfahrens die Streitsache, so hält das Schiedsgericht auf Antrag die Einigung in Form eines Schiedsspruches fest.*

¹⁶⁸ Viz čl. 387 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Mit der Eröffnung hat der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids.*

¹⁶⁹ Viz čl. 386 nového švýcarského ZPO (cit.): *1. Jeder Partei ist ein Exemplar des Schiedsspruches zuzustellen. 2. Jede Partei kann auf ihre Kosten beim nach Artikel 356 Absatz 1 zuständigen staatlichen Gericht ein Exemplar des Schiedsspruches hinterlegen. 3. Auf Antrag einer Partei stellt dieses Gericht eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung aus.*

Proti rozhodčímu nálezu je možné ze stanovených důvodů podat námitky (stížnost=opravný prostředek). Stát si tak (prostřednictvím [obecných] soudů) udržuje kontrolu nad tím, že byly splněny základní požadavky pro konání rozhodčího řízení a současně základní předepsané zásady rozhodčího řízení. Strany jsou oprávněny svou dohodou ovlivnit, zda bude o případném zrušení rozhodčího nálezu rozhodovat spolkový¹⁷⁰ nebo kantonální¹⁷¹ soud. V obou případech platí pro dané řízení příslušná úprava civilního soudního řízení. Návrh je možné podat teprve v okamžiku, kdy byly vyčerpány všechny případné opravné prostředky, které mohly strany v rozhodčí smlouvě případně sjednat.¹⁷² Napaden může být jak konečný, tak částečný náleze, ovšem u částečných rozhodčích nálezů lze pouze namítat, že nedošlo k řádnému jmenování rozhodčího senátu nebo že se tento neoprávněně prohlásil ve věci za příslušný či nepřislušný.¹⁷³ Důvody pro napadení rozhodčího nálezu jsou následující: (i) rozhodčí senát nebyl řádně konstituován, (ii) rozhodčí senát chybně rozhodl o své příslušnosti, (iii) bylo rozhodováno ve věci, která není předmětem rozhodčí smlouvy nebo naopak nebylo rozhodnuto o všech vznesených nárocích, (iv) v průběhu řízení došlo k porušení práva na spravedlivý proces, konkrétně práva na stejné zacházení se stranami a nárok stran na to, být v řízení slyšen, (v) rozhodčí nález je svévolný, tj. jeho závěry očividně neodpovídají obsahu spisové dokumentace nebo rozhodčí nález obsahuje očividné porušení práva nebo spravedlnosti, (vi) stanovená odměna rozhodců, resp. určené náklady rozhodčího řízení jsou očividně nepřiměřené.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Viz čl. 389 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Der Schiedsspruch unterliegt der Beschwerde an das Bundesgericht.* 2. *Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, soweit dieses Kapitel nichts anderes bestimmt.*

¹⁷¹ Viz čl. 390 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) 1. *Die Parteien können durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft vereinbaren, dass der Schiedsspruch mit Beschwerde beim nach Artikel 356 Absatz 1 zuständigen kantonalen Gericht angefochten werden kann.* 2. *Für das Verfahren gelten die Artikel 319 327, soweit dieses Kapitel nichts anderes bestimmt. Das kantonale Gericht entscheidet endgültig.*

¹⁷² Viz čl. 391 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Die Beschwerde ist erst nach Ausschöpfung der in der Schiedsvereinbarung vorgesehenen schiedsgerichtlichen Rechtsmittel zulässig.*

¹⁷³ Viz čl. 392 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Anfechtbar ist: a. jeder Teil- oder Endschiedsspruch; b. ein Zwischenschiedsspruch aus den in Artikel 393 Buchstaben a und b genannten Gründen.*

¹⁷⁴ Viz čl. 393 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.:) *Ein Schiedsspruch kann nur angefochten werden, wenn: a. die Einzelschiedsrichterin oder der Einzelschiedsrichter vorRS HKAKchriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorRS HKAKchriftswidrig zusammengesetzt worden ist; b. sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder für unzuständig erklärt hat; c. das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden, oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat; d. der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs HKAK verletzt wurde; e. er im Ergebnis willkürlich ist, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht; f. die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind.*

Soud je oprávněn po vyslechnutí stran vrátit rozhodčí nález zpět a stanovit v této souvislosti rozhodcům lhůtu k jeho opravě či doplnění.¹⁷⁵ Jestliže rozhodčí nález nebude vrácen rozhodcům, případně tito ve stanovené lhůtě rozhodčí nález dle pokynů soudu neopraví či nedoplní, rozhodne soud ze své pravomoci o neplatnosti rozhodčího nálezu a zruší jej (v případě, že se důvod zrušení rozhodčího nálezu týká jen některé jeho části, bude zrušena pouze tato část za předpokladu, že ji lze od zbytku rozhodčího nálezu oddělit). V případě, že je rozhodčí nález napaden výhradně z důvodu nepřiměřeně vysoké odměny rozhodců a / nebo nákladů řízení, které byly stanoveny, zruší obecný soud pouze tuto část výroku a rozhodne o výši odměny, resp. nákladů řízení, které jsou strany povinny hradit, sám. V případě zrušení rozhodčího nálezu vydají jmenovaní rozhodci nové rozhodnutí, nově je ale zakotveno pravidlo, že rozhodci jsou při novém rozhodnutí vázáni názorem vysloveným soudem v rámci jeho rozhodnutím, kterým byl případ předán zpět rozhodcům k novému rozhodnutí¹⁷⁶.

Zájem státu na řádném průběhu rozhodčího řízení a zpětná kontrola podmínek pro jeho konání se neomezuje jen na výše uvedené důvody pro zrušení rozhodčího nálezu, ale zákon stanovuje také důvody, na jejichž základě je možné podat u příslušného soudního orgánu proti dovolání, a to konkrétně v případech, kdy byl rozhodčí nález vydán bez toho, aniž by rozhodci byli obeznámeni se zásadními skutečnostmi nebo důkazy, přičemž straně, která opravný prostředek vnesla, nebylo v rámci rozhodčího řízení umožněno tyto skutečnosti či důkazy v samotném řízení uplatnit, přičemž se ale nelze opírat o skutečnosti nebo důkazní prostředky nastalé teprve po vydání rozhodčího nálezu. Druhý případ, kdy je možné podat proti rozhodčímu nálezu opravný prostředek, se vztahuje na situace, kdy byl rozhodčí nález získán pomocí jednání naplňujícího dle švýcarského práva znaky trestného činu či přestupku (resp. takovéto jednání mělo na průběh rozhodčího řízení a vydání rozhodčího nálezu vliv v neprospěch jedné ze stran). Není nutné, aby existence trestného činu či přestupku byla potvrzena příslušným rozsudkem vydaným v trestněprávním řízení, v případě, že není možné trestní řízení provést, je možné doložit existenci tvrzených činů jinými důkazními prostředky. Posledním zákonem stanoveným důvodem pro podání opravného prostředku je tvrzení, že uznání žaloby učiněné v

¹⁷⁵ Viz čl. 394 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Die Rechtsmittelinstanz kann den Schiedsspruch nach Anhörung der Parteien an das Schiedsgericht zurückweisen und ihm eine Frist zur Berichtigung oder Ergänzung setzen.*

¹⁷⁶ Viz čl. 395 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Wird der Schiedsspruch nicht an das Schiedsgericht zurückgewiesen oder von diesem nicht fristgerecht berichtigt oder ergänzt, so entscheidet die Rechtsmittelinstanz über die Beschwerde und hebt bei deren Gutheissung den Schiedsspruch auf.* 2. *Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so entscheidet das Schiedsgericht nach Massgabe der Erwägungen im Rückweisungsentscheid neu.* 3. *Die Aufhebung kann auf einzelne Teile des Schiedsspruches beschränkt werden, sofern die andern nicht davon abhängen.* 4. *Wird der Schiedsspruch wegen offensichtlich zu hoher Entschädigungen und Auslagen angefochten, so kann die Rechtsmittelinstanz über diese selber entscheiden.*

řízení, zpětvzetí žaloby nebo mezi stranami uzavřený smír jsou neplatné. Dále ZPO [SUI] připouští napadení rozhodčího nálezu z důvodu tvrzeného porušení Evropské úmluvy o lidských právech [EULP], jestliže jsou současně splněny následující podmínky: (i) Evropský soudní dvůr pro lidská práva v konečném rozhodnutí konstatoval porušení Evropské úmluvy o lidských právech nebo jejích protokolů, (ii) odškodnění se v daném případě nejví jako vhodný prostředek pro odstranění následků daného porušení Evropské úmluvy a (iii) opravný prostředek vůči rozhodčímu nálezu je nezbytný za účelem odstranění následků porušení EÚLP.¹⁷⁷ Na řízení se použijí příslušná pravidla stanovená v novém ZPO [SUI].¹⁷⁸ Pokud jsou vznesené důvody pro podání opravného prostředku uznány obecným soudem za dostačující, vrátí soud věc rozhodcům k novému projednání s tím, že v případě dojde k nahrazení rozhodců, jestliže rozhodčí senát není dále kompletní. Při nutnosti konstituování nového senátu platí analogicky zákonná úprava procesu jmenování, resp. nahrazení rozhodců.¹⁷⁹

I.2.6.3. Mezinárodní řízení – spolkový zákon o mezinárodním právu soukromém (IPRG [SUI])

Úprava obsažená v IPRG [SUI] se použije pro rozhodčí řízení, resp. pro rozhodčí soudy se sídlem (místem řízení) ve Švýcarsku, pokud při uzavření rozhodčí smlouvy alespoň jedna ze stran neměla své sídlo nebo svůj obvyklý pobyt v [SUI]. Strany ovšem mohou vzájemnou dohodou použití této úpravy vyloučit a podřídít svůj vztah výše uvedené úpravě platné pro rozhodčí řízení tuzemské.¹⁸⁰ Pokud jde o konkurenci rozhodčího a civilního

¹⁷⁷ Viz čl. 396 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Eine Partei kann beim nach Artikel 356 Absatz 1 zuständigen staatlichen Gericht die Revision eines Schiedsspruchs verlangen, wenn: a. sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Schiedsspruch entstanden sind; b. wenn ein Strafverfahren ergeben hat, dass durch ein Verbrechen oder ein Vergehen zum Nachteil der betreffenden Partei auf den Schiedsspruch eingewirkt wurde; eine Verurteilung durch das Strafgericht ist nicht erforderlich; ist das Strafverfahren nicht durchführbar, so kann der Beweis auf andere Weise erbracht werden; c. geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich unwirksam ist.* 2. *Die Revision wegen Verletzung der EMRK kann verlangt werden, wenn: a. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind; b. eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen; und c. die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen.*

¹⁷⁸ Viz čl. 398 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Für das Verfahren gelten die Artikel 330 und 331.*

¹⁷⁹ Viz čl. 399 ZPO [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Heisst das Gericht das Revisionsgesuch gut, so hebt es den Schiedsspruch auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an das Schiedsgericht zurück. 2. Ist das Schiedsgericht nicht mehr vollständig, so ist Artikel 371 anwendbar.*

¹⁸⁰ Viz čl. 176 odst. 1 a 2 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht*

soudního řízení, IPRG [SUI] ve svém čl. 7 stanoví povinnost švýcarských soudů odmítnout svou příslušnost v případech, kdy strany ohledně předmětu sporu uzavřely platnou rozhodčí smlouvu, ledaže se žalovaná strana bez výhrad pustí do řízení, obecný soud zjistí, že tvrzená rozhodčí smlouva je bezpředmětná, neúčinná nebo nesplnitelná, nebo rozhodčí soud nemůže být ustanoven z důvodů, za které zjevně nese odpovědnost žalovaný v rozhodčím řízení¹⁸¹. Obecně je možné konstatovat, že nároky na rozhodčí smlouvu jsou zde stanoveny méně přísně, než jak je tomu u tuzemských švýcarských řízení. Koncepce v obou úpravách (pro tuzemské i pro mezinárodní rozhodčí řízení) je však do značné míry obdobná.

Ohledně konstituování rozhodčího senátu platí, že rozhodci jsou prioritně jmenováni dohodou stran. Není-li takové dohody, je možné obrátit se na příslušný [obecný] soud. Ten analogicky použije kantonální předpisy o jmenování, odvolání nebo nahrazení rozhodců. Je-li obecný soud pověřen jmenováním rozhodce, musí tomuto požadavku vyhovět, ledaže z celkového prověření vyplne, že strany rozhodčí smlouvu neuzavřely.¹⁸² I v tomto případě počítá zákonodárce výslovně s tím, že strany stanoví na osobu rozhodce konkrétní specifické požadavky (a jak již bylo řečeno, jedná se o jeden ze základních atributů rozhodčího řízení a jeden z důvodů, na základě kterého se strany pro rozhodčí řízení rozhodují), když toto je uváděno jako jeden z důvodů, na jehož základě může strana rozhodce odmítnout. Pokud strany neupravily speciální postup pro řízení o odmítnutí rozhodce, rozhoduje ve sporných případech s konečnou platností obecný soud.¹⁸³

Průběh řízení obecně podléhá dohodě stran, která se zohlední přednostně. Jestliže strany pravidla řízení samy nestanoví, tak pravidla řízení, v případě

in der Schweiz hatte. 2. Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten nicht, wenn die Parteien schriftlich die Anwendung dieses Kapitels ausgeschlossen und die ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart haben.

¹⁸¹ Viz čl. 7 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Haben die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen, so lehnt das angerufene schweizerische Gericht seine Zuständigkeit ab, es sei denn: a. der Beklagte habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen; b. das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar, oder c. das Schiedsgericht könne nicht bestellt werden aus Gründen, für die der im Schiedsverfahren Beklagte offensichtlich einzustehen hat.*

¹⁸² Viz čl. 179 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *1. Die Schiedsrichter werden gemäss der Vereinbarung der Parteien ernannt, abberufen oder ersetzt. 2. Fehlt eine solche Vereinbarung, so kann der Richter am Sitz des Schiedsgerichts angerufen werden; er wendet sinngemäss die Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern an. 3. Ist ein staatlicher Richter mit der Ernennung eines Schiedsrichters betraut, so muss er diesem Begehren stattgeben, es sei denn, eine summarische Prüfung ergebe, dass zwischen den Parteien keine Schiedsvereinbarung besteht.*

¹⁸³ Viz čl. 180 odst. 1 písm. a) a odst. 3 IPR [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *1a Ein Schiedsrichter kann abgelehnt werden wenn er nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht. [...] 3. Soweit die Parteien das Ablehnungsverfahren nicht geregelt haben, entscheidet im Bestreitungsfall der Richter am Sitz des Schiedsgerichts endgültig.*

nutnosti, stanoví rozhodčí soud, ať už přímo nebo s přihlédnutím k zákonu nebo rozhodčímu jednacímu řádu konkrétního rozhodčího soudu. Ani v takovém případě není volnost rozhodců při určování postupu v řízení bezmezná a nezávisle na zvolených pravidlech řízení rozhodci / rozhodčí soud ve všech případech zajistí rovné zacházení se stranami, jakož i jejich nárok na právní slyšení v kontradiktorním řízení.¹⁸⁴ Stát tak dbá na to, aby byly v každém případě v řízení dodrženy určité minimální standardy občanského soudního řízení. Jestliže tuto možnost strany výslovně nevyloučí, může rozhodčí soud na návrh jedné strany nařídit předběžné nebo zajišťovací opatření. Stejně jako v případě tuzemského švýcarského rozhodčího řízení nemá takové opatření rozhodčího senátu povahu přímo vykonatelného rozhodnutí a pokud se strana, vůči níž je nařízené opatření namířeno, nepodrobí dotčenému nařízenému opatření dobrovolně, může rozhodčí soud požádat o součinnost obecný soud, který postupuje v souladu s příslušnou platnou úpravou týkající se předběžných a zajišťovacích opatření. Rozhodčí soud nebo státní soudce mohou nařízení předběžných nebo zajišťovacích opatření podmínit poskytnutím přiměřených jistot.¹⁸⁵ Primárně platí, že dokazování probíhá před zvoleným rozhodčím soudem, ovšem v případě, je-li pro provedení důkazního řízení potřebná právní pomoc státu, může rozhodčí soud nebo jedna ze stran se souhlasem rozhodčího soudu požádat obecný soud o součinnost a provedení příslušného důkazu. Tento pak postupuje dle pro něj platných zákonných pravidel provádění důkazů v civilním soudním řízení.¹⁸⁶ Obdobná úprava platí i pro jakékoliv další procesní úkony, které by bylo nutné v průběhu rozhodčího řízení provést a k nimž je potřeba součinnost státních soudů¹⁸⁷.

Stejně jako v ostatních případech je rozhodčí senát oprávněn rozhodovat sám o své příslušnosti k projednání a rozhodnutí sporu. Rozhodčí senát

¹⁸⁴ Viz čl. 182 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Die Parteien können das schiedsrichterliche Verfahren selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln; sie können es auch einem Verfahrensrecht ihrer Wahl unterstellen.* 2. *Haben die Parteien das Verfahren nicht selber geregelt, so wird dieses, soweit nötig, vom Schiedsgericht festgelegt, sei es direkt, sei es durch Bezugnahme auf ein Gesetz oder eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung.* 3. *Unabhängig vom gewählten Verfahren muss das Schiedsgericht in allen Fällen die Gleichbehandlung der Parteien sowie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren gewährleisten.*

¹⁸⁵ Viz čl. 183 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche oder sichernde Massnahmen anordnen.* 2. *Unterzieht sich der Betroffene nicht freiwillig der angeordneten Massnahme, so kann das Schiedsgericht den staatlichen Richter um Mitwirkung ersuchen; dieser wendet sein eigenes Recht an.* 3. *Das Schiedsgericht oder der staatliche Richter können die Anordnung vorsorglicher oder sichernder Massnahmen von der Leistung angemessener Sicherheiten abhängig machen.*

¹⁸⁶ Viz čl. 184 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht nimmt die Beweise selber ab.* 2. *Ist für die Durchführung des Beweisverfahrens staatliche Rechtshilfe erforderlich, so kann das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichtes den staatlichen Richter am Sitz des Schiedsgerichtes um Mitwirkung ersuchen; dieser wendet sein eigenes Recht an.*

¹⁸⁷ Viz čl. 185 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Ist eine weitere Mitwirkung des staatlichen Richters erforderlich, so ist der Richter am Sitz des Schiedsgerichts zuständig.*

rozhoduje o své příslušnosti bez ohledu na to, že již před státním soudem nebo jiným rozhodčím soudem probíhá žaloba s tímž předmětem mezi stejnými stranami, ledaže by závažné důvody vyžadovaly přerušeni řízení,¹⁸⁸ což ovšem v žádném případě neznamená, že by takovéto rozhodnutí bylo závazné pro obecné soudy (i zde si tedy stát ponechává finální pravomoc nad otázkou, zda byly splněny veškeré podmínky pro konání rozhodčího řízení a potvrzuje tak, že rozhodčí řízení není ničím jiným než přenesenou pravomocí k autoritativnímu rozhodování sporů), když ve smyslu ustanovení čl. 190 odst. 2 písm. b) IPRG [SUI] je případ, kdy rozhodce chybně rozhodl o své příslušnosti jedním z důvodů, na jehož základě může dojít na základě návrhu strany ke zrušení rozhodčího nálezu. I přesto, že se zde jedná o úpravu mezinárodního rozhodčího řízení, kde se tradičně uplatní smluvní volnost stran ještě více, než je tomu v případě rozhodčího řízení tuzemského (příp. bez mezinárodního prvku), jsou i zde rozhodci vázáni povinností postupovat nikoliv svévolně, ale v souladu s právem / právo nalézat, pouze je zde poskytnut větší prostor pro rozhodnutí, které právo je pro daný právní vztah rozhodné. Rozhodci jsou tak primárně vázáni dohodou stran. V případě, že takovéto dohody není, rozhoduje rozhodčí senát podle práva, se kterým má předmět sporu nejužší vazba. Zásady spravedlnosti je možné použít výhradně v případě, že k tomu byly rozhodci stranami výslovně zmocněny.¹⁸⁹

Švýcarský IPRG [SUI] již nestanoví tak striktní a konkrétní požadavky na formu a obsah rozhodčího nálezu, jak je tomu v případě rozhodčích nálezů tuzemských (a naopak umožňuje stranám prostřednictvím své dohody stanovit v tomto smyslu požadavky), z čehož ale nelze v žádném případě vyvozovat, že by se stát vzdal veškeré kontroly nad tímto dokumentem a např. kromě základních pravidel výslovně stanoví, že tento musí obsahovat odůvodnění.¹⁹⁰ Vyhlášením se nález stává konečným / pravomocným a může být zrušen (na návrh strany, která rozhodčí nález z uvedených důvodů napadne) výhradně na základě následujících skutečností: (i) pokud jediný rozhodce byl jmenován způsobem v rozporu s předpisy nebo jestliže byl rozhodčí soud ustanoven způsobem v rozporu s předpisy, (ii) pokud se

¹⁸⁸ Viz čl. 186 odst. 1 a odst. 1bis IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht entscheidet selbst über seine Zuständigkeit. Ibis. Es entscheidet über seine Zuständigkeit ungeachtet einer bereits vor einem staatlichen Gericht oder einem anderen Schiedsgericht hängigen Klage über denselben Gegenstand zwischen denselben Parteien, es sei denn, dass beachtenswerte Gründe ein Aussetzen des Verfahrens erfordern.*

¹⁸⁹ Viz čl. 187 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. 2. Die Parteien können das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.*

¹⁹⁰ Viz čl. 189 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Der Entscheid ergeht nach dem Verfahren und in der Form, welche die Parteien vereinbart haben. 2. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird er mit Stimmenmehrheit gefällt oder, falls sich keine Stimmenmehrheit ergibt, durch den Präsidenten des Schiedsgerichts. Der Entscheid ist schriftlich abzufassen, zu begründen, zu datieren und zu unterzeichnen. Es genügt die Unterschrift des Präsidenten.*

rozhodčí soud neprávem prohlásil za příslušný nebo nepřislušný, (iii) pokud rozhodčí soud rozhodl o sporných otázkách, které mu nebyly předloženy nebo jestliže ponechal žalobní petit bez posouzení, (iv) pokud byla porušena zásada rovného zacházení se stranami nebo zásada slyšení, (v) pokud rozhodčí nález není slučitelný s *ordre public*. U částečných / mezeitímních rozhodčích nálezů lze namítat pouze to, že nedošlo k řádnému jmenování (konstituování) rozhodčího senátu nebo že se tento neoprávněně prohlásil ve věci za příslušný či nepřislušný (námitka pravomoci [příslušnosti]).¹⁹¹ Řízení o zrušení rozhodčího nálezu probíhá podle pravidel platných pro obecné civilní soudní řízení, a to před Spolkovým [nejvyšším] soudem,¹⁹² jehož příslušnost je založena přímo v IPRG [SUI].¹⁹³ Nemá-li žádná ze stran bydliště, obvyklý pobyt nebo provozovnu v [SUI], mohou strany výslovným prohlášením v rozhodčí doložce nebo v některém pozdějším písemném ujednání možnost popřít rozhodčí nález zcela vyloučit; mohou vyloučit i jen jednotlivé důvody popření podle výše citovaného článku 190 odstavec 2 IPRG [SUI]. V takovém případě a za předpokladu, že má být rozhodčí nález vykonán v [SUI], postupuje se ve smyslu NYConv.¹⁹⁴

Každá strana může na vlastní náklady uložit u příslušného švýcarského [obecného] soudu jedno vyhotovení (stejnopis) rozhodčího nálezu s tím, že na žádost strany vystaví tento obecný soud potvrzení o vykonatelnosti nálezu. Stejně tak na žádost strany potvrdí rozhodčí soud, že rozhodčí výrok byl vyneset v souladu s tímto zákonem; takové potvrzení je rovnocenné soudnímu uložení rozhodčího nálezu¹⁹⁵. V případě cizích rozhodčích nálezů

¹⁹¹ Viz čl. 190 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.) 1. *Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig.* 2. *Der Entscheid kann nur angefochten werden:* a. *wenn der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde;* b. *wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;* c. *wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat;* d. *wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde;* e. *wenn der Entscheid mit dem Ordre public unvereinbar ist.* 3. *Vorentscheide können nur aus den in Absatz 2, Buchstaben a und b genannten Gründen angefochten werden; die Beschwerdefrist beginnt mit der Zustellung des Vorentscheides.*

¹⁹² Jde o řízení jednoinstanční.

¹⁹³ Viz čl. 191 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): *Einzige Beschwerdeinstanz ist das schweizerische Bundesgericht. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 77 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005*

¹⁹⁴ Viz čl. 192 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen.* 2. *Haben die Parteien eine Anfechtung der Entscheide vollständig ausgeschlossen und sollen die Entscheide in der Schweiz vollstreckt werden, so gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sinngemäss.*

¹⁹⁵ Viz čl. 193 IPRG [SUI] (v orig. německém znění, cit.): 1. *Jede Partei kann auf ihre Kosten beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts eine Ausfertigung des Entscheides hinterlegen.* 2. *Auf Antrag einer Partei stellt das Gericht eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung aus.* 3. *Auf Antrag*

se postupuje v souladu s již zmiňovanou NYConv. Z uvedeného je zřejmé, že rozhodčí nález je ve Švýcarsku chápán jako autoritativní finální rozhodnutí ve věci, jež je výsledkem nalézání práva ze strany rozhodců a kterému stát propůjčuje vykonatelnost a účinky rozhodnutí vydaných příslušnými státními soudy.

I.2.7. [FRA] [FRANCIE]

Rovněž Francie má úpravu rozhodčího řízení obsaženu v předpise týkajícím se občanského soudního řízení. Tím je La Nouveau Code de procédure civile.¹⁹⁶ Výjimkou je úprava oprávnění uzavřít rozhodčí smlouvu, která podléhá francouzskému občanskému zákoníku (Code Civile).¹⁹⁷ Rozhodčí řízení je upraveno v knize čtvrté tohoto právního předpisu. V souladu s ustálenou praxí ve většině ostatních zemí rozlišuje francouzská úprava mezi rozhodčí doložkou a rozhodčí smlouvou. V případě rozhodčí doložky je požadováno, aby tato byla přímo inkorporována do smlouvy, které se týká, případně do jiné listiny tvořící součást smlouvy. Stejně tak musí být již přímo v rozhodčí doložce určení rozhodci nebo musí být alespoň dojednan způsob, jakým budou tito určeni.¹⁹⁸ V případě, že se z důvodu na straně stran (resp. z důvodu nedostatku jejich kooperace při aplikaci sjednaného způsobu určení rozhodců) nebo proto, že strany tuto možnost v rozhodčí doložce sjednaly, je rozhodce jmenován soudem, ledaže by z jeho strany bylo zjištěno, že rozhodčí doložka je neplatná nebo nedostatečná s tím, že na jejím základě nelze rozhodčí senát konstituovat. V takovém případě soud tuto skutečnost konstatuje.¹⁹⁹ Rozhodčí smlouvou se rozumí smlouva, na jejímž základě strany podřizují pravomoci rozhodců spor, který mezi nimi již vznikl.²⁰⁰ Ve smlouvě musí být jasně vymezen předmět, jehož se týká, a dál musí být určení rozhodci nebo způsob jejich následného určení. Jestliže rozhodce určený smlouvou odmítne převzít svou funkci, smlouva se stává

einer Partei bescheinigt das Schiedsgericht, dass der Schiedsspruch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ergangen ist; eine solche Bescheinigung ist der gerichtlichen Hinterlegung gleichwertig.

¹⁹⁶ Výraz „Nový“ se pro tento předpis vžil proto, že tato úprava nahrazovala původní předpis z roku 1806 totožného názvu

¹⁹⁷ Code civile, čl. 2059 až čl. 2061.

¹⁹⁸ Viz čl. 1443 NCPC [FRA] (cit.): *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère. Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.*

¹⁹⁹ Viz čl. 1444 NCPC [FRA] (cit.): *Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres. Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l'a expressément prévu. Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation.*

²⁰⁰ Viz čl. 1447 NCPC [FRA] (cit.): *Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes*

neplatnou.²⁰¹ Smlouva musí být uzavřena písemně, přičemž může být zaznamenána i v dokumentu podepsaném stranami a rozhodcem.²⁰² Francouzská úprava klade značný důraz na smluvní volnost stran a je tedy stanoveno, že strany mohou podřídít svůj spor rozhodčímu řízení i za předpokladu, že již bylo zahájeno řízení před obecným soudem.²⁰³ Obecné soudy jsou v případě existence rozhodčí smlouvy nebo rozhodčí doložky povinny odmítnout svou pravomoc, a to i tehdy, jestliže samotní rozhodci doposud svou pravomoc nepřijali / nedošlo k zahájení rozhodčího řízení, kromě případů, kdy je rozhodčí smlouva / doložka zřejmě neplatná.²⁰⁴ Zákon vyžaduje, aby se rozhodčí senát sestával vždy z lichého počtu rozhodců s tím, že pokud strany určí pouze jejich sudý počet poslední člen senátu je určen způsobem, na němž se strany dohodly, není-li takové dohody, je tento určen již jmenovanými rozhodci a nemohou-li se ani tito shodnout, jmenuje posledního rozhodce obecný soud.²⁰⁵

Dle francouzské úpravy je působnost rozhodců vždy časově omezena. Zákon přitom výslovně stanoví, že pokud strany neurčí konkrétní období, na které jsou jmenováni, trvá jejich mandát 6 měsíců ode dne, kdy poslední z nich přijal své jmenování. Působnost rozhodců může být prodloužena buď na základě dohody stran nebo se některá z nich i přímo rozhodčí senát může obrátit na [obecný] soud, který má oprávnění „funkční období“ rozhodců prodloužit.²⁰⁶ Jakkoliv tedy francouzská úprava primárně preferuje ve všech aspektech konsensus stran ohledně jednotlivých aspektů rozhodčího řízení, i zde stát systematickým zařazením této problematiky do zákonné úpravy civilního soudního řízení a stanovením podpůrné funkce obecných soudů

²⁰¹ Viz čl. 1448 NCPC [FRA] (cit.): *Le compromis doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige. Sous la même sanction, il doit soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation. Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée..*

²⁰² Viz čl. 1449 NCPC [FRA] (cit.): *Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties.*

²⁰³ Viz čl. 1450 NCPC [FRA] (cit.): *Les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction. Anglická [nezávazná] verze: The parties have the right to refer their dispute to an out-of-court settlement even where they are engaged in an already instituted proceeding before another court.*

²⁰⁴ Viz čl. 1458 NCPC [FRA] (cit.): *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.*

²⁰⁵ Viz čl. 1454 NCPC [FRA] (cit.): *Lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit, en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président du tribunal de grande instance.*

²⁰⁶ Viz čl. 1456 NCPC [FRA] (cit.): *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée. Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par le président du tribunal de grande instance ou, dans le cas visé à l'article 1444, alinéa 2, par le président du tribunal de commerce.*

dává najevo, že se jedná o řízení, které je z jeho strany určitým způsobem aprobováno a ze strany státu jsou zde stanoveny minimální limity a standardy týkající se průběhu řízení.

Pro případy, kdy strany výslovně ve své dohodě nestanoví příslušnost konkrétního soudu pro případy, kdy je tento v souladu s úpravou obsaženou ve francouzském zákoníku civilního soudního řízení plnit subsidiární funkce, jsou pravidla soudní příslušnosti určena přímo zákonem, stejně jako je stanoveno, že rozhodnutí soudu je v těchto případech konečné, kromě situace, kdy soud nejmenuje dle ustanovení čl. 1444 NCPC rozhodce s odůvodněním, že rozhodčí smlouva neexistuje nebo je neplatná. Proti tomuto rozhodnutí je možno podat opravný prostředek analogicky k rozhodnutí týkajícím se soudní pravomoci / příslušnosti. Příslušný návrh může podat vždy jedna ze stran nebo přímo rozhodčí senát²⁰⁷.

Funkce rozhodce je v [FRA] chápána striktně jako osobní mandát vázaný na osobu rozhodce s tím, že odkaz na organizace / právnické osoby ve smyslu rozhodčích soudů je chápán jako odkaz na instituci, již je pouze svěřena organizace rozhodčího řízení (tato tedy není pověřena samotným projednáním a rozhodnutím sporu).²⁰⁸ Za průběh rozhodčího řízení jsou odpovědní výhradně rozhodci, kteří určují nezbytná procesní pravidla. Zákon výslovně stanoví, že při výkonu své funkce nejsou nikterak vázáni procesními pravidly civilního soudního řízení (neurčí-li strany jinak). Stejně tak jsou rozhodcům svěřeny pravomoci určené jinak obecným soudům, když jsou například oprávněni vynutit si od stran předložení důkazů, které mají tyto ve svém držení.²⁰⁹ Svědci jsou slyšeni bez toho, aniž by byli vzati pod přísahu. Na první pohled by se tedy mohlo zdát, že francouzská úprava se přiklání k čistě smluvnímu pojetí rozhodčího řízení. Na druhou stranu je

²⁰⁷ Viz čl. 1457 NCPC [FRA] (cit.): *Dans les cas prévus aux articles 1444, 1454, 1456 et 1463, le président du tribunal, saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le président déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1444 (alinéa 3). L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence. Le président compétent est celui du tribunal qui a été désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel cette convention a situé les opérations d'arbitrage. Dans le silence de la convention, le président compétent est celui du tribunal du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, celui du tribunal du lieu où demeure le demandeur.*

²⁰⁸ Viz čl. 1451 NCPC [FRA] (cit.): *La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.*

²⁰⁹ Viz čl. 1460 NCPC [FRA] (cit.): *Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage. Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale. une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.*

však zcela zřejmé, že stát zde stanovuje základní rámec, v němž má jakékoliv rozhodčí řízení probíhat. Francouzský NCPC je předpisem, v němž je ve značné míře (v každém případě v míře větší, než jak tak činí jakýkoliv předpis legis arbitri jiného státu, který je předmětem rozboru v tomto příspěvku) přímo odkazuje v konkrétních bodech na úpravu civilního soudního řízení, jež se na rozhodčí řízení ze zákona použije analogicky, resp. od které se ani strany dohodou (v rámci své diskrece ohledně určení pracovních pravidel) nemohou odchýlit. Jde především o (●) základní zásady francouzského civilního řízení (jako například povinná aplikace ustanovení čl. 4-10, čl. 11 odst. 1 a čl. 13-21 ve smyslu výslovného odkazu obsaženého v čl. 1460 NCPC [FRA]), (●) otázky spojené s postupem v řízení a pravomocí rozhodovat v případech, kdy je zpochybněn podpis či pravost některé z listin předložených v řízení²¹⁰ a (●) v neposlední řadě se analogicky uplatní úprava přerušování řízení použitelná pro civilní proces²¹¹.

Na rozdíl od jiných států je funkce rozhodce zakotvena v úpravě jako více definitivní, když jsou zde dány pouze velmi omezené možnosti ukončení funkce rozhodce. Zákon rozhodcům stanoví přímou povinnost dokončit svůj úkol / rozhodnout spor, přičemž k odvolání rozhodce může dojít pouze na základě dohody stran.²¹² Jednou jmenovaný rozhodce může odstoupit nebo být odmítnout některou ze stran jen z důvodů, které vznikly až po jeho jmenování. V případě sporů ohledně aplikace tohoto pravidla je k rozhodnutí příslušný [obecný] soud.²¹³ Rozhodcům je svěřena pravomoc rozhodovat ohledně své pravomoci a jejího rozsahu (pravidlo Kompetenz-Kompetenz).²¹⁴ Zákon přesně stanoví okamžik ukončení rozhodčího řízení. I v tomto bodu je patrná provázanost této úpravy s osobou rozhodce (zákon tedy nepočítá s institutem jmenování náhradního rozhodce, byť je nutné vycházet z toho, že v rámci smluvní volnosti stran mohou tyto takový postup v rámci dohody o konstituování rozhodčího senátu sjednat). Rozhodčí řízení v zásadě končí společně s koncem mandátu rozhodce, ať již

²¹⁰ Viz čl. 1467 NCPC [FRA] (cit.): *Sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299. En cas d'inscription de faux incidente, l'article 313 est applicable devant l'arbitre. Le délai d'arbitrage continue à courir du jour où il a été statué sur l'incident.*

²¹¹ Viz čl. 1465 NCPC [FRA] (cit.): *L'interruption de l'instance arbitrale est régie par les dispositions des articles 369 à 376.*

²¹² Viz čl. 1462 NCPC [FRA] (cit.): *Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci. Un arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties..*

²¹³ Viz čl. 1463 NCPC [FRA] (cit.): *Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation. Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent.*

²¹⁴ Viz čl. 1466 NCPC [FRA] (cit.): *Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture.*

tento skončil jakýmkoliv způsobem (smrt, odvolání, vyloučení, odstoupení či uplynutí doby, na kterou byla funkce rozhodce omezena).²¹⁵

Analogicky k rozsudkům [obecných] soudů stanovuje francouzský zákon formální a obsahové náležitosti rozhodčího nálezu a je požadováno, aby tento obsahoval kromě popisu skutkového stavu a argumentace stran také odůvodnění²¹⁶. Rozhodce je povinen postupovat při rozhodování sporu v souladu s aplikovatelným právem, jestliže ho strany výslovně nepověřili rolí mediátora (jehož úkolem by bylo vést strany ke smírnému řešení sporu, byť by toto nutně nemuselo být v souladu s aplikovatelnou právní úpravou), resp. pokud ho nepověřili k rozhodnutí sporu v souladu se zásadami spravedlnosti jakožto *amiable compositeur*²¹⁷. Vydáním rozhodčího nálezu končí mandát rozhodce, s výjimkou případů, kdy může rozhodce nález vyložit, opravit písařské či jiné chyby nebo provést jeho doplnění. Pro tento postup platí analogicky a použijí se příslušná ustanovení úpravy civilního soudního řízení. V případě, že rozhodčí senát nemůže být rekonstituován, přechází pravomoc k těmto úkonům na [obecný] soud.²¹⁸

Rozhodčí nález je považován za konečné rozhodnutí ve věci.²¹⁹ Jeho výkon je možný pouze na základě rozhodnutí příslušného obecného soudu, přičemž návrh jsou oprávněni podat jak sami rozhodci, tak kterýkoliv ze stran.²²⁰ Na rozdíl od mnoha úprav, kde je po splnění formálních požadavků rozhodnutí o výkonu rozhodčího nálezu do značné míry formální, francouzská úprava umožňuje obecnému soudu předložený rozhodčí nález posoudit a případně jeho vykonatelnost odmítnout. Každé takové rozhodnutí

²¹⁵ Viz čl. 1464 NCPC [FRA] (cit.): *L'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties : 1° Par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice des ses droits civils ; 2° Par l'abstention ou la récusation d'un arbitre ; 3° Par l'expiration du délai d'arbitrage.*

²¹⁶ Viz čl. 1471 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence arbitrale doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. La décision doit être motivée.*

²¹⁷ Viz čl. 1474 NCPC [FRA] (cit.): *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur.*

²¹⁸ Viz čl. 1475 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche. L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent et de la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Les articles 461 à 463 sont applicables. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.*

²¹⁹ Viz čl. 1476 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.*

²²⁰ Viz čl. 1477 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction.*

musí být řádně odůvodněno.²²¹ V této fázi se již řízení zcela dostává do režimu civilního soudního řízení. Je stanoveno, že proti rozhodnutí, kterým byl rozhodčí nález uznán vykonatelným, není možné podat opravný prostředek, dané rozhodnutí může být ovšem v mezích pravomoci soudu podrobena přezkumu při řízení, v němž soud rozhoduje o opravném prostředku / návrhu na zrušení rozhodčího nálezu.²²² Oproti tomu v případech, kdy soud vykonatelnost rozhodčího nálezu odmítne, je možné uplatnit opravný prostředek s tím, že odvolací soud v takovém případě na žádost stran vezme v úvahu také důvody pro napadení rozhodčího nálezu, které byly strany oprávněny namítnout vůči rozhodčímu nálezu v rámci dostupných opravných prostředků.²²³ Analogicky platí pro rozhodčí nález, resp. je možné použít pravidla upravující předběžnou vykonatelnost rozhodčího nálezu, přičemž výkon rozhodčího nálezu (včetně předběžné vykonatelnosti) je soud oprávněn nařídit také v řízení, které bylo zahájeno na základě napadení rozhodčího nálezu jednou ze stran.

Pokud jde o opravné prostředky, tyto se (logicky) nepoužijí analogicky jako v případě rozsudků [obecných] soudů. Je ovšem nutné konstatovat, že oproti jiným zemím, které [obecným] soudům ponechávají výhradní pravomoc k rozhodování o tom, zda byly splněny základní podmínky pro konání rozhodčího řízení s tím, že [obecné] soudy nejsou jakkoliv oprávněny provádět hodnocení věci samé, francouzská úprava poskytuje stranám širokou možnost kontroly a opravných prostředků proti rozhodčímu nálezu a daná úprava je analogická rozsudkům obecných soudů a je výslovně navázána na pravidla civilního soudního řízení. Obecně není možné podat proti rozhodčímu nálezu kasační stížnost. Takový návrh je ovšem oprávněna podat třetí osoba, a to u soudu, který by byl jinak příslušný k projednání sporu, pokud by nebylo rozhodčí smlouvy.²²⁴ Proti rozhodčímu nálezu však lze podat i odvolání, jestliže strany tuto možnost v rozhodčí smlouvě výslovně nevyloučili. Odvolání není možné proti rozhodčímu nálezu, při jehož vydání byli rozhodci pověřeni jednat jako *amiable compositeur*,²²⁵

²²¹ Viz čl. 1478 NCPC [FRA] (cit.): *L'exequatur est apposé sur la minute de la sentence arbitrale. L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée.*

²²² Viz čl. 1488 NCPC [FRA].

²²³ Viz čl. 1489 NCPC [FRA].

²²⁴ Viz čl. 1481 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation. Elle peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 588 (alinéa 1).*

²²⁵ Oprávnění rozhodců rozhodnout spor na základě právních principů a nebytí vázání národním právem.

Srov. též například UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [Vzorový zákon: UNCITRAL o rozhodčím řízení v mezinárodních obchodních věcech] (1985): čl. 28 odst. 3.

Srov. též například tyto národní předpisy o rozhodčím řízení: (●) Zákon o civilním řízení soudním kanadské provincie Québec, čl. 944.10; (●) Zákon o rozhodčím řízení Nizozemska: čl. 182; (●) IPRG [SUI]: čl. 182; (●) Zákon o rozhodčím řízení v mezinárodních obchodních věcech Ruské federace: čl. 28 odst. 1; (●) Italský zákon o civilním řízení soudním [ITA]: čl. 834 odst. 1, část I; (●) ZPO [DEU]: § 1051 odst. 1; (●) Arbitration Act 1986 (Anglie a Wales): oddíl 23, čl. 46 odst. 1 písm. b).

příp. na základě spravedlnosti. I v takovém případě je stranám umožněno tuto možnost výslovně sjednat.²²⁶ Odvolání je možné pouze v případě, že se strana jeho prostřednictvím domáhá, aby byl rozhodčí nález zrušen nebo prohlášen za neplatný. V případě, že rozhodce na základě pověření stran rozhodoval věc na základě spravedlnosti jako, bude soud postupovat totožným způsobem.²²⁷ Z přesně stanovených důvodů je možné požadovat zrušení rozhodčího nálezu i v případě, kdy strany v rámci své dohody tuto možnost výslovně vyloučily. To opět svědčí o tom, že stát chápe rozhodčí řízení jako řízení, kde je autoritativně rozhodováno ve věci a současně trvá na zajištění určitých minimálních procesních standardů. Veřejná moc tedy fakticky i *de iure* vylučuje, aby strany v rámci své smluvní volnosti určily pro řízení takové podmínky, které by z hlediska civilního kontradiktorního řízení byly nepřijatelné. Je tak současně dosaženo toho, že může následně u takových rozhodnutí garantovat jejich vykonatelnost. V každém případě se tedy kterákoliv ze stran může domáhat zrušení rozhodčího nálezu z následujících důvodů: (i) rozhodci ve věci rozhodli, aniž by existovala řádná rozhodčí smlouva či v případech, kdy je rozhodčí smlouva neplatná nebo vypršel časový limit, na který byli rozhodci jmenováni, (ii) v případě, že došlo k vadnému konstituování rozhodčího senátu nebo nebyla dodržena pravidla pro jmenování jediného rozhodce, (iii) kde rozhodci rozhodli tak, že jejich rozhodnutí není v souladu s úlohou, která jim byla rozhodčí smlouvou stranami svěřena, (iv) kde nebyl dodržen princip zapojení všech

Srov. též například – TETLEY, *The General Maritime Law – The Lex Maritima*. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1994, rč. 20, s. 105-145; BLOHORN-BRENNER, B. *Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits individuels du travail*. *Rev. arb.* 1999, s. 785 a násl.; BOULARD, H. *L'expérience versaillaise de l'amiable composition*. *Gaz. Pal.* 8-9 déc. 1995, s. 4 a násl.; BREDIN, J.-D. *L'amiable composition et le contrat*. *Rev. arb.*, 1984, s. 259 a násl.; DELVOLVÉ, J.-L. *Essai sur la motivation des sentences arbitrales*. *Rev. arb.* 1989, s. 149 a násl.; FOULETIER, M. *Recherches sur l'équité en droit public français – LGDJ, 2002*; JARROSSON, Ch. *L'amiable compositeur est-il astreint à vérifier la conformité de sa solution à l'équité ?*, note sous C. civ. II, 18 oct. 2001 [poznámka k rozhodnutí Court d'assation, civ., II. senát, 18. října 2001]. *Rev. arb.*, 2002, č. 2, s. 359 a násl.; LAGARDE, X. *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*. *Rev. arb.*, 2001, s. 423 a násl.; LEVEL, P. *L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980*. *Rev. arb.*, 1980, s. 651 a násl.; LOQUIN, E. *L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence*. *Rev. arb.*, 1976, s. 223 a násl.; LOQUIN, E. *L'amiable composition en droit comparé international*. Ed. Litec, 1980; LOQUIN, E. *Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur*. *Rev. arb.*, 1985, s. 199 a násl.; MATRAY, L. *L'amiable composition en droit comparé*. In: *Liber amicorum, Commission du Droit et Vie des affaires, Bruxelles*, 1998, s. 309 a násl.; PERCEROU, R. *L'arbitrage en questions : intervention au Colloque du Centre des affaires de Rennes, Sem. Jur. n°3 suppl. 14 oct. 1999, JCP, 1999 a násl.*; RONTCHEVSKI, N., note, sous Civ. 2ème, 15 février 2001. *Bulletin*, 2001, II, č. 26, s. 19 a násl., D., 4 octobre 2001, n° 34, *Jurispr.*, p. 2780-2782; VELLAS: *Expertise, amiable composition, et non-droit dans le commerce international*, *Melanges Hebraud*, 1981, s. 875 a násl.; LOQUIN, E. *L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence*. *Rev. arb.*, 1989, s. 149 a násl. a v celé řadě dalších publikovaných prací.

²²⁶ Viz čl. 1482 NCPC [FRA] (cit.): La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage

²²⁷ Viz čl. 1483 NCPC [FRA] (cit.): Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation. Le juge d'appel statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission.

stran, (v) v případech, kdy je rozhodčí nález neplatný z důvodu nedodržení základních požadavků (zákon stanoví, že neplatnost rozhodčího nálezu je spojena s případy, kdy v rozporu se zákonnými požadavky neobsahuje rozhodčí nález odůvodnění, nejsou uvedena jména rozhodců a datum vydání rozhodčího nálezu nebo tento není řádně podepsaný) a (vi) kdy rozhodce jednal v rozporu s veřejným pořádkem²²⁸. V případě, že soud rozhoduje o zrušení rozhodčího nálezu, činí tak v souladu s hranicemi stanovenými pro rozhodnutí sporu rozhodcům, pokud strany neprojeví jiný úmysl.²²⁹ Jestliže je návrh na zrušení rozhodčího nálezu nebo jeho prohlášení za neplatný odmítnut, poskytuje toto rozhodnutí soudu rozhodčímu nálezu vykonatelnost.²³⁰ Pro rozhodčí nález platí obdobná možnost přezkumného řízení jakožto pro jiná soudní rozhodnutí ú pro rozsudky obecných soudů.²³¹

Francouzská úprava dále obsahuje specifickou úpravu vztahující se k mezinárodnímu rozhodčímu řízení. Je zde zakotvena volnost stran, co se týče stanovení postupu pro jmenování rozhodců s tím, že jestliže se rozhodčí řízení koná na území Francie nebo v případech, kdy strany sjednaly aplikovatelnost francouzských procesních pravidel, mohou se strany obrátit na stanovený soud, jestliže není stanoven jiný postup.²³² Rozhodci jsou v případech mezinárodního rozhodčího řízení oprávněni určit pravidla, jimiž se toto bude řídit, za předpokladu, že neexistuje žádná dohoda stran v tomto smyslu, která by měla jinak přednost.²³³ V případě, že

²²⁸ Viz čl. 1484 NCPC [FRA] (cit.): LorsKque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire. Il n'est ouvert que dans les cas suivants : 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; 5° Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 ; 6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

²²⁹ Viz čl. 1485 NCPC [FRA] (cit.): Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties.

²³⁰ Viz čl. 1490 NCPC [FRA] (cit.): Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

²³¹ Viz čl. 1490 NCPC [FRA] (cit.): Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas et sous les conditions prévus pour les jugements. Il est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

²³² Viz čl. 1490 NCPC [FRA] (cit.): *Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.*

²³³ Viz čl. 1495 NCPC [FRA] (cit.): *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine. Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.*

se rozhodčí řízení řídí francouzským právem, aplikují se výše popsána procesní pravidla (s výjimkou přípustných opravných prostředků vůči rozhodčímu nálezu) za předpokladu neexistence jiné dohody stran²³⁴. Rozhodci spor rozhodují v souladu s právem určeným stranami a v případě absence takové volby v souladu s právními předpisy, které považuje za vhodné (při zohlednění obchodních zvyklostí)²³⁵. Přestože lze tedy tato pravidla považovat za poněkud volnější, než jsou pravidla, jimiž jsou vázáni rozhodci v tuzemském rozhodčím řízení, stát i za těchto okolností váže rozhodce k rozhodování na základě a v souladu s platným právem, ledaže by rozhodci strany výslovně zmocnily k rozhodování na základě zásad spravedlnosti²³⁶.

Cizí rozhodčí nálezy je možné ve Francii uznat a vykonat za předpokladu, že navrhovatel prokáže jeho existenci a současně nebude výkon nebo uznání v rozporu s francouzským veřejným pořádkem / *ordre public*.²³⁷ Podmínkou je předložení rozhodčího nálezu a příslušné rozhodčí smlouvy, přičemž je nutné předložit tyto dokumenty v ověřeném překladu.²³⁸ Pro samotný proces uznání vykonatelnosti platí analogicky pravidla týkající se potvrzení vykonatelnosti u tuzemských rozhodčích nálezů.²³⁹ Proti rozhodnutí o odmítnutí uznání a výkonu zahraničního rozhodčího nálezu je přípustné odvolání.²⁴⁰ Proti rozhodnutí o uznání a výkonu lze podat odvolání z následujících důvodů: (i) rozhodci ve věci rozhodli, aniž by existovala řádná rozhodčí smlouva či v případech, kdy je rozhodčí smlouva neplatná nebo vypršel časový limit, na který byli rozhodci jmenováni, (ii) v případě, že došlo k chybě při konstituování rozhodčího senátu nebo nebyla dodržena pravidla pro jmenování jediného rozhodce, (iii) kde bylo rozhodnuto tak, že rozhodčí nález překračuje rozsah rozhodčí smlouvy, (iv) kde nebyl dodržen princip rovné účasti stran a v případě, (v) kdy rozhodce jednal v rozporu

²³⁴ Viz čl. 1495 NCPC [FRA] (cit.): *Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494.*

²³⁵ Viz čl. 1496 NCPC [FRA] (cit.): *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.*

²³⁶ Viz čl. 1497 NCPC [FRA] (cit.): *L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission.*

²³⁷ Viz čl. 1498 NCPC [FRA] (cit.): *Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.*

²³⁸ Viz čl. 1499 NCPC [FRA] (cit.): *L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité. Si ces pièces ne sont pas rédigées en langue française, la partie en produit une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts.*

²³⁹ Viz čl. 1500 NCPC [FRA] (cit.): *Les dispositions des articles 1476 à 1479 sont applicables.*

²⁴⁰ Viz čl. 1501 NCPC [FRA] (cit.): *La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.*

s veřejným pořádkem.²⁴¹ V těchto případech, resp. z těchto důvodů je také možné podat návrh za prohlášení rozhodčího nálezu za neplatný. V rámci tohoto řízení je automaticky také posuzována otázka vykonatelnosti takového rozhodnutí.²⁴² Obecně pro toto řízení neplatí úprava opravných prostředků vůči tuzemským rozhodčím nálezům s výjimkou toho, že stejně jako v těchto domácích případech i zde rozhoduje soud v souladu s příslušnou právní úpravou aplikovatelnou na civilní soudní řízení. Také platí, že zamítnutí vznesených opravných prostředků propůjčuje rozhodčímu nálezu vykonatelnost. Francouzská úprava tedy zachází obdobně jako s autoritativními soudními rozhodnutími i se zahraničními rozhodčími nálezmi.²⁴³

I.2.8. [UK] [SPOJENÉ KRÁLOVSTVÍ: Právo Anglie a Wales]

Ve Velké Británii jsou otázky spojené rozhodčím řízením řešeny pro Anglii a Wales v zákoně o rozhodčím řízení z roku 1996 [Arbitration Act (1986)]. V úvodu této úpravy jsou výslovně specifikovány principy, na nichž je rozhodčí řízení založeno. Těmito principy jsou (i) dosažení spravedlivého vyřešení sporu nestranným senátem bez zbytečných průtahů a nákladů, (ii) autonomie stran pokud jde o způsob (postup při) řešení jejich sporu, jestliže jejich dohoda nenení v rozporu s veřejným, pořádkem a (iii) princip subsidiarity asistence obecných soudů, když jejich působnost je možná pouze za předpokladu, že je jim určitá pravomoc svěřena přímo citovaným zákonem.²⁴⁴ Subsidiární pravomoc soudu platí i v případech, kdy místo rozhodčího řízení nebylo určeno nebo se nachází mimo Anglii, a to pokud ve věcech zajištění svědků a dalších úkonů uvedených v sekci 44 AA (1996), pokud soud nedospěje k závěru, že takový postup je s ohledem na

²⁴¹ Viz čl. 1502 NCPC [FRA] (cit.): *L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants : 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; 5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.*

²⁴² Viz čl. 1504 NCPC [FRA] (cit.): *La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502. L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.*

²⁴³ Viz čl. 1507 NCPC [FRA] (cit.): *Les dispositions du titre IV du présent livre, à l'exception de celles de l'alinéa 1er de l'article 1487 et de l'article 1490, ne sont pas applicables aux voies de recours.*

²⁴⁴ Článek 1 AA (1996) (v orig. znění, cit.): *The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly (a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense, (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest, (c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part.*

místo řízení (sídlo rozhodčího soudu) nevhodné.²⁴⁵ Stejně tak jsou soudy oprávněny poskytnout v rámci rozhodčího řízení, u nichž nebylo určeno sídlo rozhodčího senátu, i jakoukoliv jinou podporu za předpokladu, že po s ohledem na vztah k oblasti působnosti tohoto zákona považuje za vhodné²⁴⁶.

Soud plní funkce nejen podpůrné, nýbrž může v některých věcech sám rozhodovat. Je k tomu oprávněn například při prodlužování lhůty v případech, kdy to považuje za vhodné a dospěje-li k závěru, že strany musely s takovou možností počítat a nebylo by spravedlivé trvat na dodržení původního ujednání. Může se jednat o lhůtu, kterou strany sjednaly pro zahájení rozhodčího řízení nebo jiného řízení, které dle dohody stran musí rozhodčí žalobě obligatorně předcházet. Tato lhůta však musí být sjednána pod sankcí nežalovatelnosti daného nároku. Toto prodloužení je možné učinit i před tím, než původní lhůta uplyne a strany se proti němu mohou odvolat pouze se svolením soudu (toto pravidlo platí obecně pro veškeré úkony, které soud v rámci své pravomoci ve vztahu k rozhodčímu řízení činí). Tímto opatřením není nikterak dotčena otázka promlčení samotného nároku.²⁴⁷ Stejně tak existuje speciální úprava ohledně počítání lhůt ve vztahu k promlčení, kde může soud nařídít, že se do promlčecí doby ohledně sporu, který byl předmětem zrušeného nebo částečně rušeného rozhodčího nálezu, nezapočítává doba mezi zahájením původního rozhodčího řízení a rozhodnutím, kterým byl rozhodčí nález vydaný v tomto

²⁴⁵ Článek 2 odst. 3 AA (1996) (v orig. znění cit.): *The powers conferred by the following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined (a) section 43 (securing the attendance of witnesses), and (b) section 44 (court powers exercisable in support of arbitral proceedings) but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.*

²⁴⁶ Článek 2 odst. 4 AA (1996) (v orig. znění cit.): *The court may exercise a power conferred by any provision of this Part not mentioned in subsection (2) or (3) for the purpose of supporting the arbitral process where (a) no seat of the arbitration has been designated or determined, and (b) by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland the court is satisfied that it is appropriate to do so.*

²⁴⁷ Článek 12 AA (1996) (v orig. znění cit.): (1) *Where an arbitration agreement to refer future disputes to arbitration provides that a claim shall be barred, or the claimant's right extinguished, unless the claimant takes within a time fixed by the agreement some step (a) to begin arbitral proceedings, or (b) to begin other dispute resolution procedures which must be exhausted before arbitral proceedings can be begun, the court may by order extend the time for taking that step. (2) Any party to the arbitration agreement may apply for such an order (upon notice to the other parties), but only after a claim has arisen and after exhausting any available arbitral process for obtaining an extension of time. (3) The court shall make an order only if satisfied (a) that the circumstances are such as were outside the reasonable contemplation of the parties when they agreed the provision in question, and that it would be just to extend the time, or (b) that the conduct of one party makes it unjust to hold the other party to the strict terms of the provision in question. (4) The court may extend the time for such period and on such terms as it thinks fit, and may do so whether or not the time previously fixed (by agreement or by a previous order) has expired. (5) An order under this section does not affect the operation of the Limitation Acts (see section 13). (6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*

řízení částečně nebo úplně zrušen.²⁴⁸ Je tedy zřejmé, že stát dbá na to, aby rozhodnutí vydané v rozhodčím řízení nebylo pro strany poškozující a snaží se zajistit takové podmínky pro konání rozhodčího řízení, aby tento způsob řešení sporu mohl být státem aprobevován.

Jako v jiných státech, i podle předmětné úpravy pro Anglii a Wales hraje soud významnou úlohu při konstitování rozhodčího senátu. Je tedy otázkou, zda je v případě, kdy byla při jmenování rozhodců vykonána pravomoc [obecného] soudu, možné hovořit o přímém soukromoprávním / smluvním vztahu mezi rozhodcem a stranami. Zákon konkrétně stanoví pravidla pro jmenování rozhodců a současně stanoví jejich porušení (v důsledku čehož by za normálních okolností nebylo možné rozhodčí senát konstitovat a započít rozhodčí řízení jako takové, tj. zejména projednání věci). Speciální úprava pro případ, kdy každá ze stran je povinna jmenovat jednoho rozhodce stanoví, že pokud tak jedna ze stran neučiní, zatímco druhá strana svého rozhodce v souladu s použitelnými pravidly řádně jmenovala, může tato strana určit druhé straně dodatečnou lhůtu pro jmenování rozhodce s tím, že pokud ani v takové dodatečné lhůtě nebude druhá strana reagovat, stane se jí jmenovaný rozhodce jediným rozhodcem s účinky, jako kdyby se strany na jeho jmenování vzájemně shodly. Nastane-li tato situace, je strana, která byla v prodlení se jmenováním rozhodce, oprávněna obrátit se na [obecný] soud s návrhem, aby bylo toto jmenování zrušeno.²⁴⁹ Strany jsou oprávněny sjednat postup pro případ, kdy se z jakéhokoliv důvodu nepodaří konstitovat rozhodčí senát v souladu s jejich dohodou nebo ve smyslu příslušné právní úpravy. Není-li takové dohody nebo pokud není v rozporu s uvedenou dohodou, může se každá ze stran obrátit na soud se žádostí, aby ten vykonal své zákonem mu svěřené pravomoci ve vztahu ke konstitování rozhodčího senátu. Jde o tyto pravomoci soudu: (i) vydat pokyny ohledně jmenování rozhodců, (ii) rozhodnout, že rozhodčí senát byl konstituován na základě již proběhách

²⁴⁸ Článek 13 odst. 2 AA (1996) (v orig. znění cit.): *The court may order that in computing the time prescribed by the Limitation Acts for the commencement of proceedings (including arbitral proceedings) in respect of a dispute which was the subject matter (a) of an award which the court orders to be set aside or declares to be of no effect, or (b) of the affected part of an award which the court orders to be set aside in part, or declares to be in part of no effect the period between the commencement of the arbitration and the date of the order referred to in paragraph (a) or (b) shall be excluded.*

²⁴⁹ Článek 17 AA (1996) (v orig. znění cit.): (1) *Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party ("the party in default") refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator. (2) If the party in default does not within 7 clear days of that notice being given (a) make the required appointment, and (b) notify the other party that he has done so, the other party may appoint his arbitrator as sole arbitrator whose award shall be binding on both parties as if he had been so appointed by agreement. (3) Where a sole arbitrator has been appointed under subsection (2), the party in default may (upon notice to the appointing party) apply to the court which may set aside the appointment. (4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*

jmenování, (iii) zrušit již učiněné jmenování, (iv) provést nezbytné jmenování sám. Jmenování rozhodce soudem má obdobné účinky, jako kdyby rozhodce určily strany dohodou.²⁵⁰ Při výkonu svých pravomocí ve vztahu ke jmenování rozhodců je soud povinen přihlížet k jakékoliv dohodě stran ohledně kvalifikačních předpokladů rozhodce.²⁵¹ Zákodárce tedy výslovně předpokládá, že strany mohou mít na rozhodce zvláštní požadavky, přičemž použitý výraz „qualifications“ není dle mého názoru možné vykládat výhradně ve smyslu formálního certifikovaného vzdělání, nýbrž měl by se vztahovat na veškeré osobní, jakož i osobnostní předpoklady, které strany považují pro řádné projednání a rozhodnutí sporu za nezbytné. Pokud se strany dohodnou na jmenování osoby, která bude vykonávat funkci tzv. „umpire“ – tj. rozhodčího, který se rozhodovacího procesu neúčastní do chvíle, kdy jmenování rozhodci nejsou schopny se na některé otázky shodnout / rozhodnout o ní, má soud pravomoci i ve vztahu k této osobě, a to za situace, kdy jmenování rozhodci nejsou schopni dospět k rozhodnutí, ale současně v rozporu s aplikovatelnou úpravou nepředávají věc osobě jmenované jako „umpire“.²⁵² Soud zde může potřebné nahrazení provést sám.²⁵³ Analogicky k oprávněním v souvislosti s konstituováním rozhodčího senátu se uplatní totožné postupy a soud má tatáž oprávnění pro případ, kdy se místo rozhodce uvolní / tento přestane v dané funkci působit

²⁵⁰ Článek 18 odst. 2-4 AA (1996) (v orig. znění cit.): [...] (2) *If or to the extent that there is no such agreement any party to the arbitration agreement may (upon notice to the other parties) apply to the court to exercise its powers under this section.* (3) *Those powers are (a) to give directions as to the making of any necessary appointments, (b) to direct that the tribunal shall be constituted by such appointments (or any one or more of them) as have been made, (c) to revoke any appointments already made, (d) to make any necessary appointments itself.* (4) *An appointment made by the court under this section has effect as if made with the agreement of the parties.*

²⁵¹ Článek 19 AA (1996) (v orig. znění cit.): In deciding whether to exercise, and in considering how to exercise, any of its powers under section 16 (procedure for appointment of arbitrators) or section 18 (failure of appointment procedure), the court shall have due regard to any agreement of the parties as to the qualifications required of the arbitrators.

²⁵² Viz například REDMAN, J., H. A Concise Treatise on the Law of Arbitrations and Awards, BiblioLife, LLC, 2009, s. 301-302 a j.1110273363, VER PLOEG, Chr., D. Other Models for Labor-Management Dispute Resolution: The Wisconsin Experiment. William Mitchell Legal Studies Research Paper No. 2010-12, William Mitchell College of Law; v elektronické verzi dostupné sub <http://ssrn.com/abstract=1607140> [poslední návštěva 21. listopadu 2010]. REDFERN, A. Law and practice of international commercial arbitration. London: Thomson / Sweet & Maxwell, 2004, s. 157, marg. 3-46 až 3-48. Poprvé zřejmě podrobně pojednáno in: BACON, M. A new abridgment of the law, Vol I, London: A. strahan, 1832, s. 279-280.

Analogicky ostatně také v [USA]. Viz například 9 USC 5 Sec. 5 – „Appointment of arbitrators or umpire“ a j.

²⁵³ Článek 21 odst. 4-5 AA (1996) (v orig. znění cit.): [...] (4) *Decisions, orders and awards shall be made by the other arbitrators unless and until they cannot agree on a matter relating to the arbitration. In that event they shall forthwith give notice in writing to the parties and the umpire, whereupon the umpire shall replace them as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.* (5) *If the arbitrators cannot agree but fail to give notice of that fact, or if any of them fails to join in the giving of notice, any party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court which may order that the umpire shall replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.*

(za předpokladu, že strany v tomto smyslu a pro tento případ neuzavřely zvláštní dohodu).²⁵⁴

Analogicky k úpravě jmenování jsou obecným soudům svěřeny pravomoci při odvolání rozhodců. Jeho funkce ovšem nastupuje subsidiárně teprve ve chvíli, kdy má soud za prokázané, že strana předtím, než se na něj se žádostí o odvolání rozhodce obrátila, vyčerpala veškeré prostředky, které byly v tomto směru sjednány. Soud může odvolat rozhodce z následujících důvodů: (i) pochyby o jeho nestrannosti, (ii) nedostatek kvalifikace požadované stranami, (iii) není-li rozhodce fyzicky nebo psychicky schopen vést řízení nebo jsou o této jeho kapacitě pochybnosti, (iv) rozhodce řízení řádně nevede nebo jsou v řízení zdržení, které mohou dané straně způsobit značnou škodu. Před rozhodnutím je soud povinen příslušného rozhodce vyslechnout. Odvolá-li soud rozhodce, rozhodne současně o jeho spravedlivé odměně.²⁵⁵ To ostatně rovněž naznačuje, že vztah mezi rozhodcem a stranami není čistě smluvním vztahem, když není důvod automaticky předpokládat, že vznikl-li spor ohledně jeho odvolání, trvá tento současně i ohledně odměny / náhrady nákladů, které rozhodci náleží). V případě, že rozhodce rezignuje a není v tomto ohledu žádná dohoda stran, může rezignující rozhodce požádat soud o vydání rozhodnutí, kterým by byl zproštěn veškeré odpovědnosti v souvislosti s rezignací a současně bylo rozhodnuto o jeho případném nároku na odměnu.²⁵⁶ Soud zde fakticky nahrazuje smluvní vůli stran ohledně těch prvků výkonu funkce rozhodce, které mají obecně nejvíce soukromoprávní charakter, resp. které by mohly být předmětem soukromoprávního vztahu mezi rozhodcem a stranami.

²⁵⁴ Viz čl. 27 odst. 3 AA (1996).

²⁵⁵ Článek 24 odst. 1, 2, 4 a 5 AA (1996) (cit.): (1) *A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality, (b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement, (c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so, (d) that he has refused or failed (i) properly to conduct the proceedings, or (ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award, and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant. (2) If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person. [...] (4) Where the court removes an arbitrator, it may make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses, or the repayment of any fees or expenses already paid. (5) The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section.*

²⁵⁶ Článek 25 odst. 3 a 4 AA (1996) (cit.): (3) *An arbitrator who resigns his appointment may (upon notice to the parties) apply to the court (a) to grant him relief from any liability thereby incurred by him, and (b) to make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses or the repayment of any fees or expenses already paid. (4) If the court is satisfied that in all the circumstances it was reasonable for the arbitrator to resign, it may grant such relief as is mentioned in subsection (3)(a) on such terms as it thinks fit.*

Dalšími oblastmi, v nichž se podle anglické úpravy subsidiární úloha obecných soudů projevuje, a kde tyto mohou v rámci jim zákonem svěřené pravomoci vykonávat určité úkony / rozhodovat o dílčích otázkách, jsou otázky spojené s doručováním v řízení.²⁵⁷ Totéž platí i pro určování (resp. prodlužování) lhůt k plnění určitých povinností²⁵⁸ a určení způsobu doručování oznámení, tak, jak je jejich notifikace zákonem požadována.²⁵⁹

Strany jsou rozhodcům společně a nerozdílně odpovědné za úhradu jejich odměny a nákladů řízení. Strany mohou kdykoliv požádat soud, aby určil přiměřenou výši daných částek, aniž by tím byl dotčen jakýkoliv smluvní nárok rozhodce na odměnu.²⁶⁰ Přestože by toto ustanovení nasvědčovalo spíše smluvnímu charakteru vztahu rozhodce a stran, je možné konstatovat, že právě otázka odměny je jednou z oblastí, kde si tyto subjekty mohou volně sjednat vzájemná práva a povinnosti, je současně nutné konstatovat, že v jiných oblastech dostává tento vztah naopak veřejnoprávní charakter, když např. analogicky k pozici soudce obecného soudu není rozhodce ze své činnosti odpovědný.²⁶¹ Tato úprava by přitom byla zbytečná, resp. nelogická, pokud by činnost rozhodce byla chápána výhradně jako smluvní mandát k určité činnosti, který tento převzal.

Obecně jsou rozhodci oprávněni rozhodovat o své pravomoci. Pokud se ovšem na tom všechny strany sporu shodnou nebo pokud se tak stane se souhlasem rozhodčího senátu, může být tato otázka předložena k rozhodnutí soudu s tím. Soud je oprávněn v takovém případě nejprve posoudit, zda je nezbytné, aby o dané otázce rozhodoval soud sám a nikoliv rozhodci. Přitom důvody, proč byla otázka namísto rozhodcům předložena soudu, je nutné v žádosti uvést. Za předpokladu, že rozhodnutí ohledně pravomoci rozhodců zahrnuje právní otázku obecného významu nebo je dán jiný

²⁵⁷ Viz článek 77 AA (1996).

²⁵⁸ Viz článek 79 AA (1996).

²⁵⁹ Viz článek 80 AA (1996).

²⁶⁰ Článek 28 odst. 2, 3 a 5 AA (1996) (cit.: [...]) (2) *Any party may apply to the court (upon notice to the other parties and to the arbitrators) which may order that the amount of the arbitrators' fees and expenses shall be considered and adjusted by such means and upon such terms as it may direct.* (3) *If the application is made after any amount has been paid to the arbitrators by way of fees or expenses, the court may order the repayment of such amount (if any) as is shown to be excessive, but shall not do so unless it is shown that it is reasonable in the circumstances to order repayment.* [...]) (5) *Nothing in this section affects any liability of a party to any other party to pay all or any of the costs of the arbitration (see sections 59 to 65) or any contractual right of an arbitrator to payment of his fees and expenses.*

²⁶¹ Článek 24 odst. 1 AA (1996) (cit.:) (1) *An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.* [...]

zvláštní důvod, je proti konečnému rozhodnutí soudu s jeho souhlasem možné odvolání.²⁶²

Rozhodci jsou oprávněni (nestanoví-li dohoda stran jinak) rozhodovat o postupu v řízení a činit veškeré nezbytné procesní kroky (za předpokladu, že budou dodržena pravidla spravedlivého procesu), vč. zajišťování důkazů, vylachu svědků pod přísahou a stejně může nařídít žalobci složení jistiny (zálohy) na náklady řízení.²⁶³ Stejně tak je rozhodčí senát oprávněn činit prozatímní rozhodnutí.²⁶⁴ Z tohoto hlediska tedy bez ohledu na prezentované doktríny postavení rozhodců koncipováno analogicky jako postavení soudců a rozhodčí řízení získává jasně jurisdikční charakter. Tím není nikterak dotčena podpůrná funkce soudů ve vztahu k některým procesním úkonům. Za předpokladu, že dohoda stran tuto možnost poskytuje, jestliže se tak stane se souhlasem rozhodčího senátu nebo jestliže žádost vznesne rozhodčí senát sám, je možné požádat soud o vydání rozhodnutí, kterým by bylo straně, jež nesplnila pokyny / nařízení rozhodčího senátu, nařízeno těmto vyhovět. Předpokladem, aby soud takovému návrhu vyhověl a předmětné nařízení vydal je, že byly vyčerpány

²⁶² Článek 32 AA (1996) (cit.): (1) *The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. A party may lose the right to object (see section 73).* (2) *An application under this section shall not be considered unless (a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, (ii) that the application was made without delay, and (iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.* (3) *An application under this section, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court.* (4) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.* (5) *Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.* (6) *The decision of the court on the question of jurisdiction shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal. But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question involves a point of law which is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.*

²⁶³ Článek 24 odst. 2-6 AA (1996) (cit.): [...] (2) *Unless otherwise agreed by the parties the tribunal has the following powers.* (3) *The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration. This power shall not be exercised on the ground that the claimant is (a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or (b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.* (4) *The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings (a) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party, or (b) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property.* (5) *The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation.* (6) *The tribunal may give directions to a party for the preservation for the purposes of the proceedings of any evidence in his custody or control.*

²⁶⁴ Článek 39 odst. 1 AA (1996) (cit.): 1) *The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.* [...]

veškeré možnosti, které mají strany nebo rozhodčí senát v tomto ohledu k dispozici a současně musí být prokázáno, že strana, vůči níž měl návrh směřovat, skutečně porušila autoritativně vydané rozhodnutí, které jí bylo ze strany rozhodčího senátu adresováno.²⁶⁵ Se souhlasem rozhodčího senátu nebo na základě dohody stran může dojít k využití soudních prostředků k zajištění svědků (jestliže se tento nachází na území Velké Británie a místo rozhodčího řízení se současně nachází v působnosti AA/1986/) nebo zajištění listin či jiných důkazních prostředků. Nikomu ovšem tímto postupem nelze uložit více povinností (tj. nemohou být zajištěny jiné důkazy), než jaké by bylo možné uložit v civilního soudním řízení.²⁶⁶ Soudu je také (nestanoví-li dohoda stran jinak) svěřeno provádění následujících procesních opatření: (i) provádění důkazů či svědeckých výslechů, (ii) uchovávání důkazů, (iii) nařízení opatření ve vztahu k majetku, který je předmětem řízení (jeho zajištění, zkoumání, úschova atd.), (iv) prodej zboží, jež je předmětem řízení, (v) vydání předběžného opatření či ustanovení prozatímního správce. V případě hrozícího prodlení může soud jednat výhradně na návrh strany. Pokud nehrozí riziko prodlení, může soud jednat jen na základě vzájemné dohody stran nebo pokud je žádost učiněna se svolením rozhodčího senátu. Soud je oprávněn jednat pouze potud, pokud není k příslušným úkonům oprávněn přímo rozhodčí senát (či jiný subjekt) či v té míře, v jaké ten jednat nemůže.²⁶⁷

²⁶⁵ Článek 42 AA (1996) (cit.): (1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.* (2) *An application for an order under this section may be made (a) by the tribunal (upon notice to the parties), (b) by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties), or (c) where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available.* (3) *The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal's order.* (4) *No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal's order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time.* (5) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*

²⁶⁶ Viz čl. 43 AA (1996).

²⁶⁷ Článek 44 AA (1996) (cit.): (1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.* (2) *Those matters are (a) the taking of the evidence of witnesses, (b) the preservation of evidence, (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings (i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or (ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration, (d) the sale of any goods the subject of the proceedings, (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.* (3) *If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.* (4) *If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.* (5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.* (6) *If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the*

Strany jsou na základě vzájemného souhlasu oprávněny požádat soud o právní stanovisko / výklad k určité otázce. Stejně může být postupováno i se souhlasem rozhodčího senátu a soud takové žádosti vyhová, jestliže vyřešení dané otázky přinese úsporu nákladů a žádost byla učiněna neodkladně. V případě, že se strany dohodly, že se vzdávají nároku, aby součástí rozhodčího nálezu bylo odůvodnění, vzdávají se tím současně také této možnosti žádat soud o předběžný výklad určité právní otázky.²⁶⁸ Rozhodci jsou vázáni postupovat v řízení v souladu s platným právem (zvoleným stranami) a pouze na základě dohody stran na základě jiných pravidel, která strany nebo rozhodčí soud určí. V případě, že strany jakoukoliv dohodu ohledně rozhodného práva neučiní, rozhoduje soud spor na základě práva určeného pomocí kolizních norem, které rozhodci považují za použitelné.²⁶⁹

Pokud jde o rozhodčí nález, je předmětem dohody stran, v jakém rozsahu je rozhodčí senát oprávněn rozhodnout. Obecně přitom platí, že rozhodci jsou oprávněni uložit povinnost k plněním analogicky, jako to činí svými rozhodnutími [obecné] soudy. Je-li je funkce rozhodců časově omezena, může soud tuto lhůtu prodloužit pokud dojde k závěru, že by jinak nebyly dodrženy zásady spravedlnosti. Příslušnou žádost mohou podat jak strany (resp. jedna z nich), tak i rozhodčí senát. V případě, že se strany v průběhu sporu dohodnou na smírném řešení sporu, je možné vydat rozhodčí nález, v němž bude tato dohoda stran zachycena. Takový rozhodčí nález má totožné účiny, jako jakýkoliv jiný rozhodčí nález.²⁷⁰ Zákon stanoví podmínky ohledně formy a obsahu rozhodčího nálezu, které svou povahou odpovídají požadavkům daným na rozsudky obecných soudů a i z tohoto hlediska lze tedy usuzovat na jurisdikční charakter rozhodčího řízení. Způsob doručení rozhodčího nálezu podléhá dohodě stran. Rozhodčí senát může odmítnout doručit / předat stranám rozhodčí nález do okamžiku, dokud nebudou stranami uhrazeny veškeré náklady řízení a odměna rozhodců. V takovém případě může některá ze stran opět požádat (jestliže byly vyčerpány veškeré dostupné prostředky v rozhodčím řízení), aby soud nařídil předání rozhodčího nálezu na základě úhrady jím stanovené částky. Toto ustanovení nikterak nevyklučuje výše popsanou společnou odpovědnost stran za úhradu daných částek tak, jak výše popsáno.²⁷¹

subject matter of the order. (7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

²⁶⁸ Viz Článek 45 AA (1996).

²⁶⁹ Viz Článek 46 AA (1996).

²⁷⁰ Viz čl. 51 AA (1996).

²⁷¹ Článek 56 AA (1996) (cit.): (1) The tribunal may refuse to deliver an award to the parties except upon full payment of the fees and expenses of the arbitrators. (2) If the tribunal refuses on that ground to deliver an award, a party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and the tribunal) apply to the court, which may order that (a) the tribunal shall deliver the award on the

Rozhodčí nález je konečný a závazný pro všechny zúčastněné strany. Tím není dotčeno právo strany použít vůči němu všechny dostupné opravné prostředky, stanovené ať již dohodou stran nebo na základě zákona o rozhodčím řízení.²⁷² Rozhodčí senát dále rozhoduje ohledně nákladů řízení, přičemž právní úprava stanoví, jakých nákladů se rozhodnutí týká, jakým způsobem mají být tyto mezi strany rozděleny, přičemž za podmínky, že taková dohoda je učiněna až po začátku sporu, mohou se strany dohodnout, že veškeré náklady ponese pouze jedna z nich. Není-li dohody stran ohledně toho, jaké náklady řízení lze uplatnit a je tak možné požadovat jejich náhradu, může o této otázce rozhodnout rozhodčí senát. Přitom je současně povinen uvést důvody, svého rozhodnutí a provést specifikaci daných nákladů pro každou stranu sporu. Jestliže nahraditelné náklady neurčí ani rozhodčí senát, může tak na návrh strany učinit soud, nebo případně soud určí způsob, jakým mají být dané náklady určeny. Není-li stanoveno jinak, nahrazují se nebo by se nahrazovat měly v zásadě všechny rozumně vynaložené náklady. V pochybnostech se přitom má za to, že náklady byly vynaloženy účelně. Tato úprava se nedotýká nároku rozhodců, znalců, právních poradců / zástupců jmenovaných či přibraných rozhodčím senátem na úhradu jejich odměny a nákladů.²⁷³ Vzhledem k tomu, že by podle

payment into court by the applicant of the fees and expenses demanded, or such lesser amount as the court may specify, (b) the amount of the fees and expenses properly payable shall be determined by such means and upon such terms as the court may direct, and (c) out of the money paid into court there shall be paid out such fees and expenses as may be found to be properly payable and the balance of the money (if any) shall be paid out to the applicant. (3) For this purpose the amount of fees and expenses properly payable is the amount the applicant is liable to pay under section 28 or any agreement relating to the payment of the arbitrators. (4) No application to the court may be made where there is any available arbitral process for appeal or review of the amount of the fees or expenses demanded. (5) References in this section to arbitrators include an arbitrator who has ceased to act and an umpire who has not replaced the other arbitrators. (6) The above provisions of this section also apply in relation to any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the delivery of the tribunal's award. As they so apply, the references to the fees and expenses of the arbitrators shall be construed as including the fees and expenses of that institution or person. (7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section. (8) Nothing in this section shall be construed as excluding an application under section 28 where payment has been made to the arbitrators in order to obtain the award.

²⁷² Článek 58 AA (1996) (cit.): (1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them. (2) This does not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

²⁷³ Článek 63 AA (1996) (cit.): (1) The parties are free to agree what costs of the arbitration are recoverable. (2) If or to the extent there is no such agreement, the following provisions apply. (3) The tribunal may determine by award the recoverable costs of the arbitration on such basis as it thinks fit. If it does so, it shall specify (a) the basis on which it has acted, and (b) the items of recoverable costs and the amount referable to each. (4) If the tribunal does not determine the recoverable costs of the arbitration, any party to the arbitral proceedings may apply to the court (upon notice to the other parties) which may (a) determine the recoverable costs of the arbitration on such basis as it thinks fit, or (b) order that they shall be determined by such means and upon such terms as it may specify. (5) Unless the tribunal or the court determines otherwise (a) the recoverable costs of the arbitration shall be determined on the basis that there shall be allowed a reasonable amount in respect of all costs reasonably incurred, and (b) any doubt as to whether costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved in favour of the paying party. (6) The above provisions have

anglické koncepcce neodpovídalo zásadám spravedlnosti, pokud by byl rozhodčí senát oprávněn rozhodovat sám o svých nákladech a odměně bez jakékoliv kontroly (přičemž již jen samotná skutečnost, že zákon tuto možnost vůbec připouští, resp. s takovou variantou počítá dokládá, že vztah mezi rozhodcem a stranami nemá výlučně smluvní charakter), stanoví zákon výslovně, že rozhodci mají nárok pouze na jen na rozumné náklady a odměnu, které odpovídají okolnostem. V případě, že ohledně této otázky panuje spor, může se kterákoliv ze stran obrátit na soud se žádostí o určení výše těchto nákladů.²⁷⁴ Tím není nikterak dotčen nárok rozhodců na odměnu.

Rozhodčí nález může být se souhlasem soudu vykonán stejně, jako jsou vykonávány rozsudky [obecných] soudů vydané v civilním řízení. Rozhodčí nález nebude vykonán pokud strana, vůči níž nález směřuje, prokáže nedostatek pravomoci rozhodčího senátu k jejímu vydání.²⁷⁵ Rozhodčí nález může být napaden u soudu dále z tohoto důvodu, tj. pro nedostatek pravomoci rozhodců, samostatně, přičemž zpochybněno může takto být jakékoliv rozhodnutí rozhodčího senátu. Případně lze navrhopvat, aby soud určil, že rozhodčí nález ve věci samé nemá z důvodu nedostatku pravomoci žádné účinky. Soud v takovém případě může rozhodčí nález potvrdit, změnit nebo zrušit.²⁷⁶ Dále mohou být vůči rozhodčímu nálezu vzneseny

effect subject to section 64 (recoverable fees and expenses of arbitrators). (7) Nothing in this section affects any right of the arbitrators, any expert, legal adviser or assessor appointed by the tribunal, or any arbitral institution, to payment of their fees and expenses.

²⁷⁴ Článek 64 AA (1996) (cit.): (1) Unless otherwise agreed by the parties, the recoverable costs of the arbitration shall include in respect of the fees and expenses of the arbitrators only such reasonable fees and expenses as are appropriate in the circumstances. (2) If there is any question as to what reasonable fees and expenses are appropriate in the circumstances, and the matter is not already before the court on an application under section 63(4), the court may on the application of any party (upon notice to the other parties) (a) determine the matter, or (b) order that it be determined by such means and upon such terms as the court may specify. (3) Subsection (1) has effect subject to any order of the court under section 24(4) or 25(3)(b) (order as to entitlement to fees or expenses in case of removal or resignation of arbitrator). (4) Nothing in this section affects any right of the arbitrator to payment of his fees and expenses.

²⁷⁵ Článek 66 AA (1996) (cit.): (1) An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect. (2) Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award. (3) Leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award. The right to raise such an objection may have been lost (see section 73). (4) Nothing in this section affects the recognition or enforcement of an award under any other enactment or rule of law, in particular under Part II of the Arbitration Act 1950 (enforcement of awards under Geneva Convention) or the provisions of Part III of this Act relating to the recognition and enforcement of awards under the New York Convention or by an action on the award.

²⁷⁶ Článek 67 AA (1996) (cit.): (1) *A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court (a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or (b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction. A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).* (2) *The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a*

následující námitky: (i) rozhodčí senát nedostal svým obecným povinností ve smyslu ustanovení sekce 33 zákona, (ii) rozhodčí senát překročil své pravomoci (jinak než překročením své jurisdikce), (iii) průběh řízení nebyl v souladu s dohodou stran, (iv) rozhodčí senát se nevyrovnal se všemi vznesenými nároky, (v) došlo k překročení pravomocí jakéhokoliv subjektu, kterému strany svěřily v souvislosti s řízením nějaké pravomoci, (vi) rozhodčí nález je nejasný nebo rozporný, (vii) rozhodčího nálezu bylo dosaženo podvodným jednáním nebo jiným jednáním v rozporu s veřejným, pořádkem, (viii) nebyly dodrženy požadavky ohledně formy rozhodčího nálezu, (ix) z důvodu jiných nedostatků v řízení nebo pokud jde o samotný rozhodčí nález, pokud jsou tyto přiznány rozhodci nebo jiným subjektem, kterému strany svěřily v souvislosti s řízením nějaké pravomoci. Jestliže soud shledá uplatněné námitky důvodnými, rozhodčí nález vrátí rozhodců, zruší jej nebo prohlásí za neúčinný, přičemž vždy má přednost vrácení rozhodčího nálezu senátu za účelem odstranění nedostatků.²⁷⁷ V neposlední řadě může být rozhodčí nález napaden (po vyčerpání všech opravných prostředků dostupných v rozhodčím řízení) z právních důvodů (což opět potvrzuje charakter rozhodčího řízení jakožto autoritativního nalézání práva), byť jsou zde ohledně této možnosti stanoveny některé restriktice a opravný prostředek je možné podat jen pokud se na tom všechny strany shodnou nebo se souhlasem soudu. Tento opravný prostředek také není přípustný, vzdají-li se strany nároku na odůvodnění rozhodčího nálezu. Soud tento opravný prostředek připustí, jestliže daná otázka zásadně ovlivňuje práva stran, jedná se o otázku, o jejíž vyřešení byl rozhodčí senát

further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction.

(3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order (a) confirm the award, (b) vary the award, or (c) set aside the award in whole or in part. (4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

²⁷⁷ Článek 68 AA (1996) (cit.): (1) *A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award. A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).* (2) *Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant (a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal), (b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67), (c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties, (d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it, (e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers, (f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award, (g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy, (h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or (i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.* (3) *If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may (a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration, (b) set the award aside in whole or in part, or (c) declare the award to be of no effect, in whole or in part. The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.* (4) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*

žádán, na základě zjištění z rozhodčího nálezu dospěl soud k názoru, že rozhodčí senát rozhodl otázku chybně nebo že se jedná o otázku mající veřejnou důležitost a rozhodnutí rozhodců je minimálně vážně zpochybnitelné a přestože byl spor rozhodován v rozhodčím řízení, bylo by nespravedlivé a nepřipadné, pokud by se soud otázkou nezabýval. Jestliže soud opravný prostředek povolí, tak rozhodčí nález buď potvrdí, změní, vrátí nazpět rozhodčímu senátu nebo ho zruší. I zde platí, že před zrušením rozhodčího nálezu má vždy přednost jeho vrácení rozhodčímu senátu za účelem odstranění nedostatků.²⁷⁸

Vzájemnou propojenost rozhodčího řízení a řízení před obecnými soudy, resp. kontrolní funkci, kterou si stát v této souvislosti stále ponechává, je možno pozorovat i z pravomoci obecného soudu samotný rozhodčí nález měnit, přičemž příslušné rozhodnutí soudu má ten samý efekt, jako kdyby se jednalo o přímou část rozhodčího nálezu.²⁷⁹ Budeme-li vycházet z předpokladu, že mezi účastníky rozhodčího řízení panují výhradně soukromoprávní smluvní vztahy, neměla by být připuštěna možnost, aby do řízení zasahovaly, resp. byly oprávněny podávat opravné prostředky vůči rozhodčímu nálezu osoby, které se neúčastnily rozhodčího řízení tak, jak to umožňuje AA(1996). Ten poskytuje subjektu, jež o sobě prohlašuje, že měl být účastníkem rozhodčího řízení, možnost uplatnit ve vztahu k rozhodčímu

²⁷⁸ Článek 69 AA (1996) (cit.): (1) *Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.* (2) *An appeal shall not be brought under this section except (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or (b) with the leave of the court. The right to appeal is also subject to the restrictions in section 70(2) and (3).* (3) *Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties, (b) that the question is one which the tribunal was asked to determine, (c) that, on the basis of the findings of fact in the award (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and (d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.* (4) *An application for leave to appeal under this section shall identify the question of law to be determined and state the grounds on which it is alleged that leave to appeal should be granted.* (5) *The court shall determine an application for leave to appeal under this section without a hearing unless it appears to the court that a hearing is required.* (6) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section to grant or refuse leave to appeal.* (7) *On an appeal under this section the court may be order (a) confirm the award, (b) vary the award, (c) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court's determination, or (d) set aside the award in whole or in part. The court shall not exercise its power to set aside an award, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.* (8) *The decision of the court on an appeal under this section shall be treated as a judgment of the court for the purposes of a further appeal. But no such appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.*

²⁷⁹ Článek 71 odst. 1 a 2 AA (1996) (cit.): (1) *The following provisions have effect where the court makes an order under section 67, 68 or 69 with respect to an award.* (2) *Where the award is varied, the variation has effect as part of the tribunal's award.*

řízení dotazy s tím, že mu (jak výše uvedeno), svědčí také možnost uplatnění totožných opravných prostředků vůči rozhodčímu nálezu (s výjimkou námitky na základě chybného posouzení práva), jaké mají k dispozici strany.²⁸⁰

V neposlední řadě obsahuje předmětná úprava speciální ustanovení ohledně některých zvláštních druhů rozhodčího řízení. Tato speciální ustanovení ovšem nic nemění na výše uvedeném charakteru rozhodčího řízení jakožto autoritativního rozhodování sporů / nalézání práva, když analogie rozhodčího řízení k obecnému soudnímu řízení a snaha státu o zajištění srovnatelných podmínek a procesních práv stran. Přísnější pravidla a pevnější navázání na civilní soudní proces je například stanoveno ve vztahu k tzv. tuzemskému rozhodčímu řízení (analogicky, jako třeba ve Švýcarsku), kde je v některých případech vyloučena možnost dohody stran, že budou některé z výše popsanych podpůrných pravomocí obecných soudů derogovány, resp. suspendovány. Možnost rozhodčího řízení je dále omezena pro některé případy právních závazkových vztahů, jejichž účastníkem je spotřebitel (ať již spotřebitel jako fyzická, či jako právnická osoba). V podstatě zde dochází k rozšíření Nařízení o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.²⁸¹ s tím, že nepřiměřenou / nespravedlivou podmínkou se zde rozumí sjednání rozhodčí smlouvy ve vztahu k finančním nárokům nepřesahujícím určitou specifickou částku. Vymezení konkrétních podmínek je svěřeno prováděcím předpisům.²⁸² Speciální úprava se také vztahuje k případům, kdy je funkci rozhodce zastává soudce²⁸³ a vedení rozhodčího řízení na základě zákona,²⁸⁴ přičemž v obou případech není nejmenší pochyb o tom, že v těchto případech je uplatňována a delegována státní moc a že charakter těchto řízení je čistě jurisdikční.

I.2.9. [USA] [SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ]

²⁸⁰ Článek 72 AA (1996) (cit.:) (1) *A person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, or (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement, by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief. (2) He also has the same right as a party to the arbitral proceedings to challenge an award (a) by an application under section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction in relation to him, or (b) by an application under section 68 on the ground of serious irregularity (within the meaning of that section) affecting him, and section 70(2) (duty to exhaust arbitral procedures) does not apply in his case.*

²⁸¹ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*

²⁸² Viz čl. 89-91 AA (1996).

²⁸³ Viz čl. 93 AA (1996) a příloha č. 2 zákona, z ní např. vyplývá, že takovýto soudce ú rozhodce je oprávněn k převzetí a výkonu podpůrných funkcí obecných soudů.

²⁸⁴ Viz čl. 94-98 AA (1996).

V [USA] je rozhodčí řízení na federální úrovni upraveno v The Federal Arbitration Act, který je součástí U.S.C. U.S.C. (United State Code), Title 9. Tato úprava byla přijata již v roce 1925. Tato úprava se vztahuje na větší část rozhodčích řízení konaných na území Spojených států amerických, když v praxi je jeho aplikační podmínka, tj. že se musí jednat o spor vyplývající z „mezistátního“ obchodu (interstate commerce) vykládána velmi široce a pro legislativu jednotlivých států upravující rozhodčí řízení tak zbývá pouze velmi malý prostor. Větší část států má rozhodčí řízení upraveno tím, že přijala UAA [USA]. Tento vzorový předpis (vzorová legislativní předloha) byl původně schválen v roce 1955 a jeho revidovaná verze byla přijata v roce 2000 (výrazem větší část států se tak myslí všechny státy, které přijaly některou z verzí UAA [USA], nikoliv pouze ty, které do svého právního řádu zařadily jeho revidovanou verzi).

Zejména [USA] je za základ rozhodčího řízení považována dohoda stran o způsobu řešení sporu (založená na smluvní volnosti stran disponovat předmětem obchodního závazkového vztahu, který mezi nimi vznikl). Spojené státy jsou tak typickým příkladem státu chápajícího rozhodčí řízení ve smyslu smluvní teorie. Rozhodčí řízení je koncipováno jako čistě smluvní věc mezi soukromými subjekty / stranami smlouvy. Na jednu stranu je možno pozorovat neustálé zvětšování významu a četnosti tohoto způsobu řešení sporu. Konečně americké soudy v drtivé většině rozhodnutí zastávají při rozhodování ohledně platnosti rozhodčích doložek názor, že v případě pochybností o tom, zda má být určitý spor řešen v rámci rozhodčího řízení, mělo by být rozhodnuto ve prospěch rozhodčího řízení a strany by na tento způsob řešení sporu měly být odkázány. Opačnou stranu tohoto přístupu představuje zásada, podle které nemůže být nikdo nucen přistoupit na rozhodování sporu v rozhodčím řízení, pokud k tomu nedá výslovný souhlas. Na rozdíl od kontinentální Evropy, kde se již některé návrhy v tomto směru objevily, by zde pravděpodobně nebyla možná úprava, kdy by za určitých okolností bylo možné řešit spor výhradně pomocí rozhodčího řízení. V této souvislosti lze z novější doby jmenovat např. návrh, který byl projednáván v [CZE] a týkající se sporů ve zdravotnictví mezi pacienty, zdravotními pojišťovnami a zdravotnickými zařízeními, kdy pokud by to pacient přál, měla být zavedena povinnost pojišťoven a zdravotnických zařízení se rozhodčímu řízení podrobit. Ačkoliv k přijetí tohoto návrhu nedošlo (a teprve praxe ukáže, zda dojde k rozšíření tohoto způsobu řešení sporů v dané oblasti a v jaké míře budou dané subjekty ochotny se rozhodčímu řízení podrobit), je zřejmé, že ve státech klonících se k jurisdikční / judiciální teorii je představa svěřeni řešení určitého druhu sporů (resp. sporů vzniklých z určitého konkrétního typu právních závazkových vztahů) výhradně do působnosti rozhodčího řízení akceptovatelnou státem aprobovanou variantou k soudnímu řízení.

S ohledem na smluvní charakter rozhodčího řízení je v [USA] požadována také dohoda stran ve smyslu, že výsledek rozhodčího řízení má pro ně být závazný, konečný a budou se jím řídit. Americký federální zákon o rozhodčím řízení tak v části 9 upravuje postup, na základě něhož příslušný soud potvrdí vydaný rozhodčí nález. Konkrétně se zde stanoví, že příslušný návrh na vydání rozhodnutí o potvrzení / uznání rozhodčího nálezu musí být podán do jednoho roku od jeho vydání (v rozhodčí doložce je možné sjednat příslušnost konkrétního soudu). Platí, že soud je povinen požadované rozhodnutí vydat za předpokladu, že neexistují žádné důvody dané tímto zákonem, na jehož základě by mohl být rozhodčí nález zrušen. Zákon dále specifikuje soudní příslušnost za předpokladu, že strany v rozhodčí smlouvě konkrétní soud neurčí. V neposlední řadě tato právní úprava stanovuje pravidla pro doručování, v souladu s nimiž bude soud informovat druhou stranu o podaném návrhu na uznání rozhodčího nálezu (přičemž tato pravidla jsou speciálně upraveny pro případy kdy je druhá strana residentem státu, jehož soud o uznání rozhoduje a pro případy, kdy druhá strana takovým residentem není).²⁸⁵

Dále jsou konkrétně specifikovány formální podmínky pro podání uvedené žádosti, zejména je proveden jejich příloh. Část 13 FAA stanoví, že rozhodnutí bude vedeno jako jakýkoliv jiný rozsudek vydaný v řízení před soudem. Stejně tak má dané rozhodnutí stejný efekt a sílu a je podřazen právní úpravě týkající se rozsudků vydaných soudními orgány a může být vykonán stejně tak, jako by byl vydán v rámci soudního řízení²⁸⁶. V části 16 je dále stanovena, proti kterým rozhodnutím vydávaným soudy ve vztahu k rozhodčímu řízení je možné podat opravný prostředek a vůči kterým nikoliv. Výslovně se stanoví,²⁸⁷ že výkon rozhodčích doložek, potvrzení

²⁸⁵ If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court.

²⁸⁶ The judgment shall be docketed as if it was rendered in an action. The judgment so entered shall have the same force and effect, in all respects, as, and be subject to all the provisions of law relating to, a judgment in an action; and it may be enforced as if it had been rendered in an action in the court in which it is entered.

²⁸⁷ Viz část 15 - Enforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine.

rozhodčího nálezu a výkon rozsudků založených na rozhodnutí, kterým byl rozhodčí nález potvrzen, nemohou být odmítnuty na základě Act of State doctrine (tj. doktríny podle které nemohou soudy jednoho státu zasahovat do státní svrchovanosti jiného státu).²⁸⁸ Obecné soudy jsou na návrh strany příslušné k jmenování rozhodce, pokud z jakéhokoliv důvodu nebude sjednaný způsob jmenování rozhodců dodržen. Z výše uvedeného a z relativně rozsáhlé kontrolní funkce soudů vůči rozhodčímu řízení je tedy zřejmé, že rozhodčí řízení je v [USA] chápáno výhradně jako soukromoprávní dohoda účastníků závazkového obchodního vztahu. FAA [USA] ostatně takovou dohodu výslovně podřizuje obecným zásadám smluvního práva, když ve své části 2 stanoví, že dohody o řešení sporu v rozhodčím řízení (ať již ve formě rozhodčí doložky obsažené v hlavní smlouvě nebo ve formě samostatné rozhodčí smlouvy, jsou platné, neodvolatelné a vykonatelné / vynutitelné, pokud neexistuje zákonný důvod nebo důvod dle zásad spravedlnosti, na jehož zásadě by došlo ke zrušení jakékoliv smlouvy.²⁸⁹ V neposlední řadě zákon upravuje vztah, pokud jde o rozhodčí řízení spadající do působnosti (i) NYConv. a (ii) Panamerické úmluvy o mezinárodním rozhodčím řízení v obchodních věcech z 30. ledna 1975. Podle judikatury pravidlo, že pokud dané úmluvy nestanoví jinak, použije se i na rozhodčí řízení spadající do jejich působnosti obecná úprava rozhodčího řízení ve smyslu FAA [USA] tak, jak byly tyto zásady výše popsány, bylo potvrzeno bohatou judikaturou.

Výše uvedené ovšem neznamená, že by [USA] nebyl nikterak zohledněn speciální charakter rozhodčího řízení, když se na jednu stranu vychází z toho, že rozhodci nezastávají žádný veřejný úřad, na druhou stranu je ovšem mžné obecné zásady týkající se soudů a soudců analogicky aplikovat také na rozhodce. Poukázat lze např. na rozhodnutí soudu státu Massachusetts z roku 1884 ve věci Hoosac Tunnel Dock & Elevator. Co. v O'Brian,²⁹⁰ kde soud vyslovil názor, že rozhodce je quasi-soudní činitel [...]. vykonávající soudní funkce. V jeho případě existují stejně tak důvody

²⁸⁸ Jedná se o doktrínu, která byla soudy spojených států amerických poprvé uznána v rozhodnutí ve věci *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897), kde bylo konstatováno, že (v orient. překladu, cit.:) „[...]Každý suverénní stát je povinen respektovat nezávislost každého jiného suverénního státu a soudy jedné země nebudou rozhodovat ve věci kroků vydaných vládou druhé země, učiněných na jejím území.[...] V originálním znění (cit.:) “[...]Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory. [...]”

²⁸⁹ A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

²⁹⁰ Rozhodnutí publikováno in: 137 Mass 424 (1884) 426

pro ochranu a zajištění jeho nestrannosti, nezávislosti a svobody před nepřipustnými vlivy, jako v případě soudce nebo porotce.²⁹¹

II. Rozhodnutí Court of Appeal (Civil Division) ve věci Jivraj a jeho [možné] důsledky

II.1. Rozhodnutí ve věci Sadruddin Hashwani v. Nurdin Jivraj (věc Jivraj)

Není zřejmě žádného období, kdy by v posledních letech nebyla odborná veřejnost navýsost zaměstnána odbornými úvahami o možných důsledcích některého významného rozhodnutí v souvislosti s rozhodčím řízením. Zatímco evergreenem loňského léta bylo bezpochyby rozhodnutí ESD ve věci West Tankers, analogickou pozornost si zcela jistě zasluhuje rozhodnutí anglického Court of Appeal (Civil Division) z 22. června 2010 ve věci Sadruddin Hashwani v. Nurdin Jivraj (dále jen věc nebo rozhodnutí Jivraj).²⁹² V předmětné věci šlo tedy již o druhostupňové rozhodnutí.²⁹³ Dlužno ovšem podotknout, že jde o rozhodnutí vskutku překvapivé.

Odvolací soud vyslovil názor, že účastníci rozhodčí smlouvy obsažené v obchodní [komerční] smlouvě nemohou sjednat, že rozhodčí senát bude sestávat z členů určité náboženské skupiny. Takové ujednání podle odvolacího soudu totiž porušují anglické Předpisy o rovnoprávnosti v pracovněprávních vztazích (náboženství nebo víra) z roku 2003 (Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003), které se vztahují na všechny formy pracovněprávních vztahů v nejširším smyslu slova, včetně poskytování služeb na základě jakéhokoli typu smlouvy.

²⁹¹ Právní věta v orig. znění (cit.:) “[...] *An arbitrator is a quasi-judicial officer [...] exercising judicial functions. There is as much reason in his case for protecting and insuring his impartiality, independence and freedom from, undue influence, as in the case of a judge or juror. [...]*”

²⁹² Rozhodnutí spisové značky A2/2009/1963 publikované in: [2010] EWCA Civ. 710 jako společné rozhodnutí soudců ctihodnosti Moore-Bick, Aikens L., J., J. a Sira Richarda Buxtona. Jedno z prvních shrnutí bylo publikováno teprve v listopadu 2010 například in: *Arbitration Law Monthly*, 2010, rč. 10, č. 10, s. 6-7. Je téměř jisté, že se v nejbližší době budeme moci dočkat řady publikovaných rozborů a komentářů.

²⁹³ V prvním stupni rozhodovala jeho ctihodnost, soudce David Steel. Prvostupňové rozhodnutí publikováno in: [2009] EWHC 1364 (Comm)

Za předpokladu, že rozhodce souhlasí s osobním výkonem práce, spadá (podle názoru soudců) poskytování jeho služeb pod definici „pracovní vztah“, čímž se tedy účastník, který jej jmenoval, stává z daného pohledu jeho zaměstnavatelem a rozhodce je zaměstnancem. Dále vzhledem k tomu, že rozhodčí doložka požaduje, aby oba účastníci odmítli, případně úmyslně nenabídli, práci rozhodce jakékoli osobě, která není členem ismailské komunity, představovalo by splnění podmínek této doložky úkon odporující ustanovením předpisu 6 odst. 1. V důsledku těchto závěrů, které svou striktností překvapily zřejmě celou odbornou veřejnost, je dle odvolacího soudu rozhodčí doložka neplatná (neplatná od samotného počátku / nulitní). Výjimku podle předpisů o zákazu diskriminace zde dle odvolacího soudu není možné použít. Bývalo by to bylo možné, kdyby rozhodčí doložka zmocňovala rozhodčí senát k jednání podle zásad spravedlnosti (*ex aequo et bono*). V tomto případě by totiž bývalo bylo možné prokázat, že pouze u ismaility lze předpokládat, že uplatní morální zásady a chápání spravedlnosti a poctivosti, které jsou v rámci uvedené komunity všeobecně uznávány jako zásady platné pro členy a vztahy mezi nimi. Soud v této souvislosti dodal, že rozhodčí doložka je nepřijatelná (nulitní, neplatná od samého počátku) v plném rozsahu, neboť pokud by byl vyčleněn požadavek, aby byli rozhodci členy ismailské komunity, pak by zbývající část doložky byla podstatně jiná, než v jaké podobě jejich účastníci původně zamýšleli.

Bez ohledu na to, že anglická doktrína tradičně (formálně co do prohlášení anglických komentátorů a soudců) zastává doktrínu smluvní, a to jak pokud jde o základ pro rozhodčí řízení, tak pokud jde o vztah mezi rozhodci a stranami, byl natolik extenzivní výklad anglických soudců v dané věci bezmála šokující i pro anglickou odbornou veřejnost, natož pak odbornou veřejnou z jiných zemí. S ohledem na možné zásadní důsledky do praxe rozhodčích smluv, které by dané rozhodnutí mohlo mít v případě, že mu se předmětný názor ujal též v unijním kontextu, bylo také nezbytné podívat se poněkud obšírněji na podstatu rozhodčího řízení a vztahu mezi rozhodci a stranami v průřezu celé řady zemí s významnou „arbitrážní kulturou“. Tím se autor omlouvám za poněkud rozsáhlejší úvodní část tohoto příspěvku, která však představuje nezbytný teoretický i praktický základ pro důsledné pochopení všech důsledků, které by rozhodnutí Jivraj minimálně pro evropskou praxi rozhodčího řízení mohlo mít. Konečně obecně se počítá s tím, že bude-li věc předložena House of Lords, požádá zcela zřejmě tento orgán ESD o vyjádření k předběžné otázce (předběžným otázkám) souvisejícím s danou materií. O to více je však důležité, aby byla zahájena kvalifikovaná a široká diskuse v této věci ještě před tím, než se tak stane a pokud se tak stane.

II.2. Ze skutkového stavu případu Jivraj

V lednu 1981 uzavřeli odvolatel pan Nurdin Jivraj a odpůrce pan Sadruddin Hashwani smlouvu o společném podniku týkající se investice do nemovitostí v různých částech světa. Rozhodčí doložka obsažená v čl. 8 předmětné smlouvy byla sjednána v následujícím znění (v orient. překladu:) „(1) Jestliže kdykoli po uzavření této smlouvy vyvstane jakýkoli spor, rozpor nebo sporná záležitost mezi investory ve vztahu k výkladu této smlouvy nebo týkající se jakéhokoliv ustanovení této smlouvy nebo ve vztahu k právům, povinnostem nebo závazkům investorů nebo kteréhokoli z nich, případně pokud tyto vyplynou (zejména) z jakýchkoli obchodních transakcí nebo aktivit společného podniku touto smlouvou vytvořeného, takový spor, rozpor nebo sporná záležitost budou předloženy [...] třem rozhodcům (rozhodujícím většinou), z nichž každá ze smluvních stran smlouvy jmenuje jednoho s tím, že třetím rozhodcem bude aktuální prezident Národní rady H.H. Aga Khan pro Spojené království. Všichni rozhodci budou respektovanými členy ismailské komunity a držiteli vysoké funkce v rámci této komunity. (2) Rozhodčí řízení bude probíhat v Londýně a rozhodčí nález bude konečný a závazný pro obě strany.“

V roce 1988 se smluvní strany rozhodly svůj společný podnik ukončit. Jmenovaly tři členy ismailské komunity smírčím panelem, který jim bude pomáhat při rozdělení majetku, ovšem určité otázky zůstaly nevyřešeny. Záležitost poté byla odložena až do července 2008, kdy právní zástupci jednající za pana Hashwani oslovili písemně pana Jivraje a uplatnili nárok na úhradu 1 412 494 GBP spolu s úrokem. Současně ho informovali o jmenování i jako rozhodce podle čl. 8 dohody. Vyzvali pana Jivraje, aby do sedmi dnů jmenoval rozhodce. Pan Jivraj zareagoval tím, že zahájil řízení u Obchodního soudu (2008 spis 1028), v němž se dožadoval prohlášení neplatnosti jmenování Sira Anthonyho proto, že ten není členem ismailské komunity. O šest týdnů později pan Hashwani navrhnul vydání rozhodnutí o jmenování Sira Anthonyho jediným rozhodcem podle ustanovení čl. 18 odst. 2 AA (1996) (k této koncepci konstituování rozhodčího fóra viz podrobně v předchozích částech tohoto příspěvku). Návrh byl uplatněn na základě toho, že požadavek, aby byli rozhodci členy ismailské komunity, ač platný v době uzavření smlouvy, se měl stát nezákonným a je neplatný a nulitní (nicotný, neplatný od samého počátku), neboť je v rozporu s Předpisy o rovnoprávnosti v pracovněprávních vztazích (náboženství nebo víra) z roku 2003 (dále označované jen jako „Předpis“). Pan Hashwani dokládal svá tvrzení v této věci odvoláním na Zákon o ochraně lidských práv z roku 1998²⁹⁴ a veřejný pořádek.

²⁹⁴ *Human Rights Act 1998.*

II.3. Anglická úprava a právní předpisy EU ohledně diskriminace v pracovněprávních vztazích

Základ svého právního názoru spatřují [odvolací] soudci ve věci Jivraj především v definici „zaměstnavatele“ a „pracovního poměru“ tak, jak tyto pojmy specifikuje čl. 2 odst. 3 Předpisu. „Zaměstnavatel“ je totiž definován jako [...]osoba, která se v jakoukoli dobu snaží zaměstnat jinou osobu, zahrnují osobu, která v dané době nemá žádné zaměstnance.[...] „Pracovní poměr“ je přitom definován jako [...]pracovní vztah podle smlouvy o poskytování služeb nebo o učebním poměru nebo smlouvu o osobním výkonu jakékoli práce, a související výrazy budou vykládány v souladu s touto definicí;[...].

Tytéž předpisy pak zakazují diskriminaci, k nimž dochází mimo jiné, pokud:

na základě náboženství nebo víry zachází zaměstnavatel se zaměstnancem méně příznivě, než zachází nebo by zacházela s jinými osobami;

za protiprávní se označuje jednání, kdy zaměstnavatel ve vztahu k pracovnímu poměru u něj v podniku na území Velké Británie diskriminuje osobu (a) v ujednáních, která činí pro účely rozhodnutí o tom, komu by měl nabídnout zaměstnání/pracovní poměr; nebo (b) v podmínkách, za nichž nabízí dané osobě zaměstnání/pracovní poměr; nebo (c) tím, že odmítne nabídnout, případně záměrně nenabídne, takové osobě zaměstnání/pracovní poměr.

Jediný případ výjimky jen teoreticky podle soudu použitelný pro daný případ, by byla situace, kdy (v orientačním překladu, cit. :) „[...]má zaměstnavatel hodnotový systém založený na náboženství nebo víře a s ohledem na daný hodnotový systém a na povahu pracovního vztahu nebo kontext, v němž je tento vykonáván a (a) určité náboženské vyznání nebo víra jsou autentickým pracovním požadavkem pro danou práci; (b) je přiměřené v konkrétním případě daný požadavek použít; a současně (c) buď (i) osoba, na niž je tento požadavek použit, jej nesplňuje, nebo (ii) zaměstnavatel není spokojen – a za všech okolností je jeho nespokojenost odůvodněná – s tím, že daná osoba tento požadavek nesplňuje.“

Předmětné Předpisy byly původně koncipovány za účelem implementace Směrnice Rady Evropy 2000/78/EC, která vytvořila všeobecný rámec pro rovnoprávné zacházení v pracovněprávních vztazích a zaměstnání (dále Směrnice). Základním výkladovým standardem pro anglické soudce byl cíl a účel Směrnice.²⁹⁵

Společným východiskem pro právní závěry soudců anglického odvolacího soudu ve věci *Jivraj* bylo rovněž to, že přestože byla rozhodčí smlouva z jakéhokoli úhlu pohledu zákonná v době jejího uzavření, nyní také podléhá ustanovením Předpisů. Rozhodující je tedy podle soudců právní stav v době jejich rozhodování a nikoliv v době uzavření rozhodčí smlouvy. Samozřejmě se ihned naskýtá otázka, do jaké míry lze vůbec přijmout takový zcela zřejmě retroaktivní výklad pokud si uvědomíme, kdy byla rozhodčí smlouva uzavřena (viz výše pokud jde o sumarizaci skutkového stavu ve věci *Jivraj*). V tomto směru soudci uvedli, že je nezbytné odkázat podrobně na úvodní ustanovení Směrnice až do poznámky že jsou v nich její cíle vyjádřeny velice obširně.²⁹⁶ To podle soudců naznačuje, že jejím účelem je zakázat diskriminaci všude, kde existuje ve vztahu k pracovněprávním vztahům a zaměstnání a v jakékoli formě.

Směrnice se podle soudců zabývá diskriminací na základě náboženského vyznání nebo víry, postižení, věku nebo sexuální orientace. Je proto podle nich [podle soudců odvolacího soudu ve věci *Jivraj*] svým rozsahem

²⁹⁵ Soudci odvolacího soudu se odvolali především na rozhodnutí ESD ve věci *Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional de Alimentacion S.A.*, publikované in: [1990] ECR I-4135. Současně za zarážející příklad toho, kam až může soud zajít v uvádění daného principu v platnost, považují soudci ve věci *Jivraj* případ *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* (rozhodnutí publikováno – tzv. *neutrální citace* - in: [1990] 1 A.C. 546).

²⁹⁶ Soudci odvolacího soudu zohledňovali především tato ustanovení Směrnice:

Článek 1: Účel - *Účelem této Směrnice je vytvořit všeobecný rámec pro potírání diskriminace na základě náboženského vyznání nebo víry, postižení, věku nebo sexuální orientace ve vztahu k pracovněprávním vztahům a zaměstnání, a to s cílem uvést v členských státech v platnost princip rovnoprávného zacházení.*

Článek 2 - Koncepce diskriminace – (1.) *Pro účely této Směrnice „princip rovného zacházení“ znamená, že nebude existovat vůbec žádná přímá ani nepřímá diskriminace z jakéhokoli důvodu uvedeného v Článku 1. [...].*

Článek 3 – Působnost – (1) *V rámci hranic kompetencí delegovaných na Společenství se tato Směrnice vztahuje na všechny osoby, a to jak v sektoru veřejném, tak soukromém, včetně státních orgánů, ve vztahu k níže uvedenému: (a) podmínky přístupu k zaměstnání, samostatné výdělečné činnosti nebo povolání, včetně výběrových kritérií a náborových podmínek, ať už v jakémkoli oboru činnosti a na všech úrovních profesní hierarchie, včetně povýšení; (b) přístup ke všem typům a úrovním odborného vedení, odborného zaškolování, pokročilého odborného zaškolování a přeškolení, včetně praktických pracovních zkušeností; (c) zaměstnání a pracovní podmínky, včetně propuštění a platu; (d) členství nebo účast v organizaci pracovníků nebo zaměstnavatelů, případně v jakékoli organizaci, jejíž členové vykonávají určitou profesi, včetně výhod poskytovaných dané organizaci.“*

mnohem širší než Předpisy, které se zabývají pouze diskriminací na základě náboženského vyznání nebo víry. Vysvětlení spočívá ve skutečnosti, že Spojené království již zavedlo předpisy ohledně boje proti diskriminaci z většiny jiných důvodů, kterých se Směrnice dotýká, v souvislosti se zaměstnáním a povoláním. Diskriminace na základě pohlaví a sexuální orientace byla postavena mimo zákon Zákonem o diskriminaci na základě pohlaví z roku 1975,²⁹⁷ diskriminace na základě rasy Zákonem o rasových vztazích z roku 1968 a z roku 1976, a diskriminace na základě postižení Zákonem o diskriminaci na základě postižení z roku 1995.²⁹⁸ Pro zajištění úplného naplnění Směrnice byla stále ještě požadována legislativa zabývající se diskriminací na základě věku a náboženského vyznání nebo víry. Předpisy se zabývají diskriminací na základě náboženského vyznání nebo víry a diskriminace na základě věku je nyní ošetřena Předpisy o rovnoprávnosti v pracovněprávních vztazích (věková rovnoprávnost) z roku 2006.²⁹⁹

Formální stránka Předpisů se podle soudců odvolacího soudu podobá předchozím zákonům, zejména pokud jde o definici „zaměstnání“ také jako smlouvy o osobním provedení práce jakéhokoli druhu. Navíc podle soudců jazyk čl. 6 Předpisu je stejný, případně se v žádných podstatných ohledech neliší, jako jazyk užívaný v ostatních zákonech zabývajících se diskriminací. Z toho podle soudců vyplývá, že Předpisy je nutno chápat jako komplementární ke všem ostatním zákonům zakazujícím diskriminaci a že vzhledem k tomu jejich odvolací rozhodnutí ve věci Jivraj má mnohem širší obecnější význam. Tím zcela jednoznačně a snad i naštěstí otevřel odvolací soud možnost, aby bylo rozhodnutí podrobeno dalšímu přezkumu, byť již jen fakt, že jde nyní o rozhodnutí odvolacího soudu, je vysoce alarmující pro celou „arbitrážní praxi“. Toto jednotné pojetí práva týkajícího se všech oblastí, v nichž je zakázána diskriminace, byla podle soudců naposledy prosazena Zákonem o rovném zacházení z roku 2010,³⁰⁰ jehož kapitola 1 rozšíří po vstoupení v platnost její ustanovení na všechny případy chráněné dřívější právní úpravou.

II.4. Zásadní rozdíly ohledně skutkového a právního posouzení prvostupňovým soudcem a soudci odvolacího soudu

II.4.1. Věcný rozsah Předpisů

²⁹⁷ Sex Discrimination Act (1975).

²⁹⁸ Disability Discrimination Act (1995).

²⁹⁹ Employment Equality (Age) Regulation (2006).

³⁰⁰ Equality Act (2010).

Soudce prvostupňového soudu (David Stell) vyslovil názor, že Předpisy se nevztahují na rozhodce, protože ti nejsou zaměstnanci, a že v Zákoně o ochraně lidských práv ani veřejném pořádku neexistuje nic, co by učinilo neplatným nebo nevymahatelným požadavek, aby rozhodci byli členy ismailské komunity. Proto vydal rozhodnutí o tom, že jmenování Sira Anthony Colmana je neplatné, a zamítl nárok pana Hashwani. V žádném případě však nezpochybnil platnost (účinnost) rozhodčí smlouvy. Ve svém rozhodnutí prvostupňový soudce (D. Stell) vyjádřil rovněž názor, že i kdyby se Předpisy na případ vztahovaly, jedná se o případ, který spadá mezi výjimky z Předpisu (čl. 7). Ten se týká případů, kdy konkrétní náboženské vyznání nebo víra představují skutečný požadavek „nezbytný pro výkon povolání“. Nakonec vyjádřil soudce Stell názor, že požadavek, aby byli rozhodci členy ismailské komunity, není možné oddělit od zbývajících částí doložky a že pokud by byl neplatný, byla by neplatná rozhodčí doložka jako celek. Soudce prvostupňového soudu sám odmítl povolit odvolání; toto povolení však udělil samotný odvolací soud ve vztahu k následujícím sporným bodům: (i) zda požadavek, aby byli rozhodci členy ismailské komunity, spadá pod ustanovení předpisu 6 odst. 1; pokud ano, (ii) zda také spadá pod předpis 7; a pokud ne, (iii) zda může být oddělen od zbývajících částí doložky. Přípustnost odvolání byla zamítnuta ohledně nároků na základě Zákonu o ochraně lidských práv.

II.4.2. Široký výklad pojmu zaměstnanec a smluvní charakter vztahu mezi rozhodcem a stranami

Zcela zásadní otázka je zcela zřejmě a každému na první pohled patrné, definování a charakterizování postavení rozhodce z pohledu jeho vztahu ke stranám a přirozeně z pohledu Předpisů, resp. Směrnice.

Soudce Steel (prvostupňový soudce) dospěl jednoznačně k závěru, že rozhodce pod rozsah zaměstnance ani podle Předpisů, ani podle Směrnice nespadá. Konečně, nelze nevidět, že zřejmě ve stejném duchu se na všech fórech, kde je dané rozhodnutí diskutováno, vyjadřuje odborná veřejnost.³⁰¹ Prvostupňový soudce dospěl k závěru, že ve Směrnici není nic, co by

³⁰¹ V diskusi u kulatého stolu pořádaného pod gescí kanadského národního výboru ICC dne 1. října 2010 v předvečer zahájení Kongresu IBA(2010) konaném v tomto roce v kanadském Vancouveru zaznelo z úst jednoho z diskutujících toto (volná interpretace autorem) „Nenáleží nám zpochybňovat rozhodnutí anglických soudců, avšak je zcela zřejmé, že soudci odvolacího soudu se zřejmě mýlí“. Jen steží se lze setkat v turbulentních diskusích ohledně daného rozhodnutí, které zcela pochopitelně ještě nemohly být vyjádřeny v publikované podobě, s názorem jiným.

zakazovalo diskriminaci při angažování osoby k poskytování osobních služeb nebo práce jinak než jako zaměstnance a současně konstatoval, že charakter vztahu mezi rozhodcem a účastníky sporu není vztahem pracovním, ať již ve smyslu konvenčním, nebo ve smyslu Předpisů. Přitom byl ovlivněn charakterem funkce rozhodce, kterou přirovnal k funkci soudce, a z pohledu skutečnosti, že soudci, smírčí soudci a osoby v podobném postavení se obvykle nepovažují za zaměstnance.³⁰²

Odvolací soud se ztotožnil s názorem žaloby, že se prvostupňový soudce příliš soustředil na charakter role rozhodce a nerozpoznal, že Směrnice a Předpisy se mají použít pro všechny formy zaměstnání v nejširším slova smyslu, včetně poskytování služeb na základě jakéhokoli typu smlouvy. Předpisy se podle nich vztahují i na jmenování rozhodce, protože osoba, která jmenuje jinou osobu, aby jednala v této pozici, tuto osobu zaměstnává za účelem poskytování služeb. „Zaměstnání“ je pro tyto účely podle odvolacího soudu v Předpisech definováno také jako smlouva o osobním provedení jakékoli práce, a „práce“ v tomto kontextu pokrývá i poskytování služeb jakéhokoli druhu. Přesný charakter vztahu mezi rozhodcem a účastníky sporu je podle odvolacího soudu irelevantní; podstatné je, že tento vztah vyplývá ze smlouvy, na jejímž základě souhlasí rozhodce s tím, že rozhodne ve sporu mu předloženému.

Odvolací soud se též vyjádřil v tom smyslu, že ať je správná analýza povahy tohoto vztahu jakákoli, případ, v němž není podložena nějakým typem smlouvy, musí být velice vzácný. Rozhodce obvykle předpokládá, že bude za své služby placen, a soudci pochybují, zda jeho právo požadovat odměnu může být založeno na něčem jiném než na smlouvě, která vznikla mezi ním a každým z účastníků. Tvrdí, že toto byl zajisté dosud přijímaný názor.³⁰³ Tím ovšem podle druhostupňových soudců není řečeno, že když rozhodce přijme svou pravomoc, nepřijímá určitý status, který určuje některé aspekty jeho pravomocí a povinností.³⁰⁴ Ovšem ve většině případů přijímá tento statut pouze jako výsledek uzavření smlouvy o této činnosti. Otázka, kdy a jak přesně smlouva vzniká, je podle soudců odvolacího soudu v dané souvislosti nepodstatná.

³⁰² Přitom se odvolal na tuto judikaturu:

- Rozhodnutí ve věci *Knight v. A-G*, publikované in: [1979] I.C.R. 194 (ohledně smírčích soudců);
- Rozhodnutí ve věci *Perceval Price v. Department of Economic Development*, publikované in: [2000] IRLR 380 (ohledně postavení předsedy senátu) a
- rozhodnutí *Department for Constitutional Affairs v. O'Brien*, publikované in: [2008] EWCA Civ 1448 (ohledně postavení soudních úředníků).

³⁰³ Viz rozhodnutí ve věci *K/s Norjarl A/s v. Hyundai Heavy Industries Co Ltd*, publikované in: [1991] 1 Lloyd's Rep. 524, na něž se ostatně odvolal také soudce D. Steel (první stupeň).

³⁰⁴ Soudci odvolacího soudu se mj. odvolávají na publikovaný názor: MUSTILL; BOYD; *Commercial Arbitration*, 2. vyd., s. 220.

II.4.3. Kritická absence posouzení rozdílů mezi okamžikem uzavření [případné] smlouvy a jejím plněním

Právě s posledně tvrzeným autor tohoto příspěvku nemůže souhlasit. Právě okamžik vzniku případné smlouvy mezi rozhodci a stranou (stranami), pokud bychom vůbec připustili smluvní charakter tohoto vztahu (takto ostatně daný vztah anglické právo skutečně vykládá, je zcela zásadní. Jde totiž zcela zřejmě o poslední okamžik, kdy se v tomto vztahu projevují klasické prvky vztahu smluvního. Samotné plnění dané smlouvy (jde-li vůbec o smluvní vztah), tj. vše, co následuje po okamžiku jejího uzavření, se již z typické smluvní praxe vymyká. Přetrvává sice závazek plnění, zcela zde však absentuje něco, co je typické pro vztahy pracovněprávní, resp. pro vztahy obdobné. Nenalzáme zde totiž prvek podřízenosti. Pokud se totiž soudci odvolacího soudu ve věci *Jivraj* zabývali poměrně velmi podrobně účelem Směrnice, opomněli něco, co je považováno za zcela axiomní součást výkladu a aplikace komunitárních (unijních) předpisů, totiž jejich autonomní výklad. Z autonomního výkladu pak dospějeme k jednoznačnému závěru, že u pracovněprávních, resp. obdobných vztahů musí být dán minimálně prvek závislosti zaměstnance při výkonu jeho práce. Takový závěr však u činnosti rozhodců nelze v žádném případě připustit. Pokud bychom něco takového připustili, zcela bychom eliminovali základní zásadu rozhodčího řízení, totiž nezávislost rozhodců při výkonu jejich funkce. Již jen tento jeden argument dle názoru autora zcela neguje závěry soudců anglického odvolacího soudu. Rovněž z toho důvodu je více než problematické přijmout to, že se soudci vůbec nezabývali a očividně též odmítli zabývat (resp. nevyhodnotili jako významný) okamžikem uzavření oné smlouvy, a to především ve srovnání s plněním povinností rozhodce, tj. s fází naplnění onoho „smluvního“ vztahu.

II.5. Autonomní výklad komunitární (unijní)

Soudci odvolacího soudu ve věci *Jivraj* zcela správně zkoumali podstatu vztahů, které má pokrývat (pokud jde o rozsah Směrnice) předmětná, jimi aplikovaná úprava. Účel a jednotlivé instituty však nelze posuzovat výlučně v kontextu jednoho předpisu (Směrnice), nýbrž v kontextu celé systematiky unijního práva. Podle autora tohoto příspěvku sleduje Směrnice zejména stabilizaci trhu, na němž se realizují individuální pracovní vztahy. Výklad tohoto pojmu, stejně jako výklad individuální pracovní smlouvy je podle názoru autora podstatně významnější, než se na první pohled může jevit.

Charakteristickými znaky vztahu založeného individuální pracovní smlouvou je tedy:

osobní výkon činnosti fyzické osoby;

ve stanoveném časovém rámci, který musí být vymezen zejména svým počátkem, přičemž konec tohoto časového úseku nemusí být přesně stanoven a musí pouze ze smlouvy nebo z právní úpravy vyplývat způsob ukončení. Toto časové vyjádření má ovšem druhou rovinu, a to rovinu organizační ve smyslu začlenění zaměstnance do organizační struktury zaměstnavatele, která má též svou konkrétní časovou rovinu v podobě vymezení pracovní doby, jejího rozsahu a rozvržení.³⁰⁵

Dále je to úplatnost tohoto vztahu a

především vázanost na pokyny zaměstnavatele jako druhého účastníka smlouvy v průběhu a při samotném provádění sjednané činnosti ve smyslu začlenění a podřízení organizační struktury a mechanismům kontroly a řízení výkonu práce ze strany zaměstnavatele.

Oproti jiným typům smlouvy se vymezení [individuální] pracovní smlouvy vyznačuje:

absencí ekonomické a sociální samostatnosti při výkonu samotné činnosti (zapojení do provozu a interních provozních, ekonomických a organizačních mechanismů činnosti smluvního partnera) a

absencí vlastní svobody rozhodování ohledně způsobu a okolností při a v průběhu realizace této pracovní činnosti (absence podnikatelské svobody rozhodování).³⁰⁶ Tím samozřejmě není a nesmí být omezena smluvní svoboda zaměstnance při sjednávání podmínek pracovní smlouvy. V této souvislosti je nutné zmínit, že ochrana poskytovaná zaměstnancům se do

³⁰⁵ Nejsou vyloučeny a samozřejmě jsou dnes již zcela obvyklé případy tzv. *pružné* či nerovnoměrně rozložené pracovní doby, individualizace rozvržení pracovní doby u zvláštních skupin zaměstnanců apod. Takový *individualizovaný přístup*, který je ostatně poměrně silně podporován, nikterak neomezuje to, že se jedná o vztah pracovněprávní.

³⁰⁶ Viz například:

➤ rozhodnutí ESD, sp. zn. C. 307/84 z 3. července 1986 (ve věci *Lawrie Blum v. Land Baden-Württemberg*), publikovaný in [1986], s. 2121, marg. (17), jakož i

➤ rozhodnutí ESD, sp. zn. C 43/99 z 31. května 2001 (ve věci *Lecerc a Deaconescu v. Caisse nationale des prestations familiales*), publikované in: [2001], I- 4265, marg. (55).

značné míry (svým účelem a některými mechanismy) blíží ochraně poskytované ve smluvních vztazích spotřebitelům.³⁰⁷

II.6. Úplatnost vztahu

Paradoxní v dané věci je, že členové ismailské komunity nežadají ani nepřijímají odměnu za výkon funkce rozhodců. Odvolací soudci však v tomto ohledu dospěli k závěru, že i pokud je toto správně, zřejmě to neznamená, že mezi rozhodcem a účastníky neexistuje žádná smlouva. Rozhodčí řízení je podle nich v zásadě založeno na dohodě, a to jak na dohodě mezi stranami samými, tak na dohodě mezi účastníky a rozhodcem.³⁰⁸

II.7. Věcný rozsah Směrnice a Předpisů v návaznosti na případ Jivraj

Soudci odvolacího soudu dospěli k závěru, že čl. 1 Směrnice identifikuje její účel jako potírání diskriminace ve vztahu k pracovním vztahům a povolání (ve francouzském textu „tratil“). Rozsah její působnosti je definován v čl. 3 [Směrnice], který odkazuje na podmínky přístupu k zaměstnání, samostatné výdělečné činnosti a povolání, včetně výběrových kritérií a náborových podmínek, ať už v jakémkoli oboru činnosti. Vztahuje se také na přístup ke všem typům odborného vedení a školení, pracovních vztahů a pracovních podmínek i na členství v odborových organizacích a odborných sdruženích.

Argument absence evropské judikatury použitelné pro předmětnou otázku a kontraargument existence judikatury ESD a jejího významu pro případ Jivraj

Soudci odvolacího anglického soudu dospěli k závěru, že neexistuje žádná judikatura ESD, v níž by byl posuzován význam čl. 3 Směrnice. Dospěli proto k závěru, že citované ustanovení [čl. 3 Směrnice] je nutné vykládat ve

³⁰⁷ Primární účel zvláštní úpravy ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám a ve vztahu ke smlouvám spotřebitelským je shodný, totiž ochrana tzv. *slabšího účastníka* právního [smluvního] vztahu. V případě vztahu „rozhodce“ v. „strana“ však takový účel zcela mizí.

³⁰⁸ Viz rozhodnutí ve věci *K/s Norjarl A/s v. Hyundai Heavy Industries Co Ltd*, publikované in: [1991] 1 Lloyd's Rep. 524. Na toto rozhodnutí se soudci odvolali.

světle úvodních ustanovení a s ohledem na jeho přirozený význam také v souladu s EÚLP a stávajícím precedenčním právem soudu. Současně uzavřeli, že ustanovení Směrnice, struktura a samotná dikce čl. 3 odst. 1 [Směrnice] jako celku naznačují, že se zabývá diskriminací ovlivňující přístup k prostředkům ekonomické aktivity, ať již prostřednictvím zaměstnání, samostatné výdělečné činnosti, nebo na jiném základě, přístupem k odbornému vedení a školení (u kterých se předpokládá, že poskytnou prostředky přístupu k ekonomické aktivitě), podmínkami pracovního vztahu (které ovlivňují ty, již získali přístup k prostředkům ekonomické aktivity) a členstvím v uskupeních, jejichž účelem je ovlivňovat podmínky nábory nebo zaměstnávání nebo regulovat přístup ke konkrétní formě ekonomické aktivity, například v odborných uskupeních, která přímo nebo nepřímo kontrolují přístup k profesi nebo významnému prostředku získání práce.

Podle odvolacích soudců je jmenování rozhodce vzorovým případem získání služeb určité osoby při rozhodování sporu v souladu s dohodou uzavřenou mezi účastníky a právním řádem, včetně norem obsažených v předpisech o rozhodčím řízení. Není proto v tomto ohledu žádný rozdíl mezi tím, jsou-li advokátu uděleny pokyny, aby se zabýval určitou otázkou právní praxe. Jako příklad soudci uvádějí vypracování textace / návrhu textace závěti a srovnávají též s poradou u lékaře nebo s poradou u daňového poradce ohledně daňového přiznání. Argumentují, že vzhledem k tomu, že se rozhodce (nebo jakýkoli jiný odborník) dohodne o osobním provedení práce, poskytování jeho služeb spadá pod definici „zaměstnání“, z čehož vyplývá, že osoba ho jmenující musí být zaměstnavatelem podle čl. 6 odst. 1 Předpisu.³⁰⁹ Soudci ovšem do jisté míry přijatli argumenty s odvoláním na jinou, byť místy poněkud odtažitou judikaturu,³¹⁰ která ovšem minimálně podpůrně potvrzuje názor, že tento výraz má zahrnovat i postavení osoby, která poskytuje služby jako rozhodce, a konstatovali, že soudce Steel (řízení v I. stupni) se mýlil v tom, že charakter funkce rozhodce vyjímá jeho funkci z oblasti působnosti Předpisů. Navíc smlouva tohoto typu se po uzavření stává smlouvou pracovní ve smyslu Předpisů. Z toho tedy vyplývá, že pro účely Předpisů osoba, která uzavřela smlouvu, podle níž má získat služby, je zaměstnavatelem, a osoba tyto služby poskytující je zaměstnancem.

³⁰⁹ Soudci se ztotožnili s argumentem předneseným žalobkyní v podobě odkazu na rozhodnutí ESD ve věci *von Hoffmann v. Finanzamt Trier* (Případ C-145/96) [1998] 1 C.M.L.R. 99 (Daň z přidané hodnoty) a domácí legislativa týkající se dodávek zboží a služeb.

³¹⁰ Viz třeba rozhodnutí ve věcech:

Kelly v. Northern Ireland Housing Executive, publikované in: [1999] 1 A.C. 428;

Percy v. Church of Scotland Board of National Mission, publikované in: [2005] UKHL 73 a in: [2006] IRLR 195, které. Tato rozhodnutí se sice zabývají poněkud jinými otázkami, než které jsou posuzovány ve věci *Jivraj*, podle soudců však dokreslují širší výrazu „dohodnout se na osobním provedení jakékoli práce“, který se opakovaně vyskytuje v předpisech zakazujících diskriminaci.

Podle autora tohoto příspěvku jsou závěry soudců odvolacího soudu nejen překvapivé, nbrž i extenzivní a neposkytují odpovědi na otázky, které v souvislosti se základními zásadmi rozhodčího řízení automaticky vyvstávají. Srovnávají-li totiž s postavením právních poradců (třeba sepisujících závět', jak toto přirovnání soudci explicitně použili), neuvědomili si zřejmě jeden základní rozdíl. Tím je to, že právní poradce v takových případech jedná ze striktního pokynu klienta i co do výsledku činnosti. Právní poradce nemůže uvést do jím formulované závěti něco odlišného, než jak je instruován svým klientem. Přijetí tohoto postulátu jako přímeru pro věc Jivraj by totiž zcela popíralo nejen nezávislost rozhodců, nýbrž i jejich prostor o hodnocení skutkových a právních otázek. Stejně tak lékař zcela jistě nevyoperuje pacientovi ledvinu jen proto, že ten se domnívá, že ta je nefunkční. Rovněž postavení lékaře je zcela specifické a paradoxně do značné míry v posuzovaných souvislostech může být skutečně srovnatelné s postavením rozhodce. Podle autora tohoto příspěvku však toto srovnání vede ke zcela opačným závěrům, než k jakému totéž srovnání vedlo soudce anglického odvolacího soudu.

II.8. Účel Směrnice z v kontradikci se závěry soudců odvolacího soudu ve věci Jivraz

II.8.1. Účel Směrnice z pohledu komunitární / unijní praxe

Účelem této směrnice je dle čl. 1 stanovit obecný rámec pro boj s diskriminací na základě náboženského vyznání či víry, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace v zaměstnání a povolání, s cílem zavést v členských státech zásadu rovného zacházení. Jak vyplývá ze zde uvedených diskriminačních důvodů, nenahrazuje tato směrnice všechny směrnice předchozí, neboť neupravuje zákaz diskriminace ani na základě pohlaví ani z důvodů rasy či etnického původu³¹¹, nýbrž je pouze doplňuje tak, aby byla zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace v rámci Evropské unie upravena komplexně. I tato směrnice je určena členským

311 Diskriminace na základě pohlaví a její vyloučení upravuje především: (i) Čl. 3 odst. 2, čl. 137 odst. 1 a čl. 141 Smlouvy ES, (ii) Směrnice Rady č. 75/117/EHS, o sblížení právních předpisů členských států při používání zásady stejného odměňování pro muže a ženy; (iii) Směrnice Rady č. 76/207/EHS, k uskutečnění zásady stejného nakládání s muži a ženami ohledně jejich přístupu k zaměstnání, vzdělání a postupu v zaměstnání, jakož i ve vztahu k pracovním podmínkám; (iv) Směrnice Rady č. 96/34/ES, týkající se rámcové smlouvy uzavřené mezi UNICE, CEEP a ETUC; (v) Směrnice Rady č. 97/80/ES, o důkazním břemenu v případech diskriminace podle pohlaví. Diskriminace na základě rasy nebo etnického původu je upravena směrnicí č. 2000/43/EC

státům, jimž stanoví rámec minimálních požadavků, které musí promítnout do svého vnitrostátního práva. Pokud jde o věcnou a osobní působnost směrnice, vztahuje se tato směrnice na všechny osoby z veřejného i soukromého sektoru, včetně veřejných subjektů, a to v případech stanovených v čl. 3 písm. a) až d) Směrnice. Negativní působnost směrnice se vztahuje na diskriminaci na základě státní příslušnosti, na vstup, pobyt či právní postavení cizích státních příslušníků třetích zemí nebo osob bez státní příslušnosti na území členských států, a dále na platby jakéhokoli druhu poskytované státními systémy nebo podobnými systémy, popř. na ozbrojené síly, stanoví-li tak členské státy u diskriminace na základě zdravotního postižení nebo věku (viz čl. 3 odst. 2, 3, 4 Směrnice).

Dle níže uvedených bodů preambule (viz níže) směrnice lze dále usuzovat ve vztahu k rozsahu působnosti směrnice následující:

Bod (12) Zákaz diskriminace by se měl vztahovat také na státní příslušníky třetích zemí, nepokrývá však rozdíly v zacházení založené na státní příslušnosti a nedotýká se ustanovení o vstupu a pobytu státních příslušníků třetích zemí a o jejich přístupu k zaměstnání a povolání

Bod (13) Směrnice se nevztahuje na systémy sociálního zabezpečení a sociální ochrany, jejichž dávky nejsou považovány za odměnu ve smyslu přiřkládaném tomuto výrazu pro účely použití článku 141 Smlouvy o ES, ani na jakýkoli druh platby státu, jejímž účelem je poskytnutí přístupu k zaměstnání nebo zachování zaměstnání.

Bod (14) Směrnice se nedotýká vnitrostátních předpisů, kterými se stanoví věk pro odchod do starobníhodůchodu.

Bod (22) Směrnice se nedotýká vnitrostátních právních předpisů o rodinném stavu a na něm závislých dávek.

Za jistých okolností je přípustné rozdílné zacházení. V těchto případech se však nejedná o formu diskriminace. Tyto výjimky jsou dotčeny již v preambuli Směrnice:

Bod (23) Za velmi omezených okolností může být rozdíl v zacházení odůvodněný v případech, kdy vlastnost týkající se náboženského vyznání či víry, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace představuje oprávněný a rozhodující požadavek povolání, kdy cíl je legitimní a požadavek přiměřený. Takové okolnosti musí být zařazeny do informací předkládaných členskými státy Komisi.

Bod (25) *Zákaz diskriminace na základě věku* je důležitou součástí dosahování cílů stanovených v hlavních zásadách zaměstnanosti a podporování různosti pracovních sil. Rozdílná zacházení v souvislosti s věkem však mohou být za určitých okolností oprávněná, a proto vyžadují zvláštní ustanovení, která se mohou lišit podle situace v jednotlivých členských státech. Je tudíž důležité rozlišovat mezi rozdílným zacházením, které je odůvodněné, zejména mezi oprávněnými cíli politiky zaměstnanosti, trhu práce a odborného vzdělávání, a diskriminací, která musí být zakázána.

II.8.2. Judikatura související s výkladem a aplikací Směrnice č. 2000/78/EC

II.8.2.1. Rozsudek ESD, sp. zn. C-303/06 ve věci *S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law* ze dne 17. července 2008

[Skutkový stav:] Žalobkyně v původním řízení se dovolává zákazu diskriminace z důvodu, že je matkou zdravotně postiženého syna. Podle jejího tvrzení s ní zaměstnavatel zacházel méně příznivě než se zaměstnanci, kteří jsou rodiči dětí bez zdravotního postižení. Na otázku, zda směrnice 2000/78/ES zakazuje diskriminaci i v případě, že objekt diskriminace sám není zdravotně postižen, odpověděl Generální advokát kladně. Není podle něj nutné, aby někdo, kdo je objektem diskriminace, byl podroben nepříznivému zacházení z důvodu „svého zdravotního postižení.“ Postačí, že byl podroben takovému zacházení z důvodu „zdravotního postižení.

Soud [ESD] Dospěl k následujícím závěrům: (1) Směrnice, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, a zejména její čl. 1, čl. 2 odst. 1 a čl. 2 odst. 2 písm. a) Směrnice musí být vykládány v tom smyslu, že zákaz přímé diskriminace, který stanoví, není omezen pouze na osoby, které jsou samy zdravotně postiženy. Zásada rovného zacházení zakotvená v uvedené směrnici se totiž v oblasti zaměstnání a povolání použije nikoli na určenou kategorii osob, ale v závislosti na důvodech uvedených v jejím článku 1. Pokud zaměstnavatel se zaměstnancem, který sám není zdravotně postižen, zachází méně příznivým způsobem, než zachází, zacházel nebo by zacházel s jiným zaměstnancem ve srovnatelné situaci, a je-li prokázáno, že nepříznivé zacházení, jemuž je tento zaměstnanec vystaven, se zakládá na zdravotním postižení jeho dítěte, jemuž poskytuje převážnou část potřebné péče, je takové zacházení v rozporu se zákazem přímé diskriminace zakotveným v čl. 2 odst. 2 písm. a) Směrnice. (viz body 38, 50, 56, výrok 1). Dále dospěl ESD k následujícímu

závěru (2) Směrnice, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, a zejména její čl. 1 a čl. 2 odst. 1 a 3 musí být vykládány v tom smyslu, že zákaz obtěžování, který stanoví, není omezen pouze na osoby, které jsou samy zdravotně postiženy. Podle uvedeného čl. 2 odst. 3 se obtěžování považuje za formu diskriminace ve smyslu odst. 1 téhož článku a zásada rovného zacházení zakotvená v této směrnici v oblasti zaměstnání a povolání se použije nikoli na určenou kategorii osob, ale v závislosti na důvodech uvedených v jejím čl. 1. Je-li prokázáno, že nežádoucí chování naplňující znaky obtěžování, jemuž je vystaven zaměstnanec, který sám není zdravotně postižen, souvisí se zdravotním postižením jeho dítěte, jemuž poskytuje převážnou část potřebné péče, je takové chování v rozporu se zákazem obtěžování zakotveným v čl. 2 odst. 3 této Směrnice. (viz body 38, 58, 63, výrok 2).

II.8.2.2. Rozsudek ESD, sp. zn. C-411/05 ve věci Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA ze dne 16. října 2007

ESD dospěl k závěru, že zákaz jakékoliv diskriminace na základě věku, jak jej zavedla Směrnice, musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání takové vnitrostátní právní úpravě, jaká je dotčena v původním řízení, která považuje za platné doložky o povinném odchodu do důchodu obsažené v kolektivních smlouvách, jež jako jediné podmínky stanoví to, aby pracovník dosáhl věkové hranice pro odchod do důchodu stanovené vnitrostátním právem na 65 let a aby splňoval ostatní podmínky nároku na starobní důchod příspěvkového typu stanovené v oblasti sociálního zabezpečení, pokud:

uvedené opatření, i když je založeno na věku, je v souvislosti s vnitrostátními právními předpisy objektivně a rozumně odůvodněno legitimním cílem souvisejícím s politikou zaměstnanosti a trhem práce a

prostředky zavedené k dosažení tohoto cíle obecného zájmu se nezdají být pro tento účel nepřiměřené, a nikoli nezbytné.

II.8.2.3. Rozsudek ESD, sp. zn. C-144/04 ve věci Werner Mangold v. Rüdiger Helm ze dne 22. listopadu 2005

ESD dospěl v této věci k závěru, že (1) bod 8 bod 3 rámcové dohody o pracovních poměrech na dobu určitou, uzavřené dne 18. března 1999 a provedené směrnicí Rady 1999/70/ES ze dne 28. června 1999 o rámcové

dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS, je třeba vykládat tak, že nebrání takové vnitrostátní úpravě, jako je úprava dotčená v původním řízení, která z důvodů souvisejících s nezbytností podpory zaměstnanosti a nezávisle na provádění uvedené dohody snížila věk, při jehož překročení lze uzavírat pracovní smlouvy na dobu určitou bez omezení. (2) Právo Společenství (nyní Unie), a zejména čl. 6 odst. 1 Směrnice, je třeba vykládat v tom smyslu, že brání takové vnitrostátní právní úpravě, jako je úprava dotčená v původním řízení, která povoluje uzavírání pracovních smluv na dobu určitou bez omezení, pokud pracovník dosáhl věku 52 let, ledaže existuje úzká spojitost s předchozí pracovní smlouvou na dobu neurčitou uzavřenou s tímž zaměstnavatelem. Je věcí vnitrostátního soudu, aby zajistil plný účinek obecné zásady nediskriminace na základě věku tím, že nepoužije žádné ustanovení vnitrostátního práva, jež je s touto zásadou v rozporu, a to i v případě, že lhůta k provedení uvedené směrnice ještě neuplynula.

II.8.2.4. Rozsudek ESD, sp. zn. C-267/06 ve věci Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ze dne 1. dubna 2008

ESD judikoval, že (1) pozůstalostní dávka přiznaná v rámci takového systému oborového zaopatření, jaký spravuje Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, spadá do rozsahu působnosti Směrnice, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání. (2) Článek 1 Směrnice ve spojení s čl. 2 odst. 2 písm. a) Směrnice brání takové právní úpravě, jaká je předmětem původního řízení, podle které pozůstalému registrovanému partnerovi není po smrti jeho partnera vyplácena pozůstalostní dávka odpovídající pozůstalostní dávce poskytované pozůstalému manželovi, ačkoli ve vnitrostátním právu registrované partnerství staví osoby téhož pohlaví, pokud jde o pozůstalostní dávku, která je předmětem původního řízení, do situace srovnatelné se situací manželů. Je na předkládajícím soudu, aby ověřil, zda je pozůstalý partner v situaci srovnatelné se situací manžela, který pobírá pozůstalostní dávku stanovenou systémem oborového zaopatření, který spravuje Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

II.8.2.5. Rozsudek ESD, sp. zn. C-427/06 ve věci Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH ze dne 23. září 2008

Podle tohoto rozhodnutí právo Společenství neobsahuje zákaz diskriminace na základě věku, jehož ochranu musí soudy členských států zajistit, jestliže případné diskriminační zacházení nevykazuje žádnou souvislost s právem Společenství. Taková souvislost nevzniká ani prostřednictvím článku 13 Smlouvy o ES, ani – za takových okolností, jako jsou okolnosti věci v původním řízení – prostřednictvím Směrnice, před uplynutím lhůty stanovené dotčenému členskému státu k jejímu provedení.

II.8.2.6. Rozsudek ESD, sp. zn. C-54/07 ve věci *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* ze dne 10. července 2008³¹²

V tomto případě dospěl ESD k závěru, že (1) skutečnost, že zaměstnavatel veřejně prohlásí, že nepřijme zaměstnance určitého etnického nebo rasového původu, představuje přímou diskriminaci při náboru do zaměstnání ve smyslu čl. 2 odst. 2 Směrnice 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ, vzhledem k tomu, že taková prohlášení mohou skutečně odradit určité uchazeče od toho, aby se přihlásili, a tudíž působí jako překážka jejich přístupu na trh práce. (2) Veřejná prohlášení, kterými zaměstnavatel oznámí, že v rámci své náborové politiky nepřijme zaměstnance určitého etnického nebo rasového původu, postačí ke vzniku domněnky existence přímo diskriminující náborové politiky ve smyslu čl. 8 odst. 1 Směrnice 2000/43/ES. Tomuto zaměstnavateli pak přísluší, aby prokázal, že k porušení zásady rovného zacházení nedošlo. Může to učinit tak, že prokáže, že skutečná náborová praxe podniku těmto prohlášením neodpovídá. Předkládajícímu soudu přísluší, aby ověřil, že vytýkané skutečnosti jsou prokázány, a posoudil, zda skutečnosti uplatněné na podporu tvrzení uvedeného zaměstnavatele, podle kterých neporušil zásadu rovného zacházení, jsou dostatečné. (3) Článek 15 Směrnice 2000/43/ES vyžaduje, aby systém sankcí za porušování vnitrostátních předpisů přijatých k provedení této Směrnice 2000/43/ES byl i v případě, kdy neexistuje konkrétní oběť, účinný, přiměřený a odrazující.

II.8.2.7. Rozsudek ESD, sp. zn. C-13/05 ve věci *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* ze dne 16. března 2006

³¹² Toto rozhodnutí se se zabývá rozsahem a aplikací Směrnice 2000/43/EC a nikoliv *Směrnice*. Lze nicméně konstatovat, že jde o rozhodnutí, která plně potvrzuje účel antidiskriminačních předpisů v *Unii*.

Podle tohoto rozhodnutí (1) na osobu, která byla propuštěna svým zaměstnavatelem výlučně z důvodu nemoci, se nevztahuje obecný rámec pro boj proti diskriminaci na základě zdravotního postižení stanovený Směrnicí. (2) Zákaz diskriminace v oblasti propouštění na základě zdravotního postižení, stanovený v čl. 2 odst. 1 a čl. 3 odst. 1 písm. c) směrnice 2000/78, brání propouštění na základě zdravotního postižení, které není s ohledem na povinnost poskytovat zdravotně postiženým osobám přiměřenou úpravu odůvodněno skutečností, že dotčená osoba není kvalifikovaná, schopná a k dispozici pro výkon podstatných funkcí svého pracovního místa. (3) Nemoc jako taková nemůže být považována za důvod doplňující důvody, na základě kterých Směrnice zakazuje jakoukoli diskriminaci.

II.8.3. Shrnutí

Je zcela zřejmé, že aplikační praxe ve vztahu k antidiskriminačním předpisům je na komunitární (unijní) úrovni poměrně rozsáhlá. Je to právě tato judikatura, která dává jednoznačnou odpověď na otázku, co je účelem Směrnice. Jde o narovnání sociálních rozdílů při výkonu práce a především vyloučení sociálních důsledků diskriminačního jednání, stejně jako stabilizace pracovního trhu. Je jen stěží představitelné, že by takového účelu mohlo být dosaženo tím, že bude omezena autonomie smluvních stran ohledně možností stanovit podmínky pro výkon funkce rozhodce. Nelze tedy dospět k jinému závěru, než že se soudci odvolacího londýnského soudu zcela jistě zmýlili v tom ohledu, že nezohlednili veškeré souvislosti.

II.9. Přípustná diskriminace ve smyslu výjimky dle Směrnice i Předpisů

Soudce prvostupňového soudu uvedl, že čl. 6 Předpisu jako takový se nevztahuje na pouhý výběr osob nabízejících své služby na celém trhu ze strany konkrétní osoby na poskytování služeb požadovaného druhu; stručně řečeno, že rozhodce není „zaměstnancem“ ve smyslu předpisu o nic více než jakákoli jiná osoba, která nabízí své služby veřejnosti. Toto tvrzení, pokud je správné, má velmi široký význam. Pro řadu osob by bylo podle soudců druhostupňového soudu značně zarážející, že výběr advokáta, instalatéra nebo rozhodce, ať již na základě náboženského vyznání, rasy nebo z jakýchkoli jiných důvodů, by měl být v rozporu s ustanoveními čl. 6 odst. 1 Předpisu, a to i kdyby se jednalo o zcela autonomní [soukromoprávní] výběr. Soudci však konstatovali, že ve věci judikované ESD Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v.

Firma Feryn NV³¹³ vyjádřil generální advokát Maduro názor, že Směrnice musí být chápána v rámci širší strategie zavedení podmínek pro sociálně inkluzivní pracovní trh a zajištění rozvoje demokratických a tolerantních společností, které umožňují účast všech osob bez ohledu na jejich rasový nebo etnický původ. Ve věci, v níž judikoval ESD a na kterou se soudci odvolacího soudu ve věci Jivraj odvolávají, se jednalo o posouzení prohlášení společnosti, která dodávala a instalovala vyklápěcí vrata, že imigranty nebude zaměstnávat jako montéry, protože její zákazníci nejsou ochotni si je vpustit do svých domovů. Není těžké pochopit, proč je veřejné prohlášení tohoto typu možné považovat za diskriminační, totiž že mělo odradit potenciální uchazeče o zaměstnání, a tím bojovat proti sociálně inkluzivnímu pracovnímu trhu. Soud sám výslovně nepřijal tento názor generálního advokáta; spíše se omezil na výrok, že všeobecné prohlášení uvedeného typu představuje přímou diskriminaci, protože pravděpodobně odradí některé potenciální uchazeče o zaměstnání, čímž vytvoří překážku jejich přístupu na pracovní trh (odstavec 25). Přesto podle názoru soudců (ve věci Jivraj) je názor generálního advokáta na široké cíle Směrnice podpořen jejími úvodními ustanoveními. Jedná se také o názor, který je v zásadě neslučitelný s přijetím práva diskriminovat mezi jakýmikoli poskytovateli služeb na základě rasy, pohlaví, náboženského vyznání nebo z jiných důvodů ošetřených Směrnicí.

Autor tohoto příspěvku však upozorňuje na zcela odlišný závěr, který právě v souvislosti s otázkami posuzovanými ve věci Jivraj umožňuje rozhodnutí ESD ve věci *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, resp. vyjádření generálního advokáta argumentujícího v daném řízení. Je to totiž právě ono vytvoření sociálně rovného trhu práce na komunitární (unijní) úrovni, které předmětná evropská úprava sleduje. Tento závěr je zcela zásadní. Význam činnosti rozhodců pro relevantní trh práce je totiž dle autora tohoto příspěvku naprosto nulový a je jen stěží možné si představit, že by rozhodování rozhodců, resp. jmenování rozhodců a konstituování rozhodčích fór jakkoliv objektivně, jakož i z právního hlediska vůbec mohlo ovlivnit stav na trhu práce. To i v případě, že bychom přijali závěr zřejmě konformní s anglickou doktrínou, totiž že vztah mezi rozhodcem a stranami je vztahem, který spadá do stejné skupiny jako vztahy pracovněprávní.

Soudce prvostupňového soudu se snažil s touto širokou analýzou vyrovnat prohlášením, že primárním účelem Směrnice je zajistit přístup k zaměstnání a k ekonomickým aktivitám, nikoli soukromý výběr spotřebitelů mezi osobami, které již přístup na trh získaly. Znění čl. 3 Směrnice může být

³¹³ Rozhodnutí sp. zn. C-54/07.

vykládáno úžeji, ale výraz „přístup k zaměstnání, samostatné výdělečné činnosti nebo povolání“ může být vykládán také širěji v souladu s cíli směrnice tak, jak jsme je popsali. V každém případě nás však zajímá znění domácí legislativy, která není omezena rozsahem působnosti Směrnice a která je podložena v širokém smyslu stejnými záměry a úvahami jako jsou ty, na které upozornil generální advokát Maduro v případě Firma Feryn, ať již vzniklo před uveřejněním Směrnice, nebo až po něm.

II.10. Uplatnění čl. 6 odst. 1 [anglického] Předpisu na věc Jivraj

Soudci se dále zabývali tím, jak se čl. 6 odst. 1 Předpisu vztahuje na věc Jivraj, a zejména na to, zda výběr rozhodce v souladu s ustanoveními čl. 8 odst. 1 smlouvy uzavřené mezi stranami (citován výše) spadá do působnosti Předpisu. Nebylo uvedeno, že se odstavec 1 (b) Předpisu na tento případ vztahuje, ale odstavce 1 (a) a 1 (c) jsou dle soudců případně použitelné.

Slovo „ujednání“ použité v čl. 6 odst. 1 písm. a) Předpisů byl vykládán široce, dle soudců lze zjistit z judikatury. Soudci se odvolali na věc *Brennan v. J.H. Dewhurst Ltd.*³¹⁴ V předmětné věci bylo judikováno, že vedení pohovoru spadá do jeho působnosti. Jmenování osoby jako rozhodce tak podle odvolacích soudců vytváří smlouvu mezi uvedenou osobou a oběma účastníky sporu, z čehož podle soudců vyplývá, že dohoda o rozhodčím řízení představuje „ujednání“ mezi oběma účastníky pro dané jmenování jednoho nebo více rozhodců, které pak v závislosti na jeho podmínkách může omezit skupinu osob, jimž může být tento pracovní vztah nabídnut. Dle názoru autora tohoto příspěvku však soudci nerozlišovali mezi konsensem vyjádřeným o obsahu abstraktní rozhodčí smlouvy na straně jedné a konstitováním konkrétního rozhodčího fóra. Ačkoliv základem pro postup konstitování fóra je konsensus vyjádřený v rozhodčí smlouvě, v případě jmenování konkrétních rozhodců již alespoň zčásti o žádný konsensus nejde.

Podle čl. 8 odst. 1 Předpisu se vyžaduje, aby oba účastníci odmítli nabídnout, případně záměrně nenabídli (aplikováno na konkrétní případ Jivraj), práci rozhodce jakékoli osobě, která není členem ismailské komunity. Podle soudců je znění čl. 6 odst. 1 písm. c) (v orient. překladu, cit.: „odmítnutí nabídnout mu zaměstnání, nebo mu je záměrně

³¹⁴ Rozhodnutí publikováno in: [1984] I.C.R. 52.

nenabídnout“) míněno tak, aby pokrylo i případ, kdy se osoba výhradně z náboženských důvodů vyhýbá nabídnutí předmětné práce osobě, o které si myslí, že by mohla být ochotna nebo schopna ji vykonávat. V souladu s tímto vyjádřili soudci přesvědčení, že splnění podmínek čl. 8 odst. 1 smlouvy uzavřené mezi stranami (rozhodčí smlouvy) by znamenalo jednat v rozporu s čl. 6 odst. 1 písm. c) Předpisu. Jedním z důsledků tohoto závěru může podle soudců být, že – rozhodně podle nich alespoň teoreticky – počet potenciálních stěžovatelů může být v určitých případech velice vysoký; v praxi však bude málo osob, budou-li vůbec jaké, jež byly ochotny a schopny nabídnout své služby a mohly tak trpět nezákonnou diskriminací a o této skutečnosti se vůbec dozví; a záměrem Předpisu je, aby osoby, které utrpěly a trpí v důsledku předsudků, měly možnost domoci se nápravy.³¹⁵

II.11. Závěry učiněné odvolacím soudem ve věci Jivraj ohledně působnosti Předpisů na daný skutkový a právní stav

Odvolací soudci dospěli k závěru, že Předpisy je možné vykládat způsobem, který z jejich působnosti vylučuje soukromou diskriminaci takového typu, jímž jsme se zde zabývali.

Ustanovení čl. 1 odst. 1 přílohy 4 k Předpisu stanoví, že podmínka smlouvy je neplatná a nulitní (neplatná od počátku) v případě, kdy uzavření smlouvy z důvodu zahrnutí takové podmínky do ní je nezákonné na základě Předpisu, případně tam, kde smlouva upravuje provedení věci, která je v rozporu s Předpisem a tedy nezákonná. Podle odvolacích soudců poslední věta čl. 8 odst. 1 uzavřené mezi stranami (rozhodčí smlouva) porušuje jak čl. 6 odst. 1 písm. a), tak čl. 6 odst. 1 písm. c) Předpisu. Proto je neplatná a nulitní (neplatná od samého počátku), pokud nemůže být uplatněna v rámci výjimky dle čl. 7 Předpisu.

Pokud jde o výjimky z antidiskriminačního režimu stanoveného Předpisem pak podle odvolacích soudců zjištění soudce soudu prvního stupně o charakteru a hodnotovém systému ismailské komunity nelze příliš zpochybnit. Soudce prvostupňového soudu však podle odvolacích soudců nevěnoval dostatečnou pozornost jiným požadavkům čl. 7 odst. 3 Předpisu, zejména tomu, zda s ohledem na hodnotový systém dané komunity a charakter funkce rozhodce představuje členství v ismailské komunitě

³¹⁵ Podle názoru odvolacího soudu je tento závěr podpořen závěry učiněnými v jiném rozhodnutí, totiž v případě *Lord Chancellor v. Coker*, publikovaném in: [2002] ICR 321.

opravdový profesní požadavek pro jeho řádné splnění. Pokud by rozhodčí doložka byla zmocnila tribunál k jednání podle zásad spravedlnosti, resp. k rozhodování *ex aequo et bono*, bývalo by bylo možné dle odvolacích soudců poukázat, že pouze od ismaility se dalo očekávat uplatnění morálních zásad a pochopení spravedlnosti a nestrannosti, které jsou uznávány v rámci této komunity jako platné mezi jejími členy, ale funkce rozhodců podle ustanovení čl. 8 smlouvy (rozhodčí smlouvy) je rozhodnout spor mezi stranami sporu v souladu s principy anglického práva. To vyžaduje určitou znalost práva jako takového, včetně AA (1996), jakož i schopnost vést řízení nestranně v souladu s pravidly přirozeného práva, ovšem nevyžaduje žádný konkrétní hodnotový systém. Členství v ismailské komunitě zcela jasně není nezbytné pro splnění výkonu funkce rozhodce podle smlouvy tohoto typu, a my proto nemůžeme připustit, aby v tomto případě byla uplatněna výjimka podle čl. 7 Předpisu. Podle autora tohoto příspěvku je poněkud paradoxní, že se soudci odvolacího soudu v této souvislosti již plně odvolávají na nestranné rozhodování a nezávislost rozhodců. Stejný princip však jako by se snažili přehlédnout v souvislosti se závěry o pracovněprávním vztahu, resp. o analogii s pracovněprávním vztahem, pokud se zabývají vztahem mezi rozhodcem a stranami sporu. Závěr, k němuž totiž soudci odvolacího soudu dospěli ohledně možné aplikace výjimek z antidiskriminačního režimu podle čl. 7 Předpisu paradoxně negují jejich vlastní závěry ohledně závislosti rozhodce na stranách. Přitom ovšem právě ve vztahu k výjimkám zcela shodně s jednotnou a širokou mezinárodní praxí uznávají nezávislost rozhodců jako základní princip rozhodčího řízení a současně též jako princip vyjádřený v anglické úpravě rozhodčího řízení (AA [1986]).

Jestliže soudci odvolacího soudu dospěli k závěru o neplatnosti (od počátku) podmínky ohledně osob rozhodců ve smyslu rozhodčí doložky, zabývali se zcela logicky otázkou oddělitelnosti tohoto ustanovení od ostatního obsahu rozhodčí smlouvy (doložky). Podle soudců odvolacího soudu společným východiskem bylo, že rozhodčí doložka se má považovat za samostatnou smlouvu nezávislou na smlouvě o společném podniku. S tím nelze než souhlasit, když takový závěr je plně v souladu s principem separability, tj. nezávislosti smlouvy hlavní na smlouvě rozhodčí. Dalším společným východiskem podle soudců bylo, že poslední věta čl. 8 odst. 1 rozhodčí doložky by mohla být vypuštěna bez toho, aby zbývající část se stala neproveditelnou. Oddělení části doložky tímto způsobem je možné, ovšem pouze tehdy, když zbývající část se podstatně nezmění oproti původnímu záměru smluvních stran.³¹⁶ Pokud se změní, pak musí doložka jako celek být zachována, nebo vyškrtuta. Otázkou proto je, zda v kontextu tohoto případu dohoda o rozhodčím řízení, která nepožaduje, aby rozhodci byli

³¹⁶ Soudci se odvolali na rozhodnutí ve věci *Marshall v. NM Financial Management Ltd*, publikované in: [1995] 1 W.L.R. 1461, jakož i publikované in: [1997] 1 W.L.R. 1527.

členy ismailské komunity, se v podstatném ohledu liší od jiné dohody o rozhodčím řízení, která toto požaduje. Podle autora tohoto příspěvku je však i tento závěr vysoce sporný. Soudci odvolacího soudu ve věci Jivraj totiž uvedli, že by zřejmě antidiskriminační nebylo, pokud by rozhodci byli zmocněni rozhodovat podle zásad spravedlnosti (*ex aequo et bono*). Nikoliv sice explicitně, přesto však implikovali, že má-li být rozhodováno podle platného práva (doslovně podle principů anglického práva), je nerozhodné, zda jde o osoby náležející k nějaké komunitě. Dospěli tak implikovaně k závěru o nutnosti jednotné aplikace určitého právního řádu. S tím se v abstraktní podobě nelze než ztotožnit, ačkoliv autor tohoto příspěvku vyjadřuje v konkrétních souvislostech zásadní pochybnosti o tomto závěru. Rovněž aplikace platného práva a platných právních principů je do jisté míry věcí subjektivní. Pokud by tomu tak nebylo, zřejmě by již někdo přišel díky pokročilé technice na to, že místo soudců mohou spory (jakékoliv, pokud podléhají nějakému platnému právu) rozhodovat stroje. Dokud však nebude možno platné právo a jeho aplikaci převést do elektronické řeči nul a jedniček a doufejme, že překotný vývoj techniky do tohoto stavu nikdy nedospěje, bude vždy jakékoliv kontradiktorní rozhodování a jakýkoliv kontradiktorní proces nadáno vysokou mírou subjektivního prvku. Konečně nejde jen o samotné právní posouzení. To totiž obvykle nastupuje teprve po psouzení skutkovém, které je subjektivním prvkem osoby rozhodce (stejně jako analogického posuzování skutkového stavu v řízení před soudem) nadanou velmi vysokou mírou subjektivního prvku. Připustíme-li význam subjektivního prvku aplikace práva, resp. rozhodování jakéhokoliv sporu i v případech, že nejde o rozhodování podle zásad spravedlnosti (*ex aequo et bono*), jak k tomuto závěru soudci odvolacího soudu ve věci Jivraj dospěli ohledně oddělitelnosti poslední věty čl. 8 odst. 1 smlouvy (rozhodčí smlouvy), pak je alespoň v teoretické rovině závěr odvolacího soudu ohledně neoddělitelnosti správný. Tento závěr však zcela neguje závěr odvolacích soudců ohledně neaplikovatelnosti výjimky podle čl. 7 Předpisu. Při vysoké účtě v anglickou judikaturu a soudní praxi se tak dané rozhodnutí v mnoha ohledech (příkladů bylo zmíněno více) jeví značně rozporuplné. To narozdíl od rozhodnutí soudce prvostupňového soudu. I ohledně tohoto rozhodnutí by sice bylo možné polemizovat v některých bodech, jde však o rozhodnutí, v němž nenalézáme vnitřní kontradiktornost dílčích závěrů.

Odvolací soudci proto dospěli k závěru, že čl. 8 odst. 1 smlouvy o společném podniku obsahující rozhodčí doložku je v celém svém rozsahu neplatný a nulitní a že je nutné připustit možnost odvolání v tom rozsahu, v němž bylo zrušeno rozhodnutí prvostupňového soudce. Proto ovšem jako důsledek potvrdil rozhodnutí o neplatnosti jmenování Sira Anthony Colmana rozhodcem ze strany pana Hashwani.

III. Závěr, epilog, či dokonce nekrolog pro rozhodčí řízení v anglii

Rozhodnutí odvolacího soudu ve věci Jivraj představuje široký výklad pracovněprávního vztahu. Podle autora tohoto příspěvku jde však o příliš extenzivní výklad poskytování služeb, jejichž výkon je závislý na konkrétní fyzické osobě. Autor s danou koncepcí ve smyslu anglického rozhodnutí nesouhlasí. Nelze souhlasit s tak širokým výkladem Směrnice Rady Evropy 2000/78/EC, která postihuje spíše [individuální]pracovně právní vztahy. Obchodně právní oblast je v daném kontextu ošetřena zejména předpisy na ochranu hospodářské soutěže. Autor nezastává názor, že vztah mezi rozhodcem (senátem) a stranou (stranami) má smluvní povahu. Jde spíše o závazek *sui generis*. Možné důsledky předmětného rozhodnutí jsou zcela logické. Nelze totiž nevidět, že by takový výklad mohl vést i k porušení princip sledovaného v řadě řízení, totiž konstituování rozhodčího senátu (předsedy senátu nebo jediného rozhodce) s odlišnou státní příslušností, než je příslušnost stran. Fatální důsledek by takové rozhodnutí mělo přirozeně též na činnost a rozhodování zřejmě všech tzv. církevních rozhodčích soudů, které jsou v mnoha zemích považovány za integrální součást systému nalézání práva a rozhodování sporů (alternativních metod).

PŘEHLED PŘEDPISŮ (CITOVANÝCH V PŘÍSPĚVKU)

I. Předpisy národního původu:

[AUT] – [RAKOUSKO; REPUBLIKA RAKOUSKO]

EO [AUT]: § 394, § 399 odst. 1 až 4.

ZPO [AUT]: § 289, § 581 odst. 1, § 584 odst. 1 až 4, § 585, § 584 odst. 1 až 4, § 587 odst. 2, bod 1, § 587 odst. 2 bod 4, § 587 odst. 3 bod 3, § 587 odst. 5, § 587 odst. 6, § 587 odst. 8, § 589 odst. 3, § 590 odst. 2, § 593 odst. 1, § 594 odst. 1, § 594 odst. 4, § 602, § 603, § 611

[CZE] – [ČESKÁ REPUBLIKA]

ObčZ [CZE] - § 585 a násl.

RozŘ [CZE] - § 2 odst. 1, § 16, § 25 odst. 3, § 28 odst. 1, § 28 odst. 2, § 29 odst. 1, § 29 odst. 2, § 31

Úst. [CZE]: čl. 87 odst. 1 písm. d).

ÚstSZ [CZE]: § 30 odst. 3, § 43 odst. 1 písm. d), § 43 odst. 1 písm. e) § 72 odst. 1 písm. a), § 72 odst. 2, § 75 odst. 1.

Zákon o soudech a soudcích.

[DEU] – [NĚMECKO; SPOLKOVÁ REPUBLIKA NĚMECKO]

BGB (DEU): § 611 a násl. (úprava služební smlouvy / Dienstvertrag).

Informationsfreiheitsgesetz (zákon o svobodném přístupu k informacím) z 5. září 2005 publikovaný in: BGBl_I_05,2722: § 3 odst. 1 písm. g).

ZPO (DEU): Všeobecně (zejména kniha X), § 1029, § 1030, § 1031 odst. 5, § 1032 odst. 2, § 1033, § 1034 odst. 2, § 1035 odst. 3 až 5, § 1037, § 1038 odst. 1, § 1040 odst. 3, § 1041 odst. 1 až 3, § 1042 odst. 3, § 1050 odst. 1, § 1051 odst. 1 až 3, § 1053 odst. 1 až 2, § 1056, § 1059 odst. 2 až 3, § 1060.

[FRA] – [FRANCIE; FRANCOUZSKÁ REPUBLIKA]

Code civile:³¹⁷ čl. 2059 až čl. 2061.

NCPC [FRA] – čl. 1443, čl. 1444, čl. 1447, čl. 1448, čl. 1449, čl. 1454, čl. 1456, čl. 1451, čl. 1457, čl. 1459, čl. 1458, čl. 1460, čl. 1462, čl. 1463, čl. 1464, čl. 1465, čl. 1466, čl. 1467, čl. 1471, čl. 1474, čl. 1475, čl. 1476, čl. 1477, čl. 1478, čl. 1481, čl. 1482, čl. 1483, čl. 1484, čl. 1485, čl. 1488, čl. 1489, čl. 1490, čl. 1495, čl. 1496, čl. 1497, čl. 1498, čl. 1499, čl. 1500, čl. 1501.

[ITA] – [ITÁLIE; ITALSKÁ REPUBLIKA]

Zákon o civilním řízení soudním: čl. 834 odst. 1, část I.

[NED] – [NIZOZEMSKO; NIZOZEMSKÉ KRÁLOVSTVÍ]

Zákon o rozhodčím řízení: čl. 182.

³¹⁷ Občanský zákoník / Code civil z 5. března 1803 a vyhlášený 15. března 1803 ve znění celé řady změn.

[POL] – [POLSKO – POLSKÁ REPUBLIKA]

K.p.c. [POL] - Kodeks postępowania cywilnego. Zákoník soudního řízení ze 17 listopadu 1964:³¹⁸ čl. 1154 – 1217 (odkaz na úplnou úpravu rozhodčího řízení v k.p.c. [POL] a dále dílčím způsobem odkazováno na: čl. 1158 § 2, čl. 1161, čl. 1163, čl. 1164, čl. 1166 § 1, čl. 1169 § 3, čl. 1172, čl. 1173, čl. 1176 § 2, čl. 1177 § 2, čl. 1178 § 2, čl. 1173, čl. 1179 § 2, čl. 1184, čl. 1192 § 1, čl. 1194 § 1, § 1196 § 2 čl. 1204, čl. 1206, čl. 1208, čl. 1212 § 1, čl. 1213, čl. 1214 § 1, čl. 1214 § 2, čl. 1214 § 3.

[RUS] – [RUSKO; RUSKÁ FEDERACE]

Zákon o rozhodčím řízení v mezinárodních obchodních věcech: čl. 28 odst. 1

[SUI] – [ŠVÝCARSKO – ŠVÝCARSKÁ KONFEDERACE]

Konkordat [SUI] - Konkordát o rozhodčím řízení (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit) ze dne 27. března 1969:³¹⁹ čl. 3, čl. 4, čl. 5, čl. 7, čl. 16, čl. 17, čl. 18, čl. 23 odst. 3, čl. 24, čl. 25, čl. 26, čl. 27, čl. 29 odst. 1 a odst. 2, čl. 31, čl. 33 odst. 1 a odst. 2, čl. 34, čl. 35, čl. 36, čl. 38, čl. 39, čl. 40, čl. 41, čl. 43.

IPRG [SUI] – čl. 7, čl. 176 odst. 1 a odst. 2, čl. 179, čl. 180, čl. 180 odst. 1 písm. a) a odst. 3, čl. 182, čl. 183, čl. 184, čl. 185, čl. 186 odst. 1, čl. 187, čl. 189, čl. 190, čl. 190 odst. 2, čl. 190 odst. 2 písm. b), čl. 191, čl. 192, čl. 193 odst. 3.

Spolkový zákon z 16. prosince 1943 o spolkové organizaci činnosti soudnictví.

Spolkový zákon z 4. prosince 1947 o spolkovém civilním procesu.

³¹⁸ Publikovaný in: Dz. U. [Dziennik Ustaw] z dnia 1 grudnia 1964 r.

³¹⁹ Spolkovou radou byla tato úprava odsouhlasena dne 27. srpna 1969. Upravuje tuzemské rozhodčí řízení. Bude od 1. ledna 2011 nahrazen *ZPO – Zivilprozessordnung* s federálním účinkem.

ZPO [SUI] - Zivilprozessordnung. Civilní procesní řád:³²⁰ část 3 (obecná úprava tuzemského rozhodčího řízení účinná od 1. ledna 2011), čl. 353 odst. 2, čl. 356, čl. 359 odst. 1, čl. 361 odst. 4, čl. 362, čl. 366, čl. 367 odst. 1 písm. a), čl. 369, čl. 369 odst. 3, čl. 370 odst. 2, čl. 371 odst. 1 a odst. 2, čl. 371 odst. 3, čl. 372 odst. 2, čl. 373, čl. 374, čl. 375, čl. 377, čl. 378, čl. 379, čl. 380, čl. 381, čl. 384 odst. 1 písm. e), čl. 385, čl. 386, čl. 387, čl. 389, čl. 390, čl. 391, čl. 392, čl. 393, čl. 394, čl. 395, čl. 396, čl. 398, čl. 399,

[SVK] – [SLOVENSKÁ REPUBLIKA]

Zákon [SVK] č. 757/2004 Z.z., o súdech a o zmene a doplnení niektorých zákonov: § 63 až § 70

Zákon [SVK] č. 9/2010, o sťažnostiach.

ZRK [SVK]: § 3 odst. 1, § 5 odst. 3, § 6 odst. 1, § 6 odst. 3, § 12 odst. 1, § 18.

Novela ZRK [SVK] prijatá Národnou radou SR [SVK] 9. března 2010: § 12, odst. 1, § 15b odst. 2, § 15c.

[UK/ANGLIE a WALES]

AA (1986) - Arbitration Act (1996): čl. 1, čl. 2 odst. 3, čl. 2 odst. 4, čl. 12, čl. 13 odst. 2, čl. 17, čl. 18 odst. 2-4, čl. 19, čl. 21 odst. 4-5, čl. 24 odst. 1, čl. 24 odst. 2-6, čl. 24 odst. 1, 2, 4 a 5, čl. 25 odst. 3 a 4, čl. 27 odst. 3, čl. 28 odst. 2, 3 a 5, čl. 32, čl. 39 odst. 1, čl. 42, čl. 43, čl. 44, čl. 45, čl. 46, odst. 1, písm. b), čl. 51, čl. 56, čl. 58, čl. 63, čl. 64, čl. 66, čl. 67, čl. 68, čl. 69, čl. 71 odst. 1 a 2, čl. 72, čl. 77, čl. 79, čl. 80, čl. 89-91, čl. 93, čl. 94-98.

Disability Discrimination Act (1995)

Equality Act (2010): kapitola 1.

Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 [v rámci tohoto příspěvku používána též zjednodušující formulační zkratka „Předpis“: čl. 6, čl. 6 odst. 1, čl. 6 odst. 1 písm. c), čl. 7, čl. 8 odst. 1, čl. 1 odst. 1 přílohy 4 k Předpisu

³²⁰ Bude od 1. ledna 2011 nahrazovat ZPO – *Zivilprozessordnung*. Nový procesní předpis pro civilní řízení bude obsahovat úpravu rozhodčího řízení a nahrazovat *Konkordat o rozhodčím řízení (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit)* ze dne 27. března 1969.

Employment Equality (Age) Regulation (2006)

Human Rights Act 1998 (Zákon o ochraně lidských práv z roku 1998).

Sex Discrimination Act (1975).

[USA] - [SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ]

Act of state doctrine

FAA [USA] Federal Arbitration Act: všeobecně a dále konkrétně část 2, část 9, část 13, část 16

U.S.C. [USA]

II. Právo EU:

SES (před SFEU): čl. 13, čl. 137 odst. 1, čl. 141.

Směrnice Rady č. 75/117/EHS, o sblížení právních předpisů členských států při používání zásady stejného odměňování pro muže a ženy.

Směrnice Rady č. 76/207/EHS, k uskutečnění zásady stejného nakládání s muži a ženami ohledně jejich přístupu k zaměstnání, vzdělání a postupu v zaměstnání, jakož i ve vztahu k pracovním podmínkám.

Směrnice Rady č. 96/34/ES, týkající se rámcové smlouvy uzavřené mezi UNICE, CEEP a ETUC.

Směrnice Rady č. 97/80/ES, o důkazním břemenu v případech diskriminace podle pohlaví.

Směrnice Rady 1999/70/ES ze dne 28. června 1999 o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS.

Směrnice Rady Evropy 2000/78/EC (v rámci tohoto příspěvku používána jednotná formulační zkratka Směrnice): Preambule – body (12), bod (13), bod (13) bod (22), bod (23), bod (25) a dále čl. 1 (Účel), čl. 2 (Koncepte diskriminace), čl. 2 odst. 2 písm. b), čl. 2 odst. 3, čl. 3 (Působnost).

Směrnice 2000/43/EC: čl. 2 odst. 2, čl. 8 odst. 1, čl. 15.

III. Předpisy mezinárodního původu (mezinárodní smlouvy):

EULP: všeobecně a v konkrétních souvislostech ve vztahu k čl. 6.

NYConv.: všeobecně.

Panamerická úmluva o mezinárodním rozhodčím řízení v obchodních věcech z 30. ledna 1975.

IV. Jiné normy mezinárodního původu:

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985):
čl. 28 odst. 3

PŘEHLED ROZHODNUTÍ SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ (ROZHODNUTÍ SOUDNÍ a ÚSTAVNÍCH SOUDŮ / ROZHODNUTÍ CITOVANÁ V PŘÍSPĚKU)

[AUT] – [RAKOUSKO; REPUBLIKA RAKOUSKO]

Rozhodnutí OGH, sp. zn. 2 Ob 382/57 z 11. září 1957.

Rozhodnutí OGH, sp. zn. 5 Ob 123/03d z 13. ledna 2004.

[CZE] – [ČESKÁ REPUBLIKA]

Usnesení Ústavního soudu, sp. zn. III ÚS 460/01 z 1. listopadu 2001

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. IV ÚS 174/02 z 15. července 2002,³²¹

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. I ÚS 339/02 z 26. ledna 2004

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. IV ÚS 511/03 ze 4. prosince 2003

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. III ÚS 166/05

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. III ÚS 145/03

³²¹ Publikováno in: Sbíрка nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR [CZE], sv. 27, usnesení evid. č. 20, s. 257 a násl.

Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. II ÚS 3059/08 z 15. ledna 2009

[DEU] – [NĚMECKO; SPOLKOVÁ REPUBLIKA NĚMECKO]

Rozsudek Verwaltungshof Berlin, sp. zn. VG 2 A 69.07 z 11. června 2008.

[FRA] – [FRANCIE; FRANCOUZSKÁ REPUBLIKA]

Del Drago Rozsudek Cour de Appel de Paris, 10. prosince 1991, ve věci Marquis de Santa Cristina et al. v. Princess del Drago et al., publikovaný in: Clunet, 1992, s. 314 a násl. Viz – kapitola I.1..

[UK] - [SPOJENÉ KRÁLOVSTVÍ VELKÉ BRITÁNIE A SEVERNÍHO IRSKA]

Brennan v. J.H. Dewhurst Ltd.; rozhodnutí publikováno in: [1984] I.C.R. 52.

Department for Constitutional Affairs v. O'Brien; rozhodnutí publikované in: [2008] EWCA Civ 1448 (ohledně postavení soudních úředníků)

Rozhodnutí ve věci Jivraj:

- Prvostupňové rozhodnutí jeho crihodnosti soudce David Steela, publikované in: [2009] EWHC 1364 (Comm).

- Odvolací rozhodnutí Court of Appeal (Civil Division) z 22. června 2010, publikované in: [2010] EWCA Civ. 710.

Knight v. A-G; rozhodnutí publikované in: [1979] I.C.R. 194 (ohledně smírčích soudců).

K/s Norjarl A/s v. Hyundai Heavy Industries Co Ltd; rozhodnutí publikováno in: [1991] 1 Lloyd's Rep. 524.

Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd (rozhodnutí publikováno – tzv. neutrální citace - in: [1990] 1 A.C. 546).

Lord Chancellor v. Coker; rozhodnutí publikováno in: [2002] ICR 321.

Marshall v. NM Financial Management Ltd; rozhodnutí publikováno in: (i) [1995] 1 W.L.R. 1461 a in: (ii) [1997] 1 W.L.R. 1527.

Perceval Price v. Department of Economic Development; rozhodnutí publikované in: [2000] IRLR 380 (ohledně postavení předsedy senátu).

[USA] – [SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ]

Rozhodnutí soudu státu Massachusetts z roku 1884 ve věci Hoosac Tunnel Dock & Elevator. Co. v. O'Brian, publikované in: 137 Mass 424 (1884) 426.

Rozhodnutí ve věci Underhill v. Hernandez, publikované in: 168 U.S. 250 (1897).

Rozhodnutí ESD:

Rozsudek ESD ve věci Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, sp. zn. C-427/06 z 23. září 2008.

Rozsudek ESD ve věci Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV, sp. zn. C-54/07 z 10. července 2008.

Rozsudek ESD ve věci Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, sp. zn. C-411/05 z 16. října 2007.

Rozsudek ESD ve věci Lawrie Blum v. Land Baden- Württemberg, sp. zn. C 307/84 z 3. července 1986, publikovaný in Sb. [1986], s. 2121.

Rozsudek ESD ve věci Lecerc a Deaconescu v. Caisse nationale des prestations familiales, sp. zn. C 43/99 z 31. května 2001, publikovaný in: Sb. [2001], I- 4265.

Rozsudek ESD ve věci Marleasing S.A. v. La Comercial Internationale de Alimentacion S.A., publikované in: [1990] ECR I-4135.

Rozsudek ESD ve věci S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law, sp. zn. C-303/06 z 17. července 2008.

Rozsudek ESD ve věci Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, sp. zn. C-13/05 z 16. března 2006.

Rozsudek ESD ve věci Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, sp. zn. C-267/06 z 1. dubna 2008.

Rozsudek ESD ve věci von Hoffmann v. Finanzamt Trier, sp. zn. C-145/96.³²²

Rozsudek ESD ve věci Werner Mangold v. Rüdiger Helm, sp. zn. C-144/04 z 22. listopadu 2005.

- Literature:
- BACON, Matthew: A new abridgment of the law, Vol I, London: A. strahan, 1832.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004.
- BLANPAIN, Roger; WEISS, Manfred; Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law. KLI, 2003, s. 353-359. ISBN: 90 411 2008 4.
- BLOHORN-BRENNER, B.: Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits individuels du travail. Rev. arb. 1999, s. 785 a násl.
- BOULARD, H.: L'expérience versaillaise de l'amiable composition. Gaz. Pal. 8- 9 déc. 1995, s. 4 a násl.
- BREDIN, J-D.: L'amiable composition et le contrat. Rev. arb., 1984, s. 259 a násl.
- DELVOLVÉ, J.-L.: Essai sur la motivation des sentences arbitrales. Rev. arb. 1989, s. 149 a násl.
- DVORSKÁ, Olga; Evropský rok rovných příležitostí a implementace směrnic Rady 2000/43/ES a 2000/78/ES, PrF MU.
- FOULETIER, M.: Recherches sur l'équité en droit public français – LGDJ, 2002.
- JARROSSON, Ch.: L'amiable compositeur est il astreint à vérifier la conformité de sa solution à l'équité ?, note sous C. civ. II, 18 oct. 2001

³²² V rozhodnutí ve věci *Jivraj* bylo použito rozboru a komentáře k danému rozhodnutí publikovaného in: Common Market Law Review, 1998, rč. 1, s. 99 a násl.

- [poznámka k rozhodnutí Court d'cassation, civ., II. senát, 18. října 2001]. Rev. arb., 2002, č. 2, s. 359 a násl.
- JURATOWITCH, B. et McNEIL, M., S.: The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. Arb. Int., 2008, rč. 24, č. 3, s. 475 a násl.
 - KOMENDOVIÁ, JANA, Zákaz diskriminace na základě zdravotního postižení v pracovněprávních vztazích. Dostupné v rámci databáze PrFMU.
 - KOZÁK, Kryštof; Výjimky z principu rovného zacházení ve veřejné správě. V elektronické verzi dostupné sub http://www.mkc.cz/uploaded/antidiskriminace/Vyjimky_z_principu_rovneho_zachazeni_ve_verejne_sprave.pdf [poslední návštěva 10. října 2010].
 - KUČERA, Zdeněk: Mezinárodní právo soukromé. 5. vyd., Brno: Doplněk, 2001.
 - KÜHN, Zdeněk; Mají registrovaní partneři právo na vdovský důchod z nestátního typu důchodového pojištění?³²³ V elektronické verzi dostupné sub <http://jinepravo.blogspot.com/2008/04/maj-registrovan-partnei-prvo-na-vdovsk.html> [poslední návštěva 10. října 2010].
 - LAGARDE, X.: Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges. Rev. arb, 2001, s. 423 a násl.
 - LEVEL, P.: L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980. Rev. arb., 1980, s. 651 a násl.
 - LOQUIN, E.: L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence. Rev. arb., 1976, s. 223 a násl.

323 Článek ve vztahu k rozhodnutí ESD C-267/06 Tarao Maruko proti Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, viz výše

- LOQUIN, E.: L'amicable composition en droit comparé international. Ed. Litec, 1980; LOQUIN, E.: Pouvoirs et devoirs de l'amicable compositeur. Rev. arb., 1985. s. 199 a násl.
- LOQUIN, E.: L'obligation pour l'amicable compositeur de motiver sa sentence. Rev. arb., 1989. s. 149 a násl.
- MATRAY, L. L'amicable composition en droit comparé. In: Liber amicorum, Commission du Droit et Vie des affaires, Bruxelles, 1998, s. 309 a násl.
- MOTHEJZLÍKOVÁ, Jitka: Úloha národních soudů – podpora nebo dohled? Evropské a mezinárodní právo, 1998, č. 1-2.
- MUSTILL; BOYD; Commercial Arbitration, 2. vyd., s. 220.
- PERCEROU, R. L'arbitrage en questions : intervention au Colloque du Centre des affaires de Rennes, Sem. Jur. n°3 suppl. 14 octo. 1999, JCP, 1999 a násl.
- REDFERN, Alan: Law and practice of international commercial arbitration. London: Thomson / Sweet & Maxwell, 2004.
- REDMAN, Joseph, Haworth: A Concise Treatise on the Law of Arbitrations and Awards, BiblioLife, LLC, 2009, s. 301-302. ISBN: 1110273363.
- RONTCHEVSKI, N.: note, sous Civ. 2ème, 15 février 2001. Bulletin, 2001, II, č. 26, s. 19 a násl., D., 4 octobre 2001, n° 34, Jurispr, p. 2780-2782.
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda: Právo mezinárodního obchodu. Brno: MU v Brně, 2004.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: International Arbitration Law, KLI, 2. vyd., 2001
- RŮŽIČKA, Květoslav: K otázce právní povahy rozhodčího řízení. Bulletin Advokacie, 2003, č. 5.

- TETLEY: The General Maritime Law – The Lex Maritima. Syracuse Journal of International Law and Commerce, 1994, rč. 20, s. 105-145
- VELLAS: Expertise, amiable composition, et non-droit dans le commerce international, Melanges Hebraud, 1981, s. 875 a násl.
- VER PLOEG, Christine, D.: Other Models for Labor-Management Dispute Resolution: The Wisconsin Experiment. William Mitchell Legal Studies Research Paper No. 2010-12, William Mitchell College of Law; v elektronické verzi dostupné sub <http://ssrn.com/abstract=1607140> [poslední návštěva 21. listopadu 2010].
- VÍŠKOVÁ, Lucie; Diskriminace osob se zdravotním postižením na trhu práce. V elektronické verzi dostupné sub http://www.mkc.cz/uploaded/antidiskriminace/Diskriminace_osob_s_postizenim.pdf [poslední návštěva 10. října 2010].

Contact – email

Autor nepoužívá eMail.

E-Mail will not be used by the author.

MEZINÁRODNÍ PRAVOMOC SOUDŮ VE SVĚTLE PRÁVA STRAN NA SPRAVEDLIVÝ PROCES: AMERICKÉ A KONTINENTÁLNÍ POJETÍ

PETRA BOHŮNOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá otázkami formulace a aplikace právních norem pro určování mezinárodní pravomoci soudů v kontinentálním a americkém právním systému. Jeho cílem je potvrdit nebo vyvrátit hypotézu: „Kontinentální přístup k mezinárodní pravomoci soudů umožňuje dosáhnout spravedlnosti při určování mezinárodní pravomoci soudů stejně jako americké pojetí mezinárodní pravomoci soudů, ačkoli upřednostňuje technická, neutrální a předvídatelná pravidla, která nemohou být měněna podle konkrétních okolností případu.“ Nejprve je obecně popsán přístup k formulaci a aplikaci pravidel pro určování mezinárodní pravomoci soudů v kontinentálním a americkém právním systému. Poté analyzujeme právní úpravu v nařízení Brusel I a v právu USA a identifikujeme jejich shodné a rozdílné prvky. V závěru je potvrzena stanovená hypotéza.

Key words in original language

Mezinárodní pravomoc soudů, nařízení Brusel I, článek 6 Evropské úmluvy o lidských právech, due process clause, *International Shoe v. Washington*, právo na spravedlivý proces

Abstract

This paper deals with questions of formulation and application of legal rules for determination of jurisdiction of courts in the Continental and American legal system. The focus of this paper is to confirm or to disapprove the hypothesis: “The Continental legal system allows achieving fairness when determining the jurisdiction of courts as well as the American system, although it prefers technical, neutral and foreseeable rules which cannot be changed according to the particular circumstances of the case.” Firstly, the Continental and American approach to the formulation of rules and determination of jurisdiction of courts is described. Then, the legal rules contained in the regulation Brussels I and in the law of the USA are analyzed and their convergences and divergences are identified. In conclusion, the hypothesis is confirmed.

Key words

Jurisdiction of court, regulation Brussels I, article 6 of the European Convention on Human Rights, due process clause, *International Shoe v. Washington*, fair trial doctrine

1. ÚVOD

V souvislosti s rozvojem mezinárodního obchodu a nárůstu sporů s mezinárodním prvkem ve druhé polovině dvacátého století se začala projevovat snaha o světovou unifikaci norem v oblasti mezinárodní pravomoci a uznání a prohlášení vykonatelnosti cizích soudních rozhodnutí, dosud však nebyly úspěšné.¹ Jedinou výjimkou je regionální unifikace v EU v rámci evropského justičního prostoru, přičemž nejdůležitější právní úprava mezinárodní pravomoci soudů je obsažena v nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22.12.2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen "nařízení Brusel I"). V řadě států tak existují normy pro založení mezinárodní pravomoci soudů, které nejsou pro ostatní státy akceptovatelné, a rozsudky vydané soudy s takto založenou mezinárodní pravomocí nelze uznat ani vykonat.

Vzhledem k této situaci navrhly USA přijetí multilaterální haagské Úmluvy o pravomoci a cizích soudních rozhodnutích ve věcech občanských a obchodních (dále jen „Haagská úmluva“). Jejím cílem bylo unifikovat pravidla pro určování mezinárodní pravomoci soudů a pro uznání a výkon cizích soudních rozhodnutí a zajistit tak jejich předvídatelnost a vykonatelnost vydaných rozhodnutí ve smluvních státech. Vyjednávání této úmluvy však kvůli zásadním rozporům v přístupu k otázkám mezinárodní pravomoci soudů ve státech kontinentálního právního systému a v USA nepřineslo očekávané výsledky.²

S ohledem na závažnost rozporů v otázkách určování mezinárodní pravomoci soudů mezi kontinentálním a americkým systémem se v tomto příspěvku budeme zabývat právní úpravou mezinárodní pravomoci soudů, a to v nařízení Brusel I jako reprezentantu kontinentálního práva a v právu států USA a jejich nejdůležitějšími shodami a rozdíly. Cílem příspěvku je potvrdit nebo vyvrátit hypotézu: „Zatímco americký přístup umožňuje díky flexibilním pravidlům pro určování mezinárodní pravomoci soudů dosáhnout spravedlnosti v každém konkrétním případě, kontinentální pojetí upřednostňuje určování mezinárodní pravomoci soudů na základě

¹ V roce 1971 byla na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého vyjednána Úmluva o uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních, která vstoupila v platnost 20. 8. 1979. Úmluva má dosud pouze čtyři smluvní státy – Kypr, Nizozemí, Portugalsko a Kuvajt. Vzhledem k tomu, že první tři jmenované jsou i členskými státy EU, kde se uplatňuje nařízení Brusel I, nemá úmluva žádný praktický význam. V roce 1979 byla dále sjednána státy jižní a střední Ameriky Meziamerická konvence o extraterritoriální platnosti cizích soudních rozhodnutí a rozhodčích nálezů, kterou však ratifikovalo pouze Mexiko.

² Pouze v roce červnu 2005 byla na diplomatické konferenci přijata Úmluva o smlouvách o volbě fóra, tj. úmluva s mnohem užším předmětem úpravy, než byl původní záměr, která dosud nevstoupila v platnost. Text haagské Úmluvy o smlouvách o volbě fóra [cit. 2010-11-16] Dostupné z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

předvídatelných a neutrálních norem, která nelze měnit podle okolností případu a nezajišťují tedy právo na spravedlivý proces v každém sporu.“

2. OBECNĚ K UTVÁŘENÍ A ZDROJŮM PRAVIDEL PRO URČOVÁNÍ MEZINÁRODNÍ PRAVOMOCI SOUDŮ V ES

Základem metody pro určování mezinárodní pravomoci v kontinentálním systému je přesné definování právního vztahu. Relativně pevná obecně formulovaná pravidla pro určování mezinárodní pravomoci jsou zakotvena v zákonodárných podústavních aktech, které vycházejí ze zásad vyjádřených v právních předpisech ústavní povahy (např. zásady organizace soudnictví v ČR zakotvené v ústavním pořádku).³ Soudy nemají příliš velký prostor pro uvážení⁴, aby mohla být zajištěna ústavně garantovaná předvídatelnost fóra.⁵ Základním kritériem pro určení mezinárodní pravomoci soudů je princip "actor sequitur forum rei". Výjimky z tohoto pravidla jsou výslovně upraveny. Zákonodárce přitom přihlíží zejména k určitému principu spravedlnosti, tj. posuzuje, zda je v konkrétním případě odůvodnitelné, aby se řízení konalo na jiném místě, než je místo určeného podle domicilu žalovaného.⁶ Cílem kontinentálních procesních norem je předvídatelnost pravidel pro určování pravomoci a jejich soulad s konkrétním soudním řízením. Díky tomu se lze vyvarovat sporů o fórum a stejné případy mohou být posuzovány stejně.⁷

Ve členských státech ES jsou stěžejní normy pro určování mezinárodní pravomoci soudů obsaženy v nařízení Brusel I, které je obecně závazné pro všechny členské státy EU a přímo použitelné⁸. Nařízení Brusel I je založeno na jednotných pravidlech pro určování mezinárodní pravomoci soudů, která jsou jednoduše aplikovatelná a vysoce předvídatelná a která nelze upravovat podle okolností konkrétního případu. Kromě toho jsou v evropském

³ Šínová, R. Americké versus evropské pojetí (místní) příslušnosti. *Právní fórum*, 2009, č. 8, s. 350.

⁴ To neplatí pro ESD.

⁵ Baumgartner, S. P. The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments: Where We Are and the Road Ahead. *European Journal of Law Reform*, 2002, č. 4, s. 237.

⁶ Šínová, R. Americké versus evropské pojetí (místní) příslušnosti. *Právní fórum*, 2009, č. 8, s. 352.

⁷ Baumgartner, S. P. The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments: Where We Are and the Road Ahead. *European Journal of Law Reform*, 2002, č. 4, s. 235 – 236.

⁸ Článek 288 Smlouvy o fungování Evropské unie.

justičním prostoru unifikovány pro některé právní vztahy i kolizní normy⁹. Aplikací jednotných procesních pravidel a jednotných kolizních norem pak lze dosáhnout tzv. „rozhodovací jednoty“ neboli „mezinárodní jednoty rozhodování“. Výsledky aplikace procesních norem je možno považovat za neutrální.¹⁰

Pevně stanovená pravidla, která nelze měnit uvážením soudu, se uplatňují i v oblasti odmítnutí pravomoci soudů v případě paralelních řízení. Jedná se o tzv. princip *litispence*¹¹, podle kterého má mezinárodní pravomoc ten soud, u něhož byla podána žaloba nejdříve.

V souladu s výše uvedeným využívá i nařízení Brusel I využívá uzavřeného systému mezinárodních pravomocí, tj. specifických, technických, jasně stanovených norem, které nezohledňují specifika jednotlivých případů. Jedná se o promyšlený hierarchický systém, v němž mají některá pravidla přednost před jinými, která sama převažují nad jinými nižšími pravidly v hierarchii¹².

Nařízení Brusel I se použije na intrakomunitární řízení, tj. v případě, kdy má žalovaný domicil na území některého členského státu ES.¹³ Domicil žalujícího není rozhodující. Pokud nelze aplikovat nařízení Brusel I, použijí se ustanovení o mezinárodní pravomoci národních právních řádů. Rozhodnutí vydaná soudy s takto určenou mezinárodní pravomocí musí být ostatními státy uznána. Tento přístup je třetími státy velmi kritizován,

⁹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17.6.2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11.7.2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II)

¹⁰ von Mehren, A. T. *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law*. Recueil des Cours 295. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, s. 93 – 94.

¹¹ K tomu viz např. Bohúnová, P. Odmítnutí pravomoci soudu ve věcech občanských a obchodních: americké a kontinentální řešení. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, č. 4, s. 378 – 383.

¹² Hierarchie má pět základních rovin: Na nejvyšší úrovni je výlučná mezinárodní pravomoc soudů (článek 22), následuje dobrovolné podřízení se pravomoci soudu žalovaným (článek 24), speciální pravomoci (článek 8 – 21), mezinárodní pravomoc soudů založená prorogací (článek 23) a obecná mezinárodní pravomoc určovaná podle domicilu žalovaného (článek 2 – 4) a k ní alternativní mezinárodní pravomoci (čl. 5 – 15).

¹³ Výjimkou je článek 22 a 23 nařízení Brusel I.

protože nutí členské státy ES uznávat také rozhodnutí cizích soudů, jejichž mezinárodní pravomoc byla založena na tzv. exorbitantních normách¹⁴.

Normy pro určování mezinárodní pravomoci soudů však neexistují izolovaně, protože – stejně jako národní normy pro určování mezinárodní pravomoci - podléhají obecnému korektivu článku 6 Evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropská úmluva o lidských právech“)¹⁵. V souladu s ním musí být formulovány i aplikovány tak, aby zajišťovaly právo obou stran sporu na přístup k soudu i rovnost zbraní.¹⁶ Pokud by se prokázalo, že je právo na spravedlivý proces některé strany sporu ohroženo, jsou smluvní státy povinny v souladu s Evropskou úmluvou o lidských právech přijmout odpovídající opatření, aby toto porušení napravily. Podpisem Evropské úmluvy o lidských právech totiž smluvní státy převzaly závazek zorganizovat svůj právní systém tak, aby byl zajištěn jeho soulad s článkem 6. Tuto povinnost nemají jenom zákonodárci, ale i soudy, které rozhodují v konkrétních případech.¹⁷ Přestože EU není dosud smluvní stranou Evropské úmluvy o lidských právech, představují základní práva zaručená touto mezinárodní úmluvou obecné zásady práva EU¹⁸, a proto by měla být respektována.

Tento závěr učinil i ESD v rozhodnutí *Krombach v. Bamberski*¹⁹, kde s odkazem na ustálenou judikaturu konstatoval, že při aplikaci nařízení Brusel I musí být dodrženo právo na slyšení před soudem, resp. na

¹⁴ Některé typy mezinárodních pravomocí jsou založeny na navazujících kritériích, která nemají dostatečný vztah k fóru a která vedou ke znevýhodnění pozice žalovaného. Takové mezinárodní pravomoci se nazývají anglicky „exorbitant jurisdictions“, kdy „exorbitant“ znamená přemrštěný nebo přehnaný. Vzhledem k tomu, že v české právní terminologii neexistuje vhodný ekvivalent, nazýváme tyto mezinárodní pravomoci jako exorbitantní.

¹⁵ „Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. [...]“ Článek 6 je dále konkretizován judikáty Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku (dále jen „ESLP“) a doporučeními Rady Evropy.

¹⁶ Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 58 – 60; Schlosser, P. Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention. *Rivista di diritto internazionale*, 74, 1991, s. 12.

¹⁷ Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 38 a 56.

¹⁸ 6 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie. Před jeho přijetím byla tato zásada obsažena v judikatuře ESD a zejména v posudku ESD 2/94 ze dne 28.3.1996, bod 33.

¹⁹ Rozhodnutí ESD C-7/98 *Dieter Krombach v. André Bamberski* ze dne 28.3.2000.

spravedlivý proces, které je garantováno Evropskou úmluvou o lidských právech. V opačném případě může být odmítnuto uznání takového rozhodnutí v jiném členském státě z důvodu rozporu s veřejným pořádkem. Zajištění práva na spravedlivý proces je zde nadřazeno hlavnímu cíli nařízení Brusel I, tj. zjednodušení formalit při vzájemném uznání a prohlášení vykonatelnosti cizích soudních rozhodnutí.

Ohledně aplikace článku 6 Evropské úmluvy na otázky mezinárodní pravomoci soudů však existují i opačné názory. Podle formalistického pohledu je článek 6 Evropské úmluvy o lidských právech zaměřen pouze na samotný průběh soudního řízení. I když byl jeho text interpretován tak, že garantuje i právo na přístup k soudu, nepředstavuje článek 6 paralelu s V. a XIV. Dodatkem Ústavy USA, kterými se zabýváme níže. Tento názor však nelze akceptovat, neboť ESLP ve svých judikátech aplikaci úzce formulovaného článku 6 podstatně rozšířil a lze z nich dovodit, že článek 6 zahrnuje všechny složky práva na spravedlivý proces.²⁰ Podle dalšího názoru nemůže být právo na spravedlivý proces porušeno tím, že soud přijme svou mezinárodní pravomoc, neboť žalovaný se soudního řízení může účastnit vždy, pokud o to má zájem (u vzdáleného fóra se např. může nechat zastoupit). Tato koncepce ale vychází ze zastaralé koncepce práva na přístup k soudu a nerespektuje aktuální judikaturu ESPL v této oblasti. V souladu s ní nesmí být právo na přístup garantováno pouze teoreticky, ale musí být účinné v každém konkrétním případě. Přitom musí být zohledněny veškeré právní i faktické překážky, které mu v přístupu k soudu mohou bránit. Pokud není s ohledem na všechny okolnosti možné právo na přístup k soudu zajistit, měl by soud svou mezinárodní pravomoc odmítnout.²¹

3. NORMY MEZINÁRODNÍ PRAVOMOCI V PRÁVU USA

Normy pro určování mezinárodní pravomoci soudů nad konkrétním žalovaným stanovuje procesní právo jednotlivých států. V prvním kroku se hledá norma pro založení mezinárodní pravomoci soudů podle norem jednotlivých států. Ve druhém kroku se hodnotí, zda použití konkrétního pravidla mezinárodní pravomoci nejde nad rámec práva na spravedlivý proces, tzv. due process clause, které je garantováno V. a XIV. Dodatkem k Ústavě USA. To v praxi působí jako ústavní kontrola mezinárodní

²⁰ Golder v. The United Kingdom (žaloba č. 4451/70) (1973) a Airey v. Ireland (žaloba číslo 6289/73) (1979). Složky práva na spravedlivý proces: zásadu rovnosti stran (tzv. rovnost zbraní) a kontradiktornosti řízení, právo na slyšení před soudem, zásadu zákonného soudu a zákonného soudce, zásadu nestrannosti a nezávislosti soudu, zásadu veřejného projednání věci, zásadu ústnosti a přímosti, zásadu hospodárnosti řízení.

²¹ In Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 58 – 60.

pravomoci určené podle státních pravidel²². Bez použití uvedeného dvouprvkového testu, který je typický pro americké právo mezinárodní pravomoci, nemohou soudy přijmout mezinárodní pravomoc.²³

Základ americké doktríny práva na spravedlivý proces položil Nejvyšší soud USA v rozhodnutí *Pennoyer v. Neff*²⁴. Zde konstatoval, že akceptování mezinárodní pravomoci soudů je omezeno ústavně garantovaným právem na spravedlivý proces (*due process*). Rozhodnutí je založeno na teritoriálním přístupu k mezinárodní pravomoci nad žalovaným a mocenské teorii. Podle něj má stát výlučnou mezinárodní pravomoc nad osobami nacházejícími se na jeho území a nemůže vykonávat pravomoc nad osobami mimo své území. Na území fóra se tak musí nacházet žalovaný (např. mít zde domicil), jeho majetek nebo mu zde alespoň musí být doručena písemnost, kterou se zahajuje řízení, což se považuje za symbolický akt výkonu státní suverenity atd. (*tag = transient jurisdiction*).²⁵ Důsledkem tohoto rozhodnutí bylo vyhledávání umělých situací, které měly prokázat, že žalovaný se nachází na území státu. Tato koncepce se dále v průběhu let vyvíjí v judikatuře Nejvyššího soudu USA, která je významným pramenem pravidel pro určování mezinárodní pravomoci soudů.

Na rozhodnutí *Pennoyer v. Neff* navázal Nejvyšší soud USA v roce 1945 rozhodnutím *International Shoe v. Washington*²⁶, jehož jádrem byl posun od pravomoci striktně teritoriální a mocenské teorie k pravomoci osobní a teorii spravedlnosti. Pro založení mezinárodní pravomoci podle tohoto rozhodnutí postačí tzv. minimální kontakt s fórem (např. obchodní aktivity žalovaného v USA, tzv. *doing business jurisdiction*^{27, 28}). To znamená, že

²² Tato pravidla mohou být formulována zcela konkrétně, jako je tomu v kontinentálním právu (např. v právu Státu New York) nebo velmi obecně, např. „mezinárodní pravomoc je dána v nejšířším rozsahu dovoleném *due process clause* (k tomu viz níže) ve XIV. Dodatku k Ústavě USA“ (právní řád Iovy). Nuyts, A. *Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared*. In: Brand, R. A. *2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*. Thomson/West, 2005, s. 33.

²³ *Ibid.*, s. 33.

²⁴ *Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714

²⁵ Baumgartner, S. P. *The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements: Where We Are and the Road Ahead*. *European Journal of Law Reform*, 2002, č. 4, s. 229 – 230; Brand, R. A. *Recognition Jurisdiction and the Hague Choice of Court Convention*. *Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 2010-23*, June 2010, s. 3. [cit. 2010-11-16] Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1629360>.

²⁶ *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

²⁷ Postačí např. že český obchodník dodá zboží obchodníku holandskému a ten je vyveze na americký trh.

žalující může mít ke státu (teritoriu) fóra pouze minimální kontakt, ale přesto zde s ním může být veden spor²⁹ i ve věci, která nesouvisí ani s tímto minimálním kontaktem. Podmínkou je, že výkon mezinárodní pravomoci je v souladu s „tradičním představami o fair play“ a podstatou spravedlnosti“, tj. s právem na spravedlivý proces. Ve své době se jednalo o reakci na příliš široce formulovaná pravidla pro určování mezinárodní pravomoci soudů obsažená v právních řádech jednotlivých států Unie.³⁰ Rozhodnutí rovněž umožnilo určit mezinárodní pravomoc pro řízení proti právníkům osobám, které svou činnost vykonávají paralelně v různých státech.

Standardsy obsažené v obou rozhodnutích průběžně existovaly vedle sebe, a to až do rozhodnutí *Shaffer v. Heitner*³¹, které rozšířilo použití principů spravedlivého procesu stanovených v *International Shoe v. Washington* na všechny druhy mezinárodní pravomoci, tj. i na mezinárodní řízení.³²

Požadavek „rozumnosti“ („reasonableness“) založení mezinárodní pravomoci v konkrétním případě stanovil Nejvyšší soud USA v rozhodnutí *Burger King Corp. v. Rudezewicz*³³. Podle něj mají být při hodnocení vztahu žalovaného k fóru hodnoceny další podstatné okolnosti - že žalovaný záměrně využívá určitých výhod, které má z provozování určitých aktivit v daném státě („purposeful availment“) nebo že záměrně směřuje své aktivity do určitého státu („purposeful direction“). Založení mezinárodní pravomoci soudu v konkrétní věci musí být rozumné. S touto koncepcí je propojena i určitá předvídatelnost („foreseeability“), která hraje velkou roli

²⁸ Danford, B. B. *The Enforcement of Foreign Money Judgements in the United States and Europe: How Can We Achieve a Comprehensive Treaty?* [cit. 2010-11-16] Dostupné z: www.allbusiness.com.

²⁹ Rozhodující byla kvalita a povaha jednání žalovaného ve státě fóra a jeho okolnosti. Jestliže žalovaný jedná ve státě fóra cíleně a je tam žalován o náhradu škody, která by z jeho jednání mohla plynout, je pravomoc soudu nesporná. Ve dvou situacích není podle Nejvyššího soudu pro založení pravomoci nutná přítomnost žalovaného ve státě fóra: jednak pokud dá žalovaný své zboží do „obchodního oběhu“ ve státě fóra, jednak pokud chce žalovaný ve státě fóra prosadit své aktivity, které mají původ v jiném státě. Reed, A. *Anglo-American perspectives on private international law*. Lewiston, New York: E. Mellen Press, 2003, s. 178.

³⁰ Schlosser, P. *Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention*. *Rivista di diritto internazionale*, 74, 1991, s. 9.

³¹ *Shaffer v. Heitner* 433 U.S. 186.

³² von Mehren, A. T. *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law*. *Recueil des Cours* 295. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, s. 123 – 126.

³³ *Burger King Corp. v. Rudezewicz* 471 US (1985).

v kontinentálním právu. Obecně nesmí být minimální kontakty žalovaného s fórem pouze nahodilé a rozumně nezdůvodnitelné.³⁴

Jedním z nejvýznamnějších moderních rozhodnutí v oblasti mezinárodní pravomoci soudů je *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*³⁵, kde Nejvyšší soud USA uvedl, že posouzení minimálních kontaktů je jen prvním bodem nutné analýzy. Druhým bodem je zhodnocení rozumnosti a spravedlnosti ve spojení s předvídatelností. V tomto případě byla *due process clause* využita k zamezení výkonu personální pravomoci nad žalovaným, který pocházel z jiného státu a neměl k fóru žádný vztah kromě toho, že zde měl nehodu jím vyrobený automobil.

V rozhodnutí *Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall*³⁶ Nejvyšší soud vymezil rozdíl mezi obecnou a zvláštní mezinárodní pravomocí založenou na obchodních aktivitách žalovaného. Obecná mezinárodní pravomoc může vycházet pouze z trvalých a systematických kontaktů žalovaného s fórem bez ohledu na původ sporu, zatímco v případě zvláštní mezinárodní pravomoci musí spor vzniknout přímo z kontaktů žalovaného s fórem.³⁷ Dřívější požadavek „minimálních“ kontaktů s fórem byl nahrazen požadavkem „dostatečných“ kontaktů s fórem.

V rozhodnutí *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*³⁸, Nejvyšší soud USA doplnil, že i když existuje dostatečný vztah žalovaného k fóru, musí být zohledněny i další faktory, které jsou nyní součástí testu tříbodový testu dodržení práva na spravedlivý proces:

1. Žalovaný musí záměrně využívat výhod, které mu přináší jeho aktivity v daném státě,
2. z těchto aktivit musí vzniknout předmět sporu, a

³⁴ Šínová, R. Americké versus evropské pojetí místní příslušnost. *Právní fórum*, 2009, č. 8, s. 351.

³⁵ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), in Nuyts, A. *Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared*. In: Brand, R. A. *2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*. Thomson/West, 2005, s. 40.

³⁶ *Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall* 466 U.S. 408 (1984).

³⁷ Brand, R. A. *Recognition Jurisdiction and the Hague Choice of Court Convention*. *Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 2010-23*, June 2010, s. 8 - 9. [cit. 2010-11-16] Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1629360>.

³⁸ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court* 480 U.S. 102 (1987)

3. výkon mezinárodní pravomoci musí být rozumný z hlediska následujících faktorů: musí být dána rovnováha mezi negativy, s nimiž se musí vyrovnat žalovaný u cizího fóra, zájmem fóra na rozhodnutí sporu jeho soudy, zájmem žalujícího na získání efektivní pomoci a zájmem mezistátního soudního systému na co nejefektivnějším vyřešení sporu a společným zájmem různých států na podporování základních nejdůležitějších sociálních politik.³⁹

Tento test má soudům umožnit soustředit se na dosažení spravedlnosti v individuálních případech i za cenu, že bude určení mezinárodní pravomoci soudů pro strany předem nepředvídatelné. Kromě toho v právu USA existují zvláštní doktríny, *forum non-conveniens* a *anti-suit injunctions*, které soudům dávají – na rozdíl od evropského principu *lis pendens* – možnost uvážení a odmítnutí mezinárodní pravomoci v konkrétním případě. Takový přístup je pro kontinentální právo neakceptovatelný.⁴⁰

To znamená, že zatímco v Evropě jsou normy mezinárodní pravomoci téměř výlučně výsledkem práce moci zákonodárné (přestože stále více nabývá na významu judikatura ESD), v USA plní tuto funkci moc soudní. Pravidla mezinárodní pravomoci soudů v právních řádech států USA jsou formulována spíše jako standardy a principy než jako konkrétní normy a zaměřují se spíše na individuální případy než na obecnou konzistentnost pravidel.⁴¹ Pojetí mezinárodní pravomoci soudů v USA vychází z ústavněprávních základů v mnohem vyšší míře než v kontinentálním právu. I když v konkrétním právním aktu určitého státu USA existují pevně daná pravidla pro určování mezinárodní pravomoci soudů, lze mezinárodní pravomoc založit i mimo ně, pokud to je v souladu s *due process clause*.⁴² Při posuzování práva na spravedlivý proces se soudy soustředí spíše na vztah mezi konkrétním žalovaným a fórem, než na vztah mezi sporem a fórem, jak je charakteristické pro kontinentální systém.⁴³

³⁹ von Mehren, A. T. *Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law*. Recueil des Cours 295. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, s. 140.

⁴⁰ Michaels, R. *Two Paradigms of Jurisdiction*. Michigan Journal of International Law, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1008.

⁴¹ *Ibid.*, s. 1009.

⁴² Šínová, R. *Americké versus evropské pojetí (místní) příslušnosti*. Právní fórum, 2009, č. 8, s. 350.

⁴³ Silberman, L. J. *The Impact of Jurisdictional Rules and Recognition Practice on Transaction*. [cit. 2010-11-16] Dostupné z: <http://www.thefreelibrary.com/The+impact+of+jurisdictional+rules+and+recognition+practice+on...-a0119442202>.

4. ROZBOR AMERICKÉHO A EVROPSKÉHO POJETÍ MEZINÁRODNÍ PRAVOMOCI SOUDŮ

Z výše uvedeného popisu přístupů k mezinárodní pravomoci soudů v Evropě a v USA jsou jasně patrné zásadní rozdíly. Přitom se nejedná pouze o konkrétní otázky formulace norem pro určování mezinárodní pravomoci soudů, ale v mnohem obecnější rovině o otázky stylu a flexibility pravidel pro její stanovení. V této kapitole proto rozebereme americké a evropské pojetí mezinárodní pravomoci soudů a vysvětlíme důvody pro neúspěch vyjednávání jednotné Haagské úmluvy. Cílem přitom není detailní analýza rozdílů evropského a amerického přístupu, ale vymezení jejich základních a nejdůležitějších rozdílů. Přitom budou zodpovězeny dvě otázky: Proč existují takto stěžejní rozdíly mezi oběma přístupy k mezinárodní pravomoci a proč se je dosud nepodařilo překlenout.

4.1 DVĚ ÚROVNĚ PRÁVNÍ ÚPRAVY MEZINÁRODNÍ PRAVOMOCI SOUDŮ

Lze konstatovat, že základní cíl amerického i evropského přístupu k mezinárodní pravomoci soudů je shodný: má chránit žalovaného proti břemenu soudního procesu u vzdáleného nebo nevhodného fóra a má zajistit, aby státy prostřednictvím svých soudů nepřesahovaly hranice své suverenity.

Jak ale upozorňuje Nuyts⁴⁴, v americkém a evropském přístupu má právo mezinárodní pravomoci odlišné funkce. Zatímco americký se na základě XIV. Dodatku Ústavy USA zaměřuje na ochranu spravedlivého procesu, evropský zdůrazňuje předvídatelnost pravidel mezinárodní pravomoci soudů, jak jsou stanovena v nařízení Brusel I. Z toho plyne, že principy vyvinuté v kontextu XIV. Dodatku Ústavy USA a nařízení Brusel I fungují na různých úrovních a nemohou být přímo komparovány. Srovnávat lze pouze funkční ekvivalenty v obou systémech, které fungují na stejné úrovni.⁴⁵

Na první („pevné“) úrovni jsou formální pravidla pro určování mezinárodní pravomoci, která vymezují, kde může být podána žaloba. V EU jsou obsažena v nařízení Brusel I, tj. v právním předpisu společném pro všechny členské státy. V USA se jeho funkční ekvivalenty nachází v zákonech jednotlivých států USA. Rovněž mezinárodní pravomoc federálních soudů podléhá právním předpisům státu, v němž daný federální soud sídlí.

⁴⁴ Shodně s odkazem na Nuytse i Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. Michigan Journal of International Law, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1017 – 1022.

⁴⁵ Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 61.

Jednotlivá pravidla mohou být obsažena buď v common law (soudních rozhodnutích⁴⁶), nebo v normativních právních aktech. Některé státy obecně meze mezinárodní pravomoci soudů dané Ústavou nijak nemění, zatímco jiné, např. stát New York, u jehož soudů často probíhají spory s mezinárodním prvkem, stanoví velmi přesná pravidla mezinárodní pravomoci soudů, která se blíží nařízení Brusel I.⁴⁷ Neexistuje žádný společný federální zákon stanovující pravidla mezinárodní pravomoci. Tento rozdíl vzniká v důsledku rozdělení pravomocí ve federálním státě, pro posouzení fungování mezinárodní pravomoci v praxi však není podstatný.⁴⁸

Na druhé úrovni se ověřuje, že výkon mezinárodní pravomoci v konkrétním případě není nepřiměřený, tzn. že je v souladu základními ústavně garantovanými lidskými právy. Tato kontrola probíhá v USA na základě XIV. Dodatku Ústavy USA, v Evropě na základě doktríny práva na spravedlivý proces podle článku 6 Evropské úmluvy o lidských právech. V obou systémech se přitom projevuje myšlenka, že právo na spravedlivý proces může být základem principu dostatečného spojení mezi předmětem soudního řízení a fórem. Kromě toho bylo v USA uznáno, že pravidla mezinárodní pravomoci nesmí být aplikována tak, aby jedna strana byla proti druhé zásadně znevýhodněna. Stejně tak ESLP judikoval, že princip rovnosti zbraní vyžaduje, aby měla každá strana rozumnou možnost přednést svou věc před soudem, aniž by byla zásadně znevýhodněna. Ačkoli se ve druhém případě nejednalo o rozhodnutí ve vztahu k mezinárodní pravomoci, je evidentní podobnost obou přístupů.⁴⁹

Přestože v obou právních oblastech existují dvě shodné úrovně vedoucí k určení mezinárodní pravomoci soudů, nejsou stejně rozvinuty. Zatímco v USA je kladen důraz na spravedlivý proces, v Evropě jsou rozhodující pravidla zakotvená v nařízení Brusel I. Důsledkem tohoto jednostranného zaměření je vysoká nepředvídatelnost mezinárodní pravomoci soudů USA

⁴⁶ V USA se pojmem common law označuje soudcovská tvorba práva. Knapp, V. Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha: C.H. Beck, 1996, s. 171 a násl.

⁴⁷ Např. pokud jde o delikty, stanoví oba systémy duální mezinárodní pravomoc buď soudu, kde k deliktu došlo, nebo soudu, kde se projeví jeho důsledky; pro závazky z kontraktů je v obou systémech mj. dána mezinárodní pravomoc soudu určeného podle místa plnění závazku. Na druhou stranu mezi těmito pravomocemi existuje řada drobných rozdílů. Např. podle nařízení Brusel I je mezinárodní pravomoc založena pouze pro žalobu o náhradu škody z deliktu, která vznikla v dotčeném státě, zatímco podle práva státu New York toto omezení neexistuje. Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 62.

⁴⁸ Ibid., s. 61 - 63.

⁴⁹ Ibid., s. 63 – 64.

(byť vedoucí v konkrétním případě ke spravedlivějším výsledkům) a přílišná rigidita (byť předvídatelných) evropských pravidel.

Přitom však oba systémy musí zajišťovat plnění požadavků na obou úrovních. To znamená, že jak nařízení Brusel I, tak XIV. Dodatek Ústavy USA musí splňovat obě funkce.⁵⁰ Dodatek XIV. Ústavy USA nestanovuje pouze vnější limity mezinárodní pravomoci soudů, ale v současné době spolu s judikaturou Nejvyššího soudu USA stanoví detailní systém pravidel a principů pro určování mezinárodní pravomoci soudů. I když státní právo obsahuje podrobné normy pro určování mezinárodní pravomoci soudů, soudy svou pozornost pravidelně soustředí na XIV. Dodatek Ústavy. V Evropě je situace opačná. ESD vyvinul ze zdánlivě technických pravidel nařízení Brusel I systém, v němž má ochrana žalovaného kodifikovaná v článku 2 kvaziústavní charakter. Konkrétní pravidla sice nejsou obsažena přímo v nařízení Brusel I, ale díky judikatuře ESD je ochrana žalovaného i žalujícího relativně stabilní a není nutná ingerence dalších institucí, jako je např. ESLP.⁵¹

Jsou-li si oba systémy v zásadě funkčně blízké, klade se otázka, proč jsou rozdíly v evropském a americkém pojetí mezinárodní pravomoci soudů tak těžko překonatelné. Při zodpovídání této otázky vyjdeme z Michaelsova článku⁵², který se nesnaží jen popsat shodné a odlišné oblasti amerického a evropského přístupu k mezinárodní pravomoci soudů, ale v širším kontextu hledá i jejich kořeny. Základní otázka zní, proč vznikl takto hluboký rozdíl mezi americkým a evropským přístupem k mezinárodní pravomoci soudů.

4.2 DVĚ PARADIGMATA MEZINÁRODNÍ PRAVOMOCI SOUDŮ

4.2.1 KONTINENTÁLNÍ PŘÍSTUP - PARADIGMA „MY NEBO ONI“

Evropské paradigma Michaels nazývá „my nebo oni“ („us or them“) a chápe je jako horizontální, mnohostranné, mezinárodní a apolitické. Evropský přístup se soustředí na horizontální vztahy mezi soudem „našeho státu“ a soudy ostatních států spíše než na vertikální vztah mezi soudem a stranami. Kontinentální právník si klade otázku, soud kterého státu je nejvhodnější pro rozhodnutí určitého sporu. Přitom není podstatná dostatečnost vertikálních kontaktů mezi žalovaným a fórem, resp. vztah mezi státem a

⁵⁰ Ibid., s. 61, 65.

⁵¹ Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. Michigan Journal of International Law, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1020 - 1022.

⁵² Ibid., s. 1003 - 1069.

sporem. Mezinárodní pravomoc soudů není odůvodňována zájmem žalovaného na soudní ochraně.⁵³

Evropské pojetí mezinárodní pravomoci soudů je dále mnohostranné. To znamená, že navazující kritéria pro určení mezinárodní pravomoci jsou formulována univerzálně a přiřazují mezinárodní pravomoc soudům některého z více států. Pokud leží navazující faktor mimo území určitého státu, mezinárodní pravomoc soudů tohoto státu nemůže být dána. Naopak mezinárodní pravomoc nemůže být odmítnuta z jiného důvodu, než že existuje jiné vhodnější fórum. Kritériem pro určení mezinárodní pravomoci není „úzké spojení“ soudu se sporem jako např. v právu USA, ale „nejužší spojení“ soudu se sporem (např. místo plnění závazku). Pro určení nejužšího spojení je nutné srovnávat horizontálně vztah stran nebo jejich sporu s různými státy. Hlavním kritériem je tedy vhodnost přijetí mezinárodní pravomoci určitým soudem s ohledem na ostatní státy. Samozřejmě, že v jednom konkrétním případě může být k dispozici více norem pro určení mezinárodní pravomoci soudů (např. sídlo žalovaného a místo plnění závazku), z nichž si může žalující vybrat. Podstatné ale je, že v každé kategorii je přípustné pouze jedno fórum.⁵⁴

Evropské paradigma je i mezinárodní, neboť odpovídá na otázku, zda budeme mezinárodní pravomoc soudů vykonávat „my nebo oni“, tj. soud mého nebo jiného státu. Podstatné jsou tedy vztahy mezi státy. Zde je možné vést paralelu k Savignyovské tradici, která hledá sídlo právního vztahu na základě mezinárodního společenství států.⁵⁵

Kromě toho je evropský přístup k civilnímu procesu, a tedy i k mezinárodní pravomoci soudů, apolitický - stát má jedinou úlohu, a to zajistit fórum. Právo žalovaného na přístup k soudu plyne ze soukromého práva, které má žalující proti žalovanému. Protože se soudní spor považuje za soukromou záležitost, právo žalovaného na svobodu od státní intervence je irelevantní. Cílem je nalézt nejvhodnější fórum a chránit žalovaného proti žalujícímu, ale mezinárodní pravomoc je odůvodňována spravedlností nebo obecným zájmem, ne politicky.⁵⁶

V této souvislosti je vhodné zodpovědět otázku, zda skutečně platí, že kontinentální právo zdůrazňuje vztahy mezi státy a ignoruje vertikální vztahy mezi soudem a žalovaným, tj. individuální práva žalovaného. V Evropě je ochrana žalovaného zahrnuta do horizontálních úvah o

⁵³ Ibid., s. 1045.

⁵⁴ Ibid., s. 1045 – 1046.

⁵⁵ Ibid., s. 1047.

⁵⁶ Ibid., s. 1047 – 1048.

vhodném rozdělení horizontální pravomoci, tzn. je zohledňována již při formulaci norem pro určování mezinárodní pravomoci soudů. Žalovaný je chráněn ne proti soudu, který vykonává pravomoc, ale proti žalujícímu, který vybírá soud. Jedná se o malý, ale důležitý rozdíl proti přístupu v USA, kdy ochrana žalovaného není obvykle považovaná za problém vztahu k soudu.⁵⁷

Pro kontinentální právo je důležitou součástí spravedlnosti mezi stranami předvídatelnost pravidel mezinárodní pravomoci soudů, která stanovuje nařízení Brusel I. Potřeba zajištění práva na spravedlivý proces je zohledněna již v samotných normách pro určení mezinárodní pravomoci. Obecným pravidlem pro určení mezinárodní pravomoci, jak ESD opakovaně potvrdil ve svých rozhodnutích, je článek 2 nařízení Brusel I, tedy domicil žalovaného. Ostatní pravidla pro určení mezinárodní pravomoci soudů musí být formulována a vykládána úzce. Každé ustanovení o zvláštní pravomoci je odůvodněno úzkým vztahem mezi sporem a soudem, který má o sporu rozhodnout. Tím je zajištěno, že soud má pro určitý druh sporu (např. z kontraktu) mezinárodní pravomoc a že žalovaný není žalován u nevhodného fóra. Kromě toho ESD omezuje aplikaci některých problematických ustanovení nařízení Brusel I. Příkladem je článek 6 odst. 2 nařízení Brusel I, jehož použití je v případech sporů ve prospěch třetích osob omezeno pouze na situace, kdy existuje dostatečné spojení mezi původním řízením a řízením třetí strany. Toto ustanovení podporuje názor, že takový výběr fóra není zneužitím právní úpravy.⁵⁸ Tento přístup je srovnatelný s testem minimálního kontaktu s fórem vyvinutého v rámci due process clause podle XIV. Dodatku Ústavy USA. ESD však nevychází ani tak z článku 6 Evropské úmluvy o lidských právech, ale spíše ze samotného nařízení Brusel I.⁵⁹

Přednost mezinárodní pravomoci soudů ve státě, kde má domicil žalovaný, je odůvodňována zájmem žalovaného na tom, aby byl žalován ve svém domovském státě za určitých podmínek. I když žalující může mít na výběr alternativní fórum, nelze tvrdit, že zájmy žalovaného nejsou v kontinentálním právu zohledňovány. Normy obsažené v nařízení Brusel I neslouží pouze k rozdělení mezinárodní pravomoci soudů, ale zároveň plní kvazikonstituční funkci, protože omezují počet soudů, které by případně mohly mít mezinárodní pravomoc, a tím chrání právo žalovaného na spravedlivý proces. Žalovaný tak může být žalován pouze u soudů určených

⁵⁷ Ibid., s. 1048 - 1049.

⁵⁸ Rozhodnutí ESD C-77/04 - Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne and others v Zurich Espana and Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans) ze dne 26.5.2005.

⁵⁹ Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. Michigan Journal of International Law, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1049 – 1050.

na základě nařízení Brusel I. Tato ochrana se vztahuje i na spory, kdy žalující pocházejí ze třetích států.

4.2.2 „PARADIGMA „UVNITŘ NEBO VENKU“ – PŘÍSTUP USA

Americké paradigma v období po rozhodnutí Nejvyššího soudu USA *International Shoe v. Washington* nazývá „uvnitř nebo venku“ („in or out“) a považuje je za vertikální, jednostranné, domácí a politické. Vertikální paradigma znamená, že se téměř veškerá pozornost právního systému soustředí na vertikální vztah mezi soudem a stranami a na otázku, zda je v konkrétním případě spravedlivé, aby soud přijal svou mezinárodní pravomoc nad žalovaným. Zájmy žalujícího jsou brány v úvahu jen zřídka. Americké paradigma je současně jednostranné, neboť rozhoduje o mezinárodní pravomoci svých soudů bez ohledu na to, zda by mohla být dána pravomoc soudů ostatní států. Dále je domácí, protože pravidla mezinárodní pravomoci stanovuje vždy národní právo. Konečně je americký přístup politický, neboť výkon mezinárodní pravomoci se soustředí na vertikální vztah mezi stranami a soudem a jedná se tedy o narušení svobody žalovaného. Žalovaný má negativní právo na svobodu od státní intervence, pokud se nejedná o intervenci oprávněnou.⁶⁰

Samozřejmě neplatí absolutně, že americké právo zcela ignoruje vztahy k ostatním státům. Mnohostranné úvahy (zejména v mezistátních případech v kontextu federalismu) jsou zohledněny při testu spravedlivého procesu, jak je popsán výše, a dalších právních mechanismech. Tyto výjimky však spíše podporují než vyvracejí tezi, že právo mezinárodní pravomoci USA zůstává vertikální, jednostranné, domácí a politické paradigma. Děje se tak v rámci domácího paradigmatu, které je zahrnuto do *due process clause*. Vzhledem k tomu, že mnohostranná funkce, tedy otázky rozdělení mezinárodní pravomoci mezi jiné státy, je plněna jinými instituty s podobnou funkcí neboli externalizována, nemusí se jimi právo mezinárodní pravomoci zabývat.⁶¹ Mechanismy, které zajišťují v domácím paradigmatu mnohostrannou funkci, jsou následující:

První je XIV. Dodatek Ústavy USA, který se aplikuje při mnohostranných úvahách zejména v mezistátních federálních případech. Aspekt rozumnosti v testu spravedlivého procesu zdůrazňuje zájem mezistátního soudního systému dosáhnout nejučinnějšího rozhodnutí sporu a společný zájem několika států podporovat základní podstatné sociální politiky. Příkladem je výše zmíněné rozhodnutí Nejvyššího soudu USA *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, kde bylo konstatováno, že suverenita každého státu

⁶⁰ Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1027 - 1033.

⁶¹ *Ibid.*, s. 1034 - 1035.

zahrnuje zároveň omezení suverenity všech ostatních států, jak je výslovně obsažena nebo ji lze dovodit z původního schématu Ústavy a XIV. Dodatku. Tato úvaha představuje horizontální vztahy mezi jednotlivými státy federace, přičemž centrem případného omezení pravomoci jednoho státu ve prospěch druhého je ve výsledku *due process clause*. Mnohostranné účinky rozdělení mezinárodní pravomoci mezi soudy nejsou jejím primárním cílem, ale spíše odrazem důsledků jednostranných úvah: ve věci *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson* bylo hlavním cílem chránit individuální práva garantovaná *due process clause*. Nejvyšší soud USA totiž používá prakticky stejný přístup jako v domácích mezistátních případech, ačkoli by měly být ústavní hranice odvozené od federalismu bezpředmětné tam, kde se objevuje potenciální konflikt pravomocí s jiným státem. Prostřednictvím externalizace ale může americký právní systém zajišťovat potřeby mnohostrannosti a zároveň mnohostrannost nezahrnovat do práva mezinárodní pravomoci, takže paradigma pravomoci zůstává vnitřně konzistentní.⁶²

S tím souvisí doktrína *forum non conveniens*. Soukromé a veřejné faktory, které jsou součástí testu *forum non conveniens*, se velmi blíží testu řádného procesu. Zásadní rozdíl je ale v tom, že v případě *forum non conveniens* je srovnávána relativní vhodnost různých v úvahu připadajících fór. Soud se na základě doktríny *forum non conveniens* prohlásí za nepravomocný, pouze pokud existuje fórum, které je zároveň evidentně vhodnější a svou mezinárodní pravomoc přijme. Z hlediska funkce je doktrína *forum non conveniens* prostředkem mezinárodní pravomoci, neboť určuje, zda ten který soud mezinárodní pravomoc má nebo ne. Avšak z hlediska doktrinálního nelze *forum non conveniens* za otázku mezinárodní pravomoci považovat. Odmítnout mezinárodní pravomoc na základě doktríny *forum non conveniens* je totiž možné jenom v případě, že jej jinak mezinárodní pravomoc soudu dána. Jedná se o otázku soudního uvážení, která není překážkou věci rozsouzené. Tím, že americké právo zajišťuje mnohostrannou funkci doktrínou mimo mezinárodní pravomoc soudů, si může udržet svou jednostrannou pozici.⁶³

Druhý mechanismus je pravomoc v zahraničních věcech. Ve věci *Asahi Metal v. Superior Court of California* Nejvyšší soud mj. upozornil, že při odpovědi na otázku, zda je výkon mezinárodní pravomoci soudů rozumný, je nutné vzít v úvahu federální zájem na vládní politice zahraničních vztahů. To znamená, že test spravedlivého procesu zahrnuje i mnohostrannou

⁶² *Ibid.*, s. 1035 – 1036.

⁶³ *Ibid.*, s. 1036 - 1037.

analýzu. Avšak z toho, že bere v úvahu zájmy výkonné moci, plyne, že se stále jedná o domácí a nikoli mezinárodní, paradigma.⁶⁴

Třetí významný mechanismus zahrnuje právo uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí. V mezistátním systému mají horizontální úvahy význam právě na této úrovni. Pouze nedostatek pravomoci soudu je vedle podvodu jedinou výjimkou z ústavního principu uznávat cizí soudní rozhodnutí ostatních států USA (full faith and credit clause⁶⁵). Stejně tak v případech s mezinárodním prvkem bývá uznání cizích soudních rozhodnutí odmítnuto pro nedostatek mezinárodní pravomoci jak podle práva státu, který rozhodnutí vydal, tak podle amerického standardu řádného procesu. Ačkoli je tento přístup pouze neúplnou náhradou za omezení pravomoci již v první fázi, pro jednostranné paradigma je výhodou, že mnohostranné úvahy přicházejí do hry tedy teprve v okamžiku, kdy má soudní rozhodnutí mnohostranné účinky, protože má být uznáno v jiném státě.⁶⁶

5. ZÁVĚR

Kontinentální právo stanoví přesné a pevné normy pro určování mezinárodní pravomoci soudů tak, aby byly předvídatelné. Pro soudní uvážení o aplikaci norem podle konkrétních okolností zde není prostor. V komunitárním právu se navíc jedná o unifikovanou právní úpravu pro všech 27 členských států EU, která ve spojení s unifikovanými kolizními normami umožňuje v jednotlivých případech dosáhnout shodných řešení (tzv. rozhodovací jednota). V USA jsou normy pro určování mezinárodní pravomoci (více či méně konkrétně formulované) obsaženy ve státních právních řádech. Každá norma při aplikaci na konkrétní případ podléhá kontrole, zda byly dodrženy standardy plynoucí z due process clause dle XIV. Dodatku Ústavy USA.

V tomto článku jsme ukázali, že americký přístup k mezinárodní pravomoci soudů nelze obecně považovat za spravedlivější a evropské pojetí za příliš rigidní. Každá koncepce vychází z jiného paradigmatu a je založena na jiných principech, proto je prakticky nelze srovnávat.⁶⁷ Místo srovnávání

⁶⁴ Ibid., s. 1037.

⁶⁵ von Mehren, A. T. Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States: Would an International Convention Be Useful? *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Hamburg. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 1993, č. 57, s. 96 – 99.

⁶⁶ Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1036.

⁶⁷ Šínová, R. Americké versus evropské pojetí místní příslušnost. *Právní fórum*, 2009, č. 8, s. 354.

nařízení Brusel I s americkou due process clause by nařízení Brusel I mělo být srovnáváno s americkými zákony (tzv. long arm statutes), které jsou součástí právních řádů jednotlivých států. Naopak due process clause by měla být komparována s principy, které vyplývají z evropské doktríny spravedlivého procesu.⁶⁸

Při aplikaci norem mezinárodní pravomoci soudů dále platí, že zatímco v americkém právu je nejprve vybrána v konkrétním případě norma pro určení mezinárodní pravomoci, která je testována standardy práva na spravedlivý proces, normy obsažené v nařízení Brusel I podléhají obecnému korektivu článku 6 Evropské úmluvy o lidských právech a kontrolu dodržení práva na spravedlivý proces v sobě již zahrnují. Složky práva na spravedlivý proces garantované článkem 6 Evropské úmluvy o lidských právech jsou v zásadě srovnatelné s XIV. Dodatkem Ústavy USA. Z toho plyne, že v obou právních systémech existují stejné složky, které mají shodné cíle, v každém systému je ale více vyvinutá jiná složka.

Pro úplnost dodáváme, že žádný systém určování mezinárodní pravomoci nemůže 100% zaručit spravedlnost v každém konkrétním případě. Proto právní řády obsahují další procesní prostředky, kterými lze důsledky možné nedokonalosti právní úpravy korigovat.

Pro jednoduché dosažení shody o obsahu unifikovaných norem ale nestačí, aby dva různé právní systémy měly shodné cíle (i když je jich dosahováno různými prostředky). Jestliže existuje každý systém v rámci odlišného paradigmatu, může náročnost unifikace převážit nad jejím přínosem.⁶⁹

Hypotéza „Kontinentální přístup k mezinárodní pravomoci soudů umožňuje dosáhnout spravedlnosti při určování mezinárodní pravomoci soudů stejně jako americké pojetí mezinárodní pravomoci soudů, ačkoli upřednostňuje technická, neutrální a předvídatelná pravidla, která nemohou být měněna podle konkrétních okolností případu.“ byla vyvrácena.

Literature:

- Baumgartner, S. P. The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements: Where We Are and the Road Ahead. *European Journal of Law Reform*, 2002, č. 4, s. 219 – 243.

⁶⁸ Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 *CILE STUDIES*, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 30.

⁶⁹ Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1012.

- Brand, R. A. Recognition Jurisdiction and the Hague Choice of Court Convention. Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 2010-23, June 2010, s. 8 - 9. [cit. 2010-11-16] Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1629360>.
- Danford, B. B. The Enforcement of Foreign Money Judgements in the United States and Europe: How Can We Achieve a Comprehensive Treaty? [cit. 2010-11-16]. Dostupný z: www.allbusiness.com.
- Michaels, R. Two Paradigms of Jurisdiction. Michigan Journal of International Law, 2005 – 2006, Summer 2006, s. 1003 – 1069.
- Nuyts, A. Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared. In: Brand, R. A. 2 CILE STUDIES, Private Law, PIL&Judicial Cooperation in the EU-US Relationship. Thomson/West, 2005, s. 27 – 73.
- Reed, A. Anglo-American perspectives on private international law. Lewiston, New York: E. Mellen Press, 2003.
- Schlosser, P. Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention. Rivista di diritto internazionale, 94, 1991, s. 5 – 34.
- Silberman, L. J. The Impact of Jurisdictional Rules and Recognition Practice on Transaction. [cit. 2010-11-16] Dostupný z: <http://www.thefreelibrary.com/The+impact+of+jurisdictional+rules+and+recognition+practice+on...-a0119442202>.
- Šínová, R. Americké versus evropské pojetí (místní) příslušnosti. Právní fórum, 2009, č. 8, s. 349 – 357.
- von Mehren, A. T. Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law. Recueil des Cours 295. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

Contact – email

petra.bohunova@seznam.cz

VYBRANÉ OTÁZKY VZTAHU PROCESNÍCH DOHOD A VOLBY PRÁVA POHLEDEM NAŘÍZENÍ ŘÍM I. A MEXICKÉ ÚMLUVY

MARTIN CRHA

FACULTY OF LAW, MASARYK UNIVERSITY, DEPARTMENT OF
EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW

Abstract in original language

Volba práva je v evropském justičním prostoru upravena v Nařízení Řím I., jež tak představuje základní pramen pro její úpravu. V oblasti Latinské Ameriky existuje v rámci Organizace amerických států tzv. Mexická úmluva, jež rovněž zakotvuje úpravu volby práva. Oba prameny budou předmětem zájmu našeho příspěvku ve směru vybraných otázek vztahu volby práva a procesních dohod. Tato materie je v teorii i praxi často diskutována včetně toho, nakolik např. ujednání o prorogační dohodě samo o sobě představuje vodítko pro konkludentní volbu práva. Oba námi sledované prameny se v případě prorogačních dohod snaží o ošetření tohoto jevu i přesto, že prorogační dohody, tak i rozhodčí smlouvy jako takové jsou vyloučeny z dosahu aplikace jak Nařízení Řím I., tak i Mexické úmluvy. V případě vztahu rozhodčích smluv k volbě práva je situace odlišná, neboť ani Nařízení Řím I., ani Mexická úmluva tyto otázky neřeší.

Key words in original language

Volba práva a její vztah k prorogačním a rozhodčím smlouvám v Nařízení Řím I. a Mexické úmluvě.

Abstract

The choice of law is regulated in the Rome I Regulation in the European area, whereas it is the basic legal instrument to deal with it. The choice of law is also regulated by the so called Mexico City Convention in the Latin America within the Organisation of American States. Both the Rome I Regulation as well as the Mexico City Convention will be of our interest considering some chosen issues of the relation of the choice of law to the procedural agreements. These relations are discussed in both the theory and the legal practice. Discussions are often being held to what extent could e.g. the jurisdiction agreement be the constituent or one of the constituents for the implied choice of law - Rome I Regulation and the Mexico City Convention try to solve this despite the fact that both the jurisdiction and arbitration agreements are excluded from the scope of the application of the legal sources in question. The situation by relation of the choice of law to the arbitration agreements is different, when both the Rome I Regulation and the Mexico City Convention do not include any express link to it.

Key words

Choice of law and its relation to both the jurisdiction agreements and arbitration agreements in the Rome I Regulation as well as the Mexico City Convention.

1. ÚVODEM

Smluvní autonomie vůle je v evropském justičním prostoru uznávaným principem mezinárodního obchodního práva. Strany tak mají v zásadě svobodnou volbu zvolit si právo, kterým bude řízena příslušná smlouva. Pokud bude volba platná, použije se přednostně před právem určeným náhradními kritérii. Autonomie svobodné volby práva je rovněž považována za evropskou právní zásadu¹. Stěžejní pro úpravu volby práva pro smluvní závazkové vztahy, jež představuje v oblasti kolizní projev smluvní autonomie vůle, je pro státy EU s výjimkou Dánska² nařízení č. 593/2008 ze dne 17. června 2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) – dále jen "Nařízení Řím I." nebo "Nařízení".

V oblasti Latinské Ameriky byla a některými autory stále je volba odmítána z koncepčních důvodů nebo stále existuje vůči tomuto institutu rezervovaný postoj. V rámci Organizace amerických států (dále jen „OAS“) je volba práva upravena v rámci Meziamerické úmluvy o právu použitelném na smlouvy s mezinárodním prvkem³ ze dne 17.03.1994 (známá podle místa

¹ S odkazem na Leible/Lehmann BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář (I. díl)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 586.

² Nařízení Řím I. je výsledkem modernizace Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (v ČR č. 64/2006 Sb. m. s.) - dále jen Římská úmluva. Vstupem Amsterodamské smlouvy v platnost zmizela pro oblast kolizních smluvních závazků nutnost uzavírat mezinárodní úmluvy, nicméně tři státy evropského justičního prostoru - Velká Británie, Irsko a Dánsko - si ponechaly zvláštní postavení i po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost - srov. v rámci Smlouvy o fungování Evropské unie protokol č. 21 a protokol č. 22. Srov. k evropskému justičnímu prostoru a Římské úmluvě ROZEHNALOVÁ, N. *Evropský justiční prostor ve věcech civilních*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003; ROZEHNALOVÁ, N. *Evropský justiční prostor ve věcech civilních - část VII. - Úmluva o právu použitelném pro závazky ze smluv*. Právní fórum, 2005, č. 9, s. 325 an.

³ Špan. znění: *La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contractos Internacionales*; Ang. znění: *Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts* (podtržení autora). Překlad „smlouvy s mezinárodním prvkem“ jsme zvolili z toho důvodu, aby v češtině nedošlo k jeho zaměnitelnosti s pojmem mezinárodní smlouva jako pramen mezinárodního práva veřejného a v podstatě i mezinárodního práva soukromého. V oblasti kupní smlouvy se v teorii mezinárodního práva soukromého užívá termín „mezinárodní kupní smlouva“ (např. Kandova monografie z roku 1988 ji má i v názvu) pro „kupní smlouvu s mezinárodním prvkem“. Z tohoto pohledu i termín „mezinárodní smlouva“ jako „smlouva s mezinárodním prvkem“ není termín nepřijatelný, především z hlediska lingvistického pro svou neopisnou povahu. Chtěli

uzavření také jako "Mexická úmluva"), jež je platná pro Mexiko a Venezuelu. Mexická úmluva je při úpravě volby práva inspirována Římskou úmlouvou⁴. Lze tak hovořit o tom, že na latinskoamerické poměry lze při výslovném zakotvení volby práva hovořit o posunu, který je ale relativizován nízkým počtem smluvních stran Mexické úmluvy.

Pro výhody volby práva pro strany samé bývá obecně uváděno, že lépe chrání legitimní očekávání stran, předvídatelnost a tím i právní jistotu, čímž v evropském justičním prostoru podporuje i volný pohyb osob, zboží, služeb a kapitálu⁵. Pouze strany samy si mohou lépe než zákonodárce či soudce (rozhodce) definovat své zájmy a dosáhnout kompromisu. Na straně druhé však dosáhnout takového kompromisu může být někdy obtížné, pokud např. volba jednoho práva je nevýhodná z důvodu neznalosti jeho obsahu pro druhou stranu či se střetávají právní systémy. Ilustrativním příkladem může být smlouva z Canterbury z roku 1986 o výstavbě tunelu pod kanálem La Manche mezi Francií a Anglií, kdy smluvní strany nemohly v této otázce dosáhnout shody – výsledkem pak byla vágní formulace.⁶

Z hlediska „kvalit“ by zvolené právo v zásadě mělo vyhovovat těmto požadavkům: mělo by být politicky a legislativně stabilní, založené na

jsme toliko upozornit, že v češtině synonymita, která je v právním jazyku obecně nežádoucí, v případě užití termínu „na mezinárodní smlouvy“ s pojmem *mezinárodní smlouva* jako pramen práva zde však je.

⁴ Srov. zásady přijaté v rámci OAS v roce 1989, kterými by se mělo řídit právo použitelné pro smlouvu a na základě kterých byla Mexická úmluva vypracována:

- 1) Smluvní strany se mohou svobodně rozhodnout o právu použitelném na smlouvu nebo její část, jejíž mezinárodní charakter je prokázán objektivními prvky, které lze lokalizovat v různých státech. Strany mohou zvolené právo kdykoli změnit za předpokladu, že tím nejsou dotčena práva třetích osob.
- 2) Volba práva musí být výslovná, nebo ve výjimečných případech musí jednoznačně vyplývat z celkového chování stran a z ustanovení smlouvy.
- 3) Pokud smluvní strany neučinily volbu práva nebo je tato neplatná, pak se smlouva řídí právem státu, se kterým nejúžeji souvisí.
- 4) Imperativní normy jsou taková ustanovení *lex fori*, které se na smlouvy s mezinárodním prvkem musí použít bez ohledu na obligační statut.
- 5) Dále mohou být zohledněny příslušné normy kteréhokoli jiného státu, se kterým smlouva vykazuje spojení.
- 6) Co se týče požadavků formy, postačí zohlednění práva místa uzavření smlouvy.
- 7) Právem příslušného státu se řídí i oznámení vypovězení smlouvy.
- 8) Právo použitelné na smlouvu se neaplikuje, pokud je ve zřejmém rozporu s veřejným pořádkem.

Srov. SAMTLEBEN, J. *Neue interamerikanische Konventionen zum IPR*. *RabelsZ*, roč. 56, 1992, s. 59-60.

⁵ Což SDEU potvrdil v rozsudku ve věci *Alsthom Atlantique* ze dne 24. ledna 1991. Srov. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář (I. díl.)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 586.

⁶ BOELE-WOELKI, K. *Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge*. *IPRax*, 1997, č. 3, s. 164.

rozvinuté a ustálené právní kultuře a rozvinuté a dostatečně nezávislé judikatuře.⁷ Smluvní strany se někdy rovněž uchylují k neutrálním právům jako právo státu New York.

Cílem kolizně smluvní autonomie svobodné volby práva je tak zájem na maximální právní jistotě a prevenci před vznikem sporů. Volba práva tedy nastoluje režim zcela logické vysoké míry předvídatelnosti subjektivních práv.⁸

Oba prameny budou předmětem zájmu našeho příspěvku ve směru vybraných otázek vztahu volby práva a procesních dohod. Tato materie je v teorii i praxi často diskutována včetně toho, nakolik např. ujednání o prorogační dohodě samo o sobě představuje vodítko pro konkludentní volbu práva. Oba námi sledované prameny se v případě prorogačních dohod snaží o ošetření tohoto jevu i přesto, že prorogační dohody, tak i rozhodčí smlouvy jako takové jsou vyloučeny z dosahu aplikace jak Nařízení Řím I., tak i Mexické úmluvy. V případě rozhodčích smluv a vztahu k volbě práva je situace odlišná, neboť ani Nařízení Řím I., ani Mexická úmluva tyto otázky neřeší.

2. ČL. 3 NAŘÍZENÍ ŘÍM I. A ČL. 7 MEXICKÉ ÚMLUVY - ZÁKLAD PRO ÚPRAVU VOLBY PRÁVA

Čl. 3 odst. 1 Nařízení stanoví, že smlouva se řídí právem, které si strany zvolí⁹. Ve své základní podobě tak volba práva odpovídá koncepci kolizní neomezené volby práva. Volba práva je však omezena především u smluv se typicky slabší stranou jako vymezené smlouvy spotřebitelské, smlouvy individuální pracovní, dále je volba práva omezena taxativním výčtem práv, které je možné zvolit u smluv o přepravě cestujících a u jiných pojistných smluv než kryjící velká rizika podle definice uvedené v čl. 5 písm. d) první směrnice Rady 73/239/EHS ze dne 24. července 1973 (čl. 5 odst. 2 druhý podstavec a čl. 7 odst. 3 Nařízení Řím I. Limity volby práva jsou rovněž dány tzv. vnitrostátně kogentními normami, imperativními ustanoveními, výhradou veřejného pořádku či mezemi obligačního statutu.

⁷ SALAČ, J. *K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku*. Evropské právo (příloha Právních rozhledů), 2003, č. 5, s. 2.

⁸ Srov. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář. (I. díl.)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 587.

⁹ Rovněž dle bodu 11 preambule Nařízení by možnost svobodné volby, kterou mají smluvní strany při výběru rozhodného práva, měla být základem systému kolizních norem v oblasti smluvních závazků.

V případě Mexické úmluvy je v čl. 7 odst. 1 první věta Mexické úmluvy stanoveno, že se smlouva řídí právem¹⁰, které si strany zvolí. Volba práva tak odpovídá kolizní neomezené volbě práva. I v Mexické úmluvě jsou stanoveny meze volby práva. Mexická úmluva však neobsahuje zvláštní články pro smlouvy spotřebitelské, individuální pracovní a potažmo tak ustanovení, od nichž se nelze smluvně odchýlit („ochranná ustanovení“). Není zde rovněž stanoven taxativní výčet práv pro smlouvy o přepravě cestujících či pro některé pojistné smlouvy. Při neexistenci systematiky ochranných norem u zvláštních typů smluv jako v Nařízení je tak nutno ve zvýšené míře zaměřit pozornost na meze z titulu imperativních ustanovení a výhrady veřejného pořádku.

3. VOLBA PRÁVA VÝSLOVNÁ A KONKLUDENTNÍ

Z čl. 3 odst. 1 druhá věta Nařízení vyplývá, že je možná volba práva výslovná i konkludentní, v posledně jmenovaném případě tedy ta, která musí jasně vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu. Oba způsoby se zakládají na skutečně projevené vůli účastníků – přípustnost konkludentní volby neznamená imputaci vůli účastníků. Jako okolnost, jež by mohla svědčit pro volbu práva, je např. odkaz obsažený ve smlouvě na právní předpis některého právního řádu s tím ale, že se nesmí jednat o pouhé výkladové pravidlo, jež by sloužilo jen ke specifikaci obsahu práv a povinností sjednaných stranami.¹¹

Výslovná volba práva je dána za podmínky projevu skutečné vůle stran bezprostředně směřujících k určení rozhodného práva. Konkludentní volba musí „jasně“¹² vyplývat z ustanovení smlouvy nebo z okolností případu.¹³ Slovní spojení „jasně“ by mělo vymezovat hranici mezi přípustnou konkludentní volbou práva a nepřípustnou hypotetickou volbou práva.

¹⁰ O vztahu volby práva a *lex mercatoria* se zmíníme, jak již uvedeno v úvodu, v samostatné kapitole.

¹¹ Srov. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář. (I. díl.)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 598.

¹² V Římské úmluvě byl obsažen významově slabší termín „s dostatečnou jistotou“. Dle Bělohlávky se zdá, že nová formulace v Nařízení postihuje situace, kdy soud, který se věci zabývá, musí nabýt přesvědčení, že okolnosti jednotlivého případu nepřipouštějí žádné pochybnosti o skutečné vůli stran. Srov. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář. (I. díl.)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 602.

¹³ Srov. z rozhodnutí k Římské úmluvě např. *SA CIEC c/ M. Piriou* (Francie, Cour de Cassation, 28. 10. 1997, 94-42.340 40 35 P.). V daném případě byly Kasačním soudem potvrzeny následující okolnosti pro aplikaci francouzského práva: smlouva byla uzavřena ve Francii mezi francouzským technikem a francouzskou společností, mzda byla vyplácena ve francouzských francích, smlouva nabyla platnosti ve Francii před odchodem zaměstnance do Pákistánu.

V Římské úmluvě byl obsažen termín „s dostatečnou jistotou“. Guiliano-Lagardeho zpráva k tomuto uváděla např. vazbu standardních obchodních podmínek na určitý právní řád (např. Lloydův pojišťovací řád a anglické právo).

Rovněž také dle čl. 7 odst. 1 druhá věta Mexické úmluvy musí být dohoda stran o volbě práva výslovná, nebo v případě neexistence výslovné volby práva, musí být zřejmá¹⁴ z chování stran a z ustanovení smlouvy posuzovaných jako celek. Je možné konstatovat, že Nařízení Řím I. se připodobnilo Mexické úmluvě a Haagské kolizní kupní úmluvě z roku 1955 v požadavku „jasně vyplývat“. Někteří autoři (např. Hernández-Bretón) vidí v případě Mexické úmluvy ve slovním spojení „musí být zřejmá“ snahu vymezit hranici mezi konkludentní a hypotetickou volbou práva. Toto tvrzení je ale relativní a podle našeho názoru ne zcela pravdivé, protože v případě sporu, jaké právo bylo zvoleno, může hypotetickou volbu práva provést soudce při precizaci principu nejužšího spojení přes objektivní a subjektivní prvky.

Rozdíl oproti Nařízení je v kladení požadavků na konkludentní volbu práva, a to, aby zřejmost z chování stran a z ustanovení smlouvy (tj. kumulativně) byla posuzována jako celek.

4. VZTAHY PROCESNÍCH DOHOD A VOLBY PRÁVA

Co se týče procesních dohod jako prorogační dohoda a rozhodčí smlouva¹⁵ a volby práva, lze v případě Nařízení Řím I. uvést následující:

Ve vztahu k prorogačním dohodám nabízí interpretační vodítko bod 12 preambule Nařízení, dle něž dohoda stran o volbě jednoho či více soudů členského státu za účelem rozhodování o sporech vzniklých ze smlouvy by měla být jedním z hledisek, které by mělo být zohledněno při rozhodování, zda volba práva s dostatečnou určitostí vyplývá z ustanovení smlouvy. Z předmětného ustanovení vyplývá, že prorogační dohoda může implikovat volbu práva především v návaznosti na smlouvě samé či v návaznosti na okolnostech případu - tato otázka bude v praxi záviset na úvaze konkrétního soudu. Rovněž zaznívají i názory, že se může stát, že volba fóra bude pro soud dostačující indicií pro volbu rozhodného práva fóra.¹⁶ Tomuto názoru

¹⁴ Špan. *evidente*, angl. *evident*.

¹⁵ Srov. k terminologii v českém právu § 2 odst. 3 zák. č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZRR“).

¹⁶ Srov. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář. (I. díl.)*. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009, s. 609.

lze přisvědčit, protože v článkovém znění není pro tuto otázku stanoven závazný postup. Co se týče obsahu předmětného bodu preambule Nařízení, připomíná projekci pasáže Guiliano-Lagardeho zprávy, která uváděla, že v některých případech může volba určitého fóra neurčitě naznačit, že strany zamýšlely, aby smlouva byla řízena tímto fórem, ale uvedené musí být vždy podmíněno dalšími ustanoveními smlouvy a všemi okolnostmi případu.

Co se týče jazykové stránky předmětného bodu, je zřejmé, že český překlad „s dostatečnou určitostí“ je silně ovlivněn Římskou úmluvou, srovnání s jinými jazykovými mutacemi však nabádá, že se jedná o chybu překladu – např. anglické i německé znění bodu 12 preambule je kompatibilní s článkovým zněním *clearly demonstrated, eindeutig getroffen – clearly, eindeutig*. V českém znění předmětného bodu preambule by tak mělo být jasně či jednoznačně¹⁷.

U rozhodčích smluv uvádí již Guiliano-Lagardeho zpráva, že strany mohly učinit volbu práva místa, kde mají být řešeny spory v rozhodčím řízení, jestliže okolnosti naznačují, že rozhodci měli aplikovat právo tohoto místa. Nařízení ohledně této otázky zcela mlčí i v preambuli. Obdobně jako u Římské úmluvy tak nelze ani v případě Nařízení Řím I. přijmout obecné stanovisko a případně zjištění konkludentní volby práva tak bude odvislé od konkrétního případu. Zajímavý případ uvádí Lando¹⁸: Pokud např. strany užily anglickou standardizovanou formulářovou smlouvu, jež obsahuje rozhodčí doložku ve prospěch místa konání rozhodčího řízení v Londýně, je důvodné se domnívat, že strany si přály, aby rozhodci aplikovali právo fóra. Jiná situace bude pak v případě, kdy bylo ujednáno, že spor bude rozhodovat rozhodčí soud při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži.

Čl. 7 odst. 2 Mexické úmluvy v souvislosti s volbou práva stanoví, že volba určitého fóra nutně neimplikuje volbu rozhodného práva.

Juenger uvádí, že předmětné ustanovení akcentuje anglickou domněnku *qui elegit iudicem elegit ius*, která umožňuje, aby fórum aplikovalo vlastní právo, aby se tak ústrojně vyhnulo nákladům a průtahům, které aplikace cizího práva nezbytně znamená.¹⁹ Juenger tak v předmětném ustanovení vidí vliv *common law*. Naproti tomu Samtleben uvádí, že *maxima qui elegit*

¹⁷ Patrně ústrojnější by byl než oficiální český termín *jasně* termín *jednoznačně*, který používá Bělohávek v komentáři k Nařízení Řím I.

¹⁸ Srov. LANDO, O. *Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations*. King's College Law Journal, 1996 – 1997, s. 66 – 67.

¹⁹ Srov. JUENGER, F.K. *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*. The American Journal of Comparative Law, 1994, roč. 42, s. 388.

judicem elegit ius v Mexické úmluvě zakotvena není.²⁰ Do jisté míry se tak zde střetává pohled autorů anglosaského právního systému a systému kontinentálního.

Parra-Aranguren uvádí, že někteří účastníci navrhovali vypuštění odst. 2 pro jeho nesoulad s čl. 5 písm. e) Mexické úmluvy, který prorogační a rozhodčí smlouvy vylučuje z aplikace. Tento návrh však nebyl přijat.²¹ Autor se přiklání rovněž k názoru, že čl. 7 odst. 2 je nesouladný a nekonceptní, např. i Santos Belandro při analýze náhradních kritérií uvádí jako příklad tzv. objektivního prvku pro zjištění rozhodného práva soudcem mj. sídlo soudu určené na základě prorogační dohody. Podle mého názoru tak lze čl. 7 odst. 2 Mexické úmluvy číst tak, že prorogační dohoda může, ale nemusí implikovat volbu práva – svědčí pro to historický výklad, neboť Tusconský návrh jako vývojová fáze Mexické úmluvy pro určení rozhodného práva nepřiznával prorogačním dohodám jakýkoli význam. Výsledné znění čl. 7 odst. 2 je kompromisem. U rozhodčích smluv lze přiměřeně použít uvedené u Nařízení Řím I., u Mexické úmluvy není tato otázka výslovně stejně jako u Nařízení Řím I. ošetřena, rozhodčí smlouvy jsou však vyloučeny z aplikace. Literatura často připouští, že místo arbitráže může představovat jeden z prvků pro usuzování konkludentní volby práva, vždy však v závislosti na dalších okolnostech.

5. ZÁVĚREM

Společně jak Nařízení Řím I., tak i Mexické úmluvě je, že prorogační dohoda může tvořit jednu ze součástí pro identifikaci konkludentní volby práva. V preambuli Nařízení Řím I. je uvedeno, že prorogační dohoda by měla být jedním z hledisek pro konkludentní volbu práva. Literatura připouští, že se v praxi může stát, že z pouhé prorogační dohody bude usouzeno na konkludentní volbu práva. I my se přikláníme k tomuto názoru, vždy ale bude záviset na konkrétních dalších okolnostech. Uvedené přiměřeně platí i u Mexické úmluvy, která v článkovém znění upozorňuje, že prorogační dohoda nutně neimplikuje volbu práva, ale nevylučuje, že se tak může stát. I ve fázi náhradních hraničních určovatelů může prorogační dohoda představovat jeden z tzv. objektivních prvků pro usouzení volby práva soudcem.

²⁰ SAMTLEBEN, J. *Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht*. IPRax, 1998, č. 5, s. 393.

²¹ Srov. PARRA-ARANGUREN, G. *The Fifth Inter-American Specialized Conference on private International Law Mexico City, 14-18 March, 1994*. In *E Pluribus Unum Liber Amicorum* Georges A. L. Droz, The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 307.

U rozhodčích smluv není předmětná otázka ošetřena vůbec. Literatura však připouští, že místo arbitráže především v návaznosti na dalších okolnostech může svědčit pro konkludentní volbu práva.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, A. J. Římská úmluva a Nařízení Řím. Komentář (I. díl.). 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2009
- BOELE-WOELKI, K. Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge. IPRax, 1997, č. 3, s. 161 an.
- PARRA-ARANGUREN, G. The Fifth Inter-American Specialized Conference on private International Law Mexico City, 14-18 March, 1994. In E Pluribus Unum Liber Amicorum Georges A. L. Droz, The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 299 an.
- JUENGER, F.K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons. The American Journal of Comparative Law, 1994, roč. 42, s. 381 an.
- LANDO, O. Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations. King's College Law Journal, 1996 – 1997, s. 55 an.
- ROZEHNALOVÁ, N. Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003
- ROZEHNALOVÁ, N. Evropský justiční prostor ve věcech civilních - část VII. - Úmluva o právu použitelném pro závazky ze smluv. Právní fórum, 2005, č. 9, s. 325 an.
- SALAČ, J. K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku. Evropské právo (příloha Právních rozhledů), 2003, č. 5, s. 1 an.
- SAMTLEBEN, J. Neue interamerikanische Konventionen zum IPR. RabelsZ, roč. 56, 1992, s. 1 an.

- SAMTLEBEN, J. Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht. IPRax, 1998, č. 5, s. 385 an.
- SANTOS BELANDRO, R. B. El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, noc especial Referenci al Contrato de Transferencia de Tecnología. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1998, 2. vydání,

Contact – email

74306@mail.muni.cz

**PROJEVY AUTONOMIE VŮLE INVESTORA
V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ JAKO
URČUJÍCÍ FAKTOR POVAHY INVESTIČNÍHO
NÁROKU/ DEMONSTRATION OF THE INVESTOR'S
AUTONOMY IN INVESTMENT ARBITRATION AS A
DETERMINING FACTOR OF THE NATURE OF THE
INVESTMENT CLAIM**

FILIP ČERNÝ

AK Bělohávek, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Česká
republika (katedra obchodního práva-externí doktorand)

Abstract in original language

Autor se zabývá projevy autonomie vůle investora z pohledu jejich určujícího významu pro povahu investičního nároku, přičemž konfrontuje východiska klasické teorie odvozených práv vycházející ze zásad principů diplomatické ochrany s konceptem teorie přímo svěřených práv a na základě rozboru otázek funkční kontroly nároku, způsobů řešení investičních sporů, doložek o volbě fóra a použitelného procesního práva z pohledu obou teorií předkládá důkazy o soukromoprávní povaze investičního nároku.

Key words in original language

Investor; ochrana investic; dohody o podpoře a ochraně investic; diplomatická ochrana; teorie přímých práv; teorie odvozených práv; pravidlo Mavrommatis; autonomie vůle investora; funkční kontrola nároku; povaha investičního nároku; použitelné procesní právo.

Abstract

The author deals with the demonstrations of the investor autonomy of will from the perspective of its determining importance for the nature of the investment claim, whereas he confronts the basis of the classical theory of the derived rights stemming from the principles of the diplomatic protection with the concept of the directly vested rights. Based on the analysis of the issues of the functional control over the claim, dispute resolution mechanisms, choice of forum clauses and applicable procedural law from the perspective of both of the aforementioned theories provide an evidence on the private nature of the investment claim.

Key words

Investor; Investment Protection; BIT; Diplomatic Protection; Directly Vested Rights Theory; Derived Rights Theory; Mavrommatis Formula; Investor's Autonomy; Functional Control over the investment Claim; Nature of the Investment Claim; Applicable Procedural Law.

Nastínění problému

Otázka autonomie vůle stran je v rámci investičního rozhodčího řízení silně omezena samotnými normativními základy vytvářejícími rámec ochrany investic, čímž se tato specifická oblast rozhodčího řízení značně odlišuje od „klasického“ vnitrostátního rozhodčího řízení. Ochrana investic je totiž tvořena specifickým, víceúrovňovým právním rámcem zahrnujícím jak prameny mezinárodního práva veřejného (především pak dvoustranné mezinárodní dohody o ochraně a podpoře investic)¹, které obsahují jak hmotně-právní ustanovení týkající se standardů ochrany investic, tak procesní pravidla pro řešení sporů z investic, dále pak vnitrostátní právo² stejně jako rozhodčí pravidla a rozhodčí řády jednotlivých rozhodčí institucí.

Komplikovanost tohoto systému vyplývá především ze skutečnosti, že právní vztahy vznikající a existující v tomto právním rámci jsou založeny na diagonálních vztazích³ zúčastněných subjektů, přičemž podstata dané diagonality spočívá především v samotném konceptu právního rámce ochrany investic, neboť tento je primárně vytvářen Dohodami uzavíranými mezi suverénními entitami, přičemž práva z toho vztahu plynou jak smluvním stranám (státům) tak i jejich státním příslušníkům (subjektům soukromoprávní povahy), jež se ochrany poskytované těmito právními nástroji dožadují. Autor tohoto příspěvku se pak rozhodl zkoumat otázku autonomie vůle investora z pohledu právního rámce investic, přičemž pojímá otázku autonomie investora z širšího hlediska než je tomu z hlediska klasické koncepce rozhodčího řízení, neboť reflektuje především nerovnost zúčastněných stran a zaměřuje se na otázky nezávislosti a svobody investora jak na vůli svého domácího státu, tak na vůli státu hostitelského, přičemž projevy této autonomie zkoumá s ohledem na povahu investičního nároku samotného, neboť tato otázka je klíčová z pohledu možnosti investora daným nárokem volně disponovat. Volná dispozice nárokem je však závislá na povaze nároku samotného, přičemž tato otázka není doposud v rozhodovací praxi investičních rozhodčích tribunálů zcela vyjasněna. Povaha nároku je totiž silně ovlivněna výše zmiňovaným diagonálním aspektem vztahů plynoucích z povahy ochrany investic, neboť nárok může být považován za nárok veřejnoprávní, tj. vznikající primárně z porušení, resp. nedodržení standardů zakotvených v Dohodě, která je smluvním

¹ Dále v tomto příspěvku jen označovány jako „Dohoda“ či „Dohody“.

² A to jak právo hostitelského státu, tj. právo státu, kde investor svou investici umístil, tak právo domovského státu investora, které je rozhodující především s ohledem na zkoumání otázek definičních znaků investora tj. otázek, zda subjekt dovolávající se ochrany dle příslušné Dohody je schopen se pro účely takové Dohody kvalifikovat jako investor. Jde tedy především o hodnocení nacionality investora v intencích příslušné Dohody.

³ Obecně k otázkám diagonality a diagonálních vztahů srovnej RŮŽIČKA, K.: *Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace*, Praha: Karlova Univerzita, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica Monographia, 1988

instrumentem podléhajícím mezinárodnímu právu veřejnému, kdy nárok z porušení předmětné Dohody, i když de facto vzniká ze zásahu do práv soukromého subjektu (investora) je založen na porušení vnitrostátního práva hostitelského státu, ovšem jako takový má primárně povahu porušení mezinárodního práva veřejného a jedná se tedy o nárok, který vzniká primárně domovskému státu investora, který takový zásah strpěl, a tento investor tedy v případě uplatnění svých práv primárně uplatňuje nárok svého domovského státu, nebo je právní povaha tohoto nároku primárně soukromoprávní, neboť souvisí se zásahem do práv soukromoprávního subjektu, i když jsou tyto práva garantována mezinárodně- právním instrumentem? Pokud by byla správně první hypotéza, tedy že investor uplatňuje nárok domovského státu z porušení mezinárodní smlouvy, jež však bylo způsobeno zásahem do jeho práv, bylo by logické, že by v rámci daného řízení nebyl investor oprávněn s nárokem samostatně disponovat a vystupoval by v rámci řízení jako zmocněnec státu samotného při uplatňování nároku z porušení.

Pokud má však investiční nárok povahu soukromoprávní, tedy že primárním účelem uplatnění předmětného nároku je náhrada škody soukromoprávnímu subjektu, resp. odškodnění investora za odnětí, poškození či jiné znehodnocení jeho soukromých práv, bez ohledu na nárok domovského státu investora z porušení mezinárodního smluvního instrumentu, lze pak předpokládat, že nárok investora z porušení jeho práv je v plné dispozici investora, který s ním může nakládat.

Autor se tedy dále zabývá projevy autonomie vůle investora jakožto prvky určujícími soukromoprávní povahu nároku a v tomto příspěvku předkládá analýzu těchto prvků s cílem potvrdit soukromoprávní povahu nároku a to skrze vyvrácení klasické teorie odvozených práv jakožto východiska modelu veřejnoprávní povahy nároku. Jako výchozí rámec pro tuto analýzu bylo zvoleno (ad hoc) rozhodčí řízení dle pravidel UNCIRAL, v rámci kterého lze nejlépe vysledovat námi zkoumané otázky projevů autonomie vůle investora.

K povaze Dohod

Dohody jsou svojí povahou smlouvami mezi dvěma suverénními státy, a jsou tedy pramenem mezinárodního práva veřejného.⁴ Z tohoto pohledu, pozitivně právně vzato, je obsahem Dohod pouze to, na čem se Vysoké smluvní strany (rozuměj „smluvní státy“) vzájemně dohodly. Tento konsensus je zakotven v textu samotné Dohody, přičemž někteří vědci

⁴ srovnej čl. 38 odst. 1 Státu mezinárodního soudního dvora, dostupný na:
<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>

zabývající se touto otázkou dokonce odmítají teleologický výklad mezinárodních smluv obecně, neboť takovýmto výkladem je vykládána vůle Vysokých smluvních stran, suverénních států, za hranice vzájemně uznaného konsensu, což je v důsledku vzato, zásahem do jejich suverénní vůle.⁵

S tímto názorem jde jistě nesouhlasit, zvláště v případě, kdy se tyto suverénní státy zaváží v rámci předmětné Dohody předložit svůj spor, respektive spor se soukromoprávním subjektem majícím státní příslušnost jedné smluvní strany, nezávislé rozhodčí entitě k posouzení. I pokud budou dodrženy stávající konvence interpretace mezinárodních smluv, jak jsou zakotveny ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu, v jistý okamžik však právě začleněním tohoto třetího subjektu, příslušníka jedné z Vysokých smluvních stran, subjekt,⁶ jenž bude příslušnou Dohodu vykládat, narazí na obtíže plynoucí z účasti osoby, nemající suverénní charakter. Právě toto je rovina, kde se mezinárodní a soukromé právo protíná a vzájemně prolíná. Zde již nelze vycházet z klasických koncepcí založených na povaze soukromoprávních subjektů jakožto objektů mezinárodních vztahů, neboť v tomto případě se investor stává přímým účastníkem těchto vztahů a de facto část svých soukromoprávních práv a povinností vnáší spolu se svojí osobou do tohoto vztahu, aniž by nabýval jakýchkoliv suverénních práv svého domovského státu⁷. Pozice, práva a povinnosti poškozeného investora jsou pak v případě rozhodčího řízení týkajícího se ochrany investice takového subjektu samotným těžištěm diagonálního vztahu mezi hostitelským státem a investorem a povaha investičního nároku pak tvoří jádro tohoto těžiště. Jak je z výše uvedeného jistě patrné, odpovědi na otázky, se kterými se musí potýkat osoba, jež danou otázku interpretuje v případě posuzování sporu, v rámci kterého takováto otázka vyvstane, velice pravděpodobně nenalezne odpovědi v klasické teorii mezinárodního práva. Při analýze předložených teoretických problémů se autor rozhodl

⁵ Z tohoto důvodu je tedy upřednostňován gramatický výklad, neboť pouze na jeho základě je možné dospět k objektivnímu obsahu práv a závazkům, plynoucích z konsensu Vysokých smluvních stran - srovnej pak především argumentaci soudce Simona v rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o příslušnosti rozhodčího tribunálu ze dne 15. května 2007 ve věci *European Media Ventures SA v. Czech Republic* z 5. prosince 2007, především bod 16. rozhodnutí. Rozhodnutí dostupné na <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-313-2007.pdf>

⁶ Ať již se jedná o soudce Mezinárodního soudního dvora, rozhodce mezinárodního investičního tribunálu či tribunálu ad hoc nebo soudce hostitelského státu.

⁷ Tato otázka je však komplikovaná, i když se na první pohled jeví naprosto jasně. Detaily však budou přiblíženy v následujících statích, na tomto místě se autor rozhodl zobecnit tuto otázku pouze v rozsahu nezbytně nutném pro obecné uchopení a uvedení problému.

prozkoumat moderní doktrínu, byť dosud patřičně neustálenou a neověřenou rozhodčí praxí (alespoň v oblasti námi zkoumané problematiky rozhodčích pravidel UNCITRAL), týkající se povahy investičního nároku a možných východisek pro postupitelnost investičního nároku, jež zasahuje za klasické hranice mezinárodního práva veřejného a přináší nový náhled na tuto problematiku, jenž byl nutný právě zahrnutím nového subjektu mezi stávající subjekty mezinárodního práva veřejného, kterým je soukromoprávní osoba investora, i když pouze pro partikulární oblast investičních sporů, resp. investičního práva jako takového.

Teoretické východiska

Koncept „pevně daných pravidel“ mezi suverény neumožňuje aplikaci soukromoprávních zásad, jež by mohly svým způsobem otázku postupitelnosti či vůbec povahy investičního nároku vyřešit. Současně však absentují uspokojivé teoretické východiska či principy, na kterých by bylo možné povahu nároku uspokojivě odvodit, neboť mezinárodní právo veřejné je v tomto ohledu značně fragmentární. Jelikož tedy v rámci vztahů vyplývajících z mezinárodní úmluvy není možné použít soukromoprávní maximy „je dovoleno vše, co není zakázáno“, postupitelnost nároku na zahájení investičního arbitrážního řízení, potažmo dispozice s investičním nárokem je v případě absence výslovné úpravy zakotvené v Dohodě sporná sama o sobě, což je navíc komplikováno smíšenou povahou těchto nároků, neboť Dohody totiž výslovně svěřují určité práva samotným investorům. Z tohoto pohledu se tedy jeví jako stěžejní zodpovězení obecné prvotní otázky, zda nárok na zahájení rozhodčího řízení je spíše povahy soukromoprávní či veřejnoprávní, respektive a zda se ve vztahu k investorovi jedná o nárok přímý (teorie přímých práv), tedy jsoucí plně v dispozici investora, či zda je nárok investora odvozován od nároku Vysoké smluvní strany, k níž přináleží, a jejíž práva z Dohody byla jednáním druhé Vysoké smluvní strany porušena (teorie odvozených práv).⁸

Pakliže bychom se přiklonili k první variantě, znamenalo by to, že nárok je v dispozici investora, jenž je oprávněn s ním nakládat. Pokud bychom se však přiklonili k druhé možnosti, tj. že nárok má veřejnoprávní povahu, a je tedy v dispozici suveréna tj. Vysoké smluvní strany příslušné Dohody, byl by logicky v dispozici tohoto subjektu mezinárodního práva a investor by v rámci investičního řízení vystupoval pouze jako jeho zmocněnec, tj. osoba, jež je dle Dohody oprávněna nárok pouze vymáhat, ovšem žádné další dispozice by mu takto svěřeny nebyly, neboť toto právo by bylo

⁸ S tímto rozdělením přichází Zachary Douglas na základě studia analýzy problematiky smíšené povahy investičních sporů, DOUGLAS, Z.: Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, *Arbitration International*, roč. 22, 2006. s. 27-51 na s. 36 pozn. č. 47.

odvozováno od prvotního nároku státu z porušení Dohody, jenž jeho specifickou část (právo vymáhat tento nárok plynoucí z porušení mezinárodního závazku danou formou) na základě Dohody uzavřené s druhým suverénem svěřil do rukou soukromoprávního subjektu (osoby soukromého práva-investora).

Pro obě výše uvedené teorie existují v mezinárodním právu opodstatnění a je třeba předem poznamenat, že nelze s určitostí říci, že správná je ve své celistvosti pouze jedna z nich. Jak již to obecně v mezinárodním právu v případě absence ustálené doktríny a praxe, jež by tuto doktrínu potvrzovala, bývá, nelze s určitostí konstatovat, že jen a pouze jedna z těchto teorií je platná. Každá z předkládaných teorií se skládá z více prvků, jež se ne vždy vzájemně v obou teoriích vylučují, a je tedy možné s nimi pracovat v jejich vzájemných kombinacích. Jak však rozhodčí praxe z nedávné doby naznačuje, situace není již zcela nejednoznačná.⁹

Dvě teorie

Úvodem k této části výkladu je třeba čtenáře obecně seznámit s předmětnými doktrínami, neboť každá z nich vychází z jiných premis a v důsledku je každá z těchto teorií opakem té druhé.

První teorií, kterou se v této stati budeme zabývat, je teorie odvozených práv, která je historicky starší a vychází z klasické koncepce mezinárodního práva, pro niž je jedinec pouze objektem, kterému nepřísluší žádná přímá práva plynoucí přímo z mezinárodního práva veřejného. Z hlediska této doktríny je to smluvní stát, jemuž přísluší nárok z porušení mezinárodního práva veřejného (předmětné Dohody) a investor je pouze subjektem, jež tento nárok „za a jménem státu“ takto uplatňuje. I když tedy byla porušena dle Dohody práva investora, dle této doktríny došlo vlastně k porušení mezinárodního práva veřejného (internacionalizaci soukromoprávního nároku), neboť takovéto porušení práv soukromého subjektu kvalifikujícího se jako investora dle předmětné Dohody současně porušuje závazek hostitelského státu vůči státu domácímu ohledně zacházení s investorem a jeho investicí. Investor zde pak pouze vystupuje jako prostředník, který

⁹ V případě *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of 1. June 2009, kde rozhodčí tribunál jednoznačně odmítl doktrínu continuous nationality, jež je primárně spojena s teorií odvozených práv, respektive s s principy diplomatické ochrany (viz bod 499 nálezu), (zkoumáním problematiky continuous nationality se však s ohledem na zaměření tohoto příspěvku autor zde blíže nezabývá). Nález dostupný v el. podobě na: http://ita.law.uvic.ca/documents/WaguihElieGeorgeSiag-AwardandDissentingOpinion_001.pdf.

uplatňujíc svůj nárok vlastně uplatňuje nárok státu z porušení mezinárodní smlouvy, resp. mezinárodního práva. Jelikož zde však investor vystupuje jen a pouze jako prostředník, není oprávněn s nárokem disponovat jakýmkoliv jiným způsobem, než mu umožňuje Dohoda, a ta mu povětšinou umožňuje uplatnit nárok pouze v mezích a způsobem daných v souhlasu státu podrobit se rozhodčímu řízení.¹⁰

Druhá teorie je o poznání mladší a reflektuje realitu mezinárodního práva v tom smyslu, že pokládá investora za přímý subjekt partikulárního mezinárodního práva (ve smyslu předmětných Dohod), kterému jsou svěřeny práva přímo v rámci matice práv a povinností plynoucích z porušení předmětné Dohody (tzv. Teorie přímo svěřených práv či teorie přímá).¹¹ V tomto modelu Vysoké smluvní strany sice uzavírají dohodu ohledně ochrany a podpory investic (a investorů) ovšem porušení takové Dohody nezakládá přímé porušení mezinárodního práva veřejného v tom smyslu, že by druhá smluvní strana, jež by se porušením Dohody cítila být dotčená, mohla podniknout kroky vedoucí k nápravě rovnovážného stavu v rámci mezinárodního práva ve smyslu maximy „pacta sunt servanda“, ale strany se zde výslovně dohodly, že nárok vymáhat toto porušení se sublimuje v nárok soukromoprávního subjektu splňujícímu definiční filtr Dohody (definice investora) a že je pouze na tomto subjektu, aby své nároky uplatnil.¹²

Rozdíl mezi těmito dvěma koncepcemi bude nastíněn na následujících stránkách, přičemž z důvodu co nejvyšší názornosti se autor rozhodl, že nejdříve seznámí podrobně čtenáře s teorií odvozených práv, jež je historicky a myšlenkově starší a která vychází z práva diplomatické ochrany (je s ní spjata nejen historicky, ale i s ohledem na užití některých instrumentů, které jsou vlastní právě právu diplomatické ochrany)¹³ a tuto

¹⁰ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s.163.

¹¹ tamtéž.

¹² Jedná se zde o zřejmý odklon od klasické koncepce Vatteliánského pojetí mezinárodního práva, kde byla újma způsobená státnímu příslušníku toho kterého státu považována za škodu způsobenou státu samotnému.

¹³ názorně lze tuto skutečnost demonstrovat například srovnáním doložky nejvyšších výhod, jež je jakožto instrument možné najít i v Dohodách o ochraně investic v dnešní době, na základě které je hostitelský stát povinen poskytnout investorovi z druhého státu zacházení neméně příznivé, než ke kterému se zavázal v jakékoliv Dohodě se třetím státem a například ustanovení čl. II Smlouvy č.137/1931 Sb. z.a n., O přátelství mezi republikou Československou a císařstvím Perským:

Vysoké smluvní strany se shodují na zřízení diplomatických styků mezi oběma státy podle obecných zásad mezinárodního práva.

Jsou zajedno, že diplomatičtí zástupci každé z nich budou požívati na území

konfrontuje s odlišnostmi režimu ochrany investic, jak vyplývá ze současné rozhodčí praxe.

I. Teorie odvozených práv

První z teorií, jež lze nazvat teorií odvozených práv, je starším modelem, jenž je historicky spjat se vznikem práva ochrany investic jako takových, neboť má své institucionální základy v právu diplomatické ochrany, ze kterého se de facto ochrana investic vyčlenila jako specifická kategorie, respektive, jež sloužila jako ideová předloha pro model ochrany investic.¹⁴ Tento model je založen na předpokladu, že investiční nárok je nárokem, jenž primárně svědčí domovskému státu investora, který je smluvní stranou předmětné Dohody, jež byla porušena ze strany hostitelského státu, tudíž nárok, vznikající z tohoto porušení je nárokem vznikajícím z porušení mezinárodní smlouvy a má dle této teorie povahu veřejnoprávní. Investor, jenž byl jednáním hostitelského státu přímo poškozen pak při uplatňování nároku domovského státu „vstupuje do pozice domovského státu.“ Jeho nárok v tomto teoretickém modelu pak nelze považovat za nárok, kterým by mohl volně disponovat, neboť de facto uplatňuje své práva v rámci modelu vztahů zavazujících a zmocňujících domovský stát, přičemž absolutní dispozice s tímto nárokem spočívá v rukou poškozené Vysoké smluvní strany.¹⁵ Z výše uvedeného vyplývá, že dle tohoto modelu není investor oprávněn se „svým“ nárokem nakládat jinak, než jak mu umožňuje Dohoda, tedy uplatnit jej v rámci investičního rozhodčího řízení na základě „nabídky rozhodčího řízení“¹⁶ zakotvené v Dohodě pro ten který případ porušení dohody ze strany hostitelského státu.

druhé, pod podmínkou vzájemnosti, zacházení posvěceného zásadami obecného práva mezinárodního a které v žádném případě a stejně pod podmínkou vzájemnosti nebude moci býti méně příznivé než zacházení poskytované diplomatickým zástupcům státu požívajícího nejvyšších výhod.

¹⁴ SORNARAJAH, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 522.s. 139.

¹⁵ viz SORNARAJAH, M.: State Responsibility and Bilateral Investment Treaties, *Journal of World Trade Law*, roč. 20, 1986. s. 93, jak citováno v DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74.s. 164.

¹⁶ V originále „offer to arbitrate“. Jedná se tedy o rozhodčí metadoložku, či rozhodčí doložku *sui generis*, která sice obsahuje všechny náležitosti rozhodčí doložky jako takové, ovšem ve vztahu k neurčitému počtu osob, jež se budou schopny kvalifikovat jako investor dle předmětné Dohody. Za rozhodčí doložku je ji pak třeba dle názoru autora této práce považovat až okamžikem, kdy je podán návrh na zahájení rozhodčího řízení ze strany investora, neboť teprve

Jádrem teorie odvozených práv je premisa, že investiční Dohody institucionalizují a posilují systém diplomatické ochrany.¹⁷ Na základě tohoto modelu tedy závazky minimálního standardu zacházení, jež mají státy povinnost dodržovat vůči zahraničním investorům, jsou svěřeny Vysokým smluvním stranám, ovšem nároky z porušení těchto závazků ze strany jednoho smluvního státu jsou druhým smluvním státem svěřeny či postoupeny na investora, jenž je takto oprávněn daný nárok vymáhat vůči hostitelskému státu u mezinárodní rozhodčí instituce. Je to tedy investor, kdo z procesně- právního hlediska vstupuje do pozice domovského státu při uplatňování nároku z porušení mezinárodně-právního závazku, přitom se však investor sám o sobě tímto procesním uplatněním nestává účastníkem smluvního vztahu, jež existuje mezi smluvními státy.¹⁸ Investor tedy uplatněním nároku svého domovského státu nenabývá jakéhokoli postavení v rámci Dohody mezi smluvními státy, pouze uplatňuje v omezeném rozsahu nároky státu v mezích vymezených domovským státem.¹⁹ Z tohoto pohledu je jistě zřejmé, že tato teoretická koncepce je velmi oblíbená mezi hostitelskými státy, neboť dispozice ze strany investora je úzce propojena s právy plynoucími z Dohody domovskému státu, kdy investor zde vlastně nemá s hostitelským státem žádný přímý vztah, protože jeho vztah má subsidiární povahu, jenž se odvozuje od vztahu mezi Vysokými smluvními stranami Dohody. Nárok investora je tedy nepřímou odvozován od nároku domácího státu investora z porušení mezinárodního závazku ze strany hostitelského státu.²⁰ Z tohoto pohledu pak tedy není dán ani přímý vztah mezi investorem a hostitelským státem, neboť nárok investora není odvozován od zásahu hostitelského státu do jeho Dohodou garantovaných práv a standardů ochrany, ale tento nárok je odvozován od porušení mezinárodního závazku z Dohody, jedná se tedy o mezinárodně-právní odpovědnost státu vůči druhé Vysoké smluvní straně. Tou však, jak již bylo řečeno, není investor, ale jeho domovský stát. Z tohoto pohledu se pak diagonalita vztahů investičních sporů poněkud vytrácí, neboť investor zde nehraje pivotní soukromoprávní roli, nýbrž uplatňuje v omezeném

v tomto okamžiku dochází k její faktické materializaci ve vztahu ke skutečným subjektům- z nabídky rozhodčího řízení se stává rozhodčí doložka.

¹⁷ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74.s. 163.

¹⁸ Tamtéž.

¹⁹ Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF) 98/03), Award of June 26, 2003, čl. 233, v el. formě dostupné na: <http://www.state.gov/s/l/c3755.htm> .

²⁰ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s. 164.

rozsahu (v takovém, jaký mu Dohoda umožní v rámci mezinárodního rozhodčího řízení uplatňovat- tj. žalovat hostitelský stát z porušení mezinárodních standardů ochrany ovšem s tím, že žalovat lze v mnoha případech pouze náhradu škody v soukromoprávním smyslu).²¹

Autor se dále rozhodl analyzovat a srovnat vybrané premisy a prvky teorie odvozených práv s jednotlivými elementy režimů zakotvených, respektive nastolených na základě investičních Dohod a potvrzených rozhodčí, potažmo soudní praxí s cílem vyvrátit klasickou koncepci pojmání investičního nároku jako nároku příslušejícího hostitelskému státu. Prvně se však zaměříme na rozhodovací praxi týkající se případů diplomatické ochrany jakožto východiska teorie odvozených práv. Při zohlednění této judikatury nás musí zaujmout případ *Mavrommatis*, jež tvoří páteř teorie odvozených práv.

Pravidlo *Mavrommatis*

Princip diplomatické ochrany je založen na předpokladu, že jednotlivec není schopen uplatnit právo plynoucí z porušení obyčejového či mezinárodně-smluvního práva vůči státu, jenž se svým jednáním porušení práv jednotlivce dopustil. Důvod je zřejmý: jednotlivec není na úrovni mezinárodního práva veřejného (bráno z tradičního vatteliánského hlediska) subjektem, jež by takovéto práva vůči státu z mezinárodního práva mohl nabýt. Takovýmto právem disponuje pouze domovský stát poškozeného jednotlivce, neboť jednání, kterým hostitelský stát²² poškodil jednotlivce, se tento stát dopustil mezinárodního protiprávního jednání, ze kterého ovšem vzniká v mezinárodním právu nárok pouze domovskému státu poškozené osoby. Soukromá osoba se tak zde nedostává z hlediska mezinárodního práva do jakéhokoliv vztahu k hostitelskému státu- z hlediska odpovědnostního se jedná čistě o objekt.

V této souvislosti ovšem není možné opomenout skutečnost, že ve sféře vnitrostátního práva hostitelského státu je investor samozřejmě oprávněn uplatnit svůj nárok v souladu s vnitrostátními předpisy hostitelského státu, kde je na předmětný nárok nahlíženo jako na nárok soukromoprávní plynoucí z porušení z vnitrostátního práva ze strany orgánů hostitelského

²¹k náhradě škody blíže např. RIPINSKY, S., WILLIAMS, K.: *Damages in International Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, 2008, s. 19-53 nebo KANTOR, M.: *Valuation for Arbitration, Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, den Haag: Kluwer Law International, 2008..

²² v tomto smyslu je hostitelským státem označován jakýkoliv stát, jenž je odlišný od státu, jehož je soukromá osoba státním příslušníkem a v intencích ochrany investic stát, na jehož území je investice zahraničního investora umístěna.

státu. V tomto případě je však možné, že vnitrostátní právo nereflektuje povahu jednání svých orgánů jako jednání protiprávní, neboť prostě neexistuje legislativa, jež by dané jednání kvalifikovala jako protiprávní, respektive investorovi poskytovala účinné právní prostředky k obraně proti takovému jednání ve sféře vnitrostátního práva hostitelského státu.²³ Z tohoto důvodu investiční Dohody zakotvují minimální standardy ochrany, které plynou ze zásad právního státu resp. z minimálních standardů zacházení s cizinci dle obyčejového mezinárodního práva a mají univerzální povahu, ovšem v některých méně rozvinutých zemích, ve kterých úroveň demokratického zřízení nedosáhla takového stupně vývoje, v rámci kterého by tyto zásady byly buď výslovně zakotveny v právním řádu, anebo byly důsledně dodržovány, neposkytují investorům z druhých zemí dostatečnou záruku, že jejich práva ve vztahu k investicím budou dodržována. Z tohoto důvodu byly Dohody uzavírány primárně k zajištění práv investorů v zemích, jejichž právní prostředí bylo z pohledu domovského státu méně rozvinuté či zřetelně odlišné. Tím, že zabezpečení práv investorů bylo provedeno na základě mezinárodní smlouvy, však dochází k situaci, kdy povinnosti hostitelského státu jsou zakotveny ve sféře mezinárodního práva²⁴ a i když byly sjednány ve prospěch soukromoprávních subjektů, zavazují přímo pouze subjekty mezinárodního práva, jimiž jsou v tomto případě smluvní státy, kterým stanoví práva a povinnosti, přičemž nárok z jejich porušení přináleží opět státům, jakožto subjektům mezinárodního práva. Takovýto nárok pak tedy může, i když se týká objektu daného vztahu,²⁵ uplatnit pouze účastník daného právního vztahu, tedy stát.

Do nastíněného rámce fungování Dohod je možné promítnout základní premisu diplomatického práva, jež byla poprvé judikována Stálým dvorem mezinárodní spravedlnosti ve svém rozhodnutí ve věci *Mavrommatis Palestine Concessions Case*²⁶:

²³ Příkladem lze uvést například požadavek, aby vyvlastnění bylo možné provést jen ve veřejném zájmu, na základě zákona a za náhradu, jak stanoví v českém právním řádu čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.

²⁴ odhlédněme nyní na okamžik od otázek propojení, respektive vztahů mezinárodního práva a práva vnitrostátního, především optikou doktrín dualismu a monismu, jež ve své povaze upravují otázky promítání mezinárodních závazků do vnitrostátního práva a jejich privatizaci s ohledem na nároky investora.

²⁵ tedy investice investora pocházejícího z druhého smluvního státu předmětné Dohody.

²⁶ rozhodnutí Stálého soudu mezinárodní spravedlnosti ve věci *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgement of August 30th, 1924, Series A, no. 02, dostupné v el. verzi na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf

„Jest základním principem mezinárodního práva, že stát je oprávněn chránit své příslušníky, v případě, kdy jsou poškozeni jednáním, které je v rozporu s mezinárodním právem spáchaným jiným státem, od kterého nebyly tyto osoby schopné získat zadostiučinění běžnými prostředky. Převzetím věci týkající se jeho státního příslušníka a uchýlením se k diplomatickému jednání nebo mezinárodnímu soudnímu řízení za daného příslušníka, stát vlastně uplatňuje svá vlastní práva-své právo zajistit, zastupující své příslušníky, respekt k dodržování pravidel mezinárodního práva.“²⁷

Toto tzv. pravidlo Mavrommatis bylo následně použito v několika dalších případech jak před Stálým dvorem mezinárodní spravedlnosti,²⁸ tak před Mezinárodním soudním dvorem.²⁹ Z tohoto pohledu je tedy platnost tohoto

²⁷ v originále: „*It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by reporting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.*“ viz str. 12 citovaného rozsudku.

²⁸ především případy: „*Serbian Loans*“ (Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France), Judgement of July 12 1929, Series A, no. 20/21, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf

Rozsudek ve věci „*Panevezys-Saldutiskis Railway*“ Case, Judgement of February 28, 1939, Series A/B, no. 76, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_76/01_Panevezys-Saldutiskis_Arret.pdf

Rozsudek ve věci „*Chorzow Factory*“ (Claim for Indemnity), (Merits), Judgement of September 13, 1928, Series A, no. 17, dostupné na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

²⁹ Rozsudek ve věci „*Nottebohm*“ (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase), rozsudek z 6. dubna 1955, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

Rozsudek ve věci „*Barcelona Traction*“ (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited) (Belgium v. Spain, Second Phase), Judgement of February 5, 1970, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

pravidla neoddiskutovatelná. Otázkou ovšem je, zda pravidlo, jež je východiskem práva diplomatické ochrany a jež bylo poprvé artikulováno v roce 1924, ob stojí i v současné době, která masivním rozvojem oblasti lidských práv posunula člověka, respektive nestátní entity v mezinárodním právu z pozice objektu do role subjektu.

Z hermeneutického hlediska je samozřejmě vliv pramenů práva diplomatické ochrany na vývoj práva ochrany a podpory investic neoddiskutovatelný, stejně tak jako na přístup k ochraně investic odvíjející se od těchto dogmatických základů. Kritika doktríny odvozených práv ve vztahu k ochraně investic je ovšem na místě pouze z jednoho úhlu pohledu, který reflektuje diplomatickou ochranu z hlediska způsobu ochrany zájmů a práv jednotlivců z dob, kdy nemohli svá práva uplatnit jinak (přímo) na základě smluvních instrumentů, jež by je k tomu opravňovaly.³⁰

Je třeba si totiž uvědomit, že i když v době relativně nedávné došlo k posunu v nahlížení na subjekty nesuverénní povahy v mezinárodním právu právě vytvořením smluvních režimů garantujících jim omezené práva na půdě práva mezinárodního, vytvořením těchto specifických režimů nedošlo zcela k nahrazení obecných tradičních obyčejových pravidel ve vztahu k účelu ochrany těchto nových režimů, neboť tyto jsou jakousi nástavbou fungující ve sféře mantinelů vytyčených obecnějšími pravidly, jež nebyly derogovány zvláštními ustanoveními těchto nových smluvních režimů.

Jako příklad může sloužit právě pravidlo *Mavrommatis*, které se na jednu stranu sice může jevit ve srovnání s pravidly obsaženými v Dohodách jako zastaralá fikce neodrážející dostatečně realitu, avšak tento úhel pohledu je nesprávný, neboť právě pravidlo „přetavující škodu způsobenou příslušníku státu na škodu způsobenou státu samotnému“ je fundamentální operací umožňující propojit právo diplomatické ochrany s tradičním modelem odpovědnosti státu za mezinárodní protiprávní jednání.³¹ Tento odlišný úhel pohledu nás vede k závěru, že při uplatňování nároku dle pravidel diplomatické ochrany tedy domovský stát nevznáší vůči hostitelskému státu

Posudek ve věci „*Reparation for Injuries*“ (Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations), Advisory Opinion of April 11, 1949, dostupný na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>

³⁰ SORNARAJAH, M.: *The Settlement of the Foreign Investment Disputes*, den Haag: Kluwer Law International, 2000. s.131.

³¹ DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. s. 167.

nárok svého investora, nevystupuje jako jeho zástupce, ale uplatňuje nárok svůj, plynoucí z porušení mezinárodního práva druhým smluvním státem.

II. Odlišnosti režimu ochrany dle Dohod a dle práva diplomatické ochrany (teorie přímá)

Jak již bylo dříve zdůrazněno, základní premisou při hodnocení přímé a odvozené teorie je skutečnost, že mezinárodní právo de facto umožňuje existenci obou modelů. Je možné, aby stát porušení práv svého státního příslušníka uplatňoval sám, a to i na pozadí existujících Dohod. Na druhou stranu zde neexistuje žádná překážka, jež by bránila státům ve vytvoření smluvního rámce, který by vytvářel práva přímo soukromým subjektům bez toho, aby takováto práva byla označena za a nebo spadala do kategorie lidských práv,³² neboť takováto kategorizace zjevně nemá efekt na účinek dané normy.

Existuje několik oblastí, na nichž se dá demonstrovat odlišnost režimů ochrany investic dle pravidel zakotvených v Dohodách a pravidel vlastního režimu diplomatické ochrany, jež zde suplují teorii odvozených práv. Právě tyto rozdíly představují jádro teorie přímých práv. S ohledem na projevy autonomie vůle investora jakožto určujícího prvku pro soukromoprávní povahu investičního nároku lze považovat za klíčové následující okruhy otázek:

funkční kontrola nároku

způsoby řešení sporů

doložky o volbě fóra

použitelné procesní právo

Ad 1. Funkční kontrola nároku

První z naznačených kritérií se zabývá otázkou, kdo disponuje s investičním nárokem. V případě uplatnění nároku na základě pravidel diplomatické ochrany je to od prvního okamžiku stát, kdo vykonává funkční kontrolu. Je to stát, kdo se rozhodne, zda uplatní svůj nárok z porušení práv svého příslušníka vůči státu, jenž zasáhl do těchto práv, přičemž okamžikem převzetí daného nároku státního příslušníka je stát subjektem uplatňujícím nárok:

³² Tamtéž, s.168.

„V rámci mezi stanovených mezinárodním právem, stát může vykonávat diplomatickou ochranu jakýmkoliv způsobem a v rozsahu, jež je dle jeho uvážení vhodný, neboť se jedná o právo toho státu, jež jej takto uplatňuje. Pokud se fyzické nebo právnické osoby, za které stát jedná, domnívají, že jejich práva nejsou tímto způsobem dostatečně chráněna, nemají na půdě mezinárodního práva proti jednání státu vykonávajícího diplomatickou ochranu jakýmkoliv opravný prostředek.“³³

Domovský stát je tedy tím, kdo s předmětným nárokem plně disponuje.³⁴ Řešení daného nároku tedy bude primárně podléhat diplomatickému vyjednávání, přičemž stát uplatňující nárok není ve vztahu k poškozené soukromoprávní osobě jakkoliv omezen s ohledem na uplatnění, respektive konzumaci nároku soudní cestou či formou protiopatření. Skutečností zůstává, že domovský stát má naprostou volnost, co se týče způsobu a rozsahu uplatnění daného nároku, stejně jako vzdání se nároku.³⁵ Taktéž v případě, že dojde k jakémukoliv plnění ze strany státu-porušitele mezinárodní normy, toto plnění je plněním ve vztahu ke státu vykonávajícímu diplomatickou ochranu svého poškozeného příslušníka. Vztah mezi příslušníkem a domovským státem, jemuž bylo ve vztahu k poškozenému příslušníkovi poskytnuto jakékoliv plnění ze strany státu, jenž způsobil škodu, není jakkoliv upraven a domovský stát poškozeného nemá povinnost jakkoliv poskytnuté plnění dále postoupit na subjekt soukromého práva. Jak je z výše uvedeného tedy patrné, nárok plynoucí z poškození soukromého subjektu je zde uplatňován státem jakožto suverénem na mezinárodní úrovni, přičemž poškozená osoba zde hraje pouze roli národně identifikačního objektu³⁶ z hlediska možnosti uplatnění nároku tj. že v případě poškození státního příslušníka určitého státu, je na tomto státu, zda se bude mezinárodně protiprávním jednáním druhého státu zabývat.

Na druhou stranu při uplatnění nároku na základě, respektive z porušení Dohody, je to investor, jakožto osoba naplňující znaky investora, tj. osoba

³³ odst. 78 Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ve věci Barcelona Traction (jak citováno v pozn. č. 36 výše).

³⁴ viz odst. 79 v Barcelona Traction obdobně SHAW, N.M.: *International law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008., s. 810 a násl.

³⁵ viz argumentace v odst. 77 rozhodnutí Barcelona Traction: „The Canadian Government has nonetheless retained its capacity to exercise diplomatic protection; no legal impediment has prevented it from doing so; no fact has arisen to render this protection impossible. *It has discontinued its action of its own free will.*“

³⁶ K principům nacionality a uplatnění nároku skrze mechanismy diplomatické ochrany srovnej BROWNLEE, I.: *Principles of Public International Law*, 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003. s. 395-406.

soukromého práva, kdo uplatňuje svůj nárok z porušení mezinárodní smlouvy přímo vůči hostitelskému státu, dle ustanovení Dohody samotné - tedy povětšinou formou předložení nároku zástupcům státu a po vypršení doby stanovené ke smírnému řešení sporu možností předložit spor příslušné rozhodčí instituci, dle ustanovení příslušné Dohody. Toto vše bez nutnosti intervence svého domovského státu. Taktéž náklady uplatnění nároku jdou přímo k tíži investora, stejně jako případná finanční kompenzace, jež by mu připadla v případě úspěchu ve sporu s hostitelským státem. Jak patrně, v případě uplatnění nároku dle Dohody je to investor, kdo má plnou funkční kontrolu nad uplatněním nároku - tedy je to investor, komu je dáno právo rozhodnout, zda nárok skrze investiční rozhodčí řízení (či cestou před vnitrostátními soudy hostitelského státu) uplatní či nikoliv. Pokud by tedy nárok z investiční Dohody byl skutečně nárokem odvozeným od nároku domovského státu svědčící investorovi, byla by zde jistě nutná nějaká kooperace, respektive zpětná vazba mezi investorem a domovským státem ohledně uplatněného nároku. Tato povinnost zde však není, neboť investor je z hlediska uplatnění nároku plně autonomní.

Ad 2. Způsoby řešení sporů

Způsoby řešení sporů, alespoň tak, jak jsou formálně zakotveny v Dohodách, nám mohou značně napovědět i co do ohledu povahy daného nároku. Vysoké smluvní strany se totiž v rámci smluvního konsensu při dodržení běžné struktury Dohody většinou dohodnou na dvou způsobech řešení sporů vzniklých z Dohody. Tím prvním je způsob řešení sporů mezi smluvními stranami ohledně výkladu a aplikace předmětné Dohody, přičemž tento způsob se aplikuje pouze mezi Vysokými smluvními stranami, zatímco pro případy řešení sporu vzniklých z porušení smlouvy ze strany jednoho ze smluvních států vůči investorovi ze státu druhého Dohody zakotvují odlišný způsob řešení sporu. Ilustrativně lze uvést rozdíl v těchto doložkách, jak se nachází např. v Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, kde článek 8³⁷ upravuje způsob řešení sporů mezi jednou

³⁷ Čl.8

(1) Všechny spory mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany, týkající se jeho investice, budou pokud možno, vyřešeny přátelsky.

(2) Každá smluvní strana tímto souhlasí, že podřídí spor uvedený v odstavci (1) tohoto článku rozhodčímu soudu, jestliže se spor nepodařilo vyřešit přátelsky ve lhůtě šesti měsíců od doby, kdy jedna strana ve sporu o takové řešení sporu požádala.

(3) Rozhodčí soud uvedený v odstavci (2) tohoto článku bude pro každý jednotlivý případ ustaven takto: každá strana ve sporu určí jednoho rozhodce a tito dva rozhodci určení tímto způsobem vyberou předsedu, který bude občanem třetího státu. Každá strana ve sporu určí svého rozhodce ve lhůtě dvou měsíců a

smluvní stranou (státem) a investorem druhé smluvní strany, přičemž čl. 10³⁸ je určen pro řešení sporů mezi smluvními stranami (státy) ohledně výkladu a použití Dohody.

předseda bude jmenován ve lhůtě tří měsíců od doby, kdy investor oznámil smluvní straně své rozhodnutí předat spor rozhodčímu soudu.

(4) Nebylo-li uskutečněno jmenování ve shora uvedené době, každá strana ve sporu může požádat předsedu rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu, aby provedl potřebná jmenování. Je-li předseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li mu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán místopředseda, aby provedl potřebná jmenování. Je-li místopředseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li také jemu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán o provedení potřebného jmenování služebně nejstarší člen rozhodčího soudu, který není občanem žádné smluvní strany.

(5) Rozhodčí soud stanoví svá procesní pravidla za použití rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL).

(6) Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona a přihlédne zejména, nikoliv však výlučně:

- k platnému právu smluvní strany o kterou se jedná;*
- k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami;*
- k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic;*
- k obecným zásadám mezinárodního práva.*

(7) Rozhodčí soud rozhoduje většinou hlasů; takové rozhodnutí bude pro strany ve sporu konečné a závazné.

³⁸ Čl.10

(1) Spory mezi smluvními stranami o výklad nebo použití této Dohody budou pokud možno řešeny přátelsky.

(2) Nemůže-li být spor mezi smluvními stranami takto řešen, bude předložen na žádost jedné smluvní strany rozhodčímu soudu.

(3) Takový rozhodčí soud bude pro každý jednotlivý případ ustanoven takto: každá smluvní strana určí ve lhůtě dvou měsíců od přijetí žádosti o rozhodčí řízení jednoho rozhodce. Tito dva rozhodci pak vyberou předsedu, který bude občanem třetího státu. Předseda bude určen ve lhůtě dvou měsíců od určení dalších dvou rozhodců.

(4) Nebylo-li uskutečněno potřebné jmenování ve lhůtách uvedených v odstavci (3) tohoto článku, může každá smluvní strana požádat předsedu Mezinárodního soudního dvora, aby provedl potřebná jmenování. Je-li předseda občanem jedné ze smluvních stran nebo brání-li mu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán místopředseda, aby provedl potřebná jmenování. Je-li

Zajímavé především pak je, že pro případné porušení Dohody je výslovně zmocněn investor k uplatnění svého nároku a nikoliv domovský stát poškozeného investora. Znamená to snad tedy, že domovský stát poškozeného investora nemá zájem na nápravě porušení předmětné Dohody (a dodržení maximy „pacta sunt servanda“) a odstranění závadného stavu? Spíše lze tento stav vykládat tak, že Vysoké smluvní strany dospěly ke konsensu ohledně skutečnosti, že individuální porušení předmětné Dohody, tedy otázka zasahující do problematiky mezinárodně-právní odpovědnosti, bude řešena v rámci rozhodčího řízení mezi soukromoprávním subjektem a státem. Předmětný zásah hostitelského státu do práv soukromoprávního subjektu je totiž zásahem soukromoprávní povahy, i když je mu dán veřejnoprávní punc z hlediska jednajícího subjektu (orgán vykonávající státní moc). Jedná se de facto o vnitrostátní vztah (spor), který byl na základě Dohod, resp. naplněním enumerativních znaků zakotvených v Dohodě internacionalizován, tedy vtažen do sféry mezinárodního práva veřejného a to nejen způsobem řešení sporu, ale i způsobem ochrany (minimální standardy ochrany cizinců, etc.) přitom se ale jedná stále o vnitrostátní spor. Zde je patrná dvojakost investičního sporu: na jednu stranu se jedná o spor založený na vnitrostátním právu a specifických skutečnostech případu (vyvlastnění, etc.) přičemž současně předmětný spor představuje porušení mezinárodní smlouvy (Dohody). Paradoxně tedy

místopředseda občanem jedné ze smluvních stran nebo brání-li také jemu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán o provedení potřebného jmenování služebně nejstarší člen Mezinárodního soudního dvora, který není občanem žádné smluvní strany.

(5) Rozhodčí soud stanoví svá procesní pravidla. Rozhodnutí rozhodčího soudu je pro obě smluvní strany konečné a závazné.

(6) Rozhodčí soud může před svým rozhodnutím v každém stadiu řízení navrhnout smluvním stranám, aby spor byl vyřešen přátelsky.

(7) Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě této Dohody a jiných příslušných dohod, uzavřených mezi oběma smluvními stranami, obecných zásad mezinárodního práva, jakož i takových všeobecných právních zásad, které bude rozhodčí soud považovat za použitelné. Předchozí ustanovení nebudou bránit rozhodčímu soudu učinit rozhodnutí podle zásady ex aequo et bono, pokud s tím smluvní strany souhlasí.

(8) Každá smluvní strana bude nést výlohy svého zastoupení v rozhodčím řízení; výlohy předsedy a ostatní výlohy ponese smluvní strany rovným dílem. Rozhodčí soud však může ve svém rozhodnutí určit, že jedna smluvní strana uhradí větší podíl na nákladech a toto rozhodnutí je pro obě smluvní strany konečné a závazné.

porušení vnitrostátního práva hostitelského státu může představovat porušení mezinárodního závazku.³⁹

Proč tedy současně s nárokem investora není vznášen i nárok domovského státu směřující proti porušování předmětné Dohody? Je totiž zřejmé, že řešení daného sporu na bázi stát-investor je jednodušší a že stát rozhodně nemá zájem řešit „soukromoprávní“ spor skrze prostředky mezinárodního práva. Dle autora této práce tak spíše obě vysoké smluvní strany dospěly k závěru, že jednotlivá porušení Dohody představují primárně zásah do práv jednotlivce ovšem s tím, že v případě, že by hostitelský stát odmítl spor řešit se soukromoprávním subjektem, je zde vždy dána možnost řešení sporu mezi suverény samotnými, ovšem pouze za předpokladu, že domovský stát investora by byl ochoten se touto otázkou zabývat (cestou diplomatické ochrany).

Důvod pro oddělení způsobů řešení sporů v případě sporů mezi státy a sporů mezi investorem a státem lze tedy spatřovat v tom, že státy tímto způsobem převádějí nároky plynoucí ze sporů mezi investorem a státem na investory především z důvodu, že sami nemají zájem na řešení sporů na úrovni mezinárodního práva v situacích, kde nárok z porušené Dohody vyplývá de facto z vnitrostátního práva hostitelského státu (porušení standardu zacházení zakotveného v Dohodě na vnitrostátní úrovni zásahem orgánu státu) a jako takový, nebýt Dohody, by měl povahu soukromoprávního nároku. Takovýto nárok soukromoprávní povahy je tedy skrze ustanovení Dohody jistým způsobem internacionalizován, čímž je dán investorovi prostředek zakotvený v Dohodě k řešení takového sporu. Nelze ovšem přehlížet z tohoto pohledu soukromoprávní povahu tohoto nároku, jež spočívá v osobě investora a jeho investice a povětšinou i zásahu státu- který je většinou v rozporu i s vnitrostátním právem (a k jehož nápravě právní státy mají vlastní instrumenty vnitrostátní povahy) z čehož vyplývá dle názoru autora tohoto příspěvku přesun dispozice nároku ze státu na investora, kterému je dána dispozice k tomu, aby rozhodl, jakým způsobem bude jeho spor s hostitelským státem řešen.

Ad 3. Doložka o volbě fóra

Dle předmětných Dohod se nabízí investorovi možnost vzdát se svých procesních práv dle Dohody garantujících mu možnost, aby jeho spor byl předložen mezinárodnímu rozhodčímu tribunálu tím, že spor předloží místně příslušnému soudu státu, jenž jej poškodil. Toto je účinek tzv. „Fork in the Road“ doložky která je vyjádřením principu „buď a nebo“, která

³⁹ srovnej čl.3 ILC Draft on International Responsibility, komentář viz CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002. s. 86 a násl.

umožňuje investorovi zvolit si mezi pro něj dostupnými rozhodovacími platformami k řešení jeho sporu založených na minimálních standardech ochrany poskytovaných dotčenou Dohodou, přičemž okamžikem uplatnění svého nároku u místně příslušného soudu hostitelského státu se vzdává možnosti uplatnění téhož nároku skrze mezinárodní rozhodčí řízení.⁴⁰⁴¹ Pokud se tedy investor rozhodne vydat se cestou vnitrostátního soudního řízení, jedná se pro předmětný nárok založený na porušení standardů ochrany plynoucích z předmětné Dohody za jednosměrnou cestu bez možnosti uplatnění tohoto specifického nároku skrze jiné procesní prostředky. V případě volby uplatnění daného nároku skrze vnitrostátní procesní prostředky investorem je pak tedy zřejmé, že je zde absence jakéhokoliv zájmu domácího státu investora v mezinárodním měřítku na daném nároku, neboť se jedná o soukromoprávní nárok soukromoprávního subjektu uplatněného skrze místně příslušný soud hostitelského státu.

Ad 4. Použitelné procesní právo

Vodítka pro určení rozhodného procesního práva je možné nalézt v samotných Dohodách. Tyto totiž upravují specificky dva druhy řízení pro případ sporu, kterými jsou řízení mezi Vysokými smluvními stranami, tj. smluvními státy ohledně výkladu a aplikace předmětných Dohod⁴² a řízení mezi Vysokou smluvní stranou a investorem z druhé Vysoké smluvní strany ohledně jeho investice.⁴³

Nejenže se předmětné doložky týkají jiných otázek, které mohou být předloženy rozhodčímu tribunálu, ale jejich řešení je podřízeno rozdílným procesním pravidlům.

V prvním případě se jedná o otázky výkladu a aplikace smluvního konsensu ohledně vytyčených otázek, které Dohoda představuje a jedná se tedy typicky o otázku spadající s ohledem na subjekty a předmět řízení do oblasti mezinárodního práva veřejného, mající mezinárodní veřejnoprávní povahu.

V druhém případě se však jedná o vztah mezi suverénem a soukromoprávním subjektem, přičemž obecný souhlas suveréna podřídít se

⁴⁰ REDFERN, A., HUNTER, M. et al.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet and Maxwell, 2004. s. 486, marg. 11-18.

⁴¹ Tuto možnost je možné považovat za projev Calvovy doktríny přetrvávající do současnosti ve vztahu k procesním prostředkům řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem.

⁴² Viz srovnej např. čl. 9 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic

⁴³ tamtéž, čl. 8.

ve vztahu k předmětnému okruhu otázek ve vztahu k danému soukromoprávnímu subjektu plyne ze vzdání se ve vztahu k tomuto určitému typu sporů své suverénní imunity a skutečnosti, že není možné suveréna podřídit vnitrostátní soudní pravomoci jiného státu. Z tohoto pohledu je tedy mezinárodní rozhodčí řízení jedinou možnou (neutrální) rozhodovací platformou přicházející pro spor mezi cizím státním příslušníkem a suverénní entitou v úvahu. Mezinárodní rozhodčí řízení však na rozdíl od řízení mezi dvěma suverény je řízením, které podléhá určitým specifickým, typickým spíše pro mezinárodní obchodní arbitráž, jež jsou dána námi sledovanými rozhodčími pravidly UNCITRAL- ta umožňují jak ad hoc řízení či řízení před stálým rozhodčím soudem: typicky tento typ řízení podléhá principu *lex loci arbitri*,⁴⁴ s ohledem na status řízení⁴⁵, jež má vliv na takové otázky kontroly řízení, jakými je shromažďování důkazů a nařizování předběžných opatření.^{46 47}

⁴⁴ srovnej čl. 16 rozhodčích pravidel UNCITRAL.:

Place of Arbitration

Article 16

1. Unless the parties have agreed upon the place where the arbitration is to be held, such place shall be determined by the arbitral tribunal, having regard to the circumstances of the arbitration.

2. The arbitral tribunal may determine the locale of the arbitration within the country agreed upon by the parties. It may hear witnesses and hold meetings for consultation among its members at any place it deems appropriate, having regard to the circumstances of the arbitration.

3. The arbitral tribunal may meet at any place it deems appropriate for the inspection of goods, other property or documents. The parties shall be given sufficient notice to enable them to be present at such inspection.

4. The award shall be made at the place of arbitration.

⁴⁵ Blíže viz BĚLOHLÁVEK, A., ČERNÝ, F.: Právo rozhodné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právník*. 2009, roč. 148, č. 4. s. 389- 418.

⁴⁶ CARON, D., D., CAPLAN, L., M., PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2006. s.80 a násl.

⁴⁷ Ve vztahu k ČR pak srovnej extenzivní výklad k místu řízení viz BĚLOHLÁVEK, A.: *Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: Komentář*, Praha: C.H. Beck, 2004. s.134-142.

(Rozhodné) právo místa řízení tedy má zpravidla významnou roli v případech, kdy rozhodčí pravidla zvolené stranami sporu nebo určené v rámci „offer to arbitrate“ ze strany hostitelského státu (která se v případě zahájení řízení dle Dohody transformuje do rozhodčí doložky) odkazují na rozhodčí řízení ad hoc⁴⁸ dle rozhodčích pravidel UNCITRAL, neboť v tomto případě daná pravidla nemusejí zcela pokrývat veškeré procesní otázky a především způsob, jakým má být řízení ze strany rozhodců vedeno. Stranám je samozřejmě dána možnost pravidla UNCITRAL smluvně upravit, ovšem je zcela zřejmé, že dohoda stran v takovýchto případech je velice komplikovaná a strany dávají přednost odkazu na rozhodčí řády stálých soudů, neboť tyto jsou praxí prověřené. Pakliže by tomu ovšem tak nebylo a některé procesní otázky by v rámci úpravy rozhodčích pravidel absentovala, použije se právní úprava rozhodčího řízení místa řízení na určení těchto procesních pravidel, která mají být rozhodci v daném případě aplikována.⁴⁹ Právní předpisy místa řízení v tomto případě dle pravidel UNCITRAL mají navíc přednost v případě, že by některá z ustanovení rozhodčích pravidel UNCITRAL byla s místní právní úpravou v rozporu.⁵⁰ Velice významné z hlediska práva místa řízení je posuzování otázek rozsahu arbitrability, rozsah pomocných funkcí místně příslušných soudů v místě řízení (především s ohledem na problematiku předběžných opatření) stejně jako otázek souvisejících s uznáním, výkonem a zrušením rozhodčího nálezu.

Důvodem pro výše uvedený exkurz do problematiky související s procesním právem rozhodným (pro vedení sporu) je však kromě praktických hledisek především skutečnost, že povaha investičního rozhodčího řízení má mnoho společných znaků a institutů jakož i problémů, které před stranami sporu v rámci přípravy a průběhu řízení vyvstávají, spíše s „klasickou“ obchodní arbitráží, neboť procesní pravidla použitelná pro řešení tohoto typu sporů zahrnují de facto jak právo národní, tak i právo mezinárodní, ovšem v případě procesních pravidel to pak dle názoru autora bude vždy právo národní, které bude rozhodující a které svým způsobem definuje rozsah omezení autonomie stran.

S ohledem na povahu nároku by však v případě vznesení nároku domovského státu investorem bylo by logické, aby se předmětné řízení řídilo výlučně mezinárodním právem veřejným, neboť předmětem sporu by

⁴⁸ viz např. čl. 8 odst. 2 Dohody mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic, sdělení č. 155/1997Sb. Ministerstva zahraničních věcí.

⁴⁹ RUBINS, N. KINSELLA, N.S.: *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practicioners Guide*, New York: Oceana Publications, 2005. s. 325.

⁵⁰ Čl. 1 odst. 2 rozhodčích pravidel UNCITRAL.

byla práva a povinnosti resp. jejich porušení ve vztahu mezi dvěma suverénními entitami, přičemž pozice investora by zde byla pouze jakožto subjektu uplatňujícího nárok svého domovského státu z porušení mezinárodně-právního závazku. Jak bylo ovšem uvedeno výše, realita hovoří spíše ve prospěch teorie přímých práv investora, neboť tento uplatňuje předmětný nárok plynoucí z porušení mezinárodního standardu ochrany zakotvené v Dohodě svým jménem a za sebe a mimo rozhodovací platformu pro řešení sporů mezi suverénními entitami dle mezinárodního práva veřejného.

Závěrem k povaze investičního nároku

Z výše uvedeného nástinu týkajícího se vybraných aspektů investičního rozhodčího řízení vyplývá, že povaha nároku je spíše soukromoprávní. Ovšem daný výběr, zaměřující se na otázky projevu vůle investora jakožto prvku určujícího soukromoprávní povahu nároku představuje pouze část daných aspektů nároku, neboť z daného hlediska lze zkoumat dále celou řadu dalších prvků (rozhodné hmotné právo, postup při uznání a výkonu nálezu, etc.) kde se částečně projevuje i ona veřejnoprávní povaha a tudíž nelze zcela jednoznačně a s konečnou platností na otázku soukromoprávní/veřejnoprávní povahy nároku odpovědět, neboť prvky obou teorií se zde často prolínají a překrývají. Problematika je to velice složitá a jistě otázkou zda je vůbec možné či účelné hledat odpověď absolutní, zahrnující investiční nárok v jeho celistvosti. Autor tohoto příspěvku se ovšem domnívá, že čtenáři předložil v rámci zvolených okruhů dostatek důkazů a argumentů proto, aby vyvrátil tradicionalistický pohled na problematiku investičních sporů jakožto specifické odnože práva diplomatické ochrany, respektive dostatek důkazů pro to, aby mohlo být na problematiku investičních sporů nahlíženo zcela autonomně bez jakýchkoliv negativních konotací problematiky diplomatické ochrany.

Na základě výše provedené analýzy si autor troufá, alespoň v rozsahu výše provedených závěrů, přiklonit se k teorii přímých práv, tj. k teorii, jež svěřuje investiční nárok do rukou investora samotného, respektive odděluje tento nárok od případného nároku domovského státu z porušení mezinárodní smlouvy hostitelským státem.

Pakliže je tedy nárok plynoucí z porušení investorových práv oddělitelný, respektive odlišný od nároku Smluvní Strany Dohody (státu) z porušení závazku druhé Vysoké smluvní strany dle mezinárodního práva, pak nárok investora musí být ve své podstatě nárokem soukromoprávním, kterým je investor oprávněn volně disponovat, neboť pakliže by investor nevyužil procesních prostředků daných mu předmětnou Dohodou (tj. možnost uplatnit svá práva v rámci mezinárodního investičního rozhodčího řízení vůči hostitelskému státu), stále by měl možnost uplatnit tento nárok skrze prostředky vnitrostátního práva, přičemž i vnitrostátní soud by měl

zohledňovat hmotně-právní standardy vyplývající z příslušné Dohody, neboť tato je *de facto*⁵¹ součástí vnitrostátního práva, respektive zavazuje přímo daný stát a tudíž i jeho vnitrostátní orgány, v tomto případě pak především soudy.

Z tohoto pohledu je to tedy pak investor, jehož práva byla porušena, komu přináleží volba, zda se rozhodne svá práva související se zmařenou či poškozenou investicí vůbec uplatnit, a pokud ano, zda se rozhodne tento spor předložit rozhodčímu tribunálu či soudu hostitelského státu, stejně pak jako v rámci řízení samotném bude záležet pouze na něm, zda se rozhodne přijmout případnou nabídku ze strany hostitelského státu na uzavření smíru či zda svůj návrh na zahájení rozhodčího řízení vezme zpět.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, A., ČERNÝ, F.: Právo rozhodné pro řešení tzv. investičních sporů v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právník*. 2009, roč. 148, č. 4. s. 389- 418.
- BĚLOHLÁVEK, A.: Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: Komentář, Praha: C.H. Beck, 2004. 679.
- BROWNLIE, I.: *Principles of Public International Law*, 6th ed., New York: Oxford University Press, 2003. 784.
- CARON, D., D., CAPLAN, L., M., PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2006. 1066.
- CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 387.
- DOUGLAS, Z.: Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of international law*, 2004, roč. 74. 151-289.
- DOUGLAS, Z.: Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, *Arbitration International*, roč. 22, 2006. 27-51.

⁵¹ V závislosti na recepci doktríně mezinárodního práva toho kterého státu (viz monismus v. dualismus).

- KANTOR, M.: Valuation for Arbitration, Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence, den Haag: Kluwer Law International, 2008. 411.
- SORNARAJAH, M.: The International Law on Foreign Investment, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 522.
- SORNARAJAH, M.: The Settlement of the Foreign Investment Disputes, den Haag: Kluwer Law International, 2000. 390.
- SHAW, N.M.: International law, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 1542.
- REDFERN, A., HUNTER, M. et al.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet and Maxwell, 2004. 661.
- RIPINSKY, S., WILLIAMS, K.: Damages in International Law, London: British Institute of International and Comparative Law, 2008. 561.
- RUBINS, N. KINSELLA, N.S.: International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practicioners Guide, New York: Oceana Publications, 2005. 812.
- RŮŽIČKA, K.: Diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace, Praha: Karlova Univerzita, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica Monographia, 1988. 92.

Cited Case Law

- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecci v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of 1. June 2009.
- European Media Ventures SA v Czech Republic, Judgement on jurisdiction of December 05, 2007 (2007) EWHC 2851 (Comm).
- Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF) 98/03), Award of June 26, 2003
- International Court of Justice, Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain, Second Phase), Judgement of February 5, 1970.

- International Court of Justice, Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase), Judgement of April 6, 1955.
- International Court of Justice, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of April 11, 1949.
- Permanent Court of International Justice, Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Judgement of February 28, 1939, Series A/B, no. 76.
- Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, Judgement of July 12, 1929, Series A, no. 20/21.
- Permanent Court of International Justice, Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), (Merits), Judgement of September 13, 1928, Series A, no. 17.
- Permanent Court of International Justice, Mavrommatis Palestine Concessions Case, Judgement of August 30th, 1924, Series A, no. 02.

Electronic Resources

- Investment Claims (www.investmentclaims.com).
- Investment Treaty Arbitration (<http://ita.law.uvic.ca>).
- U.S. Department of State (<http://www.state.gov>).
- International Court of Justice (<http://www.icj-cij.org/>).
- United Nations Commission on International Trade Law (<http://www.uncitral.org/>).
- Investment Instruments Online (<http://www.unctadxi.org>).
- Laws, Regulations and Rules
- Smlouva č.137/1931 Sb. z.a n., O přátelství mezi republikou Československou a císařstvím Perským.
- United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946.

- Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic.
- Usnesení č. 2/1993 Sb. Předsednictva ČNR o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky.
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 155/1997Sb., o sjednání Dohody mezi Českou republikou a Chorvatskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic.
- United Nations Commission on International Trade Law General Assembly Resolution 31/98 of April 28, 1976, as amended. (UNCITRAL Arbitration Rules).

Contact – email

filip.cerny@ablegal.cz

VIAZANOSŤ ROZHODCOV VÔĽOU STRÁN BINDING NATURE OF PARTIES' AGREEMENT IN ARBITRATION

SLAVOMÍR HALLA

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity,
Katedra mezinárodního a evropského práva

Faculty of Law - Department of International and European Law,
Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Autonómia vôle strán je nesporne jedným zo základov rozhodcovského konania, či už vo vnútroštátnej alebo medzinárodnej forme. Ved' práve, a jedine, autonómny prejav vôle strán umožňuje odňať spor verejnoprávnej inštitúcií – súdu, a preniesť ho pred kvázi súkromný orgán – rozhodcov. Princíp autonómie nepochybujú národné právne poriadky, ani medzinárodné dohovory, či pravidlá rozhodcovských inštitúcií. Je však táto autonómia neobmedzená? Predložený článok sa pokúsi ponúknuť jeden z možných pohľadov.

Key words in original language

Rozhodcovské konanie; limity autonómie vôle strán.

Abstract

Party autonomy is indisputably one of the cornerstones of arbitration (proceedings), either national or international. It is due to this autonomy which the parties manifested that the dispute may be transferred from a public authority – court – to a quasi private body – arbitration panel. National arbitration law, international treaties or institutional rules; they all recognize it and build the proceedings around it. However, is this autonomy an unlimited one? This article shall provide the reader with one possible view.

Key words

Arbitration; party autonomy; limits.

Riešenie obchodných sporov v medzinárodnom prostredí.

Otvorenosť hraníc, voľný pohyb tovaru a existencia skutočne globálneho obchodu v priebehu posledných desiatok rokov, prináša okrem mnohých pozitív aj isté negatívne javy. Spory obchodníkov, ktoré možno ľahko označiť za skutočne medzinárodné, patria nepochybne medzi ne. K riešeniu sporov nepochybne slúži súdna sústava, základný prvok každého moderného, demokratického a právneho systému. Avšak medzinárodní obchodníci už od vekov dávajú prednosť alternatívnym riešeniam, tým ktoré

dokážu lepšie pracovať s podstatou obchodného sporu v globálnom prostredí. Medzi ne radíme jednoznačne aj medzinárodné rozhodcovské konanie.

Medzi výhody medzinárodného rozhodcovského konania sa pravidelne radí:¹

- v zásade nižšie náklady na konanie oproti konaniu pred štátnymi súdmi,
- jednoduchšie a flexibilné procesné pravidlá,
- neverejnosť konania,
- kontinuita rozhodovania,
- silnejšie predpoklady pre uznanie a výkon rozhodcovských nálezov,
- posilnenie princípu autonómie vôle strán.

Práve posledný menovaný princíp je objektom záujmu skúmania tohto článku. Je to práve autonómia strán, ktorá dovoľuje, aby medzinárodná obchodná arbitráž spĺňala svoje ciele - poskytla stranám procesne neutrálne územie, nezaťažené procesnými normami vlastnými niektorému z účastníkov sporu.² Na strane druhej ako každý systém riešenia sporu, musí aj medzinárodná obchodná arbitráž zaistiť procesnú spravodlivosť. Rozhodcovské konanie musí vždy prebiehať tak, aby nebola žiadna strana ukrátená o možnosť prezentovať svoje stanovisko a aby k oboj stranám pristupoval tribunál za rovnakých okolností rovnako.³

Na ilustráciu oboch vyššie uvedených myšlienok si autor dovoľí odcitovať pasáž z rozhodnutia amerického súdu vo veci *Baravati v. Josephthal, Lyin, & Ross* z roku 1994, v ktorom sa súd vyjadril k problematike autonómie strán k výberu metódy riešenia svojich sporov:⁴

"Strany majú širokú slobodu vybrať si mechanizmus riešenia svojich sporov, snád' mimo schválenia pästného súboja, „božieho súdu“, či dokonca rozhodnutia senátu troch opíc. Strany si môžu dohodnúť svojrázne podmienky arbitráže, tak ako si ich môžu dohodnúť akékoľvek iné zmluvné podmienky."

¹ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, s. 40.

² Born, G. *International Commercial Arbitration*. s. 1742.

³ Vid' čl. 18 Vzorového zákona UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži.

⁴ Rozhodnutie Federálne obvodného súdu pre 7 okruh z roku 1994, vydané v zbierke 28 F.3d 704, vo veci *Baravati v. Josephthal, Lyin, & Ross, Inc.*,

Toto rozhodnutie nadnesene poukazuje na to, že aj autonómia vôle musí mať vo sfére alternatívneho riešenia sporov svoje obmedzenia. Ako však k tomuto rozhodnutiu expresívne uviedol Born, keď položil nasledujúcu otázku:⁵

"Čo je zlého na rozhodnutí opíc ... ak je to to, na čom sa strany dohodli?"

Je zrejmé, že ani autonómia vôle nemôže byť neobmedzená. Avšak, ak je tento princíp samotným základom medzinárodného rozhodcovského konania, aké sú teda jeho skutočné limity?

Tento článok v skratke ponúkne pohľad na vonkajšie limity medzinárodného rozhodcovského konania a rozoberie aj ich dopad - tj. viazanosť (?) rozhodcov vôľou strán.

Vonkajšie medze procesnej autonómie strán sporu

Zahraničná ako aj domáca literatúra zhodne uvádzajú, že praktickým dopadom autonómie vôle strán je možnosť dohodnúť sa na postupe, ktorým má byť medzinárodné rozhodcovské konanie vedené. Zároveň však zhodne konštatujú, že táto možnosť je vždy závislá od *lex arbitri*, práva ktorým sa riadi rozhodcovské konanie.⁶ Moderne koncipované národné právne poriadky však v zásade obsahujú len veľmi málo kogentných pravidiel.⁷ Tieto národné pravidlá, či už modelované podľa Vzorového zákona UNCITRAL⁸ alebo nie, vytvárajú "rozhodcovskú magnu cartu", základné procedurálne garancie konania.⁹ Jedná sa o základné, kogentné, dohodou

⁵ Born, G. *Commentary and Materials*, s. 443.

⁶ K problematike určiteľnosti *lex arbitri* sa v tomto článku nebudeme vyjadrovať. V zásade je možné konštatovať, že za *lex arbitri* sa prevažne považuje právo krajiny, v ktorej sa nachádza miesto konania rozhodcovského konania. Na strane druhej, s poukazom na všeobecne prijaté tvrdenie "rozhodcovia nemajú svoje fórum", existujú aj názory o možnej delokalizácii, či až denacionalizácii rozhodcovského konania a jeho nezávislosti na akomkoľvek národnom právnom poriadku.

⁷ Born uvádza ako príklad krajín s výrazne kogentnou úpravou rozhodcovského konania Guatemalu, Indonéziu a Kolumbiu. Vid' Born, ref. 2, s. 1316.

⁸ Vzorový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži prijatý Valným zhromaždením OSN v roku 1985, s dodatkami v roku 2006 (ďalej len "Vzorový zákon UNCITRAL"). Vzorový zákon je dostupný na internetových stránkach UNCITRAL http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

⁹ Ako uvádza Lew, Mistelis a Kröl jedná sa v zásade o právo na spravodlivý proces a riadne prejednanie veci, a právo na rozhodnutie nestranným a nezaujatým rozhodcom. Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröl, S., *Comparative international commercial arbitration*, s. 95.

nezmeniteľné požiadavky lex arbitri.¹⁰ Strany (a v zásade aj rozhodcovia) tak majú možnosť "vytvárať" rozhodcovské konanie do podoby, ktorá im najviac vyhovuje a splňa ich očakávania pri riešení medzinárodného obchodného sporu.

Nedodržanie týchto základných pravidiel má samozrejme závažné následky. Príkladom možno uviesť Vzorový zákon UNCITRAL a krajiny, ktoré na ňom založili svoje národné lex arbitri. V článku 18 sa zakotvuje kogentná povinnosť viesť rozhodcovské konanie tak, aby sa s každou stranou zachádzalo rovnako a bol jej poskytnutý plný priestor na prejednanie sporu.¹¹ Zároveň sa v článku 34 Vzorového zákona UNCITRAL uvádzajú ako dôvody zrušenia rozhodcovského nálezu súdom aj nasledujúce okolnosti:

Ods. 1 písm. b): "navrhujúca strana nebola riadne upovedomená o ustanovení rozhodcu, alebo o samotnom rozhodcovskom konaní, alebo jej bolo inak znemožnené prejednať spor pred rozhodcami;"¹²

a

Ods. 1 písm. d): "zloženie tribunálu alebo rozhodcovské konanie nebolo v súlade s dohodou strán, mimo prípadov, ak je takáto dohoda v rozpore s ustanoveniami tohto zákona, od ktorých nie je možné sa zmluvne odchyliť; alebo v prípade, ak sa strany nedohodli, tak v rozpore s ustanoveniami tohto zákona."

¹⁰ Ako poznamenáva Born, je nutné rozlišovať otázky interné (v zásade otázky samotného konania) a externé (arbitrabilita, postavenie národných súdov atď.). Kým prvé sú typicky upravené dispozitívne (ak sú upravené vôbec), tak druhé predstavujú typicky kogentné normy. Vid' Born, ref. 3, ss. 1310-1347. Na tomto mieste je zaujímavé upozorniť na ustanovenia čl. 190 švajčiarskeho zákon o medzinárodnom práve súkromnom (LPID), ktorý stranám medzinárodnej arbitráž umožňuje dohodou vylúčiť prieskum nálezu súdom, resp. obmedziť dôvody pre ktoré môže byť nález zrušený - je tak jedným z mála zákonov, ktoré umožňujú stranám prejaviť autonómiu vôle aj v takejto zásadne externej otázke.

¹¹ Obdobné požiadavky obsahuje aj iné národné predpisy regulujúce rozhodcovské konanie napr. švajčiarsky zákon o medzinárodnom práve súkromnom (LDIP čl. 182 ods. 3), nemecký zákon o občianskom civilnom procese (ZPO § 1042 ods. 1), anglický arbitrážny zákon (English Arbitration Act 1996 čl. 33 ods. 1), slovenský zákon o rozhodcovskom konaní (ZRK § 17). Český zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení (ďalej len "ZRŘ") takúto povinnosť explicitne nestanovuje, avšak s poukazom na § 30 (primerané použitie občianskeho súdneho rádu) môžeme sprostredkovane dovodiť, že minimálne procesné štandardy by mali byť použiteľné aj pre rozhodcovské konanie. Obdobne, porušenie možnosti plne prejednať spor pred rozhodcami je jedným z dôvodov možného zrušenia rozhodcovského nálezu podľa § 31 ZRŘ.

¹² Obdobne vid' § 31 písm. e) ZRŘ, čl. 190 ods. 2 písm. d), e) LPID, § 1059 ods. 2 písm. b), d) ZPO. Pre európsky priestor potom aj čl. IX ods. 1 písm. c), d) Európske úmluvy o obchodní arbitráži vyhlásené vyhláškou č. 176/1964 Sb. (ďalej len "Európsky dohovor").

Z vyššie uvedeného jasne vyplýva, že akýkoľvek zásah do základov rozhodcovského konania, čo do stránky procesnej spravodlivosti a práva na plné prejednanie sporu, je ohrozený možnosťou zrušenia rozhodcovského nálezu.

Druhé citované ustanovenie uvádza ako etalón správneho priebehu rozhodcovského konania priamo dohodu strán, avšak podriaďuje ju kogentným ustanovenia Vzorového zákona UNCITRAL. Keďže je ustanovenie čl. 18 Vzorového zákona UNCITRAL nepochybne kogentným ustanovením, strany sa od neho nemôžu odchýliť a preto by bola akákoľvek dohoda vo "vzorových" jurisdikciách za týmto účelom neplatná. Nadto, v zmysle druhého vyššie citovaného ustanovenia by sa jednalo o jasný dôvod k zrušeniu vydaného rozhodcovského nálezu.

Okrem možnosti zrušenia rozhodcovského nálezu je ďalšou hrozbou možnosť odmietnutia výkonu rozhodcovského nálezu v inej krajine, než krajine pôvodu. Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských náleзов¹³ stanoví v čl. V ods. 1 písm. b) a d) identické podmienky vedúce k možnosti neuznať cudzí rozhodcovský nález. Preto konanie, ktoré nerešpektuje základné procesné princípy medzinárodnej arbitráže, povedie k vydaniu nálezu, ktorý zmarí základné očakávania strán - jednoduché uznanie nálezu mimo krajinu vydania.

Môžeme konštatovať, že vonkajšie medze autonómie v zásade určuje aplikovateľné lex arbitri, ktoré sa vo svojej modernej podobe obmedzuje skôr na vytvorenie procesných poistiek, ktoré majú zabezpečiť spravodlivosť a férovosť celého konania.

V prípade, že si strany zjednávajú v rozhodcovskej zmluve podmienky, ktoré by tento princíp porušovali, jednalo by sa v jurisdikciách založených na Vzorovom zákone UNCITRAL o porušenie pripúšťajúce zrušenie prípadného nálezu. Rovnako by bolo možné uvažovať o odmietnutí uznania nálezu. Otázkou však naďalej zostáva, či môžu rozhodcovia takéto ustanovenie pokladať za neplatné a nebyť ním viazaní.

Vnútorne medze - viazanosť rozhodcov dohodou strán

Ako bolo uvedené v začiatku tohto článku, autonómia vôle strán je dominantným princípom medzinárodnej obchodnej arbitráže. Strany sú dominus litis - páni sporu, a ich vôľa určuje, ako bude v konaní postupované. Ako sme však ukázali v predchádzajúcom texte, nejedná sa o slobodu bezbrehú.

¹³ V Českej republike vyhlásený vyhláškou č. 74/1959 Sb. (ďalej len "New Yorkský Dohovor")

Predpokladajme teda situáciu uvedenú v závere predchádzajúcej kapitoly s tým, že dohoda strán nastala ešte pred konštituovaním fóra. Pri zohľadnení vyššie popísaných negatívnych následkov by rozhodcovia mali každopádne zvážiť, či príjmu poverenie strán spor za takýchto podmienok prejednať.¹⁴

V prípade, že by rozhodcovia predsa len prijali poverenie strán, malo by byť ich povinnosťou viesť strany k tomu, aby odstránili závadné ustanovenie a napr. novou dohodou napravili potencionálne negatívny stav. Ak strany nepostupujú týmto spôsobom, literatúra uznáva, že v skutočne výnimočných prípadoch je možné, aby rozhodcovia odmietli uznať takúto dohodu strán, a aplikovali príslušné ustanovenia *lex arbitri*.¹⁵ Rozhodcovia pritom budú vychádzať z ustanovení *lex arbitri*, ktoré môže, po vzore Vzorového zákona UNCITRAL, explicitne obmedziť vôľu strán,¹⁶ alebo spraviť tak sprostredkovane explicitným zakotvením princípov a záruk konania.¹⁷

Autor domnieva, že národné sudy, ktorých *lex arbitri* pripúšťa zrušenie nálezu pre nedodržanie dohody strán, by mali takéto ustanovenie vždy interpretovať ako ustanovenie nepokrivajúce oblasť základných procesných záruk. Národný súd by tak mal posúdiť, či príslušné zmluvné ustanovenie skutočne neporušuje základné princípy rozhodcovského konania, a v prípade, že áno, nemal by odklon rozhodcov považovať za exces vedúci k zrušeniu resp. nevykonaniu príslušného nálezu.¹⁸

¹⁴ V tejto súvislosti možno poukázať na ustanovenie Etického kódexu American Arbitration Association (v pôvodnej verzii pred revíziou), ktorý v čl. 1 (A) mimo iného uvádza:

"Férové a spravodlivé riešenie sporov je nevyhnutnou súčasťou našej spoločnosti. ... Aby mohlo byť rozhodcovské konanie vnímané verejnosťou ako efektívny nástroj, musí v spoločnosti panovať široké presvedčenie, že sa jedná o nástroj s dostatočnou mierou integrity a spravodlivosti. Preto je každý rozhodca viazaný povinnosťami nie len k stranám samotným, ale aj voči procesu arbitráže ako takému ..."

Kódex je dostupný na <http://www.lectlaw.com/files/adr12.htm>.

¹⁵ Born. ref. 2, s. 1630, 1757-1758.

¹⁶ Vid' napr. čl. 182 ods. 3 LPID, § 1042 ods. 3 ZPO.

¹⁷ Vid' napr. čl. 33 ods. 1, 2 s odkazom na Prílohu č. 1 English Arbitration Act 1996, alebo § 17 ZRK.

¹⁸ Tu je možné uviesť rozhodnutie francúzskeho Cour d'Appel z roku 1996 vo veci *Ministry of Public Works v. Société Bec Frères* (citované v Born, s. 2768, poznámka č. 313). V tomto rozhodnutí francúzsky súd dovodil, že procedúra konštituovania fóra odporovala kogentným ustanoveniam francúzskemu *lex arbitri* (strany sa dohodli len na 2 členom tribunáli, hoci francúzske právo žiada nepárny počet členov), a preto ak rozhodcovia ustanovení stranami postupovali ďalej (podľa francúzskeho práva) a zvolili rozhodcu tretieho, nie je takýto postup, hoc v rozpore s dohodou strán, dôvodom na zrušenie príslušného nálezu.

Na stranu druhú, ako uvádza Born,¹⁹ prevažuje pohľad opačný,²⁰ tj. že rozhodcovia sa musia riadiť uvedenou dohodou strán, hoci je v rozpore s lex arbitri.

Základom argumentácie reprezentantov tejto argumentačnej majority je New Yorský Dohovor. Ten totiž vo vyššie citovanom ustanovení čl. V ods. 1 písm. d) explicitne stavia dohodu strán pred ustanovenia lex arbitri.²¹ Na tejto skutočnosti podľa Borna nemení nič ani odmietací dôvod podľa čl. V ods. 1 písm. e), ktorý odkazuje na zrušenie nálezu vnútroštátnym súdom pôvodu a tým necháva v hre otvorenú možnosť nepriameho návratu kogentných noriem lex arbitri. Ako uvádza Born, z prípravných dokumentov jasne vyplýva, že tvorcovia dohovoru nemali v úmysle:

„povolit' a uznať autonómiu vôle strán, len aby ju mohli vzápätí roztrhať.“²²

Preto by aj nález, ktorý by bol zrušený národným súdom pre porušenie jeho procesných pravidiel lex arbitri, mohol byť v iných štátoch uznateľný a vykonateľný, ak je takéto porušenie dôsledkom rešpektovania dohody strán.

Avšak musíme upozorniť na dôležité ustanovenie, ktoré podľa názoru autora predsa len obmedzuje strany v ich procesných dohodách. Jedná sa o už rovnako citované ustanovenie čl. V ods. 1 písm. b), ktorá vyslovene zakotvuje tzv. medzinárodný procesný poriadok v rozhodcovskom konaní. New Yorský Dohovor tak zakotvuje ochranu najzákladnejším princípom spravodlivého konania. S ohľadom na domáce lex arbitri tak môžeme konštatovať, že ochrana by mohla byť poskytnutá skutočne iba elementárnym princípom ochrany a nie každému kogentnému princípu domáceho práva.

¹⁹ Born, ref. 2, s. 2768.

²⁰ K výberu rozhodnutí vid' Born, ref. 2, s. 1263, poznámka pod čiarou č. 150.

²¹ K tomu zrovňaj van den Berg, A. J. New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement. s. 11. Autor poukazuje na skutočnosť, že hlavným posunom New Yorského Dohovoru (od predchádzajúceho Ženevského dohovoru z roku 1927) je práve skutočnosť, že tvorcovia dohovoru stanovili jasne primát autonómie vôle strán pre požiadavkami lex arbitri, rozdielne od starej úpravy, ktorá požadovala splnenie ako dohody strán, tak ustanovení lex arbitri. Dostupné na

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf

²² Born, ref. 2, s. 1262, k poznámke č. 142.

Môžeme teda uzavrieť, že autonómia strán je skutočne obmedzená. V zásade možno povedať, že táto obmedzenosť vyplýva z povahy rozhodcovského konania. Jedná sa totiž o alternatívu konania pred národným súdom. Hoci suverenita štátu do značnej miery ustupuje v medzinárodných obchodných sporoch pre dobro globálneho obchodu do pozadia, medzinárodné spoločenstvo napriek tomu uznáva, že existujú fundamentálne princípy demokratickej právnej spoločnosti, ktoré musia byť dodržané. Z pohľadu medzinárodnej arbitráže ako systému riešenia sporov sa musí jednať o procesné záruky spravodlivého procesu a rovného zaobchádzania so stranami. Tieto hodnoty sú spoločné naprieč spektrom právnych poriadkov a mali by tvoriť prirodzené hranice autonómie vôle strán aj v medzinárodnom rozhodcovskom konaní.

Záver

Z krátkeho zamyslenia sa nad problémami medzinárodnej obchodnej arbitráže s ohľadom na autonómiu vôle strán možno urobiť tieto závery:

- Medzinárodná obchodná arbitráž bezpochyby nachádza svoj základ v dohode strán. Bez ich vyslovenej vôle odobrať spor národným súdom a predniesť ho pred súkromným panel rozhodcov, nie je rozhodcovské konanie možné.
- Ak dohoda strán tvorí esenciálny predpoklad existencie rozhodcovského konania, je logické, že stranám bude v zásade poskytnutá široká možnosť úpravy samotných pravidiel konania. V tomto smere sú skutočne konštruované medzinárodné dohovory, vzorové zákona a nakoniec aj národná legislatíva.
- Primát autonómie vôle je v zásade tak silný, že medzinárodné konvencie mu priznávajú primát pred ustanoveniami *lex arbitri*, a to dokonca aj vtedy, ak by sa jednalo o kogentné ustanovenia.
- Na strane druhej, medzinárodné dohody rozoznávajú "medzinárodný procesný poriadok" pravidlá spravodlivého procesu uznateľné naprieč jurisdikciami, ktoré musia byť chránené. Autor odvodzuje, že tieto princípy a pravidlá sú prirodzeným limitom autonómie vôle strán.
- S ohľadom na vyššie uvedené by rozhodcovia nemali byť viazaní takou dohodou, ktorá celkom zjavne porušuje medzinárodný procesný poriadok. Zdá sa však, že tento názor stojí v menšine. Možno však konštatovať, že rozhodcovia nie sú viazaní povinnosťami len voči stranám sporu, ale aj voči "sporu" samotnému, resp. voči inštitútu medzinárodnej obchodnej arbitráže. Preto by rozhodcovia pri zvážení všetkých okolností prípadu mali vždy zvážiť, či chcú prijať resp. pokračovať v spore, kde hrozí porušenie základnej procesnoprávnej ochrany strán.

Literature:

- Born, G.: International Commercial Arbitration, Zväzok I-II. Austin: Walter Kluwer, 2009, s. 3303, ISBN: 9789041127594.
- Born, G.: International Commercial Arbitration: Commentary and materials. Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 1149, ISBN: 9041115595.
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröl, S.M., Comparative international commercial arbitration. Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 956, ISBN: 9041115684.
- Rozehnalová, N.: Mezinárodní rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, 2002, s. 219, ISBN: 8086395413.
- van den Berg, A.: New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement [online]. ICCA, 2007. Dostupné z http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf

Contact – email

134878@mail.muni.cz

EFFECTS OF THE PRINCIPLE OF COMPETENCE- COMPETENCE IN THE P.R. CHINA

VERONIKA HRADILOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Zásada pravomoc-pravomoc vychází z koncepce, že rozhodce, resp. rozhodčí senát má pravomoc nezávisle rozhodovat o své pravomoci vyřešit konkrétní spor, který mu byl předložen. Středem zájmu tohoto příspěvku bude zodpovědět následující otázky v kontextu promítnutí zásady competence-competence v čínském právu: Kdo má pravomoc rozhodnout o otázce platnosti rozhodčí smlouvy a založení pravomoci rozhodců v ČLR: rozhodčí senát, rozhodčí instituce, či lidový soud? Je zásada pravomoc-pravomoc potlačena tím, že namísto rozhodců rozhoduje o pravomoci rozhodčí instituce? Jaká je vazba mezi rozhodčím senátem, rozhodčím soudem a lidovým soudem?

Key words in original language

Zásada competence-competence; rozhodčí senát; rozhodčí soud; lidový soud.

Abstract

The principle of competence-competence is based on the concept that the arbitrators, respectively the arbitral tribunal has the power to decide independently on its own jurisdiction. The aim of this contribution is to deal with the effects of the principle of competence-competence in Chinese law , and to answer following questions: Who has the power to decide on the validity of the arbitration agreements in the P. R. China: arbitral tribunal, arbitral institution, or people's court? Is the principle of competence-competence established in Chinese law through the fact that the arbitration institution - no arbitrators - decides on its own jurisdiction? What is the relationship between the arbitral tribunal, the arbitral institution and the people's court?

Key words

Principle of competence-competence; arbitral tribunal; arbitral institution; people's court.

1. ÚVOD

Zásada pravomoc-pravomoc vychází z koncepce, že rozhodce, resp. rozhodčí senát má pravomoc nezávisle rozhodovat o své pravomoci vyřešit konkrétní spor, který mu byl předložen bez toho, aniž by měl povinnost

žádat obecný soud o schválení takového rozhodnutí.¹ Princip pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci je projevem **pozitivního účinku rozhodčí smlouvy**.² Představme si situaci, že neexistuje zásada competence-competence. V takovém případě by docházelo k tomu, že by se strany rozhodčí smlouvy musely nejdříve obrátit na obecný soud, který by rozhodl o pravomoci rozhodců. Tímto by bylo značně narušeno rozhodčí řízení, jehož podstatou je založení pravomoci rozhodčího soudu a takto se tedy vymanit z jurisdikce obecných soudů.³

Vedle toho rozlišujeme **negativní účinek rozhodčí smlouvy**.⁴ Ten se projevuje tím, že v určité fázi řízení je dána možnost podat návrh na přezkum pravomoci rozhodců, resp. existence a platnosti rozhodčí smlouvy k obecnému soudu.⁵ I přesto, že je rozhodcům dána pravomoc rozhodnout o své pravomoci, nejsou obecné soudy zbaveny možnosti zasáhnout do posouzení takové otázky.⁶

Tento příspěvek rozebírá zakotvení zásady competence-competence v čínském právu. Přes rozsáhlé diskuse ohledně této zásady se zaměříme na následující otázky: *Kdo má pravomoc rozhodnout o otázce platnosti rozhodčí smlouvy a založení pravomoci rozhodců v ČLR: rozhodčí senát, rozhodčí instituce, či lidový soud? Je tato zásada potlačena tím, že namísto rozhodců rozhoduje o pravomoci rozhodčí instituce? Jaká je vazba mezi rozhodčím senátem, rozhodčím soudem a lidovým soudem?*

¹ BINDER, P. *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions*. London: Sweet & Maxwell, 2005, s. 143. BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1124.

² FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 381 a násl. LEW, J. D. M. – MISTELIS, L. A. – KRÖLL, S. M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 332.

³ GONZÁLEZ DE COSSIO, F. The Compétence-Compétence Principle, Revisited. *Journal of International Arbitration*. 2007, roč. 24, č. 3, s. 231-232.

⁴ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 396, 401.

⁵ Tamtéž, s. 396, 405.

⁶ BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1123.

2. POZITIVNÍ ÚČINEK ROZHODČÍ SMLOUVY

Pozitivní účinek rozhodčí smlouvy spočívá v pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci. Zásada pravomoc-pravomoc je často spojována s právní fikcí. Základním účelem této zásady je poskytnout rozhodčím senátům širší pravomoc ohledně posouzení platnosti rozhodčí smlouvy a to tak, aniž by byla omezena pravomoc obecných soudů.⁷

Pozitivní účinek zásady competence-competence je výslovně upraven v mezinárodních úmluvách a národních právních řádech.⁸ Tento princip je široce rozšířen a všeobecně uznáván.⁹ Příkladem je **článek 16 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži**¹⁰, **článek V odst. 3 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži**¹¹, **článek 1040 odst. 1 německého zákona o občanském právu procesním**¹², **článek 186 odst. 1 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém**¹³, **článek 1466, resp. 1495 francouzského občanského soudního řádu**¹⁴, dále také **článek 30 odst. 1 vietnamského rozhodčího zákona**¹⁵ a **článek 23 odst. 1 japonského rozhodčího zákona**¹⁶.

⁷ BREKOULAKIS, S. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative. *Social Science Research Network (SSRN)* [online databáze]. Social Science Electronic Publishing, Inc., 2008 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325, s. 3, 13.

⁸ FOUCARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 397.

⁹ Tamtéž, s. 399.

¹⁰ Článek 16 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži: „*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence and validity of the arbitration agreement.*“

¹¹ Článek V odst. 3 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži (1961): „... *the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part.*“

¹² Článek 1040 odst. 1 *Zivilprozessordnung*: „*Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden...*“ („*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction and in this connection on the existence or validity of the arbitration agreement...*“.)

¹³ Článek 186 odst. 1 *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*: „*Das Schiedsgericht entscheidet selbst über seine Zuständigkeit.*“ („*The arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction.*“)

¹⁴ Článek 1466 *Nouveau Code de Procedure Civile*: „*Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture.*“ („*If,*

Úprava v **čínském rozhodčím zákoně** se přímo nezabývá projevem pozitivního účinku rozhodčí smlouvy. **Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR výslovně neupravuje princip pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci.** Odráží v sobě „modifikovaný“ *negativní účinek zásady competence-competence*, jenž dopadá na otázku, kdo má pravomoc rozhodovat o námitkách stran ohledně platnosti rozhodčí smlouvy vznesených nejpozději před zahájením řízení, zda **rozhodčí soud, či lidový soud**.¹⁷ Lidový soud přednostně rozhoduje o pravomoci rozhodců ve fázi před zahájením rozhodčího řízení, pokud jedna strana vznesla námitku k lidovému soudu. Zásada competence-competence může být plně účinná pouze za předpokladu, že rozhodci mají skutečnou přednost před obecnými soudy.¹⁸ Tato podmínka není v čínské arbitrážní praxi naplněna. Hovoříme zde o modifikaci zásady competence-competence.

Pozitivní účinek, tj. pravomoc rozhodců rozhodovat o své pravomoci, je **výslovně zakotven v řádech jednotlivých čínských rozhodčích institucí**, které se nechaly inspirovat Vzorovým zákonem UNCITRAL.

V souladu s **článkem 6 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC** má CIETAC pravomoc rozhodovat o existenci a platnosti rozhodčí smlouvy a o své pravomoci. CIETAC může delegovat takovou pravomoc rozhodčímu

before an arbitrator, one of the parties has challenged the principle or scope of the powers of the arbitrator, the latter must rule upon the validity and limits of his nomination.“)

¹⁵ Článek 30 odst. 1 *Ordinance on Commercial Arbitration*: „Before considering the dispute’s details, if any party lodges a written complaint that the Arbitration Council has no jurisdiction to settle the dispute; the dispute has no arbitration agreement or the arbitration agreement is invalid, the Arbitration Council must consider the written complaint and make decision in the presence of the involved parties, unless otherwise requested by the involved parties. If the complainants, though having been summoned properly, are absent without plausible reasons, they shall be deemed to have withdrawn their complaints. The Arbitration Councils shall continue to consider and settle the dispute.“

¹⁶ Článek 23 odst. 1 *Arbitration Law* (Law No.138 of 2003): „The arbitral tribunal may rule on assertions made in respect of the existence or validity of an arbitration agreement or its own jurisdiction (which hereafter in this article means its authority to conduct arbitral proceedings and to make arbitral awards).“

¹⁷ Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR: „If a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or apply to the peoples court for a ruling. If one party requests the arbitration commission to made a decision and the other party applies to the peoples court for a ruling, the peoples court shall give a ruling.“

¹⁸ POUURET, J. F. – BESSON, S. *Comparative law of international arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 386.

senátu.¹⁹ Pokud má rozhodčí senát v průběhu rozhodčího řízení pochybnosti nad svou pravomocí k projednávání sporu, není původní rozhodnutí překážkou pro vydání nového rozhodnutí o nepravomoci rozhodčího soudu (článek 6 odst. 2).²⁰ Námitka ohledně existence a platnosti rozhodčí smlouvy a pravomoci rozhodčího soudu musí být vznesena nejpozději při prvním úkonu v řízení k rozhodčímu senátu, resp. nesmí být vznesena později než s podáním žalobní odpovědi, jedná-li se o rozhodčí řízení vedené pouze na základě písemných materiálů (článek 6 odst. 3).²¹ ²² Obdobnou úpravu nalezneme rovněž v **článku 6 odst. 4 Řádu Rozhodčího soudu v Pekingu**, v **článku 4 Řádu Rozhodčího soudu v Šanghaji**, **článku 8 Řádu Rozhodčího soudu ve Wu-chanu** a dále také v **článku 12 Řádu Rozhodčího soudu v Šen-čenu**.

Z jednotlivých ustanovení řádů rozhodčích soudů a národních právních úprav vyplývá, že rozhodci sami rozhodují o své pravomoci, nebo o ní rozhodují z podnětu strany. Základním nedostatkem je, že rozhodčí řády jsou smluvního charakteru a nemohou na rozdíl od právních norem vyřešit otázku, zda je či není dána rozhodcům pravomoc.²³

2.1 POZITIVNÍ ÚČINEK ROZHODČÍ SMLOUVY V ČLR

Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR výslovně nezakotvuje pozitivní účinek rozhodčí smlouvy, avšak není v tomto ustanovení ani výslovně popřen. Z ustanovení článku 20 rozhodčího zákona ČLR vyplývá, že rozhodčímu soudu je dána pravomoc k rozhodování o námitkách stran.

¹⁹ Článek 6 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC: „*The CIETAC shall have the power to determine the existence and validity of an arbitration agreement and its jurisdiction over an arbitration case. The CIETAC may, if necessary, delegate such power to the arbitral tribunal.*“

²⁰ Článek 6 odst. 2 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC: „*Where the CIETAC is satisfied by prima facie evidence that an arbitration agreement providing for arbitration by the CIETAC exists, it may make a decision based on such evidence that it has jurisdiction over the arbitration case, and the arbitration shall proceed. Such a decision shall not prevent the CIETAC from making a new decision on jurisdiction based on facts and/or evidence found by the arbitral tribunal during the arbitration proceedings that are inconsistent with the prima facie evidence.*“

²¹ Článek 6 odst. 3 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC: „*An objection to an arbitration agreement and/or jurisdiction over an arbitration case shall be raised in writing before the first oral hearing is held by the arbitral tribunal. Where a case is to be decided on the basis of documents only, such an objection shall be raised before the submission of the first substantive defense.*“

²² CIETAC: *Application for Arbitration – Arbitration Procedure* [online]. Změněno 2008 [citováno 12. 12. 2009]. Dostupné z: <http://www.cietac.org/index.cms>.

²³ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 399.

Tímto je plně respektována zásada pravomoc-pravomoc. Rozhodčí soud má pravomoc rozhodnout o své pravomoci a posoudit platnost či neplatnost rozhodčí smlouvy. V průběhu celého rozhodčího řízení je tato pravomoc svěřena rozhodčímu senátu. Původní rozhodnutí o pravomoci či platnosti rozhodčí smlouvy není překážkou pro vydání rozhodnutí v průběhu rozhodčího řízení, že není dána pravomoc rozhodčího soudu, zejména prokážou-li se důkazy, které nebylo možno objasnit při zahájení rozhodčího řízení.²⁴

O námitkách stran ohledně platnosti rozhodčí smlouvy rozhoduje v čínské praxi v první řadě **rozhodčí soud** za předpokladu, že obě strany vznesly námitky pouze k rozhodčímu soudu. Tomu je svěřena prioritní pravomoc k rozhodnutí o pravomoci rozhodčího soudu. V této rovině je naplněn princip competence-competence, že nejprve musí rozhodnout rozhodce na určení neplatnosti rozhodčí smlouvy.²⁵ Pozitivní účinek zásady pravomoc-pravomoc je narušen, podá-li jedna ze stran sporu námitku ohledně pravomoci rozhodců k lidovému soudu. V takové situaci je dána přednost lidovému soudu rozhodnout o této otázce.

Nedostatkem článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR je chybějící ustanovení, že rozhodci mají pravomoc rozhodnout o své pravomoci. Nicméně tato domněnka vyplývá z *celosvětově rozšířeného uznání zásady pravomoc-pravomoc*.²⁶ Výslovně je tento princip zakotven v **řádech některých čínských rozhodčích institucí**. Rozhodčí senát se musí zabývat otázkou pravomoci v průběhu celého rozhodčího řízení.²⁷ (například článek 6 odst. 2 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC). Implicitně dovozujeme, že zásada pravomoc-pravomoc je respektována také v ČLR. Jinak by ztrácela smysl první věta článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR, že „*námitka strany ohledně platnosti rozhodčí smlouvy může být vznesena k rozhodčímu soudu ...*“.

Gu Weixia patří k jednomu z čínských autorů, jenž dovozuje z ustanovení **článku 19 odst. 2 rozhodčího zákona ČLR**, že „*rozhodčí senát může*

²⁴ Viz článek 6 odst. 3 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC, článek 12 odst. 6 Řádu Rozhodčího soudu v Šen-čenu.

²⁵ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 115.

²⁶ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 399.

²⁷ BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 121.

rozhodnout o platnosti smlouvy“²⁸, nepřímý vztah mezi autonomií rozhodčí smlouvy a zásadou pravomoc-pravomoc. Širokým výkladem tohoto ustanovení je dána pravomoc rozhodčímu senátu rozhodnout také o platnosti rozhodčí smlouvy.²⁹ Nicméně opačný názor sdílí celá řada autorů (*M. L. Moses, Song Lianbin, Zhao Jian, Li Hong*), podle kterých je pozitivní účinek zásady pravomoc-pravomoc v ČLR potlačen tím, že je dána pravomoc rozhodnout o pravomoci rozhodčí instituci, nikoliv samotnému rozhodčímu senátu.

2.2 ZÁSADA PRAVOMOC-PRAVOMOC: ROZHODČÍ SOUD VS. ROZHODČÍ SENÁT

Předmětem zájmu této podkapitoly je zhodnocení, kdo má pravomoc rozhodovat o pravomoci rozhodců. V případě ad hoc rozhodčího řízení je pravomoc bez jakýchkoliv pochybností svěřena rozhodcům. Nicméně v případě institucionálního rozhodčího řízení se objevují dvě koncepce. Pravomoc rozhodců rozhodovat o své pravomoci je svěřena samotnému rozhodčímu senátu na jedné straně, nebo o této otázce rozhoduje rozhodčí soud na druhé straně.

Všechny výše zmiňované *národní právní úpravy včetně Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní arbitráži* svěřují tuto pravomoc **rozhodčímu senátu**. Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR hovoří o rozhodčím soudu ve smyslu **stálé rozhodčí instituce** (仲裁委员会, „zhongcai weiyuanhui“). Otázkou tedy zůstává, zda takové ustanovení má přímý dopad na zásadu competence-competence?

Ne. Taková úprava nemá dopad na účinky zásady competence-competence. V této souvislosti jsme se setkali s opačným názorem autorů – *M. L. Moses*³⁰, *Song Lianbin, Zhao Jian* a *Li Hong*³¹, že čínský rozhodčí zákon nerespektuje zásadu competence-competence z důvodu, že není dána pravomoc samotnému rozhodčímu senátu rozhodnout o své pravomoci, ale

²⁸ Článek 19 odst. 2 rozhodčího zákona ČLR: „*The arbitration tribunal shall have the power to affirm the validity of a contract.*“

²⁹ GU, WEIXIA. China's Search for Complete Separability of the Arbitration Agreement. *Asian International Arbitration Journal*. 2007, roč. 3, č. 2, s. 167.

³⁰ MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008, s. 88-89.

³¹ SONG, LIANBIN – ZHAO, JIAN – LI, HONG. Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China. *Journal of International Arbitration*. 2003, roč. 20, č. 2, s. 181.

namísto toho rozhodčí instituci. S tímto názorem **nesouhlasíme**. Rovněž také N. Rozehnalová³² či A. J. Bělohlávek.³³

Čínská úprava není výjimkou. I přesto, že je pravomoc rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy svěřena rozhodčímu soudu z ustanovení článku 20 rozhodčího zákona ČLR, řády jednotlivých rozhodčích institucí mohou přijmout vnitřní opatření, že taková pravomoc může být dána rozhodčímu senátu. Takový trend jsme zaznamenali v článku 6 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC, podle něhož pravomoc rozhodovat o existenci a platnosti rozhodčí smlouvy a o své pravomoci může CIETAC svěřit rozhodčímu senátu (仲裁庭 „zhongcai ting“). V případě, že předseda CIETAC nesvěří pravomoc rozhodčímu senátu, rozhoduje sám o pravomoci Rozhodčího soudu CIETAC. V praxi rozhoduje ve významných případech předseda jménem CIETAC. Ve většině případů je svěřena pravomoc k rozhodnutí o své pravomoci samotnému rozhodčímu senátu. Předseda CIETAC má k dispozici sekretariát k posouzení pravomoci rozhodčího soudu. Veškerá rozhodnutí o pravomoci, existenci a platnosti rozhodčí smlouvy jsou vydána jménem rozhodčí instituce CIETAC. Při podání návrhu na rozhodčí řízení posoudí v předběžném rozhodnutí CIETAC svou pravomoc obdobně jako u rozhodčího řízení před Mezinárodním rozhodčím soudem ICC.³⁴ Rozhodčí senát rozhoduje o své pravomoci a o svém rozhodnutí o námitkách ohledně své pravomoci informuje CIETAC, jenž obvykle respektuje takové rozhodnutí rozhodčího senátu. Pokud má rozhodčí senát a rozhodčí instituce odlišný názor, je rozhodující s konečnou platností názor rozhodčí instituce.³⁵

Řády dalších rozhodčích soudů volí podobnou úpravu a svěřují rozhodování o pravomoci rozhodců do pravomoci orgánů rozhodčích soudů³⁶, nejčastěji

³² Konzultováno s profesorkou N. Rozehnalovou, Brno, 2. prosince 2009.

³³ BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 122.

³⁴ Článek 6 odst. 2 *ICC Rules of Arbitration*: „If the Respondent does not file an Answer, as provided by Article 5, or if any party raises one or more pleas concerning the existence, validity or scope of the arbitration agreement, **the Court may decide, without prejudice to the admissibility or merits of the plea or pleas, that the arbitration shall proceed if it is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist.** In such a case, any decision as to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal shall be taken by the Arbitral Tribunal itself. If the Court is not so satisfied, the parties shall be notified that the arbitration cannot proceed. In such a case, any party retains the right to ask any court having jurisdiction whether or not there is a binding arbitration agreement.”

³⁵ KUN, FAN. Arbitration in China: Practice, Legal Obstacles and Reforms. *Asian Society of International Law* [online]. Working papers of the AsianSIL Inaugural Conference, 7-9 April 2007, Working Paper 2007/20 [citováno 8. prosince 2009]. Dostupné z: http://law.nus.edu.sg/asiansil/workingpapers/2007/wp_asiansil_ic.htm, s. 6-7.

³⁶ BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 122.

předsednictvu rozhodčího soudu. V České republice je zásada pravomoc-pravomoc zakotvena v § 15 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů: „Rozhodci jsou oprávněni rozhodovat o své pravomoci.“ Nicméně **§ 23 odst. 1 Řádu pro mezinárodní spory Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky** svěruje pravomoc rozhodovat o pravomoci Rozhodčího soudu *předsednictvu Rozhodčího soudu*. Při rozhodování o pravomoci (příslušnosti) si vyžádá předsednictvo spis se stručnou zprávou od rozhodců, pokud již byli ustanoveni, jinak od tajemníka rozhodčího soudu.³⁷ V mezinárodních sporech tedy rozhoduje o otázce pravomoci obligatorně předsednictvo Rozhodčího soudu.³⁸ Na rozdíl od vnitrostátních sporů, kde jsou rozhodci oprávněni rozhodnout o této otázce sami (§ 23 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky pro vnitrostátní spory³⁹).⁴⁰

Taková úprava se **příliš neodlišuje od ustanovení článku 6 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC**. Rozhodovat o pravomoci rozhodčího soudu je namísto předsednictva svěřena předsedovi Rozhodčího soudu CIETAC. Ten si vyžádá zprávu ohledně posouzení pravomoci rozhodčího soudu od sekretariátu rozhodčího soudu (namísto od tajemníka), popř. od rozhodčího senátu. Odlišností je ustanovení v článku 6 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu CIETAC, podle něhož může předseda CIETAC **svěřit pravomoc k rozhodnutí o své pravomoci samotným rozhodcům**. Takovou možnost *neposkytuje* Řád pro mezinárodní spory Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, kde je tato pravomoc svěřena výlučně předsednictvu Rozhodčího soudu.

³⁷ § 23 odst. 1 Řádu pro mezinárodní spory Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky: „O pravomoci (příslušnosti) Rozhodčího soudu rozhoduje jeho předsednictvo. Za tím účelem mu rozhodci, pokud již byli ustaveni, jinak tajemník, předloží spis se stručnou zprávou, a to v každém případě, kdy se bude rozhodovat o pravomoci (příslušnosti) Rozhodčího soudu s ohledem na námítku strany nebo s ohledem na pochybnosti rozhodců či tajemníka, případně jsou-li rozhodci či tajemník názoru, že Rozhodčí soud je nepřislušný.“

³⁸ BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 122. MOTHEJZÍKOVÁ, J. – STEINER, V. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář*. Praha: C. H. BECK, 1996, s. 67.

³⁹ § 23 odst. 1 Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky pro vnitrostátní spory: „O pravomoci (příslušnosti) Rozhodčího soudu rozhodují rozhodci (§ 3 odst. 3). Před svým rozhodnutím si mohou vyžádat stanovisko předsednictva. Za tím účelem mu předloží spis se stručnou zprávou.“

⁴⁰ RŮŽIČKA, K. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*. 2. rozšíř. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005, s. 85.

Zamyslíme-li se nad čínskou úpravou, kde je pravomoc svěřena rozhodčímu soudu z ustanovení článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR, domníváme se, že taková úprava úzce souvisí s tím, že na čínském teritoriu je přípustné pouze rozhodčí řízení institucionální. Tímto rozhodčí zákon nereguluje na ad hoc rozhodčí řízení, kde je taková pravomoc dána výhradně samotným rozhodcům. Bude-li do budoucna připuštěno rozhodčí řízení ad hoc v ČLR, musí být v tomto směru novelizován rozhodčí zákon.

3. NEGATIVNÍ ÚČINEK ROZHODČÍ SMLOUVY

Rozhodčí řízení je ovládáno principem, že obecné soudy nemají pravomoc rozhodovat ve sporech, o nichž strany uzavřely rozhodčí smlouvu⁴¹, ve které se dohodly podrobit všechny, popř. určité spory k řízení před rozhodci. Rozhodcům je svěřeno prioritní postavení rozhodnout o své pravomoci.⁴² Obecné soudy nemohou zasahovat do rozhodování rozhodců o této otázce až do určitého okamžiku, kdy je jim umožněno přezkoumat pravomoc rozhodců.⁴³

3.1 PŘEZKUM ROZHODNUTÍ ROZHODCŮ O SVÉ PRAVOMOCI OBECNÝMI SOUDY

Otázka, kdy mohou obecné soudy zasáhnout do přezkumu existence a platnosti rozhodčí smlouvy, je značně kontroverzní v jednotlivých národních právních úpravách.⁴⁴ V této rovině mohou nastat dvě možnosti: přezkum rozhodnutí rozhodců o své pravomoci je umožněn bezprostředně po rozhodování rozhodců, nebo se takový přezkum přesouvá až do fáze o zrušení rozhodčího nálezu. První možnost je značně úsporná nejen z hlediska časového, ale rovněž finančního. Rozhodčí řízení nebude realizováno zbytečně ve věci, u níž existuje hrozba zrušení rozhodčího nálezu. Nicméně odsunutí přezkumu až do fáze po vydání rozhodčího nálezu znemožňuje odpůrci činit procesní obstrukce a počkat až do vydání

⁴¹ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 399.

⁴² Tamtéž, s. 406.

⁴³ Tamtéž.

⁴⁴ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 406. ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 113. BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1123-1124.

rozhodčího nálezu.⁴⁵ Proto některé státy přijímají „hybridní řešení“⁴⁶, které by bylo kompromisním přístupem pro obě krajní možnosti přezkumu rozhodnutí rozhodců o své pravomoci.

Můžeme říci, že negativní účinek zásady pravomoc-pravomoc, kdy je rozhodcům prioritně svěřena pravomoc rozhodnout o své pravomoci, se nejzřetelněji promítne, pokud je soudní přezkum umožněn až po vydání rozhodčího nálezu.⁴⁷ Takový pro-arbitrabilní přístup⁴⁸ byl přijat v **článku 1458 francouzského občanského soudního řádu**. Odstavec 1 zavazuje obecný soud odepřít svou pravomoc, pokud bylo na základě rozhodčí smlouvy zahájeno řízení před rozhodčím senátem. Francouzský soud poukáže na existenci a platnost rozhodčí smlouvy a odkáže strany na rozhodčí řízení. Tento přístup striktně omezuje stranu činit obstrukce v rozhodčím řízení nebo zasahovat do jeho průběhu.⁴⁹ Na druhé straně, jestliže rozhodčí řízení nebylo zahájeno, obecný soud zamítne svou pravomoc, ledaže je rozhodčí smlouva zjevně neplatná (článek 1458 odst. 2 francouzského občanského soudního řádu). Pokud strana namítá pravomoc rozhodců u obecného soudu před zahájením rozhodčího řízení, francouzský přístup umožňuje širší přezkum obecným soudem, neboť zde existuje domněnka dobré víry, že strana je znepokojena pravomocí rozhodců.⁵⁰

⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 120, pozn. 17-18. DONNER, B. K současnému vývoji mezinárodní obchodní arbitráže. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1959, s. 269.

⁴⁶ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 113.

⁴⁷ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 398, 406. LEW, J. D. M. – MISTELIS, L. A. – KRÖLL, S. M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 347.

⁴⁸ BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1124-1126. BREKOULAKIS, S. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative. *Social Science Research Network (SSRN)* [online databáze]. Social Science Electronic Publishing, Inc., 2008 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325, s. 4-5.

⁴⁹ BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1124-1125.

⁵⁰ Tamtéž, s. 1125.

Mezinárodní úmluvy a národní právní řády jednotlivých států nenásledují francouzský přístup v jeho „čisté“ podobě⁵¹, jehož „agresivní (progresivní)“ pozice svědčí ve prospěch arbitráže.⁵² Čím je taková úprava charakteristická? Jaká je vazba mezi obecnými soudy a rozhodci v otázce přezkumu rozhodčí smlouvy? Může obecný soud v případě existence rozhodčí smlouvy zahájit řízení, aniž by strany odkázal na arbitráž?

„Hybridní“ přístup je zastáván v celé řadě právních řádů. **Německá úprava** v článku 1032 odst. 2 občanského soudního řádu⁵³ vychází ze Vzorového zákona UNCITRAL (článek 1032 odst. 1 vychází z ustanovení článku 8 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL⁵⁴) a doplňuje jej o časové určení, kdy může strana podat k obecnému soudu návrh na posouzení přípustnosti rozhodčího řízení. Taková žaloba může být podána až do sestavení rozhodčího senátu.⁵⁵ I přes podání takové žaloby může být zahájeno

⁵¹ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 408.

⁵² BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1127. BREKOULAKIS, S. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative. *Social Science Research Network (SSRN)* [online databáze]. Social Science Electronic Publishing, Inc., 2008 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325, s. 5.

⁵³ Článek 1032 odst. 2 *Zivilprozessordnung*: „*Prior to the constitution of the arbitral tribunal, an application may be made to the court to determine whether or not arbitration is admissible.*“ („*Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.*“)

⁵⁴ Srovnej článek 1032 odst. 1 *Zivilprozessordnung*: „*A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the respondent raises an objection prior to the beginning of the oral hearing on the substance of the dispute, reject the action as inadmissible unless the court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*“

⁵⁵ Zde existuje minimální rozdíl mezi ustanovením článku 1032 odst. 2 německého občanského soudního řádu („*Prior to the constitution of the arbitral tribunal, an application may be made to the court to determine whether or not arbitration is admissible.*“) a článku 1458 odst. 2 francouzského občanského soudního řádu („*If the arbitral tribunal has not yet been seized of the matter, the court shall also decline jurisdiction unless the arbitration agreement is manifestly void.*“). Nicméně z německého ustanovení vyplývá posouzení přípustnosti rozhodčího řízení v širokém slova smyslu, nikoliv jako ve francouzské úpravě omezení na to, zda je rozhodčí smlouva zjevně neplatná. IN: BARCELÓ, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36, s. 1131.

Ve fázi před vydáním rozhodčího nálezu existují čtyři možnosti přezkumu rozhodčí smlouvy ze strany obecných soudů:

rozhodčí řízení nebo se v něm může pokračovat a může být vydán rozhodčí náleze.⁵⁶ V souladu s článkem 1040 odst. 3 občanského soudního řádu mají rozhodci pravomoc rozhodnout o své pravomoci, přičemž proti rozhodnutí mohou strany požádat soud do jednoho měsíce od přijetí oznámení o takovém rozhodnutí, aby v této věci rozhodl (obdobně článek 16 odst. 3 Vzorového zákona UNCITRAL).

Anglický přístup vychází ze Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži, od něhož se však ve srovnání s německou úpravou více odchyluje.⁵⁷ Umožňuje obecnému soudu plně přezkoumat existenci a platnost rozhodčí smlouvy bez toho, aniž by čekal na rozhodnutí rozhodčího senátu ohledně této otázky.⁵⁸ Tento přístup obdobně jako v Německu utlačuje do pozadí podstatu zásady pravomoc-pravomoc, že rozhodce má přednostní pravomoc rozhodnout o své pravomoci.

Podle článku 32 Arbitration Act má soud pravomoc rozhodnout na návrh jedné strany nebo obou stran o některých předběžných procesních otázkách („preliminary points“).⁵⁹ Podle článku 32 odst. 1 Arbitration Act má soud

-
- a) Podobně jako Francie zastávají i další státy **omezený přezkum rozhodčí smlouvy** ve fázi před vydáním rozhodčího nálezu (Hongkong, Kanada).
 - b) **Extenzivní výklad** jako v Německu, kdy je přípustnost rozhodčího řízení posuzována v širokém slova smyslu, nachází své uplatnění ve Španělsku, USA a na Novém Zélandu.
 - c) **Kombinovaný přístup** je zastáván ve Švýcarsku, kde se v případě, že se místo rozhodčího řízení nachází ve Švýcarsku, přistupuje k posouzení, zda je rozhodčí smlouva zjevně platná. Pokud není místo rozhodčího řízení ve Švýcarsku, je rozhodčí smlouva přezkoumávána v širokém slova smyslu.
 - d) Posledním přístupem je **pravomoc obecných soudů rozhodnout o pravomoci rozhodčího senátu**. S tímto postupem se setkáme v USA, Anglii, Švédsku a také Čínské lidové republice.

IN: GONZÁLEZ DE COSSIO, F. The Compétence-Compétence Principle, Revisited. *Journal of International Arbitration*. 2007, roč. 24, č. 3, s. 241-242. LEW, J. D. M. – MISTELIS, L. A. – KRÖLL, S. M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 347-350.

⁵⁶ Článek 1032 odst. 3 *Zivilprozessordnung*: „Where an action or application referred to in subsection 1 or 2 has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an arbitral award may be made, while the issue is pending before the court.“ Shodně také článek 8 odst. 2 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži.

⁵⁷ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 116.

⁵⁸ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 408.

⁵⁹ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 116.

pravomoc rozhodnout na návrh strany o otázce pravomoci rozhodčího senátu. Nedohodnou-li se strany jinak, rozhodčí senát může mezitím pokračovat v rozhodčím řízení a vydat rozhodčí nález (článek 32 odst. 4 Arbitration Act). Ustanovení článku 32 Arbitration Act je význačným krokem k úplnému přijetí negativního účinku zásady competence-competence.⁶⁰

V souladu s článkem 67 odst. 1 Arbitration Act může strana podat k soudu návrh na přezkum rozhodnutí rozhodčího senátu ohledně jeho pravomoci. Podle článku 67 odst. 3 může soud takový rozhodčí nález potvrdit, změnit nebo zrušit. Rozhodčí senát může pokračovat v rozhodčím řízení a vydat rozhodčí nález, dokud nebude o otázce rozhodnuto soudem (článek 67 odst. 2 Arbitration Act). Výše zmiňované přístupy měly dopad na situace, kdy strany již zahájily rozhodčí řízení. Vedle toho poskytuje anglická úprava v článku 72 Arbitration Act rovněž možnost požádat soud o rozhodnutí ohledně platnosti rozhodčí smlouvy, sestavení rozhodčího senátu a toho, zda věc spadá pod rozhodčí smlouvu. Nicméně tato možnost dopadá pouze na strany, které doposud nezačaly rozhodčí řízení.

Specifický přístup, jenž se nechal inspirovat anglickou úpravou, zvolilo **Švédsko**, jehož úprava v rozhodčím zákoně umožňuje prioritní posouzení pravomoci rozhodců obecným soudem. V souladu s § 2 odst. 1 švédského rozhodčího zákona⁶¹ je dána rozhodcům pravomoc rozhodnout o své pravomoci a promítá zásadu pravomoc-pravomoc v pozitivní podobě. Nicméně na základě druhé věty tohoto odstavce má obecný soud pravomoc rozhodnout o pravomoci rozhodců na návrh strany. Pokud byla taková žaloba podána k soudu, mohou rozhodci pokračovat v rozhodčím řízení (třetí věta téhož odstavce).

Netradiční přístup je zakotven v ustanovení § 2 odst. 2 švédského rozhodčího zákona⁶², podle něhož není rozhodnutí rozhodců o pravomoci závazné. Strana má podle § 34 a 36 švédského rozhodčího zákona možnost podat návrh na zrušení takového rozhodčího nálezu, což znamená, že obecný soud rozhodne s konečnou platností o pravomoci.

⁶⁰ FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 409-410.

⁶¹ § 2 odst. 1 *Swedish Arbitration Act* (SFS 1999:116): „*The arbitrators may rule on their own jurisdiction to decide the dispute. The aforesaid shall not prevent a court from determining such a question at the request of a party. The arbitrators may continue the arbitral proceedings pending the determination by the court.*“

⁶² § 2 odst. 2 *Swedish Arbitration Act* (SFS 1999:116): „*Notwithstanding that the arbitrators have, in a decision during the proceedings, determined that they possess jurisdiction to resolve the dispute, such decision is not binding. The provisions of sections 34 and 36 shall apply in respect of an action to challenge an arbitration award which entails a decision in respect of jurisdiction.*“

Švédský přístup v sobě promítá krajní řešení, které umožňuje obecným soudům rozhodnout o pravomoci rozhodců bez toho, aniž by rozhodci sami měli možnost o této otázce rozhodovat. Za předpokladu, že strana podá k soudu návrh ohledně pravomoci rozhodců, může obecný soud o této otázce rozhodnout a následně se rozhodci touto otázkou již nemusí zabývat.⁶³ Tímto je narušena exkluzivní pravomoc rozhodců rozhodnout o své pravomoci. Zvláštností je, že švédský zákon nedává rozhodnutí rozhodců o pravomoci závaznost. Jestliže rozhodci rozhodnou o své pravomoci, může strana následně podat u obecného soudu až návrh na zrušení rozhodčího nálezu.

3.2 NEGATIVNÍ ÚČINEK ROZHODČÍ SMLOUVY V ČLR

Negativní účinek zásady pravomoc-pravomoc v čínském právu existuje, nicméně postrádá absolutní povahu. Z ustanovení **článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR** vyplývá pravomoc rozhodčího soudu rozhodnout o námitkách stran ohledně pravomoci. Zde můžeme dovodit prioritní pravomoc rozhodčího soudu. V této rovině je naplněn princip competence-competence, že nejprve musí rozhodnout rozhodce na určení neplatnosti rozhodčí smlouvy.⁶⁴

Čínská úprava je ovšem specifická v případě konkurentního vznesení námitek ohledně pravomoci k rozhodčímu soudu jednou ze stran a k lidovému soudu druhou stranou sporu [první věta článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR: „*Námitka strany ohledně platnosti rozhodčí smlouvy může být vznesena k rozhodčímu soudu (仲裁委员会 „zhongcai weiyuanhui“), nebo k lidovému soudu (人民法院 „renmin fayuan“).*“]. Lidovým soudem příslušným k projednání platnosti rozhodčí smlouvy je soud vyššího stupně („*intermediate people's court*“). V případě rozhodčího řízení s mezinárodním prvkem je takový lidový soud určen podle následujících kritérií: podle místa rozhodčího soudu, na kterém se strany dohodly v rozhodčí smlouvě; podle místa uzavření rozhodčí smlouvy; nebo podle místa, kde má žalobce bydliště, či kde se nachází předmět rozhodčího řízení (článek 12 odst. 2 *Soudních výkladů Nejvyššího lidového soudu ČLR o několika otázkách týkajících se použití rozhodčího zákona roku 2006*⁶⁵).

⁶³ LEE, K. *ICSID Reports*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 359. Dostupné z: <http://books.google.com/books>.

⁶⁴ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 115.

⁶⁵ Článek 12 *Judicial Interpretations on Several Issues Relating to the Application of the Arbitration Law* (8. 9. 2006). Fa Shi [2006] No. 7: „*As regards a case in which an interested party applies to the people's court for determination of the validity of an arbitration agreement, it shall be under the jurisdiction of the intermediate people's court*

Pokud v praxi podá jedna strana námitku neplatnosti rozhodčí smlouvy k rozhodčímu soudu a druhá strana k lidovému soudu, rozhodne o takové námitce **přednostně lidový soud**⁶⁶ podle ustanovení druhé věty článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR: „*jestliže jedna strana vznese námitku k rozhodčímu soudu a druhá strana k lidovému soudu, rozhodne o takové námitce lidový soud.*“ Toto ustanovení je v rozporu s principem „*chronologické přednosti*“ zásady pravomoc-pravomoc.⁶⁷ To znamená, že pravomoc soudu rozhodnout o pravomoci rozhodců je odsunuta až do momentu, kdy rozhodl rozhodčí senát. Názorným příkladem takového principu je ustanovení článku 16 odst. 3 Vzorového zákona UNCITRAL, podle něhož může strana požádat do třiceti dnů od rozhodnutí rozhodčího senátu o námitce ohledně jeho pravomoci obecný soud, aby o této záležitosti rozhodl.

Čínská úprava volí řešení, že v případě námitky jedné strany ohledně platnosti rozhodčí smlouvy k lidovému soudu je upřednostněno rozhodnutí lidového soudu. Tento přístup byl potvrzen **Nejvyšším lidovým soudem ČLR v roce 1998**.⁶⁸ Soud poskytl návod v případě, kdy jedna strana zahájí rozhodčí řízení a žalovaná strana bude namítat platnost rozhodčí smlouvy. Strana, proti níž bylo zahájeno rozhodčí řízení, může vznést námitku buď k rozhodčímu soudu, nebo přímo podat žalobu k lidovému soudu. Pokud strana podá námitku k rozhodčímu soudu, rozhodne o platnosti rozhodčí

in the place where the arbitration institution agreed upon in the arbitration agreement is located; if the arbitration institution in the arbitration agreement is not clearly stipulated, the said case shall be under the jurisdiction of the intermediate people's court in the place where the arbitration agreement is concluded or where the object of the application resides.

As regards a case on applying for determination of the validity of an arbitration agreement involving foreign interests, it shall be under the jurisdiction of the intermediate people's court in the place where the arbitration institution agreed upon in the arbitration agreement is located, where the arbitration agreement is concluded, or where the applicant or object of the applicant resides.

As regards a case on the validity of an arbitration agreement of a maritime dispute, it shall be under the jurisdiction of the maritime court where the arbitration institution agreed upon in the arbitration agreement is located, where the arbitration agreement is concluded, or where the applicant or object of the applicant resides; if there is no maritime court at the aforesaid places, it shall be under the jurisdiction of the nearest maritime court.”

⁶⁶ MOSER, M. J. – YUEN, PETER. The New CIETAC Arbitration Rules. *Arbitration International*. LCIA, 2005, roč. 21, č. 3, s. 395.

⁶⁷ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 114.

⁶⁸ *Reply on Several Questions Regarding the Determination of the Validity of Arbitration Agreements*, Document No. 27 of 1998.

smlouvy rozhodčí soud. Tímto je potvrzena primární role rozhodčího soudu ohledně rozhodování o své pravomoci, resp. platnosti rozhodčí smlouvy. Lidový soud může následně přezkoumat takové rozhodnutí **až ve fázi po vydání rozhodčího nálezu.**⁶⁹

V případě námitky vznesené k lidovému soudu je narušeno prvotní rozhodování rozhodců o jejich pravomoci a možnost realizace rozhodčího řízení.⁷⁰ Čínská úprava naopak v pozitivním směru zvolila kompromis, kterým se snaží zamezit zbytečnému rozhodčímu řízení, které by bylo od počátku zatíženo problémem týkajícím se jeho samotné podstaty a jehož rozhodčí nález by mohl být zrušen.⁷¹

Nedostatkem čínské úpravy je ovšem skutečnost, že strana, která namítá neplatnost rozhodčí smlouvy u lidového soudu, může svým jednáním sledovat výhradně oddalování rozhodčího řízení, narušení dohody stran o podrobení se rozhodčímu řízení a založení pravomoci lidového soudu. Tento případ představuje obstrukci v rozhodčím řízení. Takové řešení se vzdaluje smluvnímu ujednání stran a jejich skutečnému záměru podobit se rozhodčímu řízení.⁷²

Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR nemá za cíl restriktivní přístup, který dává lidovým soudům pravomoc rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy. Záměrem je zavést „zvláštní“ **kontrolu pravomoci rozhodčího soudu lidovým soudem** za předpokladu, že **jedna strana namítá neplatnost rozhodčí smlouvy u lidového soudu**. Postavení lidových soudů je v této otázce **pasivního charakteru**. V souladu s čínským právem nebude lidový soud rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy až do okamžiku, kdy se strana domáhá takového rozhodnutí.⁷³ Impuls k rozhodnutí o této otázce musí být aktivně vznesen stranou sporu k lidovému soudu. Zde poukazujeme na podobnost se švédskou úpravou ve druhé větě ustanovení §

⁶⁹ MOSER, M. J. – YUEN, PETER. The New CIETAC Arbitration Rules. *Arbitration International*. LCIA, 2005, roč. 21, č. 3, s. 395.

⁷⁰ ROZEHNALOVÁ, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2008, roč. 16, č. 2, s. 114.

⁷¹ Tamtéž, s. 115.

⁷² FOUCHARD, P. – GAILLARD, E. – GOLDMAN, B. – SAVAGE, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 386-387.

⁷³ CAI, HONGDA. Judicial Supervision of Arbitration in China. *Journal of International Arbitration*. 2000, roč. 17, č. 1, s. 75.

2 odst. 1 švédského rozhodčího zákona.⁷⁴ Zásada competence-competence nebude ohrožena, pokud strany vznesou námitky ohledně platnosti rozhodčí smlouvy k rozhodčímu soudu. Značně krajním řešením by byla úprava, podle níž by o jakýchkoliv námitkách ohledně platnosti rozhodčí smlouvy rozhodoval výhradně obecný soud. Takové ustanovení by definitivně potlačovalo negativní účinky zásady competence-competence.

Argumenty v předcházejícím odstavci popírají tvrzení řady autorů (*Song Lianbin, Zhao Jian, Li Hong*⁷⁵, *G. Johnston*⁷⁶, *M. L. Moses*⁷⁷, *Kun Fan, C. von Wunschheim*⁷⁸, *Tao Jingzhou*⁷⁹), že čínské rozhodčí řízení nezná zásadu pravomoc-pravomoc. Zastáváme názor, že je zde zakotvena tato zásada, nicméně v modifikované podobě. K existenci tohoto principu v pevninské Číně se hlásí vedle zmiňovaného *Gu Weixia* také *Chi Manjiao*⁸⁰, podle něhož však zásada pravomoc-pravomoc není plně implementována do rozhodčího zákona ČLR; dále ze zahraničních autorů *R. A. Thirgood*⁸¹, jenž hovoří o zásadě pravomoc-pravomoc s „čínskou charakteristikou“.

⁷⁴ § 2 odst. 1 *Swedish Arbitration Act* (SFS 1999:116), druhá věta: „*The arbitrators may rule on their own jurisdiction to decide the dispute. The aforesaid shall not prevent a court from determining such a question at the request of a party.*“

⁷⁵ SONG, LIANBIN – ZHAO, JIAN – LI, HONG. Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China. *Journal of International Arbitration*. 2003, roč. 20, č. 2, s. 181.

⁷⁶ JOHNSTON, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. A Practical Introduction for Businesses. *Journal of International Arbitration*. 2007, roč. 24, č. 6, s. 573.

⁷⁷ MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008, s. 89.

⁷⁸ VON WUNSCHHEIM, C. – KUN, FAN. Arbitrating in China: The Rules of the Game. Practical Recommendations concerning Arbitration in China. *ASA Bulletin*. 2008, roč. 26, č. 1, s. 37.

⁷⁹ TAO, JINGZHOU – VON WUNSCHHEIM, C. Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions. *Arbitration International*. LCIA, 2007, roč. 23, č. 2, s. 312-313.

⁸⁰ CHI, MANJIAO. Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law. *Asian International Arbitration Journal*. 2008, roč. 4, č. 1, s. 119.

⁸¹ THIRGOOD, R. A. Critique of Foreign Arbitration in China. *Journal of International Arbitration*. 2000, roč. 17, č. 3, s. 97-98.

Americká autorka rozsáhlé publikace o mezinárodní obchodní arbitráži *M. L. Moses*⁸² srovnává francouzský a čínský přístup jako dva krajní přístupy na opačném konci stupnice, pokud jde o otázku, kdo má pravomoc rozhodovat o pravomoci rozhodčího senátu. Článek 1458 francouzského občanského soudního řádu dává pouze **minimální možnost**, že by obecný soud mohl rozhodnout o neplatnosti rozhodčí smlouvy před posouzením rozhodčím senátem, ledaže je rozhodčí smlouva zjevně neplatná. Striktní francouzský přístup obecně nepřipouští zásah obecných soudů do pravomoci rozhodčího senátu až do fáze po vydání rozhodčího nálezu.⁸³ Čínský přístup na druhé straně nezná zásadu pravomoc-pravomoc a **rozhodčí senát nikdy nerozhoduje** o své pravomoci, neboť ta je svěřena z ustanovení článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR rozhodčí instituci, nebo lidovému soudu.⁸⁴

Tento názor **nesdílíme**. Tím, že místo rozhodčího senátu rozhoduje o pravomoci rozhodčí soud, není potlačena zásada pravomoc-pravomoc. Navíc řady čínských rozhodčích institucí svěřují tuto pravomoc samotným rozhodčím senátům. Otázka posouzení pravomoci rozhodčího soudu je v souladu s článkem 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR **plně v dispozici stran**, zda ji svěří rozhodčímu soudu, nebo o ní rozhodne lidový soud. Negativní účinky zásady competence-competence mají „hybridní“ povahu. Stejně jako se čisté pojetí této zásady promítá ve Francii, tak je modifikován přístup v celé řadě národních právních řádů. Proto se domníváme, že úvaha, že čínské právo nezakotvuje zásadu competence-competence, je mylná. Tato zásada má svou čínskou specifickou charakteristiku a postrádá absolutní povahu.

4. ZÁVĚR

Zásada competence-competence je stěžejním principem mezinárodního rozhodčího řízení. Pravomoc rozhodnout o pravomoci rozhodčího senátu je svěřena rozhodcům. Tento projev *pozitivního účinku zásady pravomoc-pravomoc* je výslovně upraven v článku 16 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži. Většina národních právních řádů sleduje výslovnou úpravu této otázky ve svých vnitrostátních právních předpisech. Rozdílný trend jsme zaznamenali v **článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR**, jenž *výslovně neobsahuje* princip pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci. Pozitivní účinek vyplývá z respektování celosvětově rozšířeného uznání této zásady a z rozhodovací praxe čínských rozhodčích soudů. Je výslovně upraven v rádech některých

⁸² MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁸³ Tamtéž, s. 88.

⁸⁴ Tamtéž, s. 88-89.

čínských rozhodčích institucí, jež se evidentně nechaly *inspirovat* Vzorovým zákonem UNCITRAL.

Mnohem zajímavější a pestřejší z pohledu zastávaných přístupů je otázka, kdy mohou obecné soudy zasáhnout do přezkumu existence a platnosti rozhodčí smlouvy (tj. *negativní účinek zásady competence-competence*). Zásada pravomoc-pravomoc svěřuje rozhodcům prioritní postavení rozhodnout o své pravomoci. Obecným soudům je tímto odebrána možnost zasahovat do rozhodování rozhodců o otázce pravomoci až do určitého okamžiku, kdy mohou následně přezkoumat takové rozhodnutí rozhodců.

Konkrétně poukazujeme na následující otázky v čínském rozhodčím zákoně:

- Ustanovení **článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR**, které dává pravomoc k rozhodnutí o námitkách ohledně platnosti rozhodčí smlouvy *rozhodčímu soudu namísto rozhodčímu senátu*, vyvolává otázku, zda není zásada pravomoc-pravomoc v čínském právním řádu zcela potlačena. Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní arbitráži a většina národních právních úprav svěřuje tuto pravomoc samotnému rozhodčímu senátu. *Kdo má pravomoc rozhodnout o otázce platnosti rozhodčí smlouvy a založení pravomoci rozhodců v ČLR: rozhodčí senát, rozhodčí instituce, či lidový soud?* Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR hovoří o rozhodčím soudu ve smyslu stále rozhodčí instituce. *Je zásada pravomoc-pravomoc potlačena tím, že namísto rozhodců rozhoduje o pravomoci rozhodčí instituce?* Zásada pravomoc-pravomoc není tímto potlačena; v tomto kontextu řady čínských rozhodčích institucí svěřují tuto pravomoc samotným rozhodčím senátům, čímž se upevňuje respektování této zásady v čínské arbitrážní praxi.
- *Jaká je vazba mezi rozhodčím senátem, rozhodčím soudem a lidovým soudem?* Úprava v článku 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR je specifická v případě **konkurentního vznesení námitek** ohledně pravomoci jednou ze stran k rozhodčímu soudu a druhou stranou sporu k lidovému soudu. V takovém případě je **prioritní rozhodnutí lidového soudu**. Domníváme se, že čínská úprava zvolila vhodné opatření, kterým se snaží zamezit realizaci zbytečného rozhodčího řízení, které by bylo od počátku zatíženo problémem týkajícím se jeho samotné podstaty a jehož rozhodčí nález by mohl být následně zrušen. *Jaký je vztah mezi pravomocí rozhodců rozhodnout o své pravomoci a pravomocí lidových soudů?* Článek 20 odst. 1 rozhodčího zákona ČLR nezavádí restriktivní přístup, kterým by byla založena pravomoc lidových soudů rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy. Záměrem je zavedení **zvláštní kontroly** pravomoci rozhodčího soudu ze strany lidového soudu za předpokladu, že jedna strana namítá neplatnost rozhodčí smlouvy právě u lidového soudu. Postavení lidových soudů lze charakterizovat jejich **pasivní pozicí**; lidový soud nebude rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy až

do okamžiku, kdy se strana domáhá takového rozhodnutí. Otázka posouzení pravomoci rozhodčího soudu zůstává **plně v dispozici stran**, zda ji svěří rozhodčímu soudu, nebo lidovému soudu. Zásada competence-competence nebude dotčena, pokud strany vznesou námitky výhradně k rozhodčímu soudu. Značně krajním řešením by ovšem na druhé straně bylo, jestliže by o jakýchkoliv námitkách ohledně platnosti rozhodčí smlouvy rozhodoval výlučně obecný soud; za takových okolností by zásada competence-competence byla definitivně potlačena.

Literature:

- Barceló, J. J. III. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003, roč. 36.
- Bělohávek, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004. ISBN 80-7179-629-8.
- Binder, P. *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions*. London: Sweet & Maxwell, 2005. ISBN 978-04-218-6120-7.
- Brekoulakis, S. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative. Social Science Research Network (SSRN) [online databáze]. Social Science Electronic Publishing, Inc., 2008 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325.
- Cai, Hongda. Judicial Supervision of Arbitration in China. *Journal of International Arbitration*. 2000, roč. 17, č. 1.
- Donner, B. K současnému vývoji mezinárodní obchodní arbitráže. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1959.
- Fouchard, P. – Gaillard, E. – Goldman, B. – Savage, J. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90-411-1025-9.
- González de Cossio, F. The Compétence-Compétence Principle, Revisited. *Journal of International Arbitration*. 2007, roč. 24, č. 3.

- Gu, Weixia. China`s Search for Complete Separability of the Arbitration Agreement. *Asian International Arbitration Journal*. 2007, roč. 3, č. 2.
- Chi, Manjiao. Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law. *Asian International Arbitration Journal*. 2008, roč. 4, č. 1.
- Johnston, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. A Practical Introduction for Businesses. *Journal of International Arbitration*. 2007, roč. 24, č. 6.
- Kun, Fan. Arbitration in China: Practice, Legal Obstacles and Reforms. *Asian Society of International Law [online]*. Working papers of the AsianSIL Inaugural Conference, 7-9 April 2007, Working Paper 2007/20 [citováno 8. prosince 2009]. Dostupné z: http://law.nus.edu.sg/asiansil/workingpapers/2007/wp_asiansil_ic.htm.
- Lee, K. *ICSID Reports*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-521-89987-1. Dostupné z: <http://books.google.com/books>.
- Lew, J. D. M. – Mistelis, L. A. – Kröll, S. M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. ISBN 90-411-1568-4.
- Mistelis, L. A. – Lew, J. D. M. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006. ISBN 978-90-411-2450-0.
- Moser, M. J. – Yuen, Peter. *The New CIETAC Arbitration Rules*. *Arbitration International*. LCIA, 2005, roč. 21, č. 3.
- Moses, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-521-68562-7.
- Mothejzиковá, J. – Steiner, V. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář*. Praha: C. H. BECK, 1996. ISBN 3-406-40179-1.

- Poudret, J. F. – Besson, S. Comparative law of international arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2007. ISBN 978-0-421-93210-4.
- Raban, P. K otázce vzájemného působení zahájení soudního a rozhodčího řízení. Soudní rozhledy. 2007, č. 1.
- Rozehnalová, N. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu a praxi. 2008, roč. 16, č. 2.
- Růžička, K. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. 2. rozšíř. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005. ISBN 80-86898-43-1.
- Song, Lianbin – Zhao, Jian – Li Hong. Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China. Journal of International Arbitration. 2003, roč. 20, č. 2.
- Steiner, V. O Vzorovém zákonu pro mezinárodní obchodní arbitráž. Právník. 1992, č. 8.
- Tao, Jingzhou – Von Wunschheim, C. Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions. Arbitration International. LCIA, 2007, roč. 23, č. 2.
- Thirgood, R. A Critique of Foreign Arbitration in China. Journal of International Arbitration. 2000, roč. 17, č. 3.
- Tweeddale, A. – Tweeddale, K. Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN 978-01-992-1647-5.
- Von Wunschheim, C. – KUN, FAN. Arbitrating in China: The Rules of the Game. Practical Recommendations concerning Arbitration in China. ASA Bulletin. 2008, roč. 26, č. 1.

- Invest in China. Dostupné z: http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/default.htm [poslední přístup 9. února 2010].
- LawInfoChina. Dostupné z: <http://www.lawinfochina.com/> [poslední přístup 9. února 2010].
- Beijing Arbitration Commission. Dostupné z: <http://www.bjac.org.cn/en/index.asp> [poslední přístup 9. února 2010].
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). Dostupné z: <http://www.cietac.org/> [poslední přístup 9. února 2010].
- Shanghai Arbitration Commission. Dostupné z: <http://www.accsh.org.cn/accsh/english/index.html> [poslední přístup 9. února 2010].
- Shenzhen Arbitration Commission. Dostupné z: <http://www.szac.org/english/index.asp> [poslední přístup 9. února 2010].
- Wuhan Arbitration Commission. Dostupné z: <http://www.whac.org.cn/zcen/> [poslední přístup 30. prosince 2009].

Contact – email
61167@mail.muni.cz

SPOJOVÁNÍ ROZHODČÍCH ŘÍZENÍ JAKO ZÁRUKA SPRAVEDLNOSTI

MILUŠE HRNČIŘÍKOVÁ

Právnická fakulta UP, Česká republika

Abstract in original language

Vícestranné rozhodčí řízení se v posledních letech stále více dostává do popředí zájmu odborné veřejnosti. Vedle této problematiky se však mohou objevit situace, kdy mezi týmiž stranami či o témže předmětu sporu probíhá více rozhodčích řízení. Vzhledem k důvěrnosti rozhodčích řízení a nezávislosti rozhodců může pak docházet k vydání protichůdných rozhodčích nálezů. Na tento nežádoucí jev se snaží reagovat legislativa, avšak z důvodu zachování autonomie vůle stran jako jedné ze základních zásad rozhodčího řízení jsou tyto snahy více či méně limitovány.

Key words in original language

Vícestranné rozhodčí řízení; spojení rozhodčích řízení; souhlas stran.

Abstract

Nowadays multiparty arbitration becomes an issue of many legal expert studies. There are often two or more arbitral proceedings between the same parties or on the same matter and due to the principle of confidentiality of arbitration and arbitrators' independency the rendered arbitral awards could be contradictory. Consolidation of the arbitral proceedings could be the proper solution of these situations. Therefore some rules of arbitral institutions and also the national laws have been revised but the principle of party autonomy limits these attempts.

Key words

Multiparty/multicontract arbitration; consolidation; consent of the parties.

Provázanost mezi obchodníky, výrobci, dodavateli, dovozci a ostatními obchodněprávními subjekty má za následek vznik složitých právních vztahů, které jsou v mezinárodním kontextu o to komplikovanější, že se dotýkají různých právních kultur. Dojde-li následně ke vzniku sporu, může jím být dotčeno, i když to na první pohled nemusí být zřejmé, více subjektů. Není-li jejich postavení při rozhodování zohledněno, může docházet k rozhodnutím, která jsou ve svém důsledku nesprávná a nespravedlivá. Zvláště patrným se tento jev stává v případě rozhodování sporů v rozhodčím řízení, kdy rozhodci nejsou vázáni jinými rozhodnutími a navíc rozhodčí řízení je spojeno se zásadou neveřejnosti. Může tedy docházet k situacím, kdy spor týkající se stejného předmětu avšak rozdílných subjektů, bude v různých rozhodčích řízeních rozhodnut odlišně a budou vydány rozhodčí nálezy, které budou ve svém důsledku nekompatibilní.

Vícestranné rozhodčí řízení a možnost spojení více rozhodčích řízení není možné označit za novum posledních let, nicméně jedná se o problematiku, která stále více proniká do praxe rozhodčího řízení¹. V obecném rámci můžeme pro větší přehlednost rozlišit dvě základní situace. Za prvé případ, kdy všechny strany jsou vázány jednou rozhodčí smlouvou, a za druhé případ, kdy spor se týká více stran, mezi nimiž je však uzavřeno více rozhodčích smluv.

1. SPOJENÍ ROZHODČÍCH ŘÍZENÍ MEZI VÍCE STRANAMI NA ZÁKLADĚ JEDNÉ ROZHODČÍ SMLOUVY

Rozvinutost mezinárodního obchodu nutí obchodníky, jež se snaží pronikat i na zahraniční trhy, využívat různé nástroje získávání cizích trhů a vytvářet zvláštní obchodněprávní útvary, např. joint venture či konsorcia. Tyto útvary však nemusí působit jako subjekty nadané právní subjektivitou, ale jejich vzájemná provázanost může být utvořena jen na základě smlouvy. Z hlediska českého práva tak můžeme označit sdružení, jež vzniklo na základě občanskoprávní smlouvy o sdružení.² Takto založené sdružení, zpravidla označované jako konsorcium, není právnickou osobou, samo o sobě nemá způsobilost k právům a povinnostem a nezapisuje se ani do obchodního rejstříku.³ Na obdobném principu funguje i tzv. smluvní joint venture, která umožňuje spolupráci více společností pro dosažení konkrétního záměru.⁴

Ze všech závazků, které jsou pod názvem (nejedná se však o firmu dle ObZ) sdružení uzavřeny, jsou jednotliví účastníci zavázáni společně a nerozdílně a přímo ze zákona mezi nimi vzniká spoluvlastnický vztah⁵, přičemž jednání může být ve smlouvě o sdružení smluvně upraveno. Nicméně z procesního hlediska sdružení nemá procesní subjektivitu a nemůže tedy být účastníkem

¹ Již v roce 2002 představovalo vícestranné rozhodčí řízení téměř 1/3 všech sporů předložených k řešení rozhodčímu soudu při ICC. Z toho bylo 20% případů s pluralitním účastenstvím jak na straně žalované, tak na straně žalující, 50% případů s pluralitou na straně žalované a 30% případů s pluralitou na straně žalující. Whitesell, A. M., Silva-Romero, E. Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, s. 5.

² Viz ustanovení § 841 a násl. OZ.

³ Nesnídal, J. Sdružení-konsorcia, zájmové sdružení práv. osob, občanské sdružení, tiché spol., holding, joint venture. Ekonom, 1997, č. 22, s. 59.

⁴ Viz např. Piltz, A. Společné podniky podle českého a mezinárodního obchodního práva. Právní praxe v podnikání, 1997, č. 1, s. 15.

⁵ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 9. vydání, Praha: C. H. Beck, 2004, s. 1238 a násl.

soudního řízení. I rozhodčí smlouva by měla být uzavřena všemi účastníky konsorcia nebo jeden účastník by měl jednat na základě jejich speciální plné moci. Vznikne-li následně ze smlouvy, která byla sdružením uzavřena a jejíž součástí je rozhodčí doložka, spor, jsou stranami rozhodčího řízení všichni účastníci konsorcia, kteří budou vystupovat na jedné ze sporných stran, a bude se tak jednat o aktivní či pasivní nerozlučné společenství⁶. Od této situace je však nutné odlišovat případ, kdy by rozhodčí smlouva byla uzavřena mezi dvěma subjekty, přičemž by měla být závazná i pro třetí osobu, která však tuto rozhodčí smlouvu neuzavřela. Tato třetí osoba by se, aniž by uzavřela rozhodčí smlouvu, nemohla stát stranou rozhodčího řízení a v řízení by mohla vystupovat pouze v pozici vedlejšího účastníka.⁷

V souladu s mezinárodní praxí jsou spory mezi jednotlivými účastníky či mezi účastníky sdružení a dalším smluvním partnerem často řešeny v rozhodčím řízení.⁸ Tedy i v rámci vícestranného rozhodčího řízení, jehož základem je jedna rozhodčí smlouva, rozeznáváme dva případy, kdy je rozhodčí smlouva uzavřena více subjekty, např. v rámci řešení sporů vznikajících mezi účastníky konsorcia, a rozhodčí smlouvu mezi konsorciem a dalším subjektem, kde je rozhodčí doložka součástí realizační smlouvy. V obou případech však mají všechny strany rozhodčího řízení stejná procesní práva a povinnosti.

Nejvýznamnějším případem, který na problematiku spojení rozhodčího řízení na základě existence jedné rozhodčí smlouvy upozornil, byl případ Siemens v. BKMI and Dutco⁹, jenž byl na základě rozhodčí doložky, která byla součástí konsorciální smlouvy mezi uvedenými společnostmi, předložen Rozhodčímu soudu při ICC. V rozhodčí doložce bylo uvedeno, že spory mají být rozhodovány třemi rozhodci podle Pravidel rozhodčího soudu při ICC. Na základě konsorciální smlouvy skutečně vznikl spor, a proto podala společnost Dutco jak na společnost Siemens, tak na společnost BKMI žalobu. Vzhledem k tomu, že oba spory se týkaly porušení stejné smlouvy, byla obě řízení spojena, i když spory vycházely z jiné podstaty.

⁶ Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 3. vydání, Praha: Linde, 2004, s. 158–159.

⁷ Ke stejnému závěru dochází i Knapp, kdy toto problematiku zkoumá z pohledu ustanovení § 411 a § 414 zákona č. 142/1950 Sb., občanský soudní řád. Knapp zdůrazňuje, že nerozlučná materiální konexita nároků, zájem procesní ekonomie a konečně ustanovení § 414 odst. 1 o.s.ř. nemůže stát nad zásadou, že rozhodčí smlouva, uzavřená mezi dvěma subjekty, nemůže mít – podobně jako žádná smlouva – v důsledku vznik povinností pro třetího, který smlouvu neuzavřel. Knapp, V. K některým sporným otázkám pravomoci rozhodčího soudu Čs. obchodní komory. Časopis pro mezinárodní právo, 1960, s. 16–17.

⁸ Vích, J. Využití smlouvy o sdružení k přípravě a realizaci dodávek pro investiční výstavbu. Právní rádce, 2002, č. 5, s. 27.

⁹ Van den Berg, A. J. Yearbook Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1993, s. 140 – 142.

Následně rozhodčí soud vyzval společnosti Siemens a BKMI, aby jmenovaly společného rozhodce, tedy fakticky rozhodl o spojení dvou řízení, která se týkala rozdílných sporů. Společnost BKMI proti tomuto postupu vnesla námitku a žádala, aby mohla jmenovat rozhodce vlastního. Rozhodčí soud námitku zamítl. Po vydání rozhodčího nálezu podala BKMI žalobu na zrušení rozhodčího nálezu u francouzských soudů, avšak teprve kasační soud dal BKMI za pravdu s tím, že nemožností jmenování vlastního rozhodce bylo společnosti znemožněno uplatnit své procesní právo, kterého se strana nemůže před vznikem sporu vzdát, a protože ujednání stran porušuje zásadu rovnosti, je toto neplatné.

Rozhodnutí kasačního soudu vneslo zcela nový pohled na vícestranná rozhodčí řízení konaná při ICC. Do té doby bylo zastáváno stanovisko švýcarských soudů uvedené v rozhodnutí ve sporu Westland¹⁰, že jmenování společného rozhodce straně, jež představovalo šest subjektů, není v rozporu se zachováním rovnosti stran, jelikož rozhodce v rozhodčím řízení není zástupcem stran, ale nezávislý subjekt, jenž má spor rozhodnout.

I když dle některých autorů rozhodnutí kasačního soudu nelze považovat za precedentní¹¹ ale spíše za specifikum francouzské judikatury¹², které vyplynulo ze specifických okolností, a bez dalšího nelze obdobné rozhodčí doložky, jimiž by se strany již před vznikem sporu vzdávaly svého práva na jmenování rozhodce, označit za neplatné, mělo toto rozhodnutí dopad na změnu pravidel stálých rozhodčích soudů, případně formulaci rozhodčích doložek.¹³

Do této kategorie sporů, je pak možné zařadit i případ, kdy do dvoustranného vztahu vstupuje třetí osoba, která v určitém rozsahu přejímá práva a povinnosti jedné ze stran – např. v podobě ručitele. Zde je možno

¹⁰Van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1986, s. 127 – 133.

¹¹ Jak uvádí Delvolvé francouzský soud rozhodl o neplatnosti rozhodčí doložky veden skutečností, že ačkoliv se konalo pouze jedno rozhodčí řízení, jeho předmětem byly de facto dva spory a rozhodčí doložka sama stanovila, že spory mají být rozhodovány třemi rozhodci, kteří budou určeni na základě pravidel ICC. Z těchto důvodů nelze rozhodnutí soudu považovat za precedent, dle něž by rozhodčí doložky znemožňující straně určit svého vlastního rozhodce ve vícestranném rozhodčím řízení byly považovány za neplatné. Devolvé, J.-L. *Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation*. *Arbitration International*, 1993, č-2, s. 200.

¹² Viz též Schwartz, E. A. *Multi-Party Arbitration and the ICC*. *Journal of International Arbitration*, 1993, č. 3, s. 2–20.

¹³ Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4. vydání, London: Sweet and Maxwell, 2004, s. 201.

zmínit již legendární případ Nereus¹⁴, který se stal milníkem pro spojování rozhodčích řízení v americké judikatuře. V daném případě totiž americké soudy připustily, že jsou pravomocné k nařízení spojení dvou rozhodčích řízení, pokud by hrozilo, že rozhodnutí v nich vydaná budou kontradiktorní, čímž by došlo k zásadnímu porušení spravedlnosti.¹⁵

2. SPOJENÍ ROZHODČÍCH ŘÍZENÍ MEZI VÍCE STRANAMI NA ZÁKLADĚ VÍCE ROZHODČÍCH SMLUV

Charakteristickým rysem tohoto druhu vícestranného rozhodčího řízení¹⁶ je, že na základě více rozhodčích smluv probíhá jedno rozhodčí řízení s aktivní či pasivní pluralitou účastníků. Bude se zpravidla jednat o spory, jež vznikají na různých místech výrobního řetězce.¹⁷ Jedná se o spory z dodávek velkých investičních celků, smluv o výstavbě či jiné long-term contracts, kdy spor mezi dodavatelem a zadavatelem zpravidla vyústí ve spor i mezi subdodavatelem a dodavatelem. Z důvodu rychlosti, jednotnosti řízení i rozhodnutí a menší finanční náročnosti se může zdát výhodnější, aby řešení sporů probíhalo jen v jednom rozhodčím řízení. Logicky tak vzniká otázka, zda na základě rozhodčích doložek, které byly součástí více smluv, může být spor projednán v jednom rozhodčím řízení. Podaří-li se však hlavnímu dodavateli prostřednictvím tzv. back to back agreement vtáhnout subdodavatele přímo do hlavní smlouvy, bude mít rozhodčí řízení podobu uvedenou v předcházející kapitole. Všechny subjekty totiž budou vázány rozhodčí doložkou uvedenou v hlavní smlouvě.¹⁸

¹⁴ *Compania Espanola de Petroleos S. A. v. Nereus Shipping, S. A.*, 527 F. 2d 966 (2d Cir.) 1975.

¹⁵ Court of Appeals for the Second Circuit ve svém stanovisku uvádí: "...We decide that Judge Stewart properly construed the charter party and Addendum No. 2 so as to require the guarantor to arbitrate. And we also decide that Judge Stewart had the power under the Federal Arbitration Act and Fed.R.Civ.P., Rule 42(a), to consolidate the two arbitrations and that in doing so he did not abuse his discretion, because the two arbitrations had common questions of law and fact, and because the extensive and complicated issues were so intertwined and overlapping that it could have caused great and irreparable injustice had Judge Stewart ruled that the two arbitrations must proceed separately"

¹⁶ Tento případ vícestranného rozhodčího řízení bývá označován jako „multicontract arbitration“. Viz např. Leboulanger, P. Multi-Contract Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1996, č. 4, s. 47–97.

¹⁷ Rozhodčí řízení, které by mohlo mít dosah i na jiné subdodavatele, je někdy označováno i jako „string arbitration“. Zpravidla se objevuje v obchodních oblastech s určitými komoditami či v mezinárodní námořní přepravě založené na charterových smlouvách. Gerasimtchut, E. Multi-party Arbitration, s. 18. In Trunk, A. Musin, V. A. *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective*. Münster: LIT Verlag, 2004.

¹⁸ Viz např. Dubisson, M. Arbitration in Subcontracts for International Projects. *Journal of International Arbitration*, 1984, č. 3, s. 197–207.

3. PRAVOMOC KE SPOJENÍ ROZHODČÍCH ŘÍZENÍ

Teorie ani praxe se však neshodují na tom, jakou podobu by měl mít souhlas stran s rozhodčím řízením, v němž by mělo být projednáno více sporů¹⁹, případně, zda je možné spojit rozhodčí řízení bez souhlasu stran. Výslovný souhlas stran se spojením rozhodčích řízení se v praxi zatím pravidelně nevyskytuje, a proto je dovozován spíše implicitně. Za implicitní vyjádření souhlasu může být považován případ, kdy je mezi všemi stranami uzavřena rozhodčí doložka stejného znění, zakládající pravomoc stejného rozhodčího soudu, stejného počtu rozhodců, stejného místa konání atd.²⁰ Dalším příkladem vyjádření implicitního souhlasu může být odkaz subjektů na jinou základní smlouvu obsahující rozhodčí doložku.²¹ Je to však právě implicitní vyjádření souhlasu se sloučením rozhodčích řízení, se kterým se pojí největší názorová nejednotnost. Především je to praxe Rozhodčího soudu při ICC, která se již tradičně staví proti těmto závěrům a na rozdíl od vícestranného rozhodčího řízení mezi více stranami ale na základě pouze jedné rozhodčí smlouvy spojení rozhodčích řízení nepřipouští.²² Plně se tak ztotožňuje s rozhodnutím francouzského kasačního soudu ve věci *Oiaeti v. Sofidif et al*²³, který uvedl, že bez výslovného vyjádření záměru stran spojit rozhodčích řízení, nemůže tento být implicitně vykládán z kompatibility obou rozhodčích doložek. Od tohoto spojení rozhodčích řízení však musí být odlišováno spojení dvou řízení, která probíhají mezi stejnými stranami na základě stejného právního vztahu. V tomto případě se totiž nebude jednat o vícestranné rozhodčí řízení a možnost spojení sporů vyplývá přímo z ustanovení čl. 4 odst. 6 Pravidel Rozhodčího soudu při ICC.²⁴ Taktéž je nutné odlišovat závaznost rozhodčích smluv uzavřených mateřskou

¹⁹ Nicklich, F. Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects. *Journal of International Arbitration*, 1995, č. 4, s. 59.

²⁰ Platte, M. When Should an Arbitrator Join Cases? *Arbitration International*, 2002, č. 1, s. 70.

²¹ Bernini, G. Arbitration in Multi-Party Business Disputes. *Yearbook Commercial Arbitration*, 1980, s. 291–300.

²² S tímto postojem se ve svém příspěvku na Transnational Commercial Arbitration Workshop ztotožnil i bývalý generální tajemník ICC. Schwartz, E. A. Multi-Party Arbitration and the ICC. *Journal of International Arbitration*, 1993, č. 3, s. 5–20.

²³ *Revue de l'arbitrage*, 1991, č. 2, s. 326 – 337.

²⁴ Podrobný rozbor těchto situací poskytuje např. de Boissésou, M. Joinder of Parties to Arbitral Proceedings: Two Contrasting Decisions. Bylo též potvrzeno rozhodnutím Rozhodčího soudu při ICC v případě č. 5989 z roku 1989, kdy rozhodčí tribunál rozhodl o projednání sporů mezi dvěma stejnými stranami - zadavatelem a stavebníkem, jež vyplynuly jednak z Basic Agreement a Purchase Agreement, v nichž byly uvedeny rozhodčí doložky obdobného znění. Van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1990, s. 74–82.

společností pro společnosti dceřiné.²⁵ Naopak jako vícestranné rozhodčí řízení bude ICC odmítán případ, kdy strana žalovaná podá na stranu žalující protižalobu a v ní uvede i další stranu, kterou označí za žalovaného, přestože s touto stranou bude mít uzavřenu rozhodčí smlouvu obdobného znění.

S touto praxí se ztotožňuje i Frick²⁶, jenž vidí vhodné řešení v určení společných předsedů pro obě rozhodčí řízení, avšak odlišných rozhodců, jež byli jmenováni stranami, případně ve spolupráci při poskytování znaleckých posudků, provádění důkazů apod. K tomuto postoji se připojuje i Nicklich²⁷, jenž však připouští, že vícestranné rozhodčí řízení je možné, pokud by byla žaloba podána jak vůči hlavnímu dodavateli, se kterým má uzavřenu rozhodčí doložku, tak zadavateli, kdy je rozhodčí smlouva uzavřena v rámci hlavní smlouvy. K opačnému závěru se naopak kloní Platte, jenž uvádí, že za určitých okolností je takto vyjádřený implicitní souhlas dostačující.²⁸

Možnost sloučení rozhodčích řízení bez předchozího souhlasu však výslovně upravují Swiss Rules of International Arbitration²⁹, kdy vydání rozhodnutí o sloučení rozhodčího řízení se stejnými stranami, a dokonce i řízení, v nichž strany totožné nejsou, je v pravomoci Komor průmyslu a obchodu působících v jednotlivých švýcarských kantonech. Dle ustanovení čl. 4 Pravidel je možné, aby Komora rozhodla o připojení nového sporu již k řízení probíhajícímu, přičemž se má za to, že strany se v tomto případě vzdávají svého práva na jmenování rozhodce. Ačkoliv souhlas stran k sloučení není vyžadován, mají být brány v úvahu všechny okolnosti a je zakotvena i povinná konzultace se všemi dotčenými stranami.

Spojení rozhodčích řízení připouští i pravidla AAA vypracována pro stavebnictví, dle nichž je v případě pochybností o možnosti spojení

²⁵ Viz rozhodnutí ve věci *Daw Chemical France v. ISOVER SAINT Gobain*. Sanders, P. *Yearbook Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1984, s. 131 – 137.

²⁶ Frick, J. G. *Arbitration and Komplex International Contracts*. Curych: Kluwer Law International, SchulthessJuristische Medien AG, 2001, s. 238.

²⁷ Nicklich, F. *Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects*. *Journal of International Arbitration*, 1995, č. 4, s. 59.

²⁸ Platte, M. *When Should an Arbitrator Join Cases?* *Arbitration International*, 2002, č. 1, s. 70.

²⁹ Swiss Rule of International Arbitration byla přijata v roce 2004 k zajištění unifikace pravidel upravujících rozhodčí řízení v jednotlivých švýcarských kantonech. Postupuje podle nich Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation. Poslední znění Pravidel je přístupné např. <http://www.swissarbitration.ch/rules.php> [citováno 1. 11. 2010]

rozhodčích řízení ustanoven zvláštní rozhodce, jehož jedinou povinností je rozhodnout, zda je spojení rozhodčích řízení přípustné či nikoliv.³⁰

S problematikou slučování rozhodčích řízení se setkáváme i v rámci vnitrostátního práva. Například dle holandského práva je umožněno, aby prezident okresního soudu v Amsterdamu bez souhlasu stran nařídil spojení rozhodčích řízení, která probíhají na území Nizozemí a jejichž projednávání spory spolu souvisí.³¹ Ačkoliv se jedná o novum v holandském právním

³⁰ Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures – AAA z roku 2009

R-7. Consolidation or Joinder

- (a) If the parties are unable to agree to consolidate related arbitrations or to the joinder of parties to an ongoing arbitration, the AAA shall directly appoint a single arbitrator (hereinafter referred to as the R-7 arbitrator) for the limited purpose of deciding whether related arbitrations should be consolidated or parties joined.
 - (i) To request consolidation of arbitrations, the requesting party must have filed a demand for arbitration, including the applicable arbitration provision(s) from the parties' contract(s) and must provide a written request for consolidation which outlines the reasons for such request. It is the requesting party's responsibility to provide a copy of the request to all parties.
 - (ii) To request joinder of parties, the requesting party must file a written request to join parties to an existing arbitration which provides the names and contact information for such parties, names and contact information for the parties' representatives, if known and the reasons for such request. It is the requesting party's responsibility to provide a copy of the request to all parties.
- (b) Absent agreement of all parties, the R-7 arbitrator appointed under this Rule shall not be an arbitrator who is appointed to any pending case involved in the consolidation request at issue.
- (c) If the R-7 arbitrator determines that separate arbitrations shall be consolidated or that the joinder of additional parties is permissible, that arbitrator may also establish a process for selecting arbitrators for any ongoing or newly constituted case and, unless agreed otherwise by the parties, the allocation of responsibility for arbitrator compensation among the parties, subject to reapportionment by the arbitrator(s) appointed to the newly constituted case in the final arbitration award.
- (d) The AAA may take reasonable administrative action to accomplish the consolidation or joinder as directed by the arbitrator.
- (e) The AAA shall maintain a panel of construction attorneys who have experience with consolidation or joinder issues. All arbitrators appointed to hear requests under this Rule shall be appointed from that panel, unless the parties agree otherwise.

³¹ Ustanovení čl. 1046 odst. 1 holandského zákona o rozhodčím řízení z roku 1986 uvádí: If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral tribunal in the Netherlands concerning a subject matter which is connected with the subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral tribunal in the Netherlands, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the President of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings.

řádu, již nyní je podrobováno kritice s tím, že je státnímu soudu svěřována nepřiměřená pravomoc k zasahování do rozhodčího řízení, což nemůže zhojit ani možnost stran dohodou toto ustanovení vyloučit. Naopak je navrhováno, aby byl přijat princip, dle něž by pouze dohoda stran pravomoc soudů ke spojení rozhodčích řízení zakládala, tedy aby systém opting out byl nahrazen systémem opting in.³² Tento přístup je zastáván i dle práva anglického, kdy je však rozhodčímu soudu přiznána možnost rozhodnout o spojení rozhodčích řízení, ale pouze pokud s tím strany souhlasí.³³ Již stávající úprava však napomáhá k jednoznačnějšímu a jistějšímu řešení této problematiky.

Ne zcela jasná se na první pohled může zdát situace v USA. Jednak je zde přístup vyjádřený v již zmiňovaném případě Nereus³⁴, kde newyorský soud judikoval, že FAA dává soudu pravomoc k rozhodnutí o sloučení souvisejících rozhodčích řízení, i když strany s tímto výslovně souhlas nevyjádřily. Dle rozhodnutí v případě Galvik Construction³⁵, kde byla stejná rozhodčí doložka uvedena jak ve smlouvě hlavní, tak ve smlouvě dílčí, soud uvedl, že tato ujednání lze vykládat jako implicitní souhlas se sloučením rozhodčích řízení. A konečně stanovisko vyjádřené v případě Weyerhaeuser³⁶, kde soud uvedl, že bez výslovného souhlasu všech zúčastněných nelze rozhodčí řízení slučovat.³⁷ Vývoj posledních let však naznačuje střídmější přístup ke spojování rozhodčích řízení, a dokonce i newyorský soud v rozporu s případem Nereus judikoval, že bez výslovného

³² De Ly, F. International Arbitration – The Netherlands. In Gottwald, P. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Bielefeld: Gieseking, 1997., s. 678.

³³ Ustanovení English Arbitration Act zní:

1) The parties are free to agree - a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or b) that concurrent hearings shall be, on such terms as may be agreed

2) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.

³⁴ Compania Espanola de Petroleos S. A. v. Nereus Shipping, S. A., 527 F. 2d 966 (2d Cir.) 1975.

³⁵ Gavlik Construction Co. v. H. F. Campbell Co., 526 F.2d 777 (3d Cir.) 1975.

³⁶ Weyerhaeuser Co. v. Western Seas Shipping Co., 743 F.2d 635 (9th Cir.), 469 U. S. 1061 (1984).

³⁷ Branson, D., J., Wallace, R., E. Court-Ordered Consolidated Arbitration in the United States: Recent Authority Assures Parties the Choice. Journal of International Arbitration, 1998, č. 1, s. 89–94. Obdobně také Bishop, R. D. A practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses, s. 52. <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf> [citováno 1. 6. 2006]

souhlasu nelze případy slučovat. O překonání stanoviska vyjádřeného v případě Nereus se hovoří například v souvislosti s případem Boeing³⁸. Uvědomíme-li si však, že oba případy spadají do odlišných kategorií, uvedených v tomto příspěvku, není bez dalšího možné oba případy směřovat. Navíc v roce 2000 byla provedena revize Uniform Arbitration Act, který byl přijat ve 49 státech USA a jehož protějškem na federální úrovni je právě FAA.³⁹ Na základě této revize bylo pro vnitrostátní rozhodčí řízení ve 15 státech USA⁴⁰ včleněno ustanovení § 10, které umožňuje, aby soud v určitých případech nařídil spojení rozhodčích řízení i bez výslovného souhlasu stran.⁴¹ Judikatura Nejvyššího soudu USA k interpretaci FAA je v posledních letech konstantní, když vychází z toho, že FAA nedává soudu pravomoc k nařízení spojení rozhodčích řízení bez výslovného souhlasu stran.

4. SPOJENÍ ROZHODČÍCH ŘÍZENÍ DLE ČESKÉHO PRÁVNÍ ŘÁDU

Z hlediska českého práva je spojení věcí pro soudní řízení upraveno v ustanovení § 112 OSŘ. Ke spojení věcí může dojít, pokud žalobce uplatní v žalobě více nároků, žaloba je podána vůči více žalovaným, kteří mají postavení samostatných společníků, podáním vzájemné žaloby či

³⁸ Court of Appeal of the Second Circuit ve svém stanovisku mimo jiné uvádí: "... We reverse the judgment of the district court granting the United Kingdom's Petition to Compel Consolidated Arbitration and we hold that the district court cannot consolidate arbitration proceedings arising from separate agreements to arbitrate, absent the parties' agreement to allow such consolidation. To the extent our decision in Nereus is based on the Federal Rules of Civil Procedure and the "liberal purposes" of the Federal Arbitration Act, we hold that it is no longer good law. We do not disturb Nereus to the extent it is based on the general equitable powers of the court and principles of contract law." United Kingdom v. Boeing Co., 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993).

³⁹ Více k revidovanému znění RUAA např. Ness, A. D. Revised Uniform Arbitration Act of 2000 Makes Only Incremental Changes. *The Construction Lawyer*, 2001, č. 4. http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports__Newsletters/April_8_2002/uniform_arbitration_act.htm [citováno 6. 10. 2010]

⁴⁰ Aljaška, Arizona, Colorado, District of Columbia, Havaj, Mšinnesota, Nevada, New Jersey, Nex Mexico, Severní Karolína, Severní Dakota, Oklahoma, Oregon, Utah, Washington www.nccusl.org/update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-aa.asp. [citováno 15. 11. 2010]

⁴¹ Soud může nařídít spojení rozhodčích řízení za podmínek uvedených v ustanovení § 10 odst. 1 RUAA :

a) the parties have separate arbitration agreements with each other or one of them has an arbitration agreement with a third party; b) the claims arise substantially from the same transaction or series of transactions; c) a common issue of law or fact creates the possibility of conflicting decisions in separate proceedings; and d) the risk of undue delay or prejudice from consolidation does not outweigh the prejudice resulting from separate proceedings.

rozhodnutím soudu.⁴² Spojení věci je však v důsledku závislé na uvážení soudů, aniž by byla potřeba souhlas účastníků řízení. Stejně jako většina právních řádů ani české právo se otázkou spojení více rozhodčích řízení výslovně nezabývá. Dle ustanovení § 30 ZRŘ však v úvahu přichází možnost přiměřeného použití ustanovení OSŘ, které je však limitováno vymezením pravomoci rozhodců. S možností spojení více rozhodčích řízení či s přibráním třetí strany do probíhajícího rozhodčího řízení nepočítají ani řády Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR, kdy z ustanovení § 28 vyplývá pouze možnost podání protižaloby či uplatnění námítky započtení, přičemž z povahy obou institutů je vstup další strany do řízení vyloučen⁴³. Třetí subjekt tak může v rozhodčím řízení vystupovat pouze jako vedlejší účastník.⁴⁴ Bude-li tedy v žalobě podán návrh na zahájení rozhodčího řízení směřujícího proti více subjektům, s nimiž má žalobce uzavřeny rozhodčí doložky stejného znění, bude záviset především na uvážení rozhodců, zda rozhodnou o spojení věci. Bude-li žalovaný svoji žalobní odpověď koncipovat jako protižalobu, přičemž tato bude vyplývat ze sporu, pro nějž nebyla výslovně sjednána rozhodčí doložka, přesto může být pravomoc rozhodčího soudu k projednání žaloby na základě ustanovení § 2 odst. 4 ZRŘ dána.⁴⁵

Vzhledem k nejednoznačnosti přístupu ke spojování rozhodčích řízení a především požadavku výslovného souhlasu stran se spojením více rozhodčích řízení, je vhodné, aby strany v případě, že přichází v úvahu situace, kdy by se vzniklý spor mohl týkat více subjektů na tuto situaci pamatovaly již při sepisování smluv. Z rozhodčí doložky by mělo být jednoznačně jasné, zda strany spojení rozhodčích řízení výslovně připustily⁴⁶ či vyloučily⁴⁷. Přitom je však nutné formulovat rozhodčí

⁴² Bureš, J., Drápal, L., Mazanec, M. *Občanský soudní řád. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 399.

⁴³ Úpravu Řádů rozhodčího soudu je i přesto možno považovat při porovnání s některými jinými řády za liberální, jelikož neomezuje námítku započtení či podání protižaloby pouze na případy, kdy je mezi stranami uzavřena stejná rozhodčí doložka. Viz např. ustanovení čl. 7a Vienna Rule of Arbitration and Conciliation.

⁴⁴ Viz ustanovení § 13 Řádu Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR.

⁴⁵ K obdobnému závěru dospěli i rozhodci rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR v rámci rozhodnutí Rsp 9/95, jehož předmětem byl spor vzniknuv ze smlouvy o generální opravě letadel a následně v rámci protižaloby spor vyplývající ze smlouvy zastupitelské. Rozhodci své stanovisko odůvodnili tím, že ex lege se rozhodčí doložka vztahuje i na nároky s žalobou související. *Retrospektiva*, 1995. s. 16.

⁴⁶ Příkladem takového ustanovení může být např. doložka:...if any dispute arises in connection with the main contract and the contractor is of the opinion that such dispute touches or concerns the subcontract works, then provided that an arbitrator has not already been agreed or appointed in pursuance of the preceding sub-clause, the contractor may by

doložku na základě konkrétních okolností, přesného vymezení a postavení potenciálních stran řízení.

Literature:

- Whitesell, A. M., Silva-Romero, E. Multiparty and Mulicontract Arbitration: Recent ICC Experience. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, s. 5.
- Piltz, A. Společné podniky podle českého a mezinárodního obchodního práva. Právní praxe v podnikání, 1997, č. 1, s. 15.
- Nesnídal, J. Sdružení-konsorciium, zájmové sdružení práv. osob, občanské sdružení, tiché spol., holding, joint venture. Ekonom, 1997, č. 22, s. 59.
- Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 9. vydání, Praha: C. H. Beck, 2004, s. 1238 a násl.
- Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 3. vydání, Praha: Linde, 2004, s. 158–159.
- Knapp, V. K některým sporným otázkám pravomoci rozhodčího soudu Čs. obchodní komory. Časopis pro mezinárodní právo, 1960, s. 16–17.

notice in writing to the subcontractor require that any such dispute under this subcontract shall be dealt with jointly with the dispute under the main contract in accordance with the provisions of clause 66 thereof. In connection with such joint dispute the subcontractor shall be bound in like manner as the contractor by any decision of the engineer or any award by an arbitrator. Okuma Kazutake Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration. Annual Survey of International & Comparative Law, Golden Gate University School of Law, 2003, s. 189-225.

⁴⁷ Příkladem takového vyloučení je např. návrh rozhodčí smlouvy, jež by měla být uzavřena mezi účastníky joint venture:

2.2. No additional party shall become a party to any Project Document or to a contract referred to in Article 2. 3. hereof, unless such person becomes a subscribing party to this Agreement by executing a counterpart hereof. Wetter, J. G. A multi-party arbitration schneeme for international joint ventures. Arbitration International, 1987, č. 1, s. 2–13.

- Vích, J. Využití smlouvy o sdružení k přípravě a realizaci dodávek pro investiční výstavbu. *Právní rádce*, 2002, č. 5, s. 27.
- Van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1993, s. 140 – 142.
- Devolvé, J.-L. Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de cassation. *Arbitration International*, 1993, č-2, s. 200.
- Schwartz, E. A. Multi-Party Arbitration and the ICC. *Journal of International Arbitration*, 1993, č. 3, s. 2–20.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet and Mawxell, 2004, s. 201.
- Leboulanger, P. Multi-Contract Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1996, č. 4, s. 47–97.
- Dubisson, M. Arbitration in Subcontracts for International Projects. *Journal of International Arbitration*, 1984, č. 3, s. 197–207.
- Nicklich, F. Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects. *Journal of International Arbitration*, 1995, č. 4, s. 59.
- Platte, M. When Should an Arbitrator Join Cases? *Arbitration International*, 2002, č. 1, s. 70.
- Bernini, G. Arbitration in Multi-Party Business Disputes. *Yearbook Commercial Arbitration*, 1980, s. 291–300.
- Frick, J. G. Arbitration and Komplex International Contracts. Curych: Kluwer Law International, SchulthessJuristische Medien AG, 2001, s. 238.
- Branson, D., J., Wallace, R., E. Court-Ordered Consolidated Arbitration in the United States: Recent Authority Assures Parties the Choice. *Journal of International Arbitration*, 1998, č. 1, s. 89–94.
- Bureš, J., Drápal, L., Mazanec, M. *Občanský soudní řád. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 39.

- Okuma Kazutake Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration. Annual Survey of International & Comparative Law, Golden Gate University School, 2003, s. 189-225.

Contact – email

miluse.hrncirikova@upol.cz

SPECIFIKA ARBITRÁŽE V ANGLOAMERICKÉM PRÁVU

RADKA CHLEBCOVÁ - KARLA HÝBLOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá zvláštnostmi a postupy, s nimiž je možné se setkat v rozhodčím řízení, které se koná některé ze zemí angloamerického právního systému. Tudiž cílem tohoto příspěvku není provést vyčerpávající srovnání angloamerického a kontinentálního způsobu vedení rozhodčího řízení, ale vybrat několik zajímavých postupů, doktrín či přístupů, typických pro jednu či více zemí angloamerického právního systému.

Prvním takovýmto postupem zkoumaným v tomto příspěvku je tzv. „*special case*“, který se těšil značnému vlivu v anglickém právu a do dnešních dnů přetrval v právu irském. Umožňuje účastníkovi požadovat v kterékoliv fázi rozhodčího řízení, aby právní otázka byla rozhodnuta státním soudem. Protože uplatňování této procedury vyústilo v poměrně široké uplatňování kontrolních pravomocí ze strany státních soudů, byla podrobena kritice a nakonec z větší části opuštěna. Dnes může být rozhodčí nález napadnut co do právního posouzení věci na základě čl. 69 zákona o rozhodčím řízení z roku 1996, avšak pouze se souhlasem obou stran sporu nebo se svolením soudu.

Dalším kontroverzním tématem se zdá být řešení otázky, zda třetí osoba, která není smluvní stranou rozhodčí smlouvy, může být přesto účastníkem rozhodčího řízení. Mezi různými přístupy k řešení tohoto problému stojí a zmínku jeden, který je uplatňován soudy v USA – aplikace doktríny *estoppelu*. Důvodem, proč tato doktrína poutá pozornost je skutečnost, že v důsledku její aplikace třetí osoba nemusí souhlasit se svým účastenstvím v rozhodčím řízení; proto je rovněž označována za „alternativu ke konsenzu“.

V neposlední řadě tento příspěvek poukazuje na některá rozhodnutí soudů v USA, která odráží poněkud nekonvenční přístup k otázce uznání a výkonu rozhodčích nálezů dle NewYorské úmluvy. V důsledku spíše svérázného výkladu ustanovení úmluvy soud rozhodl, že aplikace procesní doktríny jako *forum non conveniens* může být důvodem pro odmítnutí výkonu jinak vykonatelného rozhodčího nálezu. V jiných případech zase soudy došly k závěru, že nemají osobní příslušnost ve vztahu k cizímu účastníkovi a z tohoto důvodu odmítly nařídít výkon rozhodčího nálezu. V obou těchto nastíněných případech se odůvodnění zdá být ve světle úmluvy poměrně sporné.

Key words in original language

Rozhodčí řízení; special case; estoppel; třetí osoba; výkon rozhodčího nálezu; New Yorská úmluva.

Abstract

This paper focuses on some specific features and procedures we may be faced with in arbitration, which takes place in one of the Common law countries. Therefore the purpose of this paper is not to provide an exhaustive comparison of Continental and Common law arbitration, but to pick up some interesting procedures, doctrines and approaches, typical for one or more Common law countries.

The first such a procedure examined in this paper is so called „*special case*“, which used to be influential in English law and still survives in Irish law. This procedure enables any party to request at any stage of an arbitration proceeding the matter of law to be decided by the state court. Because this procedure resulted in extensive control of the state courts over the arbitration, it was criticized and in English law mostly abandoned. Nowadays, the arbitration award may be challenged by an appeal to the court of law on a question of law on conditions stated in the section 69 of the Arbitration Act 1996, but only with the agreement of both parties to the proceedings or with a leave of the court.

Another controversial topic seems to be whether the third party, which is not a party (signatory) of the arbitration agreement, may nevertheless be bound to arbitrate. Among different approaches to this problem there is one taken by the US courts that should be considered - application of the doctrine of *estoppel*. The reason, why this doctrine draws attention, is that as a result of its application the third party does not have to agree to be a party to the arbitration; therefore it is also described as an „alternative to consent“.

Last but not least, this paper points to some decisions of US courts which reflect the unconventional practice in connection with recognition and enforcement of foreign award in accordance with the New York Convention. Due to rather original interpretation of the provisions of the Convention the US court came to conclusion, that the procedural doctrines such as *forum non conveniens* are permissible ground for non-enforcement of otherwise valid New York Convention awards. In other cases, the courts concluded that they lacked the personal jurisdiction over the foreign respondent, and thus could not enforce the award. Both reasonings seem to be in the light of the Convention quite disputable.

Key words

Arbitration; special case; estoppel; non-signatories; enforcement of award; New York Convention.

1. Úvod

Není pochyb o tom, že rozhodčí řízení je do značné míry utvářeno procesními normami státu, v němž se koná. Právní regulace v jednotlivých právních řádech se pak liší v tom, do jaké míry či zda vůbec přenechává určení těchto norem autonomii vůle účastníků rozhodčího řízení, nebo diskreci samotných rozhodců. Rozdílný je taktéž rozsah kontrolních pravomocí soudů ve vztahu k rozhodčímu řízení. Nemalý vliv na tyto

otázky má rovněž okolnost, zda se stát hlásí ke kontinentální či angloamerické právní tradici.

V rámci tohoto příspěvku, v němž je věnována pozornost rozhodčímu řízení v angloamerickém právu, jsou rozebrány tři zajímavé situace, s nimiž je možné se setkat ať již v rámci rozhodčího řízení samotného, či posléze ve fázi přezkumu či dokonce uznání cizího rozhodčího nálezu, a to v právu anglickém a v právu USA – jde o tzv. *special case procedure* uplatňovanou v právu anglickém, otázku založení účastenství v rozhodčím řízení na základě doktríny *estoppelu* v právu USA a konečně problematiku aplikace tuzemských procesních norem při uznání cizího rozhodčího nálezu před soudy v USA.

2. Tzv. *Special case procedure*

Rozhodčí řízení ve Velké Británii je historicky založeno na silné kontrolní moci anglických soudů ve vztahu k soudům rozhodčím a rozhodčímu řízení. Na rozdíl od řady jiných zemí, které se snaží rozhodčí řízení chápat jako plnohodnotnou alternativu soudního řízení, bylo a částečně stále ještě je rozhodčí řízení ve Velké Británii spíše tolerovanou a pečlivě kontrolovanou možností „nižšího řádu“.

2.1 Historický vývoj:

Dle zákona o rozhodčím řízení z roku 1950 neměli rozhodci výlučnou pravomoc. Strana mohla v každém okamžiku žádat, aby byla právní otázka týkající se merita sporu předložena státnímu soudu (*special case*), jenž o ní rozhodl rozsudkem. Vyloučení této možnosti ve smlouvě stran bylo v rozporu s veřejným pořádkem. Došlo tak k rozdělení pravomoci mezi soudy a rozhodce. Bylo nicméně často kritizováno, neboť vedlo k častému zneužití a prodlužování rozhodčího řízení. Soudy byly dle rozhodčího zákona z roku 1950 oprávněny zrušit rozhodčí nález pro chyby v právních i faktických otázkách. Strach rozhodců ze zrušení rozhodčího nálezu se projevil tím, že rozhodci přestali rozhodčí nález odůvodňovat a odůvodnění bylo raději včleněno do zvláštního dokumentu.^[1]

V roce 1979 byla zrušena možnost *special case* postupu v průběhu samotného rozhodčího řízení. Nadále mohl rozhodčí nález z hlediska případných právních vad přezkoumávat pouze High Court. Obrátit se na High Court bylo nově možné až po vydání rozhodčího nálezu. Bylo na uvážení High Court, zda odvolání povolí a projedná. Běžně se tak činilo pouze tehdy, pokud právní otázka měla vzhledem ke všem okolnostem případu zásadní význam pro rozhodnutí ve věci a mohla podstatně ovlivnit práva a povinnosti stran. Možnost odvolání mohla být nově vyloučena ujednáním stran ve smlouvě. Aby bylo odvolání efektivní, mohl High Court po rozhodčím soudu požadovat dodání odůvodnění rozhodčího nálezu. Postupně se tak vydávání rozhodčího nálezu s odůvodněním stávalo běžné. Omezení silné kontrolní pravomoci státních soudů vůči rozhodčímu řízení přinesl až zákon o rozhodčím řízení z roku 1996.^[2]

2.2 Stávající podoba tzv. *special case procedure*:

Special case procedure je v současné době upravena v § 69 Arbitration Act 1996. Navazuje na právní úpravu obsaženou v Arbitration Act 1979. Ačkoli se v průběhu přípravy Arbitration Act 1996 se ozvaly hlasy, které navrhovaly úplné zrušení *Special case procedure* [3], rozhodl se nakonec Poradní výbor pro nový zákon o rozhodčím řízení (Departmental Advisory Committee) tento postup zachovat. Ve srovnání s dřívějšími úpravami však došlo k omezení *Special case procedure* pouze na právní otázky. [4]

Předpoklady pro uplatnění *special case procedure*:

- Strany se dovolávají právní otázky, která
- Vyvstala přímo z platného rozhodčího nálezů
- Strany možnost odvolání se k státnímu soudu nevyloučily
- Strany vyčerpaly veškeré opravné prostředky v rámci rozhodčího řízení
- Strany se na *special case* postupu v konkrétním případě shodnout nebo soud *special case* postup povolí.

Angloamerické právní systémy striktně rozlišují mezi otázkami právními a otázkami skutkového stavu. Odvolání dle § 69 Arbitration Act 1996 je možné podat pouze tehdy, pokud se jedná o právní otázku. Právní otázka přitom musí vyvstat přímo z platného rozhodčího nálezů a nikoli např. z mezitímního rozhodčího nálezů.

Z rozhodnutí ve věci *Fence Gate Ltd v NEL Construction Ltd* vyplynulo, že právní otázky v rámci rozhodčího a v rámci soudního řízení není vždy to samé. [5] První otázka se obecně týká interpretace právního předpisu, právních principů nebo např. smluvních ustanovení. Jestliže byla rozhodům dána jistá diskreční pravomoc, rozhodci ji mají řádně vykonat a respektovat její mezi. Pokud je sporné, zda ji rozhodci svým jednáním překročili, jedná se v souladu s tímto rozhodnutím o právní otázku, neboť se to dotýká samotné pravomoci rozhodců a toho, zda rozhodci postupovali v souladu s právem.

První otázkou naopak není, pokud se rozhodčím nálezem rozhodne o paušalizované náhradě škody a skutečná škoda je poté mnohem vyšší. Plyne to z rozhodnutí ve věci *BMBF (No 12) Ltd v Harland and Wolf Shipbuilding and Heavy Industries Ltd*, kde rozhodlo o náhradě škody, jejíž výše by byla založena na předpokládávané výši škody [6]. Skutečnost, že skutečná výše škody byla později vyšší, nebyla dostačující jako důvod pro podání odvolání k státnímu soudu.

Zatímco dle dřívější právní úpravy bylo možné podat odvolání k státnímu soudu i tehdy, pokud se strany domnívaly, že rozhodci neměli pro vydání

rozhodčího nálezu dostatek důkazů, byla tato možnost v Arbitration Act 1996 zrušena. Pokud by však rozhodci rozhodli zcela bez důkazů, je odvolání i nadále možné.

Pokud je rozhodným právem pro řešení sporu jiné právo než anglické, je nutné respektovat, že anglické právo považuje rozdělení otázek na skutkové a právní v souladu s jiným prvním řádem za otázku skutkovou. Odvolání dle § 69 proto v tomto případě, kdy je rozhodným právem právní řád jiného státu nepřichází do úvahy.^[7] I když anglické právo vychází z předpokladu, že cizí právo je shodné jako právo anglické, dokud není prokázán opak, neznamená to, že by se v konkrétním případě aplikovalo anglické právo a že by byla otevřena možnost podat odvolání. Toto bylo rozhodnuto mimo jiné ve věci *Reliance Industries Ltd v Enron Oil and Gas India Ltd and oil and Gas Natural Corp*, kde se strany dohodly na tom, že rozhodným právem bude právo indické. Rozhodčí soud použil při rozhodnutí principy anglického stavebního práva, které jsou stejné, jako principy indického stavebního práva. Aplikoval tak nikoli anglické právo, ale právo indické a možnost odvolání byla vyloučena.

Ze znění čl. 69 Arbitration Act 1996 je zřejmé, že toto ustanovení není kogentním („nedohodnou-li se strany jinak...“). Smluvní strany tedy mohou přímo do textu rozhodčí smlouvy nebo rozhodčí doložky zakotvit, že vylučují možnost odvolání se k státnímu soudu. Vedle možnosti výslovného vyloučení možnosti odvolání se je také možné, že k tomuto vyloučení dojde pomocí odkazu na pravidla některého stálého rozhodčího soudu. Pokud strany sice možnost *Special case procedure* výslovně nevyloučí, ale odvolají se v rozhodčí smlouvě například na ICC pravidla, která silně limitují možnost státního soudu přezkoumat rozhodčí nález, považuje se to také za „jinou dohodu stran“ a tedy vyloučení možnosti soudního přezkumu. Podobně bude působit také dohoda stran o tom, že rozhodčí soud může vydat nález bez odůvodnění.

Předtím, než se strany přistoupí k podání odvolání do rozhodčího nálezu, je nutné, aby byly vyčerpány všechny opravné prostředky dostupné v rámci rozhodčího řízení. Odvolání je možné podat pouze ve lhůtě 28 dní po vydání rozhodčího nálezu nebo poté, kdy se strana dozvěděla o výsledku řízení o opravném prostředku v rámci rozhodčího řízení.

V konkrétním případě je pro využití možnost *special case* dále nutné, aby se strany buď na tomto postupu shodly, nebo pokud se neshodnou, aby jej soud povolil. Dohoda stran může být učiněna buď společně se sepsáním rozhodčí dohody, nebo později po vzniku sporu. V případě, že se strany nedohodnou a že *special case procedure* není již vyloučena zněním rozhodčí dohody, je možné se obrátit na soud a požádat je o povolení podat odvolání. Soud souhlasí vydá, pokud^[8]:

- Posouzení právní otázky je takového charakteru, že se může podstatně dotknout práv stran sporu

- Jedná se o otázku, o níž měl rozhodčí soud rozhodnout
- Je to vhodné s ohledem na všechny okolnosti případu a
- Na základě skutkového dokazování je
 - rozhodčí nález je evidentně špatný nebo
 - o něm existují odůvodněné pochybnosti a současně je dán veřejný zájem na řádném rozhodnutí.

Bude-li možnost odvolání povolena, může soud rozhodčí nález potvrdit, změnit, v celém rozsahu nebo v části zrušit, popřípadě vrátit rozhodčímu soudu k novému rozhodnutí. V posledním případě by rozhodčí soud měl rozhodnout ve světle toho, jak rozhodl státní soud v rámci odvolacího řízení. Možnost zrušení rozhodčího nálezu je považována za krajní řešení.

Rozhodnutí soudu o odvolání proti rozhodčímu nálezu je rozhodnutím soudu prvního stupně, proti kterému lze podat klasické odvolání.[\[9\]](#)

3. Estoppel jako podklad pro účastenství v rozhodčím řízení

3.1 Obecné úvahy k *estoppelu*

V této části tento příspěvek konfrontuje ustálenou představu o tom, že rozhodčí řízení spočívá na konsenzu, když uzavřením smlouvy se její smluvní strany vzdávají svého práva, aby věc byla projednána u příslušného soudu. Realitou však je, že v rozhodčím řízení jsou často projednávány spory mezi právníckými osobami či jednotlivci, jež nikdy rozhodčí smlouvu neuzavřeli. Na jedné straně tak právo klade často rozličné požadavky na rozhodčí smlouvu, avšak na druhé straně v okamžiku, kdy jsou tyto jednou splněny, může vzniknout otázka, kdo je skutečnou stranou této smlouvy, a tedy i účastníkem rozhodčího řízení.[\[10\]](#) Tento jev se v terminologii kontinentálního právního systému označuje jako „rozšiřování“ rozhodčí smlouvy, v rámci angloamerického právního systému se pak spíše hovoří o „zapojování třetích osob, které smlouvu nepodepsaly“.[\[11\]](#) Na tyto situace však právo často vůbec nepamatuje, a tudíž ani neobsahuje žádné směrnice k jejich řešení. Rozhodci jsou pak postaveni před otázku, na základě jakého práva, popřípadě pravidla chování, takovou situaci řešit. Někdy je odpověď nalezena v národním právu, jindy se rozhodci obracejí k obecnějším zdrojům pravidel jako je *lex marcatoria*, dobrá víra či obdobné principy.[\[12\]](#) Proto řešení této otázky vnáší prvek nejistoty do mezinárodního rozhodčího řízení.

Zvláštní pozornost si pak zaslouží jedna z doktrín, které se v této souvislosti aplikují před soudy v USA, a to *estoppel*. Podstatnou zvláštností aplikace *estoppelu* je skutečnost, že třetí osoba vůbec nemusí vyjádřit svůj souhlas s účastenstvím v rozhodčím řízení, někdy proto bývá tato doktrína popisována jako alternativa ke konsenzu. V rámci angloamerického práva se *estoppel* uplatňuje v řadě oblastí práva, v nichž plní jednu základní funkci – zabráňuje účastníkovi dovolat se práv či nároků, které by jinak měl vůči

druhé straně, když v návaznosti na vlastní chování tohoto účastníka by bylo přiznání těchto práv v rozporu s ekvitou.

3.2 Rozhodovací praxe soudů USA

V rozhodnutí *International paper*[\[13\]](#) je pak objasněno, jak může být *estoppel* použit v kontextu rozhodčího řízení. V uvedeném rozhodnutí bylo judikováno, že na základě *estoppelu* strana sporu nemůže namítat, že okolnost, že nepodepsala písemnou smlouvu, která obsahuje rozhodčí doložku, způsobuje nepoužitelnost této doložky, pokud se zároveň dovolává uplatnění jiných ustanovení této smlouvy ve svůj prospěch. Jinými slovy se tedy účastník nemůže odmítnout podrobit rozhodčímu řízení dle rozhodčí doložky obsažené ve smlouvě, na základě níž tento účastník získává určitý přímý prospěch.

Obdobně byl *estoppel* aplikován rovněž v případě *Fluor Daniel Intercontinental, Inc.*[\[14\]](#), v němž byl řešen spor dvou koncernů, které spolupracovaly na výstavbě elektrárny v Saudské Arábii. Některé dílčí společnosti z těchto koncernů mezi sebou uzavřely smlouvy obsahující rozhodčí doložky, zatímco jiné uzavřely smlouvy bez rozhodčích doložek. S tvrzením, že při uzavírání smlouvy byly uvedeny v omyl, se některé ze společností obrátily na soud se svým nárokem na náhradu škody, který však uplatňovaly vůči dceřiným společnostem společností, jež podepsaly předmětné smlouvy. Soud nařídil, aby věc byla projednána v rozhodčím řízení, a to s odůvodněním, že strany se na jedné straně nemohou dovolávat určité smlouvy v případě, kdy je jim ku prospěchu, a na druhé straně zavrhnout tuto smlouvu i s rozhodčí doložkou, pokud se domnívají, že je pro ně nevýhodná.

Dále pak v případě *Southern Illinois Beverage*[\[15\]](#) byl rozhodován spor vyplývající z distributorských vztahů. Rozhodčí doložka byla obsažena v hlavní distributorské smlouvě, avšak ne v navazující sub-distributorské smlouvě. Na základě tvrzeného vadného ukončení hlavní distributorské smlouvy podal „sub-distributor“ žalobu k soudu proti výrobcí. Soud však nařídil, aby věc byla projednána v rozhodčím řízení, a to i přesto, že sub-distributorská smlouva neobsahovala rozhodčí doložku, a to opět v návaznosti na aplikaci *estoppelu*.

Konečně v rámci rozhodování případu *Grigson*[\[16\]](#) byl judikován druhý způsob aplikace *estoppelu*, a to za podmínky, že účastník smlouvy, která obsahuje rozhodčí doložku, uplatní nároky z důvodu tvrzeného protiprávního jednání třetí osoby a jednoho či více účastníků předmětné smlouvy a jednání těchto osob je přitom významně propojené a závislé. Pak se stává účastníkem rozhodčího řízení rovněž třetí osoba, byť nebyla účastníkem původní smlouvy.

Nicméně závěr uvedený v tomto rozhodnutí, ač byl potvrzen v dalších rozhodnutích jako *Hill*[\[17\]](#) a *Westmoreland*[\[18\]](#), není přijímán zcela jednoznačně, zejména v akademických kruzích, neboť opouští tradiční požadavky spojené s aplikací *estoppellu*, tedy uvedení v omyl a zároveň důvěra v jednání druhé strany pokud jde o účastníka, který se *estoppelu* dovolává.

4. Uznání cizího rozhodčího nálezu před soudy v USA

4.1 Právní regulace problematiky uznání rozhodčích nálezů

Rozhodčí a soudní řízení nejsou rovnými partnery, což se mimo jiné projevuje též ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu, kde se rozhodčí řízení bez asistence soudů neobejde. V rámci práva USA jsou tyto pomocné funkce soudů zakotveny v federálním zákonu o rozhodčím řízení z roku 1925 (*Federal Arbitration Act*, dále jen „FAA“). Mimo formálního stanovení právního rámce pro rozhodčí řízení však vždy bylo poukazováno na potřebu, aby právní rámec byl spolehlivý, což především znamenalo nutnost zajištění konzistentní a jednotné interpretace zákonných ustanovení vztahujících se k rozhodčímu řízení. Dosažení tohoto cíle se však značně zkomplikovalo v okamžiku, kdy USA přistoupily k Úmluvě o uznání a výkonu rozhodčích nálezů z 10.června 1958 (dále jen „Úmluva“), neboť zde vznikly dva rozdílné právní režimy, domácí a mezinárodní, dopadající na rozhodčí řízení[19]. Touto problematikou se soud zabýval v případě *Lloyd's London*[20] v němž vyjádřil závěr, že Úmluva i implementující federální legislativa vyjadřují jasný federální zájem na tom, aby pravidla, na základě nichž jsou rozhodčí smlouvy vykonatelné, byla jednotná; tento požadavek na jednotnost v těchto otázkách ukazuje na mimořádný zájem federální vlády na tom, aby její smluvní povinnost zajistit vynutitelnost rozhodčích smluv, které spadají pod Úmluvu, našla svůj odraz ve spolehlivé a konzistentní interpretaci národních soudů. Realita je nicméně taková, že vztah mezinárodní úpravy obsažené v Úmluvě a národního práva je značně problematický, když výsledky jednotlivých střetů mohou být přinejmenším překvapivé, jak bude demonstrováno níže na několika soudních rozhodnutích vztahujících se k problematice uznání a výkonu rozhodčích nálezů.

V souvislosti s výkonem rozhodčích nálezů funguje Úmluva na principu „plné důvěry“, povinnost uznat rozhodčí nález je omezena pouze důvody taxativně vymezenými v čl. V. Ustanovení čl. III Úmluvy pak konkrétně stanoví následující:

Každý smluvní stát uzná rozhodčí nález za závazný a povolí jeho výkon podle předpisů o řízení, jež platí na území, kde je nález uplatňován, za podmínek stanovených v následujících člancích. Pro uznání rozhodčích nálezů, na něž se vztahuje Úmluva, nebudou stanoveny podstatně tíživější podmínky nebo vyšší soudní poplatky, než jsou stanoveny pro uznání a výkon rozhodčích nálezů místních (národních).

Z uvedené formulace mimo jiné vyplývá, že uznání se provádí podle procesních norem státu, v němž je žádáno o uznání rozhodčího nálezu. Mezi tyto normy se pravidelně řadí rovněž pravidla upravující příslušnost soudů.

Otázkou je, do jaké míry tyto procesní normy mohou mít vliv na uznání jinak vykonatelného rozhodčího nálezu.

K implementaci Úmluvy do národního práva došlo v části 9 kapitoly druhé U.S.Code prostřednictvím čl. 201, přičemž čl. 202 až 208 obsahují „prováděcí“ ustanovení k Úmluvě. Otázka uznání a výkonu rozhodčích nálezů je pak zakotvena v čl. 207 Úmluvy, a to následovně[21]:

Ve lhůtě do tří let od vydání rozhodčího nálezu, na nějž se vztahuje Úmluva, může jakýkoliv účastník rozhodčího řízení požádat u soudu, který je příslušný dle této kapitoly, o uznání rozhodčího nálezu proti jakémukoliv jinému účastníkovi tohoto rozhodčího řízení. Soud uzná tento rozhodčí nález, pokud zde není důvod pro odmítnutí nebo odklad uznání nebo výkonu rozhodčího nálezu, který vyplývá z uvedené Úmluvy.

Možnost žádat uznání rozhodčího nálezu je tedy omezeno lhůtou tří let ode dne, kdy byl rozhodčí nález vydán. V této souvislosti je nutno podotknout, že v souladu s ustanovením čl. 9 FAA podléhají rovněž domácí rozhodčí nálezy zvláštní proceduře uznání, a to dokonce ve lhůtě pouze jednoho roku ode dne vydání rozhodčího nálezu[22], nejde tedy o pravidlo, které by zatěžovalo pouze rozhodčí nálezy cizí. Dále je v citovaném ustanovení obsažen výslovný příkaz uznat rozhodčí nález, pokud zde není důvod pro odmítnutí stanovený v Úmluvě. Přesto budou níže uvedena tři rozhodnutí soudů USA, v nichž byl tento příkaz porušen.

4.2 *Base Metal*[23]

V tomto případě šlo o spor společnosti zabývající se obchodem s materiály, které se používají k výrobě hliníku, a výrobcem hliníku. Rozhodčí řízení se konalo v Rusku a byl vydán rozhodčí nález, který ukládal výrobcí hliníku plnit druhé společnosti částku 12 milionů dolarů. Oprávněná strana pak žádala o uznání a výkon tohoto rozhodčího nálezu v USA, neboť se chtěla hojit na zásilce hliníkových plechů, která měla dorazit do Baltimoru.

Žádost o uznání rozhodčího nálezu však byla zamítnuta z důvodu nedostatku osobní příslušnosti, neboť jediným kontaktem mezi forem a dlužníkem byla tato jediná dodávka hliníku, přičemž tato dodávka nijak nesouvisela se sporem, jenž byl předmětem rozhodčího řízení. Soud mimo to uvedl, že prohlásit svou příslušnost v této záležitosti by bylo nepřiměřené. Konkrétně pak uvedl: „proč by měly být omezené zdroje federálních soudů vynaloženy na rozhodování sporu mezi dvěma cizími společnostmi s minimálním nebo žádným vztahem k naší zemi.“

Odvolací soud pak judikoval, že rozhodčí nálezy spadající pod Úmluvu mohou být vykonány vůči účastníkům, kteří mají alespoň minimální kontakty s forem, jinak by se řízení mohlo dostat do rozporu s tradičním pojetím spravedlnosti a férovosti. Odvolací soud pak dále potvrdil, že pouhá přítomnost zadržovaného majetku v Marylandu nezakládá příslušnost, pokud zde není žádný vztah mezi majetkem a předmětem řízení.

4.3 *Glencore Grain*[\[24\]](#)

Holandská společnost se domáhala uznání rozhodčího nálezu, který spadal pod Úmluvu a byl vydán v Anglii, proti indickému vývozcí rýže. I když byly předloženy důkazy o tom, že indická společnost příležitostně obchodovala s obchodníky z Kalifornie, dokonce tam působil i její obchodní zástupce, neměla v Kalifornii žádný majetek v době, kdy byla žádost podána, proto byla tato žádost zamítnuta. Bylo nicméně judikováno, že výsledek mohl být odlišný, pokud by dlužník měl majetek ve státě fora, a to bez ohledu na to, zda se tento majetek vztahoval k předmětu sporu či nikoliv. V tomto ohledu tedy bylo rozhodnutí *Base Metal* překonáno. I odvolací soud nicméně bez dalšího odmítl, že by mohl být příslušný k rozhodování o uznání i přesto, že zde není žádný majetek ve státě fora.

4.4 *Monegasque*[\[25\]](#)

I v tomto případě byla odmítnuta žádost o uznání rozhodčího nálezu, avšak z odlišných důvodů, než v předchozích případech. Společnost vstoupila do práv proti ukrajinské právnické osobě s názvem Naftogaz, která byla prakticky nástrojem v rukou ukrajinské vlády (ta však nebyla stranou rozhodčí smlouvy). Vystala pak otázka, zda Ukrajina může být povinna plnit na základě tohoto rozhodčího nálezu, a to z důvodu, že předmětnou osobu fakticky ovládá a řídí. Soud měl v tomto případě za to, že bude lépe, když tuto otázku rozhodnou ukrajinské soudy, a žádosti nevyhověl na základě aplikace doktríny *forum non conveniens*.

Odvolací soud pak toto rozhodnutí potvrdil s odůvodněním, že ukrajinské soudy jsou nejen adekvátním forem pro řešení vztahu ovládnutí, ale rovněž Ukrajina má mnohem více než USA zájem na řešení otázky výkonu tohoto rozhodčího nálezu.

Pokud jde o přípustnost aplikace samotné doktríny *forum non conveniens*, soud došel k závěru, že použití této doktríny je možné a dovolené, neboť pokud jde o aplikaci procesních pravidel, jediné omezení obsažené v Úmluvě je podmínka, aby procesní pravidla použitá v případě cizích rozhodčích nálezů nebudou podstatně nevýhodnější než ty aplikované na domácí nálezy. Bylo pak poukázáno, že ve vztahu k domácím nálezům se tato doktrína rovněž použije, podmínky pro uznání v obou případech jsou tedy rovnocenné.

4.5 Několik úvah k rozhodovací praxi soudů

Je nutné podotknout, že všechna tři uvedená rozhodnutí vyvolala značné překvapení v odborné veřejnosti spíše zvyklé na politiku „pro-výkon“ rozhodčích nálezů. Samotný výklad čl. III Úmluvy provedený v rámci těchto rozhodnutí jde proti smyslu Úmluvy, neboť toto ustanovení se evidentně týká formy nařízení výkonu rozhodčího nálezu, nemá však stanovit další podmínky pro nařízení výkonu, které fakticky představují procesní překážky k jeho dosažení. Nelze však říci, že by tento přístup soudů v USA byl vnímán jednoznačně negativně. Důvodem je skutečnost, alespoň

pokud jde o první dva popsané případy, že zde dochází k interakci mezi Úmluvou a jejími implementačními ustanoveními na straně jedné a Ústavou Spojených států amerických na straně druhé. Pokud pak vezmeme v úvahu čistě hledisko národního práva, ústava stojí nad mezinárodními smlouvami. Na jedné straně tak jsou soudy v USA povinny, pokud to je možné, zabránit tomu, aby se USA dostaly do rozporu se závazky vyplývajícími z mezinárodních smluv, avšak zároveň jsou bez dalšího povinny rozhodovat v souladu s ústavou. Ústava pak zakotvuje pravidlo, podle kterého je zakázáno, aby kdokoliv byl zbaven majetku bez „řádného procesu“ (*due process of law*). V kontextu civilního řízení je pak toto pravidlo vykládáno Nejvyšším soudem Spojených států tak, že před soudy USA mohou být rozhodovány spory, týkající se práv cizího žalovaného, pouze pokud má tento žalovaný alespoň „minimální kontakty“ s forem, takže řízení není v rozporu s tradičním pojetím spravedlnosti a férovosti; i když soud zjistí, že zde jsou minimální kontakty s forem, v souladu s pravidlem „řádného procesu“ musí být výkon jurisdikce nad žalovaným přiměřený.^[26]

Uvedený výklad je snadno akceptovatelný v případě meritorního rozhodování sporů, jak však bylo konstatováno v případě *Int'l Standard Elec. Corp.*^[27] řízení o uznání není prvotní řízení, ale svou povahou se spíše blíží řízení vykonávacímu po vydání rozhodnutí. Sám Nejvyšší soud pak jasně rozlišuje mezi předpoklady pro stanovení příslušnosti soudů pokud jde o řízení o meritu sporu na straně jedné a o řízení o výkonu rozhodnutí vydaného kompetentním forem na straně druhé.^[28] Výše uvedená rozhodnutí nicméně dokládají, že do rozhodovací praxe související s uznáním rozhodčích nálezů toto rozlišování zatím neproniklo.

Jako ještě kontroverznější se pak jeví aplikace doktríny *forum non conveniens* v třetím předestřenému případě, neboť tato doktrína nespočívá na ústavním základě. Podstatou této doktríny je zkoumání soudu, pravidelně na návrh některého z účastníků řízení, zda zde existuje vhodnější alternativní forum. Je-li existence takového fora zjištěna, soud posuzuje soukromé i veřejné zájmy, aby pak určil, které forum je vhodnější k řešení dané otázky. Nicméně v případě, že soud vysloví svou nepřislusnost, nejde o definitivní odmítnutí uznání rozhodčího nálezu – pokud by se totiž cizí soud odmítl záležitostí zabývat, znamenalo by to, že alternativní forum neexistuje, a žadatel by pak musel opětovně žádat o uznání před soudy v USA.^[29]

Všechny tři uvedené případy je však nutno posuzovat ve světle výše citovaného ustanovení čl. 207 U.S.C., který stanoví tříletou lhůtu k podání žádosti o uznání rozhodčího nálezu. Reálným a fatálním důsledkem odmítnutí příslušnosti ať již z důvodu nedostatku osobní příslušnosti, či aplikace *forum non conveniens doctrine*, je pak nemožnost žádat o výkon rozhodčího nálezu po uplynutí této lhůty, a to i v případě, že později se objeví ve státě fora majetek, nebo bude zjištěno, že alternativní forum neexistuje. Dalším neméně závažným důsledkem je pak skutečnost, že ve vztahu k předmětu rozhodčího řízení v případě neuznání rozhodčího nálezu nevzniká překážka věci rozsouzené.

5. Závěr

Závěrem nezbyvá než opětovně poukázat na význam procesních norem fora, a to jak pokud jde o průběh rozhodčího řízení samotného, tak i pokud jde o realizaci kontrolních pravomocí soudů nebo později též problematiku uznání rozhodčího nálezu.

Výše nastínění situace mohou být pro účastníky rozhodčího řízení mnohdy spíše nepříjemným překvapením, kterým nelze předejít jinak než důkladným zvážením umístění fora už při sjednávání rozhodčí smlouvy, a to i s ohledem na předpokládané místo výkonu rozhodčího nálezu. Ukazují, že tyto otázky není radno podceňovat a představují pouze několik z mnoha dobrých důvodů, proč je vhodné se o procesních normách fora, popřípadě předpokládaného místa výkonu rozhodčího nálezu důkladně a v dostatečném předstihu, nejlépe však před uzavřením rozhodčí smlouvy, informovat.

[1] Chlebcová, R., Odras doktrín rozhodčího řízení v národní legislativě. In: Dny práva – 2009 – Days od Law: the Conference Proceedings, 1. Edition. Brno: Masaryk University, 2009.

[2] Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.

[3] Důvodem kritiky byla skutečnost, že *Special case procedure* je v rozporu s principem autonomie vůle, je zdrojem dalších nákladů na řešení sporu a vede k neefektivnosti. Srov. Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice. US: Oxford University Press, 2007, p. 798 an.

[4] Dle názoru Poradního výboru pro nový zákon o rozhodčím řízení je zachování omezené možnosti odvolání v souladu se skutečností, že se strany rozhodly řešit spor před rozhodčím soudem a nikoli před soudem stálým. Strany se tak dohodly, že právo má být řádně aplikováno rozhodčím soudem, s tím důsledkem, že pokud se takto nestane, rozhodčí soud nedospěl k výsledku předvídanému rozhodčí smlouvu. Srov. Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice. US: Oxford University Press, 2007, p. 798 an.

[5] Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice. US: Oxford University Press, 2007, p. 803 an.

[6] typické pro angloamerické pojetí náhrady škody, kdy se strany dohodnou ve smlouvě na paušalizované náhradě škody (tzv. *preestimated amount of damages*)

[7] Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice. US: Oxford University Press, 2007, p. 800 an.

[8] Srov. § 69 odst. 3 Arbitration Act 1996.

- [9] Srov. § 69 odst. 7 a 8 Arbitration Act 1996.
- [10] Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [11] Park, William W. Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma. In Multiple Party Actions in International Arbitration [online]. USA: Oxford University Press, 2009 [cit. 2010-11-17]., p. 1-31. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf.
- [12] Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [13] International Paper Company v Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH 206 F.3d 411. Citováno z: Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [14] Fluor Daniel Intercontinental, Inc. v. General Electric Co., Inc No. 98-Civ. 7181 (WHP). Citováno z: Park, William W. Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma. In Multiple Party Actions in International Arbitration [online]. USA: Oxford University Press, 2009 [cit. 2010-11-17]., p. 1-31. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf.
- [15] Southern Illinois Beverage v. Hansen Beverage Co., 2007 WL 3046273 (S.D. Ill. 2007). Citováno z: Park, William W. Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma. In Multiple Party Actions in International Arbitration [online]. USA: Oxford University Press, 2009 [cit. 2010-11-17]., p. 1-31. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf.
- [16] Grigson v Creative Artists Agency L.L.C., 210 F.3d 524. Citováno z: Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [17] Hill v GE Power Systems Inc. 282 F.3d 343. Citováno z: Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [18] Westmoreland v Sadoux 299 F.3d 343. Citováno z: Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483.
- [19] Pinkston, Jarred. Toward Uniform Interpretation of the Federal Arbitration Act: the Role of 9 U.S.C. § 208 in the Arbitral Statutory

Scheme.[online] USA: Emory University School of Law, 2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/22/22.2/Pinkston.pdf>.

[20] Lloyd's London v. Argonaut Ins. Co., 500 F.3d 571, 579. Citováno z: Pinkston, Jarred. Toward Uniform Interpretation of the Federal Arbitration Act: the Role of 9 U.S.C. § 208 in the Arbitral Statutory Scheme.[online] USA: Emory University School of Law, 2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/22/22.2/Pinkston.pdf>.

[21] Pinkston, Jarred. Toward Uniform Interpretation of the Federal Arbitration Act: the Role of 9 U.S.C. § 208 in the Arbitral Statutory Scheme.[online] USA: Emory University School of Law, 2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/22/22.2/Pinkston.pdf>.

[22] Colagiovanni, Joseph; Hartmann Thomas. Enforcing Arbitration Awards.[online] 1995-2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.lectlaw.com/files/adr15.htm>.

[23] Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf.

[24] Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf.

[25] Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf.

[26] Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf.

[27] Int'l Standard Elec. Corp. v. Bridas Sociedad Anonima Petrolera, Industrial y Comercial, 745 F. Supp.172, 182. Citováno z: Pinkston, Jarred. Toward Uniform Interpretation of the Federal Arbitration Act: the Role of 9 U.S.C. § 208 in the Arbitral Statutory Scheme.[online] USA: Emory University School of Law, 2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/22/22.2/Pinkston.pdf>.

[28] Srov. rozhodnutí Shaffer v. Heitner, 433 U.S. 186, 210

[29] Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z:

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf .

Literature:

– Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.

– Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice. US: Oxford University Press, 2007, p. 798 an.

– Arbitration Act 1996, Dostupné na:

– <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, cit. 19. 11. 2010.

– Park, William W. Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma. In Multiple Party Actions in International Arbitration [online]. USA: Oxford University Press, 2009 [cit. 2010-11-17]., p. 1-31. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf .

– Brinsmead, Simon W. Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?[online] 2007 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980483 .

– Colagiovanni, Joseph; Hartmann Thomas. Enforcing Arbitration Awards.[online] 1995-2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.lectlaw.com/files/adr15.htm> .

– Park, William W.; Yanos, Alexander A. Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration. Hastings Law Journal.[online] vol. 58:251, 2006 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z:

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf.

– Pinkston, Jarred. Toward Uniform Interpretation of the Federal Arbitration Act: the Role of 9 U.S.C. § 208 in the Arbitral Statutory Scheme.[online] USA: Emory University School of Law, 2010 [cit. 2010-11-17]. Dostupné z: <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/22/22.2/Pinkston.pdf>.

Contact – email

radka.chlebcova@law.muni.cz, karla.hyblova@seznam.cz

PRAVOMOCI ROZHODCŮ Z KOMPARATIVNÍHO POHLEDU

ZBYŠEK KORDAČ

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Česká republika

Abstract in original language

Pravomoci rozhodců (rozhodčích senátů) se stát od státu liší. Existují státy, kde mají rozhodci možnost nařídit vykonatelné předběžné opatření. V některých státech mohou rozhodci též předvolávat třetí osoby jako svědky. V České republice tomu tak není-pro tyto účely je nutné obrátit se na obecné soudy. Cílem mého příspěvku je zamyslet se nad českou právní úpravou v tomto ohledu de lege ferenda.

Key words in original language

Rozhodčí řízení; pravomoc rozhodců; předběžné opatření; předvolání svědků.

Abstract

Arbitrators (arbitral tribunals) have different powers in several countries. Arbitrators in some countries are able to issue an enforceable interim measures. In some countries, arbitrators have the power to summon third parties as witnesses. Arbitrators in the Czech Republic lack such powers. They have to use assistance of the general (state) courts. The aim of my speech will be to discuss the Czech legal regulation in this respect de lege ferenda.

Key words

Arbitration; powers of arbitrators; interim measures; summon of witnesses.

Pravomoci rozhodců z komparativního pohledu

Pravomocemi, kterými se v tomto svém příspěvku budu zabývat, jsou zejména pravomoc nařídit předběžné opatření a pravomoc předvolávat svědky. Budu se věnovat zejména otázce, zda-li existují právní řády, jejichž úprava by se výrazně lišila od právní úpravy české. Nejdříve proto rekapituluji právní úpravu platnou v České republice. Poté se budu věnovat těm zahraničním právním řádům, které poskytují rozhodcům širší rozsah pravomocí, než česká právní úprava. Nakonec se zamyslím nad tím, zda by se měl český zákonodárce inspirovat v zahraničí a rozšířit pravomoci rozhodců ve zkoumané oblasti.

Oddíl I.1 Právní úprava v České republice

Česká úprava nařizování předběžných opatření

Dle platné a účinné české právní úpravy platí, že v průběhu rozhodčího řízení je možné dosáhnout nařízení předběžného opatření. Pravomoc nařídit

předběžné opatření nedává však zákon č. 216/1994 Sb, o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZRŘ**“) rozhodci či rozhodčímu senátu, ale obecnému soudu. Ustanovení §22 ZRŘ přitom nerozlišuje, zda se jedná o předběžné opatření, kterým je ukládána povinnost jedné ze stran sporu nebo zda se jedná o uložení povinnosti třetí osobě, tudíž osobě od stran sporu odlišné.

Navíc česká právní úprava obsahuje dle mého názoru neodůvodněný rozdíl v důvodech pro nařízení předběžného opatření dle ZRŘ a dle úpravy obsažené v zákoně č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**OSŘ**“). Dle §22 ZRŘ je totiž důvodem pro nařízení předběžného opatření pouze ta skutečnost, že by mohl být ohrožen výkon rozhodčího nálezu. Dle §§ 74 a 102 OSŘ je však možné nařídit předběžné opatření nejenom pokud je obava, že by výkon soudního rozhodnutí mohl být ohrožen, ale i pokud je třeba zatímně upravit poměry účastníků.

Česká právní úprava předvolávání svědků v rozhodčím řízení

Co se týče předvolávání svědků, dává ZRŘ rozhodcům možnost vyslýchat svědky, znalce či strany pouze pokud se k nim dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď.¹ Jediným způsobem, jak dosáhnout výpovědi (v případě, že ji strana navrhne k prokázání svých tvrzení), je obrátit se s dožádáním na soud dle ustanovení §20 odst. 2 ZRŘ. Takové řešení však s sebou nese negativní vliv na délku sporu a tím i efektivitu konaného rozhodčího řízení.

Je třeba též připomenout, že k takovému postupu nemají rozhodci žádnou motivaci vzhledem k tomu, že dle ustanovení §20 odst. 3 ZRŘ nesou náklady, které (obecnému) soudu v souvislosti s dožádáním vzniknou sami rozhodci, příp. stálý rozhodčí soud. Tato skutečnost může vést k neochotě rozhodců postupovat dle §20 ZRŘ, čímž může být omezena možnost stran prokázat svá tvrzení během rozhodčího řízení, když nejsou schopny dosáhnout výpovědi jiných osob, či uplatnění ediční povinnosti.

Oddíl I.2 Vybrané zahraniční právní úpravy

Za účelem zjištění, zda se v oblasti nařizování předběžných opatření a předvolávání svědků objevují výraznější rozdíly mezi národními právními řády, jsem se seznámil s úpravou těchto oblastí v právních řádech těch zemí, které považuji v oblasti rozhodčího řízení za ty významnější. Byl jimi Spojené státy americké, Velká Británie, Německo, Švýcarsko, Francie, Švédsko, Indie, Japonsko, Rakousko a Rusko. Věnoval jsem se též studiu toho, jak daná problematika upravena v dokumentech UNCITRAL či v řádech zahraničních rozhodčích soudů. Níže uvádím příklady pouze těch zemí a řádů rozhodčích soudů, jejichž právní úprava pravomocí rozhodců se výrazně odlišuje od té české.

¹ §20 odst. 1 ZRŘ

Zahraníční právní úpravy umožňující rozhodcům nařídit předběžná opatření

Právní úprava zejména v německé oblasti umožňuje rozhodcům nařídit předběžná opatření a k jejich vynucování poskytuje i státní donucení. Tak například německá právní úprava umožňuje v §1041 odst. 1² rozhodcům nařídit taková předběžná opatření, která považují za nezbytná ohledně předmětu sporu, pokud se strany nedohodnou jinak. Rozhodci však mohou požadovat na kterékoliv straně, aby poskytla zajištění v souvislosti s opatřením. Dle odst. 2 může soud na žádost strany povolit výkon takového opatření dle odst. 1.

Velmi podobná je právní úprava ve Švýcarsku. V případě porušení předběžného opatření nařízeného rozhodci dle §183 odst. 1 zákona o mezinárodním právu soukromém³ se rozhodci mohou dožadovat asistence soudu. Jak rozhodci tak soud mohou podmínit rozhodování o předběžném opatření poskytnutím zajištění.

Rakouská úprava se velmi podobá úpravám popsaným v předchozích odstavcích. Navíc však obsahuje též požadavek, aby před nařízením předběžného opatření rozhodci vyslechli i protistranu.⁴ Rakouská úprava též navíc výslovně stanoví důvody pro nařízení předběžného opatření rozhodci. Takovým důvodem je jednak obava, že vynucování nároku by jinak bylo zmařeno či významně ztíženo, jednak že existuje riziko nenapravitelné škody.

Složitější úpravu předběžných opatření má Velká Británie. Podle §38 zákona o rozhodčím řízení⁵, který platí pro Anglii, Severní Irsko a Wales, se mohou strany dohodnout na tom, že rozhodčí senát má pravomoc vydávat taková předběžná opatření, kterými zaváže strany dočasně k plnění, o němž může rozhodnout v konečném rozhodčím nález. Takovým plněním může být provedení platby či určitá dispozice s majetkem. Tato předběžná opatření mohou být vynucována buď soudy dle §42 nebo samotným rozhodčím senátem dle §41 odst. 7, např. tím způsobem, že ze skutečnosti neuposlechnutí odvodí rozhodci negativní závěry pro stranu, která neuposlechla, při rozhodování o merituu věci.⁶

Také další národní právní úpravy umožňují rozhodcům nařídit předběžná opatření, pokud se strany nedohodnou jinak. Takovými právními úpravami

² Deutsches Schiedsverfahrensrecht 1998

³ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht

⁴ §593 odst. 1 Zivilprozessordnung

⁵ Arbitration Act of 1996

⁶ „draw adverse inferences“ - viz §41 odst. 7 písm. (b) English Arbitration Act

je právní úprava švédská⁷, japonská⁸, či ruská.⁹ Tyto právní úpravy však nestanoví ničeho o možnosti domoci se výkonu předběžných opatření u státních soudů. Všechny tři úpravy pouze stanoví možnost požadovat zajištění v souvislosti s požadavkem na nařízení předběžného opatření.

Podobnost posledních třech zmiňovaných národních právních úprav vyplývá nejspíše z toho, že převzaly úpravu, jakou do roku 2006 obsahoval Vzorový zákon UNCITRAL v §17.¹⁰ Revize tohoto Vzorového zákona uskutečněná v roce 2006 však změnila znění §17 a navíc přidala podrobnou úpravu předběžných opatření nařizovaných rozhodci v ustanoveních §17A až 17I. Tato předběžná opatření mají být tak dle Vzorového zákona vynucována státními soudy, a to bez ohledu na to, v jakém státu bylo předběžné opatření vydáno.¹¹

Institut „Emergency Arbitrator“

V souvislosti s tématem předběžných opatření je dle mého názoru vhodné zmínit trend, který se v posledních měsících či několika málo letech rozšířil mezi některými rozhodčími soudy ve světě. Je jím institut tzv. „Emergency Arbitrator“. Tento institut se uplatní tam, kde je třeba nařídit urychleně předběžné opatření, ale doposud nebyl ještě ustaven rozhodčí senát.

Tak například Rozhodčí institut Švédské obchodní komory ve Stockholmu zavedl s účinností od 1. ledna 2010 institut „Emergency Arbitrator“. Představenstvo Rozhodčího institutu jej jmenuje zpravidla do 24 hodin po obdržení žádosti vyjma případů, kdy Rozhodčí institut nemá zcela zjevně jurisdikci v předmětném sporu.¹²

Také Centrum pro mezinárodní arbitráž v Singapuru¹³ zavedlo institut „Emergency Arbitrator“. Jmenuje jej předseda Centra ve lhůtě jednoho dne.¹⁴

⁷ §25 Swedish Arbitration Act of 1999 (SFS 1999:116)

⁸ §24 Arbitration Law No. 138 of 2003

⁹ §17 Russian Arbitration Act of July 7, 1993

¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985

¹¹ §17H odst. 1

¹² Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Rules, Schedule II

¹³ Singapore International Arbitration Centre

¹⁴ SIAC Rules 2010, Schedule 1

V případech obou rozhodčích soudů uvedených výše nemůže osoba, která vykonává funkci „Emergency Arbitrator“, působit jako rozhodce v rámci stejného sporu.

Zahraníční právní úpravy umožňující rozhodcům předvolávat svědky

Při hledání národních právních řádů, které svěřují rozhodcům pravomoc předvolat svědky v rámci rozhodčího řízení, jsem zjistil, že drtivá většina úprav takovou pravomoc rozhodcům nesvěřuje.

Jedinou výjimkou mezi mnou zkoumanými právními řády byla úprava ve Spojených státech amerických. Zde totiž Federální zákon o rozhodčím řízení¹⁵ svěřuje rozhodcům nejen pravomoc předvolat jakoukoliv osobu, aby se dostavila a vypovídala jako svědek v rámci rozhodčího řízení, ale může také osobě dokonce též nařídít, aby s sebou přinesla jakékoliv knihy, záznamy, dokumenty nebo listiny, které mohou být považovány za důležité důkazy v daném sporu.

Nesplnění výše uvedeného příkazu rozhodců je sankcionováno stejným způsobem, jako je sankcionováno nesplnění obdobného příkazu federálního soudu.

Oddíl I.3 Úvaha o platné české úpravě de lege ferenda

Z výše uvedeného je zřejmé, že existují právní řády, které poskytují rozhodcům větší pravomoci v oblasti nařizování předběžných opatření a předvolávání svědků, než jaké poskytuje v České republice úprava obsažená v ZRŘ. Je proto vhodné zamyslet se, zda následovat příkladu takových států a rozšířit pravomoci českých rozhodců v těchto oblastech.

Úprava předběžných opatření v ZRŘ

Při zvažování zásahu do dosavadní koncepce ustanovení §22 ZRŘ je třeba odděleně hovořit o možnosti, kdy by rozhodci mohli ukládat předběžnými opatřeními povinnosti pouze stranám rozhodčího řízení, a o možnosti, aby rozhodci zavazovali takovými předběžnými opatřeními i třetí osoby, obdobně jako činí obecné soudy dle ustanovení §76 odst. 2 OSŘ.

Jsem toho názoru, že s ohledem na soukromoprávní charakter postavení rozhodců, není možné jim svěřit pravomoc rozhodovat o povinnostech osob, které nejsou stranou rozhodčí smlouvy.

Domnívám se však, že není důvodu neposkytnout rozhodcům pravomoc ukládat předběžným opatřením povinnosti stranám sporu. Vycházím z toho, že strany sporu jsou těmi, kdo se dobrovolně podřídili pravomoci rozhodců v rozhodčí smlouvě. Jestliže tedy rozhodci mohou rozhodovat o jejich právech a povinnostech s konečnou platností v rozhodčím nálezu, není

¹⁵

§7 Federal Arbitration Act of 1925

důvodu, aby nemohli o těchto právech a povinnostech rozhodovat dočasně formou předběžného opatření.

Pokud se rozhodneme svěřit takovou pravomoc českým rozhodcům, je možné zvolit dvě možná řešení. Prvním možným řešením je umožnit stranám dohodnout si výslovně v rozhodčí smlouvě, že jimi jmenovaní rozhodci mají pravomoc nařídit předběžná opatření. Druhou možností je stanovit takovou pravomoc přímo zákonem a umožnit stranám sporu její vyloučení v rozhodčí smlouvě. Osobně se přikláním spíše k druhému řešení, a to nejen proto, že je to řešení obsažené ve Vzorovém zákonu UNCITRAL.

Bez ohledu na to, jaké z výše uvedených řešení bude případně zvoleno, jsem přesvědčen, že by bylo vhodné odstranit nelogický rozdíl mezi důvody pro nařízení předběžného opatření dle OSŘ a dle ZRŘ, který jsem již zmiňoval výše ve svém příspěvku. Znamenalo by to rozšířit úpravu ustanovení §22 ZRŘ o důvod pro nařízení předběžného opatření spočívající v tom, že „je třeba zatímne upravit poměry účastníků“.

Stanovení pravomoci předvolávat svědky

Domnívám se, že ze soukromoprávního postavení rozhodců dle českého práva vyplývá, že by nebylo vhodné následovat příkladu Spojených států amerických a rozhodcům svěřit pravomoc předvolávat třetí osoby jako svědky. Dokáží si jen těžko představit, že by mě soukromá osoba, se kterou nemám žádný smluvní ani jiný vztah, mohla přinutit, abych se k ní dostavil a vypovídal, a to jen proto, že si ji jiné osoby, ode mne odlišné, zvolily za rozhodce ve svém sporu. Jsem toho názoru, že svěřením takové pravomoci je v českém právním prostředí nevhodné i když by mohla taková úprava mít pozitivní vliv na efektivitu rozhodčího řízení.

Oddíl I.4 Závěr

Na základě svého studia vybraných zahraničních právních řádů jsem došel k závěru, že existují odlišné přístupy jak k pravomoci rozhodců nařizovat předběžné opatření, tak k pravomoci rozhodců předvolávat svědky. Jsem toho názoru, že by bylo vhodné následovat příkladu některých států a stanovit pravomoc rozhodců nařídit předběžné opatření s tím omezením, že by jim byly ukládány povinnosti pouze účastníkům rozhodčího řízení. Neshledávám však vhodným, aby v České republice měli rozhodci pravomoc předvolávat svědky.

Literature:

– Várady, T., Barceló III, J. J., von Mehren, Arthur T.: *International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective. Third Edition.* Thomson/West, 2006, 397 s., ISBN-13: 978-0-314-16724-8, ISBN-10: 0-314-16724-2

Contact – email

zbysek.kordac@post.cz

OTÁZKA DORUČOVANIA V ROZHODCOVSKOM KONANÍ

LUCIA KOVÁČOVÁ

Právnická fakulta Masarykovej univerzity

Abstract in original language

K problematickým otázkam, kde dochádza ku stretu autonómie vôle strán a priamym dopadom procesných noriem, patrí aj otázka doručovania v rozhodcovskom konaní. Tento príspevok je venovaný doručovaniu rozhodcovských nálezov, ktoré sa javí ako problematické aj vďaka niektorým rozhodnutiam Najvyššieho súdu Českej republiky. Ďalej sa budeme zaoberať komparatívnym zhodnotením riešenia problematiky doručovania v rozhodcovskom konaní v zahraničí.

Key words in original language

Rozhodcovské konanie; doručovanie; rozhodcovský nález; postup v konaní; rozhodcovská zmluva.

Abstract

Delivery of arbitration award is one of the problematic issues, where the conflict between Autonomy of parties and Mandatory Rules of Procedure exists. This contribution is dedicated to the issue of delivery of arbitration awards, which appears to be problematic due to some decisions of Supreme Court of the Czech Republic. Comparative study of this issue will be also presented.

Key words

Arbitration; delivery of arbitration award; procedural rules; arbitration agreement.

1. SLOVO NA ÚVOD

Rozhodcovské konanie ako spôsob riešenia majetkových sporov pred súkromnou osobou, či neštátnou inštitúciou sa vyvinulo ako alternatíva k štátnemu súdnictvu a aj prostredníctvom takéhoto konania môže dôjsť k vydaniu rozhodnutia - rozhodcovského nálezu - ako ukončenie konania vo veci samej, ktoré obsahuje určitý výrok rozhodcu, či senátu.

Jedným z pilierov¹, ktoré sa považujú za základ rozhodcovského konania je autonómia vôle účastníkov konania. Je to nepochybne veľmi dôležitý aspekt a súčasť konania, avšak na druhej strane nie je možné opomenúť štát, ktorý

¹ ROZEHNALOVÁ, N.. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha : ASPI, 2008.s.50. ISBN 9788073573249.

umožňuje samotné rozhodcovské konanie, poskytuje procesnú garanciu a spolupôsobenie obecných súdov. Tie počas rozhodcovského konania vykonávajú jednak pomocné funkcie, ale na druhej strane aj funkcie kontrolné. Štát prijíma rozhodcovský nález a pripisuje mu rovnaké účinky ako rozhodnutiu obecných súdov, čo znamená že aj rozhodcovský nález sa môže stať vykonateľným exekučným titulom. Základom konania je teda určité ujednanie medzi stranami, ich prejavená slobodná vôľa postúpiť svoj spor k takejto súkromnoprávnej alternatíve, to však na pozadí spomínanej štátnej garancie.

Pri rozbere problematických otázok týkajúcich sa rozhodcovského konania by sme mali mať na pamäti určité zásady, na ktorých rozhodcovské konanie stojí. Ako alternatíva k systému riadneho štátneho súdnictva býva volená vďaka niektorým svojim výhodám, ktoré sú pre toto konanie charakteristické. Je to napríklad rýchlosť konania a flexibilita, ale i jednoduchosť procesných pravidiel, ktoré môžu strany v rámci svojej slobodnej voľby upraviť a stanoviť tak postup, ktorým sa ich vec, majetkový spor prerokuje. Z ďalších uvádzaných výhod je možné spomenúť aj neverejnú konania. Jednou z hlavných výhod je práve to, že sa tu uplatňuje široká autonómia vôle strán, ktorá umožňuje úpravu takých otázok, ktoré sú pred štátnymi súdmi striktne upravené právnymi predpismi a sú často vysoko formalizované a detailné. Na druhej strane je tu však otázka aká široká táto autonómia vôle strán môže byť a čo všetko pod ňu môže spadať. Existujú rôzne otázky, ktoré môžeme považovať za problematické, resp. hraničné, kde existujú nezhody ohľadom začlenenia ich úpravy pod slobodnú vôľu strán. Iste, ich riešenie závisí aj na zastávanej doktríne a prístupu štátu k rozhodcovskému konaniu. V českých podmienkach je jednou z takých otázok doručovanie v rámci rozhodcovského konania, a to predovšetkým doručovanie rozhodcovských nálezov, vzhľadom k tomu, že doručenie rozhodcovského nálezu je nevyhnutným krokom k tomu, aby sa nález skutočne stal vykonateľným exekučným titulom.²

Spadá teda doručovanie pod § 19 ZRŘ, teda úkony v rámci konania, ktoré je možné upraviť samostatne, alebo spadá pod procesné pravidlá, ktoré sú štátom výslovne upravené? Predpokladom totiž je, že keďže doručovanie nie je v zákone výslovne upravené, je možné si ho v rámci postupu v konaní upraviť, poprípade využiť úpravu, ktorá je zakotvená v poriadkoch rozhodcovských súdov. Je však možné si upraviť aj postup doručovania rozhodcovských nálezov? Cieľom tohto príspevku je jednak zhodnotenie

² Vid' § 28 ods.2 Zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů

§28 (2) Rozhodčí nález, který nelze přezkoumat podle § 27, nebo u něhož marně uplynula lhůta k podání žádosti o přezkoumání podle § 27, nabývá dnem doručení účinku pravomocného soudního rozhodnutí a je soudně vykonatelný.

možností spôsobov doručovania rozhodcovských nálezov, a to aj na pozadí rozhodnutí Najvyššieho súdu Českej republiky, ale taktiež využiť komparatívny pohľad na danú problematiku a jej úpravu, resp. riešenie v rokovacích poriadkoch rôznych rozhodcovských súdov.

2. DORUČOVANIE V ZMYSLE ZÁKONA O ROZHODČÍM ŘÍZENÍ A VÝKONU ROZHODČÍCH NÁLEZŮ

Český Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (ďalej len ZRR) obecné otázku doručovania v rámci rozhodcovského konania výslovne neupravuje, a preto riešenie sa ponúka využitím § 19 ZRR. Toto ustanovenie je výrazným prejavom zásady autonómie a umožňuje dohodou strán určiť postup akým sa rozhodcovské konanie má viesť, poprípade zmocniť predsedajúceho rozhodcu k jeho určeniu. Nie je výnimkou, že k takémuto určeniu nedôjde, pretože málokedy sa nájdu tak podrobné zmluvy o rozhodcovskom konaní, ktoré by výslovne podrobne upravovali otázku doručovania, a potom často jednoducho v súlade s druhým odsekom tohto ustanovenia, ale aj znením rozhodcovských zmlúv rozhodca postupuje spôsobom, ktorý sám považuje za vhodný. V rámci postupu konania podľa § 19 si teda strany môžu určiť aj spôsob doručovania písomností počas rozhodcovského konania. Doručovanie písomností je každopádne jednou z otázok, ktorá skôr či neskôr vyriešená byť musí, vzhľadom k tomu, že môže mať pre strany v konaní zásadný význam. V prípade, že nedôjde k dohode v súlade s § 19 ZRR je možné využiť § 30 ZRR a v súlade s ním primerane aplikovať zákon č. 99/1963 Sb, občanský soudní řád (ďalej len OSŘ) a jeho pravidlá o doručovaní.

Pri konaniach, ktoré prebiehajú pred stálymi rozhodcovskými súdmi je situácia trochu iná, vzhľadom k tomu, že podľa § 13 ods. 2 ZRR si stále rozhodcovské súdy môžu vydávať svoje rokovacie poriadky a v nich upraviť okrem iného spôsob konania a rozhodovania. Bežnou súčasťou takýchto rokovacích poriadkov sa v praxi stali aj ustanovenia upravujúce doručovanie.

Doručovanie prebieha prakticky počas celého rozhodcovského konania, a zatiaľ čo doručovanie v skorších fázach konania nevzbudzuje až takú pozornosť, problematickým sa môže a v praxi často aj javí doručovanie rozhodcovských nálezov. Rozhodcovský nálež totiž predstavuje ukončenie jednej fázy konania, ale môže sa stať podkladom pre ďalší postup, konanie exekučné. Rozhodcovským náležom štát priznáva rovnaké právne účinky ako právoplatným súdnym rozhodnutiam a aj rozhodcovské nálezy môžu byť exekučným titulom v zmysle § 40 ods. 1 písm. c zákona č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád).

3. DORUČOVANIE V ZMYSLE ROZHODNUTIA NAJvyššieho SÚDU ČESKEJ REPUBLIKY

K otázke doručovania rozhodcovských nálezov sa Najvyšší súd ČR vyjadril v niekoľkých rozhodnutiach, ktoré budú nižšie uvedené, a v týchto rozhodnutiach došiel k záveru, že na to aby sa stal rozhodcovský nálež vykonateľným exekučným titulom, musí dôjsť k účinnému doručeniu jeho písomného vyhotovenia účastníkom konania, a to spôsobom ktorý je stanovený § 45 OSŘ (vtedy účinného OSŘ).

Uvedené uznesenia boli vydané v roku 2007 a v praxi rozhodcovských centier sa dovtedy ustálilo pravidlo, podľa ktorého sa písomnosti doručujú na adresu, ktorú strany uviedli v zmluve, poprípade, ak časom došlo k zmene takto uvedenej adresy, na nahlásenú zmenenú adresu. Ak však strana nenahlásila zmenu adresy doručovalo sa jej naďalej na pôvodne uvedenú aj s tým rizikom, že sa s obsahom listiny neoboznámila. Takže aj v takomto prípade išlo o účinné doručenie.

*"Táto situácia je teda riešená k tiazí strany, ktorá porušila svoju zmluvnú povinnosť oznámiť svoju novú doručovaciu adresu."*³

Rozhodnutie Najvyššieho súdu do tejto praxe zasiahlo a stanovilo, že takýto spôsob doručenia rozhodcovského nálezu nie je možný, vzhľadom k riziku, že stranám nebude riadne doručené. Jedným z rozhodnutí kde sa takto vyjadril je Uznesenie⁴ sp. zn. 20 Cdo 1592/2006⁵ z 26. apríla 2007, v ktorom uviedol:

"Doručování rozhodnutí stranám součástí postupu, kterým rozhodci vedou řízení, není. Je tomu tak proto, že – jak již bylo naznačeno výše – stranám (rozhodcům) je umožněno disponovat s procesními pravidly týkajícími se postupu v řízení od okamžiku jeho zahájení do okamžiku ukončení rozhodčího řízení. Rozhodčí řízení končí vydáním rozhodčího nálezu nebo usnesení v těch případech, kdy se nevydává rozhodčí nálež (srov. § 23, § 24 odst. 2 zákona č. 216/1994 Sb.), případně vydáním rozhodčího nálezu nebo usnesení v rámci přezkoumání jinými rozhodci ve smyslu § 27 zákona č.

³ ŠUSTER, M. Státní soudy proti rozhodčímu řízení. Liberální institut[online]. Last modified 12. 10.2007. [cit. 6.10.2010]. Dostupné z: <<http://www.libinst.cz/komentare.php?id=409>>.

⁴ Citované uznesenie je prevzaté zo stránky Najvyššieho súdu Českej republiky. Dostupné z http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/3E7412EEFEA68E0CC12575FF007B1C2A?openDocument.

⁵ Ďalšie rozhodnutia, kde sa k otázke doručovania rozhodcovských nálezov Najvyšší súd Českej republiky vyjadruje je uznesenie z dňa 26. apríla 2007, sp. zn. 20 Cdo 1612/2006, uznesenie z dňa 29. mája 2007, sp.zn. 20 Cdo 1987/2006 a uznesenie z dňa 27. mája 2007, sp.zn. 2726/2006.

216/1994 Sb. (ustanovení § 25 odst. 2 zákona č. 216/1994 Sb. proto počítá se zvláštní – jinou než o postupu v rozhodčím řízení – dohodou stran, nemá-li být rozhodčí nález odůvodněn). Do okruhu procesních otázek, jejichž úprava je v dispozici stran (rozhodců), doručování rozhodnutí tudíž zásadně nepatří.

Mají-li nastat účinky právní moci a vykonatelnosti ve stejném rozsahu jako v případě soudního rozhodnutí, je nezbytné trvat na dodržení pravidel, jimiž se řídí doručování rozhodnutí vydaných v občanském soudním řízení. Jinými slovy, písemné vyhotovení rozhodčího nálezu nebo usnesení musí být stranám doručeno postupy zakotvenými v ustanoveních občanského soudního řádu, týkajících se doručování písemností (§ 45 a násl. o.s.ř.)."

Najvyšší súd tak reagoval na dohodnutú rozhodcovskú doložku⁶, ktorá bola napísaná vo vyššie uvedenom zmysle, ktorý odrážal prax rozhodcovských centier. To však nebolo v súlade s doručovaním podľa vtedy účinného OSŘ, ktoré v prípade doručovania písomností do vlastných rúk nedovoľovalo účinné doručenie ak sa na takom mieste osoba nezdržiavala. Najvyšší súd tak rozhodol, že doručovanie rozhodcovských náleзов nie je súčasťou postupu v konaní, ktoré si strany ako prejav autonómie vôle strán môžu upraviť a keďže nikde v ZRŘ nie je spôsob doručovania rozhodcovských náleзов upravený, je na mieste využiť § 30 ZRŘ a primerane tak aplikovať ustanovenia OSŘ o doručovaní. Argumentačný postup, ktorým dospel k uvedenému záveru o vyňatí doručovania rozhodcovských náleзов z okruhu otázok patriacich do postupu konania vyšiel z doslovného znenia ustanovení ZRŘ. V § 19 je totiž uvedené, že strany sa môžu dohodnúť na postupu, ktorým majú rozhodcovia viesť konanie, teda dohodnúť sa na otázkach vedenia od jeho zahájenia do ukončenia. Doručovanie rozhodcovských náleзов logicky môže nasledovať až po ich vydaní a z § 23 ZRŘ vyplýva, že rozhodcovské konanie končí vydaním rozhodcovského náleзу. Z toho teda Najvyšší súd vyvodzuje, že nie je možné ohľadom tejto otázky uzavrieť dohodu.

Je pravda, že rozhodnutia Najvyššieho súdu z tohto obdobia sú netradičné a neočakávané z pohľadu praxe rozhodcovských centier, nakoľko možnosť dohody o tejto otázke bola dlhodobo zastávaná aj odbornou právnou literatúrou⁷. Tam sa uvádza, že vzhľadom k tomu, že neexistuje zvláštna

⁶ „Pro účely doručování písemností v rámci smluvního vztahu a také v rozhodčím řízení si strany dohodly, že doručování se provádí na adresu bydliště/sídla stran, jak je uvedeno v záhlaví této smlouvy. V případě změny adresy bydliště/sídla jsou účastníci povinni tuto změnu prokazatelným způsobem písemně oznámit druhé smluvní straně. V případě, že se písemnosti z takto uvedených adres bydliště/sídla vrátí jako nedoručená, považuje se za doručenou dnem následujícím po dni, kdy byla zásilka vrácena zpět odesílateli (smluvní straně nebo rozhodci), a to i když se účastník o tomto doručení nedozvěděl“

⁷ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004. s. 218 a násl. ISBN 8071796298.

úprava pre doručovanie rozhodcovských nálezov, bude teda analogicky platiť to, čo pre doručovanie obecné, pričom samozrejme môže do úvahy prísť aj primerané využitie OSŘ v zmysle § 30 ZRŘ, v prípade, ak sa strany v rozhodcovskej zmluve nedohodnú na inom postupe. Najvyšší súd nepripúšťa primerané použitie OSŘ len v prípade ak si strany nedohodnú postup, ale odvoláva sa neho priamo, keďže doručovanie nálezov neradí medzi postup v konaní.

Čo sa týka citovaného rozhodnutia Najvyššieho súdu je potrebné mať na pamäti, že bolo vydané v roku 2007 a odvolávalo sa na vtedy platný a účinný OSŘ, ktorý mal zakotvenú úpravu doručovania do vlastných rúk bez možnosti doručenia uložením v prípade, ak sa tam osoba nezdržiavala. Odvtedy však došlo ku novele tohto predpisu, ktorá sa týkala mimo iného aj doručovania, a preto je nutné nazerať na výrok tohto rozhodnutia v svetle novej úpravy. Ako sme už niekoľko krát uviedli ak vtedy v rozhodnutí Najvyšší súd odkazoval v rámci doručovania rozhodcovských nálezov na doručovanie v zmysle § 45 a násl. OSŘ znamenalo to, že doručovanie písomností určených do vlastných rúk je neúčinné ak sa doručí a uloží na adrese, kde sa osoba nezdržiavala. Doručenie náhradným spôsobom teda nebolo možné. Dnes je však situácia iná a novela OSŘ, ktorá prebehla zákonom č. 7/2009 Sb., zakotvila doručovanie písomností do vlastných rúk v § 49 OSŘ. Toto ustanovenie upravuje zmenu, ktorá sa značne približuje praxi, ktorá bola v rozhodcovskom konaní už zabehnutá, a to že v prípade, ak osoba nebude pri doručovaní zastihnutá, zanechá sa jej výzva, ktorá ju upozorní na vyzdvihnutie písomností. V prípade ak si do 10 dní nevyzdvihne adresát takúto písomnosť, považuje sa za doručенú v posledný deň tejto lehoty a to aj v takom prípade ak sa o nej nedozvedel. Nastáva teda fikcia doručenia. Takýto postup nie je možný vo všetkých prípadoch doručovania v súlade s § 49 ods. 5 OSŘ⁸, ale v prípade doručovania rozsudkov zákon náhradné doručenie nevylučuje vzhľadom k zneniu⁹ § 158 ods. 2 OSŘ.¹⁰

Je teda možné konštatovať, že novelizácia OSŘ priniesla menej prísne pravidlá týkajúce sa doručovania rozsudkov, a preto aj rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR musí byť interpretované v súlade s aktuálnou

⁸ Nemožnosť náhradného doručenia a uplatnenia tak fikcie doručenia je stanovené napr. v § 173 ods. 1 OSŘ pri doručovaní platobného rozkazu.

⁹ OSŘ - § 158 (2) "*Stejnopis rozsudku vyhotoveného v listinné podobě a rozsudek vyhotovený v elektronické podobě se doručuje účastníkům, popřípadě jejich zástupcům do vlastních rukou.*"

¹⁰ ŽÍLA, M. Doručování rozhodčích nálezů po novele OSŘ, náhradní doručení a posouzení neúčinnosti doručení rozhodčího nálezu. Bulletin advokacie. 2009. č.12. s. 32-35.

úpravou. V tomto svetle priniesla novela OSŘ voľnejšiu úpravu aj pre doručovanie rozhodcovských nálezov.

Otázka doručovania rozhodcovských nálezov už nie je tak prísna, ako vyplývalo z rozhodnutia 20 Cdo 1592/2006, ale napriek tomu tu stále existuje toto rozhodnutie, ktoré odkazuje v prípade doručovania rozhodcovských nálezov na aplikáciu OSŘ a vylučuje dohodu strán o tejto otázke. Nie je teda možné aby si strany dohodli postup ešte benevolentnejší.

4. KOMPARATÍVNY POHĽAD NA OTÁZKU DORUČOVANIA V ROZHODCOVSKOM KONANÍ V ČESKEJ REPUBLIKE A V ZAHRANIČÍ

Pri študovaní tejto problematiky z českého pohľadu nám nedalo nezaoberať sa riešením tejto otázky v zahraničí. Vzhľadom k tomu, že v rámci ZRŘ nebol a nie je stanovený výslovný spôsob doručovania jednak obecne, ale ani doručovania rozhodcovských nálezov, vyvinula sa v rámci rozhodcovských centier istá prax, ktorá umožňovala dohodu strán o tejto otázke. Je preto zaujímavé zaoberať sa otázkou, či zásah Najvyššieho súdu, ktorý takúto dohodu pri doručovaní rozhodcovských nálezov vylúčil, má oporu v zahraničí, resp. aká je prevládajúca prax v rámci rokovacích poriadkov známych rozhodcovských centier.

Najčastejšie je otázka doručovania riešenia v rokovacích poriadkoch jednotlivých stálych rozhodcovských súdov. V prípade, že strany zvolia rozhodcovské konanie ad hoc je možné úpravou v rozhodcovskej zmluve podchytiť spôsob doručovania, alebo odkázať na rokovací poriadok niektorého stále rozhodcovského súdu, v inom prípade je to na rozhodcovi aby tieto pravidlá určil.

Zo známych rozhodcovských súdov sa môžeme bližšie pozrieť na rokovací poriadok Medzinárodného rozhodcovského súdu pri Medzinárodnej obchodnej komore (ďalej len ICC). Otázka doručovania je tam obecne riešená v čl. 3 ods. 2 Pravidiel¹¹, pričom v tomto ustanovení je stanovené, že všetky písomné oznámenia sú zasielané na poslednú adresu, ktorú strany uviedli, s tým že ďalej vymedzuje rôzne možné spôsoby doručenia.¹² Čo sa týka konkrétne doručovania rozhodcovských nálezov zaoberá sa nimi čl. 28 Pravidiel, kde v ods. 1 je stanovené, že ako náhle dôjde k vydaniu rozhodcovského nálezu, Sekretariát ho doručí stranám bez bližšieho vymedzenia spôsobu, ktorý musí byť dodržaný, čiže je užijú obecné

¹¹ Originálne znenie pravidiel dostupné z ICC Rules of Arbitration [online]. Dostupné z: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf>.

¹² Doručenie doporučene s dodejkou, doporučene poštou, kuriérom, telefaxom, ďalekopisom, telegramom, alebo iným komunikačným prostriedkom, ktorý poskytuje záznam o odoslaní.

pravidlá doručovania z čl. 3 Pravidiel. Zo zhodnotenia týchto Pravidiel vyplýva, že ICC nestanovuje prísne spôsoby doručenia rozhodcovského nálezu a jediná podmienka teda je, aby bol nález stranám doručený, pričom voľba spôsobu nie je striktne daná.

Ďalším známym rozhodcovským súdom je AAA - American Arbitration Association. Jeho Pravidlá obsahujú priamo riešenú otázku doručovania rozhodcovského nálezu a to v bode 45¹³ - Commercial Arbitration Rules. Ako možný spôsob doručenia je v tomto ustanovení uvedené zaslanie na poslednú známu adresu, osobné alebo elektronické doručenie, alebo dokonca zaslanie nálezu akýmkoľvek spôsobom, ktorý je právom dovolený. Aj tu je zakotvený rôzny výber spôsobov a neuvádza sa neúčinnosť doručenia v prípade ak sa o doručení, resp. uložení písomnosti adresát nedozvedel.

Podobne je tomu tak podľa pravidiel Medzinárodného rozhodcovského súdu pri Hospodárskej komore Rakúska, ktoré v čl. 8 ods. 2 uvádzajú pravidlá¹⁴ pre doručovanie, podľa ktorých doručenie platí za riadne prevedené na adresu naposledy uvedenú adresátom písomnosti a to buď doporučeným dopisom, alebo kuriérom, alebo telefaxom. V čl. 18 ods. 3 Pravidiel je zakotvená povinnosť vydaný rozhodcovský nález doručiť stranám nešpecifikujúc spôsob. Opäť teda pomerne rôzne možnosti na doručenie rozhodcovského nálezu.

Ďalej by sme ešte spomenuli Vzorový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži, ktorý tiež prináša možnú úpravu doručovania a to v čl. 3 ods. 1 písm. a¹⁵, podľa ktorého sa každá správa považuje za doručenú v prípade ak je predaná osobne adresátovi, alebo doručená na miesto obvyklého pobytu, alebo aj posledné známe miesto sídla, či obvyklého pobytu a to buď doporučene, alebo iným spôsobom, ktorý umožňuje zachytiť pokus o doručenie. Čiže opäť sa nevyžaduje výslovne účinné doručenie.

Ďalej by sme uviedli rokovací poriadok Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Tento rokovací poriadok v § 9 ods. 2¹⁶ uvádza, že mimo iného rozhodcovské nálezy sa

¹³ Originálne znenie pravidiel dostupné z AAA Commercial Arbitration Rules and Mediaton procedures [online]. Dostupné z: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>>

¹⁴ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004. s. 418. ISBN 8071796298.

¹⁵ Originálne znenie dostupné z: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 [online]. Dostupný z: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

¹⁶ Celé znenie dostupné z Rozhodčí soud HK AK ČR, Řád [online]. Dostupný z: <http://www.arbcourt.cz/index.php?url=rady/cz_rad_mez_od_20070201_uz.htm>

zasielajú doporučeným dopisom s potvrdením o doručení, pričom ods. 5 toho istého ustanovenia nadväzuje, že v prípade doručenie je platné aj v takom prípade ak adresát písomnosť odoprel vyzdvihnúť, alebo aj napriek výzve doručujúceho orgánu si ju nevyzdvihol. Ďalej podľa ods. 6 je doručenie platné na poslednú známu adresu, aj keď adresát svoju adresu už zmenil, avšak jej zmenu nenahlásil.

Po uvedení jednotlivých úprav v rokovacích poriadkoch arbitrážnych centier je možné konštatovať, že hoc existujú viac či menej striktné pravidlá pre doručovanie, ani jedno z nich nevyžaduje účinnosť doručenia v zmysle, že sa adresát skutočne musí oboznámiť s obsahom rozhodcovského nálezu. Koniec koncov ani v českom prostredí sa to už v súlade s interpretáciou rozhodnutia Najvyššieho súdu v súlade so zmenenou úpravou OSŘ nevyžaduje, avšak na rozdiel od neho, niektoré rokovacie poriadky umožňujú aj iné spôsoby ako doporučeným dopisom. Je však potrebné mať na pamäti, že toto je riešenie, ktoré umožňujú rôzne rokovacie poriadky, avšak v konkrétnych prípadoch by bolo potrebné sa zaoberať úpravami doručovania v jednotlivých procesných predpisov štátov.

Pri riešení otázky doručovania rozhodcovských náleзов je zaujímavé sledovať aj zahraničnú odbornú literatúru, ktorá sa zaoberá arbitrážou a otázkami s týmto konaním súvisiacimi. Hoc pomerne podrobne rozoberá rôzne otázky a problematické pasáže, len málo ktorá literatúra sa zaoberá priamo doručovaním rozhodcovských náleзов. Podľa nášho názoru aj to svedčí o tom, že sa zrejme táto otázka v zahraničí nejaví ako problematická. Rubino uvádza, že väčšinou dochádza k doručovaniu rozhodcovského náleзу poštou, často doporučenou zásielkou, niekedy v pravidlách môže byť zakotvená možnosť doručiť osobne, alebo špeciálnym kuriérom, ďalej však pripomína, že štáty v procesných poriadkoch môžu vyžadovať prísnejšie pravidlá.¹⁷

5. ZÁVER

Záverom je možné zhodnotiť že v rámci riešení určitých konkrétnych otázok v rozhodcovskom konaní by sme mali mať na pamäti zásady, na ktorých toto konanie stojí a výhody, ktoré prináša. Preto aj § 30 ZRŘ je potrebné využívať v takom zmysle, aby jeho výhody neboli úplne potlačené. Na druhej strane existujú však v rámci rozhodcovského konania určité otázky, kde sa previazanosť na štát a civilné súdnictvo prejavuje vo väčšej miere. Jednou z takých je aj doručovanie rozhodcovských náleзов, a to jednak v súlade s rozhodnutím Najvyššieho súdu, ale aj vďaka tomu, že účinky

¹⁷ RUBINO-SAMMARTANO, M.. *International arbitration law and practice*. 2. rev. ed. The Hague : Kluwer Law International, 2001. s. 855. ISBN 9041114254

rozhodcovského nálezu sú totožné tým, ktoré vyvoláva rozhodnutie obecného súdu. Je možné zamýšľať sa nad tým, či rozhodnutie Najvyššieho súdu 20 Cdo 1592/2006 príliš nepreviazalo doručovanie rozhodcovských nálezov pravidlami doručovania v rámci štátneho súdnictva a nebralo tak na rýchlosti a efektívnosti rozhodcovského konania, vzhľadom k tomu, že takéto previazanie môže vyvolať rôzne praktické problémy a nutnosť rozhodcov obracať sa na obecné súdy so žiadosťami o výkon ich pomocných funkcií. Dnešná prax týkajúca sa doručovania rozhodcovských nálezov vďaka novele OSŘ je už síce prijateľnejšia a praxi zavedenej v arbitrážnych centrách naklonenejšia. V súlade s judikatúrou Najvyššieho súdu ČR sa však strany naďalej nemajú možnosť uzavrieť dohodu o doručovaní rozhodcovských nálezov iným postupom ako umožňujú príslušné ustanovenia OSŘ.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004. 679 s. ISBN 8071796298.
- ROZEHNALOVÁ, N.. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha : ASPI, 2008. 386 s. ISBN 9788073573249.
- RUBINO-SAMMARTANO, M.. International arbitration law and practice. 2. rev. ed. The Hague : Kluwer Law International, 2001. 1058 s. ISBN 9041114254
- ŠUSTER, M. Státní soudy proti rozhodčímu řízení. Liberální institut [online]. Last modified 12. 10.2007. [cit. 6.10.2010]. Dostupné z: <<http://www.libinst.cz/komentare.php?id=409>>.
- ŽÍLA, M. Doručování rozhodčích nálezů po novele OSŘ, náhradní doručení a posouzení neúčinnosti doručení rozhodčího nálezu. Bulletin advokacie. 2009. č.12. s. 32-35.
- Rozhodčí soud HK AK ČR, Řád [online]. Dostupný z: <http://www.arbcourt.cz/index.php?url=rady/cz_rad_mez_od_20070201_uz.htm>
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985

With amendments as adopted in 2006 [online]. Dostupný z:
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>

- AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation procedures [online].
Dostupné z: <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>

- ICC Rules of Arbitration [online]. Dostupné z:
<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf>.

- Zákon č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů
[online]. Dostupný z:
http://portal.gov.cz/wps/portal/_s.155/701?kam=zakon&c=216/1994

Contact – email

170284@mail.muni.cz

OMEZENÍ AUTONOMIE VŮLE SPOTŘEBITELE ANEB APLIKACE PROCESNÍCH NOREM V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

JAROSLAV KRÁLÍČEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Autonomie vůle stran je jednou ze základních zásad soukromého práva. Zásah do ní bývá pouze výjimečný a vždy s ohledem na veřejný zájem. Tím je odůvodňována i v poslední době zesilující tendence na omezení možnosti spotřebitele uzavřít rozhodčí smlouvu. Tento příspěvek rozebírá dopad procesních norem chránících spotřebitele na jeho možnost uzavřít rozhodčí smlouvu či alespoň upravit podmínky rozhodčího řízení, přičemž vychází zejména z evropské judikatury.

Key words in original language

Spotřebitel; rozhodčí řízení; procesní normy; autonomie vůle.

Abstract

Party autonomy is one of the fundamental principles of private law, and the interference with it is rather exceptional and always with respect to the public interest. By this is also justified the rising tendency to reduce the possibility of the consumer to conclude an arbitration agreement. This contribution, which is mainly based on European case-law, examines the impact of procedural rules protecting consumers on their ability to conclude an arbitration agreement, or at least to modify the terms of arbitration.

Key words

Consumer; arbitration; procedural rules; autonomy.

1. ÚVOD

Již nějakou dobu se neustále střetávají názory jednotlivých autorů v otázce, jak daleko můžeme se zásadou autonomie vůle v rozhodčím řízení zajít. Zároveň je v této oblasti, a to zejména v poslední době, zvláště vyčleňována zásada autonomie vůle ve vztazích, kde jednu stranu představuje spotřebitel a dochází k polemice o tom, jestli vůbec spotřebitel může uzavírat rozhodčí smlouvy. Navíc většina autorů z té liberálnější poloviny tvrdí, že sice i spotřebitel může uzavřít rozhodčí smlouvu, nicméně nemá a neměl by mít takovou volnost v nakládání s podmínkami rozhodčího řízení¹. Otázkou

¹ Tj. uzavřít procesní dohodu, respektive procesní ujednání. Podrobněji viz. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním*

proto stále zůstává, zda opravdu je (a má být) autonomie vůle v rozhodčím řízení více omezena u spotřebitele než u jiných subjektů a pokud ano, pak v jaké míře. Zda opravdu až v takovém rozsahu, že spotřebitel nemůže rozhodčí smlouvu vůbec uzavřít? A pokud ji uzavřít může, tak za jakých podmínek a jaká jsou v těchto případech specifika?

Jelikož autonomie vůle stran může být v rozhodčím řízení, respektive procesu, omezena z povahy věci zásadně pouze procesními normami, je zapotřebí se v první řadě vypořádat s otázkou, jaké postavení v rozhodčím řízení procesní normy vlastně mají, což je otázkou zejména koncepčního pojetí. To bude rozebráno v druhé kapitole nazvané Postavení procesních norem v rozhodčím řízení. Po vyjasnění této otázky bude důležité dále zjistit, které procesní normy přicházejí v úvahu a jak zasahují do možnosti spotřebitele uzavřít rozhodčí smlouvu či upravit podmínky rozhodčího řízení. Tím se bude zabývat třetí kapitola, stěžejní část tohoto příspěvku, nazvaná Procesní normy zasahující do autonomie vůle spotřebitele. Následování těchto kroků by mělo vyjasnit odpovědi na všechny položené otázky, ačkoliv je z důvodu komplexnosti nosného tématu možné, že vyvstanou jiné otázky, které však nebude možné v rozsahu tohoto příspěvku zodpovědět.

2. POSTAVENÍ PROCESNÍCH NOREM V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

Jak bylo zmíněno výše, jsou to procesní normy, které se v rozhodčím řízení nejčastěji dostávají do kontradikce s autonomií vůle stran. Ne vždy však tomu tak musí být, neboť existují i názory, dle kterých si strany mohou všechny procesní normy zvolit (či vytvořit) takové, jaké chtějí. To je typické pro smluvní pojetí, jednu z hraničních koncepcí. Na pomyslném druhém konci je teritoriální pojetí, dle kterého jsou v podstatě všechny procesní normy podmíněny místem konání rozhodčího řízení a autonomie vůle přichází v úvahu pouze tam, kde to procesní normy *lex loci arbitri* připouštějí (jestli vůbec). Jelikož je obvyklé, že se hraniční koncepce většinou nikdy nikde v čisté podobě ve skutečnosti nevyskytují, vychází řada autorů z tzv. pojetí smíšeného, které však nemusí všichni autoři chápat stejně. Dá se sem zařadit například situace, kdy je sice nutné vycházet z procesních norem *lex loci arbitri*, nicméně to uděluje stranám značnou dispozici s podmínkami rozhodčího řízení.²

obchodním styku. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha : ASPI, 2008. s 211. ISBN 9788073573249.

² Tato problematika je samozřejmě mnohem složitější, nicméně z důvodu rozsahu tohoto příspěvku uvádím pouze minimum nutné pro správné pochopení dále uvedený závěrů. Podrobněji viz. např. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha : ASPI, 2008. 386 s. ISBN 9788073573249.

Osobně se domnívám, že pokud má být rozhodčímu nálezu přiznán účinek jakési kvalifikované dohody, která umožňuje její přímý výkon, je nutné vždy vycházet z práva nějakého státu³, které to umožňuje. To samé musí samozřejmě platit i o procesních normách. A protože každý moderní stát by měl být i státem právním, je nutné, aby v každém případě zaručil dodržení základních práv a svobod a základních zásad, na kterých je nutné vždy trvat.⁴

K těmto zárukám patří i ochrana slabší strany smluvního závazku, která v důsledku svého postavení ne vždy projevuje svou vůli zcela svobodně. U obchodníka se dá dovozovat jisté riziko spojené s podnikatelskou činností, které vstoupením do podnikatelského prostředí přijímá, a proto přichází v úvahu pravděpodobně jen zajištění nezbytného minima.⁵ Větší ochranu je naopak nutné přiznat spotřebitelům, kteří jsou zásadně vždy slabší smluvní stranou a kteří si navíc ani nemohou vybrat, zda spotřebiteli opravdu budou, a není proto možné po nich vyžadovat přijímání určitého rizika, jak je tomu u podnikatelů.

Potřebná záruka dodržení základních práv, svobod a zásad je víceméně zajištěna v případě cizího rozhodčího nálezu, kde může být při uznání či výkonu uplatněna výhrada veřejného pořádku. Ten samý spor však může být rozhodován i v rozhodčím řízení v ČR, tj. v domácím rozhodčím řízení, kde je možnost aplikace výhrady veřejného pořádku jako obecného pojmu problematická, a je proto nutné dodržování těchto práv, svobod a zásad i v takovém případě zaručit výslovným uvedením v ZRŘ⁶.

³ Zásadně *lex loci arbitri*.

⁴ Zejména práva na spravedlivý proces. Problematické je to však ve světle názoru Ústavního soudu ČR, který se v usnesení sp.zn. IV. ÚS 174/02 ze dne 15. července 2002 přiklonil k smluvnímu pojetí rozhodčího řízení. Stále je však nutné vycházet z toho, že rozhodčí řízení je i v tomto pojetí umožněno zákonem o rozhodčím řízení, kterýžto Ústavním soudem samozřejmě přezkoumatelný je a v případě, kdy by umožňoval porušování základních práv a svobod by mohl být zrušen. Není totiž možné opírat se toliko o samotnou doktrínu.

⁵ Ale ani u obchodníků (podnikatelů) by nemělo být umožněno zavázat se k respektování fakticky autoritativního rozhodnutí rozhodčího orgánu, který by při rozhodování nemusel respektovat žádný zájem státu vyjádřený v náležitostech a podmínkách klasického soudního řízení a jehož rozhodnutí by v podstatě mohlo být nepřezkoumatelnou svévolí jak jeho, tak silnější smluvní strany. Je proto nutné zaručit aplikaci přinejmenším nejdůležitějších procesních norem, které mají za úkol zaručit alespoň rovnost stran a nestranné rozhodování jejich sporu.

⁶ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů.

3. PROCESNÍ NORMY ZASAHUJÍCÍ DO AUTONOMIE VŮLE SPOTŘEBITELE

Z výše uvedeného je patrné, že je nutné v určitých případech vždy vycházet z platných norem *lex loci arbitri*. Některé procesní normy tudíž nemohou být autonomií vůle stran změněny ani zaměněny za jiné. Z uvedeného taktéž vyplývá, že takových procesních norem bude více v případech, kdy jednou ze stran bude spotřebitel.

Neméně důležitou a prozatím nezodpovězenou však zůstává otázka, jakým procesním normám lze toto postavení⁷ přiznat a jak moc je do autonomie vůle spotřebitelů procesními normami *lex loci arbitri* zasahováno. Jelikož spotřebitelská ochrana z převážné části pochází z práva Evropské unie (EU), bude v prvé řadě pojednáno o těchto procesních normách z pohledu EU a následně z pohledu České republiky (ČR).

3.1 PROCESNÍ AUTONOMIE ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

Považuji za vhodné se krátce zmínit o předpokladech pro úpravu procesních podmínek směřujících k zajištění ochrany práv vyplývajících z práva EU. Jedná se o tzv. procesní autonomii členských států, která bývá zmíněna v podstatě v každém rozhodnutí Soudního dvora EU týkajícím se spotřebitelské problematiky.

Jak vyplývá z ustálené judikatury Soudního dvora EU⁸ (dále i jen ESD), při neexistenci právní úpravy EU v určité oblasti přísluší členským státům, na základě jejich procesní autonomie, upravit procesní podmínky směřující k zajištění ochrany práv vyplývajících z práva EU, za předpokladu dodržení zásady efektivity (tj. že v praxi neznemožňují nebo nadměrně nezatěžují výkon práv vyplývajících z práva EU) a zásady rovnocennosti (aby tyto procesní podmínky nebyly méně příznivé než ty, které se týkají obdobných situací na základě vnitrostátního práva). ESD v této souvislosti často zdůrazňuje dodržování účelu jednotlivých směrnic, a to až do takové míry, kdy lze již jen stěží mluvit o pouhém nepřímém účinku, ale spíše to již vyznívá jako "doporučený"⁹ horizontální přímý účinek (ač dle doktríny

⁷ Dalo by se mluvit o postavení mezinárodně kogentních norem, respektive nutně použitelných norem, neboť nemohou být zásadně zaměněny či nahrazeny cizím právem. Viz např. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno : Doplněk, 2009. 462 s. ISBN 9788072392315.

⁸ Zejména z Rozsudku Soudního dvora EU ze dne 16. května 2000, sp. zn. C-78/98 (Preston a další) a Rozsudku Soudního dvora EU ze dne 19. září 2006, sp. zn. C-392/04 a C-422/04 (spojené věci - Germany GmbH a Arcor AG & Co. KG proti Spolkové republice Německo).

⁹ ESD své odpovědi na předběžné otázky formuluje tak, že bývají v členských státech aplikovány "za každou cenu".

směrnici nepřisluší). V pojetí tohoto příspěvku jde o případy, kdy ESD fakticky stanoví evropské procesní normy, které se uplatní uvnitř jednotlivých členských států s "doporučenou" závazností pro všechny subjekty.

3.2 DŮSLEDKY ROZHODNUTÍ ESD VE VĚCI CLARO¹⁰

Ve spojení s ochranou spotřebitele bývá nejčastěji citováno rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci Claro. V tomto rozsudku ESD odpovídá na otázku (v obecné rovině), zda směrnice 93/13/EHS¹¹ opravňuje národní soud k tomu, aby nerespektoval vnitrostátní procesní pravidla, dle kterých by musel spotřebitel napadnout neplatnost rozhodčí doložky již v rozhodčím řízení, a aby namísto toho rozhodl o neplatnosti rozhodčí doložky ex offio, a to pouze na základě samotné směrnice.

3.2.1 POHLED SOUDNÍHO DVORA EVROPSKÉ UNIE¹²

V tomto rozsudku je odkazováno i na rozsudek *Océano Grupo Editorial*¹³, dle kterého je charakterizován systém ochrany zavedený směrnicí 93/13/EHS jako systém, který "vychází z myšlenky, že se spotřebitel nachází v nerovném postavení vůči prodávajícímu nebo poskytovateli, co se týče jak vyjednávací pravomoci, tak úrovně informovanosti, které jej vede k tomu, že přistoupí k podmínkám předem vyhotoveným prodávajícím nebo poskytovatelem, aniž by mohl ovlivnit jejich obsah" a především zdůrazňuje, že takové ochrany může být v tomto nerovném vztahu dosaženo pouze pozitivním zásahem vnějšího (třetího) subjektu. ESD ustanovení článku 6 odst. 1 směrnice 93/13/EHS¹⁴ prohlásil za ustanovení kogentní, kterým právě dochází k onomu pozitivnímu zásahu zvenčí. Na základě toho ESD vytvořil ve svém závěru procesní normu, která soudům členských států

¹⁰ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 16. října 2006, sp. zn. C-168/05 (*Elisa María Mostaza Claro proti Centro Móvil Milenium SL*)

¹¹ Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

¹² Pro podrobnější rozbor viz např. APPLETON, A. E., GRAF, B. U. *Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium : EU Consumer Law as a Defense against Arbitral Awards*, ECJ Case C-168/05. *ASA Bulletin* [online]. 2007, vol. 25, iss. 1 [citováno 1. listopadu 2010]. s. 48 – 64. Dostupné z Kluwer Law Online: (viz použitá literatura na konci této práce).

¹³ Rozsudek ESD ze dne 27. června 2000, sp. zn. C-240/98 - C-244/98 (spojené věci - *Océano Grupo Editorial SA proti Rocio Murciano Quintero (C-240/98) a Salvat Editores SA proti Jose M. Sanchez Alcon Prades (C-241/98), Jose Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) a Emilio Vinas Feliu (C-244/98)*).

¹⁴ Zejména že "členské státy stanoví, že nepřiměřené podmínky použité ve smlouvě ... nejsou podle jejich vnitrostátních právních předpisů pro spotřebitele závazné".

přikazuje, aby při předložení žaloby na neplatnost rozhodčího nálezu posoudili neplatnost rozhodčí smlouvy a případně zrušili rozhodčí nález ex offo, a to bez ohledu na to, zda spotřebitel uplatnil neplatnost již v rozhodčím řízení.¹⁵

3.2.2 APLIKACE V PODMÍNKÁCH ČR

Dle § 31 ZRŘ je možné rozhodčí nález vydaný na základě rozhodčí smlouvy, která představuje nekalé smluvní ujednání dle směrnice 93/13/EHS zrušit pouze dle písm. b), tj. z důvodu neplatnosti rozhodčí smlouvy z jiných důvodů než z důvodu nedostatku arbitrability. § 33 ZRŘ ale přitom stanoví, že "Soud zamítne návrh na zrušení rozhodčího nálezu, který se opírá o důvody § 31 písm. b) nebo c), jestliže strana, která se domáhá zrušení rozhodčího nálezu, neuplatnila, ač mohla, takový důvod v rozhodčím řízení nejpozději, než začala jednat ve věci samé." To je ovšem na první pohled ve zjevném rozporu s tím, co vyslovil ESD v rozsudku Claro. Z důvodu nepřijatelnosti horizontálního přímého účinku směrnic si nemyslím, že je možné přizpůsobovat výklad příslušných ustanovení zákona v jakémkoliv rozsahu.¹⁶ Nepřímý účinek směrnice je možné realizovat pouze přizpůsobením výkladu, a to v rozumných mezích (zejména pokud se jedná o státní moc, kde platí, že ji lze uplatňovat pouze v případech a mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví¹⁷, a je proto zapotřebí používat spíše restriktivní výklad). Domnívám se proto, že není na místě jednat za každou cenu účelově, ale spíše připustit, že právo v ČR je v této otázce s právem EU v rozporu a je nutné jej novelizovat (a do té doby za rozpor nést příslušné následky).¹⁸ I z jiných důvodů si

¹⁵ Zde je ovšem zapotřebí vycházet z toho, že se jedná o odpověď na konkrétní předběžnou otázku. Rozhodnutí je nešťastně formulováno a je zapotřebí ho číst spolu s bodem 35 a s ostatními body rozsudku.

¹⁶ I přesto, jakkoliv může být nalezení takového výkladu fascinující. Viz např. NOVÝ, Zdeněk. Nekalá rozhodčí doložka v českém právu. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition [online]. Brno : Masaryk University, 2009 [cit. 2010-11-16]. s. 1797-1817. Dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/rozhodci_rizeni/Novy_Zdenek__1047_.pdf>. ISBN 978-80-210-4990-1.

¹⁷ Čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (Listina přijata ústavním zákonem č. 23/1991 Sb., která je dle usnesení předsednictva ČNR, uveřejněném ve Sbírce zákonů pod č. 2/1993 Sb., vyhlášena součástí ústavního pořádku České republiky)

¹⁸ Účelovou a nesrozumitelnou změnou výkladu by došlo k nemalému zásahu do legitimního očekávání jednotlivců (kteří sotva ze znění zákona dovodí možnost spotřebitele domáhat se zrušení i při neuplatnění námítky neplatnosti rozhodčí smlouvy již v rozhodčím řízení) a fakticky by tak došlo k obcházení zákazu horizontálního přímého působení směrnic.

Nejsou však nezajímavé možné důsledky jednotlivých postupů. Pokud vnitrostátní soud nebude respektovat rozsudek ESD a nebude aplikovat "překroucený" předpis ve smyslu

myslím, že nejrozumnějším řešením je začlenění rozporu s veřejným pořádkem jako důvodu ke zrušení rozhodčího nálezu i v případě domácích rozhodčích nálezů. To ovšem není zohledněno ani v připravované novele ZRŘ.

3.3 DŮSLEDKY ROZHODNUTÍ ESD VE VĚCI ASTURCOM¹⁹

Dalším často citovaným rozhodnutím v souvislosti s ochranou spotřebitele je rozhodnutí ESD ve věci Asturcom. V tomto případě opět došlo k vydání rozhodčího nálezu, ale žalovaná spotřebitelka se ani nedostavila k rozhodčímu soudu a ani nepodala žalobu na zrušení rozhodčího nálezu. Předběžná otázka vyvstala až ve vykonávacím řízení a spotřebitelka navíc zneužívající povahu rozhodčí doložky nenamítla ani v rámci tohoto řízení. Předmětnou otázkou bylo, zda soud i v takovém případě musí rozhodčí doložku přezkoumat *ex offio* a nález popřípadě zrušit z důvodu, že je tato rozhodčí doložka nepřiměřeným ustanovením v neprospěch spotřebitele.

3.3.1 POHLED SOUDNÍHO DVORA EVROPSKÉ UNIE

ESD rozhodl v závěru, že "Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách musí být vykládána v tom smyslu, že vnitrostátní soud, který rozhoduje o návrhu na nucený výkon pravomocného rozhodčího nálezu, vydaného bez účasti spotřebitele, musí, pokud má za tímto účelem k dispozici nezbytné informace o právním a skutkovém stavu, i bez návrhu posoudit nepřiměřenost rozhodčí doložky obsažené ve smlouvě uzavřené prodávajícím nebo poskytovatelem se spotřebitelem, je-li podle vnitrostátních procesních pravidel možné provést takové posouzení v rámci obdobných řízení na základě vnitrostátního práva. Jde-li o nepřiměřenou doložku, přísluší tomuto soudu vyvodit veškeré důsledky, které z toho vyplývají podle vnitrostátního práva, aby se ujistil, že tento spotřebitel nebude uvedenou doložkou vázán."

Zde již byl ESD při formulaci rozhodnutí opatrnější a výslovně zmínil, že soudy musí rozhodčí nález zrušit *ex offio* z důvodu nepřiměřenosti rozhodčí

evropské směrnice, pak bude daný členský stát vystaven možným postihům ze strany EU. Navíc se bude moct spotřebitel domáhat škody na daném státu pro nesprávnou implementaci směrnice. Pokud však vnitrostátní soud předpis skutečně a doslova překrouť, aby dospěl k eurokonformnímu výkladu (spíše aby aplikoval přímo směrnici), pak by se mohla škody domáhat strana, která není spotřebitelem. Pokud by však uspěla (a domnívám se, že by uspět měla), pak by opět přicházela v úvahu sankce ze strany EU, protože by fakticky vyšlo najevo, že opět nedošlo ke správné implementaci směrnice.

¹⁹ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. října 2009, sp. zn. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones SL proti Cristina Rodríguez Nogueira)

doložky i ve výše uvedeném případě, ale pouze tehdy, pokud přezkoumání umožňují vnitrostátní procesní pravidla.²⁰

3.3.2 APLIKACE V PODMÍNKÁCH ČR

Dle § 35 odst. 1 ZRŘ může strana, proti níž byl soudem nařízen výkon rozhodčího nálezu, podat návrh na zastavení nařízeného výkonu rozhodnutí i z jiných důvodů, které jsou uvedeny ve zvláštním předpise (poznámka pod čarou²¹ odkazuje na § 268 OSŘ²²), a to i přesto, že nepodala návrh na zrušení rozhodčího nálezu.

Dle § 268 OSŘ pak není těžké uplatnit možnost uvedenou pod písmenem h), dle kterého bude výkon rozhodnutí zastaven, jestliže je výkon rozhodnutí nepřipustný z jakéhokoliv důvodu, pro který rozhodnutí nelze vykonat a který není uveden pod žádným jiným písmenem. Sem bude spadat i nemožnost vykonání rozhodčího nálezu proto, že byl vydán na základě nepřiměřené, a tedy absolutně neplatné rozhodčí doložky (rozhodčí smlouvy), a bylo by proto v rozporu s veřejným pořádkem²³ takový rozhodčí nález vykonat.

3.4 ZÁSAH HMOTNĚPRÁVNÍHO USTANOVENÍ § 55 OZ²⁴

Výše uvedené dopadá na případy, kdy nebyla rozhodčí smlouva sjednána individuálně a tudíž byl splněn jeden z předpokladů nepřiměřenosti dle směrnice 93/13/EHS. Nikoliv zanedbatelné je však i ustanovení § 55 odst. 1 OZ, které dopadá i na případy ostatní.

Dle tohoto ustanovení se spotřebitel zejména nemůže vzdát svých práv, které mu zákon poskytuje, nebo jinak zhoršit své smluvní postavení. Uzavřením rozhodčí smlouvy však dochází k tomu, že případný spor nebude rozhodovat nutně nezávislý a nestranný orgán a zásadně nebude možné se proti jeho rozhodnutí odvolat. V úvahu víceméně nepřichází ani mimořádné opravné prostředky a není zde jistota ani v zachování a dodržení základních práv, svobod a zásad, na kterých je nutné vždy trvat, neboť rozhodčí nález

²⁰ Nikoliv nutně výslovně u rozhodčích doložek, stačí v souladu se zásadou rovnocennosti (viz výše uvedená procesní autonomie členských států), pokud je to možné u obdobných řízení. Dle mého názoru to znamená, že pokud vnitrostátní procesní normy umožňují takový výklad (opět v určitých mezích), pak je zapotřebí je vykládat eurokonformně.

²¹ I přesto, že poznámka pod čarou není závazná, je v tomto případě odkaz správný.

²² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

²³ Byly by porušeny normy, na jejichž aplikaci je nutné vždy trvat, tj. normy chránící spotřebitele (viz i výše uvedený rozsudek ESD ve věci Claro).

²⁴ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.

není přezkoumatelný Ústavním soudem ČR. Nejvíce problematickým však shledávám fakt, že rozhodci nejsou vázáni platným právem České republiky,²⁵ neboť nenacházím jakýkoliv prostředek nápravy v případě, že rozhodce rozhodne zcela v rozporu s kogentními normami chránícími spotřebitele (které nejen ESD shledává součástí veřejného pořádku).

Obecné soudy nemají možnost přezkoumat rozhodčí nález po věcné stránce ani v případě zjevného rozporu s veřejným pořádkem a mohou tuto situaci "obejít" tak, že rozhodčí nález zruší, protože byl vydán na základě neplatné rozhodčí smlouvy. To pak ale nutně vede k tomu (z důvodu legitimního očekávání), že bude zrušen i rozhodčí nález věcně správný, pokud bude vydán na základě obdobné rozhodčí smlouvy jako rozhodčí nález v předešlém případě.

4. ZÁVĚR

Z výše uvedeného je zřejmé, že autonomie vůle spotřebitele je zřetelně více omezena než autonomie vůle jiných subjektů právních vztahů. Soudní dvůr Evropské unie ve své judikatuře často formuluje nové procesní normy, které mají za úkol chránit spotřebitele, a to často i v (menším) rozporu s jejich prvotní vůlí. Tento zásah bývá odůvodňován nerovným postavením spotřebitele vůči prodávajícímu nebo poskytovateli, a to s ohledem jak na vyjednávací postavení, tak na úroveň informovanosti, což jej vede k přistoupení na podmínky předem vyhotovené prodávajícím nebo poskytovatelem. Toto nerovné postavení může (respektive musí) být narovnáno pouze pozitivním zásahem třetí (vnější) nezávislé strany.

ESD nikdy nepřipustil, že by všechny rozhodčí doložky, natož rozhodčí smlouvy, byly nepřiměřenými ustanoveními, a tudíž že by byly neplatné. Navíc posuzování nepřiměřenosti přísluší vnitrostátním soudům.²⁶ Některá

²⁵ Respektive dle § 25 ZRŘ právem ČR vázáni jsou, nicméně ve světle výše uvedeného (zásadní nepřezkoumatelnost) a v důsledky praxe některých rozhodců se jedná spíše o to, co by mělo být, a ne o to, co ve skutečnosti je. To je podmíněné i tím, že rozhodcem může být téměř každý (bez nutnosti investice do vzdělání, skládání zkoušek či jmenování) a rozhodce nerespektující § 25 ZRŘ tak víceméně nic neriskuje (krom poklesu poptávky, ale v případě spotřebitele, kde rozhodce zásadně určuje prodávající ve svých obchodních podmínkách se nemusí obávat ani tohoto).

Srov. SOKOL, T. Vázanost rozhodce právem ČR ve vnitrostátním sporu. *Právní fórum*. 2008, roč. 5, č. 4, s. 134 – 140.

Opačný názor např. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím I : Komentář*. Praha : C. H. Beck, 2009. s. 1006.

²⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 1. dubna 2004, sp. zn. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG proti Ludger Hofstetter a Ulrike Hofstetter), ve kterém prohlásil: „Je věcí vnitrostátního soudu, aby určil, zda v případě takové smluvní podmínky, jako je podmínka, která je předmětem sporu v původním řízení, jsou splněna kritéria požadovaná k tomu, aby byla kvalifikována jako

ustanovení směrnice 93/13/EHS však prohlásil za kogentní a za součást evropského veřejného pořádku a vyžaduje jejich důslednou aplikaci a ochranu ze strany členských států. To samé ale platí i o mnoha dalších ustanoveních chránících spotřebitele, neboť ochranu spotřebitele v jednotlivých směrniciích považuje ESD za opatření nezbytná ke splnění poslání svěřených Evropské unii, a zvláště ke zvyšování životní úrovně a kvality života v celém Společenství.

Příloha směrnice 93/13/EHS obsahuje dle čl. 3 odst. 3 směrnice informativní a nevyčerpávající seznam podmínek, které mohou být pokládány za nepřiměřené. Nemusí tedy sice být nepřiměřené vždy, ale taktéž se nejedná o nějaký bezvýznamný výčet. Tyto podmínky by měly být primárně pokládány za nepřiměřené, ledaže se prokáže opak. V tomto výčtu je pod písmenem q) uvedena jako pravděpodobně nepřiměřená podmínka zbavující spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek, zejména požadující na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů. A ve světle výše zmíněného nálezu Ústavního soudu ČR (usnesení sp.zn. IV. ÚS 174/02 ze dne 15. července 2002) se rozhodčí smlouvou spotřebitel vždy vzdává možnosti přezkumu rozhodnutí Ústavním soudem. Vzdává se však také možnosti odvolání a dovolání (ač je možné využít § 27 ZRŘ) a vlastně tedy práva na přezkoumání sporu nezávislým a nestranným orgánem. Nejvážnějším prohřeškem ale je, že rozhodčí nález nemůže být přezkoumán po věcné stránce, a proto zůstává platný i v případě, kdy rozhodce nerespektuje kogentní normy (v našem případě normy chránící spotřebitele) a v podstatě ani veřejný pořádek České republiky a ani evropský veřejný pořádek, a spotřebitel se tím vzdal (byl zbaven) práva na přezkoumání orgánem, který je vázán zákonem. Ochrana spotřebitele tak může být v rozhodčím řízení zcela ignorována.

Z uvedeného vyplývá, že pokud nebyla rozhodčí smlouva sjednána individuálně, na základě prokazatelně projevené svobodné vůle spotřebitele (tj. byli-li splněna jedna z podmínek v čl. 3 odst. 1, potažmo i odst. 2, směrnice 93/13/EHS), je nutné ji vždy považovat za nepřiměřenou obchodní podmínku.²⁷ Nemožnost odvolání, dovolání a přezkumu Ústavním soudem sice nemusí nutně být nevýhodnou pro spotřebitele, nicméně jen pouhá

nepřiměřená ve smyslu čl. 3 odst. 1 Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.“

²⁷ Srovnej LOWE, R., WOODROFFE, G. *Consumer Law and Practice*. 6. vyd. London : Sweet & Maxwell, 2004. s. 218: „Under s.91 of the Arbitration Act 1996 a clause referring present or future disputes to arbitration is to be treated as “unfair”...where the value in dispute does not exceed a specified amount...”

Viz také MILLER, C. J., HARVEY, B. W., PARRY, D. L. *Consumer and Trading Law : Text, Cases and Materials*. New York : Oxford University Press Inc., 1998. s. 368.

možnost nerespektování norem chránících spotřebitele, zejména ve spojení s výše uvedeným, ano.²⁸ Ke stejnému závěru bude nutné dojít i v případě individuálního sjednání rozhodčí smlouvy, a to na základě § 55 odst. 1 OZ.²⁹

Dle mého názoru není znění ZRŘ v souladu s právem EU, jak je uvedeno výše u rozsudku ESD ve věci *Claro*. Navíc zde uvedená nemožnost spotřebitele uzavřít rozhodčí smlouvu vyplývá především z toho, že soud nemůže posoudit rozhodčí nález z hlediska reálného dodržení ustanovení chránících spotřebitele (čili podle výsledku), ale pouze z hlediska možnosti jejich nedodržení. Pokud například spotřebitel napadne rozhodčí nález, který je v jeho neprospěch, ale při jehož vydání byla respektována všechna ustanovení chránící spotřebitele (tj. i obecný soud by došel ke stejnému závěru), tak i tehdy musí soud rozhodčí nález zrušit, protože bylo možné, aby tato ustanovení respektována nebyla a spotřebitel se tak dopředu vzdal možnosti odpovídajícího přezkumu. Je proto nutné začlenit do ZRŘ jako zrušovací důvod rozpor rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem.³⁰ Tím by navíc dle mého názoru došlo k zajištění dostatečné ochrany spotřebitele a nemyslím si, že by tím mohlo dojít ke snížení efektivity rozhodčího řízení,

²⁸ Je nasnadě, že řada poctivých rozhodců bude tímto názorem zděšena, nicméně neplatnost shledávám z důvodu pouhé možnosti a ta zde nepochybně existuje.

²⁹ Přichází samozřejmě v úvahu konstrukce rozhodčí smlouvy, která by nemusela být nutně nepřiměřenou. Například situace, kdy by byl zvolen stálý rozhodčí soud, spotřebiteli umožněno přezkoumání rozhodčího nálezu a byla by uzavřena smlouva o rozhodci. Na druhou stranu i zde hrozí, i když ve zcela menší míře, možnost nerespektování kogentních ustanovení a v případě porušení by nebyl umožněn soudní přezkum. A právě i jen pro tuto možnost je zapotřebí shledat i smlouvu o rozhodci nepřiměřenou smluvní podmínkou.

Pokud by však bylo ve smlouvě o rozhodci výslovně uvedeno, co může spotřebitel ztratit (že nemusí dojít k výkladu, který by byl v souladu s ustáleným výkladem obecných soudů; že se nebude moci obrátit na obecný soud z důvodu věcného přezkumu; že se nebude moci obrátit na ústavní soud; že rozhodce nemusí mít právní vzdělání; apod), pak by se dalo uvažovat o platnosti takové smlouvy. Dle mého názoru se však jedná spíše o teoretickou možnost, neboť dostatečné poučení by mohlo být shledáno pro spotřebitele nepřehledným atd. a maximálně by se v praxi mohlo jednat o onu pověstnou výjimku potvrzující pravidlo. I z názorů ESD se tak jeví nejhodnější umožnit přezkum rozhodčího nálezu po věcné stránce.

K neznalosti spotřebitele srovnej např. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. prosince 2009, sp. zn. 3 AS 13/2009 – 76.

³⁰ Další otázkou pak je, zda by tomu tak mělo být jen v případě "spotřebitelských" rozhodčích smluv, nebo zda by se mělo jednat o obecné ustanovení, které by se uplatnilo v každém případě (čili tak, jak je tomu v procesu uznávání a výkonu cizího rozhodčího nálezu).

neboť stejný postup probíhá (respektive by měl probíhat) i při uznávání a výkonu cizího rozhodčího nálezu.³¹

Literature:

Knižní publikace, monografie a články

- APPLETON, A. E., GRAF, B. U. *Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium : EU Consumer Law as a Defense against Arbitral Awards*, ECJ Case C-168/05. *ASA Bulletin* [online]. 2007, vol. 25, iss. 1 [citováno 1. listopadu 2010]. s. 48 – 64. Dostupné z Kluwer Law Online: <<http://www.kluwerlawonline.com/document.php?requested=document.php%3Fid%3DASAB2007004%26type%3Dhitlist%26num%3D0%23xml%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.kluwerlawonline.com%2Fpdfhits.php%3Ftype%3Dhitlist%26num%3D0&id=ASAB2007004&type=hitlist&num=0#xml=http://www.kluwerlawonline.com/pdfhits.php?type=hitlist&num=0&>>.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Římská úmluva a Nařízení Řím I : komentář v širších souvislostech evropského a mezinárodního práva soukromého*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. s. ISBN 9788074001765.
- KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno : Doplněk, 2009. 462 s. ISBN 9788072392315.
- LOWE, R., WOODROFFE, G. *Consumer Law and Practice*. 6. vyd. London : Sweet & Maxwell, 2004. 450 s. ISBN 0421829907.
- MILLER, C; HARVEY, Brian W; PARRY, Deborah L. *Consumer and trading law : text, cases and materials*. 1. publ. Oxford : Oxford university press, 1998. 747 s. ISBN 0198764790.
- NOVÝ, Zdeněk. *Nekalá rozhodčí doložka v českém právu*. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition [online].

³¹ Za současného stavu je tak paradoxně poskytována větší ochrana spotřebiteli v případě cizího rozhodčího nálezu (kde výhrada veřejného pořádku je), než spotřebiteli v případě rozhodčího nálezu (a tedy i řízení) domácího.

Brno : Masaryk University, 2009 [cit. 2010-11-16]. s. 1797-1817.

Dostupné z:

<http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/rozhodci_rizeni/Novy_Zdenek__1047_.pdf>. ISBN 978-80-210-4990-1.

- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha : ASPI, 2008. 386 s. ISBN 9788073573249.
- SOKOL, T. Vázanost rozhodce právem ČR ve vnitrostátním sporu. *Právní fórum*. 2008, roč. 5, č. 4, s. 134 – 140.

Soudní rozhodnutí a stanoviska

- Rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 15. července 2002, sp. zn. IV. US 174/02.
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. května 2000, sp. zn. C-78/98 (Shirley Preston a další proti Wolverhampton Healthcare NHS Trust a dalším a Dorothy Fletcher a další proti Midland Bank plc).
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 27. června 2000, sp. zn. C-240/98 až C-244/98. Océano Grupo Editorial SA proti Roció Murciano Quintero (C-240/98) a Salvat Editores SA proti José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) a Emilio Viñas Feliú (C-244/98).
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 1. dubna 2004, sp. zn. C-237/02. Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG proti Ludger Hofstetter a Ulrike Hofstetter.
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. října 2006, sp. zn. C-168/05. Elisa María Mostaza Claro proti Centro Móvil Milenium SL.
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. září 2006, sp. zn. C-392/04 a C-422/04 (spojené věci - Germany GmbH a Arcor AG & Co. KG proti Spolkové republice Německo).

- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 6. října 2009, sp. zn. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones SL proti Cristina Rodríguez Nogueira)
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. prosince 2009, sp. zn. 3 AS 13/2009 – 76.

Právní předpisy a ostatní dokumenty

- Listina základních práv a svobod (Listina přijata ústavním zákonem č. 23/1991 Sb., která je dle usnesení předsednictva ČNR, uveřejněném ve Sbírce zákonů pod č. 2/1993 Sb., vyhlášena součástí ústavního pořádku České republiky)
- Směrnice Rady 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email

Jaroslav.Kralicek@law.muni.cz

OBNOVA ŘÍZENÍ JAKO DŮVOD KE ZRUŠENÍ ROZHODČÍHO NÁLEZU

TEREZA KYSELOVSKÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Ustanovení § 31 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení obsahuje taxativní výčet důvodů, pro které je možné zrušit rozhodčí nále. Kontrolní funkce obecných soudů je limitována pouze na tyto důvody, které jsou postaveny na dispozici stran. Dle § 31 písm. g) soud na návrh kterékoliv strany zruší rozhodčí nále, pokud zjistí, že jsou dány důvody, pro které lze v občanském soudním řízení žádat obnovu řízení. Tento důvod pro zrušení rozhodčího nálezu působí problémy a není odbornou literaturou přijímán. Cílem tohoto příspěvku je potvrzení nebo vyvrácení hypotézy: Zrušení rozhodčího nálezu z důvodů, pro které je v občanském soudním řízení možné žádat obnovu řízení, je z hlediska funkce rozhodčího řízení a systematiky jeho právní úpravy nevhodná a excesivní.

Key words in original language

Rozhodčí řízení; zrušení rozhodčího nálezu; obnovu řízení; procesní předpisy; občanský soudní řád.

Abstract

§ 31 of Act No. 216/1994 Coll., on arbitration proceedings, contain an exhaustive list of grounds, on which it is possible to annul an arbitral award. The control function of courts during arbitral proceedings is limited only to these grounds which are based on the autonomy of will of the parties. According to § 31 point g) upon the motion of either party court annuls an arbitral award if it finds that there are reasons that may be in civil proceedings to request renewal of proceedings. This reason is very problematic and is not clearly accepted in the literature. The aim of this paper is to confirm or refuse following hypothesis: The annulment of arbitral award because of reason, if there are grounds to request renewal of proceedings, is from the point of view of functions of arbitral proceedings and its legal regulation is not suitable and excessive.

Key words

Arbitration; annulment of arbitral award; renewal of proceedings; procedural rules; civil procedural code.

Úvod

Otázka aplikace procesních předpisů *legis fori* v rozhodčím řízení, které se používají v civilním řízení před obecnými soudy, je v současné době jedním z nejproblematictějších a nejdiskutovanějších problémů. A to zejména v návaznosti na posuzování průběhu rozhodčího řízení v rámci rozhodování o návrhu na zrušení rozhodčího nálezu dle § 31 a následujícího zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále citováno jako zákon o rozhodčím řízení).¹

Zrušení rozhodčího nálezu

Zrušení rozhodčího nálezu je jednou z kontrolních funkcí, kterou vykonávají obecné soudy v rámci rozhodčího řízení. Zasahuje rozhodčí řízení až po jeho ukončení vydáním rozhodčího nálezu. Výkon kontrolních pravomocí obecných soudů je omezen teritoriální působností státního soudnictví, tedy pouze řízení spjatého s územím určitého státu.² Institut zrušení rozhodčího nálezu vychází ze dvou základních tezí.³ Stát nemůže ponechat rozhodčí řízení zcela mimo své kontrolní pravomoci. Aby bylo zajištěno ústavní právo na soudní ochranu, jakožto i mezinárodněprávní závazky České republiky vyplývající z Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, musí v právním řádu existovat procesní obrana proti nezákonnému postupu rozhodců. Zároveň ale míra a rozsah kontrolních pravomocí obecných soudů by neměla změnit smysl a účel rozhodčího řízení jako alternativního způsobu rozhodování sporů.⁴

Důvody ke zrušení rozhodčího nálezu jsou taxativně uvedeny v § 31 zákona o rozhodčím řízení. Kontrolní funkce obecných soudů je omezena pouze na tyto důvody. Zároveň jsou tyto důvody zcela v dispozici stran, žádný z nich nelze použít, pokud strana nepodala návrh na zrušení rozhodčího nálezu a některý z nich nevedla.⁵ Tyto důvody jsou následující: Nearbitrabilita sporu (§ 31 písm. a), neplatnost rozhodčí smlouvy z jiného důvodu, její zrušení nebo to, že se na daný případ nevztahuje (§ 31 písm. b), nezpůsobilost rozhodce (§ 31 písm. c), rozhodčí nález nebyl usnesen

¹ Bělohávek, A., J. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. In Právní fórum, č. 12, 2007, s. 431.

² Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer 2008, s. 297, ISBN 978-80-7357-324-9.

³ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 298, ISBN 978-80-7357-324-9.

⁴ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 298, ISBN 978-80-7357-324-9.

⁵ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 302, ISBN 978-80-7357-324-9.

většinou rozhodců (§ 31 písm. d), straně nebyla možnost případ projednat před rozhodci (§ 31 písm. e), plnění, ke kterému je strana odsouzena, nebylo žádáno nebo je dle tuzemského práva nedovolené nebo nemožné (§ 31 písm. f), zjistí se, že jsou dány důvody, pro které je možno v občanském soudním řízení žádat obnovu řízení⁶ (§ 31 písm. g).

Obnova řízení a rozhodčí řízení

Možnost podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu z důvodů zakládajících obnovu řízení je poměrně zvláštní, objevil se v návrhu zákona až dodatečně a není ani odbornou literaturou jednoznačně přijímán.⁷ Účel institutu v rozhodčím řízení sám o sobě neexistuje a jeho zařazení je možné považovat za nesystematické. Národní právní předpisy *legis arbitri*, které umožňují zrušení rozhodčího nálezu z důvodů nově zjištěných skutečností, jsou výjimečné a jsou považovány za excesivní a atypické.⁸ Jedná se zejména o Rakousko⁹, Slovensko¹⁰ a Českou republiku (vizte dále). Naopak dle komentáře Mothejzíkovej bylo zařazením tohoto důvodu ke zrušení rozhodčího nálezu do zákona o rozhodčím řízení vyhověno požadavkům právní praxe. Dle tohoto komentáře *"by bylo v rozporu s myšlenkou spravedlnosti rozhodování, kdyby nebylo možné docílit nápravy v*

⁶ *"Žaloba na obnovu řízení je v občanském soudním řádu koncipována jako mimořádný opravný prostředek, který slouží k tomu, aby mohl být znovu projednán pravomocně skončený spor nebo jiná právní věc, jestliže tu jsou skutečnosti, rozhodnutí nebo důkazy, pro které původní rozhodnutí o věci samé z hlediska správnosti a úplnosti skutkových zjištění a skutkových závěrů nemůže obstát."* In Drápal, L., Bureš, J. a kol. *Občanský soudní řád II.* § 201 - 376. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1802, ISBN 978-80-7400-107-9.

⁷ Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku.* Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 306, ISBN 978-80-7357-324-9.

⁸ Bělohávek, A., J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo.* Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 1239 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

⁹ § 611 odst. 2 bod 6, Zivillprozessordnung. (1) Gegen einen Schiedsspruch kann nur eine Klage auf gerichtliche Aufhebung gestellt werden. Dies gilt auch für Schiedssprüche, mit welchen das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit abgesprochen hat. (2) Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn 6. die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 5 ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann... Dostupné z http://www.jusline.at/611_Antrag_auf_Aufhebung_eines_Schiedsspruchs_ZPO.html [citováno 21.11.2010].

¹⁰ § 40 odst. 1 písm. h) zákona č. 244/2002 Z.z., o rozhodcovskom konaní. (1) Účastník rozhodcovského konania sa môže žalobou podanou na príslušnom súde domáhať zrušenia tuzemského rozhodcovského rozsudku, len ak ... h) sú dôvody, pre ktoré možno žiadať o obnovu konania podľa osobitného zákona... Dostupné z http://www.justice.gov.sk/wfn.aspx?pg=156&htm=15/roz244_02.htm [citováno 21.11.2010].

případech, pro které jinak podle obecných předpisů platí důvody obnovy řízení".¹¹

Důvody obnovy řízení

Práva uplatnit důvod dle § 31 písm. g) se účastníci nemohou vzdát. Jakékoliv smluvní omezení důvodů pro zrušení rozhodčího nálezů by bylo považováno za absolutně neplatné a nezpůsobilé přivodit právní účinky.¹² To je rozdíl oproti úpravě ve slovenském zákoně č. 244/2002 Z.Z., o rozhodcovském konání. Dle § 42 uvedeného zákona "*ustanovenia týkajúce sa zrušenia rozhodcovského rozsudku nemôžu účastníci rozhodcovského konania v rozhodcovskej zmluve vylúčiť okrem dôvodu podľa § 40 písm. h)*" (obnova řízení)¹³.

Ustanovení § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení týkající se obnovy řízení přímo odkazuje na § 228 odst. 1 písm. a) a b) občanského soudního řádu.

Těmito důvody jsou dle § 228 odst. 1 písm. a) občanského soudního řádu skutečnosti, rozhodnutí nebo důkazy, které bez své viny nemohl účastník použít v původním řízení použít za předpokladu, že pro něj mohou přivodit příznivější rozhodnutí ve věci¹⁴ (například křivá výpověď svědka nebo znalce, důkaz o zfalšování listiny přiložené k důkazům). Musí se jednat o skutečnosti, které v době původního řízení objektivně existovaly v době od zahájení řízení (§ 14) do jeho skončení (§23) a účastník řízení je nemohl bez své viny použít v řízení před rozhodci.¹⁵¹⁶ Musí se jednat o okolnosti zcela nové, které nevyšly najevo v souvislosti s tvrzením stran nebo jinými důkazy provedenými v rozhodčím řízení¹⁷. Dle § 20 zákona o rozhodčím

¹¹ Mothejzíkova, J., Steiner, V. a kol. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 107, ISBN 80-7179-034-6.

¹² Bělohávek, A., J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 1241 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

¹³ § 42 zákona č. 244/2002 Z.z., o rozhodcovském konání. Dostupné z http://www.justice.gov.sk/wfn.aspx?pg=156&htm=15/roz244_02.htm [citováno 21.11.2010].

¹⁴ K tomu například vizte usnesení NS, sp. Zn. 20 Cdo 1419/2000 z 10. prosince 2001.

¹⁵ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád II. § 201 - 376. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1804, ISBN 978-80-7400-107-9.

¹⁶ Usnesení NS sp.zn. 22 Cdo 2347/2003 z 25. Února 2004. "Důvodem pro obnovu řízení nemohou být skutečnosti, které nastaly až po skončení původního řízení, nýbrž jen skutečnosti, které tu už byly předtím."

¹⁷ Bělohávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 243, ISBN 80-7179-629-8.

řízení rozhodci mohou provádět pouze takové důkazy, které jim strany nebo jiné osoby poskytnou. Stejně tak mohou vyslýchat osoby, které se k rozhodčímu řízení dobrovolně dostaví a poskytnou výpověď. Rozhodci zároveň pro to, aby byl zjištěn skutkový stav věci potřebný pro rozhodnutí (§ 19 odst. 2), mohou provádět i jiné důkazy nutné pro rozhodnutí. Důkazy jsou v rozhodčím řízení, stejně jako v občanském soudním řízení, hodnoceny podle zásady volného ohodnocení důkazů zakotvené v ustanovení § 132 občanského soudního řádu, které je podle ustanovení § 30 zákona o rozhodčím řízení přiměřeně použitelné i na řízení rozhodčí¹⁸. V případě, že účastník navrhl důkaz a ten na základě rozhodnutí rozhodců nebyl proveden, není dán důvod ke zrušení rozhodčího nálezu dle § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení. Dle Bělohlávka "v rozhodčím řízení nelze poskytnout prostor pro spekulaci ohledně navržení důkazů tak, aby byly způsobeny případné průtahy ve věci".¹⁹ Zákon ovšem nevylučuje spojení více důvodů ke zrušení rozhodčího nálezu. A to, bude-li se jednat o rozhodnutí, která by podpořila závěr, že rozhodci by rozhodli jinak v případě existence a známosti takového rozhodnutí. Například soud rozhodne o vyloučení rozhodce až po vydání rozhodčího nálezu dle § 12 odst. 2 zákona o rozhodčím řízení, bude dán důvod ke zrušení dle § 31 písm. g) v návaznosti na důvod dle § 31 písm. c) zákona o rozhodčím řízení.²⁰

Aplikace § 31 písm. g) na případy možných trestněprávních okolností, které by souvisely s vydáním rozhodčího nálezu, je rozporuplná. V případě, že by vydání rozhodčího nálezu bylo ovlivněno spácháním trestného činu (ke kterému došlo v proběhu nebo v souvislosti s rozhodčím řízením), nejednalo by se o důvod dle § 31 písm. g). Dle Bělohlávka by v takovém případě bylo nutné podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu ihned na základě domněnky o spáchání trestného činu (§ 233 občanského soudního řádu upravuje subjektivní tříměsíční lhůtu, která počíná běžet dnem, kdy se oprávněný dozví o důvodu obnovy).²¹ Na tyto případy by navíc dopadala úprava v §

¹⁸ Usnesení NS sp.zn. 22 Cdo 1303/2005 z 12. července 2004. "Nemožnost použití skutečností, rozhodnutí nebo důkazů bez své viny v původním řízení je míněna nemožnost provést dokazování v soudním řízení nebo nemožnost označit nebo předložit ty skutečnosti, rozhodnutí nebo důkazy účastníkem řízení vůči soudu. Nejde tu o případy neprovedení možného dokazování soudem ohledně těch skutečností, rozhodnutí a důkazů, které byly účastníkem řízení označeny, avšak soudem byly pokládány za nerozhodné, a proto k jejich dokazování nebylo přikročeno."

¹⁹ Výjimečně by se mohlo jednat o důvod dle § 31 písm. e) zákona o rozhodčím řízení. Bělohlávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 244. ISBN 80-7179-629-8.

²⁰ Bělohlávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 244. ISBN 80-7179-629-8.

²¹ Bělohlávek, A., J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 1245 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

229 odst. 1 písm. g) občanského soudního řádu, který upravuje žalobu pro zmatečnost. Pokud by tak došlo k vydání rozhodčího nálezu z důvodů trestného činu rozhodce, nejednalo by se zřejmě o důvod ve smyslu § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení (pokud by se tím zároveň nenaplnily důvody pro obnovu řízení).²²

Dle § 228 odst. 1 písm. b) je dalším důvodem, lze-li provést důkazy, které nemohly být provedeny v původním řízení, a mohou přivodit příznivější rozhodnutí ve věci toho účastníka, který zrušení rozhodčího nálezu soudem navrhuje, například, nebyly-li splněny podmínky dle § 20 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení. Musí se jednat o překážku objektivní povahy (označený svědek byl neznámého pobytu, listina se ztratila apod.).²³

Návrh na zrušení rozhodčího nálezu z těchto důvodů musí obsahovat vedle obecných náležitostí právního podání označení napadaného rozhodčího nálezu, proti kterému směřuje, uplatněný důvod obnovy a důkazy k tomuto, čeho se navrhovatel domáhá a skutečnost svědčící o tom, že byl návrh podán včas a v zákonné lhůtě.²⁴

Ačkoliv judikatura k § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení je poměrně omezená, lze jako příklad uvést rozsudek MS v Praze sp.zn. 7 Cm 18/2004 z 21. Října 2004 ve spojení s rozsudkem Vrchního soudu v Praze sp.zn. 5 Cmo 184/2005 z 8. Listopadu 2005.²⁵ Žalobkyně podala návrh na zrušení rozhodčího nálezu dle § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení. Skutečnosti, které nemohla bez své viny použít v rozhodčím řízení a které by jí mohly přinést příznivější rozhodnutí ve věci, byly dokumentovány v rámci konkurzního řízení a na něj navazující incidenční věci. Žalobkyně namítala, že v dané věci existovalo rozhodnutí, které by mohlo přivodit příznivější rozhodnutí ve věci a žalobkyně se o něm dozvěděla až po doručení rozhodčího nálezu. Jednalo se o listinu, ve které byla podle žalobkyně zavedena "nová skutečnost". Tato listina byla součástí incidenčního spisu v řízení, jehož byla žalobkyně účastnicí. Soud se ztotožnil se žalobkyní, že se jednalo o "novou skutečnost". Nikoliv však v tom, že nemohla tuto skutečnost uplatnit v rozhodčím řízení. Žalobkyně byla účastníkem incidenčního řízení. Do spisu k tomuto řízení byla založena listina, o kterou

²² Bělohávek, A., J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 1252 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

²³ Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád II. § 201 - 376. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1805, ISBN 978-80-7400-107-9

²⁴ Mothejzík, J., Steiner, V. a kol. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 107, ISBN 80-7179-034-6.

²⁵ Bělohávek, A., J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 1257 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

opírá nárok na zrušení rozhodčího nálezu. Tato listina byla ve spisu dokumentována před samotným jednáním rozhodčího soudu. Před vydáním rozhodčího nálezu mohla žalobkyně sama nebo její právní zástupce tuto skutečnost ze spisu zjistit. Žalobkyně mohla objektivně tyto skutečnosti uplatnit a tím nebyly splněny podmínky § 31 písm. g) zákona o rozhodčím řízení. Pokud se týče nahlížení do spisů, je jen na vlastním uvážení osob, zda tohoto práva využijí, či nikoliv.

Lhůta pro podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu z důvodů obnovy řízení

Lhůta pro možnost podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu z důvodů zajištění právní jistoty stran není neomezená. Dle § 32 zákona o rozhodčím řízení návrh na zrušení rozhodčího nálezu soudem musí být podán do tří měsíců od doručení rozhodčího nálezu té straně, která se zrušení rozhodčího nálezu domáhá. Jedná se o objektivní, zákonnou a prekluzivní lhůtu, kterou není možno prominout ve smyslu § 58 odst. 1 občanského soudního řádu. Jde o lhůtu poměrně krátkou, která ale vychází z podstaty rozhodčího řízení jako alternativního řešení sporů zejména v obchodním styku, *"kdy je nutno co nejrychleji fixovat právní poměry stran a zajistit jejich právní jistotu"*.²⁶

Dle § 32 odst. 2 zákona o rozhodčím řízení *"podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu nemá odkladný účinek na vykonatelnost rozhodčího nálezu. Na žádost povinného může však soud vykonatelnost rozhodčího nálezu odložit, jestliže by neprodleným výkonem rozhodčího nálezu hrozila závažná újma"*.

Lhůta dle § 32 vyvolává otázky zejména ve vazbě na důvod dle § 31 písm. g). A to, zda se lhůta tří měsíců týká jen důvodů uvedených v § 31 pod písmeny a) až f) a nikoliv z důvodů pro obnovu řízení. V takovém případě by se uplatnily lhůty stanovené občanským soudním řádem v § 233 a 234. Dle Rozehnalové (a podobně Bělohávek²⁷) ale obnova řízení není v režimu zákona o rozhodčím řízení mimořádným opravným prostředkem. *"Zákon se tak odvolává pouze na důvody k obnově, a nikoliv na institut obnovy podle občanského soudního řádu"*.²⁸ Dle § 44 zákona o rozhodčím řízení *"nestanoví-li tento zákon jinak, použijí se pro řízení před soudem podle tohoto zákona obdobně ustanovení občanského soudního řádu"*. § 32 zákona stanoví lhůty bez ohledu na povahu důvodů.

²⁶ Bělohávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezu. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 249. ISBN 80-7179-629-8.

²⁷ Bělohávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezu. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 249. ISBN 80-7179-629-8.

²⁸ Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 301, ISBN 978-80-7357-324-9.

Opačně Mothejzíková, kdy počítání lhůt pro § 31 písm. g) se řídí ustanovením občanského soudního řádu, upravující lhůty pro podání návrhu na obnovu řízení (§ 233 občanského soudního řádu). Argumentace pro takovou aplikaci občanského soudního řádu ovšem v uvedeném komentáři chybí.

Závěr

Jak vyplývá z výše uvedeného výkladu, aplikace institutu obnovy řízení v rozhodčím řízení je problematická. A to nejen z pohledu obsahu těchto důvodů a lhůt, kdy je možné podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu z důvodů v § 31 písm. g). Jako hlavní výtku lze ve vztahu k § 31 písm. g) uvést nesystematičnost úpravy tohoto institutu v rámci rozhodčího řízení. Česká republika je jednou z mála zemí, která tento institut v předpise legis arbitri upravuje. Je diskutabilní, nakolik existence tohoto důvodu v zákoně o rozhodčím řízení odpovídá funkcím a podstatě rozhodčího řízení.

Závěrem lze říci, že zkoumaná hypotéza "Zrušení rozhodčího nálezu z důvodů, pro které je v občanském soudním řízení možné žádat obnovu řízení, je z hlediska funkce rozhodčího řízení a systematiky jeho právní úpravy nevhodná a excesivní" byla potvrzena.

Literature:

- Bělohávek, A., J. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. In Právní fórum, č. 12, 2007, s. 431 - 440.
- Bělohávek, A., J. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, 701 s., ISBN 80-7179-629-8.
- Bělohávek, A., J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 2408 s., ISBN 978-80-7400-096-6.
- Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád II. § 201 - 376. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, 1776 s., ISBN 978-80-7400-107-9.
- Mothejzíková, J., Steiner, V. a kol. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář. Praha: C. H. Beck, 1996, 216 s., ISBN 80-7179-034-6.
- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 388, ISBN 978-80-7357-324-9. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, 1776 s., ISBN 978-80-7400-107-9.

- Usnesení NS, sp. zn. 20 Cdo 1419/2000, ze dne 10. prosince 2001.
- Usnesení NS sp.zn. 22 Cdo 2347/2003, ze dne 25. února 2004.
- Usnesení NS sp.zn. 22 Cdo 1303/2005, ze dne 12. července 2004.

Contact – email

Tereza.kyselovska@law.muni.cz

INTERAKCE MEZI FÓREM ARBITRI A PROCESNÍMI NORMAMI STÁTU

NADEŽDA ROZEHNALOVÁ

Masarykova univerzita - Právnická fakulta, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Rozhodčí řízení, resp. mezinárodní rozhodčí řízení, je způsobem řešení sporů mezi stranami smlouvy. V rámci něj se strany obracejí na rozhodce jako soukromou osobu, namísto na obecný soud. Rozhodčí řízení spočívá na dvou základních pilířích: autonomii vůle danou stranám a rozhodcům, a garancích poskytovaných rozhodčímu řízení ze strany státu. Rozsah autonomie na jedné straně a garance či dokonce kontrola ze strany státu na straně druhé mnohdy rozhodují o tom, zda se stát stane či ne oblíbeným sudištěm. Článek se zabývá otázkou interakce mezi fórem, sudištěm a jeho procesními normami, zejména na příkladu České republiky. Prvou otázkou vůbec je, co je to sudiště v právním slova smyslu. Ústřední otázkou článku je, zda je možné vůlí stran delokalizovat ve vnitrostátním sporu sudiště do zahraničí.

Key words in original language

Rozhodčí řízení; mezinárodní rozhodčí řízení; autonomie vůle stran v. garance státu; forum arbitri; procesní normy a vůle stran.

Abstract

Arbitration, or international arbitration, is the alternative way of disputes resolution between parties of contract. In the framework of this procedure the parties take their dispute to an arbitrator (or arbitrators) instead of state court. The arbitration is standing on two pillars: party autonomy or arbitrators autonomy on the one side, and guarantees or even the control given by the state on other side. The balance between these two pillars is often the main criterion for it, whether the place is going to become the favourite forum or not. The paper is dealing with the question of the interaction between forum and its procedural rules. The first question is, what is forum in a legal sense. The opinions may vary. The central question of the paper is whether in the national (internal) dispute the parties of the contract are allowed to delocalise this dispute into abroad.

Key words

Arbitration procedure; international arbitration procedure; party autonomy v. guarancy of state; forum arbitri; procedural rules and party autonomy.

I. Úvod

Je téměř „otřepanou frází“ konstatovat, že se rozhodčí řízení pohybuje, resp. stojí na dvou pilířích: autonomii vůle na jedné straně a garancích

daných mocí veřejnou na straně druhé. Uvedené konstatování platí jak pro rozhodčí řízení mezinárodní, tak pro rozhodčí řízení vnitrostátní. Je však již další otázkou, nakolik se liší či může lišit ve vazbách na konkrétní stát rozhodčí řízení vnitrostátní, vázané primárně na jediný právní řád, od rozhodčího řízení mezinárodního, které v některém svém prvku překračuje ony pomyslné hranice jednoho právního řádu. Znamená princip autonomie vůle i to, že strany mohou delokalizovat vnitrostátní spor do zahraničí? Tedy, že pouhá vůle stran, která umísťuje spor do zahraničí znamená, že mizí vazby na „původní stát“ a na jeho procesní normy? Tedy namísto aplikace institutů známých „vnitrostátnímu rozhodčímu řízení“, tj. realizace pomocných funkcí, zrušení rozhodčího nálezu, přímý výkon rozhodčího nálezu nastoupí v případě umístění majetku v původním státě uznání a výkon rozhodčího nálezu? Je pouhá vůle stran způsobilá vytvořit konkurenci jurisdikcí pro využití pomocné a kontrolní funkce států?

Zdánlivě by naše otázky byly nadbytečné, kdyby nebylo realitou dnešního obchodního světa „vyvádění“ sporů řešených v rozhodčím řízení do jurisdikce jiného státu. Ano, někdy se lze setkat s tím, že může existovat spor o existenci či neexistenci mezinárodního prvku¹. Tyto případy nemáme na mysli. Zde nesporně globalizace světové ekonomiky značně „nahlodala“ tradiční vnímání mezinárodního prvku a je nutné posuzovat ad hoc danou situaci.

Na mysli máme ty případy, kdy jediným a pouhým prvkem vyvádějícím spor do zahraničí je vůle stran (ostatní prvky jsou lokalizovány v jednom státu). Tedy situaci, kdy obě strany jsou českými státními příslušníky, resp. českými právníky osobami, plnění a předmět smlouvy mají vazby pouze na české území, atd. a bez toho, že by strany nezvolily cizí sudiště by se jednalo o vnitrostátní spor. Zejména u sporů velké hodnoty se často setkáváme s tím, že spory svěřují pravomoc rozhodcům či dokonce stálému rozhodčímu soudu, a současně si stanoví jako místo rozhodování zahraničí. Že následně může dojít k paradoxním a nepředvídatelným situacím pozitivní či negativní konkurence² kontrolních pravomocí soudů státu původního místa a místa řešení sporu, strany obvykle nedomýšlejí.

Pokud bychom měli vymezit zkoumanou otázku, mohla by znít: „Lze pouhou vůlí stran lokalizovat³ výlučně tuzemský, vnitrostátní spor do

¹ Tedy v podstatě interpretační spor o to, zda danou skutečnost lze považovat za právně relevantní mezinárodní prvek či nikoli.

² Pozitivní konkurencí rozumíme situaci, kdy jak soudy státu původního místa, tak soudy státu nového místa se cítí být pravomocné ke zrušení rozhodčího nálezu. Negativní konkurencí naopak situaci, kdy žádný ze soudů se necítí být pravomocný.

³ Termín delokalizace má více významů. Zpravidla se používá pro situaci, kdy strany změnou místa rozhodování sporu ruší vazby s jakýmikoli státem a není možné lokalizovat arbitráž. V tomto směru viz c s. 64 a násl. , včetně další literatury tam uvedené. Zde

zahraničí? Lze takto „zrušit“ vazbu na soudy státu, které by jinak řešily otázku funkcí kontrolních a pomocných? Jak se staví české soudy k této problematice? “

II. Teoretická východiska

V celé řadě jiných prací⁴ – a to i českého původu⁵ – byly konstatovány čtyři základní doktríny ovládající rozhodčí řízení: smluvní, jurisdikční, smíšená a autonomní. Z nich lze dedukovat jednak vztah rozhodců, rozhodčích soudů k soudům obecným, míru či hranice autonomie vůle stran a v neposlední řadě i vazbu na právo, včetně námi sledovaných procesních norem.

V jiné své práci jsme hovořili o dvou přístupech, vyplývajících z doktrín: teritoriálním a smluvním. V případě teritoriálního uchopení vycházíme z rozhodující pozice *lex loci arbitri* – tedy místa sídla rozhodčího řízení (v literatuře rovněž „*seat theory*“). Takto určené místo rozhoduje o aplikaci procesních norem (primárně jsou užity normy tohoto místa), vztahu k soudům tohoto místa, účincích rozhodčího nálezu. Tato koncepce sdílí tradiční uchopení státu a dosahu jeho suverenity na jeho území. Tato doktrína představuje právní jistotu, právní předvídatelnost, ale je také spojována mnohdy s náhodou. Jak uvádějí zcela správně některé zdroje, tam, kde strany dávají přednost určitému místu jako vhodnému sudišti (volba neutrálního fóra, příznivé podmínky pro práci *ad hoc* rozhodců atd) a důvodem nejsou procesní normy tohoto místa, je vazba místa a řízení podmiňující aplikaci procesních norem problematičtější.

Oproti koncepci teritoriální stojí koncepce smluvní, nazývaná také delokalizační. Vedoucím principem, na kterém stojí tato koncepce je autonomie vůle stran. Samozřejmě, tato koncepce má širší rozměr než jen

pracujeme pouze s jednosměrnou vazbou – tj. lokalizací sporu do dosahu jiné jurisdikce tam, kde objektivně žádná kolize jurisdikcí neexistuje. K termínu delokalizace viz dále například Jančíjevič, D., *Delocalization in International Commercial Arbitration*, in *Facta Universitatis, Law and Politics*, Vol. 3, No1, 2005, pp. 63 – 71.

⁴ Například Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kroll, M.S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s. 71 a násl. Viz zejména literaturu na s. 72. V české literatuře zejména Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, Aspi Wolters Kluwer: Praha, 2008, s. 52 – 58. Růžička, K., *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk: Dobrá voda, 2003, s. 20-24. Raban, P., *Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí*, Beck: Praha, 2004, s. 42 -47. Bělohávek A., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. C.H.Beck: Praha, 2004, úvod.

⁵

otázku určení procesních norem. Zasahuje podmíněnosti v celém spektru od určení rozhodného práva pro různé otázky rozhodčího řízení až po určení vztahu mezi soudy obecnými a daným rozhodčím řízením.

Jak souvisí výše uvedené s námi zkoumanou problematikou vnitrostátního rozhodčího řízení? Souvislost je třeba vidět v otázce rozsahu autonomie vůle stran. Tedy zda může vůle stran jako jediný prvek účinně lokalizovat jinak vnitrostátní arbitráž do zahraničí a tím ji z určitého pohledu (nového státu) učinit arbitráží mezinárodní? Důsledky běžné projev delokalizace zde nastávají z následujícího důvodu. Ani původní místo, ani soudy původního místa, ani soudy nového místa nemusí za určitých podmínek prohlásit pravomoc svých soudů například ke zrušení rozhodčího nálezu. Arbitráž tak může ztratit své teritoriální vazby. Stát A například považuje za „domácí“ rozhodčí řízení to, které je realizováno na jeho území. Stát B, resp. jeho soudy, konstatují, že zde neexistuje žádná vazba a tudíž není dána pravomoc soudů.

Tato situace, byť na první pohled zejména pro právníka zabývajícího se vnitrostátním právem paradoxní, je alespoň z pohledu české reality možnou a nesporně se s podobnými situacemi setkáme i v zahraničí.

III. Úvahy o řešení a stanovisko autora

Diskuse týkající se mezinárodního prvku probíhala mimo jiné i při přijetí Vzorového zákona UNCITRAL⁶. Tento obsahuje možnou reflexi hned ve dvou ustanoveních:

1. článek 1 odst. 3 písmeno b): místo konání rozhodčího řízení je dáno mimo společné sídlo stran,
2. článek 1 odst. 3 písmeno c): rozhodčí řízení je mezinárodní, pokud se strany výslovně dohodly na tom, že předmět rozhodčí smlouvy má vztah k více než jedné zemi.

Upozornit je třeba, že i když se český zákon o rozhodčím řízení dovolává jako svého vzoru Vzorového zákona UNCITRAL, samotná tato úprava považuje vymezení mezinárodního za možný výčet a inspiraci pro vnitrostátní úpravy. Nikoli argument pro to, že je tato situace podporována. Česká úprava výslovně vymezení mezinárodního prvku neobsahuje.

⁶ V české literatuře například: Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení ve vnitrostátním a mezinárodním obchodním styku*, ASPI Wolters Kluwer: Praha, 2008, s. 43 – 50. Myšáková, P., *Vymezení mezinárodní obchodní arbitráže - problematika mezinárodního prvku. Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha : Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2009, 4, s. 25-36

Podobná situace je i například u ZMPS. Je zde rozhodující doktrína či praxe soudů a to ad hoc v jednotlivých případech.

Vraťme se při hledání řešení a vysvětlení na počátek našich úvah. Tam jsme uvedli, že rozhodčí řízení stojí na dvou pilířích a hledejme v těchto základech rozhodčího řízení odpověď.

a) Autonomie vůle stran je nesporně základním principem rozhodčího řízení. Projevuje se všude tam, kde je stranám sporu dána dispozice s řízením (viz např. § 19 ZRŘ) a kde „nečerpají“ pomocnou a kontrolní funkci soudů obecných. To platí i pro otázky umístění soudišť do zahraničí tam, kde se jedná i o spor lokalizovaný výlučně do jednoho místa. Pokud se neobrací žádná ze stran na soud obecný, není důvodu omezovat jejich autonomii vůle. Je to v podstatě jen otázka faktické možnosti stran i rozhodců volně se pohybovat a nebýt omezen hranicemi států.

b) Garance moci veřejnou, tedy z jiného pohledu součinnost soudů obecných směrem k rozhodčímu řízení představuje zcela jinou otázku. Zde se nepohybujeme uvnitř rozhodčího řízení, zde řešíme otázku, zda má obecný soud pravomoc/příslušnost k posouzení platnosti takové rozhodčí smlouvy, zrušení rozhodčího nálezu, výkonu rozhodčího nálezu, nebo jen k uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Dispozice s touto pravomocí orgánů státu je již omezena a tam autonomie vůle stran nezasahuje v takové míře. Jen výjimečně je zákonem připuštěna dispozice – viz například dispozice stran se zrušením rozhodčího nálezu v mezinárodním rozhodčím řízení ve Švýcarsku. Je současně také pravdou, že tato dispozice je dána tam, kde je kontakt s územím slabší.

Východiska:

1. ZRŘ je procesní norma platná na území ČR a vymezující vedle samotného rozhodčího řízení i pravomoc českých soudů směrem k rozhodčímu řízení konanému na jeho území.

2. Otázka pravomoci/příslušnosti obecného soudu je řešena v § 43 zákona o rozhodčím řízení. Dle něj je místně příslušný soud, kde se konalo nebo mělo konat rozhodčí řízení, je-li toto místo v tuzemsku. Jinak je místně příslušný soud, který by byl příslušný pokud by nebylo rozhodčí smlouvy. Zákon nevylučuje zjevně situace, kdy je řízení vyvedeno do zahraničí.

Závěr: Závisí na soudu obecném, zda pro daný případ konstatuje svou pravomoc pro neplatnou či neexistující rozhodčí smlouvu u sporů bez mezinárodního prvku. Jde o posouzení konkrétních vazeb na území státu věcné působnosti zvažované normy.

IV. Ke konkrétnímu případu

Zcela pragmatická otázka zní: Nastala již tato situace a musely se jí soudy zabývat? Ano. Nastala a soudy se jí zabývaly.

V uvedeném případě se jednalo o spor dvou českých osob. Spor zcela jednoznačně vnitrostátní, bez jakéhokoli doteku směrem k zahraničí. V tomto sporu byl zvolen stálý rozhodčí soud v Praze. Rozhodčí doložka zavazovala soud k tomu, aby jednání proběhlo ve Vídni. V průběhu řízení jedna ze stran napadla rozhodčí smlouvu s tím, že na daný spor nedopadá. Rozhodci námitku zamítli a následně byl vydán rozhodčí nález. Částka byla zaplacená. Následně strana žalovaná napadla rozhodčí nález pro zrušení:

a) v Rakousku. Zdejší soud zamítl námitku nepravomoci a rozhodoval meritorně o zrušení rozhodčího nálezu. Tu nakonec zamítl.

b) v České republice. Ve věci rozhodoval Krajský soud ve městě XY. Ten nejprve odmítl svou příslušnost (nikoli mezinárodní pravomoc). Vrchní soud v AB potvrdil příslušnost (rovněž se nevyslovil k pravomoci). Následně bylo meritorně rozhodováno o zrušení rozhodčího nálezu. Co bylo na rozhodnutí soudu zajímavé nebyl ani výrok, ale naprostá samozřejmost soudců týkající se následujícího:

1. soud vůbec nezpochybnil to, že by se neměl záležitostí zabývat, protože není oprávněn rušit cizí rozhodčí nálezy. Lze konstatovat, že potvrdil pravomoc ve smyslu mezinárodní pravomoci. Žádné zdůvodnění ovšem nebylo dáno.

2. soud jen letmo konstatoval, že o zrušení rozhodčího nálezu rozhodoval i soud ve Vídni. Nicméně rovněž tuto skutečnost nekomentoval.

Závěr: Jedinou jistotou je nejistota. Vyvedení sporu do zahraničí je možné. Svědčí tomu okolnosti právní (autonomie vůle stran), i faktické (prostupnost hranic). Jinou otázkou je ovšem dopad soudní pravomoci. Tam se obáváme, že naprosto nelze předvídat, co nastane. Samozřejmě mnohé bude záviset od toho, nakolik soudce vnímá problematiku mezinárodního rozměru arbitráže a dopadu pravomoci soudů konkrétního státu.

Contact – email

rozehn@law.muni.cz

HODNOCENÍ APLIKACE PROCESNÍCH NOREM LEX ARBITRI VE FÁZI UZNÁNÍ A VÝKONU ROZHODČÍHO NÁLEZU

KLÁRA SVOBODOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstrakt

Článek V odst. 1 pís. d) Newyorské úmluvy potvrzuje skutečnost, že většina moderních úprav rozhodčího řízení přiznává stranám širokou volnost, pokud jde o volbu procesních pravidel použitelných v řízení před rozhodci. Tato volnost stran je pravidelně omezena pouze kogentními normami *lex arbitri*. Ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle Newyorské úmluvy je autonomie vůle stran primární, *lex arbitri* plní pouze subsidiární a doplňující roli. Klíčovým problémem článku V odst. 1 pís. d) je situace, kdy je ujednání stran v rozporu s kogentními normami *lex arbitri*.

Klíčová slova

Newyorská úmluva; článek V odst. 1 pís. d); procesní pravidla; autonomie vůle stran; *lex loci arbitri*.

Abstract

Article V/1 d) of the New York Convention confirms the fact that most modern legal regulations of arbitration give the parties broad autonomy regarding the choice of procedural rules applicable in arbitration proceedings. This party autonomy is limited regularly only by mandatory rules of *lex arbitri*. At the stage of recognition and enforcement of arbitral award under the New York Convention, the party autonomy plays the primary role. *Lex arbitri* performs only subsidiary and complementary role. The key issue of Article V/1 d) is the situation where the agreement of the parties is in conflict with mandatory rules of *lex arbitri*.

Key words

New York Convention; Article V(1)(d); procedural rules; party autonomy; *lex loci arbitri*.

1. ÚVOD

Článek V odst. 1 pís. d) Newyorské úmluvy¹ obsahuje dva důvody pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Prvním z nich je vada ve složení rozhodčího senátu, druhým pak vada průběhu rozhodčího řízení.

¹ Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřená 10. června 1958 v New Yorku.

Odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu je možné v případě, kdy průběh rozhodčího řízení neodpovídal dohodě strana a není-li takové dohody, v případě, kdy neodpovídal právu země, kde se rozhodčí řízení konalo. Článek V odst. 1 pís. d) potvrzuje skutečnost, že většina moderních úprav rozhodčího řízení přiznává stranám širokou volnost, pokud jde o volbu procesních pravidel použitelných v řízení před rozhodci. Tato volnost stran je pravidelně omezena pouze kogentní normami *lex arbitri*.² Ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle Newyorské úmluvy je autonomie vůle stran primární, *lex arbitri* plní pouze subsidiární a doplňující roli. Klíčovým problémem článku V odst. 1 pís. d) je situace, kdy je ujednání stran v rozporu s kogentními normami *lex arbitri*. Z textu článku V odst. 1 pís. d) vyplývá, že dohoda stran má přednost před ustanoveními *lex arbitri*. Nelze proto odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu z důvodu, že průběh rozhodčího řízení odpovídá dohodě stran, ale jsou v rozporu s kogentními normami *lex arbitri*. Naopak uznání a výkon by bylo možné odmítnout v případě, kdy průběh řízení sice odpovídá kogentním normám *lex arbitri*, ale je v rozporu s ujednáním stran. V tomto příspěvku bychom však chtěli prokázat, že nerespektování ujednání stran o průběhu rozhodčího řízení ze strany rozhodce nemůže být důvodem pro odepření uznání rozhodčího nálezu, pokud je odůvodněno povinností rozhodce dodržovat kogentní normy *lex arbitri*. Ani ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu není na autonomii vůle stran nahlíženo neomezeně.³

2. OBECNĚ K UZNÁNÍ A VÝKONU ROZHODČÍCH NÁLEZŮ PODLE NEWYORSKÉ ÚMLUVY

V tomto příspěvku se budeme zabývat pouze uznáním a výkonem rozhodčích nálezů v režimu Newyorské úmluvy. Newyorská úmluva má v současné době 144 smluvních států a ve většině z nich dochází při uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů k postupu právě podle úmluvy. Řada smluvních států vůbec nedisponuje vlastní vnitrostátní úpravou uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.⁴ Použití vnitrostátních úprav namísto

² Jsme si plně vědomi toho, že pojem *lex arbitri* by měl být v českém textu rovněž skloňován. Nicméně pro zjednodušení bude v celém textu uveden v prvním pádě a zvýrazněn kurzívou.

³ Rozhodnutí zahraničních soudů použitá v tomto příspěvku pocházejí převážně z databáze Kluwer Arbitration dostupné na <http://www.kluwerarbitration.com>, ke které měla autorka přístup při svých pobytech na Haagské akademii mezinárodního práva v září 2007 a červenci 2008. Uvedená rozhodnutí budou proto pro zjednodušení citována pouze názvem soudu, zemí, označením rozhodnutí a datem. Pokud budou použita i jiná rozhodnutí, bude u nich uveden i zdroj. Ze stejné databáze pocházejí i některé zdroje použité v tomto příspěvku.

⁴ Např. Švýcarsko.

Newyorské úmluvy je umožněno pouze díky jejímu článku VII. Newyorská úmluva výrazně přispěla k zjednodušení uznání a výkonu rozhodčích nálezů v mezinárodním prostředí, a zvýšila tak atraktivnost rozhodčího řízení jako způsobu řešení sporů.

Newyorská úmluva upravuje především dvě otázky - uznání a výkon rozhodčích nálezů a vykonatelnost rozhodčích smluv. V tomto příspěvku se soustředíme pouze na první otázku. Newyorská úmluva neupravuje samotný proces uznání a výkonu rozhodčího nálezu.⁵ V článku III zavazuje smluvní státy uznávat rozhodčí nálezy za závazné, pokud budou splněny podmínky stanovené úmluvou. Článek III rovněž stanoví, že pro uznání a výkon rozhodčích nálezů, na něž se úmluva vztahuje, nebudou stanoveny podstatně tíživější podmínky nebo vyšší soudní poplatky, než jsou stanoveny pro uznání a výkon domácích rozhodčích nálezů. Článek III Newyorské úmluvy stanoví smluvním státům povinnost nálezy uznat, pokud jsou splněny podmínky dané úmluvou.⁶

Procesní úprava samotného výkonu rozhodčího nálezu je ponechána právu státu výkonu. Newyorská úmluva v článku III pouze stanoví, že výkon cizích rozhodčích nálezů nesmí být podstatně těžší než výkon domácích nálezů. Podmínky výkonu jsou stanoveny Newyorskou úmluvou, a to v článcích IV – VI. Národní právo obsahuje vlastní procesní pravidla, např. formu a náležitosti návrhu, příslušnost soudů apod.⁷

Podmínky uznání a výkonu jsou obsaženy výhradně v Newyorské úmluvě. Úmluva upravuje důkazní břemeno, důvody pro odepření uznání a dokumenty, které je nutné předložit.⁸ Strana, která žádá o uznání, je povinna pouze předložit dokumenty v souladu s článkem IV. Prokázání existence některého důvodu pro odepření uznání pak v zásadě leží na straně, proti níž uznání směřuje.

Důvody pro odepření uznání obsažené v Newyorské úmluvě lze charakterizovat následovně. Důvody se dělí na dvě skupiny. První skupinu tvoří důvody, kterými se soud bude zabývat pouze na námitku strany, proti níž uznání a výkon nálezu směřuje. Druhá skupina obsahuje důvody, které

⁵ ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. s. 325; BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2708.

⁶ BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2717.

⁷ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 236 – 239; BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2708 – 2710.

⁸ FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 968.

soud zkoumá z úřední povinnosti. Výčet důvodů je taxativní. Úmluva nepřipouští přezkum nálezu ve věci samé. Je na uvážení soudu, zda uznání a výkon odmítne, i když je prokázána existence některého z důvodů.⁹ Newyorská úmluva nestanoví povinnost odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu. Úmluva pouze vyžaduje uznání a výkon rozhodčích nálezů, jsou-li splněny podmínky podle článku IV a za předpokladu, že proces uznání a výkonu nebude tíživější než u domácích nálezů. Výjimku z povinnosti uznat tvoří pouze důvody obsažené v článku V. Tyto důvody však nezakládají povinnost soudu uznání odmítnout.¹⁰ Výše uvedené závěry ohledně uznání a výkonu se samozřejmě týkají pouze rozhodčích nálezů v působnosti Newyorské úmluvy.

3. LEX ARBITRI A SÍDLO ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ¹¹

Právo rozhodné pro rozhodčí řízení neboli *lex arbitri* můžeme vymezit jako právo určitého státu, resp. jeho část, která upravuje rozhodčí řízení. *Lex arbitri* je právní řád, od kterého rozhodčí řízení odvozuje svoje právní postavení.¹² Úkolem *lex arbitri* je vytvořit právní rámec rozhodčího řízení probíhajícího v uvedeném státě, včetně vymezení role obecných soudů ve vztahu k rozhodčímu řízení. Dle *Poudreta a Bessona lex arbitri* zahrnuje všechna ustanovení regulující rozhodčí řízení v daném státě, především ta, která upravují formální platnost rozhodčí smlouvy, arbitrabilitu sporu, složení rozhodčího tribunálu, základní procesní záruky či pomocnou a kontrolní funkci soudů.¹³ *Redfern* uvádí, že *lex arbitri* je souhrn pravidel, která představují standard průběhu rozhodčího řízení stojící mimo rozhodčí smlouvu a vůli stran.¹⁴

⁹ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 264 – 267; REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. bod 10-33; FOUCARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 967 – 971.

¹⁰ BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2722 – 2723; LASTENOUSE, P. Why Setting an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene. *Journal of International Arbitration*. 1999, roč. 16, č. 2, s. 31 – 34. Dostupné z Kluwer Arbitration: <<http://www.kluwerarbitration.com>>; STŘELEČEK, K. K možnosti uznání a výkonu zrušeného cizího rozhodčího nálezu. *Bulletin advokacie*. 2004, č. 3, s. 38 – 39.

¹¹ Autorka se tomuto tématu věnovala v příspěvku Místo konání rozhodčího řízení - rozhodující kritérium určení *lex arbitri*. In *Dny práva - 2009 - Days of Law*. Brno : Masarykova univerzita, 2009.

¹² POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 83.

¹³ Tamtéž, s. 83.

¹⁴ REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. body 2-08 a 2-10.

Zásadní otázkou v souvislosti s *lex arbitri* je zjištění, která *lex arbitri* je rozhodná pro konkrétní rozhodčí řízení, tzn. jak ji určit. S vymezením *lex arbitri* nedílně souvisí i určení toho, které soudy vykonávají vůči rozhodčímu řízení pomocné a kontrolní funkce. V současné době je dominujícím kritériem při určení *lex arbitri* místo konání rozhodčího řízení, resp. sídlo rozhodčího řízení.¹⁵ *Lex arbitri* tak můžeme označit jako *lex loci arbitri*.

Vymezení místa konání v mezinárodním rozhodčím řízení nemusí být jednoduché, zvláště s ohledem na fakt, kdy v průběhu rozhodčího řízení mohou rozhodci jednat a činit úkony ve více státech. V mezinárodním rozhodčím řízení se rozlišuje místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu a ve smyslu geografickém.¹⁶ Místo konání rozhodčího řízení ve smyslu právním chápeme jako spojení rozhodčího řízení s právem konkrétního státu. Místo konání ve smyslu geografickém pak můžeme jednoduše charakterizovat jako místo skutečného konání jednotlivých jednání či zasedání rozhodců.

Místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu je v zahraniční literatuře označováno jako „*seat of arbitration*“ nebo „*siège*“, tedy sídlo rozhodčího řízení. Sídlo rozhodčího řízení má představovat jakýsi ústřední bod rozhodčího řízení, což ovšem neznamená, že celé rozhodčí řízení se bude od začátku do konce odehrávat zde.¹⁷ V mezinárodním rozhodčím řízení není samozřejmě vyloučeno, aby se sídlo rozhodčího řízení a místo konání

¹⁵ KAUFMANN-KOHLER, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. In Berg, A.J. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998)*. The Hague : Kluwer Law International, 1999, s. 338 – 343. Dostupné z Kluwer Arbitration: <http://www.kluwerarbitration.com>; REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. bod 2-14; POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 86 – 90; GOODE, R. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*. 2001, č. 1 [cit. 15-11-2010], s. 29 – 38. Dostupné z Kluwer Law Online: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=316050&type=toc&num=2&>.

¹⁶ ROZEHNALOVÁ, N. Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – II. část. *Bulletin advokacie*. 2005, č. 5, s. 15; KAUFMANN-KOHLER, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. In Berg, A.J. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998)*. The Hague : Kluwer Law International, 1999, s. 343 – 346. Dostupné z Kluwer Arbitration: <http://www.kluwerarbitration.com>; POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 101 – 104.

¹⁷ REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. bod 2-16.

rozhodčího řízení shodovaly. Je však více než pravděpodobné, že především z praktických či ekonomických důvodů bude vhodné, eventuálně nutné, provést některé úkony v rámci rozhodčího řízení, typicky provedení důkazů, v jiném státě nebo dokonce státech. Moderní úpravy rozhodčího řízení s touto možností počítají, když umožňují konat zasedání rozhodců, jednání či provádění důkazů v místě jiném, než kde se nachází sídlo rozhodčího řízení.

Určení sídla rozhodčího řízení je primárně věcí stran. V případě, že strany neurčí sídlo rozhodčího řízení, ať už přímo či nepřímo, je tento úkol pravidelně svěřen rozhodcům.

4. PROCESNÍ PRAVIDLA V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

Strany ani rozhodci nejsou v rozhodčím řízení automaticky vázáni národním procesními pravidly použitelnými před obecnými soudy. Naopak, proces rozhodčího řízení je upraven specifickými pravidly, která dávají velký prostor stranám a rozhodcům.¹⁸

Pojem procesních pravidel je nutné odlišit od pojmu *lex arbitri*, zejména s ohledem na autonomii vůle stran. Oblast procesních pravidel je oblastí rozhodčího řízení, ve které v moderních úpravách arbitráže panuje značná volnost stran. *Lex arbitri* má širší působnost, protože se dotýká rozhodčího řízení jako celku. *Lex arbitri* rovněž obsahuje procesní pravidla upravující průběh řízení, obvykle se však omezuje na základní procesní zásady nebo dispozitivní normy použitelné pouze v případě absence dohody stran. *Lex arbitri* však neupravuje průběh rozhodčího řízení vyčerpávajícím způsobem.¹⁹

Na prvním místě je nezbytné vymezit si pojem procesní pravidla. *Bělohávek* pod procesními pravidly rozumí pravidla pro postup v řízení.²⁰ Podobně *Tweeddale a Tweeddale* uvádějí, že procesní právo je právo, které upravuje vedení rozhodčího řízení.²¹ *Lew, Mistelis a Kröll* definují procesní otázky jako technické věci týkající se organizace a vedení rozhodčího řízení.²² Národní úpravy rozhodčího řízení zřídka definují, co se rozumí

¹⁸ POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 457.

¹⁹ Tamtéž, s. 458.

²⁰ BĚLOHLÁVEK, A. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. *Právní fórum*. 2007, č. 12, s. 433.

²¹ TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford : Oxford University Press, 2005. s. 241.

²² LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. s. 522.

procesními otázkami, obvykle se omezují na připuštění autonomie vůle stran a rozhodců v této oblasti.

Na základě výše uvedeného můžeme dospět k závěru, že procesní otázky zahrnují takové věci, které se týkají organizace a průběhu vlastního řízení. Patří sem například rozvržení průběhu rozhodčího řízení, zda bude řízení ústní, písemné či kombinované, otázka písemných podání stran, místo jednání či provádění důkazů, jazyk jednání, lhůty pro jednotlivé úkony apod.

Moderní úpravy rozhodčího řízení připouštějí, aby si strany procesní otázky upravily samy.²³ Mohou tak učinit přímo, tedy vytvořením specifických procesních pravidel, či volbou již existujících rozhodčích pravidel. V případě institucionálního rozhodčího řízení budou zásadně aplikována pravidla obsažená v řádu příslušného rozhodčího soudu. Ani ta však neupravují všechny procesní detaily. Zde je tak opět dán prostor pro dohodu stran.²⁴

Strany mohou rovněž odkázat na národní právní řád, ať už procesní právo či úpravu rozhodčího řízení. Druhý případ není však příliš užitečný, protože národní úpravy rozhodčího řízení neobsahují podrobnou úpravu průběhu rozhodčího řízení.²⁵ Volba procesního práva použitelného před národními soudy není optimální, protože národní procesní právo není vhodné pro řízení před rozhodci.²⁶ Některé národní úpravy s touto možností ale výslovně počítají.²⁷ Rozhodci poté budou dohodou stran vázáni, zároveň však musí respektovat povahu, účel a zásady rozhodčího řízení.²⁸

²³ Viz článek 1494 Le Nouveau Code de Procedure Civil, Francie (dále jen NCPC), §1042 odst. 3 Zivilprozessordnung, Německo (dále jen ZPO), článek 182 odst. 1 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Švýcarsko (dále jen IPRG), článek 19 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení (dále jen Vzorový zákon), §34 odst. 1 Arbitration Act 1996, Velká Británie (dále je AA), §19 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (dále jen ZRŘ).

²⁴ LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. s. 524.

²⁵ POUDRET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 460

²⁶ BĚLOHLÁVEK, A. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. *Právní fórum*. 2007, č. 12, s. 431; viz rovněž REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. body 2-20 – 2-21.

²⁷ Článek 182 IPRG, článek 1494 NCPC.

²⁸ BĚLOHLÁVEK, A. Právo použitelné na řízení před rozhodci. *Právo a podnikání*. 2005, č. 11, s. 2; BĚLOHLÁVEK, A. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. *Právní fórum*. 2007, č. 12, s. 439.

Dohoda o procesních otázkách může být obsažena v rozhodčí smlouvě, ale i v jiné dohodě uzavřené před i po zahájení rozhodčího řízení.²⁹ V případě, že se strany na procesních pravidlech nedohodnou, tato budou stanovena rozhodci. I v této otázce panuje v moderních úpravách rozhodčího řízení shoda.³⁰ Rozhodci nejsou povinni aplikovat procesní právo státu místa konání rozhodčího řízení. I rozhodci mohou stanovit procesní pravidla odkazem na soubor existujících pravidel či národní právo. Toto řešení je velmi neobvyklé.³¹ Rozhodci stanoví procesní pravidla v rozsahu, jaký považují za nutný a vhodný.³² Rozhodci nejsou například povinni na začátku řízení vymezit všechna procesní pravidla. Toto může být za určitých okolností i nevhodné. Na začátku rozhodčího řízení nemohou rozhodci přesně vědět, jaké otázky bude nutné v průběhu rozhodčího řízení řešit. Existují však otázky, u kterých je jisté, že se v průběhu rozhodčího řízení vyskytnou. Proto je nutné stanovit jejich úpravu hned na začátku rozhodčího řízení. Jedná se například o místo konání rozhodčího řízení, jazyk řízení, způsob komunikace mezi stranami a rozhodci, otázka lhůt apod.³³

Autonomie vůle stran a rozhodců v oblasti procesní však není zcela neomezená. Vždy je nutné respektovat kogentní ustanovení *lex loci arbitri*.³⁴ Jedná se především o takové normy, jejichž porušení by mohlo vést ke zrušení rozhodčího nálezu. Pokud jde o průběh rozhodčího řízení, jedná se v současných úpravách rozhodčího řízení především o požadavek spravedlivého procesu.³⁵ Požadavek spravedlivého

²⁹ BĚLOHLÁVEK, A. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*. Praha : C.H.Beck, 2004. s. 148.

³⁰ Viz článek 182 odst. 2 IPRG, článek 1494 NCPC, § 1042 ZPO, §34 AA; článek IV odst. 3 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, článek 19 Vzorového zákona, §19 odst. 2 ZRŘ.

³¹ POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 463.

³² Viz např. článek 1494 NCPC, článek 182 odst. 2, článek 19 odst. 2 Vzorového zákona, §1042 odst. 4 ZPO.

³³ POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 464.

³⁴ POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 470; FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 644; REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. s. 314; LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. s. 525; BĚLOHLÁVEK, A. Právo použitelné na řízení před rozhodci. *Právo a podnikání*. 2005, č. 11, s. 3; TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford : Oxford University Press, 2005. s. 241.

³⁵ LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. s. 526.

procesu je v různých úpravách popsán různě, smysl je však stejný – zajistit rovnost stran a umožnit oběma stranám plně uplatnit své nároky.³⁶ Nedodržení zásady spravedlivého procesu je v národních úpravách pravidelně důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu.³⁷

5. ČLÁNEK V ODS. 1 PÍS. D) NEWYORSKÉ ÚMLUVY

5.1 AUTONOMIE VŮLE STRAN

Článek V odst. 1 pís. d) obsahuje dva důvody pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodčího nálezu. První z nich je vada ve složení rozhodčího senátu, druhým pak vada průběhu rozhodčího řízení. Rozhodná je v této souvislosti primárně dohoda stran. Chybí-li tato dohoda, je rozhodným právem *lex loci arbitri*. Právě toto ustanovení umožňuje ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu hodnotit aplikaci procesních pravidel.

Článek V odst. 1 pís. d) je výsledkem touhy tvůrců Newyorské úmluvy omezit roli práva státu, kde se konalo rozhodčí řízení, ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Ženevská úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků z roku 1927 umožňovala odmítnout uznání a výkon, jestliže složení rozhodčího senátu či průběh rozhodčího řízení byly v rozporu s ujednáním stran a s právem země, kde se rozhodčí řízení konalo.³⁸

Článek V odst. 1 pís. d) potvrzuje skutečnost, že většina moderních úprav rozhodčího řízení přiznává stranám širokou volnost, pokud jde o složení a ustanovení rozhodců a volbu procesních pravidel použitelných v řízení před rozhodci. Tato volnost stran je pravidelně omezena pouze kogentními normami *lex loci arbitri* (viz výše). Podle článku V odst. 1 pís. d) Newyorské úmluvy je však autonomie vůle stran primární.

Ujednání stran o procesních pravidlech může mít různou podobu (viz výše). V souladu s článkem V odst. 1 pís. d) volba sídla rozhodčího řízení automaticky neznamená volbu všech procesních pravidel právního řádu státu, kde se toto sídlo nachází.³⁹ Švýcarský *Tribunal Fédéral* v rozhodnutí

³⁶ Článek 18 Vzorového zákona, §1042 odst. 1 ZPO, článek 182 odst. 3 IPRG, §33 AA, §19 odst. 2 ZRŘ.

³⁷ Článek 190 odst. 2 pís. d) IPRG, článek 1502 bod 4 NCPC, §68 AA, §1059 ZPO, článek 34 odst. 2 pís. a) bod ii) Vzorového zákona, §31 pís. e) ZRŘ.

³⁸ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 323.

³⁹ FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 990.

*Joseph Müller AG v Sigval Bergesen*⁴⁰ uvádí, že přednost, kterou Newyorská úmluva dává vůli stran, umožňuje stranám vytvořit si vlastní procesní pravidla, vybrat si již existující soukromá procesní pravidla nebo zvolit procesní normy určitého státu.

Článek V odst. 1 pís. d) respektuje výslovně autonomii vůle stran v procesní oblasti, ale už výslovně nerespektuje autonomii vůle rozhodců. Jestliže však posuzujeme soulad s právem místa konání rozhodčího řízení, které stanoví, že v případě absence dohody stran budou procesní pravidla stanovena rozhodci, je i tato autonomie respektována (viz dále).

5.2 LEX LOCI ARBITRI

Lex loci arbitri plní podle článku V odst. 1 pís. d) pouze subsidiární a doplňující roli. Použije se tedy pouze v případě, že zcela chybělo ujednání stran o procesních pravidlech, nebo v případě, že ujednání stran neřeší všechny aspekty.⁴¹

⁴⁰ Rozhodnutí Tribunal Fédéral, Švýcarsko ze dne 26.2.1982, *Joseph Miller AG v Sigval Bergesen*. Bergesen, majitel lodi z Norska, a švýcarská společnost Müller uzavřeli několik smluv o nájmu dopravního prostředku. Každá smlouva obsahovala rozhodčí doložku tohoto znění: „Rozhodčí řízení se bude konat ve státě New York podle práva tohoto státu. Rozhodčí nález přijatý většinou rozhodců může být vykonán u kteréhokoli soudu a bude konečný a závazný pro strany kdekoli na světě.“ Rozhodčí řízení bylo zahájeno poté, co mezi stranami došlo ke sporu ohledně některých smluv. Rozhodci vydali v New Yorku rozhodčí nález ve prospěch Bergesena. Bergesen požádal o výkon nálezu ve Švýcarsku na základě Newyorské úmluvy. Soud prvního stupně prohlásil nález za vykonatelný, rozhodnutí bylo potvrzeno odvolacím soudem. Společnost Müller se odvolala k Tribunal Fédéral s tím, že nález není závazný ve smyslu Newyorské úmluvy. Společnost Müller tady spoléhala na ustanovení práva státu New York, podle kterého musí soud na žádost strany potvrdit rozhodčí nález do jednoho roku po doručení nálezu. Pouze na základě tohoto potvrzení se nález stává závazným ve smyslu Newyorské úmluvy.

⁴¹ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 325; BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2770; LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. s. 715; BERG, A.J. *The New York Convention: Summary of Court Decisions*. In *The New York Convention of 1958: A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference held in Zürich on 2nd February 1996*. Zürich : ASA, 1996, s. 86; FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 990; BERG, A.J. Why are some Awards not Enforceable. In *Berg, A.J. New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. The Hague : Kluwer Law International, 2005. s. 302; REDFERN, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. bod 10-43.

Příkladem podpůrného použití *lex loci arbitri* může být rozhodnutí *Corte di Appello Venezia* ve věci *S.A. Pando Compania Naviera v S.a.S. Filmo*.⁴² Rozhodčí doložka obsažená ve smlouvě stanovila, že jakékoli spory z uvedené smlouvy budou řešeny v rozhodčím řízení v Londýně třemi rozhodci, kdy každá ze stran jmenuje po jednom rozhodci a ti pak jmenují třetího rozhodce. Rozhodčí doložka však neobsahovala náhradní mechanismus pro případ, že některá ze stran nejmenuje rozhodce, což se skutečně stalo. Když žalovaný odmítl jmenovat rozhodce, žalobce postupoval v souladu s anglickou úpravou rozhodčího řízení. *Corte di Appello* dospěl k závěru, že tento postup byl platný podle anglického práva a není dán důvod pro odmítnutí uznání podle článku V odst. 1 pís. d).

Odkaz na právní řád státu sídla rozhodčího řízení neznámá, že rozhodčí řízení musí být v souladu se všemi procesními normami daného právního řádu určenými pro soudní řízení. Moderní úpravy rozhodčího řízení představují právní rámec rozhodčího řízení, který dává rozhodcům při vedení rozhodčího řízení značnou možnost uvážení, která je limitována omezeným rozsahem kogentních norem. Pouze porušení těchto kogentních norem *lex loci arbitri* může být důvodem pro odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu ve smyslu článku V odst. 1 pís. d).⁴³

V rozhodnutí *Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen č. 2 Sch 04/99*⁴⁴ povinný namítal, že rozhodčí řízení nebylo v souladu s tureckým občanským soudním řádem (Turecko bylo sídlem rozhodčího řízení),

⁴² Rozhodnutí *Corte di Appello Venezia*, Itálie ze dne 21.5.1976, *S.A. Pando Compania Naviera v S.a.S. Filmo*. Panamská lodní společnost *Pando* sjednala s italskou společností smlouvu o nájmu lodi. Rozhodčí doložka obsažená ve smlouvě zněla následovně: „Pokud dojde ke vzniku jakéhokoli sporu mezi majitelem a nájemcem, tento spor bude předložen třem osobám v Londýně, kdy každá strana jmenuje jednu osobu a ti pak třetí. Jejich rozhodnutí nebo rozhodnutí alespoň dvou z nich bude konečné. Tyto osoby musí být obchodníky.“ Společnost *Filmo* nezaplátila, *Pando* zahájila rozhodčí řízení. *Pando* jmenovala rozhodce, *Filmo* tak neučinila. *Pando* proto určila svého rozhodce jako jediného v souladu s §7 *Arbitration Act* z roku 1950. Rozhodce vydal nález ve prospěch *Pando*.

⁴³ BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2770.

⁴⁴ Rozhodnutí *Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen*, Německo ze dne 30.9.1999, sp. zn. 2 Sch 04/99, Strany neuvedeny. V roce 1992 strany uzavřely dohodu, na základě které založily společnost podle tureckého práva, ve které měly stejný podíl. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku. Mezi stranami vznikl spor, protože žalovaný údajně zabránil společnosti pod svou kontrolou, aby zaplatila za dodávky učinění žalobcem. Žalobce zahájil rozhodčí řízení, žalovaný se obrátil na soud v Turecku s žádostí o prohlášení nepravomoci rozhodců. Soud zamítl žádost žalovaného, toto rozhodnutí potvrdil i turecký Nejvyšší soud. Mezitím rozhodci vydali první rozhodčí nález ve prospěch žalobce. Žalovaný podal návrh na zrušení nálezu, protože rozhodci nevyčkali konečného rozhodnutí tureckých soudů o jejich pravomoci. Soud návrhu vyhověl. Rozhodci vydali druhý rozhodčí nález se stejným obsahem. Návrh na jeho zrušení byl tentokrát neúspěšný.

protože rozhodci nevyhověli jeho žádosti o ústní jednání a odmítli jeho žádost o předložení důkazu. Povinný rovněž namítal rozpor s občanským soudním řádem, protože odůvodnění nálezu se nezabývalo argumenty povinného vznesenými v průběhu rozhodčího řízení. Soud dospěl k závěru, že podle článku V odst. 1 pís. d) se průběh rozhodčího řízení řídí primárně dohodou stran. Tím, že strany zvolily Rozhodčí komisi Istanbulské komory obchodu a průmyslu, rovněž souhlasily s aplikací jejích rozhodčích pravidel. Pravidla skutečně upravují ústní jednání, které probíhá v turečtině a je neveřejné. Nicméně podle článku 27 pravidel jsou rozhodci oprávněni rozhodnout o ústním jednání na žádost stran nebo z vlastní iniciativy, nejsou však povinni jednání nařídit.(...)

5.3 AUTONOMIE VŮLE STRAN V KOAGENTNÍ NORMY LEX LOCI ARBITRI

Klíčovým problémem článku V odst. 1 pís. d) je situace, kdy je ujednání stran v rozporu s kogentními normami *lex loci arbitri*. Z textu článku V odst. 1 pís. d) a z výše uvedeného vyplývá, že dohoda stran má přednost před ustanoveními *lex loci arbitri*. Z toho vyplývá, že nelze odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu z důvodu, že průběh rozhodčího řízení odpovídají dohodě stran, ale jsou v rozporu s kogentními normami *lex loci arbitri*. Naopak uznání a výkon by bylo možné odmítnout v případě, kdy složení průběh řízení sice odpovídají kogentním normám práva sídla rozhodčího řízení, ale jsou v rozporu s ujednáním stran.⁴⁵

Tento vztah mezi ujednáním stran a *lex loci arbitri* se použije pouze ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle Newyorské úmluvy. Toto pravidlo však neplatí v zemi, kde se koná rozhodčí řízení. Rozhodce se tak může ocitnout v zapeklité situaci. Nebude-li respektovat dohodu stran, která je v rozporu s kogentními normami *lex loci arbitri*, nehrozí návrh na zrušení rozhodčího nálezu v místě sídla rozhodčího řízení, ale je zde dán důvod pro odmítnutí uznání podle článku V odst. 1 pís. d). A naopak.⁴⁶

Musíme si ale uvědomit, že porušení kogentních norem *lex loci arbitri* není ani ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu zcela pominuto. Za prvé, je-li nálezu zrušen ve státě svého vydání, existuje možnost odepřít jeho uznání podle článku V odst. 1 pís. e). Ujednání stran o procesních pravidlech musí

⁴⁵ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 327; BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2768 – 2769; FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 990 – 991.

⁴⁶ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 326; FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 990.

rovněž obstat proti dalším ustanovením Newyorské úmluvy, především článku V odst. 1 pís. b) a článku V odst. 2 pís. b).⁴⁷ Článek V odst. 1 pís. b) umožňuje odmítnout uznání a výkon rozhodčího nálezu v případě, kdy rozhodčí řízení vykazovalo závažné vady, které bychom mohli souhrnně označit jako porušení zásady spravedlivého procesu v rozhodčím řízení. Článek V odst. 2 pís. b) pak chrání veřejný pořádek práva státu, kde se žádá o uznání a výkon rozhodčího nálezu. Součástí veřejného pořádku je určitě i zajištění práva na spravedlivý proces.

Fouchard zastává názor, že nerespektování ujednání stran ze strany rozhodce nemůže být důvodem pro odepření uznání rozhodčího nálezu, pokud je odůvodněno povinností rozhodce dodržovat kogentní normy *lex loci arbitri*.⁴⁸ Ke stejnému závěru se přiklání i *Poudret a Besson*.⁴⁹ Jak již bylo řečeno výše, v oblasti procesních pravidel se jedná především o úpravu náležitostí spravedlivého procesu, která je zásadně kogentní.

Ačkoli ne plně v souladu s textem článku V odst. 1 pís. d) je tento názor konzistentní s ostatními ustanoveními Newyorské úmluvy, zejména článkem V odst. 1 pís. b) a e) a odst. 2 pís. b). Představme si situaci, kdy rozhodci nerespektovali ujednání stran, protože bylo v rozporu se zásadou spravedlivého procesu. Kdyby tak neučinili, byl by dán důvod pro zrušení rozhodčího nálezu i důvod pro odmítnutí uznání rozhodčího nálezu podle článku V odst. 1 pís. b) i V odst. 2 pís. b), resp. i článku V odst. 1 pís. e). Je tedy správné, aby v této situaci bylo odepřeno uznání rozhodčího nálezu podle článku V odst. 1 pís. d)? Tento závěr je opodstatněný pouze v případě, kdy je dohoda stran skutečně v rozporu s takovou kogentní normou *lex loci arbitri*, jejíž porušení může být důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu a jeho následné neuznání podle článku V odst. 1 pís. e) nebo důvodem pro odepření uznání nálezu podle článku V odst. 1 pís. b) nebo V odst. 2 pís. b).

Švýcarský *Tribunal Fédéral* v již uváděném rozhodnutí *Joseph Müller AG v Sigval Bergesen* dospěl k závěru, že autonomie vůle stran není neomezená. Je předmětem soudní kontroly, protože strany jsou vždy vázány principy veřejného pořádku státu výkonu. (...)

⁴⁷ BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. s. 331; DIPIETRO, D., PLATTE, M. *Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention*. London : Cameron May, 2001. s. 165; BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2769.

⁴⁸ FOUCHARD, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. s. 991.

⁴⁹ POUURET, J.F., BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. s. 839.

Příkladem rozhodnutí, kdy dal soud přednost dohodě stran před kogentní normou *lex loci arbitri*, je rozhodnutí *Corte di Appello Firenze* ve věci *Rederi Aktiebolaget Sally v S.r.l. Termarea*.⁵⁰ Rozhodčí řízení se konalo v Londýně. Podle rozhodčí doložky měli spory rozhodovat tři rozhodci. Každá ze stran měla jmenovat po jednom rozhodci a ti měli vybrat třetího. Rozhodčí doložka rovněž obsahovala přesný postup pro případ, že některá ze stran rozhodce nejmenuje nebo se jmenování rozhodci neshodnou na osobě třetího rozhodce. Po vzniku sporu každá ze stran jmenovala rozhodce, ti však nejmenovali třetího. V rozhodčím nálezu to zdůvodnili tím, že jejich jednání bylo v souladu se zněním §9 odst. 1 Arbitration Act z roku 1950, který byl považován za kogentní. Italský soud dospěl k závěru, že rozhodčí nález nemůže být prohlášen za vykonatelný, protože rozhodci nejednali v souladu s ustanovením rozhodčí doložky. K použití §9 odst. 1 uvedl, že podle článku V odst. 1 pís. d) bude soulad složení rozhodčího senátu s právem země, kde se rozhodčí řízení konalo, posuzován pouze tehdy, pokud si strany složení senátu nedohodli. V tomto případě ale zřejmě nebyly naplněny podmínky uvedené v předchozích odstavcích.

5.4 POUŽITÍ ČLÁNKU V ODST. 1 PÍS. D)

Strana může ztratit právo dovolat se článku V odst. 1 pís. d), pokud vadu složení rozhodčího senátu nebo průběhu rozhodčího řízení nenamítne už v průběhu rozhodčího řízení.⁵¹ Anglický *High Court* v rozhodnutí

⁵⁰ Rozhodnutí *Corte di Appello Firenze*, Itálie ze dne 13.4.1978, *Rederi Aktiebolaget Sally v S.r.l. Termarea*. Společnosti Sally a Termarea uzavřely smlouvu o nájmu lodí. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku následujícího znění: „Veškeré spory z této smlouvy budou řešeny v rozhodčím řízení buď v Londýně nebo v New Yorku, podle toho, které místo je uvedeno v části I této smlouvy, podle práva upravujícího rozhodčí řízení v daném místě. Rozhodčí senát se bude skládat ze tří rozhodců. Každá ze stran jmenuje jednoho rozhodce a ti pak určí rozhodce třetího. Jakékoli rozhodnutí alespoň dvou z těchto tří rozhodců bude konečné. Kterákoli strana se může dovolat rozhodčího řízení zasláním oznámení druhé straně, které bude obsahovat jméno rozhodce a stručný popis sporných otázek. Pokud druhá strana nejmenuje rozhodce do dvaceti dnů od doručení oznámení, jmenuje první strana druhého rozhodce. Toto jmenování má stejný účinek, jako kdyby tak učinila druhá strana.“ Pokud se rozhodci jmenování stranami do dvaceti dnů od jmenování druhého rozhodce nedohodou na osobě třetího rozhodce, kterýkoli z nich může požádat soudce námořního soudu ve výše uvedeném městě, aby jmenoval třetího rozhodce. Toto jmenování má stejný účinek, jako by byl rozhodce určen dvěma rozhodci. Část I smlouvy určila jako místo konání rozhodčího řízení Londýn. Společnost Sally zahájila rozhodčí řízení v souladu s doložkou. Obě strany jmenovaly rozhodce. Jmenování rozhodci neurčili třetího rozhodce. V rozhodčím nálezu to zdůvodnili takto. Článek 24 smlouvy vyžaduje rozhodčí řízení před tříčlenným senátem, kdy třetí rozhodce je určen rozhodci jmenovanými stranami. §9 odst. 1 Arbitration Act z roku 1950 uvádí, že takovéto ustanovení ve smlouvě musí být chápáno s úmyslem jmenovat rozhodčího („umpire“). Protože se v tomto případě rozhodci shodli, rozhodčí nebyl potřeba.

⁵¹ BORN, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. s. 2777; rozhodnutí Bayerisches Oberstes Landesgericht, Německo ze dne 23.9.2004, sp. zn. 4Z Sch 5/04, K Obchodní společnost v BMW AG.

*Minmetals v Ferco Steel*⁵² rozhodl, že povinný ztratil možnost se dovolat nedodržení procesních pravidel. Není pochyb, že právní zástupci Ferco Steel věděli, že rozhodci nejednali v souladu s pravidly, když podali návrh na zrušení nálezu a poté se účastnili nového řízení. Nicméně se účastnili, aniž výslovně namítali porušení pravidel. Ve smyslu článku 45 pravidel CIETAC ztratili právo namítat, že rozhodci opomněli předložit nález. Je těžké si představit zjevnější ztrátu práva namítat procesní vadu než v tomto případě. Ferco tak nemůže spoléhat na tuto procesní vadu ve fázi výkonu rozhodčího nálezu. Výslovné či implicitní vzdání se procesní námítky je v kontextu mezinárodního rozhodčího řízení pevně zakotveno.

V rámci článku V odst. 1 pí. d) byly zvažovány nejrůznější vady průběhu rozhodčího řízení. Jednalo se o nedodržení lhůty pro vydání rozhodčího nálezu⁵³ či jiného úkonu v rámci řízení, nekonání rozhodčího řízení na sjednaném místě,⁵⁴ vydání neodůvodněného nálezu,⁵⁵ nenařízení ústního jednání,⁵⁶ neaplikace sjednaných procesních pravidel,⁵⁷ výběr jazyka

⁵² Rozhodnutí High Court Queen's Bench Division, Commercial Court, Velká Británie ze dne 20.1.1999, *Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd.* Společnosti Minmetals a Ferco v roce 1993 uzavřely smlouvu, na základě které měla Ferco dodat ocelové kanály. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku, podle které se mělo rozhodčí řízení konat u Rozhodčí komise pro zahraniční obchod Čínské rady pro podporu mezinárodního obchodu. Minmetals uzavřela kupní smlouvu na kanály stejné kvality a kvantity se společností China Resources. Mezi Ferco a Minmetals následně vznikl spor o kvalitu oceli. Minmetals zahájila rozhodčí řízení u Čínské mezinárodní ekonomické a obchodní rozhodčí komise (CIETAC). Rozhodci vydali rozhodčí nález (nález I), kterým Minmetals přiznávali náhradu škody za porušení smlouvy ze strany Ferco. Výše náhrady byla zjevně určena na základě rozhodčího nálezu vydaného stejnými rozhodci v řízení mezi Minmetals a China Resources (nález II). Tento rozhodčí nález však nebyl v řízení mezi Minmetals a Ferco vůbec zmíněn. Ferco podala k čínskému soudu návrh na zrušení nálezu z důvodu, že neměla možnost se k nálezu II vyjádřit. Soud dal Ferco za pravdu a vrátil nález rozhodcům k novému projednání. Rozhodci vyzvali Ferco k předložení kopie žádosti o zrušení nálezu I, advokát Ferco toto odmítl. Advokát Ferco před konáním ústního jednání zaslal vyjádření, které však vůbec nezmiňovalo otázku nálezu II ani výzvu rozhodcům, aby tento nález předložili. Rozhodci v novém rozhodčím řízení vydali nález se stejným obsahem jako v původním řízení. Ferco opět podala návrh na zrušení, kterému nebylo vyhověno. Minmetals požádala o povolení výkonu rozhodčího nálezu v Anglii.

⁵³ Např. rozhodnutí Oberlandesgericht Dresden, Německo ze dne 6.8.2008, sp. zn. 11 Sch 02/08; rozhodnutí Bayerisches Oberstes Landesgericht, Německo ze dne 23.9.2004, sp. zn. 4Z Sch 5/04, K Obchodní společnost v BMW AG;

⁵⁴ Rozhodnutí High Court Queen's Bench Division, Commercial Court, Velká Británie ze dne 19.1.2001, *Tongyuan International Trading Group v Uniclan Limited.*

⁵⁵ Rozhodnutí Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Německo ze dne 30.9.1999, sp. zn. 2 Sch 04/99, Strany neuvedeny.

⁵⁶ Rozhodnutí Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Německo ze dne 30.9.1999, sp. zn. 2 Sch 04/99, Strany neuvedeny; rozhodnutí Oberlandesgericht Hamburg, Německo ze dne 30.7.1998, *Vlastník lodi v Nájemce*

řízení⁵⁸ apod. Ve většině případů soudy posuzovaly soulad s ujednáním stran. Článek V odst. 1 pís. d) zřídka vede k odepření uznání. Smyslem pís. d) v žádném případě není přezkoumávání každého procesního kroku rozhodců.

Příkladem, kdy došlo k odmítnutí uznání, je rozhodnutí švýcarského *Appellationsgericht Kanton Baselstadt* ve věci *Firma v Hamburku Y v Korporace v Basileji X*.⁵⁹ Prodávající ze Švýcarska souhlasil s rozhodčím řízením v Hamburku, kdy veškeré spory měly být řešeny v jednom a stejném rozhodčím řízení. Rozhodčí řízení však proběhlo ve dvou fázích – první fáze zahrnovala zjištění kvality, druhá fáze řádné rozhodčí řízení. Prodávající se nezúčastnil ani jedné z fází. Německý kupující namítal, že tento postup je zvyklostí. Soud dospěl k závěru, že tento postup byl v rozporu s ujednáním stran a tato zvyklost nebyla prodávajícímu známa. Prodávající v dobré víře spoléhal na tištěná Pravidla, která tento postup neupravují.

6. ZÁVĚR

Článek V odst. 1 pís. d) pokrývá vady průběhu rozhodčího řízení. Umožňuje tedy ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu hodnotit aplikaci procesních pravidel. Stejně jako ostatní důvody pro odepření uznání obsažené v Newyorské úmluvě je vykládán restriktivně. Pouhé technické nedostatky tak nejsou dostačující k tomu, aby vedly k odmítnutí uznání rozhodčího nálezu.

Primárně se posuzuje soulad průběhu rozhodčího řízení s ujednáním stran. *Lex loci arbitri* plní pouze podpůrnou a doplňující roli. Cílem autorů Newyorské úmluvy bylo omezit vliv *lex loci arbitri* ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Ujednání stran tak má v této fázi přednost i před kogentními normami *lex loci arbitri*. *Rozehnalová* uvádí, že tolerance k principu autonomie vůle je větší v případě, kdy je hodnocena aplikace procesních pravidel ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu.⁶⁰

Autonomie vůle stran nicméně není neomezená ani ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Musíme mít na paměti, že limity autonomie vůle ve fázi

⁵⁷ Rozhodnutí High Court Queen's Bench Division, Commercial Court, Velká Británie ze dne 20.1.1997, *China Agribusiness Development Corporation v Balli Trading*.

⁵⁸ Rozhodnutí Oberlandesgericht Schleswig, Německo ze dne 30.3.2000, sp. zn. 16 SchH 5/99, Strany neuvedeny.

⁵⁹ Rozhodnutí Appellationsgericht Kanton Baselstadt, Švýcarsko ze dne 6.9.1968, *Firma v Hamburku Y v Korporace v Basileji X*.

⁶⁰ ROZEHNALOVÁ, N. Institutu zrušení rozhodčího nálezu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1999, č. 4, s. 353.

uznání představují především ustanovení článku V odst. 1 pís. b) a e) a odst. 2 pís. b). Výše jsme proto zdůvodnili, že se přikláníme k názoru, podle kterého nerespektování ujednání stran ze strany rozhodce nemůže být důvodem pro odepření uznání rozhodčího nálezu podle článku V odst. 1 pís. d), pokud je odůvodněno povinností rozhodce dodržovat kogentní normy *lex loci arbitri*. Tento závěr je opodstatněný pouze v případě, kdy je dohoda stran skutečně v rozporu s takovou kogentní normou *lex loci arbitri*, jejíž porušení může být důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu a jeho následné neuznání podle článku V odst. 1 pís. e) nebo důvodem pro odepření uznání nálezu podle článku V odst. 1 pís. b) nebo V odst. 2 pís. b). V případě procesních norem se tedy především jedná o porušení zásady spravedlivého procesu.

Literature:

- Bělohlávek, A. Právo použitelné na řízení před rozhodci. *Právo a podnikání*. 2005, č. 11, s. 2 – 9.
- Bělohlávek, A. Procesní předpisy a rozhodčí řízení. *Právní fórum*. 2007, č. 12, s. 431 – 440.
- Bělohlávek, A. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*. Praha : C.H.Beck, 2004. 701 s.
- Berg, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague : T.M.C. Asser Institute, 1981. 466 s.
- Berg, A.J. The New York Convention: Summary of Court Decisions. In *The New York Convention of 1958: A Collection of Reports and Materials Delivered at the ASA Conference held in Zürich on 2nd February 1996*. Zürich : ASA, 1996, s. 1 – 54.
- Berg, A.J. Why are some Awards not Enforceable. In *Berg, A.J. New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. The Hague : Kluwer Law International, 2005. s. 291 - 326.
- Born, G.B. *International Commercial Arbitration* . Volume II. Austin : Wolters Kluwer, 2009. 1563 s.
- DiPietro, D., Platte, M. *Enforcement of International Arbitration Awards - The New York Convention*. London : Cameron May, 2001. 288 s.
- Fouchard, P. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 1999. 1280 s.

- Goode, R. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 19 – 39. Dostupné z Kluwer Law Online: <<http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=316050&type=oc&num=2&>>.
- Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. In Berg, A.J. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998)*. The Hague : Kluwer Law International, 1999, s. 336 – 365. Dostupné z Kluwer Arbitration: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.
- Lastenouse, P. Why Setting an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene. *Journal of International Arbitration*. 1999, roč. 16, č. 2, s. 25 – 48. Dostupné z Kluwer Arbitration: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. 953 s.
- Poudret, J.F., Besson, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd edition. London : Sweet & Maxwell, 2007. 952 s.
- Redfern, A. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London : Sweet & Maxwell, 2004. 613 s.
- Rozehnalová, N. Institut zrušení rozhodčího nálezu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1999, č. 4, s. 348 – 358.
- Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : Aspi Wolters Kluwer, 2008. 388 s.
- Rozehnalová, N. Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – II. část. *Bulletin advokacie*. 2005, č. 5, s. 12 – 16.

- Střelec, K. K možnosti uznání a výkonu zrušeného cizího rozhodčího nálezu. *Bulletin advokacie*. 2004, č. 3, s. 34 – 44.
- Svobodová, K. Místo konání rozhodčího řízení – rozhodující kritérium určení „lex arbitri“. In *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno : Masarykova univerzita, 2008. Dostupné z <http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/rozhodci_rizeni.html>.
- Tweeddale, A., Tweeddale, K. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford : Oxford University Press, 2005. 1190 s.

Contact – email
svobodovak@email.cz

SUBJEKTIVNÍ MEZINÁRODNÍ PRVEK V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Článek se zabývá otázkou, zda existence pouze subjektivního mezinárodního prvku v právním vztahu spočívajícím ve volbě zahraničního místa konání rozhodčího řízení postačuje k nazírání na rozhodčí nález vydaný v takovém sporu jako na tzv. cizí rozhodčí nález, který před výkonem ve státě, v němž nebyl vydán, podléhá uznání.

Key words in original language

Subjektivní mezinárodní prvek; rozhodčí řízení; místo konání rozhodčího řízení.

Abstract

The issue of this paper is whether the existence of only subjective foreign element in the legal relationship (choice of foreign place of arbitration) can be sufficient to consider arbitration award issued in such arbitration as a foreign one with all the consequences including the process of recognition and enforcement of this arbitration award.

Key words

Subjective foreign element; arbitration; place of arbitration.

1. ÚVOD

Cílem předkládaného článku je odpovědět na otázku, zda existence pouze subjektivního mezinárodního prvku v právním vztahu spočívajícím ve volbě zahraničního sudiště postačuje k nazírání na rozhodčí nález vydaný v takovém sporu jako na tzv. cizí rozhodčí nález, který před výkonem ve státě, v němž nebyl vydán, podléhá uznání.

Dovolenost subjektivní internacionalizace právního vztahu volbou práva, prorogací zahraničního soudu či volbou místa konání rozhodčího řízení v zahraničí v případě neexistence tzv. relevantního mezinárodního prvku není otázkou pouze akademickou.¹ Volba zahraničního práva či sudiště v čistě vnitrostátních vztazích vede k cílenému obcházení aplikace kogentních ustanovení vnitrostátního práva, volba zahraničního obecného soudu či

¹ Prakticky se tato otázka řeší v souvislosti s článkem 3 odst. 3 Římské úmluvy a nařízení Řím I, jehož znění se výslovně dotýká i situace, v níž existuje pouze subjektivní mezinárodní prvek.

sudiště v rozhodčím řízení vylučuje aplikaci procesních norem pro vedení sporu, které se by se jinak použily. Volní internacionalizace provedená stranami právního vztahu vyvádí spor z jurisdikce státu, který by jinak na řešení sporu vzniklého z čistě vnitrostátního vztahu uplatňoval svůj mocenský vliv, strany mu tak odnímají právo v dané věci rozhodovat.

S ohledem na stále se zvyšující počet sporů řešených v rozhodčím řízení a neustávající hledání cest, jak v rozhodčím řízení prosadit co nejširší autonomii vůle stran, lze předpokládat vzrůstající počet případů, v nichž se soudy budou zabývat uznáváním a výkonem rozhodčích nálezů vydaných v zahraničí ve sporech čistě tuzemských. Na takové rozhodčí nálezy je možné jednak pohlížet jako na cizí rozhodčí nálezy (vydány mimo stát místa výkonu), a zároveň je možné na ně nazírat jako na tuzemské rozhodčí nálezy (všechny okolnosti právního vztahu souvisejí pouze se státem, v němž je žádáno o uznání a výkon). Základní otázkou, se kterou se soudy budou v této souvislosti potýkat, tedy je, jak zacházet s rozhodčími nálezy vydanými na území jiného státu, pokud jsou všechny rozhodné skutečnosti určitého právního vztahu spojeny pouze se státem místa výkonu, tedy pokud ve sporu neexistuje relevantní mezinárodní prvek (tzv. subjektivně mezinárodní rozhodčí řízení).²

Na řešení této otázky je možné nahlížet různými způsoby. Jedním z nich je doktrinální přístup – zkoumání, jaká doktrína rozhodčího řízení a za jakých podmínek dovoluje internacionalizaci rozhodčího prostřednictvím vůle stran, resp. vůle rozhodců. Doktrína samotná ovlivňuje vnímání povahy rozhodčího řízení jako takového a principiálně odůvodňuje výklad procesních norem. Tato práce ovšem zkoumá volní internacionalizaci rozhodčího řízení z pohledu znění konkrétních procesních norem upravujících rozhodčí řízení ve vztahu k subjektivně mezinárodnímu prvku v rozhodčím řízení.

K dosažení vytyčeného cíle je třeba se nejprve věnovat mezinárodnímu prvku a jeho roli v rozhodčím řízení ve dvou základních rovinách: a) posuzování rozhodčího řízení jako mezinárodního či vnitrostátního a b) nahlížení na rozhodčí nálezy jako tuzemský či cizí. Dalším krokem je analýza vybraných procesních norem, které regulují uznání a výkon rozhodčích nálezů s cílem postihnout, v jakých případech se rozhodčí nálezy považuje za cizí, a podléhá tak uznání ve státě výkonu, a v jakých případech se na ně nahlíží jako na tuzemský. To vyústí k utvoření závěru, zda subjektivní internacionalizace právního vztahu povede k nahlížení na rozhodčí nálezy vydané v takovém sporu jako na cizí rozhodčí nálezy, který se ve státě výkonu jako cizí nálezy uznává a vykonává.

² Otázka subjektivního mezinárodního prvku je obecně diskutovaná i v jiných oblastech, především v souvislosti s čl. 3 odst. 3 tzv. nařízení Řím I nebo čl. 23 tzv. nařízení Brusel I.

2. MEZINÁRODNÍ PRVEK

Dva specifické projevy autonomie vůle stran – volba cizího práva a volba zahraničního sudiště u obecného nebo rozhodčího soudu se dle klasické teorie vyskytují pouze v těch případech, kdy ve vztahu existuje tzv. relevantní mezinárodní prvek, tedy takový mezinárodní prvek, který je pro právní vztah dostatečně významný.³ Jen v těchto případech totiž vzniká kolize právních řádů a jurisdikcí, jen v těchto případech vyvstává opodstatněně otázka, kterým rozhodným právem se právní vztah má řídit, a kde se bude spor rozhodovat, jelikož to z povahy věci není zjevné tak, jak je tomu u sporů čistě vnitrostátních (tedy sporů bez relevantního mezinárodního prvku). Proto pokud jsou všechny rozhodné skutečnosti určitého právního vztahu spojeny pouze s jedním právním řádem a kolize právních řádů, resp. pravomocí určitých soudů k rozhodování ve věci nenastává, není důvod určovat rozhodné právo volbou, aplikovat kolizní normy ani určovat mezinárodní pravomoc pro rozhodování konkrétního sporu.

Hraničním pojmem, který tyto situace odděluje, je právě relevantní mezinárodní prvek. Pokud ten ve vztahu existuje, je volba práva a volba sudiště z výše uvedených důvodů opodstatněná. Problémem ovšem je, jak mezinárodní prvek definovat a především, jak definovat jeho relevantnost.

Nepřekvapí, že obecně závazná definice mezinárodního prvku neexistuje. Zajímavé ovšem je, že ačkoli např. mezinárodní právo soukromé primárně předpokládá aplikaci kolizních norem pouze ve vztazích s mezinárodním prvkem,⁴ ani mezinárodní smlouvy zaměřené na unifikaci kolizních pravidel často o potřebě mezinárodní povahy dotčených závazků mlčí,⁵ jen některé mezinárodní úmluvy čistě vnitrostátní vztahy přímo vylučují.⁶ Negativní definici mezinárodního prvku obsahuje Úmluva o doložkách o volbě

³ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno : Doplněk, 2009. ISBN 9788072392315. s. 18.

⁴ LANDO, O. *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles. Recueil des Cours*. 1984, díl VI, sv. 189. s. 286, odkazuje na mezinárodní úmluvy a zákony, které tyto podmínky obsahují.

⁵ Srov. BOER, Th. D. M. *Facultative choice of law. Recueil des Cours*. sv. 257, Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers. s. 243.

⁶ Např. *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions* [citováno 25. 10. 2009]. Dostupná z: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=75>.

sudiště, uzavřená 30. června 2005⁷ v článku 1, který vymezuje aplikační rozsahu úmluvy:

„1. This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2. For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State. “

Podle Haagské úmluvy o doložkách o volbě sudiště nelze tedy vztah považovat za mezinárodní, pokud strany sídlí v jednom smluvním státě a všechny ostatní podstatné prvky sporu, bez ohledu na umístění zvoleného soudu, jsou spojeny jen s jedním státem.⁸ Z toho vyplývá, že úmluva se nepoužije na případy, kdy takový mezinárodní prvek ve vztahu neexistuje.

Zajímavé řešení v tomto ohledu přijala i Haagská úmluva o právu rozhodném pro mezinárodní prodej zboží (1986), která taktéž výslovně vylučuje svou aplikaci na případy s čistě subjektivním mezinárodním prvkem. Tato úmluva se podle článku 1 použije:

„a) between parties having their places of business in different States;

b) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such a choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration. “⁹

Protože tedy obecně uznávané výkladové pravidlo neexistuje, je nutné se v každém konkrétním případě ptát: Kdy už je určitá okolnost pro spor natolik významná, že spor mezi stranami internacionalizuje, čímž otevře mimo jiné i možnost pro volbu zahraničního sudiště? Jakým způsobem se mezinárodní prvek v právním vztahu objevil?

Na mezinárodní prvek lze potom nahlížet ze dvou základních hledisek – relevantnost mezinárodního prvku pro závazkový vztah a původ, resp. zdroj, odkud mezinárodní prvek vychází.

⁷ Convention on choice of Court Agreements [citováno 25. 10. 2009]. Dostupná z: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=98>.

⁸ Toto pojetí mezinárodního sporu lze ovšem aplikovat pouze na případy, na něž se vztahuje tato úmluva, nejedná se o obecně přijaté výkladové pravidlo.

⁹ Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods [citováno 20. 4. 2010]. Dostupná z: <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf>>.

2.1 RELEVANTNOST A ZDROJ MEZINÁRODNÍHO PRVKU

Relevantnost mezinárodního prvku se dovozuje ze vztahu tohoto mezinárodního prvku ke smluvnímu závazkovému vztahu. Kategorie relevantnosti mezinárodního prvku se ptá na to, zda je daný mezinárodní prvek dostatečně významným pro to, aby způsobil kolizi právních řádů, resp. jurisdikcí. Mezinárodní prvky lze z tohoto pohledu tedy dělit na *relevantní* (pro právní vztah podstatné – často např. smluvní strany sídlí v různých státech) a *nerelevantní* (pro právní vztah nepodstatné – často např. platba tuzemcem za zboží v tuzemském obchodě je provedena v cizí měně). Míru relevance mezinárodního prvku je nutné posuzovat v každém konkrétním případě samostatně.

Dále lze na mezinárodní prvek pohlížet z hlediska jeho původu, resp. zdroje, tedy jak se mezinárodní prvek ve vztahu objevil? Podle toho lze mezinárodní prvek dělit na *subjektivní (relativní)* a *objektivní (absolutní)*.¹⁰ Objektivní mezinárodní prvek je takový, který ve vztahu existuje, aniž by to přímo ovlivňovala vůle stran právního vztahu. Jedná se kupř. o místo sídla stran, o státní příslušnost stran, místo plnění ze smlouvy apod. Subjektivní mezinárodní prvek je takový, který je založen pouze a výlučně na vůli stran. Strany jím jejich čistě (či převážně) vnitrostátní vztah internacionalizují a vyvádějí jej do zahraničí, a to především dohodou o volbě cizího právního řádu, dohodou o volbě zahraničního soudu či zahraničního sudiště pro jinak čistě vnitrostátní vztah. Jak již bylo řečeno, za mezinárodní prvek, kvůli kterému se s právním vztahem nakládá jako se vztahem mezinárodním a který má potenciál vyvolat aplikaci kolizních norem, se v české doktríně mezinárodního práva soukromého považuje pouze objektivní mezinárodní prvek, jelikož pouze ten odráží skutečnou potřebu řešit existující kolize prvních řádů.¹¹ S ohledem na cíle a účel mezinárodního práva soukromého a procesního je subjektivní mezinárodní prvek nezajímavý, jelikož kolize účelově vytváří, resp. finguje je za účelem vyhnouti se jinak rozhodném právnímu řádu či jurisdikci určitých soudů. V praxi se ale vyskytuje poměrně často.

2.2 ROLE MEZINÁRODNÍHO PRVKU V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

Jak již bylo řečeno v úvodu, mezinárodní prvek se v rozhodčím řízení projevuje ve dvou základních rovinách. První z nich je rovina hmotněprávní, resp. kolizní, která se týká právního vztahu řešeného v rozhodčím řízení. Podle existence či neexistence mezinárodního prvku

¹⁰ ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení – alternativa k řízení soudnímu. *Právní fórum*, 2008, č. 4, s. 122.

¹¹ Srov. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno : Doplněk, 2009. ISBN 9788072392315. s. 19.

budou na daný právní vztah dopadat kolizní, přímé a věcné normy, které se aplikují na vztahy s mezinárodním prvkem (přímá úprava práv a povinností, určení rozhodného práva atd.), či nikoli (pak se jedná o rozhodčí řízení čistě vnitrostátní, kolizní a přímé normy určené pro regulaci vztahů s mezinárodním prvkem se nepoužijí). Například Evropská Úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži¹² se vztahuje pouze na rozhodčí (arbitrážní) smlouvy uzavřené za účelem urovnání sporů, které vzešly nebo vzejdou z provádění mezinárodního obchodu mezi fyzickými anebo právníckými osobami, které při uzavírání smlouvy měly svůj obvyklý pobyt nebo své sídlo v různých smluvních státech a na rozhodčí řízení a nálezy vydané na základě těchto smluv. Tím je její použití vyloučeno na případy čistě vnitrostátních sporů, které se řeší v rozhodčím řízení, jelikož tyto nejsou „vztahy z mezinárodního obchodu“.

Druhou zcela odlišnou je rovina procesní, která se týká vydaného rozhodčího nálezu. Ve fázi zrušení, uznání a výkonu rozhodčího nálezu se posuzuje, zda se jedná o rozhodčí nález tuzemský či cizí. Základní úmluva týkající se uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, tzv. Newyorská úmluva,¹³ upravuje svůj aplikační rozsah následovně: „*Tato Úmluva se vztahuje na uznání a výkon rozhodčích nálezů, vyplývajících ze sporů mezi osobami fyzickými nebo právníckými a vydaných na území jiného státu než toho, v němž je žádáno o jejich uznání a výkon. Úmluva se vztahuje také na rozhodčí nálezy, které nejsou pokládány za nálezy místní (národní) ve státě, v němž je žádáno o jejich uznání a výkon.*“ Na základě této úmluvy tedy její smluvní státy uznávají a vykonávají na svém území tzv. cizí rozhodčí nálezy, jimiž se v úmluvě rozumí takové rozhodčí nálezy, které byly vydány na území jiného státu. Tato úmluva se tedy týká výkonu jakýchkoli cizích rozhodčích nálezů, rozuměj rozhodčích nálezů vydaných na území jiného státu, a to bez ohledu na mezinárodní charakter daného právního vztahu.

3. SUBJEKTIVNÍ MEZINÁRODNÍ PRVEK V PROCESNÍCH PŘEDISECH

Při uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z pohledu role subjektivního mezinárodního prvku v rozhodčím řízení je nutné odlišovat dvě situace. První z nich je žádost o uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu, který byl vydán na území státu A mezi stranami se sídlem ve státě A ve sporu bez mezinárodního prvku, ve státě B, kde má dlužník majetek. V takovém případě problém se subjektivním mezinárodním prvkem nevzniká, jelikož rozhodčí řízení probíhalo ve státě, který je „domácím“ pro daný právní

¹² Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 3. srpna 1964, č. 176/1964 Sb., o Evropské úmluvě o obchodní arbitráži.

¹³ Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 6. listopadu 1959, č. 74/1959 Sb., o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

vztah. Druhá situace již sporné otázky vzbuzuje – žádost o uznání a výkon rozhodčího nálezu ve státě B, který byl vydán ve státě A mezi stranami sídlícími ve státě B ve sporu čistě vnitrostátním, který nemá žádný vztah ani ke státu A, ani k jinému státu.

Základní otázkou tedy je, zda si lze zvolit zahraniční rozhodčí soud či místo konání rozhodčího řízení v zahraničí v čistě tuzemských věcech a zda se takový rozhodčí nález považuje za rozhodčí nález cizí a před výkonem probíhá proces uznání, čímž se rozhodčí řízení vyvede z jurisdikce soudů státu, s nímž jsou všechny okolnosti předmětného právního vztahu úzce spojeny.

Odpověď na výše položenou otázku bude hledána v procesních předpisech upravujících uznání a výkon rozhodčích nálezů, a to jak na úrovni národní, mezinárodní, tak na úrovni nestátní regulace rozhodčího řízení. Pozornost bude věnována především českému zákonu o rozhodčím řízení, pro inspiraci hledání možných odpovědí na položenou otázku i několika ostatním evropským úpravám rozhodčího řízení, včetně Modelového zákona UNCITRAL, který sloužil jako vzor pro řadu světových úprav rozhodčího řízení. Na závěr bude věnována pozornost i regulaci obsažené v pravidlech pro rozhodčí řízení u Mezinárodního rozhodčího soudu při mezinárodní obchodní komoře v Paříži

3.1 ČESKÁ REPUBLIKA

V České republice upravuje rozhodčí řízení zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (dále jen "jako zákon o rozhodčím řízení"). Tento zákon upravuje jak vnitrostátní, tak mezinárodní rozhodčí řízení. V § 36 a násl. obsahuje zvláštní část ohledně poměru k cizině. Zde zákon o rozhodčím řízení rozlišuje, zda se jedná o řízení s mezinárodním prvkem (pak se spor řídí zvoleným, resp. rozhodným právem určeným na základě kolizních norem) či nikoli. O povaze mezinárodního prvku přitom nehovoří. Za cizí rozhodčí nálezy vydané označuje potom zákon o rozhodčím řízení takové, které jsou vydané v cizím státě (§ 38 zákona o rozhodčím řízení), a to bez ohledu na vazbu, kterou mají k České republice. Jediným kritériem pro odlišení tuzemského a cizího rozhodčího nálezu, které zná český zákon o rozhodčím řízení, je právě místo vydání rozhodčího nálezu. V zákoně současně není výslovně omezena možnost pro subjekty s bydlištěm či sídlem na území České republiky zvolit si pro rozhodování jejich sporů zahraniční rozhodčí soud.¹⁴

¹⁴ Obdobná úprava je obsažena i ve vládním návrhu nového zákona o rozhodčím řízení, § 116 a násl. Návrh nového zákona o rozhodčím řízení [citováno 1. 11. 2010]. Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny-mce-storage/files/Vladni_navrh_ZMPS.pdf>.

Strany tuzemského rozhodčího řízení mohou požádat české soudy o zrušení rozhodčího nálezu, v případě, že rozhodčí nález není zrušen, je vykonán. Cizí rozhodčí nález podléhá před výkonem procesu uznání. Cizí rozhodčí nález se nebude uznán v případě, že rozhodčí nález není podle práva státu, v němž byl vydán, pravomocný nebo vykonatelný, pokud je stížen vadou uvedenou v § 31 zákona o rozhodčím řízení (důvody pro zrušení rozhodčího nálezu) a nebo pokud odporuje veřejnému pořádku.

Z textu zákona o rozhodčím řízení proto vyplývá, že vyvedení čistě vnitrostátního sporu do zahraničí v textu českého zákona o rozhodčím řízení nic nebrání.¹⁵ Zákon o rozhodčím řízení striktně rozlišuje "domácí" a "cizí" rozhodčí nález pouze podle kritéria místa vydání rozhodčího nálezu, nikoli podle existence vztahu sporu řešeného v rozhodčím řízení k České republice. Každý nález, jelikož byl vydán mimo území České republiky, bude českými soudy uznán a vykonán jako cizí rozhodčí nález.

Jedinou překážkou pro jeho výkon v České republice, o které by se mohlo uvažovat v souvislosti s vyvedením místa konání rozhodčího nálezu mimo území České republiky, je rozpor s veřejným pořádkem pro obcházení zákona o rozhodčím řízení a odnímání pravomoci českých soudů vykonávat kontrolní funkci nad spory čistě vnitrostátního charakteru. Otázkou zůstává, zda tyto okolnosti (rozhodčí řízení se rozhodovalo jinde, rozhodoval o něm jiný subjekt, než může rozhodovat dle českého vnitrostátního práva, bylo postupováno podle jiných pravidel než podle českých procesních norem, český soud nemohl vykonávat svou kontrolní funkci nad rozhodčím řízením atd.) mohou být tak závažný dopad, že lze hovořit o rozporu s veřejným pořádkem České republiky.

3.2 SLOVENSKÁ REPUBLIKA

Rozhodčí řízení ve Slovenské republice upravuje zákon č. 244/2002 Zb., o rozhodcovskom konaní. Tento zákon striktně odlišuje výkon tuzemského rozhodčího nálezu (takový, který je vydán na území Slovenské republiky, § 44 zákona) a uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu (pro účely tohoto zákona je cizím rozhodčím nálezem takový, který byl vydán na území jiného státu než Slovenské republiky, § 46 zákona). O situaci „subjektivně cizího rozhodčího nálezu“ zákon nehovoří.

Stejně jako v České republice je jediným důvodem, pro který je možné odepřít uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu, který se vztahuje k možnému přesunu místa konání vnitrostátního rozhodčího řízení do zahraničí, je rozpor s veřejným pořádkem.

¹⁵ Ke stejnému závěru dochází Růžička in RŮŽIČKA, K. Rozhodování „vnitrostátních sporů“ v rozhodčím řízení v zahraničí. *Právní rádce*, 1997, č. 10, s. 3-5.

3.3 POLSKÁ REPUBLIKA

Rozhodčí řízení v Polské republice upravuje zákon o civilním řízení z roku 1964 (Dz. U. 1964, č. 43, předpis č. 296).¹⁶ Tento zákon se dle jeho čl. 1154 použije tehdy, pokud je místem konání rozhodčího řízení území Polské republiky. V článku 1206 § 2 tohoto zákona je upravena možnost zrušit rozhodčí nález vydaný na území Polské republiky z důvodu rozporu s veřejným pořádkem, stejně tak je možné dle čl. 1214 § 3 tohoto zákona odepřít uznání a výkon rozhodčího nálezu pro rozpor s veřejným pořádkem Polské republiky.

Uznání nebo výkon rozhodčího nálezu nebo smíru schváleného v řízení před rozhodčím soudem bez ohledu na stát, v němž došlo k vydání rozhodčího nálezu nebo k uzavření smíru, se řídí pravidly obsaženými v hlavě VIII polského zákona o civilním řízení, pokud mezinárodní úmluva, kterou je Polská republika vázána, nestanoví jinak (čl. 1069 polského zákona o civilním řízení).¹⁷ Výkon cizích rozhodčích nálezů je tedy na území Polské republiky prováděn především na základě Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Výslovné ustanovení o „subjektivně internacionalizovaných sporech“ polský zákon o civilním řízení neobsahuje.

3.4 BELGIE

V Belgii je rozhodčí řízení regulováno belgickým soudním řádem.¹⁸ V části o rozhodčím řízení (čl. 1676) zákon neobsahuje žádné definice mezinárodního prvku či cizího rozhodčího nálezu, ani specifické ustanovení o subjektivním mezinárodním prvku. Výkon cizího rozhodčího nálezu může být v Belgii dle čl. 1723 odepřen mj. z důvodu rozporu s veřejným pořádkem.

V souvislosti se subjektivním mezinárodním prvkem je zajímavé ustanovení čl. 1717 odst. 4 tohoto zákona. To stanovuje, že se strany, z nichž ani jedna nemá bydliště ani sídlo na území Belgie, mohou výslovně dohodnout v rozhodčí doložce nebo nějaké později uzavřené dohodě, že vylučují aplikaci jakýchkoli ustanovení belgického zákona o zrušení rozhodčího nálezu. Toto ustanovení se vztahuje na jakékoli rozhodčí řízení, v němž

¹⁶ Překlad vychází z anglického Unofficial translation into English of an excerpt from Polish Act of 17 November 1964 - Code of Civil Procedure (Dz. U. of 1964, no. 43, item 296) Translation - © Lucja Nowak; consultations - Lovells and ICC Poland [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: <www.sakig.pl/upfiles/pdf/kpc-ang.pdf>.

¹⁷ BĚLOHLÁVEK, A. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : komentář*. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 499.

¹⁸ Provisions of the Belgian Judicial Code Relating to Arbitration [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.cepina.be/images/upload/00001238_SCHEDULE%20III.pdf>.

nevystupují belgické subjekty, nevyplývá z něj, že by se vztahovalo jen na případy, kdy ve vztahu existuje jen subjektivní mezinárodní prvek založený právě volbou místa rozhodčího řízení v Belgii. S ohledem na jeho znění ale lze dovodit, že belgický zákon předpokládá možnost, že na jeho území se rozhodují čistě vnitrostátní spory, pokud si strany z jiného státu zvolily jako místo konání rozhodčího řízení Belgii.

3.5 ŠVÝCARSKÁ KONFEDERACE

Ve Švýcarsku je mezinárodní rozhodčí řízení upraveno v zákoně o mezinárodním právu soukromém¹⁹ kapitole 12, čl. 176 a násl. Ustanovení tohoto zákona se použijí na rozhodčí řízení, pokud se sídlo rozhodčího senátu nachází ve Švýcarsku a pokud nejméně jedna ze stran v okamžiku uzavření rozhodčí doložky měla buď sídlo nebo trvalé bydliště na území Švýcarska. Z toho vyplývá, že dopadá i na případy, v nichž ani jedna ze stran nemá bydliště na území Švýcarska. O povaze takto řešeného sporu (zda musí obsahovat relevantní mezinárodní prvek či nikoli) ale švýcarský zákon nehovoří. Ustanovení tohoto zákona se nepoužije v případě, že aplikaci písemně vyloučily strany a dohodly se na aplikaci kantonálních procesních norem týkajících se rozhodčího řízení.

Švýcarský zákon o rozhodčím řízení obsahuje obdobnou možnost vyloučení žádostí o zrušení rozhodčího nálezu v případě, že ani jedna ze stran nemá bydliště nebo sídlo na území Švýcarska (čl. 192 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém), jako je tomu v Belgii. Uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů se provádí podle Newyorské úmluvy, zvláštní ustanovení pro uznání a výkon švýcarský cizího rozhodčích nálezů právní řád neobsahuje (čl. 194 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém).

Mezinárodní povaha rozhodčího nálezu je tedy dána pouze trvalým pobytem nebo sídlem subjektů sporu v době uzavření rozhodčí smlouvy. Z toho lze dovodit, že švýcarský zákon o rozhodčím řízení se vztahuje i na spory, které ve Švýcarsku řešily strany sídlící obě mimo území Švýcarska, ale v nichž relevantní objektivní mezinárodní prvek chybí.

¹⁹ Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) Swiss CPIL, Umbricht Attorneys, Zurich (Switzerland), 2007 [citováno dne 1. 10. 2010]. Dostupné z: <<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>>.

3.6 VZOROVÝ ZÁKON UNCITRAL O MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽI

Modelový zákon o mezinárodní obchodní arbitráži²⁰ se stal vzorem pro řadu vnitrostátních úprav rozhodčího řízení.²¹ V modelovém zákoně je v čl. 1 aplikace omezena na mezinárodní rozhodčí řízení ve věcech obchodních. Tento zákon se s výjimkou článku 8, 9, 35 a 36 aplikuje pouze v případech, kdy je místo rozhodčího řízení na území tohoto státu. Dle vzorového zákona je rozhodčí řízení mezinárodní v případě, že:

a) strany mají sídlo v různých smluvních státech

b) alespoň jedno z následujících míst je mimo stát, ve kterém mají strany sídlo

- *místo konání rozhodčího řízení, které je určeno v rozhodčí smlouvě nebo v souladu s ní;*
- *jakékoli místo, kde má být plněna podstatná část smluvního závazku nebo místo, se kterým je nejužší spojen předmět sporu.*

Za mezinárodní rozhodčí řízení se tedy podle modelového zákona UNCITRAL považuje i takové řízení, v němž leží místo konání rozhodčího řízení založené smluvním ujednáním mimo stát, v němž mají sídlo obě smluvní strany. Dokonce je možné, aby arbitráž internacionalizovali sami rozhodci tím, že určí místo rozhodčího řízení v souladu se smlouvou (pokud toto rozhodčí smlouva dovoluje). Jiný než tento subjektivní mezinárodní prvek není vzorovým zákonem vyžadován. Lze tedy uzavřít, že Vzorový zákon UNCITRAL řešení „subjektivně mezinárodních sporů“ v rozhodčím řízení v zahraničí předpokládá.

Současně je ovšem nezbytné připomenout, že se jedná o vzorový zákon, proto státy při jeho přetvoření do vnitrostátních právních řádů mají plnou volnost využít jen některého z těchto ustanovení, případně se jím nechat pouze inspirovat. Formulaci tohoto článku totiž právě s ohledem na definici mezinárodního prvku předcházely až překvapivě zdlouhavé debaty.²²

²⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

²¹ V této souvislosti je vhodné připomenout, že ačkoli Vzorový zákon cílil na mezinárodní rozhodčí řízení, některé státy jej převzaly do svých zákonů, i co se týče regulace vnitrostátního rozhodčího řízení.

²² K těmto debatám viz přípravné dokumenty na http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_travaux.html [naposledy navštíveno dne 1. 10. 2010], souhrnně poté MYŠÁKOVÁ, P. Vymezení

Konečná definice mezinárodního prvku je tedy výsledkem vyjednávacího kompromisu s ohledem na povahu vzorového zákona. Vzorový zákon jakožto dokument, který má sloužit ke tvorbě vnitrostátních zákonů, zvolil cestu nejširšího možného vymezení mezinárodního prvku s tím, že si jej státy, pokud s takovou koncepcí nesouhlasí, zúží.²³ I tak z toho ovšem vyplývá, že přinejmenším ty státy, které prosazovaly současné znění ustanovení čl. 1 ve vzorovém zákoně, se subjektivní internacionalizací rozhodčího řízení počítají.

3.7 PRAVIDLA ICC

K dokreslení možného nahlížení na subjektivní internacionalizaci rozhodčího řízení je vhodné zkoumat i pravidla světové rozhodčí instituce, Mezinárodního rozhodčího soudu při mezinárodní obchodní komoře v Paříži. Pokud by tento rozhodčí soud nepřijímal svou pravomoc k rozhodování takových sporů, mohlo by to být dalším vodítkem pro nakládání se subjektivně mezinárodními rozhodčími řízeními.

Dle pravidel pro rozhodčí řízení u Mezinárodního rozhodčího soudu při mezinárodní obchodní komoře v Paříži je jeho cílem zajišťovat řešení sporů mezinárodního charakteru prostřednictvím rozhodčího řízení, rozhodčí soud je současně oprávněn zajišťovat i řešení obchodních sporů, které nemají mezinárodní charakter, pokud je k tomu oprávněn rozhodčí doložkou.²⁴ Z toho vyplývá, že pokud může zajišťovat mezinárodní rozhodčí soud rozhodčí řízení ve vnitrostátních vztazích, pak nutně musí přijímat pravomoc k rozhodování i v případech volby místa zahraničního rozhodčího soudu v jinak čistě vnitrostátních sporech, neboť jinak by se tato jeho pravomoc vztahovala pouze na rozhodčí doložky uzavřené mezi subjekty se sídlem na území Francie.

4. ZÁVĚR

Provedená analýza si výběrově všímá třech druhů pramenů – vnitrostátních procesních předpisů, mezinárodní smlouvy upravující uznání a výkon rozhodčích nálezů a nestátních prostředků regulace rozhodčího řízení (modelový zákon a pravidla mezinárodní rozhodčí instituce).

mezinárodního obchodní arbitráže – problematika mezinárodního prvku. *Právník*, 2009, č. 4, s. 377-388.

²³ MYŠÁKOVÁ, P. Vymezení mezinárodního obchodní arbitráže – problematika mezinárodního prvku. *Právník*, 2009, č. 4, s. 385 a násl.

²⁴ International Chamber of Commerce. *Pravidla rozhodčího řízení* [citováno dne 10. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_czech.pdf>.

V národních procesních předpisech, které upravují obecně rozhodčí řízení (vnitrostátní i mezinárodní), se podstatným způsobem odráží modelový zákon UNICITRAL pro mezinárodní rozhodčí řízení. Státy při tvorbě svých vnitrostátních procesních předpisů pro mezinárodní rozhodčí řízení měly možnost převzít takové znění modelového zákona, které odpovídá převládající doktríně v daném státě a uzpůsobit text modelového zákona svým potřebám. Ve skutečnosti byl ovšem modelový zákon vzorem nejen pro oblast mezinárodního rozhodčího řízení, ale i pro oblast rozhodčího řízení bez mezinárodního prvku. Bohužel v řadě právních řádů (např. české, slovenské a polské vnitrostátní úpravě) je patrné jeho převzetí do vnitrostátního procesního předpisu bez podrobného vymezení vztahů, na které se kupř. pravidla o uznání a výkonu rozhodčích nálezů dopadají.

Obecně lze uzavřít, že ve zkoumaných předpisech se problematice vymezení mezinárodního prvku nevěnuje dostatečná pozornost. V těchto úpravách se vyskytuje bez dalšího upřesnění (požadování či nepožadování mezinárodního prvku v právním vztahu) úprava uznání a výkonu cizích rozhodčí nálezů, aniž by se zákony věnovaly konkrétním požadavkům na povahu mezinárodního, resp. cizího rozhodčího nálezu. Současně žádný ze zkoumaných předpisů nepovažuje za nutné, aby mezi rozhodčím nálezem vydaným na území určitého státu (a považovaným tedy za tuzemský rozhodčí nález) a tímto státem existoval jiný podstatný vztah než místo vydání rozhodčího nálezu. Zkoumané vnitrostátní předpisy výslovně neřeší, do jaké míry může autonomie vůle stran rozhodčí řízení ovlivňovat a zda je v tomto ohledu rozdíl v situaci existence objektivního či subjektivního prvku v rozhodčím řízení. Důvod k neuznání cizího rozhodčího nálezu, který po vzoru Modelového zákona obsahují všechny zkoumané předpisy, je rozpor s veřejným pořádkem státu místa výkonu rozhodčího nálezu.

Z provedené analýzy tedy vyplývá, že v právní úpravě rozhodčího řízení zkoumaných právních řádů chybí vymezení, v jakých případech je možné volit si pro rozhodování sporu místo konání rozhodčího řízení v zahraničí. Současně v právní úpravě uznání a výkonu cizích rozhodčí nálezů chybí výslovné ustanovení o tom, jak nakládat s cizími rozhodčími nálezy, které nebyly vydány v mezinárodním rozhodčím řízení, ale které byly vůlí stran vyňaty z jurisdikce státu, s nímž jsou všechny prvky takového právního vztahu spojeny a kde je o uznání a výkon rozhodčího nálezu žádáno.

Obecně lze tedy uzavřít, že je-li stále v současné době základním určovatelem pro aplikaci procesních norem v rozhodčím řízení místo vydání rozhodčího nálezu, pak jsou zcela v souladu s touto situací za cizí rozhodčí nálezy považovány nejčastěji takové rozhodčí nálezy, které jsou vydány na území cizího státu. Na jejich uznání a výkon se použije buď Newyorská úmluva nebo vnitrostátní právo. Bude-li uznání a výkon probíhat podle Newyorské úmluvy, která se vztahuje na uznání a výkon rozhodčích nálezů vydaných v jiném státě než v tom, ve kterém byly vydány, a na všechny rozhodčí nálezy, které nejsou považovány za domácí ve státě výkonu, budou

podle ní uznány a vykonány i rozhodčí nálezy obsahující pouze subjektivní mezinárodní prvek. Podle Neworské úmluvy tedy uznání a výkonu subjektivně internacionalizovaných rozhodčích nálezů nic nebrání. Stejně tak v obecné rovině nebrání nic ani uznání a výkonu subjektivní cizích rozhodčích nálezů podle českého vnitrostátního práva, ani podle vnitrostátního práva dalších zkoumaných států.

S ohledem na absenci konkrétních norem, které by vylučovaly možnost uznání a výkonu rozhodčího nálezu ve sporu, jehož řešení bylo volbou zahraničního sudiště vyvedeno z území státu, s nímž jsou všechny podstatné prvky pevně spjaty, je nutné dospět k závěru, že v obecné rovině je subjektivní internacionalizace čistě vnitrostátního sporu rozhodovaného v rozhodčím řízení do zahraničí volbou zahraničního sudiště možná. V následném kroku je otázkou, jak jednotlivé státy budou postupovat při procesu uznání a výkonu takového rozhodčího nálezu – zda se bude jednat o standardní proces uznání a výkonu, či zda státy budou hledat prostředky, jak obcházení vnitrostátních norem zabránit. Jako jediné východisko z této situace, které umožňuje stávající legislativa, zabráňující vyvážení vnitrostátních sporů do zahraničí, se jeví aplikace výhrady veřejného pořádku. Aplikaci tohoto ustanovení je nutné zvažovat s ohledem na zastávanou doktrínu rozhodčího řízení ve státu výkonu a s ohledem účel, za kterým k volbě zahraničního soudu došlo, jímž může být v řadě případů snaha o obcházení norem procesního práva státu požadovaného místa uznání a výkonu.

Literature:

- BĚLOHLÁVEK, A. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů : komentář*. Praha : C.H. Beck, 2004.
- BOER, Th. D. M. Facultative choice of law. *Recueil des Cours*. sv. 257, Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers.
- KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno : Doplněk, 2009. 462 s. ISBN 9788072392315.
- MYŠÁKOVÁ, P. Vymezení mezinárodního obchodní arbitráže – problematika mezinárodního prvku. *Právník*, 2009, č. 4, s. 385 a násl.
- LANDO, O. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles. *Recueil des Cours*. 1984, díl VI, sv. 189.
- ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení – alternativa k řízení soudnímu. *Právní fórum*, 2008, č. 4.

- RŮŽIČKA, K. Rozhodování „vnitrostátních sporů“ v rozhodčím řízení v zahraničí. *Právní rádce*, 1997, č. 10, s. 3-5.
- Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods [citováno 20. 4. 2010]. Dostupná z: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf>.
- Convention on choice of Court Agreements [citováno 25. 10. 2009]. Dostupná z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=98.
- Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions [citováno 25. 10. 2009]. Dostupná z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=75.
- International Chamber of Commerce. Pravidla rozhodčího řízení [citováno 10. 11. 2010]. Dostupné z: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_czech.pdf.
- Provisions of the Belgian Judicial Code Relating to Arbitration [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: http://www.cepina.be/images/upload/00001238_SCHEDULE%20III.pdf.
- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) Swiss CPIL, Umbricht Attorneys, Zurich (Switzerland), 2007 [citováno dne 1. 10. 2010]. Dostupné z: <http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
- Unofficial translation into English of an excerpt from Polish Act of 17 November 1964 - Code of Civil Procedure (Dz. U. of 1964, no. 43, item 296) Translation - © Łucja Nowak; consultations - Lovells and ICC Poland [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupné z: www.sakig.pl/upfiles/pdf/kpc-ang.pdf.

- Vládní návrh nového zákona o rozhodčím řízení [citováno dne 1. 11. 2010]. Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymcestorage/files/Vladni_navrh_ZMPS.pdf>.
- Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 6. listopadu 1959, č. 74/1959 Sb., o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.
- Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 3. srpna 1964, č. 176/1964 Sb., o Evropské úmluvě o obchodní arbitráži.

Contact – email

simona.travnickova@law.muni.cz

**SOUČASNÉ POSTAVENÍ
JEDNOTLIVCE V
MEZINÁRODNÍM A EVROPSKÉM
PRÁVU**

***INDIVIDUAL AND
INTERNATIONAL PUBLIC AND
EUROPEAN UNION LAW - RECENT
SITUATION***

REMARKS ON THE ROLE OF INDIVIDUAL IN EUROPEAN LAW AFTER THE LISBON TREATY

DANIEL BACHO

Faculty of Law, Masaryk University, Department of International and
European Law, the Czech Republic

Abstract in original language

Autor tohoto článku se zabývá některými novinkami v primárním komunitárním právu ve vztahu k postavení jednotlivce. Cílem článku je detailně popsat vybrané novinky práva EU v tomto ohledu. V první části autor shrnuje ambice některých nových institutů a změn přinesených Lisabonskou smlouvou. V další části analyzuje institut občanské iniciativy, posílení pravomocí Evropského parlamentu a právo občanů EU na přístup k informacím.

Key words in original language

Lisabonská smlouva; Jednotlivec a Evropská unie; Občanská iniciativa; Evropský parlament.

Abstract

The author of this article deals with some important novelties in primary community law in regard to the role of individual

Key words

Lisbon Treaty; Individual and European Union; Citizens' initiative European Parliament.

1. ÚVOD

Jedním z hlavních a oficiálními institucemi proklamovaných přínosů Lisabonské smlouvy¹ bylo zjednodušení práva Evropské unie tak, aby byly uchopitelné i pro jednotlivé občany neboli jednotlivce. Zda tomu tak je doopravdy, není možné s jistotou určit, i když někteří autoři by zde jistě tvrdili, že tomu je právě naopak.

Ať je tomu tak či onak, je nepochybné, že Lisabonská smlouva přece jen přináší některé změny, které se ať přímo či nepřímo dotýkají práv jednotlivce. Existují mezi nimi novinky, které ač se mohou zdát nepodstatné, ve svém důsledku mohou znamenat zásah či přínos do práv občana členského státu Evropské Unie.

¹ Celým názvem Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské Unii a Smlouvu o založení Evropské Unie.

Tento příspěvek se pokouší vyzdvihnout některé podstatné novelizace Evropské práva a diskutovat o jejich možném dopadu na práva jednotlivce. V první části autor zohledňuje návrhy změn Evropského práva tak, jak byly postupně včleňovány do textu Lisabonské smlouvy a jejich ambice. V druhé části se zabývá dosavadním naplněním těchto představ a diskutuje možný vliv na práva jednotlivce a Evropské občanství. Mezi diskutované změny autor zahrnuje posílené pravomoci Evropského parlamentu, právo občanské iniciativy či právo na přístup k oficiálním dokumentům Evropské unie.

Autor si je vědom dosavadního krátkého života Lisabonské smlouvy² a proto může druhá část tohoto příspěvku sloužit spíše jako úvaha nad možnými dopady spíše než jako analýza faktických změn ve společnosti, na kterou je rok po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost ještě brzy.

2. LISABONSKÉ VIZE A JEDNOTLIVEC

Po fatálním neúspěchu Smlouvy o Ústavě pro Evropu³ (dále jen "Ústava") bylo třeba přijít s novým dokumentem, který by získal většinovou podporu veřejnosti. Jakým způsobem se to podařilo či nikoliv je velice diskutabilní, jelikož nejen v akademickém prostředí probíhaly v období ratifikace Lisabonské smlouvy vášnivé debaty o originalitě textu.

Avšak podstatným přínosem nového textu je inkorporování tzv. občanské iniciativy. Tento institut byl dle oficiálních dokumentů považován za jeden z demokratických pilířů nové právní úpravy. "Cílem tohoto demokratické nástroje je poskytnutí práva evropským občanům podílet se na zákonodárné iniciativě stejně jako Rada Ministrů nebo Evropský parlament"⁴. Toto prohlášení neskrývalo ambiciózní povahu nového institutu. Po nepřiliš rozsáhlé veřejné debatě byla občanská iniciativa včleněna do textu Lisabonské smlouvy a po ratifikaci se stala součástí hlavy II Smlouvy o Evropské Unii⁵ obsahující demokratické zásady. Samotné včlenění tohoto institutu do demokratických zásad napovídá o snaze tvůrců smlouvy umlčet věčné kritiky Evropské Unie poukazující na podstatný demokratický deficit a značnou vzdálenost institucí a občanů. Absence jakéhokoliv upřesnění

² V okamžiku dokončování tohoto článku byla Lisabonská Smlouva v platnosti necelých 11 měsíců.

³ Smlouvu o Ústavě pro Evropu pohřbilo francouzské a posléze i nizozemské "ne" v referendech konaných v roce 2005. Tento neúspěch ratifikační proces prakticky zastavil.

⁴ Working document on a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council of the citizens' initiative, 22.6.2010, Committee on Constitutional Affairs, Rapporteur Zita Gurmai and Alain Lamasoure; http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dt/821/821462/821462en.pdf

⁵ Čl. 11, Hlava II, Smlouva o Evropské Unii ve znění Lisabonské Smlouvy.

podmínek akceptace takové iniciativy či podmínek její právní relevance v legislativním textu či jeho přílohách však dává těmto kritikům další munici.

Za podstatnou novelizaci je považováno posílení pravomoci samotného Evropského parlamentu. Již samotná Ústava obsahovala tato ustanovení a tak v textu Lisabonské smlouvy nedošlo k větším změnám. Jak je dobře známo, Evropský parlament je institutem neblíže občanům a svou legitimitu odvozuje přímo od "evropského lidu". Ač je toto pojmenování občanů členských států Evropské Unie diskutabilní, samotná myšlenka Evropského parlamentu z existence této představy těží a posílení pravomocí v legislativním procesu může ve svém důsledku zlepšit postavení jednotlivce, který je de facto velice odtržen od reality přijímání právních aktů na půdě Evropské Unie. Lisabonská smlouva přejmenovala spolurozhodovací proceduru⁶ při přijímání legislativy na řádný legislativní postup⁷ a téměř tak odstranila rozhodovací monopol Rady EU, která měla od počátku evropské integrace rozhodující slovo při přijímání legislativy. Zároveň Lisabonská smlouva rozšířila soubor oblastí, ve kterých se tento postup využije.⁸

Blíže jednotlivcům by mělo mít v budoucnu evropské právo také díky posílení kontroly subsidiarity na půdě národních parlamentů. Při debatách o kontrole subsidiarity orgánem mimo struktury Evropské Unie zdálo se být nejlepším zapojení národních parlamentů, které jsou velice vhodné právě pro předběžnou a následnou kontrolu dodržování principu subsidiarity⁹. Tato volba se zdála i vhodnou pro posílení vlivu přímo volených národních zástupců občanů jednotlivých států a tím tak přispět k proklamovanému zmírnění demokratického deficitu.

Snaha o přiblížení fungování institucí jednotlivcům se projevila i ve snahách otevřít více samotný proces přijímání legislativy. Lisabonská smlouva začlenila do primárního práva veřejnost jednání a hlasování v Radě EU tak, aby měla široká veřejnost přístup k informacím ohledně právních aktů přijímaných na půdě Rady EU. Tato novinka je dalším krokem k posílení demokracie v Evropské Unii. I když reálný dopad na společenský zájem o tyto informace je těžko předvídatelný, nemůže být pochyb, že právo na informace patří k základním právům občana v demokratické společnosti.

⁶ Tzv. co-decision procedure zavedla Maastrichtská Smlouva v roce 1992 a zrovnoprávnila tímto postupem Evropský Parlament a Radu EU při přijímání legislativních aktů v oblastech uvedených v aktech primárního práva.

⁷ Zda se použije řádný či zvláštní legislativní postup je explicitně uvedeno u každé politiky v zakládajících smlouvách.

⁸ Řádným legislativním postupem jsou nyní přijímány i akty z oblasti vnitřního trhu, kontroly hranic či řady oblastí hospodářské politiky.

⁹ Lekberg Soren, Method for subsidiarity control by national parliaments, The Secretariat, European Convention, ECOSAC, Working group IV, 2002.

Tato kapitola slouží jako malý náhled do dále probírané tematiky. Autor se zde pokouší o informační shrnutí a o představení některých důvodů, které vedly k iniciování jednotlivých výše zmíněných změn v primárním právu. V následující kapitole se autor zabývá již vybranými tématy a instituty, které se dle jeho názoru dotýkají práv jednotlivce.

3. OBČANSKÁ INICIATIVA

Občanská iniciativa je zajímavou, když ne převratnou myšlenkou. Petiční právo je jedno ze základních politických práv jedince a v rámci právního rámce Evropské Unie bylo již dříve uvedeno v Chartě základních práv EU¹⁰ a především v primárním právu¹¹. V této formě bylo převzato i během novelizace zakládajících smluv Lisabonskou smlouvou¹². Primární právo tak umožňuje občanu Evropské Unie obrátit se za stanovených podmínek s peticí na Evropský parlament a dožadovat se svých práv u Evropského ombudsmana.

Ovšem občanská iniciativa se od petičního práva liší a dalo by se říci, že má i potenciál zlepšit úroveň politických práv jednotlivce v Evropské Unii¹³. Pro úplnost je třeba uvést podstatné rozdíly. Petici je dle primárního práva oprávněna podat jakákoliv fyzická osoba, ať již občan Evropské Unie či osoba jen pobývajícím na území jednoho ze členských států. Dále je petici oprávněna podat i právnická osoba se sídlem v jednom ze členských států. Občanská iniciativa, jak již z jejího názvu vyplývá, se naproti tomu týká jen občanů Evropské Unie. Další z podmínek podání petice je obsah, který se musí týkat jedné z oblastí spadajících do pravomoci Evropské Unie a zároveň prokazatelně a přímo ovlivňující podavatele. Petice je vždy adresována Evropskému parlamentu jako přímému zástupci všech občanů Evropské Unie. Naproti výše uvedenému občanská iniciativa dává přinejmenším miliónům občanů možnost obrátit se přímo na Evropskou Komisi s návrhem legislativy a podílet se tak na právotvorném procesu, který byl doposud výhradně v rukou Komise.

Článek 11 (4) Smlouvy o Evropské Unii zní:

"Nejméně jeden milion občanů Unie pocházejících z podstatného počtu členských států se může ujmout iniciativy a vyzvat Evropskou komisi, aby v rámci svých pravomocí předložila vhodný návrh k otázkám, k nimž je podle

¹⁰ Čl. 42-44 Charty základních práv EU

¹¹ Čl. 17 Smlouvy o založení Evropských společenství ve znění Nicejské Smlouvy.

¹² Čl. 20 Smlouvy o fungování Evropské Unie

¹³ Blíže srov. Grygar, J.: Ochrana základních práv v Evropské unii, IFEC, Praha, 2001, s. 17, 27

mínění těchto občanů nezbytné přijetí právního aktu Unie pro účely provedení Smluv."

Z dikce textu článku můžeme vyvodit 4 podstatné prekvizity:

1. Občanskou iniciativu musí podat minimálně 1 milion občanů členských států Evropské Unie.
2. Občané účastníci se iniciativy musí pocházet z podstatného počtu členských států
3. Občanská iniciativa musí být předložena k otázce, ve které je dle mínění předkladatelů nutná nová právní úprava
4. Oblast, na kterou občanská iniciativa směřuje musí být v působnosti Komise

V souladu s těmito podmínkami s čl. 24 Smlouvy o fungování Evropské Unie bylo na Evropském parlamentu a Radě EU schválit nařízení, které bude upravovat jednotlivé podmínky a detaily podávání stížnosti a interpretaci pojmů uvedených v primárním právu dosti vágně. Jedním z těchto pojmů je *podstatný počet států*, který nevyhnutelně vyžadoval upřesnění v podobě prováděcího předpisu.

S návrhem nařízení přišla v březnu 2010 Evropská komise a předložila ho Evropskému parlamentu a Radě EU. Tomu postupu předcházely rozsáhlé konzultace a publikace tzv. Zelené knihy¹⁴. Předložení návrhu předcházela tradičně velice optimistická vyjádření čelních představitelů. Místopředsedkyně Komise Viviane Redingová prohlásila: „*Občanská iniciativa může být pro občany velmi důležitým způsobem, jak vyjádřit svůj názor. Zavedení tohoto nástroje, který ukáže, že EU vážně naslouchá starostem evropských občanů, mě velmi těší. Zároveň máme záruky, že každá navržená iniciativa bude respektovat naše hodnoty a bude v souladu s našimi základními právy.*“¹⁵

Samotný návrh byl publikován 31. března 2010¹⁶ a obsahuje detaily průběhu a jednotlivých procedur souvisejících s občanskou iniciativou. Samotný

¹⁴ Zelená kniha o Evropské občanské iniciativě, Brusel 11.11.2009, KOM (2009)622 v konečném znění. Dostupná na http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf

¹⁵ Speech of Viviane Reding in the European Parliament from 12th January 2010; Více zde http://www.europarl.europa.eu/hearings/press_service/product.htm?ref=20100111IPR67125&secondRef=0&language=EN

¹⁶ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady o občanské iniciativě, Brusel, 31.3.2010, KOM (2010) 119 v konečném znění.

počet podpisů je dle primárního práva stanoven na 1 milion občanů členských států EU. Návrh však specifikuje pojem "podstatný počet států". Tímto podstatným počtem je dle návrhu třetina, tzn. v současné velikosti EU 9 členských států¹⁷. Pro zajímavost stejný počet států je dle primárního práva potřeba k účasti na posílené spolupráci¹⁸ či k zahájení řízení pro nedodržení principu subsidiarity¹⁹. K této podmínce je potřeba i splnit minimální počet hlasů v jednotlivém státě, který se vypočítává vynásobením jeho poslanců v Evropském parlamentu koeficientem 750. V případě České republiky by to tedy v tomto případě znamenalo dosažení minimálního počtu 16 500 hlasů. Podmínka třetiny států se zdá velice rozumná, a jak bylo uvedeno výše, tento počet odpovídá i dalším institutům v komunitárním právu a má tak i lehce historický kontext. Na druhou stranu je třeba si uvědomit, že zorganizování iniciativy v takovém rozsahu, kdy je třeba spojit velký počet občanů minimálně devíti členských států, bude vyžadovat vysoký stupeň organizace a nemalé finanční zázemí. Tyto podmínky tak můžou být důvodem k nedostupnosti tohoto institutu pro lokální občanská sdružení či iniciativy snažící se i na přeshraniční bázi dosáhnout svých cílů. K organizaci a formálnímu zajištění se autor vyjadřuje níže v textu této kapitoly.

Mezi další podmínky přípustnosti občanské iniciativy patří věková hranice, která dle návrhu odpovídá věku, od kterého mají občané právo volit do Evropského parlamentu, tzn. v české Republice a většině členských států věk 18-ti let. K tomuto ustanovení není třeba většího komentáře a věková hranice odpovídá standardům a zvyklostem v drtivé většině členských států. K přípustnosti občanské iniciativy je také třeba registrace v elektronickém registru Komise²⁰.

Co se týče podmínek sběru prohlášení o podpoře²¹, dává návrh organizátorům v podstatě volné ruce. Z veřejných konzultací je však možné vyvodit velkou šanci pro elektronické registry, které by velice zjednodušily celou proceduru. Tyto registry, pokud budou schváleny, budou jistě podléhat přísným formálním požadavkům na ověření autenticity a především ochrany osobních údajů. Zde je opět možné pochybovat o praktickém dopadu tohoto pojetí občanské iniciativy, kdy striktní

¹⁷ Ibid Čl. 7

¹⁸ Čl 20 Smlouvy o Evropské Unii

¹⁹ Čl 7 odst. 2 Protokolu o používání zásad subsidiarity a proporcionality.

²⁰ Čl. 4, Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady o občanské iniciativě, Brusel, 31.3.2010, KOM (2010) 119 v konečném znění.

²¹ Oficiální termín pro podporu u petic klasicky vyjadřovanou podpisem na petičním archu.

formalismus může být komplikací či přímo fatální překážkou motivace k iniciativě.

Co se týče časového rámce, je návrhem stanovena lhůta 12 měsíců od registrace iniciativy u Komise²². Tato lhůta je odpovídající formální a organizační náročnosti a zdá se i dostatečná pro samotné zjištění organizátorů, zda je možné získat potřebnou podporu.

Velice zajímavou a dalo by říci i unikátní právní úpravou je požadavek kontroly přípustnosti při dosažení počtu téměř jedné třetiny prohlášení o podpoře. Návrh stanovuje, že po shromáždění 300 000 prohlášení o podpoře musí organizátor předložit žádost o rozhodnutí o přípustnosti občanské iniciativy²³. Komise má pro posouzení a vydání rozhodnutí lhůtu 2 měsíců. Tento krok byl zajisté přijat pro případné vyjasnění nesrovnalostí v občanské iniciativě před jejím úplným shromážděním. Nepochybně je toto ustanovení logické a zdá se být i pragmatické, avšak znepokojující se může zdát dvouměsíční lhůta pro posouzení přípustnosti Komisí. Přípustnost občanské iniciativy podléhá několika pravidlům, jejichž posouzení zdaleka nemusí trvat tak dlouhý časový úsek, a to zejména pokud při rozsáhlosti právního aparátu Komise. Především pokud je celá lhůta pro podání 12 měsíců a k posouzení a vydání rozhodnutí bude docházet v průběhu této lhůty.

Návrh nařízení obsahuje také ustanovení o požadavcích na prohlášení o podpoře²⁴, ověřování tohoto prohlášení a o ochraně osobních údajů osob připojených k iniciativě²⁵. Podstatnou právní úpravou pro tento článek je ustanovení zabývající se přezkoumáním iniciativy Komisí. Je velice překvapivé, že samotným podmínkám přezkumu občanské iniciativy je věnován jen krátký článek 11 návrhu nařízení. Komisi z dikce tohoto článku vyvstanou dvě povinnosti:

1. zveřejnit občanskou iniciativu na svých internetových stránkách
2. iniciativu posoudit a do 4 měsíců vydat sdělení obsahující závěry, případné opatření, které hodlá podniknout a odůvodnění
3. toto sdělení zveřejnit a oznámit organizátorovi iniciativy, Evropskému parlamentu a Radě EU.

²² Ibid. Čl. 5 odst. 4

²³ Ibid. Čl. 8

²⁴ Ibid. Čl. 9

²⁵ Ibid. Čl. 12

Tato *dietní* úprava posuzování lidové iniciativy vyvolává dojem, že s přímou demokracií a jejími prostředky se v Evropské Unii bude nadále zacházet velmi opatrně. Tyto pochybnosti navíc podporuje i absence jakéhokoliv ustanovení týkajícího se přezkumu sdělení či opatření vydaného Komisí v reakci na jistě velmi složité zorganizovatelnou a finančně náročnou občanskou iniciativu. Návrh obsahuje na místě přezkumných ustanovení článek hovořící o povinnosti Komise po 5 letech informovat Evropský parlament a Radu EU zprávou o provádění. Tyto systematické nedostatky mohou stát v cestě dalšímu rozvoji iniciativy jako nástroje přímé demokracie do budoucna.

Občanská iniciativa vzbuzovala v období ratifikace pozitivní reakce²⁶ a očekávání od zastánců prvků přímé demokracie v EU, avšak tento návrh vyniká spíše než precizním systémem provádění vysokou náročností na formální náležitosti občanské iniciativy jako institutu. Je však na místě uvést, že výše diskutovaný návrh je pouze návrhem Komise a v současné době probíhají jednání a odborné diskuze na půdě Evropského parlamentu a Rady EU. Finální text se tak může v některých otázkách lišit. Příznivcům participativní demokracie tak nezbyvá než doufat, že se opak nestane pravdou.

4. POSÍLENÉ PRAVOMOCI EVROPSKÉHO PARLAMENTU

Z institucí reprezentujících Evropskou Unii je nepochybně nejbližší jednotlivcům Evropský parlament (dále jen "EP"). Od roku 1979, kdy proběhly první přímé volby do EP, uběhlo již přes 30 let a postupem času a čím dál hlubší integrací snažily se tvůrci novelizací zakládajících smluv kompenzovat tuto integraci posilováním pravomocí EP. Zpočátku byl EP jen poradním orgánem, který neměl pravomoci podílet se rozhodujícím způsobem na finální podobě legislativy. Maastrichtská smlouva z roku 1992 změnila razantním způsobem postavení EP v legislativním procesu. Od roku 1993, kdy vstoupila Maastrichtská smlouva v platnost, má EP pravomoc spolurozhodovat o návrzích evropské legislativy. EP je orgánem, který má dle mnoha úhlů pohledu největší legitimitu. Jeho pravomoci odvozené ze smluv fungují společně s principem zastupitelské demokracie, jak ji známe z ústavního práva členských států. Bývá však častou chybou srovnávat postavení EP s postavením národních parlamentů, které disponují mnohem více pravomocemi, a jejich legitimita bývá odvozena přímo od občanů států nebo chcete-li národa.

Velký přínos v této otázce slibovala i Lisabonská smlouva. Kromě změny počtu poslanců, což je pro předmět tohoto článku málo podstatné, přinesla

²⁶ Cuesta V. L. , The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principle: A legal framework for participatory democracy? (2009) *International Public Law*, Volume 16, Number 1, March 2010.

rozšíření oblastí legislativy, ve kterých EP rozhoduje v rámci spolurozhodovací procedury. Ta se od platnosti Lisabonské smlouvy nazývá řádný legislativní proces, což jednoduše a výstižně charakterizuje posun v otázce zapojení EP jako plnohodnotného legislátora a posiluje jeho postavení mezi ostatními institucemi. Do oblastí, které nově spadají do řádného legislativního procesu patří mimo jiné oblast justice a vnitra, otázky vnitřního trhu, hospodářská politika a některé oblasti v zemědělské politice. EP má díky nové právní úpravě podstatné slovo ohledně společné obchodní politiky Evropské Unie, kdy je Komise nyní formálně povinna konzultovat EP ohledně postupu při vyjednávání s obchodními subjekty, státy a mezinárodními organizacemi.²⁷

Beze změny nezůstala ani úprava schvalování rozpočtu, kdy má dnes již EP rozhodující slovo při schvalování ročního rozpočtu organizace. Bez podpisu předsedy EP nevstoupí již rozpočet v platnost, což jasně hovoří o posílení pravomocí EP oproti předcházejícímu právnímu stavu.

Mezi další novinky posilující postavení EP je volba předsedy Evropské Komise, která vyžaduje politický konsenzus na půdě EP. Předseda Komise je tak odpovědný parlamentu a dochází i k interpelacím na půdě EP. EP má i možnost vyslovit nedůvěru Evropské Komisi a tak působit jako zpětná brzda demokracie²⁸, stejně tak, jak tuto vlastnost mívají národní parlamenty. Takto se rozdělení moci v EU nadále více přibližuje jednotlivci, i když "pouze" přes zástupce volené jednou za 5 let do EP. Pro úplnost je třeba uvést další pravomoci EP, které Lisabonskou smlouvou získal. EP volí i Vysokého představitele EU pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku.

Z výše uvedeného je možné se domnívat, že nová právní úprava upravuje pozitivním směrem pravomoci EP jako zástupce občanů členských států. I když je legitimita této instituce v poměru k národním parlamentům spíše marginální, je třeba přiznat kontinuální pokrok směrem k posílení vlivu EP a tím i vlivu jednotlivce účastnícího se celoevropských voleb a volícího svého zástupce dle vlastních preferencí.

5. TRANSPARENTNOST JEDNÁNÍ RADY EU

V článku 1 Smlouvy o Evropské Unii ve znění Lisabonské smlouvy je Evropská unie popsána jako stále užší svazek národů Evropy, kde jsou rozhodnutí přijímána co nejotevřeněji a co nejbližší občanům. Článek 10 k tomu přidává právo občana EU podílet se na demokratickém životě EU.

²⁷ K tomuto tématu Woolcock S., "The potential impact of the Lisbon Treaty on European Union external trade policy, Stockholm 2008, Swedish Institute for European Policy Studies, June, Issue 08-2008.

²⁸ J.H. Wieler, U.Halter, "European Democracy and its critique - five uneasy pieces, Jean Monnet working paper, (1995) No. 1

Tato ustanovení mají za úkol zaručit, aby orgány EU postupovaly při své činnosti s velkým ohledem na princip otevřenosti a veřejnosti jako jednu z *hlavních podmínek spoluúčasti občanů a správní odpovědnosti*.²⁹

Tyto principy jsou velice úzce svázány s právy občanů EU vyplývající z článku 15 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, na základě kterého mají Rada EU i Evropský parlament za povinnost při projednávání a hlasování o návrhu legislativního aktu jednat veřejně. Toto právo je odvozeno na právo na informace a přístup k oficiálním dokumentům, které již bylo součástí primárního práva před novelizací Lisabonskou smlouvou a po novelizaci bylo zařazeno do článku 15 odst.3. Právo občana na informace bylo nedávno posíleno i judikaturou Evropského soudního dvora, kdy v rozsudku Turco proti Radě³⁰ soud přiznal občanům právo na přístup k právním posudkům právní služby Rady EU vztahující se k jakýmkoliv legislativním návrhům. Toto právo se tak s prohlubující se integrací rozšiřuje na stále více oblastí profesionálního života institucí EU, které tak mohou podléhat průběžné i následné kontrole společnosti, což je jedním ze základních podmínek odpovědnosti institucí.

6. ZÁVĚR

Prezident Evropského parlamentu Hans-Gert Pöttering vítal Lisabonskou smlouvu jako "vítězství pro Evropskou unii a všechny její občany"³¹. Při komplexnosti stále více se prohlubující integrace národních států do Evropské unie, snahách o kontinuální posilování pravomocí institucí a jejich tzv. akceschopnosti lze s velkou dávkou optimismu souhlasit s první částí výroku. Nelze však hovořit o vítězství evropského lidu. Není jednoduché posuzovat postavení a práva občana národního státu v tak rozsáhlé a provázané mezinárodní organizaci. Selhávají zde klasická pojetí role jednotlivce v parlamentní demokracii, jelikož EU má k takové formě zřízení daleko či role jednotlivce v mezinárodní organizaci klasického typu, kde práva jednotlivce nepodléhají přímo tak rozsáhlé legislativě, jakou produkuje EU. Při hodnocení práv jednotlivce je tak především třeba vycházet z historie samotné evropské integrace a z tohoto hlediska je posun v otázce práv jednotlivců a jejich roli v EU jasně sledovatelný.

²⁹ Cuesta V. L. , The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principlse: A legal framework for participatory democracy? (2009) International Public Law, Volume 16, Number 1, March 2010, 131.

³⁰ Rozsudek ESD ze dne 24.listopadu 2004, T-84/03, Maurizio Turco proti Radě.

³¹European Parliament Press Release 19.10.2007. Dostupné zde [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20071019IPR11909+0+DOC+XML+V0//EN]

Jak je z předchozího textu zřejmé, postavení jednotlivce se posílením pravomoci EP zlepšuje. Trend posledních dvou dekad posilovat roli a význam EP je možno hodnotit kladně, avšak je to slabá odpověď na stále se prohlubující integraci a vzdalování se Evropské unie svým občanům³². EU nastoupila cestu demokratizace prostřednictvím parlamentarizace. Zda jde o správnou volbu ukáže příštích několik let. Je velice těžké předpovědět, jaký bude osud Lisabonské smlouvy a s tím související legitimita EU a zda se brzy nezačnou objevovat další tendence prohlubování integrace či naopak snahy o přiblížení k více demokratickému modelu nadnárodní organizace ponechávající svým občanům velký prostor k participaci.

Samotná debata ohledně demokratických zásad a snaze včlenit samotné občany do procesu rozhodování v EU přinejmenším zvyšuje společenské vědomí o těchto hodnotách. Snahy o posílení participativního modelu demokracie samy o sobě napomáhají k uvědomění si, že model zastupitelské demokracie, *jako hlavní pilíř liberálního společenského zřízení*,³³ nemůže být jediným a nejvhodnějším upořádáním sil v Evropské unii jako mezinárodní organizaci sui generis.

Literature:

- Cuesta V. L. , The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principles: A legal framework for participatory democracy? (2009) International Public Law, Volume 16, Number 1, March 2010
- European Parliament Press Release 19.10.2007. Dostupné zde [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IMPRESS+20071019IPR11909+0+DOC+XML+V0//EN>]
- Grygar, J.: Ochrana základních práv v Evropské unii, IFEC, Praha, 2001
- Lekberg Soren, Method for subsidiarity control by national parliaments, The Secretariat, European Convention, ECOSAC, Working group IV, 2002
- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, Brusel, 31.3.2010, KOM (2010) 119 v konečném znění

³² Jasným důkazem je klesající účast u voleb do Evropského Parlamentu, kdy k posledním volbám v roce 2009 přišlo v EU pouze 43,1%.

³³ A. Warleigh, "On the Path to Legitimacy?, A Critical Deliberative Perspective on the right to the Citizens' Initiative" v Governance and Civil Society in the EU: Normative Perspectives, Vol I. (Manchester: Manchester Press, 2007), 64.

- Rozsudek ESD ze dne 24.listopadu 2004, T-84/03, Maurizio Turco proti Radě.
- Woolcock S., "The potential impact of the Lisbon Treaty on European Union external trade policy, Stockholm 2008, Swedish Institute for European Policy Studies, June, Issue 08-2008
- Working document on a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council of the citizens' initiative, 22.6.2010, Committee on Constitutional Affairs, Rapporteur Zita Gurmai and Alain Lamasoure;http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dt/821/821462/821462en.pdf
- Zelená kniha o Evropské občanské iniciativě, Brusel 11.11.2009, KOM (2009)622 v konečném znění. Dostupná na http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf

<http://www.europa.eu>

<http://www.euractiv.cz>

<http://www.euroskop.cz>

<http://eur-lex.europa.eu>

Contact – email

bacgo@mail.muni.cz

ACCESS OF CITIZENS TO THE COURT OF JUSTICE: THE ROLE OF REGULATORY ACTS

IGOR BLAHUŠIAK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Lisabonská zmluva zmenila znenie ustanovenia býv. čl. 230 Zmluvy o založení ES týkajúceho sa žalôb na neplatnosť právnych aktov európskeho práva. V súčasnosti platné ust. čl. 264 Zmluvy o fungovaní EÚ umožňuje jednotlivcovi podávať žaloby na neplatnosť nielen tých aktov, ktoré sa ho priamo osobne dotýkajú, ale taktiež na neplatnosť regulačných aktov, ktoré sa jej priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia. V tomto príspevku sa preskúmame otázku, či daná zmena znamenala rozšírenie možností prístupu jednotlivca k Súdnu dvoru alebo nie.

Key words in original language

Európska únia; Súdny dvor; regulačné akty; občania; prípustnosť.

Abstract

Lisbon Treaty has changed the provision of former Art. 230 of the Treaty establishing the EC, on the actions against the legality of acts of the EU/EC law. The provision of the Art. 264 of the Treaty on Functioning of the EU, which is effective nowadays, empowers an individual not only to institute proceedings on legality of acts of their direct and individual concern, but also against regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. This contribution will analyse the issue whether the aforementioned change constitutes a widening of possibilities of an individual to institute a proceedings before the Court of Justice or not.

Key words

European Union; Court of Justice; regulatory acts; citizens; admissibility.

INTRODUCTION

There are no clear lines between constitutional, administrative, legislative or executive review of the EU legislation. Therefore, if a private party seeks to challenge an act adopted by an EU Institution, a single procedure applies. The most important provisions of the primary EU law in this regard were Articles 230 and 288(2) of the Treaty establishing the European Community¹ (TEC).² The former of these provisions has been reformed by

¹ This contribution will cite the version of the TEC amended by the Treaty of Nice. The TEU will be cited as amended by the Treaty of Lisbon. If any other version of the TEC or the TEU would have to be cited, we will explicitly signalize it.

the Lisbon Treaty and now is renumbered to the Art. 263 of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU). In this contribution, we will try to inspect, whether the change of this Article has been profound in regard to the access of private parties (citizens) to the Court of Justice (ECJ).

To this aim, we will divide this contribution into three main sections. The first one will outline the developments in the case-law of the ECJ, regarding the former Art. 234 TEC. We have to premise that the case-law was dealt with in depth rather extensively elsewhere;³ we will limit ourselves only to a brief outline of the most fundamental decisions in this regard. The second section will inspect the impact of the Lisbon Treaty on the former Art. 234 TEC, i.e. the Art. 263 Treaty on Functioning of the EU (TFEU). In the last section we turn our attention to the issue whether the aforementioned Treaty has brought in any reforms. It will also discuss the broader implications of the application of the Art. 263 TFEU in post-Lisbon period.

1. SITUATION BEFORE THE LISBON TREATY

1.1 ARTICLE 230 TEC AND THE STANDING OF PRIVATE PARTIES

If a private party sought to challenge the legality of the EU legislation adopted by the certain institutions⁴ under the Art. 230 TEC, they had three options to do so:⁵

- Either they were an addressee of a decision of these Institutions; or
- They were directly and individually concerned by a decision that was addressed to another person; or

² Although there is also considerable number of cases that arrive to the ECJ indirectly - as a preliminary reference under the Art. 267 TFEU. See case 314/85 Foto-Frost v Hauptzollamt Lubeck-Ost.

³ See e.g. Chalmers, D. (et. al.) *European Union Law*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 410 et seq.

⁴ See para. 1 of the Art. 230 TEC. These Institutions are the European Parliament, acting jointly with the Council, the Council (acting solely), the Commission and the European Central Bank.

⁵ See former Art. 230 TEC. Individuals belonged to so-called non-privileged applicants. The Council, the Commission, the European Parliament and the Member States were entitled to bring actions under Art. 230 TEC as privileged applicants. The Court of Auditors and the European Central Bank were so-called semi-privileged applicants; they were entitled to bring an action under the Art. 230 TEC for the purpose of protecting their prerogatives.

- They were directly and individually concerned by a decision in a form of a regulation, that was addressed to another person.

The first alternative posed almost no theoretical question and seemed to be quite clear; the test of direct concern of "acts addressed to individuals"⁶ is quite straightforward.⁷ However, the second and third alternative entailed a "*direct and individual concern*" requirement imposed on an applicant. Since there was no legal definition provided by the Treaties, the ECJ was to pronounce one in its case-law.

1.2 CASE-LAW OF THE ECJ PRIOR 2002

And it indeed did, in its seminal ruling in the case 25/62 Plaumann. It held that private parties were individually concerned only if they were able to distinguish themselves from all other parties, either by reason or by a factual situation. And to be stricter, this ought to be proven not only on factual basis, but also on potential. Therefore, the so-called Plaumann formula was regarded by the doctrine as controversial - while some perceived it as being too restrictive,⁸ others saw a its inevitability.⁹

Some scholars¹⁰ argued that Plaumann formula restricts applicants from reaching the justice excessively and thus raises the issue of an effective protection of fundamental rights.¹¹ Also, some commentators pointed out

⁶ Usually these acts are in the form of decision, although other forms of legally binding acts are not excluded per definitionem.

⁷ This test can be explained in a simplified way by holding that only a direct (causal) link between the challenged measure of the EC Law and applicant's damage or loss was to be inspected. See Chalmers, D. (et. al.) (2009a) p. 419 et seq. for further analysis of this test.

⁸ See e.g. Birkinshaw, P. *A Constitution for the European Union ? - A letter from Home*. In: *European Public Law*, 2004. Vol. 10, No. 1, p. 82.

⁹ See e. g. Schwarze, J. *The Legal Protection of the Individual against Regulations in European Union Law*. In: *European Public Law*, 2004, Vol. 10, No. 2, p. 297.

¹⁰ See e.g. Birkinshaw, who points out that "*Standing under Art. 230 EC should be allowed where an individual is able to show that a measure affects his or her rights, and not simply that s/he is the only individual affected by the measure as has been interpreted by the ECJ*" and continues with the warning that "*denial by Luxembourg is likely to deflect applicants to Strasbourg*." Birkinshaw, P. (2004), p. 82.

¹¹ As the right to fair trial is one of the rights enshrined in e.g. Art. 6 and 13 of the European Convention of Human Rights (the ECHR), as well as in the Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. See also cases T-172, 175-77/98 *Salamander AG and Others v Parliament and Council*; C-300/00 *Federacion de Cofraidias de Pescadores de Guipozcoa and Others v Council*.

the issue of consistency of ECJ's case law: it is to be noted that *Plaumann* was decided as a case no. 25/62. And every student of the European law is familiar with the ruling in Case 26/62 *Van Gen en Loos*, decided just five months before *Plaumann*. If we compare these two judgements, the differences in their tone are more than obvious.¹²

However, this decision did not mean that no private parties were able to gain access to the Court. For example, in the Case 11/82 *Piraiki-Patriaki* were Greek cotton traders allowed to gain standing against a decision of the Council.¹³ Also, it did not also mean that an individual was not able to challenge any other form of legislation than a decision. In cases 789-90/79 *Calpak* the Court held that an individual may challenge also "*any decision which, although in the form of a Regulation, is of direct and individual concern to them.*"¹⁴

1.3 CHANGE OF A DOCTRINE?

For a long time, there were no signs that the Court was willing to change its *Plaumann* formula. However, the judgement in the Case C-309/89 *Cordonú*,¹⁵ taken together with the judgement in the Case C-358/89 *Extramet*,¹⁶ was perceived by many as a long-sought change.

In the spite of these expectations, further cases decided by the General Court watered down any expectations of scholars to change the *Plaumann* case-law for good. For instance, in the Case T-585/93 *Greenpeace*,¹⁷ the General

¹² Perhaps the logic of difference lies with subject that was to be enforced against. In the case of the Member States, the Court was not hesitant to "invent" new legal remedies for private parties. On the other hand, when the acts of Institutions were to be challenged, the same Court remained very reluctant to grant hardly any standing to private parties. See Chalmers, D. (et. al.) (2009a), p. 422.

¹³ See also case C-152/88 *Sofrimport SARL v Commission*.

¹⁴ See point 7 of the case 789-90/79 *Calpak SpA et Società Emiliana Lavorazione Frutta SpA v Commission*. This ruling opened a way for an exception in the case of anti-dumping measures. See joined cases 239 and 275/82 *Allied Corporation and others v Commission*, as well as the case 264/82 *Timex Corporation v Council and Commission*.

¹⁵ Case C-309/89 *Codornú SA v Council*.

¹⁶ Case C-358/89 *Extramet Industrie SA v Council*.

¹⁷ Case T-585/93 *Greenpeace v Commission*.

Court dismissed application of an interest group of private parties challenging the series of decisions of the Council.¹⁸

In this situation, not only scholars perceived established case-law of the Court as unsatisfactory. Also, Advocate General Jacobs in his seminal opinion in the Case C-50/00 *Union de Pequeños Agricultores* called for a review of the established approach.¹⁹ He particularly pointed out that national courts are not competent to declare measures of Community law invalid. Therefore, he pointed out that "*It seems artificial...to argue that the national courts are the correct forum for such cases.*"²⁰

He then pointed out the fact that the principle of effective judicial protection requires that applicants have access to the Court which is competent to grant remedies capable of protecting them against the effects of unlawful measures. Taking in account that for the measures that do not require any measures of implementation might be difficult (or even impossible) to be challenged by a private party and also the fact that the proceedings before the national courts (with possible preliminary reference procedure) presents a serious disadvantage compared to the proceedings before the Court, he arrived at the conclusion that: "*The established case law on the locus standi of individual applicants...is incompatible with the principle of effective judicial protection.*"²¹

He then called for a change of approach that would shift the bias from the questions of admissibility to the questions of substance,²² not requiring individuals to breach law before receiving an effective judicial protection. Indeed, his call was heard at the General Court when delivering the judgement in Case T-177/01 *Jégo-Quéré*.²³ It arrived at the conclusion that

¹⁸ For more detailed analysis see Arnall, A. *Private Applicants and the Action for Annulment Since Cordonú*. In: *Common Market Law Review*, 2001, Vol. 38, No. 7, pp. 7 et. seq. For a detailed analysis of standing of legal persons generally, see e.g. Stehlík, V. *Právní subjektivita a aktivní liegitimace právnických osob pro účely čl. 230 SES*. In: *Dny veřejného práva - Sborník příspěvků z mezinárodní konference*. 1. vyd. Brno: MU, 2007, p. 1192 - 1204.

¹⁹ See Opinion of the AG Jacobs in the Case C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores v Council (UPA)*, points 41 et seq. in particular.

²⁰ *Ibidem*, point 41.

²¹ *Ibidem*, point 49.

²² *Ibidem*, point 66.

²³ Case T-177/01 *Jégo-Quéré & Cie SA v Commission*.

a new interpretation of individual concern enables private parties to have their rights effectively and adequately judicially protected.²⁴

However, the Court did not share the same reformist view and failed to uphold the aforementioned opinion. Instead it held that: "*It is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for the right to effective judicial protection*".²⁵

If we realize that the judgement was delivered in mid-2002, at the time of convening the Convention for the Future of Europe (The Convention), it is not surprising to read such a statement, indeed.²⁶

2. LISBON REFORM: THE ARTICLE 263 TFEU

Art. 263 TFEU amends the former Art. 230 TEC in several ways. Apart from changing the range of bodies susceptible to judicial review²⁷ and an introduction of one semi-privileged applicant,²⁸ the most important change (at the first sight) concerns the issue of standing of non-privileged applicants.²⁹

In the spite of the fact that the Constitution has been set aside, its terminology is still to be found in the wording of Art. 263 TFEU. Therefore the Article speaks about regulatory acts. However, the issue is that the definition of this category of acts of the European law is lacking. In order to

²⁴ It clearly stated that the number and position of other persons who are likewise affected by the measure, or who may be so, are of no relevance in that regard. See para. 51 of the judgement in the Case T-177/01 *Jégo-Quéré & Cie SA v Commission*.

²⁵ See para. 41 of the judgment in the Case C-50/00 *UPA*. For an analysis of the core points of this decision, see Schwarze, J. (2004), p. 294.

²⁶ Some scholars point out that this very suggestion is disingenuous, since the Plaumann formula is not a part of the Treaties, but the case-law of the Court of Justice. See Chalmers, D. (et. al.) (2009a), p. 433. For an overview of an intensified scholarly debate on the standing under the former Art. 230 TEC see Varju, M. *The Debate on the Future of the Stading under Article 230(4) TEC in the European Convention*. In: *European Law Review*, 2004, Vol. 10, No. 1, p. 1 - 2.

²⁷ Acts of the European Council and agencies and bodies of the EU are newly included.

²⁸ Being it the Committee of Regions, that is entitled to review measures for the purpose of protecting its prerogatives. See Art. 263 TFEU.

²⁹ For more on the reform of the ECJ by the Treaty of Lisbon see e.g. Stehlík, V. *K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy*. In: *Mířníky práva v stredoeurópskom priestore - Zborník z medzinárodnej konferencie*. 1. vyd. Bratislava: PF UK, 2008, s. 192 - 199.

analyze this notion in the search of its contents, we have to look back at the process that started at The Convention.

2.1 CONVENTION ON THE FUTURE OF EUROPE AND THE DRAFT CONSTITUTION

Several bodies within The Convention dealt with the issue of standing under former Art. 230 TEC.

Working Group II on the Incorporation of the Charter/Accession to the ECHR considered three main options for the reform of then existing standing of private parties:³⁰

- Introduction of a special remedy: a direct action to the Court for the cases when applicant would allege a violation of their fundamental rights;
- Amendment of Art. 230 TEC, concentrating on the notion of individual concern;
- Leaving the wording of Art. 230 TEC unchanged.

Since the first option proved to be rather difficult to be practically introduced, for the reasons of distinguishing between actions of constitutional and administrative character, as well as accession of the EU to the ECHR that would effectively provide for a new type of a similar remedy, it was not chosen. Likewise, the third option was not a favoured one, for the obvious reasons stated above.³¹ Therefore, the discussion centred around the second option.

Also, the presentations by the Presidents of the General Court and the Court of Justice heard by the Working Group II favoured the second option. The President of a lower court held³² that it is a matter of policy, to amend the Article 230 TEC. As for the substantial questions, he pointed out that "*a distinction should be drawn between legislative measures and regulatory*

³⁰ See The European Convention. *Modalities and consequences of incorporation into the Treaties of the Charter of Fundamental Rights and accession of the Community/Union to the ECHR*. Document CONV 116/02.

³¹ See Section 1.2.

³² See The European Convention. *Oral presentation by M. Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance of the European Communities, to the "discussion circle. on the Court of Justice on 24 February 2003*. Document CONV 575/03.

measures"³³ He then asserted that the private parties should challenge only regulatory measures openly and the Art. 230 TEC ought not to be modified as for the legislative acts.

Also, the President of the ECJ shared the similar views. He also pointed out that the proposed system of hierarchy of the EU acts would support the division of approach in the regard of legislative and regulatory measures.³⁴

The issue was also debated in the Discussion Circle I "The Court of Justice".³⁵ It arrived to the formulation of a new wording of the former Art. 230 TEC in regard to the private parties, which read:

*"Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against an act addressed to that person of which is of direct and individual concern to them, and against [an act of general application] [regulatory act] which is of direct concern to him without entailing implementing measures."*³⁶

This wording was then repeated by the draft Constitution. The only alteration was a deletion of possibilities - only regulatory acts were left in the respective wording, the acts of general application were omitted.³⁷

We will not analyze the question whether this proposed wording represented a factual "simplification". At this stage, we have to draw attention to the distinction between regulatory acts and acts of general application. Not only the views of the Presidents cited above were taken into account, but, as we will see below, this wording has a prominent role in the considerations regarding the interpretation of an Art. 263 TFEU.

³³ Ibidem, p. 5.

³⁴ See *The European Convention. Oral presentation by M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, President of the Court of*

Justice of the European Communities, to the "discussion circle. on the Court of

Justice on 17 February 2003. Document CONV 572/03.

³⁵ See *The European Convention. Report on the meeting on 3 March 2003. Document CONV 619/03.*

³⁶ See *The European Convention. Final report of the discussion circle on the Court of Justice. Document CONV 636/03, p. 7.*

³⁷ See *The European Convention. Articles on the Court of Justice and the High Court. Document CONV 734/03, Annex I, p. 18; The European Convention. Draft Constitution, Volume II – Draft revised text of Parts Two, Three and Four. Document CONV 802/03.*

Also, it is to be noted, as Varju points out, that "*The members of the group accorded that simplification of the wording did not affect the scope of Article 230(4) TEC.*"³⁸ This is a very important remark.

2.2 THE TREATY OF LISBON

As we have noted in the sections above, the Treaty of Lisbon has made a provision for review of acts of agencies and bodies of the Union, as well as the acts of the European Council that produce legal effects on the third parties. It also widened the range of semi-privileged applicants, raising the Committee of Regions to this category.

In regard to the standing of private parties, the Treaty of Lisbon left the wording of the Constitution untouched. Therefore, there are at the time of writing three possible options for a private party to challenge an act of the EU Institutions, under the wording of the Art. 263 TFEU:

- Institute proceedings against an act addressed to that person; or
- Institute proceedings against an act which is of direct and individual concern to them; or
- Institute proceedings against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.

The next section of this contribution will analyze these options briefly and point out to the most problematic issues concerning them.

3. LISBON REFORM OF THE STANDING OF PRIVATE PARTIES CHALLENGING ACTS OF THE INSTITUTIONS: A BRIEF ANALYSIS

If we want to analyze the current wording of the Art. 263 TFEU, we have to take in account the fact that the Treaty of Lisbon has not adopted the hierarchy of legal acts proposed in the Constitution.³⁹

³⁸ Varju, M. (2004), p. 53.

³⁹ See Art. I-33 - I-35 of the Treaty establishing a Constitution for Europe. These Articles provide the definition of legislative and non-legislative acts; the former being European laws and European framework laws and the latter being European regulations and decisions, under the conditions specified therein.

It is therefore to be inspected, what acts may be challenged via means of the options outlined above. The first option of the Art. 263 TFEU relates to decisions and the second one to the other measures adopted by the Institutions. There is no substantial change to be specifically noted, compared to the wording of the Art. 230 TEC.

However, questions are linked to the third option. Which acts are subject to new relaxed requirements? To be put more straightforward, what acts are covered by the notion of regulatory acts?

Indeed, as scholars point out,⁴⁰ the new wording of Art. 263 TFEU relies heavily on the distinction between legislative and regulatory acts. For the former, the conditions of admissibility are retained on a strict level, for the latter, they are relaxed and the demonstration of an individual concern is no longer insisted on. It is therefore to be inspected more thoroughly what kind of acts the term "regulatory" act denotes.

3.1 ANALYSIS OF THE ART. 263 TFEU: IN THE SEARCH OF REGULATORY ACTS

3.1.1 LINGUISTIC ANALYSIS

When trying to determine, what acts can be denoted as regulatory, one might turn to the examination and analysis of the different wordings of the TFEU. However, not a little help is found here, one can only be, at best, misled.

The majority of versions operate with the notion of regulatory acts. For example, the French wording provides for *actes réglementaires*, the Slovak one for *regulačné akty*, the Polish one for *akty regulacyjne*, similarly as the Italian one (*atti regolamentari*) and the Spanish one (*actos reglamentarios*). These notions are of a little or no help in regard to the analysed issue.

A slightly different wording is used in the German version, providing for *Rechtsakte mit Verordnungscharakter*. This might be a bit of a help here, contrary to the language versions the translators of which might not have fully grasped the actual meaning of the analyzed provision. For instance, the Czech version provides for *akty s obecnou působností* (acts of general application), which is a wording that was explicitly refuted by the Convention - the Czech version operates with a more general term than originally intended.

⁴⁰ See e.g. Varju, M. (2004), p. 54.

Therefore, the linguistic analysis does not provide us with a sufficient evidence to characterize regulatory acts properly. Instead, it raises questions on a quality of some language versions of the Treaties that might be in a stark contrast to the texts in the languages that were worked with throughout the negotiations of new Treaty(ies).

3.1.2 SYSTEMATIC ANALYSIS

If we theoretically analyze the issue from the systematic point of view, we arrive at the finding that there are basically three views on the matter in the doctrine:⁴¹

- Regulatory acts perceived as (all of) the acts of a legal regulation, notwithstanding their form and legal characteristics;
- Regulatory acts as the legislative acts and other legislative acts, as provided by the Treaty of Lisbon;
- Regulatory acts as the non-legislative acts, directly effective and without any implementing measures.

As for the first option, we have to point out once again, that some of the language versions indeed perceive regulatory acts as the acts of general application. However, we have demonstrated that this view was explicitly refuted when drafting the final wording of the Article 263 TFEU and therefore cannot be accepted as its interpretation.

We are left with the latter two options. Considering the developments outlined above, we can argue that the Convention intended the notion of regulatory acts to denote only non-legislative acts.⁴² Therefore, the second option is also to be refuted and we are left with the third option, which is prevalent in the academic literature.⁴³

The non-legislative acts are defined by the Treaty of Lisbon rather mechanically - as the acts not adopted in the legislative procedure.⁴⁴ They

⁴¹ Cf. Doughan, M. *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*. In: *Common Market Law Review*, 2008, Vol. 45, No. 45, p. 676 et seq.

⁴² See section 2.1.

⁴³ See efg. Doughan, M. (2008), p. 677. Cf. Birkinshaw, P. (2004), p. 81 et seq.; Turk, A. *The Concept of the "Legislative" Act in the Constitutional Treaty*. In: *German Law Journal*, 2006, Vol. 6, No. 11, p. 1569.

⁴⁴ Cf. Art. 289 (3) TFEU.

form a very heterogeneous group of acts, indeed. As Doughan shows,⁴⁵ at least three general categories of non-legislative acts can be identified:

- Non-legislative acts adopted directly under Treaties,⁴⁶
- Non-legislative acts adopted as delegated acts,⁴⁷
- Non-legislative acts adopted as implementing acts.⁴⁸

Systematic analysis therefore gives us a point of direction in the search of the contents of the notion "regulatory acts".⁴⁹ However, the pointed group of acts is defined rather mechanically and is also somewhat heterogenous. We will therefor have to wait for the ECJ to establish more clear guidelines in this matter.

Therefore, from the systematic point of view, we can characterize the amendment of the former Art. 230 by the Treaty of Lisbon as a minimalist one, pointing at the direction of the non-legislative acts. However, if the notion of regulatory acts were a synonym of the term of non-legislative acts, one can ask for the reasons of such complicity. Therefore, it seems that these two notions are of a different scope.⁵⁰

One other remark has to be voiced in the regard to the regulatory acts. Since the Art. 263 TFEU provides the special option for the acts addressed to individuals (of individual application) and a special option for the regulatory acts, one can assume that regulatory act shall be perceived in the light of this logic as the acts of general application only.

3.1.3 TELEOLOGICAL ANALYSIS

The drafters of the analyzed provision could have used a generous approach and open a leeway for private parties to challenge any acts of the Institutions

⁴⁵ Dougan, M. (2008), p. 644.

⁴⁶ See e.g. Art. 74, 105, 108, 132, 329 TFEU.

⁴⁷ See Art. 290 TFEU.

⁴⁸ See Art. 291 TFEU.

⁴⁹ See also Turk, A. (2006), p. 1596.

⁵⁰ Similarly Pabel, K. *The Right to an Effective Remedy Pursuant to Article II-107 Paragraph I of the Constitutional Treaty*. In: German Law Journal, 2006, Vol. 6, No. 11, p. 1610.

of a general application. Instead, in a search of an effective solution, a restricted approach was chosen, in order to ensure a better access to justice, but not to totally relax the conditions of it.⁵¹

This is in accordance with national legal orders of the Member States. At the time of writing, there is no such legal order that provides for a general and unconditional remedy against legislative acts.⁵²

Also in this regard, we have to point out at the wording of Art. 19(1) TEU. The option of utilizing the Art. 263 TFEU might be perceived only as the third option of a private party to challenge an act of the Institution, only after national proceedings and preliminary ruling proceedings.

And to be recalled, the members of the Convention were pointing out that the reformed wording of the former Art. 230 would not affect its scope.⁵³

These arguments point in the direction of an intention of the drafters to interpret the notion of regulatory acts narrowly.

Also, as Varju points out,⁵⁴ there might be other decisive factor in the search of the spirit of the Lisbon reform - the absence or presence of the implementing measures. New wording responds to a problem concerning the self-executing acts, not entailing any implementing measures, i.e. acts that do not depend on adoption of any national measures and therefore an option for a preliminary reference is not opened. It is precisely this type of acts that are covered by the third option provided by the Art. 263 TFEU. Only for these acts are the condition relaxed and individual concern is dropped.

Therefore, the legislative measures seem to be equally "protected" from the legal challenges by private parties as they were in the pre-Lisbon era. The underlying logic driving the amendment of the former Art. 230 TEC does not seem to be the one of an enactment of a new general remedy against legislative measures of the Institutions and providing for a fundamental reform of the provision on standing of private parties against legislative acts.⁵⁵ On the contrary, another logic seem to stand out of the Lisbon reform

⁵¹ On the principle of effectiveness in the European legal order, see e. g. Acetto, M., Zleptnig, S. *The principles of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*. In: *European Public Law*, 2005, Vol. 11, No. 3, p. 376 - 403.

⁵² See opinion of AG Jacobs in the Case C-50/00 UPA v. the Council, paras. 89 et seq.

⁵³ See Section 1.2.

⁵⁴ See Varju, M. (2004), p. 55.

⁵⁵ Compare Pabel, K., (2006), p. 1611.

- filling the legal gap in regards, in particular, to the self-executing acts, as well as providing for a greater extent of clarity contributing to easier application of the Article in question.

As for our central question inspected in this section, teleological interpretation suggests adding another definition criterion to the notion of regulatory acts. Therefore we argue that regulatory acts should be perceived as self-executing non-legislative acts of a general application.

3.2 CRITICISM OF THE WORDING OF THE ART. 263 TFEU

However, there might be found criticisms of scholars of this rather narrow definition. There are three fundamental arguments:⁵⁶

- The provision of Art. 263 TFEU only curtails the standing of private parties to challenge legislative acts only directly; the other option, being Art. 267 TFEU is not curtailed directly;⁵⁷
- The Art. 263 TFEU relies on the logic of national constitutional systems, where the higher level of hierarchy of norms is challenged, the more difficult for a private party it is to launch such an action. The criticism concentrates here to the issue that this logic is justified in a system that is democratically accountable, which the EU, according to some critics, is not;
- The Art. 263 TFEU relies on a distinction of regulatory and "other" acts, which is formalistic and sometimes even arbitrary.

If we inspect more closely these arguments, the first one seems not to be taking fully into account the filtering of actions that may occur on the national level. It is up to national courts to analyze an action in the view of raising a preliminary question and to do so; a private party does not have any "*right to preliminary question*" at their disposal.⁵⁸ Thus, it is up to national courts to assess relevant criteria in this regard and therefore to apply a some kind of a "filter". Therefore, although being questionable in the terms of appropriateness or arbitrariness, there does exist a curtailing filter also for the applications lodged with the national courts.

⁵⁶ See Dougan, M. (2008), p. 678 et seq.

⁵⁷ Although there is a inherent "filter" of applications, depending on the fact if a national court decides to raise a preliminary question or not.

⁵⁸ See Pabel, K. (2006), p. 1615 et. seq.

As for the second critical argument, we have to disagree that the EU Institutions adopting legislative acts suffer from a substantial democratic deficit.⁵⁹ However, it is important to note this concern. Amended wording of the Art. 263 TFEU indeed provides an answer to it, by widening the scope of measures falling into the scope of judicial review under the provision in question. Not only the acts of European Council, but more importantly, the acts of EU bodies and agencies, that invoke legal effects on the third persons, may now be subjected to a judicial review. Indeed, the total number of agencies and other EU bodies increased significantly in the past ten years⁶⁰ and therefore, the new wording of the Art. 263 TFEU should not, in our view, be perceived as a development undermining principles of rule of law in the EU. On the contrary, the new wording responds to the aforementioned trend and strengthens the position of private parties in this regard.

As for the third criticism, being it formalism and arbitrariness of determining what a regulatory act is and what is not, we have to assent with it. As we have proven in the preceding sections, the Treaties do not provide for any definition of this notion. It will therefore (again) depend on the case-law of the ECJ to define it. Taking into account its cautious approach in this regard, the relevant provisions of legal orders of Member States as well as the rationale of the reform introduced by the Member States (on the request of the ECJ), we are in the view that no significant change of approach occurs. Although future developments might lead in other directions and also taking into account the fact that making any predictions is a very precarious task, we insist that the ECJ will maintain its cautious approach and will interpret the notion of regulatory acts only to the extent that will not enable private parties to challenge legislative measures of the Institutions,⁶¹ which seems to be, after all, corresponding to the spirit of the

⁵⁹ Since the issue of a perceived "democratic deficit" in the EU is a perpetual one and many contributions have been written to academic debate, we will limit ourselves only to this assertion. For more our position on the issue of democratic deficit and the for the debate itself see e.g. Folesdal, A., Hix, S. *Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik*. Available [online] www.connex-network.org, cit. 17.11.2010; Moravcsik, A. *In Defence of the Democratic Deficit: Reassessing the Legitimacy in the European Union*. In: *Journal of Common Market Studies*, 2002, Vol. 40, No. 4. See also in this regard Lang, J. T. *Checks and Balances: The Institutional Structure and the "Community Method"*. In: *European Public Law*, Vol. 12, Issue 1, 2006, pp. 127 - 154.

⁶⁰ For more in this regard see e.g. Chiti, E. *An Important Part of EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*. In: *Common Market Law Review*, 2009, Vol. 46, No. 1, pp. 1395-1442.

⁶¹ To support this assertion, we particularly turn the attention to the Cases C-131/03 *Reynolds Tobacco and Others v Commission*, as well as C-417/04 *Regione Siciliana v Commission*. In these cases, although not primarily directly concerning the standing of private parties, the Court continued to apply its strict admissibility policy, even though new wording of the Art. 230 TEC was published. See Biondi, A., Maletic, I. *Recent*

reform of the former Art. 230 TEC by the Treaty of Lisbon. However, even these premises do not undermine the validity of the aforementioned proposed definition of the regulatory acts.

One further argument can be raised in this regard. If the ECJ widened the scope of application of the notion of regulatory acts to all of the acts adopted by the Institutions, which invoke legal effects on the third parties, it would create an universal right to judicial protection against measures of general application. However, we have seen in the teleological analyse of the Art. 263 TFEU in the foregoing section that there was no such intention of the drafters of the Treaty(ies). Also, the Art. 48 TEU has to be borne in mind in this regards, stating that fundamental changes of the rules set by the Treaties have to be carried via means of the proper procedures enshrined in it. No procedure via means of case-law is mentioned there. Therefore, the Court curtailed its jurisdiction in the *Plaumann* case and it is likely to rather large extent that it will act in the future operating under the same logic.⁶²

This assertion is supported by the minimalist approach chosen in the amendment of the former Art. 230 TEC. If we inspected the case *UPA* closely under the new wording of Art. 263 TFEU, we would be able to arrive at conclusion that the disputed regulation was a legislative act and therefore it would be a subject to the same conditions as in the pre-Lisbon period.⁶³

3.3 A VIEW FROM A WIDER PERSPECTIVE

However, a there is a fundamental question that has not been voiced yet. If we inspect the issue of standing of private parties in regard to the annulment of acts of the EU Institutions, it is completely legitimate to ask whether we do need any significant widening of standing. Or, to put more strongly, is any widening of the access of private parties in this regard needed? Or conversely, are there any limits desirable, in particular in relation to the legislative measures?

In order to answer to these questions, we have to inspect the issue from a wider perspective and analyse not only questions of law, but also questions of policy.

Developments in Luxembourg: The Activities of the Community Courts in 2006. In: *European Public Law*, 2007, Vol. 13, No. 4, pp. 569 - 585.

⁶² Similarly Schwarze, J. (2004), p. 297.

⁶³ Similarly also Doughan, M. (2008), p. 677.

As for the questions of policy, we have to take in account the system of EU-lawmaking.⁶⁴ This is characterized by its complexity and rather complicated way of achieving of compromises. Therefore, a delicate balance has to be struck between pursuing a narrow individual objective and preserving a compromise that might have been very difficult to achieve. If there was no such balance, adoption of EU legislative acts could be seriously impeded.⁶⁵

However, this does not mean that an individual need not to be judicially protected. On the contrary, the vital question in this matter is to find an extent, to which the rights of individual have to be protected directly by the judiciary and up to which point they can be protected by other means.⁶⁶ This means, inter alia, that effective remedy requires the possibility of an individual to have an action available, if no other means of legal protection are available.⁶⁷

Congruently to the premises stated in the preceding sections, we add that in all Member States are the remedies against legislative measures either unavailable, or restricted against measures of the executive.⁶⁸ Since the democratic legitimacy of measures adopted by the legislative procedures can be denoted as existent, not only provided via the channel of the European Parliament, but also indirectly via the channel of the representatives of Member States in the Council, one can apply the similar logic also to the EU. Therefore, we are of the opinion that only the acts of executive non-majoritarian organs should be subject to the proceedings enshrined in the Art. 263 TFEU.⁶⁹

These will practically be, taking into account the wording of 289 TFEU, non-legislative acts. However, one has also to reflect that non-legislative acts do not form the same category as regulatory acts. As we have seen, interpretation of the Art. 263 points in the direction that regulatory acts

⁶⁴ See Schwarze, J. (2004), p. 288.

⁶⁵ Ibidem, p. 289.

⁶⁶ Not only at the EU level, but also at the national level or by international instruments. Also, possibilities participation in the legislative process/process of drafting an act has to be taken into account.

⁶⁷ Pabel, K. (2006), p. 1613.

⁶⁸ See opinion of AG Jacobs in the Case C-50/00 UPA v. the Council, paras. 89 et seq.

⁶⁹ Compare Chalmers, D., Monti, G. *European Union Law. Updating Supplement*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 87. Also in this regard, the authors mention the issue of nature of applicants - for instance, private parties can be also pressure groups, for which the judicial intervention would mean just another tool in the pursuit of their often narrowly defined interest. See Chalmers, D. (et al.) (2009a), pp. 433 - 436.

should be perceived as self-executing non-legislative acts. This divides the judicial protection of private parties into two branches. Either the regulatory acts entails implementing measures and are opened to challenge via means of national courts, preliminary reference, or (as the last resort) by the means of a "traditional procedure" under the Art. 263 TFEU, or they are self-executing and of general application and they can be challenged under a "new relaxed procedure" under the Art. 263 TFEU.

The question then arises for the justification of this division. Some scholars call for deletion this distinction and opening the leeway for private parties to challenge all of the non-legislative acts.⁷⁰ Certainly, question of policy can be raised here: do we need a higher workload on the ECJ? This is a question of striking the balance between the principles. The finding of this balance is precisely the task of drafters of the primary law, as the ECJ pointed out in the Case UPA.⁷¹

CONCLUDING REMARKS

It is therefore rather uncertain whether the new Art. 263 TFEU could be perceived as an answer to the call of AG Jacobs for turning the attention from questions of admissibility to the questions of substance.⁷²

In our opinion, it will be the ECJ again that will determine the answer to the question of admissibility of actions of private individuals seeking to challenge the legality of acts of the EU Institutions. Taking into account its cautious approach in this regard, the relevant provisions of legal orders of Member States as well as the rationale of the reform introduced by the Member States (on the request of the ECJ), we are in the view that no significant change of approach occurs. Although future developments might lead in other directions and also taking into account the fact that making any predictions is a very precarious task, we insist that the ECJ will maintain its cautious approach and will interpret the notion of regulatory acts only to the extent that will not enable private parties to challenge legislative measures of the Institutions,⁷³ which seems to be, after all, corresponding to the spirit of the reform of the former Art. 230 TEC by the Treaty of Lisbon.

⁷⁰ See e. g. Schwarze, J. (2004), p. 287.

⁷¹ Case C-50/00 UPA, cited above.

⁷² See note 19 above.

⁷³ See note 56.

In this contribution, we were able to identify regulatory acts as self-executing non-legislative acts of general application. Although this definition is to be tested by the ECJ on its validity, we once again assert that the ECJ is likely to maintain a minimalist approach chosen by the drafters of the Treaty of Lisbon, which the provided definition conforms to.

Turning back to the research question raised at the introduction of this contribution, we assert that the Treaty of Lisbon indeed changed the position of a private party seeking to challenge an act of the EU Institutions. Although this change in standing was not as ambitious as many called for and limited itself only to filling the legal gap(s) existing in the pre-Lisbon era, it means a greater involvement of the organs of the EU in this proceedings, as well as opened leeway for an easier challenge of a new legal category of regulatory acts.

Literature:

Primary sources

- Case 789-90/79 Calpak SpA et Società Emiliana Lavorazione Frutta SpA v Commission.
- Cases 239 and 275/82 Allied Corporation and others v Commission.
- Case 264/82 Timex Corporation v Council and Commission.
- Case 314/85 Foto-Frost v Hauptzollamt Lubeck-Ost.
- Case C-152/88 Sofrimport SARL v Commission.
- Case C-309/89 Codorníu SA v Council.
- Case C-358/89 Extramet Industrie SA v Council.
- Case T-585/93 Greenpeace v Commission.
- Case T-172, 175-77/98 Salamander AG and Others v Parliament and Council.
- Case C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores v Council (UPA).
- Case C-300/00 Federacion de Cofraidas de Pescadores de Guipozcoa and Others v Council.
- Case T-177/01 Jégo-Quéré & Cie SA v Commission.

- Case C-131/03 Reynolds Tobacco and Others v Commission.
- Case C-417/04 Regione Siciliana v Commission.
- The European Convention. *Modalities and consequences of incorporation into the Treaties of the Charter of Fundamental Rights and accession of the Community/Union to the ECHR*. Document CONV 116/02.
- The European Convention. *Oral presentation by M. Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance of the European Communities, to the "discussion circle. on the Court of Justice on 24 February 2003*. Document CONV 575/03.
- The European Convention. *Report on the meeting on 3 March 2003*. Document CONV 619/03.
- The European Convention. *Final report of the discussion circle on the Court of Justice*. Document CONV 636/03.
- The European Convention. *Articles on the Court of Justice and the High Court*. Document CONV 734/03.
- The European Convention. *Draft Constitution, Volume II – Draft revised text of Parts Two, Three and Four*. Document CONV 802/03.

Secondary sources

- Acetto, M., Zleptnig, S. *The principles of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*. In: *European Public Law*, 2005, Vol. 11, No. 3, 27 pp. ISSN 1354-3725.
- Arnall, A. *Private Applicants and the Action for Annulment Since Cordoniu*. In: *Common Market Law Review*, 2001, Vol. 38, No. 7. 45 pp. ISSN 0008–4506.
- Biondi, A., Maletic, I. *Recent Developments in Luxembourg: The Activities of the Community Courts in 2006*. In: *European Public Law*, 2007, Vol. 13, No. 4. 17 pp. ISSN 1354-3725.

- Birkinshaw, P. A Constitution for the European Union ? - A letter from Home. In: *European Public Law*, 2004, Vol. 10, No. 1. 28 pp. ISSN 1354-3725.
- Chalmers, D. (et. al.) *European Union Law*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 1240 pp. ISBN 978-0-521-52741-5.
- Chalmers, D., Monti, G. *European Union Law. Updating Supplement*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 217 pp. ISBN 978-0-521-07013-3.
- Chiti, E. *An Important Part of EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*. In: *Common Market Law Review*, 2009, Vol. 46, No. 1. 48 pp. ISSN 0008–4506.
- Doughan, M. *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*. In: *Common Market Law Review*, 2008, Vol. 45, No. 45. 87 pp. ISSN 0008–4506.
- Folesdal, A., Hix, S. *Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik*. Available [online] www.connex-network.org, cit. 17.11.2010.
- Lang, J. T. *Checks and Balances: The Institutional Structure and the "Community Method"*. In: *European Public Law*, Vol. 12, Issue 1, 2006. 27 pp. ISSN 1354-3725.
- Moravcsik, A. *In Defence of the Democratic Deficit: Reassessing the Legitimacy in the European Union*. In: *Journal of Common Market Studies*, 2002, Vol. 40, No. 4. 22 pp. ISSN 0021-9886.
- Pabel, K. *The Right to an Effective Remedy Pursuant to Article II-107 Paragraph I of the Constitutional Treaty*. In: *German Law Journal*, 2006, Vol. 6, No. 11. 16 pp. ISSN 2071-8322.
- Schwarze, J. *The Legal Protection of the Individual against Regulations in European Union Law*. In: *European Public Law*, 2004, Vol. 10, No. 2. 20 pp. ISSN 1354-3725.

- Stehlík, V. *Právní subjektivita a aktivní legitimace právnických osob pro účely čl. 230 SES*. In: *Dny veřejného práva - Sborník příspěvků z mezinárodní konference*. 1. vyd. Brno: MU, 2007. 12 pp. ISBN 978-80-210-4430-2.
- Stehlík, V. *K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy*. In: *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore - Zborník z medzinárodnej konferencie*. 1. vyd. Bratislava: PF UK, 2008. 7 pp. ISBN 978-80-7160-271-2.
- Turk, A. *The Concept of the "Legislative" Act in the Constitutional Treaty*. In: *German Law Journal*, 2006, Vol. 6, No. 11. 16 pp. ISSN 2071-8322.
- Varju, M. *The Debate on the Future of the Stading under Article 230(4) TEC in the European Convention*. In: *European Law Review*, 2004, Vol. 10, No. 1. 13 pp. ISSN 1354-3725.

Contact – email

igor.blahusiak@gmail.com, blahusiak@mail.muni.cz

“VÝJIMKA” Z LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV EU: MOŽNÉ INTERPRETACE A DOPADY

HELENA BONČKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Tak zvaná “výjimka” z Listiny základních práv EU, kterou si po vzoru Spojeného království a Polska vymínila do budoucna rovněž Česká republika, vzbudila velkou pozornost a vášnivé debaty týkající se její interpretace a dopadů. V České republice se debata odvíjela zejména od otázky Benešových dekretů a možného otevření restitučních sporů v návaznosti na právní závaznost Listiny základních práv EU. Příspěvek představí dosud prezentované interpretace Protokolu č. 30 o uplatňování Listiny základních práv Evropské unie v Polsku a ve Spojeném království, přičemž poukáže na zřejmé slabiny argumentace ve prospěch možného otevření restitučních sporů. Reflektována bude rovněž aktuální judikatura Soudního dvora EU, z níž lze usuzovat na význam Protokolu č. 30.

Key words in original language

Výjimka; Listina základních práv Evropské unie; Protokol č. 30; Benešovy dekrety.

Abstract

The so called “opt-out” from the Charter of Fundamental Rights of the EU which has the Czech Republic called for following the United Kingdom and Poland has attracted great attention and given rise to heated debates concerning its interpretation and impacts. The debate in the Czech Republic has especially revolved around the Beneš decrees and possible reopening of restitution disputes in connection with the legally binding status of the Charter of Fundamental Rights of the EU. This article presents various interpretations of the Protocol no 30 on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom while pointing out the obvious flaws in the argumentation made in favour of the reopening of restitution disputes. The article also comments on the significance of the Protocol no 30 in the light of the current case law of the Court of Justice of the EU.

Key words

Opt-out; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Protocol no 30; Beneš decrees.

1. ÚVOD

Tak zvaná „výjimka“ z Listiny základních práv Evropské unie (dále též „Listina“) se zdá být vděčným tématem, a to jak z pohledu českých politiků,

tak z pohledu odborné veřejnosti. O prvním uvedeném svědčí například skutečnost, že „výjimka“ z Listiny byla jedním z diskutovaných témat posledních parlamentních voleb,¹ o druhém uvedeném pak nespočet odborných příspěvků a statí věnujících se interpretaci a dopadům Protokolu č. 30 o uplatňování Listiny základních práv Evropské unie v Polsku a ve Spojeném království (dále též „Protokol č. 30“ nebo „Protokol“), ke kterému podle všeho v budoucnu přistoupí rovněž Česká republika.²

S ohledem na výše uvedené si předkládaný příspěvek klade za cíl jednak shrnout dosavadní debatu ohledně interpretace a dopadu tzv. „výjimky“, která se v České republice odehrávala v souvislosti s možným prolomením Benešových dekretů, a jednak konfrontovat dosavadní závěry ohledně významu Protokolu s aktuální judikaturou Soudního dvora EU.

2. OD LISTINY V „ÚSTAVĚ“ K „VÝJIMKÁM“ Z LISTINY

Ochrana základních práv v Evropské unii prošla pozoruhodným vývojem. Od Římských smluv z roku 1957, které neobsahovaly o lidských právech ani zmínku, se Evropská unie postupně propracovala až k vlastnímu katalogu základních práv.³ Listina základních práv EU byla přijata a slavnostně proklamována na summitu v Nice v roce 2000. Znatelným nedostatkem nového lidskoprávního dokumentu však byla jeho právní nezávaznost. Tento nedostatek se poprvé pokusila odstranit Smlouva o Ústavě pro Evropu z roku 2004, do jejíhož textu byla Listina včleněna. Jak známo ratifikační proces tzv. Ústavní smlouvy nakonec ztroskotal, avšak štafetový kolík s požadavkem na právně závazný katalog převzala Lisabonská smlouva, jež vstoupila v platnost dne 1. prosince 2009. V rámci celkového upuštění od ústavní rétoriky se sice Listina základních práv EU dostala z prominentního místa v Ústavní smlouvě do pozice, kdy je na ni

¹ Srov. např. duel volebních lídrů Petra Nečase a Jiřího Paroubka ze dne 27. 5. 2010. *Video: Otázky Václava Moravce Speciál* [online]. ČT24. [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.ct24.cz/domaci/91245-necas-s-paroubkem-se-pretahovali-o-posledni-volice/>>. Stenogram pořadu dostupný z: <<http://zpravy.ods.cz/prispevek.php?ID=13741>>.

² Z českých odborných příspěvků na uvedené téma např. Belling, V. K povaze tzv. české „výjimky“ z Listiny základních práv EU. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, roč. 17, č. 4, s. 255-264; Bončková, H. – Smekal, H. Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie. *Současná Evropa*. 2010, č. 2, s. 61-81; Komárek, J. Česká „výjimka“ z Listiny základních práv Evropské unie. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 9, s. 322-331; Schwarz, J. Protokol o uplatňování Charty základních práv Evropské unie. *Jurisprudence*. 2010, č. 2, s. 16-23; Syllová, J. „Scope of the Treaty“, dekry a český postlisabonský protokol. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 20, s. 743-746; Šturma, P. Lisabonská smlouva a závaznost Listiny základních práv EU pro Českou republiku vzhledem k tzv. výjimce (opt-out). *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 6, s. 191-194.

³ Pro komplexní výklad srov. Smekal, H. *Lidská práva v Evropské unii*. Brno: Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 288, ISBN 978-80-210-5045-7.

odkazováno jediným odstavcem v Lisabonské smlouvě, avšak i toto řešení zajišťuje Listině status právně závazného dokumentu.⁴

Zcela zásadní rozdíl oproti Ústavní smlouvě však představuje připojení nově sjednaného Protokolu, kterým si Polsko a Spojené království vyměnily zvláštní zacházení ve vztahu k právně závazné Listině. Záměr přistoupit k Protokolu v době jednání o Lisabonské smlouvě avizovalo rovněž Irsko, avšak posléze od tohoto kroku upustilo.⁵ Ačkoliv Česká republika rovněž vyjádřila jisté výhrady vůči právně závaznému katalogu lidských práv,⁶ o přistoupení k Protokolu během jednání o nové revizní smlouvě neusilovala. V tomto ohledu byl proto požadavek prezidenta republiky na „výjimku“ z Listiny základních práv EU v samotném závěru ratifikačního procesu naprosto překvapivým a nutno konstatovat, že rovněž zcela nestandardním krokem.⁷ Členské státy však znaveny zdoluhavou ratifikací Lisabonské smlouvy vyšly požadavkům prezidenta vstříc a České republice byla přislíbena možnost přistoupit k Protokolu č. 30 v okamžiku uzavření příští přístupové smlouvy.⁸

Pokud se podíváme na důvody, které stály v pozadí sjednání „výjimky“ z Listiny základních práv EU, zjistíme, že motivy jednotlivých členských

⁴ Čl. 6 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii v aktuálním konsolidovaném znění tak stanoví, že „*Unie uznává práva, svobody a zásady obsažené v Listině základních práv Evropské unie (...), jež má stejnou právní sílu jako Smlouvy.*“

⁵ Po prvním neúspěšném referendu si však Irsko prostřednictvím tzv. irských výjimek, sjednaných na summitu Evropské rady v Bruselu v červnu 2009, prosadilo respektování své ústavní úpravy práva na život, ochranu rodiny a práva na vzdělání. Srov. *Evropská rada v Bruselu – 18. a 19. června 2009 – Závěry předsednictví* [online]. Evropská rada [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/CS/ec/108634.pdf>.

⁶ Tyto výhrady vyústily do podoby nezávazného prohlášení, které sice bylo připojeno k Lisabonské smlouvě, avšak pouze opakuje to, co je již obsaženo v samotné Listině základních práv EU. Srov. Prohlášení České republiky k Listině základních práv Evropské unie (Prohlášení č. 53).

⁷ Komárek např. konstatuje, že „*kladení si dodatečných podmínek pro ratifikaci již podepsané smlouvy (...) nelze hodnotit jinak než jako porušení již sjednané dohody.*“ Komárek, J., *op. cit. sub 2*, s. 324.

⁸ *Evropská rada v Bruselu – 29. a 30. října 2009 – Závěry předsednictví* [online]. Evropská rada [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/CS/ec/110893.pdf>. K právnímu rozboru takto sjednané dohody kromě příspěvku citovaného v předchozí poznámce srov. též Chmel, M. – Syllová, J. *Listina základních práv Evropské unie a česká „výjimka“ z Listiny* [online]. Parlamentní institut, Studie PI 3.081, listopad 2009 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=59998>>.

států byly diametrálně odlišné.⁹ Iniciátorem Protokolu bylo Spojené království, které si rovněž, na rozdíl od zbývajících členských států, mohlo naformulovat jeho obsah a promítnout tak do něj své obavy ohledně právně závazné Listiny základních práv EU. Ty se týkaly sociálních práv a možnosti, že by se mohly tato práva na základě Listiny stát bez dalšího soudně vymahatelná. Polsko naopak projevilo obavy v souvislosti se zakotvením zákazu diskriminace na základě pohlaví, který by údajně mohl vyústit v požadavek na zavedení registrovaného partnerství či jiné formy svazků osob stejného pohlaví.¹⁰ Ačkoliv v průběhu jednání o Lisabonské smlouvě došlo v Polsku k parlamentním volbám a z voleb vzešlá vláda zastávala k problematice Listiny zcela opačný postoj, nemohla však již učinit jinak, než sjednaný Protokol a přistoupení Polska k němu akceptovat.¹¹ Česká debata o negativních důsledcích právně závazné Listiny základních práv EU byla ve srovnání s výše uvedenými státy specifická tím, že se odehrála až poté, co prezident republiky formuloval svůj požadavek na „výjimku“ z Listiny jakožto nezbytnou podmínku pro ratifikaci Lisabonské smlouvy v České republice.

3. POHÁDKA O BENEŠOVÝCH DEKRETECH

Prezident republiky vystoupil dne 9. října 2009 s prohlášením, v němž uvedl: „*Nedílnou součástí Lisabonské smlouvy je Listina základních práv Evropské unie. Na jejím základě bude lucemburský Soudní dvůr EU posuzovat, zda jsou právní předpisy, zvyklosti a postupy používané v členských zemích v souladu s touto Listinou. To umožní obcházet české soudy a uplatňovat např. majetkové požadavky osob vysídlených po II. světové válce přímo u Soudního dvora EU. Listina dokonce umožňuje přezkoumávat již platná rozhodnutí českých soudů.*“¹² Lze se přitom pouze domýšlet, jaké právní analýzy mohly stát u zrodu tohoto postoje.

⁹ Pro podrobnější analýzu srov. Bončková, H. – Smekal, H. Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie. *Současná Evropa*. 2010, č. 2, s. 61-81.

¹⁰ Polsko rovněž v tomto ohledu předložilo k Lisabonské smlouvě prohlášení, podle něhož se Listina „*nedotýká práva členských států přijímat právní předpisy v oblasti veřejné mravnosti, rodinného práva, jakož i ochrany lidské důstojnosti a dodržování fyzické a mravní integrity člověka.*“ Srov. Prohlášení Polské republiky k Listině základních práv Evropské unie (Prohlášení č. 61).

¹¹ Nová vláda tak aspoň předložila prohlášení, kterým reagovala na skutečnost, že sjednaný Protokol cílí zejména na sociální práva a s odkazem na hnutí „Solidarita“ vyjádřila plný respekt Polska k sociálním a pracovním právům, jak jsou stanovena právem EU a potvrzena Listinou základních práv EU. Srov. Prohlášení Polské republiky k Protokolu o uplatňování Listiny základních práv Evropské unie v Polsku a Spojeném království (Prohlášení č. 62).

¹² Klaus, V. *Prohlášení prezidenta republiky ze dne 9. října 2009 k ratifikaci Lisabonské smlouvy* [online]. Pražský hrad [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z:

Prohlášení samotné je pouhou politickou deklarácí a neposkytuje žádné relevantní odůvodnění, natož právní argumenty. Není tak vůbec zřejmé, na základě jakého mechanismu si prezident republiky představuje, že by mohlo dojít k tomu, aby majetkové požadavky osob vysídlených po II. světové válce byly uplatňovány přímo (sic!) u Soudního dvora EU či jakým způsobem by tento mohl přezkoumávat již platná rozhodnutí (sic!) českých soudů. Nelze přitom než konstatovat, že oba závěry jsou v kontextu platného práva EU jednoduše neobhájitelné.

Možnosti jednotlivce uplatňovat jakékoliv své nároky *přímo* u Soudního dvora jsou velmi omezené. V souladu s čl. 263 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) může za splnění určitých podmínek každá fyzická nebo právnická osoba podat k Soudnímu dvoru žalobu na neplatnost legislativního aktu instituce nebo jiného subjektu Unie. Za splnění podmínek uvedených v čl. 265 SFEU se mohou fyzické nebo právnické osoby obrátit na Soudní dvůr rovněž s žalobou na nečinnost institucí a jiných subjektů Unie. Pokud snad bylo přímým uplatněním nároků u Soudního dvora myšleno řízení o předběžné otázce, nutno konstatovat, že podání předběžné otázky je za podmínek stanovených v čl. 267 SFEU čistě v gesci vnitrostátních soudů, nikoliv jednotlivých účastníků řízení. Soudní dvůr pak v rámci řízení o předběžné otázce nerozhoduje vnitrostátní spor, ale podává výklad norem unijního práva. Byť lze mít za to, že Soudní dvůr tímto způsobem mnohdy *de facto* přezkoumává soulad vnitrostátního práva s právem EU, ztěžl lze dospět k závěru, že by měl možnost přezkoumávat již platná rozhodnutí vnitrostátních soudů. Se závěry uvedenými v prohlášení prezidenta republiky však lze polemizovat jen obtížně, neboť nejsou nijak zdůvodněny či právně podloženy.

Samotná obava ohledně možného prolomení Benešových dekretů se přitom v závěru ratifikačního procesu Lisabonské smlouvy objevila zcela nečekaně. Navzdory skutečnosti, že smlouva byla po dvakráte přezkoumávána Ústavním soudem, tento argument v řízení nezazněl ani jednou.¹³ Problematika Benešových dekretů je však v mnoha ohledech politickým evergreenem, neboť v očích české veřejnosti se i nadále jedná o citlivou záležitost, a přinejmenším část veřejnosti na tento politický apel slyší.¹⁴ Otázka prolomení Benešových dekretů je tak z pohledu některých politiků

<<http://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/soucasny-prezident-cr-vaclav-klaus/vybrane-projevy-a-rozhovory/95.shtml>>.

¹³ Přinejmenším tak lze usuzovat z textu příslušných nálezů. Srov. nález Ústavního soudu ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08, č. 446/2008 Sb., a nález ze dne 3. 11. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/09, č. 387/2009 Sb.

¹⁴ Toto téma bylo například znovu otevřeno během jednání o vstupu České republiky do Evropské unie. Srov. Šámalík, F. Dekrety opět na politické scéně. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 8, s. 898-905; Tomášek, M. Evropské právo a majetkové nároky z tzv. „Benešových dekretů“. *Právník*. 2004, roč. 143, č. 7, s. 650-651.

vděčným argumentem navzdory skutečnosti, že jeho právní relevance, zejména v kontextu práva EU, je naprosto mizivá. V této souvislosti je přitom naprosto zarážející, nakolik se politická rétorika míjí s dostupnými právními analýzami.

Mezi českou odbornou veřejností panuje v otázce možného prolomení Benešových dekretů s ohledem na právně závaznou Listinu základních práv EU relativně vzácná shoda. Většina autorů dospívá k závěru, že dekretální normotvorba z 40. let 20. století může z hlediska *ratione temporis* stěží patřit do rozsahu působnosti práva EU, řada autorů pak má rovněž za to, že této skutečnosti brání též hledisko *ratione materiae*.¹⁵ Opačný názor v odborných právních periodících zazněl dosud pouze jednou. Jeho autorka přitom shledala, že některá ustanovení Lisabonské smlouvy „umožňují, aby o otázce majetkových nároků v ČR, jejichž majetek byl konfiskován podle dekretů prezidenta republiky, nepřímo rozhodovaly orgány EU“¹⁶ Tento článek následně medializovala Jana Bobošíková na svých webových stránkách, jakož i ve svém vystoupení v pořadu Události, komentáře v květnu 2009.¹⁷ Autorka předmětného článku přitom uvádí, že „jediným řešením pro ČR, jak předejít potenciálním majetkovým nárokům ze strany osob, jejichž majetek byl konfiskován podle dekretů prezidenta republiky, by byl postup (...) Polska a Spojeného království“, tj. sjednání obdobného Protokolu, jaký si vyjednaly tyto členské státy.¹⁸ Bohužel však již autorka nepodává, jakým způsobem konkrétně může tento Protokol předejít potenciálním majetkovým nárokům. Samotná argumentace ve prospěch možného prolomení Benešových dekretů v návaznosti na vstup v platnost Lisabonské smlouvy pak rovněž vykazuje řadu slabin.¹⁹

¹⁵ Srov. Chmel, M. – Syllová, J., *op. cit. sub 8*, s. 7; Komárek, J., *op. cit. sub 2*, s. 328; Schwarz, *op. cit. sub 2*, s. 22; Syllová, J., *op. cit. sub 2*, s. 743. Ke stejnému závěru dospívá též Peers, S. *The Beneš Decrees and the EU Charter of Fundamental Rights*. [online]. University of Essex, 12 October, 2009 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.statewatch.org/news/2009/oct/lisbon-benes-decree.pdf>>. V době jednání o vstupu ČR do EU obdobné závěry formulovala rovněž obsáhlá právní analýza předložená Evropskému parlamentu. Srov. Frowein, J. A. – Bernitz, U. – Kingsland, Q. C. *Legal Opinion on the Beneš-Decrees and the Accession of the Czech Republic to the European Union*. Luxembourg: European Parliament, 2002.

¹⁶ Pejchalová-Grünwaldová, V. K problematice dekretů prezidenta republiky ve vazbě na Lisabonskou smlouvu. *Právní rozhledy*. 2009, roč. 17, č. 8, s. 267.

¹⁷ Srov. vystoupení J. Bobošíkové v pořadu Události, komentáře ze dne 20. 5. 2009. [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z <<http://www.ceskatelevize.cz/ivysilani/209411000370520-udalosti-komentare/obsah/78554-zivy-vstup/>>.

¹⁸ Pejchalová-Grünwaldová, V., *op. cit. sub 16*, s. 272.

¹⁹ K polemice s předmětnou argumentací srov. Bončková, H. – Smekal, H. *Česká republika a výjimka z Listiny základních práv Evropské unie*. [online]. Studie Centra pro lidská práva

4. K PRÁVNÍMU ROZBORU PROTOKOLU Č. 30

Obsah Protokolu č. 30 o uplatňování Listiny základních práv Evropské unie v Polsku a ve Spojeném království je přitom velmi vágní, což působí značné potíže při jeho interpretaci. Naprostá většina právních studií však dospívá k závěru, že jeho význam je čistě politický a interpretační. Rozhodně pak nepředstavuje výjimku (opt-out) z Listiny základních práv EU.²⁰

Tuto skutečnost lze přitom dovodit již ze samotné preambule Protokolu, v níž se uvádí, že Polsko a Spojené království si přejí „*vyjasnit některé aspekty uplatňování Listiny*“. O vyloučení aplikace Listiny základních práv EU jako celku tak není v Protokolu ani zmínka. Samotný text Protokolu pak do značné míry opakuje to, co již stanoví Smlouva o Evropské unii (dále jen „SEU“) či co je obsaženo v samotné Listině základních práv EU.

Čl. 1 odst. 1 Protokolu stanoví, že „*Listina nerozšiřuje možnost Soudního dvora Evropské unie ani jakéhokoliv soudu Polska či Spojeného království shledat, že právní a správní předpisy, zvyklosti nebo postupy Polska či Spojeného království nejsou v souladu se základními právy, svobodami nebo zásadami, které Listina potvrzuje.*“ Pravděpodobně s tímto ustanovením váží autoři výroků o možném prolomení Benešových dekretů největší naděje, pokud jde o to zabránit Soudnímu dvoru se touto problematikou zabývat. V tomto ohledu však nutno konstatovat, že citované ustanovení pouze jinými slovy opakuje to, co je již stanoveno v čl. 6 odst. 1 SEU a čl. 51 odst. 2 Listiny.²¹ Listina základních práv EU pak zdaleka nepředstavuje jediný zdroj základních práv v právu Evropské unie, proto nutno jakékoliv pokusy o omezení uplatňování Listiny s cílem zabránit Soudnímu dvoru údajnému prolomení Benešových dekretů shledat jako liché, neboť toto omezení se v žádném případě nevztahuje na obecné zásady práva EU, jejichž součástí jsou rovněž základní práva.²² V této souvislosti

a demokratizaci, č. 1/2010 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: http://www.iips.cz/data/files/Centrum%20LP/Position%20papers/Vyjimka_EU.pdf.

²⁰ Z tohoto důvodu proto většina autorů hovoří o „tzv. výjimce“ či slovo „výjimka“ uvádí pouze v uvozovkách. V tomto ohledu srov. příspěvky citované v předcházejících poznámkách. Interpretaci a dopadům Protokolu č. 30 se rovněž věnuje řada zahraničních studií. Srov. zejména obsáhlou právní studii britské Sněmovny lordů: House of Lords. *The Treaty of Lisbon: an impact assessment* [online]. Volume I: Report. European Union Committee, 2008 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldselect/ldcom/62/62.pdf>.

²¹ Čl. 6 odst. 1 SEU stanoví, že „*Listina nerozšiřuje pravomoci Unie vymezené ve Smlouvách.*“ obdobně čl. 51 odst. 2 Listiny konstatuje, že Listina „*nerozšiřuje oblast působnosti práva Unie nad rámec pravomocí Unie, ani nevytváří žádnou novou pravomoc či úkol pro Unii, ani nemění pravomoc a úkoly stanovené ve Smlouvách.*“

²² Srov. čl. 6 odst. 3 SEU, který stanoví „*základní práva, která jsou zaručena Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod a která vyplývají z ústavních tradic společných členským státům, tvoří obecné zásady práva Unie.*“

například J. Komárek s odkazem na M. Dougana dospívá k závěru, že „*před iluzorním nebezpečím prolomení Benešových dekretů poskytuje Protokol iluzorní ochranu.*“²³ Poněkud zvláště pak působí snaha členských států prostřednictvím práva EU instruovat vlastní soudy, jak mají vykládat Listinu. Rozhodně lze mít za to, že Protokol nezabrání vnitrostátním soudům odkazovat na Listinu ve věcech, které spadají do její působnosti.²⁴

Čl. 1 odst. 2 Protokolu klade důraz na rozdíl mezi soudně vymahatelnými právy a soudně nevymahatelnými zásadami. V tomto ohledu se jedná o nejvíce instruktivní ustanovení Protokolu, kterému lze přičíst jistý interpretační potenciál. Čl. 1 odst. 2 Protokolu stanoví, že „*zejména, a aby se předešlo jakékoliv pochybnosti, nic v hlavě IV Listiny nezakládá soudně vymahatelná práva platná v Polsku či ve Spojeném království, pokud tato práva nejsou stanovena ve vnitrostátním právu Polska či Spojeného království.*“ Ačkoliv u většiny práv zakotvených v příslušné hlavě s názvem „Solidarita“, lze explicitně (s přihlédnutím k tzv. vysvětlením²⁵) či implicitně dovodit, že se automaticky nejedná o soudně vymahatelná práva, citované ustanovení Protokolu tuto skutečnost staví na jisto.²⁶ Toto ustanovení tak jednoznačně míří na obavy Spojeného království, které se týkaly zakotvení sociálních práv v Listině, naopak ustanovení nijak nesouvisí s obavami Polska či České republiky. Ostatně Polsko na tuto skutečnost samo poukázalo ve výše citovaném Prohlášení č. 62.

Konečně čl. 2 Protokolu stanoví: „*Tam, kde ustanovení Listiny odkazuje na vnitrostátní právní předpisy a zvyklosti, vztahuje se toto ustanovení na Polska a Spojeného království pouze v tom rozsahu, v jakém jsou práva nebo zásady v dotyčném ustanovení obsažené uznávány v právních předpisech nebo zvyklostech Polska či Spojeného království.*“ Protokol tak jinými slovy říká, že práva nebo zásady obsažené v ustanoveních Listiny, jež odkazují na vnitrostátní předpisy a zvyklosti, budou v příslušných členských státech uznány pouze v tom rozsahu, v jakém je uznává samo

²³ Komárek, J., *op. cit. sub 2*, s. 330.

²⁴ Blíže Schwarz, J., *op. cit. sub 2*, s. 20.

²⁵ Čl. 6 odst. 1 stanoví, že „*práva, svobody a zásady obsažené v Listině se vykládají v souladu s obecnými ustanoveními v hlavě VII Listiny, jimiž se řídí její výklad a použití, a s náležitým přihlédnutím k vysvětlením zmíněným v Listině, jež uvádějí zdroje těchto ustanovení.*“

²⁶ Srov. však rovněž čl. 51 odst. 5 Listiny, jenž stanoví, že „*ustanovení této Listiny, která obsahují zásady, mohou být prováděna legislativními a exekutivními akty přijímanými orgány, institucemi a jinými subjekty Unie a akty členských států, provádějí-li právo Unie, při výkonu jejich pravomocí. Před soudem se jich lze dovolávat pouze pro účely výkladu a kontroly zákonnosti těchto aktů.*“

vnitrostátní právo. Tato skutečnost přitom není nikterak překvapivá. Například zakotvení práva uzavřít manželství a práva založit rodinu v Listině základních práv EU neznámá, že je možno výkon těchto práv bez dalšího požadovat ve stejném rozsahu ve všech členských státech. Čl. 9 Listiny stanoví, že „*právo uzavřít manželství a založit rodinu je zaručeno v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon těchto práv.*“ Citované ustanovení tak předpokládá, že rozsah ochrany práva uzavřít manželství a práva založit rodinu je podmíněn vnitrostátními zákony, které výkon těchto práv dále upravují. Obdobně lze poukázat na čl. 31 Listiny, který stanoví, že „*každý pracovník má v souladu s právem Unie a s vnitrostátními právními předpisy a zvyklostmi právo na ochranu před neoprávněným propuštěním.*“ Je přitom zřejmé, že Listina předpokládá, že standard ochrany některých základních práv může být mezi členskými státy různý.²⁷

5. POSTLISABONSKÁ JUDIKATURA SOUDNÍHO DVORA EU

Ačkoliv Protokol v mnoha ohledech konstatuje, že nebe je modré a tráva zelená, někteří autoři jsou toho názoru, že i tato skutečnost je ku prospěchu. Například J. Syllová konstatuje: „*Není třeba budoucí protokol nijak ztracovat. Pokud jsou určitá interpretační omezení pravomocí Unie dvacetkrát opakována, bude o to těžší je změnit. Z tohoto hlediska má budoucí český protokol svůj nepopíratelný význam.*“²⁸ Je však otázkou nakolik přínosná je existence Protokolu, jehož text je natolik vágní a nic neříkající, že je prakticky nemožné ho s jistotou vyložit. Na transparentnosti a právní jistotě tak Protokol č. 30 unijnímu systému ochrany základních práv rozhodně nepřidal. Členské státy přitom paradoxně, řečeno sportovní terminologií, poslaly přihrávkou tam, kde ji mít nechtěly – tj. Soudnímu dvoru EU, který bude nakonec tím, kdo případné nejasnosti ohledně interpretace Protokolu objasní.

V. Belling v této souvislosti uvádí, že „*Protokol může ovšem představovat, stejně jako samotná horizontální ustanovení Listiny, (...) určitou bariéru proti extenzivnímu chápání obecných právních zásad. (...) Tím, že jsou v Listině uvedena práva pozitivně zakotvena, měla by platit vůči obecným právním zásadám jako lex specialis. Evropský soudní dvůr by pak musel při vyvozování práv nezakotvených přímo v primárním právu přihlídnout k Listině, včetně horizontálních ustanovení. (...) Přesto, že tedy Listina a s ní i Protokol mohou vyvolat ve vztahu k extenzivní aplikaci obecných právních zásad omezující účinek, bude nakonec záležet na postoji ESD, jak bude ve*

²⁷ Protokol však neřeší problém určení relevantního právního řádu, jehož vnitrostátní předpisy a zvyklosti se mají použít. K tomu blíže Komárek, J., *op. cit. sub 2*, s. 330.

²⁸ Syllová, J., *op. cit. sub 2*, s. 745-746.

*vztahu těchto zásad vůči právům v Listině postupovat.*²⁹ Je vskutku otázkou, jakým způsobem bude v postlisabonské éře Soudní dvůr Evropské unie nakládat s obecnými právními zásadami na straně jedné a právně závaznou Listinou základních práv EU na straně druhé. Jinými slovy, kterému ze zdrojů základních práv dá Soudní dvůr přednost? Ani pohledem na aktuální postlisabonskou judikaturu Soudního dvora nelze tuto otázku zatím zodpovědět zcela jednoznačně.

První významnou vlašťovkou v této souvislosti představuje rozsudek ve věci C-555/07 *Kücükdeveci*,³⁰ v němž Soudní dvůr shledal, že „*vnitrostátnímu soudu*], *jenž rozhoduje spor, v němž je dotčena zásada zákazu diskriminace na základě věku, jak je konkretizována směrnicí 2000/78, [přísluší], aby v rámci svých pravomocí zajistil právní ochranu, která pro jednotlivce vyplývá z práva Unie, a zaručil jeho plný účinek tím, že případně nepoužije žádné ustanovení vnitrostátního práva, jež by bylo s touto zásadou v rozporu.*“ (bod 51). Na tomto rozhodnutí je přitom zajímavé, že ačkoliv Soudní dvůr konstatoval, že Listina základních práv EU má nyní stejnou právní sílu jako Smlouvy, přičemž poukázal na čl. 21 odst. 1 Listiny, který stanoví zákaz diskriminace na základě věku, celou argumentaci vystavěl na existenci obecných zásad práva EU, jejichž součástí je rovněž zákaz diskriminace na základě věku. Nutno podotknout, že rozhodnutí bylo vydáno necelé tři týdny po vstupu v platnost Lisabonské smlouvy, Soudní dvůr proto mohl upřednostnit obecné právní zásady, aby se tak vyhnul otázce časové působnosti Listiny základních práv EU. Ani novější judikatura však nenaznačuje, že by se Soudní dvůr chtěl argumentace obecnými právními zásadami vzdát.

Například v rozsudku ve věci C-149/10 *Chatzi*³¹ Soudní dvůr uvedl, že „*dodržování zásady rovného zacházení, jež je jednou z obecných právních zásad Unie a jejíž zásadní charakter je zakotven v článku 20 Listiny, je při provádění práva na rodičovskou dovolenou o to důležitější, že sám zásadní charakter tohoto sociálního práva je uznán čl. 33 odst. 2 Listiny.*“ (bod 63). Ačkoliv se Soudní dvůr v citovaném rozhodnutí mohl spolehnout již výlučně na Listinu základních práv EU, ani tentokrát neopomněl existenci obecných právních zásad. Na druhou stranu v rozsudku ve věci C-400/10 PPU *J. McB.*,³² v němž se jednalo o právo biologického otce na péči o dítě, Soudní dvůr již výslovně na obecné právní zásady nepoukázal a vystačil

²⁹ Belling, V., *op. cit. sub 2*, s. 260-261.

³⁰ Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. ledna 2010 ve věci C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, Sb. rozh. 2010.

³¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 16. září 2010 ve věci C-149/10 *Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon*, Sb. rozh. 2010.

³² Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. října 2010 ve věci C-400/10 PPU *J. McB. v. L.E.*, Sb. rozh. 2010.

si s odkazy na Listinu základních práv EU a Evropskou úmluvu o lidských právech.

Nekončící debata ohledně možného výkladu a dopadech Protokolu však, zdá se, bude mít již zanedlouho jasné vítěze a poražené, neboť Soudní dvůr dostihla předběžná otázka podaná anglickým odvolacím soudem. Ten se Soudního dvora táže, zda rozhodnutí členského státu o tom, jestli posoudí žádost o azyl, spadá do rozsahu působnosti práva Unie. Pokud Soudní dvůr tuto otázku zodpoví kladně, nevyhne se pravděpodobně ani odpovědi na význam Protokolu č. 30 a sám anglický soud se ho ve věci C-411/10 NS³³ na tuto skutečnost dotazuje: „*Jelikož se výše uvedené otázky týkají povinnosti Spojeného království, je třeba odpovědi na otázky 2-4 vykládat s ohledem na protokol (...)?*“

6. ZÁVĚR

Definitivní hodnocení Protokolu č. 30 o uplatňování Listiny základních práv Evropské unie v Polsku a ve Spojeném království tak bude možné učinit teprve poté, co se k němu v některém ze svých rozhodnutí vyjádří Soudní dvůr EU. Obsah samotného Protokolu však nikterak nenaznačuje, že by jeho význam měl být zásadní a zcela jistě se nejedná o výjimku z Listiny základních práv EU. V případě České republiky a obav prezidenta v souvislosti s možným prolomením Benešových dekretů pak nutno konstatovat, že se Protokol zcela míjí účinkem, respektive hrozba prolomením Benešových dekretů je toliko argumentem politickým, jeho právní relevance je však v kontextu práva EU naprosto mizivá. Existence Protokolu navíc jistě nepřispívá k větší transparentnosti a právní jistotě unijního systému ochrany základních práv, o nějž EU tak dlouho usilovala a jehož pilířem se měla stát právně závazná Listina základních práv EU. V situaci, kdy je unijní systém ochrany základních práv tvořen jednak obecnými právními zásadami a jednak Listinou základních práv EU, která je navíc doplněna tzv. vysvětleními, Protokolem č. 30 a třemi prohlášeními, nutno konstatovat, že lze o transparentním a právní jistotou prozářeném systému ochrany základních práv hovořit skutečně jen ztěží.

„Duchů, jež jsem vyvolal,

nemohu se zbýt.“

Goethe³⁴

³³ Věc C-411/10: Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Court of Appeal (England & Wales) dne 18. srpna 2010 – NS v. Secretary of State for the Home Department.

³⁴ Převzato z Tomášek, M., *op. cit. sub 14*, s. 650.

Literature:

- Belling, V. K povaze tzv. české „výjimky“ z Listiny základních práv EU. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, roč. 17, č. 4, s. 255-264.
- Bončková, H. – Smekal, H. *Česká republika a výjimka z Listiny základních práv Evropské unie*. [online]. Studie Centra pro lidská práva a demokratizaci, č. 1/2010 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.iips.cz/data/files/Centrum%20LP/Position%20papers/Vyjimka_EU.pdf>.
- Bončková, H. – Smekal, H. Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie. *Současná Evropa*. 2010, č. 2, s. 61-81.
- *Evropská rada v Bruselu – 18. a 19. června 2009 – Závěry předsednictví* [online]. Evropská rada [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/CS/ec/108634.pdf>.
- *Evropská rada v Bruselu – 29. a 30. října 2009 – Závěry předsednictví* [online]. Evropská rada [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/CS/ec/110893.pdf>.
- Frowein, J. A. – Bernitz, U. – Kingsland, Q. C. *Legal Opinion on the Beneš-Decrees and the Accession of the Czech Republic to the European Union*. Luxembourg: European Parliament, 2002.
- House of Lords. *The Treaty of Lisbon: an impact assessment* [online]. Volume I: Report. House of Lords, European Union Committee, 2008 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/62.pdf>>.
- Chmel, M. – Syllová, J. *Listina základních práv Evropské unie a česká „výjimka“ z Listiny* [online]. Parlamentní institut, Studie PI 3.081, listopad 2009 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=59998>>.
- Klaus, V. *Prohlášení prezidenta republiky ze dne 9. října 2009 k ratifikaci Lisabonské smlouvy* [online]. Pražský hrad [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/soucasny-prezident-cr-vaclav-klaus/vybrane-projevy-a-rozhovory/95.shtml>>.
- Komárek, J. Česká „výjimka“ z Listiny základních práv Evropské unie. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 9, s. 322-331.
- Peers, S. *The Beneš Decrees and the EU Charter of Fundamental Rights*. [online]. University of Essex, 12 October, 2009 [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.statewatch.org/news/2009/oct/lisbon-benes-decree.pdf>>.
- Pejchalová-Grünwaldová, V. K problematice dekretů prezidenta republiky ve vazbě na Lisabonskou smlouvu. *Právní rozhledy*. 2009, roč. 17, č. 8, s. 267-272.

- Schwarz, J. Protokol o uplatňování Charty základních práv Evropské unie. *Jurisprudence*. 2010, č. 2, s. 16-23.
- Smekal, H. *Lidská práva v Evropské unii*. Brno: Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 288, ISBN 978-80-210-5045-7.
- Syllová, J. „Scope of the Treaty“, dekrety a český postlisabonský protokol. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 20, s. 743-746.
- Šámálik, F. Dekrety opět na politické scéně. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 8, s. 898-905.
- Šturma, P. Lisabonská smlouva a závaznost Listiny základních práv EU pro Českou republiku vzhledem k tzv. výjimce (opt-out). *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 6, s. 191-194.
- Tomášek, M. Evropské právo a majetkové nároky z tzv. „Benešových dekretů“. *Právník*. 2004, roč. 143, č. 7, s. 650-651.
- *Video: Otázky Václava Moravce Speciál* [online]. ČT24. [cit. 20. 11. 2010]. Dostupné z: <<http://www.ct24.cz/domaci/91245-necas-s-paroubkem-se-pretahovali-o-posledni-volice/>>.

Contact – email

helena.bonckova@mail.muni.cz

STATUS OF ARBITRATOR IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

IVAN CISÁR

Masaryk University, Faculty of Law, Czech Republic

Abstract in original language

Arbitration is an important mean of dispute settlement in the public international law. And an arbitrator as an individual holds important function in the arbitration. This contribution tries to outline what the status of the arbitrator is under the public international law, who he is and the legal safeguards for his work are.

Key words in original language

Arbitrator; status of arbitrator; privileges and immunities; permanent arbitration tribunal, *ad hoc* arbitration.

Introduction

Arbitration is a mean of dispute settlement known to the mankind for thousands of years.¹ It was frequently used by the states to solve their disputes before the era of the international courts and still it holds an important place in the range of available dispute settlement tools. Moreover, the arbitration is also widely used by the businessmen in solving their commercial disputes in the international commercial arbitration.

This contribution is limited to the arbitration as a dispute settlement mean in the public international law. So, I will not deal with the international commercial arbitration. Also, the observances about the arbitrators are limited to the arbitrators holding their function in tribunals solving the disputes among the states and states and other entities (like inter-governmental organizations and to some extent also foreign investors).

In its first part, I will describe who can be an arbitrator. Second part describes what his necessary qualities must be. The third part will deal with the question of the privileges entrusted to the arbitrators to fulfil their role in the arbitration.

¹ SOHN, L.B. *International arbitration in historical perspective*. In SOONS, A. (ed.). *International arbitration: past and prospects : a symposium to commemorate the centenary of the birth of Professor J. H. W. Verzijl (1888-1987)*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1990. 221 s. ISBN 0792307062. p. 9-10.

1 WHO CAN BE AN ARBITRATOR?

Arbitration is distinguished from the other judicial mean of dispute settlement by the fact, that parties have much more influence on the organization of the whole proceedings and also on the persons who will decide their dispute.² Parties are in general free to choose the persons who will sit in the tribunal.

The two groups of potential arbitrators can be distinguished. The first group in composed of the persons who hold also another function in the public sphere - they hold some official position. The second group is composed of the private individuals, whether nationals of the states that are involved in the dispute, or the nations of the third states.

The most common arbitrator in the past was a sovereign or head of state of the third uninvolved state³. Also other official persons⁴, like an ambassadors or ecclesiastical persons⁵, could have been asked to act as arbitrators. This

² BUTLER, NICHOLAS. *Arbitration and Conciliation Treaties*. In *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* [online]. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press [cit. 2010-03-19]. p. 4. Available at: <<http://www.mpepil.com>>.

³ Examples can be find in STUYT, A. *Survey of international arbitrations : 1794-1970*. Leyden : A.W. Sijthoff, 1972. 572 s. ISBN 9028602429.

E.g.: Case Nr.4a: H.M. The Empress of Russia, p.7; Case Nr. 24: Alexander I, Emperor of Russia, p. 27; Case Nr. 27: William I, King of Netherlands, p. 30; Case Nr. 32 Victoria, Queen of Great Britain, p. 35; Case Nr. 38: Frederic-William, King of Prussia, p. 41; Case Nr. 41: Nicholas, Emperor of Russia, p. 44; Case Nr. 44: William III. King of Netherlands, p. 47; Case Nr. 45: Louis Napoleon, President of the French Republic, p. 48; Case Nr. 54: Isabella II, Queen of Spain,, p. 57; Case Nr. 59, 69 and 70: Leopold I, King of Belgium, p. 62, p. 72, p. 73; Case Nr. 77: J.J. Perez, President of the Republic of Chile, p. 79; Case Nr. 85: U.S.Grant, President of the USA, p. 88; Case Nr. 95: William, German Emperor, King of Prussia, p. 99; Case Nr. 159: Swiss Federal Council, p. 164; and many others.

⁴ Examples can be find in STUYT, A. *Survey of international arbitrations : 1794-1970*. Leyden : A.W. Sijthoff, 1972. 572 s. ISBN 9028602429.

E.g.: Case Nr. 87: Robert Wiliam Keate, Lieutenant Governor of Natal, p. 90; Case Nr. 88: S. D'Ehrenhoff, Resident Minister of the King of Sweden and Norway, p. 91; Case Nr. 89: Edward Thorto, British Minister at Washington, p. 92; Case Nr. 156: Baron Lambermont, Belgian Minister of State, p. 161.; and others.

Also the Secretary-General of the United Nation in arbitration between France and New Zealand – Rainbow Warrior; example from MERRILLS, J. *International dispute settlement*. 4th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. 387 s. ISBN 0521617820. p. 94.

⁵ Examples can be find in STUYT, A. *Survey of international arbitrations : 1794-1970*. Leyden : A.W. Sijthoff, 1972. 572 s. ISBN 9028602429.

practice was customary to the 19th century.⁶ The reminiscences of this practice were still visible in the 20th century.⁷ Nowadays, parties are choosing the judges of the International Court of Justice instead.⁸

The most common arbitrator chosen in these days is the private person. Parties can choose either their national or nation of the third state.

The condition of nationality is sometimes so important that it finds its way also into the treaties constituting the tribunals. The 1907 Hague Convention for Pacific Settlement of International Disputes allows each party to dispute to appoint two arbitrators of whom only one can be a national of this party.⁹ Similar provision is also in the 1949 Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes. Under the provision of the General Act, the parties to the dispute are allowed to pick one their national to be a member of the tribunal. The three other members must be nationals of the third states and even they can not be resident at the territory of the party to the dispute or be in its service.¹⁰

E.g: Case Nr. 141: His Holiness Leo XIII, p. 146; Case Nr. 189: His Holiness Pope Leo XIII, succeeded by Benedict XV, p. 195; Case Nr. 281: His Holiness Pius X, p. 288; and others.

⁶ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 161.

⁷ STUYT, A. *Survey of international arbitrations : 1794-1970*. Leyden : A.W. Sijthoff, 1972. 572 s. ISBN 9028602429. Case Nr. 435, p. 456; Case Nr. 432, p.453. MERRILLS, J. *International dispute settlement*. 4th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. 387 s. ISBN 0521617820. p.93.

⁸ Example: Arbitration regarding the Iron Rhine Railway between The Kingdom of Belgium and The Kingdom of the Nertherlands from *Reports if International Arbitral Awards, Volume XXVII* [online]. United Nations, Office of Legal Affairs. Released February 2008 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/cod/riaa/vol_XXVII.htm>. ISBN: 9789210330985.

⁹ Art. 45 *1907 Hague Convention for Pacific Settlement of International Disputes*. Available at < <http://www.pca-cpa.org/upload/files/1907ENG.pdf>>. *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 163.

¹⁰ Art. 22 *1949 Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes*. UNTS 912. *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 164.

In general, it is recognized that when the parties to the dispute are nominating part of the arbitral tribunal, the chair of the tribunal should be neutral.¹¹ Also the possibility of the tribunal in full composed of the neutral members is possible.¹² The requirement for the nationality of the third uninvolved state is required for the chairman of the tribunal established under the ICSID Convention.¹³

The question of nationality of the members of the tribunal often leads to the complaints that the nationals to the parties in dispute will vote in favour of their states irrespective of the arguments presented by the state. Also it is argued that the presence of the national member adds to the expense and size of the tribunal and makes it more difficult for the tribunal to reach the decision.¹⁴ On the other hand, national members are still recognized as a necessary part of the tribunals and they have found their way also into the composition of the international courts.¹⁵ The complaint that they vote solely for their states is not supposed by the experience – they are rarely alone to support their own state and there were cases when they vote against it. Moreover, they are viewed as an important source of information of the special features of the national law of the involved states.¹⁶

¹¹ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 161.

¹² *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 161.

¹³ Art. 38. *ICSID Convention, regulations and Rules* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, april 2006 [cit. 14 November 2009]. Available at: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>.

¹⁴ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 164.

¹⁵ Art. 31 *Statute of the International Court of Justice*. Available at <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Art. 17 *Statute of the International Tribunal of the Law of the Sea*. Available at <http://www.itlos.org/documents_publications/documents/statute_en.pdf>.

¹⁶ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 164.

2 REQUIREMENTS ON THE ARBITRATOR

Nearly every private person could be an arbitrator. It is up to the parties to the dispute to choose the arbitrator from this pool of possible candidates.

The extent of this pool can be limited by the requirements prescribed on the arbitrators by the law. These could be the requirement of nationality and also the requirement of some knowledge or skills. And the most widely used and also the most widely presumed condition - the independence of the possible arbitrator.

The condition of the nationality of the arbitrator is not used much widely. The few examples are mentioned in the previous section. Mostly, there is no prescription on the nationality of the arbitrator nominated by the parties to the dispute.¹⁷

Other requirements for the arbitrators are connected with their knowledge and experiences. In general, it can be described as a requirement for the persons skilled in the law.¹⁸ But this requirement can be drafted also in other way, like person "*recognized for their competence in international law*"¹⁹ or "*arbiters of recognized competence in questions of international law and of the highest integrity*"²⁰.

These requirements are also the prerequisites for the most important requirement on the arbitrator - the independence of an arbitrator.

¹⁷ E.g. Art. III(1) *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration)* 19 January 1981 [online] [cit. 2010-05-29]. Available at: <<http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>>. Art. 2 *Arbitration Agreement between the Governments of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia 4 November 2009* [online]. [cit. 2010-05-18] Available at: <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/2010/Arbitrazni_sporazum/10.a_Arbitrazni_sporazum_-_podpisan_EN.pdf>.

¹⁸ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 161.

¹⁹ Art. 2(1) *Arbitration Agreement between the Governments of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia 4 November 2009* [online]. [cit. 2010-05-18] Available at: <http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/2010/Arbitrazni_sporazum/10.a_Arbitrazni_sporazum_-_podpisan_EN.pdf>.

²⁰ Art. XL(1) *American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota)* [online]. Available at <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-42.html>>.

The necessity of arbitrator independence is recognized from the beginning also in the works of ILC: "*Judges should be capable and disinterested persons;*"²¹

The necessity for the independence of the arbitrator also finds its way into the treaty law. The example is the Article 5 of 1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE²².

3 PROCEDURAL SAFEGUARDS OF INDEPENDENCE

As was said in the previous part, the independence of the arbitrator is necessity for the well-function of the arbitration tribunal and the outcome of the dispute settlement. But how is this independence safeguarded? How are the states guaranteeing the tribunal that they would not interfere with their work?

The independence of the arbitrator is protected by the principle of immutability of the tribunal. Another safeguard to his independence are the privileges and immunities that are granted to him

3.1 PRINCIPLE OF IMMUTABILITY

The general principle governing the composition of the tribunal through the dispute is that it is unchangeable. From the moment when the tribunal is set up to the moment when the award is rendered, the tribunal should be the same. This principle was recognized in the workings of the International Law Commission on the Draft of Convention on Arbitral Procedure.²³

²¹ *Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35* [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>. p. 161.

²² *1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE* [online]. Available at <http://www.osce.org/documents/mcs/1992/12/4156_en.pdf>.

"Article 5 Independence of the Members of the Court and of the Registrar
The conciliators, the arbitrators and the Registrar shall perform their functions in full independence. Before taking up their duties, they shall make a declaration that they will exercise their powers impartially and conscientiously."

²³ *Commentary on the Draft Convention on Arbitra Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, prepared by the Secretariat A/CN.4/92* [online]. United Nations, International Law Commission, 1955 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf>.

The aim of this principle is to ensure that the agreed arbitration proceedings is not „subject to the frustration by a subsequent obstructive attitude of one of the parties or by failure to provide for foreseeable contingencies“.²⁴

3.2 IMMUNITIES AND PRIVILEGES

There are different immunities and privileges in place for the different categories of possible arbitrators. As was already stated in the second section of this contribution, there are at least two different groups of possible arbitrators - the persons holding official functions and the private persons.

The person holding official is protected by the status of the function he is holding. Also the immunities that are in place to ensure the exercise of his official duties will be there to ensure the exercise of the duties stemmed from the arbitration. So if the parties to the dispute chose the head of the third state, he would be protected by the immunities of the head of the state. If the parties chose the representative of the inter-governmental organization (like the secretary general of the UN), he would be protected by the immunities of the representative of that inter-governmental organization. If the parties to the dispute chose the judge of the ICJ or any other international court, he would be protected by the immunities of the judge.

The different situation is when the chosen arbitrator is only a private person. He does not have any other official status that would protect his independence under the international law. Only the status of the arbitrator could do this.

But are there any privileges and immunities connected with the status of arbitrator? There is possibility that there are some expressly granted to the arbitrators in general, but I have not found any document mentioning the privileges and immunities for the arbitrators universally.

“Article 5

1. Once the tribunal has been constituted, its composition shall remain unchanged until the award has been rendered.”

“Article 7

1. Once the proceedings before the tribunal have begun, an arbitrator may withdraw only with the consent of the tribunal. The resulting vacancy shall be filled by the method laid down for the original appointment.”

²⁴ *Commentary on the Draft Convention on Arbitra Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, prepared by the Secretariat A/CN.4/92* [online]. United Nations, International Law Commission, 1955 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf>. p. 26.

The privileges and immunities are granted only by particular states for the particular arbitration tribunals or arbitrators. Also in this situation, the express grant of the privileges and immunities is common for the permanent arbitration tribunals, but not so much for the *ad hoc* tribunals.

The example of the privileges and immunities granted by the group of states for the arbitration tribunal they established to be able for any future disputes is Article 6 of the 1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE²⁵.

It is interesting that OSCE Convention is using the better established legal concept of immunities and privileges of the judges of the International Court of Justice and grants the same privileges and immunities as are granted to the ICJ judges. The OSCE Convention is referring to the Article 19 of the Status of the International Court of Justice, which also refers to the well-established concept of diplomatic privileges and immunities²⁶.

Other example of expressly granted immunities and privileges is the Iran – United States Claims Tribunal. But this time, the privileges and immunities are not granted by the states involved in the dispute, but by the host state of the Tribunal – the Netherlands. There is no mention about the status of the arbitrators in the agreement setting this Tribunal up.

The extent of the expressly granted privileges and immunities is much more elaborate than the wording in the case of the OSCE Court of Conciliation and Arbitration. They were granted by the agreement concluded between the Iran – United States Claims Tribunal and the Kingdom of Netherlands. The content of the agreement is recorded in the letters exchanged between the

²⁵ *1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE* [online]. Available at <http://www.osce.org/documents/mcs/1992/12/4156_en.pdf>.

"Article 6 Privileges and Immunities

The conciliators, the arbitrators, the Registrar and the agents and counsel of the parties to a dispute shall enjoy, while performing their functions in the territory of the States parties to this Convention, the privileges and immunities accorded to persons connected with the International Court of Justice."

²⁶ *Statute of the International Court of Justice*. Available at <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>.

"Article 19

The members of the Court, when engaged on the business of the Court, shall enjoy diplomatic privileges and immunities."

Dutch Ministry of Foreign Affairs and the President of the Iran – United States Claims Tribunal.²⁷

The general grant of the immunities and privileges is in the Article 7²⁸.

As a result of the fact that the privileges and immunities are granted only by the host state, they are limited by its territory and by the time spent by the arbitrators on its territory. What is interesting the time extend is also adjusted to the time when the arbitrator is actually holding its function²⁹.

Another interesting aspect of the privileges and immunities for the arbitrators at the Iran – United States Claims Tribunal is the distinguishing between the nationals of the Netherlands and permanent residents in the Netherlands on the one hand and the nationals of the other states on the second hand. The protection and the privileges of the Netherlands nationals

²⁷ *Exchange of Letters between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the President of the Iran-United States Claims Tribunal concerning the granting of privileges and immunities to the Tribunal 24 September 1990* [online]. Available at <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002529/geldigheidsdatum_21-11-2010>.

²⁸ *Exchange of Letters between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the President of the Iran-United States Claims Tribunal concerning the granting of privileges and immunities to the Tribunal 24 September 1990* [online]. Available at <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002529/geldigheidsdatum_21-11-2010>.

“Article 7

The members of the Tribunal shall be inviolable. They shall not be liable to any form of arrest or detention. The Netherlands authorities shall treat them with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on their person, freedom or dignity.”

²⁹ *Exchange of Letters between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the President of the Iran-United States Claims Tribunal concerning the granting of privileges and immunities to the Tribunal 24 September 1990* [online]. Available at <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002529/geldigheidsdatum_21-11-2010>.

“Article 15

1. Every person entitled to privileged and immunities shall enjoy them from the moment he enters Netherlands territory for the purpose of performing his functions with the Tribunal or, if he is already in its territory, from the moment when his appointment is notified to the Netherlands Ministry of Foreign Affairs.

2. When function of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves Netherlands territory, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of armed conflict. However in respect of acts performed by such person in the exercise of his function, immunity shall continue to subsist. “

and the permanent residents there are limited when compared to the immunities and privileges of the other arbitrators.³⁰

CONCLUSION

The members of the international community often use arbitration to solve their disputes instead of using the international tribunal. Nowadays, it is not so common to ask the head of the third state to act in the role of an arbitrator. Instead, the private persons who are deemed to be persons of recognized competence in international law are chosen to act as arbitrators.

Another requirement on the arbitrator is his independence and that he is not personally interested in the outcome of the dispute and will not favour any of the disputants.

But the requirement for the independence is in conflict with the possibility of the parties to appoint their nationals. This risk is checked by the fact, that both parties have the same opportunity and the nationals of the one party would not be able to dominate the tribunal.

Moreover, the independence of the arbitrators is secured by the different sets of privileges and immunities granted to them. In the history, when the sovereigns were asked to act as arbitrators, their independence was secured by their own status as a sovereign of the third power. But nowadays, when the arbitrators are private persons, the privileges and immunities are tailored specially for the function of arbitrator.

However, there are differences between the permanent arbitration tribunals and the tribunals *ad hoc*. The situation of the arbitrators in the permanent tribunals is secured better. There was more time to think about this question. But also here are the differences. In case of OSCE Court of Conciliation and Arbitration, the privileges and immunities are granted by the every party to the 1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE. But

³⁰ *Exchange of Letters between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the President of the Iran-United States Claims Tribunal concerning the granting of privileges and immunities to the Tribunal 24 September 1990* [online]. Available at <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002529/geldigheidsdatum_21-11-2010>.

“Article 12

1. Except insofar as additional privileges and immunities may be granted by the Netherlands Government, a member of the Tribunal or a staff-member of the Tribunal who is a Netherlands national or permanently resident in the Netherlands shall enjoy only immunity from jurisdiction, and inviolability, in respect of official acts performed in the exercise of his function.

2. In other respects the Kingdom of the Netherlands shall exercise its jurisdiction over those persons in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the Tribunal.”

in case of Iran – United States Claims Tribunal, there are no privileges and immunities granted by the parties in the disputes, but only by the host state of the tribunal.

In case of arbitration tribunals *ad hoc*, there is no general answer to this question. The works of the ILS on arbitral procedure did not deal with this topic and I did not find any examples of the state practice in the arbitration agreements.

There is no formal legal protection, except of the principle of immutability, of the independence of the arbitrators in *ad hoc* tribunals from the interference of the parties in dispute and also from the interference of the third states. The protection of the arbitrator at permanent tribunals is a little bit better but still it is divergent.

Literature:

Books

- Max Planck Encyclopedia of Public International Law [online]. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press [cit. 2010-03-19]. Available at: <<http://www.mpepil.com>>.
- MERRILLS, J. International dispute settlement. 4th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. 387 s. ISBN 0521617820.
- SOONS, A. (ed.). International arbitration: past and prospects : a symposium to commemorate the centenary of the birth of Professor J. H. W. Verzijl (1888-1987). Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1990. 221 s. ISBN 0792307062.
- STUYT, A. Survey of international arbitrations : 1794-1970. Leyden : A.W. Sijthoff, 1972. 572 s. ISBN 9028602429.

Treaties

- *American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota)* [online]. Available at <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-42.html>>.
- *1907 Hague Convention for Pacific Settlement of International Disputes*. Available at <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/1907ENG.pdf>>.

- *1949 Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes*. UNTS 912.
- *1992 Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE* [online]. Available at http://www.osce.org/documents/mcs/1992/12/4156_en.pdf.
- *ICSID Convention, regulations and Rules* [online]. [Washington (USA)]:
International Centre for Settlement of Investment Disputes, april 2006 [cit. 14 November 2009]. Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.
- *Statute of the International Court of Justice*. Available at <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>.
- *Statute of the International Tribunal of the Law of the Sea*. Available at http://www.itlos.org/documents_publications/documents/statute_en.pdf.
- *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration)* 19 January 1981 [online] [cit. 2010-05-29]. Available at: <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>.
- *Arbitration Agreement between the Governments of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia 4 November 2009* [online]. [cit. 2010-05-18]. Available at:
http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/2010/Arbitrazni_sporazum/10.a_Arbitra%C5%BEni_sporazum_-_podpisan_EN.pdf.
- *Exchange of Letters between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the President of the Iran-United States Claims Tribunal concerning the granting of privileges and immunities to the Tribunal 24 September 1990* [online]. Available at http://wetten.overheid.nl/BWBV0002529/geldigheidsdatum_21-11-2010.

Miscellaneous

- Memorandum on Arbitra Procedure, prepared by the Secretariat A/CN.4/35 [online]. United Nations, International Law Commission, 21 November 1950 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_35.pdf>.
- Reports if International Arbitral Awards, Volume XXVII [online]. United Nations, Office of Legal Affairs. Released February 2008 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/cod/riaa/vol_XXVII.htm>. ISBN: 9789210330985.
- Commentary on the Draft Convention on Arbitra Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, prepared by the Secretariat A/CN.4/92 [online]. United Nations, International Law Commission, 1955 [cit. 2010-11-20]. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_92.pdf>.

Contact – email

cisar.ivan@gmail.com

POSTAVENIE CUDZINCA V MEDZINÁRODNOM PRÁVE

MARTINA CIRBUSOVÁ

MASARYKOVA UNIVERZITA BRNO
PRÁVNICKÁ FAKULTA

Abstract in original language

"Rozhodujúcim pre určenie právnej pozície jednotlivca je existencia takých záujmov, ktoré medzinárodné právo chráni aj bez konkrétneho povolenia štátnej moci, a dokonca aj proti vôli takejto moci.¹ Ako hovorí prof. Malenovský oprávnenými záujmami jednotlivca, ktoré sa vymkli „diktátu“ zvrchovanosti, sa stali základné ľudské práva.

Štát je povinný rešpektovať cudzinca ako ľudskú bytosť, je povinný ho chrániť pred útokmi na život, zdravie, slobodu, majetok a časť. Je povinný ho považovať za samostatný subjekt všetkých obvyklých práv a záväzkov.

Key words in original language

cudziniec, medzinárodné právo, utečenec, azylant, nelegálny imigrant, bezdomovec, žiadosť, medzinárodná ochrana

Abstract

Crucial to the determination of the legal position of the individual existence of such interest that international law protects the individual permit without state power, and even against the will of that power. As prof. Malenovský says legitimate interests of individuals, which escaped from the "dictatorship" became fundamental human rights.

The state is obliged to respect the alien as a human being, is to protect it against attacks on life, health, liberty, and property section. It must be regarded as a separate entity all the usual rights and obligations

Key words

alien, international law, expatriate, asylum seeker, illegal immigrant, displaced person, request, protection

¹ Malenovský J. Mezinárodní právo veřejné a poměr k vnitrostátnímu právu zvláště k právu českému, Praha: Doplněk, 2004, str. 468

Kto sme a kam patríme...

Tak ako sa môžeme dočítať vo viacerých publikáciách, síce s rôznym znením, ale rovnakým obsahom, rozhodujúcim pre určenie právnej pozície jednotlivca je existencia takých záujmov, ktoré medzinárodné právo chráni aj bez konkrétneho povolenia štátnej moci, a dokonca aj proti vôli takejto moci.¹ Ako hovorí prof. Malenovský oprávnenými záujmami jednotlivca, ktoré sa vymkli „diktátu“ zvrchovanosti, sa stali základné ľudské práva.

Štát je povinný rešpektovať cudzinca ako ľudskú bytosť, je povinný ho chrániť pred útokmi na život, zdravie, slobodu, majetok a česť. Je povinný ho považovať za samostatný subjekt všetkých obvyklých práv a záväzkov.

Práve ochrana základných ľudských práv spoločne so snahou o definíciu pojmu cudzinca a vytvorenie určitých pod kategórií tohto pojmu by malo byť cieľom môjho príspevku. Kto je to utečenec, kto azylant, nelegálny imigrant, bezdomovec aké práva by mali byť garantované v prípade týchto ľudí, čo zahrnúť do množiny vnútroštátneho práva a čo sa zase naopak tejto množine vymyká a spadá do sféry pôsobnosti práva medzinárodného.

Vývoj situácie po druhej svetovej vojne nútil k zamysleniu a ku zásadným krokom v oblasti ochrany základných ľudských práv. V súčasnej dobe sú chránené kogentnými normami medzinárodného práva, s tým že štáty ako tvorcovia, sa od nich nemôžu jednostranne odchyliť, preto vyvstáva dojem, že tieto práva používajú voči zvrchovanosti štátov relatívnu autonómiu (čl. 4 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach). Na druhej strane zase, kogentné normy medzinárodného práva chránia základné ľudské práva aj v negatívnom zmysle, tzv. pravidlá zakazujúce jednotlivcom správanie, ktorým by vážne ohrozili takéto práva (zločiny proti mieru, ľudskosti, genocída).

Individuálnu povahu majú podľa súčasného medzinárodného práva aj práva menšinové, čím sa rozumejú práva ich jednotlivých členov. Vychádza z toho aj Pakt o občianskych a politických právach.

Práve z dôvodu, že je Európska únia založená na zásadách slobody, demokracie, rešpektovania ľudských práv a základných slobôd a zásadách právneho štátu, je nutné na túto problematiku nahliadať so zvláštnym zreteľom. Tieto zásady sú spoločné všetkým členským štátom. Rešpektovanie ľudských práv je jedným z kľúčových cieľov spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky EÚ²

¹ J. Malenovský. *Mezinárodní právo veřejné a poměr k vnitrostátnímu právu zvláště k právu českému*, Praha: Doplněk, 2004, str. 468

² www.consilium.europa.eu/uedoes/cmsUpload/8590.sk08.pdf

Cudzinecké právo...

Cudzinecké právo patrí zásadne do oblasti upravenej normami vnútroštátneho práva jednotlivých štátov, no tendencie 20.st. smerujúce ku včleneniu jednotlivca do medzinárodného práva nám posúvajú hranicu nazerania na cudzinca len z pohľadu vnútroštátneho práva o niečo ďalej.

Medzinárodná subjektivita jednotlivca je kvalitatívne odlišná od subjektivity, ktorú majú štáty alebo medzinárodné organizácie. V prípade medzinárodnej organizácie, výlučne takej, ktorej členskú základňu tvoria štáty, musíme zohľadniť fakt, že nedisponuje ani vlastným územím ani príslušným obyvateľstvom, a teda nevykonáva verejnú moc, no radíme ju medzi subjekty medzinárodného práva, aj keď by tomu tak po formálnej stránke byť nemalo. Stáva sa tak ale na základe medzinárodnej zmluvy. Tento názor nájdeme aj v posudku MSD vo veci Náhrady škôd utrpených v službách OSN (1949), kde bolo konštatované, že: „subjekty práva nemusia byť nevyhnutne totožné pokiaľ ide o ich právnu povahu alebo rozsah ich práv“³

Subjektivita jednotlivca vo vnútroštátnom práve z môjho pohľadu nevyučuje jeho subjektivitu medzinárodnoprávnu. Po otvorení hraníc sa totiž z Českej republiky stala krajina nie len tranzitná ale aj cieľová. Na túto situáciu bolo nutné reagovať a nasledujúci výčet by mohol napovedať, že zo strany Českej republiky sa tak stalo úspešne:

ČR je stranou:

Ženevskej Úmluvy o právnom postavení uprchlíkov⁴

Európskej úmluvy o ochrane ľudských práv a základných slobôd⁵

Úmluvy o právach dieťaťa⁶

³ Č. Čepelka, P. Šturma. Mezinárodní právo veřejné, Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 117, ISBN 80-86432-57-2

⁴ Úmluva OSN o právnom postavení uprchlíkov z roku 1951, nazývaná tiež Ženevská konvencie podpísaná 28. 7. 1951 v Ženeve a v platnosť vstúpila 22. 4. 1954. Publikovaná bola spolu s Protokolom ako Sdělení v Zbierke zákonov Českej republiky pod číslom 208/1993

⁵ Podpísana v Ríme 4. 11. 1950

⁶ Prijatá valným zhromaždením OSN 20. 11. 1989

Úmluvy proti mučeniu a inému krutému, neľudskému alebo ponižujúcemu zachádzaniu⁷

Medzinárodnom pakte o občianských a politických právach č.120/1976 Sb

Medzinárodnom pakte o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach

Vnútroštátna úprava:

Zákon o azyle⁸

Listina zákl. práv a slobôd

Zákon o pobyte cudzincov na území ČR⁹

Utečenec, azylant, nelegálny imigrant, bezdomovec...

Táto kapitola je sice len výčtom a definíciou pojmov, ktoré sa v praxi často zamieňajú, používajú nepresne a v nevhodnom kontexte. Utečenec nemusí byť vždy azylant tak ako sa z nelegálneho migranta nemusí vždy stať azylant. Bezdomovec nemusí byť utečenec a z cudzinca bez udeleného azylu sa nestáva bezdomovec.

Obrovským prínosom Ženevskej Úmluvy je práve definícia pojmu utečenec, teda osoby ktorá sa nachádza mimo svoju vlasť a má oprávnené obavy pred prenasledovaním z dôvodov rasových, náboženských alebo národnostných prípadne z dôvodov príslušnosti k určitým spoločenským vrstvám, zastávania určitých politických názorov, je neschopná prijať alebo odmieta vzhľadom ku zhora uvedeným obavám, ochranu svojej vlasti.

Častým problémom je posúdenie prípustnosti žiadosti utečenca, cudzinca. Zákon o azyle priznáva možnosť podania len jednej žiadosti, s tým, že každá ďalšia žiadosť, ktorá neobsahuje nové skutočnosti, ktoré cudzinec nemohol bez vlastného zavinenia dokazovať v žiadosti predchádzajúcej, je dôvodom pre zastavenie súdneho procesu.¹⁰ Otázka znie ako ale pristupovať ku „opakovanej“ žiadosti z pohľadu žiadosti o udelenie medzinárodnej ochrany, žiadosti o azyl a žiadosti o priznanie postavenia utečenca¹¹. Najšť jednoznačné riešenie sa dodnes nepodarilo, hlavne kvôli zásade lex retro

⁷ Prijatá Valným zhromaždením OSN 10. 12. 1984 v New Yorku

⁸ Zákon č. 325/1999 Sb.

⁹ Zákon č. 326/1999 Sb.

¹⁰ § 25 písm. i) zákona č. 325/1999 Sb. o azylu

¹¹ podľa predchádzajúceho zákona č. 498/1990 Sb. o utečencoch

non agit, ktorá nám nad týmto problém visí ako gilotina a čaká na svoju chvíľku. Ja sama si nedovolím pristúpiť s jednoznačným riešením, preto jediné odporúčanie, ktoré môžem vysloviť je, aby sa v prípade posudzovania tejto problematiky postupovalo viac než obozretne a s ohľadom na všetky okolnosti.

Na problém narazíme aj v prípade ustanovenia § 3a zákona o azyle, ktorý vylučuje možnosť požiadať Českú republiku o udelenie medzinárodnej ochrany u cudzincov zaistených (inštitútom zaistenia cudzinca si prejdeme až o pár kapitol neskôr) za účelom predania a prevozu. Taktiež u osob, ktoré žiadali o medzinárodnú ochranu v inom členskom štáte dochádza podľa §129 ku zaisteniu. Takéto osoby tu už preto nemôžu žiadať o medzinárodnú ochranu.

Nelegálnou migráciou sa naproti tomu myslí vstup na územie takou osobou, ktorá nedisponuje potrebnými dokumentmi, ktoré by ju oprávňovali vstúpiť na územie prípadne tu prebývať. Nelegálny imigrant je preto akýkoľvek cudzinec, ktorý nesplňuje alebo už prestal splňovať podmienky pre vstup, prítomnosť či pobyt na území členského štátu Európskej únie.¹²

Zákon o azyle nám potom upravuje vo svojom §2 odst. 3 pojem azylanta a síce ako cudzinca, ktorému bol podľa tohto zákona udelený azyl, a to po dobu platnosti rozhodnutia o azyle.

Bezdomovec je termín označujúci v práve osobu, ktorá sa ocitla na danom území a nie je možné u nej zistiť štátne občianstvo resp. nemá žiadne štátne občianstvo žiadneho štátu.

Právo na slobodu pohybu...

Čl. 14 sloboda pohybu a pobytu je zaručená! Toto právo je v ČR ale zaručené a garantované len občanom. Cudzinec môže byť za určitých okolností donútený nedobrovoľne opustiť ČR – v prípade občana to možné nie je. Výčet nasledujúcich nálezov Ústavného súdu je toho len jasným dôkazom.

1. Nález Úst. súdu Pl. ÚS 27/97

– inštitút vyhostenia predstavuje podstatný zásah do práv priznávaných cudzincom právoplatne sa zdržiavajúcim na území cudzieho štátu, a preto medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, Úmluva o ochrane ľudských práv a základných slobôd, Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach, ako aj Listina obsahujú ustanovenia

¹² Kol. Illegally Resident Third Country Nationals in EU Member States: state approaches towards them, their profile and social situation. European Migration Network MV ČR. Leden 2007, s. 3-7

stanovujúce medze takéhoto zásahu do slobody pohybu a pobytu cudzinca na štátnom území a jeho opustenie. Aj keď uvedené zmluvy ani Listina nezaručujú cudzincom právo nebyť vyhostení poskytujú ochranu proti takým zásahom do slobody pohybu a pobytu cudzincov, ktoré by presiahli rozsah stanovený zákonom.¹³

2. Nález Úst. Súdu I. ÚS 326/99

– občan má ústavné právo pobývať kdekoľvek na území vlastného štátu alebo mimo neho, bez toho aby bolo možné túto slobodu proti nemu použiť.¹⁴

Iná osoba než občan musí spĺňať podmienky vstupu a pobytu.

3. Nález Úst. súdu III ÚS 153/97

– jedným z esenciálnych znakov právneho štátu je princíp primeranosti, ktorý predpokladá, že opatrenia obmedzujúce základné ľudské práva a slobody nesmú svojimi negatívnymi dôsledkami presahovať pozitíva, ktoré predstavujú verejný záujem na týchto opatreniach Medzinárodný pakt o občianských a politických právach č. 120/1976 Sb. zaručuje v čl. 12 odst. 1 slobodou pohybu každému „kto sa právoplatne nachádza na území štátu“. Z personálneho hľadiska Pakt nerobí rozdiely medzi cudzincom a štátnymi občanmi, na druhej strane ale uznáva možnosť obmedzenia slobody pohybu na základe zákona v odôvodnených bezpečnostných prípadoch, verejného poriadku, zdravia, morálky, práv a slobôd druhých..

Európska úmluva o zrušení víz pre utečencov ich stavia pri pohybe medzi štátmi do jednej roviny so štátnymi občanmi, pretože je nastavený a garantovaný zhodný prístup k podmienkam pre vstup na územie ďalšieho zmluvného štátu.

Zákon o azyle hovorí, že cudzincovi s udeleným azylom je možné vydať cestovný doklad bez ohľadu na dĺžku jeho pobytu v ČR, jedinou podmienkou je právomocné rozhodnutie o azyle v ČR. Tento zákon ale nepozná možnosť udelenia toho istého cestovného dokladu cudzincovi, ktorému bol azyl udelený v inom štáte. Európska úmluva o prechode zodpovednosti za utečencov tento inštitút ale výslovne zavádza.

Inštitút zaistenia cudzinca...

Úpravu tohto inštitútu nachádzame v zákon 326/1999 Sb. o pobyte cudzincov na území ČR v hlave XI a násl., no samotný pojem zaistenie

¹³ Č. 58/11

¹⁴ Č. 65/18

zákon neupravuje. Rozlišuje ale dva druhy účelu zaistenia a síce za účelom správneho vyhostenia alebo za účelom predania podľa medzinárodnej zmluvy alebo prevozu. Dôležitým dokumentom v prípade, že chceme pojednávať o zaistení cudzinca je Dublinské nariadenie¹⁵, ktoré zakotvuje systém kritérií, na základe ktorých dôjde ku určení štátu zodpovedného za preskúmanie žiadosti o azyl podanej v jednom z členských štátov Európskej únie.

V prípade, že polícia zadrží a následne zaistí cudzinca musí ho poučiť o možnosti požiadať o azyl resp. o medzinárodnú ochranu. Ak tak neurobí do siedmych dní od doby čo bol o tejto možnosti informovaný toto jeho oprávnenie zaniká a polícia zahájí proces realizácie vyhostenia do zeme pôvodu. V opačnom prípade, nemôže byť vyhostený do doby než skončí azylový proces.

Druhou stránkou mince je prijímanie vrátených osôb, v prípade ktorých už nehovorím o zaistení. Vrátené osoby vstupujú do klasického procesu o medzinárodnej ochrane a sú umiestnené v bežnom stredisku pre žiadateľov o azyl.

Rozhodnutie o ukončení pobytu cudzinca na území ČR ...

Zložitá a často krát kontroverzná situácia nastáva v momente kedy Česká republika vydá rozhodnutie o ukončení pobytu cudzinca na jej území. Dôvodom môže byť viac, no podstatné je, že musia byť zohľadnené skutočnosti, ktoré budú samozrejme posudzované prípad od prípadu, a zároveň musí jednanie cudzinca, na základe ktorého má potom dôjsť k jeho vyhosteniu dosiahnuť minimálneho stupňa závažnosti, čo bude opäť posudzované podľa okolností daného prípadu. .

Tak alebo tak musia byť vždy zohľadnené tieto základné momenty.

1. zákaz mučenia a iného neľudského či ponižujúceho zachádzania

Nútený návrat cudzinca do zeme jeho pôvodu, musí zohľadňovať otázku, či s ím v zemi návratu nebude zachádzané spôsobom, ktoré medzinárodné právo zakazuje. Česká republika sa v článku 1 odst. 2 zaviazala, že bude dodržiavať záväzky, ktoré pre ňu vyplývajú z medzinárodného práva, to znamená, že sa zaväzuje k doržiovaniu nie len kogentných noriem ale aj všetkých zmluvných ujednaní so subjektmi medzinárodného práva – tzv. zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, jednostranné právne akty Českej republiky, rozsudky medzinárodných súdov, akty niektorých medzinárodných inštitúcií.

¹⁵ Nariadenie Rady EÚ č. 343/2003 z 18. 2. 2003

Listina základných práv a slobôd ČR hovorí v článku 14, že vyhostenie cudzinca je možné len z dôvodov stanovených zákonom, pričom týmto zákonom sa myslí zákon o pobyte cudzincov, konkrétne jeho Hlava X.

Podľa môjho názoru by malo v zákone o pobyte cudzincov na území ČR dôjsť ku zmene §179 odst. 1, na základe ktorého by potom rozhodnutie o ukončení pobytu cudzinca nie je možné vydať, v prípade, že by bol cudzinec nútený vycestovať alebo by bol vyhostený do štátu kde je ohrozený jeho život alebo sloboda alebo ak by to bolo v rozpore so záväzkom, ktorý vyplýva z medzinárodnej zmluvy

2. ochrana práv cudzinca na rešpektovanie súkromného a rodinného života

3. kritérium primeranosti

Záver

Ako konštatoval Výbor pre práva cudzincov Rady vlády ČR pre ľudské práva v roku 2006 „až na určité problémy, v súčasnej dobe ale riešené, nie je súčasná platná právna úprava v rozpore s platnými medzinárodnými záväzkami ani s požiadavkami plynúcimi z ústavného poriadku. Na druhej strane ale, neboli v posledných rokoch, s výnimkou pokusov o zriadenie okresných poradných orgánov, pre integráciu cudzincov prijaté progresívne opatrenia, ktoré by smerovali k väčšej podpore účasti cudzincov na verejnom a politickom živote. Nepomohlo tomu ani podpísanie a ratifikácia Dohovoru o účasti cudzincov na verejnom živote. K tomuto konštatovaniu by som sa pridala aj ja. Nemyslím si, že by Česká republika z pohľadu záväzkov, ktoré má voči ostatným štátom, teda z pohľadu medzinárodného práva, zastávala svoju pozíciu zle. Myslím si ale, že pokiaľ ide o ide o zaradenia cudzinca do verejného života, mala by podniknúť zásadné kroky, najmä vzhľadom k očakávaniam z vonku.

Vzhľadom, na náš vstup do Európskej únie sa začal pojem cudzinec upierať skôr na jednotlivcov z rozvojových krajín tretieho sveta. Teórií vysvetľujúcich prečo títo ľudia migrujú, utekajú z vlastných domovov a žiadajú o azyl v našich krajinách je nespočetne veľa. Myslím si ale, že skôr než by sme mali hľadať odpoveď na otázku prečo migrujú, by mala Česká republika zapracovať nad odpoveďou na otázku ako pomôcť a teda na postaviť sa problému čelom, nie hľadať dôvody ako sa riešeniu vyhnúť. Z môjho pohľadu je to stále zraniteľnejšia téma, ktorej sa bude musieť Česká republika začať precíznejšie venovať.

Boj s nelegálnou migráciou nie je len bojom o stotožňovanie cudzincov a ich navrátenie, ide predovšetkým o potrestanie organizátorov a ďalších

osôb, ktorí na snahe obyvateľov tretieho sveta nájsť bezpečie, dôstojný život a ekonomickú prosperitu len zarábajú.¹⁶

Literature:

- Krahulík M. Nelegální Migrace a detentismus v ČR, Rigorózní práce, 2006, str. 145-146
- Nariadenie Rady EU č. 343/2003 z 18. 2: 2003
- Malenovský J. Mezinárodní právo veřejné a poměr k vnitrostátnímu právu zvláště k právu českému, Praha: Doplněk, 2004, str. 468
- Čepelka Č., Šturma P. Mezinárodní právo veřejné, Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 117, ISBN 80-86432-57-2
- Úmluva OSN o právnem postavení uprchlíkov z roku 1951, nazývaná tiež Ženevská konvence podpísaná 28. 7. 1951 v Ženeve a v platnosť vstúpila 22. 4. 1954. Publikovaná bola spolu s Protokolom ako Sdělení v Zbierke zákonov Českej republiky pod čísлом 208/1993
- Zákon č. 325/1999 Sb
- Zákon č. 326/1999 Sb.
- Kol.Illegaly Resident Third Country Nationals in EU Member States: state approaches towards them, their profile and social situation. European Migration Network MV ČR. Leden 2007, s. 3-7
- www.consilium.europa.eu/uedoes/cmsUpload/8590.sk08.pdf
- www.opu.cz

Contact – email

238456@mail.muni.cz

¹⁶ Krahulík M. Nelegální Migrace a detentismus v ČR, Rigorózní práce, 2006, str. 145-146

THE LAW AND THE RIGHTS, CONCEPTUAL REVIEW

ADRIAN VASILE CORNESCU

Faculty of Law, University "Constantin Brâncuși" Târgu-Jiu, Romania

Abstract in original language

Definirea dreptului poate reprezenta o încercare atât descurajantă dar în același timp provocatoare, deoarece, așa cum spunea Augustin despre timp, ce este dreptul știi dacă nu te întreabă nimeni, dar dacă dorești să explici această știință a ta constai că îl ignori . Pot fi date multe definiții ale dreptului, acestea arată că ori nu știm ceea ce este dreptul, ori el este privit mereu din alt unghi de vedere și spunem atunci că acela este cel corect și este ceea ce este.

Key words in original language

Drept; drepturi.

Abstract

Defining the right can represent a helpless trial but in the same time challenging, because, as Augustin said about the time, what is right you know without being asked, but if you want to explain your own knowledge you realise that you can't. We have a lot of definitions of the law , this means that either we don't know what it is, or we can see it always from different points of view and we say that is the right one and it is what it is.

Key words

Law; rights.

To define the law can represent a discouragement trying but, in the same time, a challenge, because, as Augustin said about time, you know what the right is when no one asks, but if you want to explain this science you'll see that you are an ignorant.

To define the right is necessary even this trying is hard and the results can be only approximated. The necessity of defining the right come foremost from possibility to give real solutions for theory details and for judicial practice.

The epoch in which European civilisation has its cultural and hystorical roots, the Antiquity, didn't give a certain and clear definition for the right, but it was content to help in understanding purposes and principles of rights, „honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Ulpianus), and admitting in the same time, just with a principle value, like „ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius”.

In the same period, was coming to the fore like one of the first definitions of the right, the known definition of Celsus: „ius est ars boni et aequi”, which was related to ethics categories because good and equity are ethics categories.

In a realist perspective, in mentality of Rudolf von Ihering, who put the concernment judicially preserved on the foundation of right, „the right is a form in which the state organise, coercively, the insurance of society life conditions”.

Anita Naschitz considers the right like a „complex of behavior rules who’s aim is to tie to rules, in a certain purpose, the expected behaviour of people, at least in its frame, otherwise the rule doesn’t have sense”.

On the other hand, Sofia Popescu considers that the right, like a judicial normative system by contrast to other normative systems non-judicial from society, is „the unit of general, abstract, impersonal, behaviour rules, which came from a public authority invested with power of judicial regulation or the unit of norms which come from individual decisions of judicial authority; this fact allow separation of the right from other normative systems,,

H.Bergman, in his work, defines the right as „one of the most profound care of human civilisation, because it offers protection against tyranny and anarchy and it is a principal instrument of society for liberty and order preservation against abusive intrusion in individual interests”.

In the same idea/apprehension, a Romanian author considers that the right concept is a metaphor, the word „directum” having a double figurative meaning, designating what is generally conform with law”. He argues his theory asserting that etymology from Latin word „directum” is discovered in all european languages: „drept” in Romanian language, „droit” in French, „diritto” in Italian, „derecho” in Spanish, „direito” in Portuguese, „right” in English, „recht” in German.

The definition given by teacher Nicolae Popa is: „the right is a complex of rules provided and certified by state, whose aim is to organise and to form human behavior for principal relations in society, in a specific climate for liberties coexistence, for capital human rights protection and for establish the spirit of justice”.

In a great measure this definitions of the right, aleatory chosen, explain that visible part of the right which is seen like a sum of norms included in laws, decrees, ordinance etc., respectively the easy commensurable part, objective right.

There is many definitions of the right which prove that is possible we don't know what the right is, or is always seen from a different point of view and then we can say that is the precise one.

On the other hand even term of right has more meanings: one for philosophers, other for sociologists and one different for jurists.

According to this authors the difference between philosophical meaning and judicial meanings of the right is that „while the first meaning presume an internal action which implies a distinction and an option between what is just and what is unjust, in a subjective area from consciousness of human being, the second meaning expects just an external active attitude and according with real rules; the right is never interested by internal adhesion of somebody to its imperatives, just if it comes from the broken rules. If a person respects the law, it doesn't matter for institutional justice if that person respects law by fear, fidelity or convenience”.

Legally, depending on the right meanings, there is many categories of „rights” like objective right, subjective right, positive right, equity right.

Objective right is an assembly of judicial norms which govern an organised society and whose keeping is guaranteed by the power of coercion of an admitted public authority, if is necessary.

Therefore judicial norms must to set social relations, to anticipate what is needed to be in the frame of social relations and to require a certain conduct and keeping it is guaranteed by public authority.

In the matter of positive right, it includes all judicial norms active in a state and it is continuu and immediatly applicable, compulsory and susceptible to be executed by an external power (statal coercion), like a legitimate good cause of a social resort express designated. Etymologically this concept come from *ius positum est* (the right had imposed) and represents in fact the objective right in action and mostly is indistincted by statal law in force, considering the fact that it include all judicial norms in force in a certain statal unit.

Mircea Djuvara has written that the positive right is „the right which can be applied in a society at a certain moment under auspices of that state, or, briefly, „it`s the applied right”.

This name of positive right come from scientific positivism created by Auguste Comte, who said that „every science must begin from a last reality from its field, a measurable reality, certifiable by senses or instruments, but regarding right – judicial norm is the first reality.

In the matter of subjective right term we can say it was and it is one of the most controversated notion from right theory.

According to a author, the subjective right is „the right which everybody have, *facultas agendi*”; it represents „an individual, judicial ability of a person in relation to another person”. In others vision subjective right is either „the prerogative given to a person by judicial order and guaranteed by right ways to dispose by a value which is known that belong to it”, or ”the prerogative of a subject of right to have a certain behavior or to require such a behavior from other in order to exploitation or to defend a certain interest, legally protected in a concrete judicial report”.

In my point of view, the connexion between the two last definitions represents the complete definition of subjective right.

Therefore, the subjective right can be defined like a prerogative given by law, in according to whom the titular of right can or must have a certain conduct and he can require to others to have a conduct adequated to its right, under sanction required by law, in order to value a personal interest, direct, born and actual, legal and juridical protected according to public interest and with rules of social cohabitation.

There is two vectors which determine the existence of subjective right: the essence and the achievement, that is the will and the interest of right subject.

The theory of volition belongs to liberal, voluntarist and individualist doctrines and considers that subjective right come from human volition: an individual volition or a collective volition. The subjective right can be then a power belonging to a person, a power of volition, a suzerainty of volition.

Begining with the idea that human volition can creates subjective rights, the autonomy of volition pleads for individual liberty, restricted just by imperative of respect a good behaviour and public order.

According to Rudolf von Inhering theory (*Geist des romischen Rechts*) the subjective right includes two elements: a substantial one and a formal one. The first element consists in utility and advantage of right and the second element consists in proceeding in justice. Advantage and utility are the content of right. It implies values and interests. The value show the limits of content and the interest has the shape of a report which exists between idea of value and subject of right.

So that, the subjective right express the interest and is necessary for the interest gratification because the law gives to subjective right its protection by a proceed in justice which can be used.

The subjective rights will be defined as „intrests juridical protected”. The state decides which interests are susceptible to be transformed in subjective rights. The state assures its protection just for such a type of interests. In a state organized really democratically and a state which respects individual

liberty, the subjective rights established by law will be in absolute conformity with society opinion.

The subjective rights aren't from human being just an aesthetic ornament. They are recognised, guaranteed and preserved to answer to life's needs, so that it's impossible to imagine a subjective right without an interest on its foundation, interest which public authority wants to execute.

Regarding to connexion between objective right and subjective right there was serious debates and polemics. At first subjective right was considered primordial because a judicial norm can't be understood without a right of a person beside another person. So that, the norm doesn't do anything else just determines rights of parts and the norm, means objective right, is evolved from subjective right.

After that an opposite opinion arrived in Germany from Georg Jellinek; he proved, in his book *The general theory of state*, that no one can have a right if a norm (which gives this right) doesn't exist. So that he jump to the conclusion that subjective right evolves from the norm.

In France, Leon Duguit, teacher of right, thinks further and he denied the existence of subjective right. In his work „*Traité de droit constitutionnel*”-1924, he write a theory, the social solidarity theory, which considers that individual rights represent only some social functions, there aren't subjective rights and there isn't a personal volition of a person which can give, independent and individual, an exercise of volition producing juridical effects.

Mircea Djuvara reviewed both opinions and after that his conclusion is that every school which sustained those contrary opinions had correct ideas because the two opinions are two sides of the same logical reality and it can't say about one of them that is the foundation for the other.

We are agreed with this conclusion because the subjective rights are evolving from objective right and are tied by it and there are an inseparability between them. Subjective rights can be determined in juridical norms, then they exists and can be exercised only if they are admitted by objective right because only the accreditation and the preservation of a value by a juridical norm confers to it the quality of subjective right.

Even both opinions about right are different in meaning they are two correlative images of right. The subject right can't exist outside the objective right because second is the fundament for the first, it's the frame of principiality and juridical regulation of subjective rights and of correlative engagements`execution. Objective right preserved subjective right, and rule of right is realised by practice of subjective right.

Literature:

- Sf. Augustin, Confesiuni, XIV, 17.
- I. Dogaru, D.C. Dănișor, Gh. Dănișor, Teoria generală a dreptului, Edit Științifică, București, 1999.
- Dojană Ionuț Veniamin, Teza de doctorat „Dreptul subiectiv”, Institutul de Cercetări Juridice, București, 2007.
- A. Naschitz, Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului, Ed. Academiei, București, 1969.
- S. Popescu, Teoria generală a dreptului, Ed. Lumina Lex, București, 2000.
- H. Bergman, The Historical Background of American Law, in Talks an American Law, New York
- Emil Moroianu, Teoria generală a dreptului, note de curs, Tg-Jiu, 2003.
- N. Popa, M.C. Eremia, S. Cristea, Teoria generală a dreptului, Ed. All Beck, București,
- Gheorghe C. Mihai, Radu I. Motica, Fundamentele dreptului, Teoria și filosofia dreptului, Ed. All, București, 1997..
- Mircea Djuvara, Teoria generașă a dreptului, Ed. All, București, 1995
- Tudor. R. Popescu, Drept, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970.
- Ion Deleanu, Dreptul subiectiv și abuzul de drept, Ed. Dacia, Cluj, 1988

Contact – email

cornescuadrian@yahoo.com

KÜCÜKDEVECİ: "VYLUČUJÚCI" ÚČINOK VŠEOBECNEJ PRÁVNEJ ZÁSADY ZÁKAZU DISKRIMINÁCIE NA ZÁKLADE VEKU

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstract in original language

Predmetom príspevku je otázka akceptovateľnosti „vylučujúceho“ účinku všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku, ktorú ESD opätovne deklaroval v rozsudku vo veci Küçükdeveci. Uvedený účinok posilňuje ochranu práv jednotlivca, jednotlivca dotknutého nesprávnou implementáciou smernice, avšak má negatívny dopad na jednotlivca, ktorý konal v súlade s vnútroštátnym právom, odporujúcim všeobecnej právnej zásade. Autor článku predkladá názor, že tento prístup nemôže byť bez ďalšieho vnímaný ako zásah do právnej istoty, predstavujúcej veľmi zložitý právny koncept. Požiadavka právnej istoty môže byť naplnená prostredníctvom akceptovateľnosti argumentácie ESD, založenej na argumentácii ethosom, pathosom a logom.

Key words in original language

Všeobecná právna zásada; zákaz diskriminácie.

Abstract

The subject of this contribution is acceptability of the “exclusionary” effect of general principle of non-discrimination, which has been once again declared by the ECJ in Küçükdeveci judgment. Aforementioned effect strengthens the legal position of individual affected by improper implementation of directive, it has, however, negative impact on the individual, who acted in compliance with national law, which ran contrary to the general principle. The author of present contribution argues, that this approach cannot be viewed per se as an interference with legal certainty, which is a very complex legal concept. The requirement of legal certainty can be fulfilled through the acceptability of legal reasoning of the ECJ, based on ethos, pathos and logos arguments.

Key words

General principle; non - discrimination.

ESD vyjadril rozsudkom vo veci Mangold¹ jasný postoj. Uviedol, že zásadu zákazu diskriminácie na základe veku je potrebné považovať za všeobecnú

1 Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981

právnú zásadu Spoločenstva, ktorej dodržiavanie nemôže závisieť od uplynutia lehoty poskytnutej členským štátom na vykonanie smernice, účelom ktorej je úprava všeobecného rámca boja proti diskriminácii na základe veku. ESD uložil vnútroštátnemu súdu povinnosť zabezpečiť plnú účinnosť všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku tým, že nebude aplikovať žiadne ustanovenie vnútroštátneho práva, ktoré je s ňou v rozpore, a to aj vtedy, ak lehota na vykonanie predmetnej smernice neuplynula. To znamená, že uvedená všeobecná právna zásada nie je zdrojom práv a povinností jednotlivcov ako subjektov komunitárneho práva, ktorý by nahradzoval nezlučiteľné vnútroštátne právo. Jej účinnosť spočíva v tom, že po vykonaní testu proporcionality ESD sa táto stala dôvodom pre vylúčenie rozporného vnútroštátneho práva súdom členského štátu.²

O tom, že vyššie uvedené rozhodnutie v žiadnom prípade nepredstavuje náhodné riešenie, ale základ pre ustálenú judikatúru, svedčí rozsudok ESD vo veci *Kücükdeveci*.³ V tomto prípade musel ESD poskytnúť odpoveď na predbežnú otázku, či je vnútroštátna právna úprava, podľa ktorej sa výpovedné doby predlžujú v závislosti od doby trvania zamestnaneckého pomeru, v rozpore so zákazom diskriminácie na základe veku, a to z dôvodu neprihliadania na dobu trvania zamestnania pred dosiahnutím 25 roku veku zamestnanca pri výpočte dĺžky výpovednej lehoty. V tejto súvislosti sa vnútroštátny súd pýtal, či uvedená vnútroštátna úprava môže byť odôvodnená záujmom zamestnávateľa na pružnom hospodárení v personálnej oblasti na úkor záujmov mladších zamestnancov, od ktorých je vzhľadom na ich vek alebo menšie spoločenské, rodinné a súkromné povinnosti rozumne možné vyžadovať vyššiu pracovnú a osobnú flexibilitu a mobilitu. Tretia otázka, s ktorou sa vnútroštátny súd obrátil na ESD, sa týkala toho, či je predpokladom vylúčenia aplikácie rozporných predpisov členského štátu splnenie povinnosti vnútroštátneho súdu obrátiť sa v danej veci s predbežnou otázkou na ESD.

Vzhľadom na to, že pôvodnou žalobkyňou namietané skutkové okolnosti (skončenie pracovného pomeru výpoveďou) nastali v čase po uplynutí lehoty určenej na prebratie smernice 2000/78,⁴ ESD mal mimoriadnu príležitosť vyjadriť sa k rozsahu a spôsobu aplikácie všeobecnej právnej

2 Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

3 Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010

4 Smernica Rady 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec rovnakého zaobchádzania v zamestnaní a zárobkovej činnosti, OJ 2000 L 303, s. 16-22

zásady na základe veku a odstrániť pochybnosti o jej právnom režime vyvolané rozsudkom ESD vo veci Mangold. Rozsudok vo veci Mangold sa síce týkal porovnateľného skutkového stavu ako v skúmanom prípade, avšak tento nastal v období, keď lehota na transpozíciu smernice do vnútroštátneho právneho poriadku ešte neuplynula.

ESD pristúpil po konštatovaní, že vnútroštátna právna úprava stanovuje menej priaznivé zaobchádzanie pre zamestnancov, ktorí vstúpili do pracovného pomeru pred dovŕšením veku 25 rokov, k overovaniu, či sú prostriedky členského štátu použité k dosiahnutiu legitímneho cieľa v súlade s požiadavkami proporcionality.⁵

Podľa ESD nemožno dotknutú vnútroštátnu právnu úpravu považovať za spôsobilý prostriedok na dosiahnutie cieľa sledovaného členským štátom, ktorým podľa tvrdenia nemeckej vlády bolo zvýšenie ochrany zamestnancov v závislosti na dobe trvania pracovného pomeru, pretože k predĺžovaniu výpovednej doby dochádzalo s oneskorením u každého zamestnanca, ktorý vstúpil do pracovného pomeru pred dosiahnutím veku 25 rokov, a to aj v prípade, ak zamestnanec u zamestnávateľa pracoval dlhší čas.⁶ ESD teda uzavrel, že všeobecná zásada zákazu diskriminácie na základe veku bráni uvedenej vnútroštátnej úprave.⁷

Na tomto mieste považujem za potrebné poznamenať, že na rozdiel od generálneho advokáta Bota, ktorý vo svojom stanovisku vyjadril vážne pochybnosti o tom, či dotknutá vnútroštátna úprava vôbec má pozitívny účinok na prijímanie mladších zamestnancov do pracovného pomeru, ESD pristúpil k aplikácii princípu proporcionality bez toho, aby predtým spochybnil legitimitu cieľa tvrdeného nemeckou vládou. Táto poukazovala na potrebu ponechania pružnosti zamestnávateľom v otázke riadenia mladších zamestnancov, a tiež na skutočnosť, že nie je potrebné chrániť mladších zamestnancov v takej miere ako starších zamestnancov, pretože podľa nej mladší zamestnanci ľahšie a rýchlejšie reagujú na stratu zamestnania. Podľa generálneho advokáta však možno len s ťažkosťami pripustiť, aby „určitá miera pružnosti“ predstavovala sama o sebe legitímny cieľ objektívneho charakteru, odlišný od individuálnych dôvodov, ako sú

⁵ *Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010, body 29, 30 a 33*

⁶ *Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010, bod 41*

⁷ *Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010, bod 43*

napr. znižovanie nákladov alebo zlepšovanie konkurencieschopnosti.⁸ Generálny advokát neuznal ani druhú z vyššie uvedených námietok členského štátu, nakoľko predmetná právna úprava vychádzala zo stavu, ktorý platil v dvadsiatych rokoch 20. storočia, avšak v súčasnosti už nie je aktuálna.⁹

Prístupy generálneho advokáta a ESD sa líšili aj v otázke, či v prípade prebiehajúceho sporu medzi jednotlivcami má vnútroštátny súd povinnosť vylúčiť aplikáciu vnútroštátnej právnej úpravy až po tom, čo ESD potvrdí jej nezlučiteľnosť s právom Únie. Zatiaľ čo generálny advokát navrhoval, aby smernici 2000/78 bol priznaný účinok v tom zmysle, že by jednotlivcom bolo umožnené dovoľávať sa práv v nej zakotvených v rámci súdneho sporu medzi jednotlivcami s cieľom vylúčiť použitie vnútroštátneho ustanovenia odporujúceho právu Únie, ESD pokračoval v línii rozsudku Mangold a tento účinok priznal nie predmetnej smernici, ale všeobecnej právnej zásade zákazu diskriminácie na základe veku ako „zvláštnemu vyjadreniu všeobecnej zásady rovnakého zaobchádzania.“¹⁰

Z vyššie uvedeného postupu ESD možno vyvodit' (nie veľmi prekvapivý) záver, že všeobecná právna zásada rovnakého zaobchádzania má autonómny rozsah aplikácie, ktorý presahuje rozsah smernice 2000/78. Vzhľadom na to, že ESD v rámci právnych úvah vo svojom rozhodnutí výlučne odkazuje na „všeobecnú právnu zásadu zákazu diskriminácie na základe veku, konkretizovanú smernicou 2000/78,“¹¹ možno s určitosťou vzťahovať spomínaný účinok len na ňu. Rozsudok v žiadnom prípade neposkytuje odpoveď na to, či sa právo jednotlivcov dovoľávať sa všeobecnej právnej zásady s cieľom vylúčiť použitie vnútroštátneho ustanovenia odporujúceho právu Únie vzťahuje aj na ostatné typy prípadov, v ktorých smernice predstavujú osobitné vyjadrenie niektorej zo všeobecných právnych zásad.

ESD sa pri skúmaní, či európske právo (všeobecná právna zásada zákazu diskriminácie na základe veku, konkretizovaná smernicou 2000/78) bráni dotknutej vnútroštátnej úprave, striktnie držal textu uvedenej smernice, čím na jednej strane neprekročil rámec stanovený európskym právotvorcom

8 Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 47

9 Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 48

10 Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010, bod 50

11 Pozri napr. body 27, 43, 51, 53, 55 a 56 rozsudku ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010

v smernici (čím rešpektoval ním nastavené parametre na určenie toho, ktoré rozdielne zaobchádzanie na základe veku je prípustné a z akých dôvodov), na strane druhej však objasnil účinok všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku len v rozsahu, v akom je vyjadrená v smernici 2000/78.

Vzhľadom na neustále rastúci vplyv Európskeho práva (predovšetkým základných práv Európskej únie) na vzťahy medzi súkromnými osobami¹² zastávam názor, že bude len otázkou krátkeho času, kým ESD rozšíri možnosti jednotlivcov dovoľávať sa aj iných všeobecných právnych zásad konkretizovaných smernicami, s cieľom vylúčiť aplikáciu vnútroštátneho práva, ktoré je s nimi v rozpore. V nadväznosti na trend nastolený ESD v skúmanom rozsudku (pôsobením účinkov všeobecnej právnej zásady obsah vyjadrený v právnom predpise stráca z hľadiska jeho aplikácie formu smernice) považujem za málo pravdepodobné, že by súd v uvedených prípadoch smeroval svoje rozhodovanie v zmysle návrhov Generálneho advokáta Bota a priznal uvedené účinky priamo smerniciam, ktoré prispievajú k zaručeniu základných práv.¹³ Aj keď v konečnom dôsledku by bol praktický dopad riešenia navrhovaného Generálnym advokátom totožný s riešením, pre ktoré sa rozhodol ESD, z legitimitačného hľadiska sa podľa môjho názoru javí priznanie spomínaných účinkov všeobecnej právnej zásade ako právne a politicky priechodnejšia možnosť.

Záver ESD v tomto ohľade nepriamo poukazuje na neisté postavenie smerníc ako sekundárneho prameňa v systéme Európskeho práva, v ktorých sa „najviac prejavuje rozpor medzi snahou zaistiť jednotnú aplikáciu komunitárnych predpisov a vôľou rešpektovať inštitucionálnu a procesnú autonómiu členských štátov.“¹⁴ Snaha o riešenie uvedeného rozporu a o zabezpečenie rovnováhy vo vzťahu medzi Európskym právom a vnútroštátnym právom viedlo k značnej deformácii pôvodného charakteru smernice ako prameňa práva, čo prispelo k neprehľadnosti účinkov, ktoré sú tieto spôsobilé vyvolať. Domnievam sa, že cieľom postupu ESD bolo vyhnúť sa „pasci“ štrukturálnych princípov Európskeho práva, vzťahujúcich sa na účinky smerníc, ktoré by obmedzovali pôsobenie všeobecných právnych zásad v právnych poriadkoch členských štátov. Je potrebné tiež poukázať na skoršiu judikatúru ESD, v rámci ktorej súd stanovil, že „sa nemôže hoci aj jasné, presné a bezpodmienečné ustanovenie smernice zaručujúce jednotlivcovi práva alebo ukladajúce povinnosti samo o sebe

12 Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 90

13 Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 90

14 Simon, D.: Komunitární právní řád. Praha: ASPI, 2005, s. 339

aplikovať v rámci sporu, v ktorom stoja proti sebe výhradne jednotlivci.¹⁵ Nakoľko v prípade smernice 2000/78 ide nepochybne o právny predpis spĺňajúci vyššie citované požiadavky, jej účinky na aplikovateľnosť vnútroštátneho práva, ktoré je s ňou v rozpore, sú v rámci súkromno-právneho sporu medzi pani Küçükdeveci a spoločnosťou Swedex GmbH & Co. KG vylúčené.

Vylúčenie vnútroštátnej právnej úpravy v dôsledku existencie všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku sa javí ako argument s väčšou váhou než dosiahnutie tohto výsledku účinkami smernice aj z dôvodu zahrnutia tejto zásady do textu Charty základných práv Európskej únie, ktorá skutočnosť legitimizuje postavenie ESD ako vedúceho činiteľa európskeho integračného procesu, zabezpečujúceho jednotnú aplikáciu a plný účinok všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku. Skúmaný rozsudok potvrdzuje význam Charty základných práv Európskej únie ako činiteľa odstraňujúceho pochybnosti o správnosti a presvedčivosti deklarovania všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku, vzhľadom na jej namietanú absenciu v ústavných tradíciách spoločných členským štátom Európskej únie. Hľadanie opory v spoločných ústavných tradíciách ako prameňoch poznania práva pre existenciu tej- ktorej všeobecnej právnej zásady už nie je potrebné – Charta samotná je totiž vyjadrením týchto ústavných tradícií.

S poukazom na vyššie uvedenú argumentáciu považujem prístup ESD pri rozvíjaní všeobecných právnych zásad za zdržanlivý a v súlade s cieľom európskeho právotvorcu. Pridržiaval sa textu smernice, čím ESD rešpektoval inštitucionálnu rovnováhu v rámci Európskej únie, založenej na funkčnom rozdelení, podľa ktorého majú byť funkcie únie prevzaté orgánmi, ktoré sú na to najlepšie vybavené, a to v prospech účinného dosiahnutia cieľov Európskej únie. Súd súčasne rešpektoval svoju judikatúru vzťahujúcu sa na nemožnosť aplikácie (neúčinnosť) smerníc zaručujúcich jednotlivcom práva na právne vzťahy medzi jednotlivcami.

Spomínanú zdržanlivosť ESD pri formulovaní všeobecných právnych zásad dokumentuje skoršie rozhodnutie vo veci *Audiolux*,¹⁶ v ktorom súd odmietol uznať zásadu rovnosti zaobchádzania s menšinovými akcionármi vyjadrenú v smerniciach č. 77/91¹⁷ a č. 79/279¹⁸ za všeobecnú právnu

15 Rozsudok ESD vo spoj. veci C-397/01 a C-403/01 Bernhard Pfeiffer and others v Deutsches Rotes Kreuz [2004] ECR I-8835, bod 109

16 Rozsudok ESD vo veci C-101/08 Audiolux SA and others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others, Bertelsmann AG and others zo dňa 15.10.2009

17 Smernica Rady 77/91/EHS z 13. decembra 1976 o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných

zásadu. Uvedená zásada spočívala vo výlučnej povinnosti akcionára, ktorý nadobudol alebo zväčšil svoju kontrolu v obchodnej spoločnosti, ponúknuť menšinovým akcionárom odkúpenie akcií za rovnakých podmienok, ako sú podmienky stanovené na nadobudnutie obchodného podielu v tejto spoločnosti, ktorým väčšinový akcionár získal alebo posilnil svoju kontrolu v spoločnosti. Na prvý pohľad zdá, že závery ESD v oboch prípadoch si navzájom odporujú, keďže na rozdiel od rozsudku vo veci Küçükdeveci súd v prípade Audiolux odmietol priznať osobitnému vyjadreniu zásady rovnosti zaobchádzania status všeobecnej právnej zásady. Po podrobnejšom preskúmaní obidvoch rozhodnutí je však zrejmé, že pôvod tohto zdanlivého rozporu tkvie v absencii zakotvenia rovnosti zaobchádzania s menšinovými akcionármi v primárnom práve Európskej únie a v spoločných ústavných tradíciách členských štátov. Na rozdiel od zákazu diskriminácie na základe veku, oporu pre uvedenú zásadu nemožno nájsť ani v Charte základných práv Európskej únie. Podľa ESD zásada nemôže byť považovaná za samostatnú všeobecnú právnu zásadu, nakoľko zásada rovnosti zaobchádzania s menšinovými akcionármi sa vzťahuje len na špecifické situácie v oblasti práva obchodných spoločností upravené vo vyššie uvedených smerniciach (kým zákaz diskriminácie z dôvodu veku sa nevzťahuje len na oblasť zamestnania a povolania upravenú smernicou, pretože tento druh diskriminácie sa môže objaviť aj v iných kontextoch, ktoré nie sú zakotvené v smernici), chýba jej „ústavný presah“ a ako osobitné vyjadrenie všeobecnej zásady rovnosti v oblasti práva obchodných spoločností vyžaduje legislatívne spracovanie prostredníctvom sekundárneho právneho aktu Európskej únie. Podľa ESD „všeobecná právna zásada rovnosti zaobchádzania nemôže sama o sebe založiť osobitnú povinnosť väčšinového akcionára voči ostatným akcionárom ani určiť, ktorá špecifická situácia sa s touto povinnosťou spája.“¹⁹ Táto argumentácia podľa môjho názoru spôsobuje neopodstatnenosť kritických názorov o „bezhraničnej expanzii“ všeobecných právnych zásad v dôsledku judikatúry ESD.²⁰

spoločnosti na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb, OJ 1977 L 26, s. 1-13

18 Smernica Rady 79/279/EHS z 5. marca 1979 o koordinácii podmienok prijatia cenných papierov na kótovanie na burze cenných papierov, OJ 1979 L 66, s. 21- 32

19 Rozsudok ESD vo veci C-101/08 Audiolux SA and others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others, Bertelsmann AG and others zo dňa 15.10.2009, bod 57

20 SCHWARZE, J.: The Future of the European Public Law. In: BIRKINSHAW, P., VARNEY, M. (eds.): The European Union Legal Order after Lisbon. Alpen aan den Rijn : Kluwer Law International 2010, s. 26

Hlavným prínosom judikatúry ESD týkajúcej sa všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku vidím v posilnenej ochrane práv jednotlivca, poškodeného protiprávnym konaním členského štátu, spočívajúcim v nenáležitej implementácii smernice č. 2000/78. Ak by súd neuznal právo navrhovateľky vo veci samej p. Küçükdeveci dovolávať sa dotknutej všeobecnej právnej zásady s cieľom vylúčiť použitie odporujúceho vnútroštátneho ustanovenia, bola by p. Küçükdeveci odkázaná na podanie samostatnej žaloby na uplatnenie nároku na náhradu škody proti Spolkovej republike Nemecko z dôvodu neúplného prebratia uvedenej smernice. V tejto súvislosti generálny advokát Bot uvádza: ...hlavným nedostatkom odpovede, ktorá by v konečnom dôsledku viedla S. Küçükdeveci k podaniu žaloby o náhradu škody by bola prehra v spore a z nej plynúce finančné dôsledky aj napriek zisteniu diskriminácie na základe veku odporujúcej smernici č. 2000/78... Takéto riešenie by podľa môjho názoru odporovalo právu na účinnú právnu ochranu...v tomto ohľade účinný boj proti mohol priznať znevýhodneným osobám rovnaké výhody, aké požívajú zvýhodnené osoby, bez toho, aby ich musel vyzývať na podanie žaloby o náhradu škody proti členskému štátu.²¹

Je skutočne namieste úvaha, či možnosť jednotlivca získať od členského štátu nápravu a žiadať náhradu škody v tomto prípade napĺňa požiadavku plnej a efektívnej ochrany práv, ktorá mu vyplýva z komunitárneho práva. Generálny advokát Mazák a Martina Jánošíková upozorňujú, že „aj keď princíp (zodpovednosť štátu za škodu spôsobenú porušením komunitárneho práva – pozn.) Súdny dvor pomenoval, nie je to on, kto v konkrétnom prípade rozhoduje o zodpovednosti štátu za škodu spôsobenú porušením komunitárneho práva. Žaloby na náhradu škody, ktoré spôsobili štáty, sa podávajú výlučne na vnútroštátne súdy.“²²

Podľa niektorých autorov doterajšie skúsenosti naznačujú, že praktická aplikácia rozhodnutí ESD, v ktorých súd vyzval členský štát, aby v rámci vnútroštátnych právnych predpisov týkajúcich sa zodpovednosti zabezpečil právo jednotlivca na náhradu škody, ktorá im bola spôsobená neprebratím smernice, častokrát nezodpovedá ESD proklamovanej idei plného účinku práva Únie. Ako príklad môže slúžiť situácia po vynesení rozsudku ESD vo veci Francovich,²³ v ktorom súd stanovil povinnosť členského štátu nahradiť škodu spôsobenú p. Francovichovi neprebratím smernice č. 80/987

21 *Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 69*

22 MAZÁK, J., JÁNOŠÍKOVÁ, M.: *Výber rozhodnutí Súdneho dvora ES. Bratislava: IURA EDITION 2007, s. 172*

23 *Rozsudok ESD v spoj. veciach C-6/90 a C-9/90 Andrea Francovich, Daniela Bonifaci and others v Italian Republic [1991] ECR I-5357*

o zblížovaní právnych predpisov členských štátov, vzťahujúcich sa na ochranu zamestnancov v prípade platobnej neschopnosti ich zamestnávateľa.²⁴ P. Francovichovi nikdy nebola žiadna náhrada škody vyplatená, pretože patrila do skupiny osôb, na ktorú sa uvedená smernica pre prípad platobnej neschopnosti zamestnávateľa *expressis verbis* nevzťahovala.²⁵

Bez ohľadu na opodstatnenosť námietok voči inštitútu žalôb na náhradu škody spôsobenej porušením komunitárneho práva, „vylučujúci“ účinok všeobecnej právnej zásady nepochybne predstavoval pre p. Küçükdeveci efektívny prostriedok právnej ochrany. Na druhej strane, nijakým spôsobom nemožno zakryť fakt, že tento účinok mal negatívny dopad na právne postavenie jej bývalého zamestnávateľa, obchodnú spoločnosť Swedex GmbH & Co. KG, a to so zreteľom na neuplatnenie požiadavky formálnej právnej istoty (predvídateľnosti práva).

V tejto súvislosti je však nutné rešpektovať skutočnosť, že princíp právnej istoty nemá v porovnaní s ostatnými právnymi princípmi (všeobecnými právnymi zásadami) nadradené postavenie a rovnako ako ostatné všeobecné právne zásady podlieha v procese aplikácie, resp. interpretácie pomeriavaniu. Jeho relatívny charakter môže viesť pri aplikácii a interpretácii k rôznorodým výsledkom. Tridimas uvádza ako príklad rozsudok ESD vo veci Van Duyn,²⁶ v ktorom tento argumentujúci princíp právnej istoty priznal smerniciam za určitých okolností priamy účinok. Výkladom čl. 249 Zmluvy o ES vo svetle uvedeného princípu však bolo možné dôjsť aj k opačnému záveru.²⁷

Otázkou pomeriavania princípu právnej istoty sa ESD vo svojom rozsudku vo veci Küçükdeveci vôbec nezaoberal. Namiesto toho sa obmedzil len na konštatovanie povinnosti vnútroštátneho súdu, aby zaručil plný účinok práva Únie, ako výrazu štrukturálneho princípu (koncepcie) efektivity.

24 Smernica Rady 80/987/EHS z 20. októbra 1980 o zblížovaní právnych predpisov členských štátov, vzťahujúcich sa na ochranu zamestnancov v prípade platobnej neschopnosti ich zamestnávateľa, OJ 1980 L 283, s. 23-27

25 BOBEK, M.: A New Legal Order, or a Non-existent One? – Some (Early) Experiences in the Application of EU Law in Central Europe. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy vol 2., 2007, s. 265 - 298

26 Rozsudok ESD vo veci 41/74 Yvonne van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337

27 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 243

Napriek tomu, že ESD opomenul podrobiť účinky svojho rozhodnutia kontrole z pohľadu princípu právnej istoty, nemusí to ešte znamenať, že by dotknuté rozhodnutie bolo v rozpore s týmto princípom (všeobecnou právnou zásadou) ako základným inštitútom stojacim v pozadí právneho poriadku Únie. Cieľom „vylučujúceho“ účinku všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku je zabezpečenie efektívnosti právneho poriadku Únie, a tiež jednotnej a konzistentnej aplikácie práva Únie vnútroštátnymi orgánmi. V tomto ponímaní koncepcia efektivity práva a jednotnej aplikácie prispieva k stabilite právneho poriadku ako predpokladu princípu formálnej právnej istoty (predvídateľnosti práva).

Princíp právnej istoty vyžaduje hľadanie rovnováhy medzi stabilitou práva ako predpokladom jeho predvídateľnosti a súčasne flexibilitou práva, vzťahujúcu sa na potrebu adaptácie práva na neustále meniace sa spoločenské podmienky. V kontexte aplikácie všeobecných právnych zásad a štrukturálnych princípov ako napr. princípu efektivity ESD, ktorá vyššie spomínanú flexibilitu práva Únie umožňuje, je zabezpečenie tejto rovnováhy problematické. Výsledok aplikácie právnych princípov ESD, ktoré sú z hľadiska právnej, politickej a ekonomickej integrácie nevyhnutné, vždy závisí od kontextu, v ktorom tieto vystupujú. Tento odklon od formálnej právnej istoty kladie na ESD väčšiu zodpovednosť v tom smere, aby svoje rozhodnutia presvedčivo odôvodnil za účelom dosiahnutia čo najširšej podpory zo strany vnútroštátnych súdov a ostatných verejných orgánov interpretujúcich a aplikujúcich právo Európskej únie v členských štátoch. To platí najmä za stavu, keď vzťah partnerstva a spolupráce medzi sudcom ESD a národnými sudcami zostáva aj v súčasnosti zdôrazňovanou právnou a politickou maximou.²⁸

Vychádzajúc z klasickej rétoriky, existujú tri spôsoby argumentácie, ktoré rečník používa na presvedčenie „obecenstva“ o správnosti svojho postoja: ethos (argumentácia zameraná na presvedčení obecenstva vychádzajúceho z povahy a autority rečníka), pathos (argumentácia pôsobiaca prostredníctvom emócií) a logos (argumentácia založená na logike a rozumnosti).

Príkladom použitia prvých dvoch z vyššie uvedených spôsobov argumentácie v rozsudku ESD vo veci Küçükdeveci ESD je napr. bod 45 rozsudku, podľa ktorého „ak ide v prvom rade o úlohu vnútroštátneho súdu v rozhodovaní sporu medzi jednotlivcami, v ktorom sa javí, že vnútroštátna právna úprava je v rozpore s právom Únie, Súdny dvor rozhodol, že vnútroštátne súdy majú povinnosť poskytovať právnu ochranu, ktorá pre jednotlivcov vyplýva z ustanovení práva Únie a zaručovať plný účinok týchto ustanovení (viď. v tomto zmysle rozsudky Pfeiffer, Impact).“

28 BOBEK, M. a kol.: *Predbežná otázka v komunitárnom právu*. Praha: Linde Praha 2005, s. 8

ESD v tomto bode na jednej strane opätovne deklaroval svoj úmysel vytvoriť pre jednotlivcov podmienky pre zabezpečenie účinnej právnej ochrany, a to autoritatívnym odkazom na svoju predchádzajúcu judikatúru. Uvedený bod, ako aj bod 21 rozsudku, v zmysle ktorého ESD „uznal, že zásada zákazu diskriminácie na základe veku, musí byť považovaná za všeobecnú právnu zásadu práva Únie,“ v spojení s odkazom na Chartu základných práv Európskej únie v bode 22 rozsudku, môže byť podľa môjho názoru vnímaný ako pathos, „využívajúci“ pozitívne emócie „obecenstva,“ existujúceho v prostredí európskej právnej kultúry, založenej na ideí ochrany základných práv jednotlivcov. Argumentácia všeobecnou právnou zásadou akou je zákaz diskriminácie teda zohráva dôležitú úlohu v procese akceptácie súdom predkladaných dôvodov rozhodnutí zo strany subjektov Európskeho práva.

Bez ohľadu na vyššie uvedené, odvolávanie sa na všeobecné právne zásady v procese argumentácie ESD reflektuje pojem ethos vo význame „integrujúceho princípu, ktorý vystupoval ako duch národa, či kmeňa,“²⁹ a ktorý má v podmienkach Európskej únie ambíciu vystupovať ako princíp integrujúci celé európske právne spoločenstvo ako jeden „kmeň.“

Aspekt akceptovateľnosti argumentácie ESD ako súčasť princípu právnej istoty ale vyžaduje, aby okrem spomínaných spôsobov dôvodovania ovplyvňujúcich presvedčivosť súdom predkladaných téz, založil ESD vyvedené závery na logickom odôvodnení. ESD by teda mal vo svojich rozhodnutiach objasňovať, z akých dôvodov a na akom základe považuje určité argumenty za relevantné pre rozhodnutie a iné nie.

Argumentáciu na základe logu možno demonštrovať napr. bodom 49 rozsudku *Kücükdeveci*, v ktorom súd uviedol dôvod, pre ktorý nepripadá do úvahy použitie eurokonformného výkladu na dotknutú smernicu. Je však potrebné uviesť, že ESD nijakým spôsobom racionálne nevysvetlil, prečo nepostupoval v zmysle stanoviska generálneho advokáta Bota a „vylučujúci“ účinok všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku vyjadrenej v smernici č. 2000/78 nepriznal priamo tejto smernici. Ako to už bolo uvedené vyššie, rozsudok tiež neposkytuje odpoveď na to, či sa tento účinok vzťahuje aj na ostatné typy prípadov, v ktorých smernice predstavujú osobitné vyjadrenie niektorej zo všeobecných právnych zásad a bližšie nevysvetľuje ani podmienky, za ktorých môže nastať. Je však otázne, či konanie o predbežnej otázke je vhodným priestorom pre ESD na úvahy všeobecného charakteru, keď jeho hlavným účelom je poskytnutie odpovedí na otázky predložené

²⁹ ČIPKÁR, J.: *Etika a právo*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach 2010, s. 13

vnútroštátnym súdom.³⁰ Niektorí autori ale poukazujú na to, že snaha ESD o poskytnutie užitočnej odpovede môže vyústiť k tomu, že rozhoduje ultra petita a odpovedá nielen na otázky, ktoré vnútroštátny súd predložil, ale aj na otázky, ktoré mu predložené neboli.³¹ Aj napriek tejto skutočnosti závisí objasnenie podmienok aplikácie všeobecných právnych zásad ESD a ich účinkov od jeho judikatúry, rozvíjanej nekoordinovane krok po kroku, v závislosti od predbežných otázok predkladaných vnútroštátnymi súdmi. Dokazujú to aj závery súdu v rozhodnutí vo veci *Kücükdeveci*, ktoré bude tento nútený s vysokou pravdepodobnosťou v budúcnosti klasifikovať v súlade s požiadavkou logu. Inštitút konania o predbežnej otázke vytvára priestor pre vnútroštátne súdy, aby v prípade neakceptovateľnosti rozhodnutia z dôvodu nedostatkov jeho logického odôvodnenia, prejavili svoj nesúhlas „kooperáciou“, t. j. predložením obdobnej predbežnej otázky s kvalifikovaným (riadne odôvodneným) nesúhlasom,³² a tým takpovediac „prinútili“ ESD k objasneniu sporných otázok, resp. nepriamo privodili judikatúry, pretože „Súdny dvor je ochotný načúvať svojim národným partnerom a prispôbiť svoju judikatúru v prípade, ak ho svojimi argumentmi presvedčia.“³³

Kým sa tak stane, bude akceptovateľnosť tohto rozsudku a z neho vyplývajúceho „vylučujúceho“ účinku všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku zo strany orgánov členských štátov a odbornej právnickej verejnosti závisieť predovšetkým od presvedčivosti argumentácie na základe emócií (pathos) a autority ESD a dojmu, ktorý v nich vyvoláva svojím postojom k ochrane práv jednotlivcov (ethos). Nedostatky argumentácie logom je možné dodatočne riešiť „dialógom“ medzi vnútroštátnymi súdmi a ESD v inštitucionálnom rámci konania o predbežnej otázke.

V súvislosti s artikuláciou problémových bodov rozsudkov ESD je bez akýchkoľvek pochybností potrebné vyzdvihnúť úlohu generálnych advokátov. Za súčasného stavu, ktorý neumožňuje sudcom ESD publikovať odlišné stanoviská, predstavujú návrhy generálnych advokátov dôležitý

30 LANG, J.T.: *Article 10 EC – The Most Important „General Principle“ of Community law*. In: Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds.): *General Principles of EC Law in a Process of Development*. London: Kluwer Law International 2008 s. 98

31 SIMON, D.: *Komunitární právní řád*. Praha: ASPI, 2000, s. 726

32 BOBEK, M. a kol.: *Predbežná otázka v komunitárním právu*. Praha: Linde Praha 2005, s. 25

33 BOBEK, M. a kol.: *Predbežná otázka v komunitárním právu*. Praha: Linde Praha 2005, s. 25

spôsob vyjadrenia kritického postoja k vývoju judikatúry súdu. Návrhy generálnych advokátov tiež môžu udávať jej budúce smerovanie, prípadne slúžiť ako legitimizačný prostriedok, zvyšujúci akceptovateľnosť rozsudkov ESD.³⁴

Literature:

- BĚLOHIÁVEK, A. J.: Mezinárodně právní ochrana přímých zahraničních investic a komunitární (unijní) právo. In: *Právník*, 149, 2010, č. 10, s. 1010 - 1052
- BOBEK, M. a kol.: *Predbežná otázka v komunitárním právu*. Praha: Linde Praha 2005
- BOBEK, M.: A New Legal Order, or a Non-existent One? – Some (Early) Experiences in the Application of EU Law in Central Europe. In: *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol 2., 2007, s. 265 - 298
- ČIPKÁR, J.: *Etika a právo*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach 2010
- LANG, J. T.: Article 10 EC – The Most Important „General Principle“ of Community law. In: Bernitz, U., Nergelius, J., Cardner, C. (eds.): *General Principles of EC Law in a Process of Development*. London: Kluwer Law International 2008
- MAZÁK, J., JÁNOŠÍKOVÁ, M.: *Výber rozhodnutí Súdneho dvora ES*. Bratislava: IURA EDITION 2007
- SCHWARZE, J.: The Future of the European Public Law. In: BIRKINSHAW, P., VARNEY, M. (eds.): *The European Union Legal Order after Lisbon*. Alpen aan den Rijn : Kluwer Law International 2010
- SIMON, D.: *Komunitární právní řád*. Praha: ASPI, 2005

³⁴ BOBEK, M. a kol.: *Predbežná otázka v komunitárním právu*. Praha: Linde Praha 2005, s. 281

- TRIDIMAS, T.: *General Principles of Community Law*, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006
- Rozsudky ESD:
- Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981
- Rozsudok ESD vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG. zo dňa 19.1.2010
- Rozsudok ESD vo spoj. veci C-397/01 a C-403/01 Bernhard Pfeiffer and others v Deutsches Rotes Kreuz [2004] ECR I-8835, bod 109
- Rozsudok ESD vo veci C-101/08 Audiolux SA and others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others, Bertelsmann AG and others zo dňa 15.10.2009
- Rozsudok ESD vo veci C-101/08 Audiolux SA and others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others, Bertelsmann AG and others zo dňa 15.10.2009, bod 57
- Rozsudok ESD v spoj. veciach C-6/90 a C-9/90 Andrea Francovich, Daniela Bonifaci and others v Italian
- Smernica Rady 2000/78/ES z 27. novembra 2000, OJ 2000 L 303, s. 16-22
- Stanovisko Generálneho advokáta Yvesa Bota vo veci C-555/07 Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH. & Co. KG, prednesené dňa 7.7.2009, bod 47, 48, 90
- Rozsudok ESD vo veci C-41/74 Yvonne van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337
- Smernice Rady:
- Smernica Rady 77/91/EHS z 13. decembra 1976 o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb, OJ 1977 L 26, s. 1-13

- Smernica Rady 79/279/EHS z 5. marca 1979 o koordinácii podmienok prijatia cenných papierov na kótovanie na burze cenných papierov, OJ 1979 L 66, s. 21- 32
- Republic [1991] ECR I-5357
- Smernica Rady 80/987/EHS z 20. októbra 1980 o zblížovaní právnych predpisov členských štátov, vzťahujúcich sa na ochranu zamestnancov v prípade platobnej neschopnosti ich zamestnávateľa, OJ 1980 L 283, s. 23-27

Contact – email
cipkar@atknet.sk

POSITION OF INDIVIDUALS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

MICHAL DAVALA

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

S cieľom zabezpečiť účinnú kontrolu medzinárodných ľudsko-právnych záväzkov bola jednotlivcom priznaná určitá forma medzinárodno-právnej subjektivity. Vývoj smerom k posilneniu postavenia jednotlivcov nastal aj v medziamerickom systéme ochrany ľudských práv. Autor v príspevku analyzuje postavenie jednotlivcov v tomto systéme na základe ich aktívnej legitímácie na podanie individuálnej sťažnosti, ich procesného postavenia v rámci konania ako aj na základe prostriedkov nápravy či kompenzácie, ktoré môže jednotlivec dosiahnuť.

Key words in original language

Medzinárodná subjektivita; Subjekty medzinárodného práva verejného; Procesná spôsobilosť; Jednotlivci; Medziamerický systém ochrany ľudských práv.

Abstract

In order to secure an effective monitoring of international human rights obligations, certain form of the international personality has been granted to individuals. Development strengthening the position of individuals has occurred also in the Inter-American human rights system. Author analyses the position of individuals within the system by looking at their active legitimacy to submit an individual complaint, their procedural position during the proceeding and by looking at the remedies or compensation, which may be achieved.

Key words

International Personality; Subjects of International Public Law; Procedural Capacity; Individuals; Inter-American Human Rights System.

1. INTRODUCTION

In the traditional international law only sovereign states were recognised as its subject. Principle of reciprocity governed only the relations between states. Later, in the attempt to create effective monitoring of human rights standards, it became necessary to develop new legal concepts in international law and to grant individuals certain form of the international personality. This development has occurred mainly in the second half of the twentieth century, when the major mechanisms for human rights monitoring

had been created. Until the Second World War the provisions, providing some rights and duties for individuals, were only fractional and regional.¹ Commentators generally use the example of the Washington treaty of 1907, the Treaty of Versailles of 1919, the Upper Silesia Convention of 1922, and the International Labour Organisation's Conventions mechanism to demonstrate that individuals have become increasingly recognised as participants and subjects of international law in modern practice.² After the Second World War the process of internationalisation of human rights spread at universal as well as regional level.

Development strengthening the position of individuals has occurred also in the Inter-American human rights system. The Inter-American Commission on Human Rights (Inter-American Commission or Commission) and the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court or Court) represent regional human rights system that can be compared to its European counterpart. Though the procedural capacity of individual is not the same as in Europe, the individuals can actively participate on the monitoring of states' conduct. What the position of individuals in the Inter-American system actually is?

After the short introduction to the topic of the individuals as subject of international law, present paper analyses three features that can indicate individuals' status in regional mechanism. Firstly, an overview of their active legitimacy to submit an individual complaint is offered. Then, their procedural position during the proceeding is described. Finally, the paper looks at the remedies or compensation, which may be achieved.

2. INDIVIDUALS AS SUBJECT OF INTERNATIONAL LAW

The contemporary international law deals, inter alia, with relations between states and individuals. Since these relations can not be governed by the principle of reciprocity, it was important to create monitoring mechanisms that would observe the compliance of states with their obligations. Consequently, 'a large and important part of international law practice establishes individual rights and obligations and provides international and municipal procedures for enforcing these rights and obligations.'³ Some

¹ J. Klučka, *Medzinárodné právo verejné (všeobecná časť)* [Public International Law (General Part)] (Bratislava: IURA EDITION 2004), p. 73.

² M. N. Shaw, *International Law* (Cambridge: CUP 2008), Sixth Edition, pp. 258 - 259; A. Cassese, *International Law* (Oxford: OUP 2005), Second Edition, p. 147.

³ M. W. Janis, *'Individuals as Subjects of International Law'* *Cornell International Law Journal*, Vol. 17, No. 61, 1984, pp. 61 - 78, p. 73.

enforcement procedures can be initiated by individual or group of persons by submitting an individual complaint or communication. Procedural position of individuals within some international monitoring mechanisms is also strengthened by their procedural capacity to act autonomously during the proceeding before judicial or quasi-judicial monitoring body. Theories also speak about the indirect participation of individuals on creating of international norms and on their application.⁴ Despite of these qualities of individuals, and despite of criminal liability which individuals possess in international law, some commentators still consider individuals only as an object of modern international law.

Individuals have become recognised as subject of international law, though their personality is only limited and restricted to some acts in international area.⁵ On the one hand, individuals are derivative subjects, since they draw their existence from the decisions of other subjects.⁶ On the other hand, the development of individuals' position is still under progress. New forums have been created (e. g. the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, or the Committee on Enforced Disappearances), where individuals would be able to object the activity of states, and which work would influence a policy of states. The new urgent action procedure exercised by the Committee on Enforced Disappearances, and the improved compliant procedure of the UN Human Rights Council is going to serve individuals regardless of special acceptance of states.

3. THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

The Inter-American human rights system has been developed within the Organisation of American States (OAS). The OAS Charter⁷ created the regional inter-governmental organisation of states, which agreed to 'respect the rights of the individual and the principles of universal morality'.⁸ No specific human rights provision is included apart from the anti-discrimination principle proclaiming 'the fundamental rights of the

⁴ Č. Čepelka, P. Šturma, *Mezinárodní právo [International Law]* (Praha: CH BECK 2008), p. 88.

⁵ M. N. Shaw, *International Law*, p. 258; A. Cassese, *International Law*, p. 150.

⁶ A. Cassese, 'Individuals' In: M. Bedjaoui (ed.) *International law: achievements and prospects* (Paris: UNESCO; Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1991), p. 119.

⁷ Charter of the Organization of American States (OAS Charter), 119 UNTS 3, 1948, entry into force in 1951.

⁸ OAS Charter, Art. 17.

individual without distinction as to race, nationality, creed, or sex'.⁹ More importantly, in 1959 the Inter-American Commission was founded based on the OAS Charter 'to promote the observance and protection of human rights and to serve as a consultative organ of the Organization in these matters'.¹⁰ The Commission is competent to recommend legislative measures on human rights protection, to prepare studies or reports, to provide advisory services, to conduct on-site observations, reporting procedure and the individual complaint procedures.¹¹

Full list of human rights was declared separately in the American Declaration of the Rights and Duties of Man (American Declaration) from April 1948.¹² This non-binding document covers rights and freedoms which the American states agreed to respect in the OAS Charter. Material basis of the system comprise also of the American Convention on Human Rights (American Convention) from 1969.¹³ It is the first human rights legally binding document within the organisation. It specifies rights declared in 1948 and make the whole system stronger institutionally. The functions of the Commission were enhanced and in 1979 the Inter-American Court was established. The second monitoring mechanism within the Inter-American human rights system has been introduced; one mechanism observes only rights set fort in the American Declaration while the second monitors the human rights obligations introduced by the American Convention.

The system based on the OAS Charter and the American Declaration is operated in relation to all OAS members only by the Commission. The system based on the American Convention is exercised only towards the contracting parties by the Commission and the Court. One can consequently presuppose, that the protection of rights proclaimed by the general language of the Declaration would be different than the protection of rights guaranteed by the Convention. However, in practice the Commission may consider sources of interpretation and information from one system and

⁹ Ibid, Art 3 (l).

¹⁰ Ibid, Art. 106.

¹¹ Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, OAS Resolution No. 447, General Assembly of the OAS, October 1979, Art. 18 – 20.

¹² American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res. XXX, April 1948.

¹³ American Convention on Human Rights, OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123, 1961, entry into force in 1978.

apply them in other. The systems are closely interconnected, and they are complementary rather than mutually exclusive.¹⁴

The American Declaration, originally legally non-binding document, became explicitly connected to the competence of the Commission, when the Statute of the Inter-American Commission on Human Rights was adopted. It was entrusted to promote the observance and defence of rights set forth in the American Declaration in relation to OAS member states that are not state parties to the American Convention.¹⁵ The Declaration has become directly applicable within the Commission's mandate. 'The normative value of the Declaration, therefore, was significantly strengthened with the adoption of the Statute.'¹⁶

3.1 INDIVIDUAL COMPLAINT PROCEDURE

One of the monitoring procedures within the Inter-American human rights system is the individual complaint procedure. It is an effective device to enforce the fulfilment of state obligations and represents the shift in recognising the international personality of individuals. There are two parallel individual complaint procedures within the OAS.

3.1.1 PROCEDURE BASED ON THE OAS CHARTER AND THE DECLARATION

The procedure based on the OAS Charter and the Declaration covers all OAS member states that are not parties to the Convention. The petition system introduced in 1965 originally referred only to civil and political rights but now relates to all Declaration's human rights.¹⁷ It is not explicitly mentioned in the OAS Charter but it has developed throughout the years from the Commission's mandate. The Commission examines communications or petitions submitted to it by any person or group of persons or non-governmental entity legally recognized in one or more OAS

¹⁴ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martin, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates* (Geneva: World Organisation Against Torture 2006), p. 40.

¹⁵ Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, Art. 1, para 2 (b).

¹⁶ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martin, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates*, p. 34.

¹⁷ M. Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2003), p. 191.

member states, on their behalf or on behalf of third persons, concerning alleged violations of a human right.¹⁸ Moreover, the Commission is empowered to address the government of any member state not a party to the Convention for information deemed pertinent, and to make recommendations to it.¹⁹ Generally, the admissibility criteria for petitions referring to the Declaration are the same as the admissibility criteria for petitions referring to the Convention.²⁰ The fundamental difference between the two complaint procedures is that the Commission can not transfer the complaints on violations of the Declaration to the Court; the proceeding of such complaints ends within the Commission. It is, therefore, the quasi-judicial body, which can only issue findings or recommendations in particular case. They do not have binding character in a strict sense.²¹

3.1.2 PROCEDURE BASED ON THE CONVENTION

The procedure based on the Convention covers only its state parties. Petition containing denunciations or complaints of violation of the Convention may be lodged with the Commission by any person or group of persons, or any non-governmental entity legally recognized in one or more OAS member states.²² If a friendly settlement is not reached the Commission will issue a report with proposals and recommendations.²³ After its consideration by the Commission, the case may be submitted to the Court by the state parties or by the Commission providing that the concerned state has recognised as binding the jurisdiction of the Court.²⁴ The contentions jurisdiction of the Court is facultative. Special declaration or agreement on its jurisdiction concerning the interpretation and application of the Convention is necessary.²⁵ The judgement in the merit is final and not subject to appeal.²⁶

¹⁸ Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Approved by the Commission at sessions held from 28 October – 13 November 2009, Art. 23.

¹⁹ Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, Art. 20 (b).

²⁰ Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, Art. 28, 52.

²¹ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates*, p. 48.

²² American Convention on Human Rights, Art. 44.

²³ *Ibid*, Art. 49 – 50.

²⁴ *Ibid*, Art 61 – 62.

²⁵ Twenty-one, out of twenty-four state parties of the American Convention, have accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court (Argentina, Barbados, Bolivia,

Individuals do not have the right to directly petition the Court; they may only indirectly invoke the Commission's activity. The petitioner may 'present his or her position as to whether the case should be submitted to the Court'.²⁷ In case of an affirmative position the petitioner should also present position and personal data of victims, reasons of such decision, and the claims concerning reparations and costs. The Commission has to base its choice, among others, on 'the position of the petitioner; the nature and seriousness of the violation; the need to develop or clarify the case-law of the system; and the future effect of the decision within the legal system of the member states'.²⁸ Movement towards more open judicial procedure has been supported in 2009 when the new Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights were adopted and 'the quality of the evidence available' was eliminated as a factor taken into consideration.²⁹

Thought the *ratione personae* condition does not allow individuals to submit complaint to the Court, the Commission is obliged to refer the case if the concerned state has not complied with the Commission's recommendations and proposals. It applies 'unless there is a reasoned decision by an absolute majority of the members of the Commission to the contrary'.³⁰ This rule was introduced in 2001 and is regarded as 'one of the most important modifications'.³¹

The position of individuals within the Inter-American Human Rights System is formed also by capacity of the individuals to use the individual complaint procedure before the Commission and consequently before the Court also with regard to other human rights treaties. The Court has jurisdiction to determine if there has been a violation of other treaties that confer the jurisdiction on the Court.³² Up to date, such explicit conferral is

Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, Uruguay, and Venezuela).

²⁶ American Convention on Human Rights, Art. 67.

²⁷ Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, Art. 44 para 3.

²⁸ *Ibid*, Art. 45 para 2.

²⁹ Compare e. g. J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (Cambridge: CUP 2003), p. 99.

³⁰ Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, Art. 45 para 1.

³¹ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates*, p. 52.

³² J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 90.

made in relation to the rights set forth in the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons³³ and right to organize trade unions and right to education according to the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights.³⁴ The case law of the Court adjudicated the procedure also for the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture³⁵ and is envisaged for the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women.³⁶

To sum up, the individuals can launch two parallel individual complaint procedures. The complaint procedure based on the Declaration is obligatory for all OAS member states. The complaint procedure based on the Convention has also an obligatory character in part exercised by the Commission; no declaration of the state party accepting the competence of the Commission is needed. On the one hand, individuals do not possess right to forward case to the Court. On the other hand, the Commission bound itself to take their opinion into account. The power of the judicial body covers the Convention as well as some other human rights treaties.

The remarkable feature is that ‘any person or group of persons, or any non-governmental entity legally recognized’ is able to initiate both parallel procedures before the Commission. It is quite unique in international human rights law, since *locus standi* is generally governed by principle which allows petitioner to claim to be a victim only if personally affected by the act or omission which is at issue.³⁷ The right of petition before the Commission is not limited only to victims of human rights violation; anyone can file a petition with the Commission, even without the authorization of the actual victim.³⁸

³³ Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, OAS Treaty Series No. 68, 1994 (entry into force 1996), Art. XIII.

³⁴ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, OAS Treaty Series No. 69, 1988 (entry into force 1999), Art. 19 para 6.

³⁵ Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, OAS Treaty Series No. 67, 1985 (entry into force 1987).

³⁶ Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, 33 ILM 1534, 1994 (entry into force 1995).

³⁷ T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions, The Case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994), p 50.

³⁸ J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 100.

3.2 PROCEDURAL POSITION OF INDIVIDUALS

To present a picture of procedural position of the individuals within the Inter-American human rights system, the description of some procedural rights of petitioners, alleged victims, victims' relatives, or their representatives during the proceeding before the Inter-American Court is used. The framework is set in the Convention, but more importantly in the Rules of Procedure of the Court. They have undergone significant development and the last version was adopted in November 2009.³⁹

Under the change of the Rules of Procedure of the Court in 2001 individuals have been granted locus standi in judicio; they are able to participate directly in all stages of the procedure.⁴⁰ Once the case is brought to the Inter-American Court, the individuals may act autonomously. Currently, 'alleged victims or their representatives may submit their brief containing pleadings, motions, and evidence autonomously and shall continue to act autonomously throughout the proceedings'.⁴¹ The impact of this provision is obvious; an oral presentation given by the victim, a witness or expert witnesses may be decisive in the final outcome.⁴² 'The victim's activity before the Court is independent of that of the Commission, though coordination may occur, similar to many domestic legal systems in which the prosecutor and the victim's private attorney act independently before a criminal court.'⁴³ Hearing of the witnesses and presentation of other evidence proposed directly by the alleged victims can effectively help the Commission to balance a defence strategy of a concerned state.

Individuals are entitled to request provisional measures to be ordered by the Court, which can act also on its own motion.⁴⁴ Such possibility for the

³⁹ Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Approved by the Court during sessions held from 16 to 28 November 2009.

⁴⁰ A. A. Cancado Trindade, *The Development of International Human Rights Law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights* Human Rights Law Journal, 2004, Vol. 25, No. 5-8, pp. 157 - 160, p. 158.

⁴¹ Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 25 para 1.

⁴² D. Rodríguez-Pinzón, C. Martin, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates*, p. 85.

⁴³ *Ibid*, p. 57.

⁴⁴ American Convention on Human Rights, Art. 63 para 2; Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 27 para 1.

victims of alleged human rights violation was introduced in 2001, when victims became a ‘party’ before the Court. The condition to be a party to a case was necessary to be officially able to request for measures.⁴⁵ As of 2009, ‘victims or alleged victims, or their representatives’ may request provisional measures in cases before the Court providing extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons.⁴⁶ If the matter is not yet submitted to the Court, it may order provisional measures at the request of the Commission. Although in almost all of the cases, the measures were ordered at request of the Commission, the examples are present to illustrate that the Court does not hesitate to act *ex officio* in response to direct request by the individual petitioner.⁴⁷

Very interesting provision towards the victim-oriented procedure before the Court is, that the ‘[a]lleged victims, witness, expert witnesses, and all other persons that the Court decides to hear may be interrogated by the alleged victims or their representatives, the respondent State, and if applicable, the petitioning State’.⁴⁸ This rule was introduced in November 2009 and represents the platform that allows concerned individuals directly influence the outcome of the oral presentation of persons before the Court. Victims may interrogate the witnesses proposed by both, the respondent State or themselves. They are allowed to ask questions while the interrogation is moderated by the President of the Court. Victims may also formulate questions in writing for the witnesses offered by the opposing party.⁴⁹ It should ‘improve the application of the adversarial principle in evidence of this nature’.⁵⁰ The contradictory character of the procedure is strengthened by pulling the victims in the presentation during the hearing of the Court. Since the rule entered into force just on 1 January 2010, more time is needed to assess the effect of it in practice.

⁴⁵ J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 311.

⁴⁶ American Convention on Human Rights, Art. 63 para 2; Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 27 para 1 and 3.

⁴⁷ A. A. Cancado Trindade, ‘*The Evolution of Provisional Measures of Protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)*’ *Human Rights Law Journal*, 2003, Vol. 23, No. 5-8, pp. 162 - 168, p. 165, 168.

⁴⁸ Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 52 para 2.

⁴⁹ *Ibid*, Art 50 para 5.

⁵⁰ Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, 2009, available at <<http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm?&CFID=640736&CFTOKEN=42819215>> (accessed on October 2010), page 17.

Alleged victims and their representatives have opportunity ‘to present final written arguments within the term established by the Presidency’.⁵¹ Although the main intention of the rule is ‘to enhance the principles of procedural economy and promptness’,⁵² it also shaped the procedural capacity of alleged victims. Individual can also influence future clarification of the Court’s judgements on preliminary objection, on merits, or on reparations and costs. All those participating in the case may submit any written comments they deem relevant on request for interpretation of the judgment.⁵³ The request may be brought by ‘any of the parties’ of the case.⁵⁴

3.3 REMEDIES

The position of the individuals as subject of the international law is also determined by their ability to request and acquire the remedies at the international forum. Individuals did not have this opportunity in the traditional international law. The development in this direction has occurred mainly in the second half of the twentieth century, when the major mechanisms for human rights monitoring had been created. The level of efficiency when looking for redress may be defined by accessibility to the appropriate body, by the extent of remedies available and by the character of damage compensated.

If a right or freedom protected by the Convention has been violated, the Inter-American Court will rule that the injured party must be ensured the enjoyment of a right or freedom violated; that the breach must be remedied; and that fair compensation must be paid to the injured party.⁵⁵ Remedies in the Inter-American system generally consist of the financial compensations and the non-monetary remedies. Remedies in form of restitution, rehabilitation, or satisfaction are expected to cure pecuniary as well as non-pecuniary damage occurred when human rights were violated. Former usually includes a loss of earnings or loss of earning capacity, a loss of property or its injury, or medical expenses. Latter category, usually compensated by the Commission and the Court, consists of a past or future physical and mental suffering, a permanent disability and disfigurement, a

⁵¹ Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 56 para 1.

⁵² Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, 2009, page 18.

⁵³ Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 68 para 2.

⁵⁴ American Convention on Human Rights, Art. 67. Since the definition of ‘party’ of the case is not included in the current Rules of Procedure of the Court, it seems that only the concerned state and the Commission are able to present the request for interpretation.

⁵⁵ *Ibid*, Art. 63 para 1.

humiliation, fear or mental distress, lost opportunities of victim or lost enjoyment of his or her life.⁵⁶

‘The Court’s jurisprudence on damages has increased in generosity towards victims over the years’.⁵⁷ Quite unique development in the area of remedies for non-pecuniary damage has been achieved in the Inter-American regional system. For example in *Barrios Altos* case, the Court found the violation of the right to life of fifteen victims, the right to humane treatment of four victims, and the right to fair trial and to judicial protection of nineteen victims which occurred due to the massacre for which the state was held responsible.⁵⁸ Consequently, it ordered the state, inter alia, to ‘grant the beneficiaries of the reparations their healthcare expenses, granting them free care at the respective health care center according to their place of residence and at the respective specialized institute or hospital of referral, in the areas of out-patient consultation, diagnostic support procedures, medicine, specialized care, diagnostic procedures, hospitalization, surgery, childbirth, traumatological rehabilitation, and mental health’.⁵⁹ The four surviving victims and the thirty-six heirs of deceased victims were defined as ‘beneficiaries of the reparations’.⁶⁰ Since the mass consequences of the events in question, state was, besides the others, obliged to publish the judgment in specified official gazette, to publicly express apology to the victims for the grave damage caused, and to erect a memorial monument.⁶¹

The importance of helping to cure the non-pecuniary injuries was demonstrated in *Loayza Tamago* case. The state was declared responsible for violation of right to personal liberty, right to human treatment and right to fair trial.⁶² As restitution measures the Court ordered to re-instate the victim in the teaching service in public institution with salaries and benefits equal to the pay she was receiving before. Apart from the compensatory remedies, the state of Peru was required to investigate the facts, to identify

⁵⁶ D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Second Edition (Oxford: OUP 2005), p 292.

⁵⁷ *Ibid*, p. 299.

⁵⁸ *Barrios Altos v. Peru*, Judgement of 14 March 2001 (Merits), I/A Court H.R., Series C No. 75, para 51.

⁵⁹ *Barrios Altos v. Peru*, Judgement of 30 November 2001 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 87, para 50 (3).

⁶⁰ *Ibid*, para 29.

⁶¹ *Ibid*, para 50 (5) (d) (e) (f).

⁶² *Loayza-Tamayo v. Peru*, Judgement of 17 September 1997 (Merits), I/A Court H.R., Series C No. 33, Art. XVIII.

and punish those responsible for those acts, and to adopt all necessary domestic legal measures to ensure that this obligation is discharged.⁶³

The Inter-American Court sometimes imposes quite specific remedies on concerned states, e. g. to publish, at least once, in the state's official newspaper and in another newspaper of ample national circulation, both the section called 'Proven Facts' as well as the operative part of the judgement; to eliminate the name of the victim from the public criminal registries in which he or she appears in connection to the case as satisfaction measure⁶⁴; to create the trust funds for the minor children⁶⁵; to provide the conditions required to transfer the mortal remains of the victim to the place chosen by his next of kin, at no cost to them.⁶⁶ The demand to make the public familiar with the judgments is an important part of the satisfaction. The personal and societal dimensions of the right to truth are overlapping and interrelated; adequate reparation for victims and their families requires that wider society knows the truth about gross violations of human rights.⁶⁷

Legislative activity is also sometimes needed to comply with the judgement on reparations. In Juan Humberto Sánchez case, for example, the state had to implement a record of detainees that enables control of legality of detentions. It must 'include identification of the detainees, the reason for their detention, the competent authority, the day and time of admission and of release, and information on the arrest warrant'.⁶⁸ The Court may order to adopt a new law, to amend or to repeal an existing law.

Though the Court was assessed as 'reluctant to utilize its power to order non-pecuniary reparations'⁶⁹ in the past, the Inter-American bodies have

⁶³ Loayza-Tamayo v. Peru, Judgement of 27 November 1998 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 42, para 192.

⁶⁴ Acosta-Calderon v. Ecuador, Judgment of 24 Jun 2005 (Merits, Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 129, para 175 (6) (7).

⁶⁵ El Amparo v. Venezuela, Judgment of 14 September 1996 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 28, para 64 (2).

⁶⁶ Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Judgment of 7 Jun 2003 (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 99, para 201 (11).

⁶⁷ D. Cassel, 'The Inter-American Court of Human Rights' In: Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America (Washington: Due Process of Law Foundation 2007), p. 161.

⁶⁸ Juan Humberto Sánchez v. Honduras, para 201 (12) in connection with para 189.

⁶⁹ D. Shelton, 'Reparations in the Inter-American System' In: D. J. Harris, S. Livinstone (eds.), The Inter-American System of Human Rights (Oxford: Clarendon Press 1998), p. 169.

moved towards measures that require some non-pecuniary activity from the state. This level of victim-oriented approach in remedies can not be seen in the European human rights system.

4. CONCLUSION

Present paper endeavours to support the concept of the individuals as subject of contemporary international law. By outlining some features of the Inter-American human rights system, the position of individuals in regional mechanism and international law generally has been indicated.

The access of the individuals to the judicial and the quasi-judicial body with power of the authoritative interpretation of the American Declaration, the American Convention and other treaties has given them the possibility to influence the acts of state. Individuals can initiate two parallel complaint procedures to determine whether the human rights or freedoms were violated. Also individuals from non-state party to the American Convention are protected by the individual complaint procedure; this was not the case in Europe before 1998 when only individuals from contracting parties of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms were granted standing before the monitoring bodies. Final quasi-judicial or judicial outcomes of the procedures elaborate and specify the obligations of states and, consequently, set the scope of the state activities in many areas. Professor Cancado Trindade has concluded that the Inter-American Court has set limits to state voluntarism, established some degree of control of undue restrictions of states, and reassuringly enhanced the position of individual as subject of the international law of human rights.⁷⁰

The procedural capacity of individuals does not involve the right to bring a case directly before the Inter-American Court but they have the right to directly participate in all stages of the procedure. They can act autonomously and the direction of the procedure is not beyond their control.

The Court's case-law 'have provided the most wide-reaching remedies afforded in international human rights law to date, both in compensatory and non-compensatory forms'.⁷¹ There are no rigid criteria for remedies, but the compensation should be based upon a prudent estimate of damages, and the assessment of moral damages requires application of principles of

⁷⁰ A. A. Cancado Trindade, *The Development of International Human Rights Law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights*, p. 158.

⁷¹ D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, p 299.

equity.⁷² The Commission as well as the Court does not hesitate to order to adopt measures in which an active participation of state is needed towards non-pecuniary remedies. Damages are not limited to the pecuniary compensation.

The development within the Inter-American human rights system has confirmed the position of individuals as bearer of international personality. Their procedural position is better than the place of individuals within the UN treaty-based or charter-based bodies, but it is not as good as the position of individuals within the European human rights system. Some shortcuts of the OAS system have been corrected, however, there is still place for evolution towards more opened and efficient mechanism.

Literature:

- Bedjaoui, M. (ed.): *International law: achievements and prospects*, Paris: UNESCO; Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, ISBN 92-3-102716-6.
- Cancado Trindade, A. A.: 'The Development of International Human Rights Law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights' *Human Rights Law Journal*, 2004, Vol. 25, No. 5-8, pp. 157 - 160.
- Cancado Trindade, A. A.: 'The Evolution of Provisional Measures of Protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)' *Human Rights Law Journal*, 2003, Vol. 23, No. 5-8, pp. 162 - 168.
- Cassel, D.: 'The Inter-American Court of Human Rights' In: *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Wahington: Due Process of Law Foundation, 2007, ISBN 978-9674696-8-69.
- Cassese, A.: *International Law*, Oxford: OUP, 2005, Second Edition., ISBN 978-0-19-925939-7.

⁷² Ibid, p. 301.

- Čepelka, Č, Šturma, P.: *Mezinárodní právo [International Law]*, Praha, C.H. Beck, 2008, ISBN 978-80-7179-728-9.
- Harris, D. J., Livinstone, S. (eds.): *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1998, ISBN 0-19-826552-2.
- Janis, M. W.: 'Individuals as Subjects of International Law' *Cornell International Law Journal*, Vol. 17, No. 61, 1984, pp. 61 - 78.
- Klučka, J.: *Medzinárodné právo verejné (všeobecná časť) [Public International Law (General Part)]*, Bratislava: IURA EDITION, 2004, ISBN 80-89047-90-4.
- Nowak, M.: *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, ISBN 90-0413-672-X.
- Pasqualucci, J. M.: *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: CUP, 2003, ISBN 0-521-53335-X.
- Rodríguez-Pinzón, D, Martin, C.: *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the inter-American Human Rights System: A handbook for Victims and their Advocates*, Geneva: World Organisation Against Torture, 2006, ISBN 2-88477-115-8.
- Shaw, M. N.: *International Law*, Cambridge: CUP, 2008, Sixth Edition, ISBN 978-0-521-72814-0.
- Shelton, D.: *Remedies in International Human Rights Law*, Second Edition, Oxford: OUP, 2005, ISBN 978-0-19-920753-4.
- Zwart, T.: *The Admissibility of Human Rights Petitions, The Case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht: Martinus Nijhof Publishers, 1994, ISBN 978-0-7923-3146-9.

Documents:

- Charter of the Organization of American States, 119 UNTS 3, 1948, entry into force in 1951.

- Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, OAS Resolution No. 447, General Assembly of the OAS, October 1979.
- American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res. XXX, April 1948.
- American Convention on Human Rights, OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123, 1961, entry into force in 1978.
- Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, 28 October – 13 November 2009.
- Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, 16 – 28 November 2009.
- Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, OAS Treaty Series No. 68, 1994 (entry into force 1996).
- Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, OAS Treaty Series No. 69, 1988 (entry into force 1999).
- Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, 2009, available at <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm?&CFID=640736&CFTOKEN=42819215> (accessed on October 2010).
- Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, OAS Treaty Series No. 67, 1985 (entry into force 1987).
- Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, 33 ILM 1534, 1994 (entry into force 1995).
- *Barrios Altos v. Peru*, Judgement of 14 March 2001 (Merits), I/A Court H.R., Series C No. 75.
- *Barrios Altos v. Peru*, Judgement of 30 November 2001 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 87.

- Loayza-Tamayo v. Peru, Judgement of 17 September 1997 (Merits), I/A Court H.R., Series C No. 33.
- Loayza-Tamayo v. Peru, Judgement of 27 November 1998 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 42.
- Acosta-Calderon v. Ecuador, Judgment of 24 Jun 2005 (Merits, Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 129.
- El Amparo v. Venezuela, Judgment of 14 September 1996 (Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 28
- Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Judgment of 7 Jun 2003 (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), I/A Court H.R., Series C No. 99.

Contact – email
davala05@yahoo.com

EVROPSKÁ OBČANSKÁ INICIATIVA

RADEK FRÖHLICH

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Jednou z nejvýznamnějších inovací Lisabonské smlouvy je Evropská občanská iniciativa. Jedná se o nástroj, který rozvíjí institucionální systém Evropské unie o prvky participativní demokracie. Zda ovšem dojde k naplnění očekávání, jež jsou do něj vkládána, bude záviset na prováděcím nařízení, které má být v nejbližší době přijato. Tento příspěvek upozorňuje na problémy, s nimiž se připravované nařízení musí vyrovnat, a pokusí se zhodnotit navrhovaná řešení.

Key words in original language

Evropská občanská iniciativa; participativní demokracie; legislativní proces.

Abstract

The European Citizens' Initiative is one of the main innovations of the Treaty of Lisbon. This is an instrument which extends the European Union institutional system of the elements of participatory democracy. Whether it meets the expectations will depend on the implementing regulation, which is expected to be adopted shortly. This contribution highlights the difficulties that need to be settled in the proposed regulation and consecutively attempts to evaluate the suggested solutions.

Key words

European citizens' initiative; participatory democracy; legislative process.

1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

Evropská občanská iniciativa je velice zajímavý instrument zavedený do unijního práva Lisabonskou smlouvou. Lidové iniciativy nejsou na poli novodobých ústavních systémů¹ žádnou novinkou. Řada demokratických států je účelně využívá k posílení legitimacy svého institucionálního systému a k umožnění přímé účasti občanů na tvorbě politik.

Lidové iniciativy však doposud nacházely uplatnění pouze na vnitrostátní, regionální či místní úrovni. Přenesení tohoto instrumentu na nadnárodní úroveň se proto neobejde bez četných modifikací. Je třeba respektovat odlišnosti nadnárodního prostředí a vnímat specifika evropské veřejné sféry. Mezi nejvýznamnější specifika patří neexistence nadnárodních médií,

¹ KLOKOČKA, Vladimír. Ústavní systémy evropských států. 2. akt. a dop. vyd. Praha : Linde Praha, 2006. s. 268. ISBN 80-7201-606-7.

neexistence evropských politických stran a z toho pramenící roztržitost politické debaty do vnitrostátních arén, kde i celoevropská témata mnohdy ztrácejí svůj evropský rozměr.

Jak potvrzuje Evropská komise v bílé knize o evropské komunikační politice:

„Občané se o politice a o politických otázkách dozvídají převážně z vnitrostátních vzdělávacích systémů a z vnitrostátních, regionálních a místních sdělovacích prostředků. Posuzují prohlášení politických stran, která se zabývají vnitrostátními, regionálními a místními problémy, a diskutují o těchto problémech převážně ve vlastních komunitách. Zkrátka „veřejná sféra,“ v jejímž rámci probíhá politický život v Evropě, je převážně sféra vnitrostátní.“²

Cílem EU samozřejmě není nikterak omezovat vnitrostátní veřejnou sféru. Ta je a nadále zůstane tím nejdůležitějším kolbištěm. Unie se však pokouší rozvinout vnitrostátní veřejné sféry jednotlivých členských států o evropský rozměr tak, aby mohly efektivně ovlivňovat i evropskou politiku.

Právě k dosažení tohoto cíle může Evropská občanská iniciativa výrazně napomoci. Evropská komise ji označuje za jedinečnou příležitost jak přiblížit Unii občanům a posílit přeshraniční diskusi o otázkách politiky EU.³ Komise věří, že možnost vyzvat přímo ji k předložení návrhu legislativního aktu vyvolá větší zájem občanů o formování evropských politik a napomůže tak vybudování skutečného evropského veřejného prostoru.⁴

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA

Stěžejním ustanovením zakotvujícím Evropskou občanskou iniciativu do unijního práva je článek 11 odstavec 4 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy (dále jen SEU). Ten stanoví:

„Nejméně jeden milion občanů Unie pocházejících z podstatného počtu členských států se může ujmout iniciativy a vyzvat Evropskou komisi, aby

² Bílá kniha Komise o evropské komunikační politice ze dne 1.2.2006, KOM(2006) 35 v konečném znění. Dostupná z: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282006%290035_/com_com%282006%290035_cs.pdf>.

³ Důvodová zpráva k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě ze dne 31.3.2010, KOM(2010) 119 v konečném znění. Dostupná z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2010_119_cs.pdf>.

⁴ Zelená kniha Komise o občanské iniciativě ze dne 11. listopadu 2009, KOM(2009)622 v konečném znění. Dostupná z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf>.

v rámci svých pravomocí předložila vhodný návrh k otázkám, k nimž je podle mínění těchto občanů nezbytné přijetí právního aktu Unie pro účely provedení Smluv.“

Je zřejmé, že toto ustanovení obsahuje pouze základní rysy občanské iniciativy a není způsobilé přímého uplatnění. Konkrétní podmínky a postupy má upravit prováděcí nařízení Evropského parlamentu a Rady přijaté řádným legislativním postupem dle čl. 24 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen SFEU).

Již v květnu 2009 přijal Evropský parlament usnesení⁵, v němž vyzval Komisi, aby bezodkladně po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost předložila návrh zmíněného nařízení o občanské iniciativě. Evropský parlament ve svém usnesení poměrně přesně označil základní problémy a předložil Komisi návrh jejich řešení.

Komise na tento podnět reagovala 11.11.2009 vydáním zelené knihy o občanské iniciativě⁶ a zahájením veřejné konzultace na toto téma. Veřejná konzultace byla ukončena v lednu 2010 s tím, že všichni respondenti zelené knihy byli sezváni na veřejné slyšení, jež se uskutečnilo v Bruselu 22. února 2010.⁷

Na základě těchto konzultací přijala Evropská komise 31. března 2010 návrh nařízení o občanské iniciativě,⁸ který téhož dne předložila Evropskému parlamentu a Radě.

Rada pro obecné záležitosti se tímto návrhem zabývala na svém jednání 26.4. 2010 a následně 14.6. 2010, kdy na podnět španělského předsednictví schválila obecný přístup k návrhu nařízení o občanské iniciativě,⁹ jehož

⁵ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. května 2009 obsahující výzvu Komisi k předložení návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o uplatňování občanské iniciativy (2008/2169(INI)). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2009-0389&language=CS&ring=A6-2009-0043#def_1_1>.

⁶ Zelená kniha Komise o občanské iniciativě ze dne 11. listopadu 2009, KOM(2009)622 v konečném znění. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf>.

⁷ Záznam slyšení zúčastněných stran týkající se evropské občanské iniciativy – Brusel, 22. února 2010. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/stakeholder_hearing_cs.htm>.

⁸ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě ze dne 31.3. 2010, KOM(2010) 119 v konečném znění. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2010_119_cs.pdf>.

⁹ Obecný přístup Rady k nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, 10626/2/10 REV 2, revidované znění vydané 22.6.2010. Dostupné z: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/cs/10/st10/st10626-re02.cs10.pdf>>.

přílohou byl kompromisní návrh vzešlý z jednání Coreperu ze dne 9. června 2010. S tímto kompromisním návrhem vyslovila souhlas i Evropská komise, proto budu v další části příspěvku vycházet právě z tohoto znění (dále jen „návrh“).

Evropský parlament v současné době projednává návrh nařízení ve Výboru pro ústavní záležitosti, Výboru pro právní záležitosti, Výboru pro občanské svobody, spravedlnost a vnitřní věci, ve Výboru pro kulturu a vzdělávání a Petičním výboru. Plenární zasedání Evropského parlamentu o této záležitosti se má uskutečnit 15.12.2010.

3. KLÍČOVÉ BODY NAVRHOVANÉHO NAŘÍZENÍ

Výše zmíněný návrh konkretizuje podmínky vymezené v článku 11 odst. 4 SEU. Stanoví ovšem i podmínky další, Lisabonskou smlouvou výslovně nepředvídané. Proces předložení evropské občanské iniciativy tak lze dle navrhovaného nařízení rozdělit do následujících čtyř fází:

1. Registrace
2. Přezkum přípustnosti
3. Ověřování
4. Posouzení iniciativy Komisí

3.1 REGISTRACE

Aby iniciativa mohla být zaregistrována, musí organizátoři Komisi předložit informace o předmětu, cílech a finančních zdrojích navrhované občanské iniciativy a o podpoře, která jí byla poskytnuta.¹⁰ Komise na základě těchto údajů iniciativu zaregistruje a zveřejní na webových stránkách.

Článek 4 odst. 3 návrhu stanoví, že *nebudou zaregistrovány* občanské iniciativy, které lze **důvodně považovat za nevhodné**, jelikož jsou urážlivé nebo nejsou vážně míněné. Odstavec 4 téhož článku pak doplňuje, že Komise *zamítne registraci* navrhovaných občanských iniciativ, které **zjevně odporují hodnotám Unie** uvedeným v článku 2 SEU a které svým obsahem **zjevně spadají mimo oblast působnosti Smluv**.

Ani z důvodové zprávy však není patrné, zda termín *nebudou zaregistrovány* má v praxi znamenat něco jiného než *zamítne registraci*. Jelikož však normotvůrce rozdělil tyto důvody do jednotlivých odstavců a použil odlišné termíny, přiklonil bych se k názoru, že mají i odlišné významy.

¹⁰ Článek 4 odstavec 1 návrhu.

Lze předpokládat, že se Komise nehodlá iniciativami, které budou urážlivé či nebudou očividně vážně míněny, vůbec zabývat. Ačkoliv se může zdát žádoucí, aby případná neregistrace byla vždy odůvodněna, aby nemohlo docházet k jakési formě cenzury, nelze pominout, že žádost o registraci může podat v podstatě každý, a to dokonce i několikrát denně, aniž by disponoval jakýmkoli množstvím podpisů. Systém by tak mohl být poměrně brzy zahlcen a zřejmě by ztratil důvěru občanů.

Organizátoři neúspěšně navrhovaných iniciativ se samozřejmě mohou proti rozhodnutí¹¹ či nečinnosti¹² Komise bránit soudní cestou. Dá se tak očekávat, že Soudní dvůr EU tato nepřiliš jasná kritéria dotvoří svou judikaturou.

Registrace je považována za okamžik vzniku iniciativy a bod, od kterého je možné začít sbírat podpisy. Navrhované nařízení v této souvislosti hovoří o *sběru prohlášení o podpoře*, jenž lze vykonávat pouze na předepsaném formuláři.¹³ Ten vyžaduje, aby každá osoba uvedla své **jméno, příjmení, adresu, datum narození, místo narození, státní příslušnost a osobní identifikační číslo** (tedy buď číslo pasu, občanského průkazu či sociálního pojištění podle toho, co je to v daném státě obvyklé).

Povinnost uvádět tolik osobních údajů se ovšem nezdá být nezbytně nutná k dosažení účelu občanské iniciativy¹⁴ a zbytečně tak ztěžuje sběr podpisů. Poměrně limitující je z tohoto pohledu i **dvanáctiměsíční lhůta**, během níž je možné podpisy sbírat.¹⁵

3.2 PŘEZKUM PŘÍPUSTNOSTI

Druhou fází je přezkum přípustnosti. Dochází k němu poté, co organizátoři sesbírají **100 000 podpisů**¹⁶ od osob pocházejících **nejméně ze tří**

¹¹ Článek 263 SFEU.

¹² Článek 265 SFEU.

¹³ Příloha III návrhu.

¹⁴ Srovnej stanovisko evropského inspektora ochrany údajů k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, vydané 21. dubna 2010. Dostupné z: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Priorchecks/Opinions/2010/10-04-21_Citizens_initiative_EN.pdf>.

¹⁵ Pro srovnání ve Švýcarsku je lhůta 18 měsíců, viz Artikel 71 Absatz 1 des Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1).

¹⁶ Komise původně navrhovala 300 000 podpisů, Evropský hospodářský a sociální výbor ve svém stanovisku naopak navrhuje 50 000. Viz stanovisko EHSV k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, vydané 14.7.2010, KOM(2010) 119 v konečném znění, 2010/0074 (COD). Dostupné z: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=cs&docnr=993&year=2010>>.

členských států a požádají Komisi, aby rozhodla o přípustnosti navrhované občanské iniciativy.¹⁷

Komise o přípustnosti rozhodne do 2 měsíců. Tento přezkum by měl být oproštěn od jakýchkoli politických vlivů a měl by sledovat pouze následující právní kritéria:

- zda se iniciativa týká otázky, v níž lze přijmout právní akt Unie pro účely provedení Smluv, a
- zda spadá do rámce pravomocí Komise v oblasti předkládání návrhů.

Kritéria přípustnosti jsou odvozena z čl. 11 odst. 4 SEU a představují tak zároveň charakteristické znaky evropské občanské iniciativy. Může proto docházet k poměrně paradoxní situaci, kdy se občané až po nasbírání 100 000 podpisů dozvědí, že zaregistrovaná iniciativa není ve skutečnosti evropskou občanskou iniciativou. Tento stav není zcela jistě žádoucí. Docházelo by tak ke zbytečnému plýtvání jak finančními, tak lidskými zdroji a hrozila by frustrace občanů, kteří nepřipustné iniciativě vyjádřili svou podporu. Namísto kýženého cíle přiblížit evropské instituce občanům by tak zřejmě docházelo k pravému opaku.

Komise argumentuje tím, že vydání potvrzení o přípustnosti návrhu v dřívější fázi by mohlo být veřejností vnímáno tak, že Komise tento návrh podporuje, což by vyvolávalo určitý mobilizační efekt. Komise se proto domnívá, že je třeba, aby organizátoři nejdříve prokázali, že disponují reálnou podporou občanů a prosazovaný zájem má alespoň částečně obecný charakter. Jako další argument uvádí, že se tím zabrání zbytečné administrativní zátěži, neboť nebude nutné přezkoumávat iniciativy, které nemají dostatečnou veřejnou podporu.¹⁸

Přestože důvody Komise mají svou relevanci, nepokládám za vhodné činit z registrace a přezkumu přípustnosti dvě odlišné fáze. Naopak bych upřednostnil jejich sloučení. Obdobný postoj zaujali při jednání Rady 14.6.2010 ve svých odlišných prohlášeních zástupci České republiky, Francie, Itálie, Litvy a Spojeného království. Za kompromisní řešení bych

¹⁷ Článek 8 návrhu.

¹⁸ Viz např. reakce Komise na připomínky českého Senátu, vydaná 22.7.2010. Dostupné z: http://www.ipex.eu/ipex/webdav/site/myjahiasite/groups/CentralSupport/public/EC%20Comments/2010/COM_2010_0119/Reply%20to%20Czech%20Senate%20COM20100119_CS.pdf.

považoval stanovení přezkumu přípustnosti po dosažení hranice 10 000 podpisů.¹⁹

3.3 OVĚŘOVÁNÍ

Třetí fázi představuje ověřování. Byla-li iniciativa řádně zaregistrována a následně shledána přípustnou, je třeba ověřit, zda opravdu získala milion podpisů pocházejících z podstatného počtu členských států.

3.3.1 MILION OBČANŮ UNIE

Podmínka jednoho milionu občanů Unie je poměrně konkrétní a na první pohled se nezdá, že by měla vyvolávat větší potíže. I zde se však při implementaci vyskytla drobná úskalí. Problematické bylo především stanovení věkové hranice,²⁰ od níž je občan Unie oprávněn podílet se na iniciativě. Je třeba si uvědomit, že evropská občanská iniciativa nepředstavuje volby ani referendum. Občané zde přímo o ničem nerozhodují. Pouze nastolují agendu, o které se domnívají, že by měla být předmětem rozhodnutí evropských institucí. Veškerá politická odpovědnost za přijatá rozhodnutí zůstává na orgánech EU.

Smysl evropské občanské iniciativy tedy spočívá především v mobilizaci evropské veřejné sféry, zapojování občanů do debaty o evropských otázkách a přiblížení evropských institucí blíže občanům. Proto se mnozí respondenti zelené knihy vyslovovali pro stanovení hranice 16 let, jako je tomu např. v Rakousku nebo v některých spolkových zemích Německa. Tento návrh však Komise odmítla s odůvodněním, že by odchylky od seznamu voličů vyvolávaly neúměrnou administrativní zátěž.

Problematické by ovšem bylo i pevně stanovit hranici na 18 let. Ta by sice odpovídala volebnímu věku ve většině členských států, ne však v Rakousku, kde je možno volit již od 16 let. Komise proto vymezila věkovou hranici jako **věk, od něhož mají občané právo volit ve volbách do Evropského parlamentu.**²¹ Není tak činěno rozdílu mezi minimálním věkem k podání iniciativy a věkem umožňujícím volit do Evropského parlamentu, ovšem za

¹⁹ Obdobný postoj viz KAMMEL, A.; MÖLLER, A. Mehr Demokratie wagen : Der Entwurf zur Europäischen Bürgerinitiative muss überarbeitet werden. In AIES Fokus [online]. Austria Institut für Europa- und Sicherheitspolitik, 2010 [cit. 2010-11-10]. Dostupný z : <<http://www.aies.at/download/2010/AIES-Fokus-2010-05.pdf>>.

²⁰ Srovnej petiční právo, které není věkově omezeno. Čl. 227 SFEU.

²¹ Článek 3 odstavec 2 návrhu.

cenu toho, že bude platit jiná věková hranice v šestadvaceti členských státech a jiná v Rakousku.²²

3.3.2 PODSTATNÝ POČET ČLENSKÝCH STÁTŮ

Podmínka podstatného počtu členských států se při konzultacích a následné tvorbě návrhu ukázala jako jedna z nejproblematičtějších. Jednotlivé zainteresované subjekty zaujímaly často naprosto odlišná stanoviska, mezi nimiž bylo obtížné hledat kompromis.²³ Předložený návrh počítá s **třetinou členských států** (což v současné době představuje 9 států).

Řada nevládních subjektů naopak požaduje hranici v rozmezí 4 až 7 států. Při své argumentaci upozorňují především na to, že evropská občanská iniciativa není rozhodovacím instrumentem, ale představuje spíše nový komunikační kanál mezi občany a institucemi EU. Smysl iniciativy tak spatřují v možnosti občanů upozornit na problémy a navrhnout vhodná řešení. Dlouhodobým cílem Unie by mělo být takovou komunikaci podporovat a nikoliv omezovat. Je tedy třeba hledat takový počet, který je dostačující k artikulaci transnacionálních zájmů a který zároveň nepřestavuje překážku pro občany. Zajímavá je zde analogie s čl. 76 SFEU,²⁴ který umožňuje přijmout z podnětu čtvrtiny členských států akty týkající se policejní spolupráce či justiční spolupráce v trestních věcech.

Vzhledem k tomu, že Evropský parlament již ve svém stanovisku z května 2009 požadoval hranici ve výši čtvrtiny členských států, považují za pravděpodobné, že během legislativního procesu ještě dojde k posunu tímto směrem.

²² GUCKELBERGER, A. Die Europäische Bürgerinitiative. Die Öffentliche Verwaltung : Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik DÖV. September 2010, Jahrgang 63, Heft 18, s. 749.

²³ Jako příklad může sloužit rámcová pozice vlády České republiky k zelené knize o Evropské občanské iniciativě, vydaná 18.1.2010. Česká republika zde zastává stanovisko, že Komisi navrhovaná hranice 1/3 členských států je nejnižší možná alternativa, kterou lze akceptovat. Vychází z jazykového výkladu, kdy za horní hranici podstatného počtu považuje všechny členské státy mínus jeden (tedy v současné době 26) a za spodní hranici právě 1/3 členských států. Dodává však, že takto nízký počet zřejmě nebude způsobit zabránit prosazování lokálních a regionálních zájmů, což ČR považuje za hlavní smysl této podmínky. Dostupné z: <http://www.vlada.cz/assets/evropske-zalezitosti/aktualne/government_czech_republic_cs.pdf>

²⁴ V usnesení ze 7.5.2009 ji použil Evropský parlament. Komise však v zelené knize tento přírůstek odmítla, s poukazem, že čl. 76 SFEU je úzce zaměřen na konkrétní oblast a jeho logika je jiná, než je tomu u občanské iniciativy. Komise sama pak nabídla analogii s ustanoveními o posílené spolupráci (čl. 20 SEU, čl. 326-334 SFEU), v nichž je vyžadována účast 9 členských států (tedy v současnosti 1/3). Při své argumentaci však pozapomněla vysvětlit, v čem spatřuje onu souvislost s občanskou iniciativou.

S podmínkou podstatného počtu členských států ovšem souvisí i **minimální počet občanů**, kteří musí iniciativu podporovat, aby mohl být členský stát zohledněn. Ačkoliv čl. 11 odst. 4 SEU žádnou takovou podmínku nezmiňuje, nutnost zakotvení minimálního počtu podpisů na členský stát nikdo nezpochybňoval.²⁵ Stanovení konkrétní výše již však rozpory vyvolávalo.

Jeden z prvních a dle mého názoru velmi rozumných návrhů předložil již v květnu 2009 Evropský parlament. Ten z ustanovení 11 odst. 4 SEU vyvozuje, že smlouva sama považuje 1/500 (tedy 0,2 % občanů Unie) za dostatečně reprezentativní počet k předložení iniciativy, a považuje proto za vhodné stanovit hranici 0,2 % i pro obyvatele jednotlivých členských států.

Během veřejné konzultace však převážil názor, že takto stanovený počet znevýhodňuje velké členské státy, neboť je mnohem snazší získat 0,2 % podpisů na Maltě či v Lucembursku (kde stačí přesvědčit pouze 840 respektive 1000 občanů těchto států) než získat 0,2 % v Německu (tedy zhruba 163 500 podpisů). Komise proto pod vlivem těchto argumentů přistoupila na princip regresivní proporcionality, obdobně jako je tomu v článku 14 odst. 2 SEU, jenž upravuje složení Evropského parlamentu. Klíčem pro výpočet minimálního počtu podpisů na členský stát byl zvolen právě počet europoslanců, kteří daný stát zastupují, vynásobený koeficientem 750. Na základě tohoto výpočtu je tak třeba v Německu sesbírat 72 000 podpisů, v ČR 16 500 a na Maltě či v Lucembursku pak shodně po 4 500 podpisech.²⁶

Kritici tohoto principu si stěžují na to, že jsou příliš zvýhodňovány velké státy. Hranice 72 000 podpisů totiž představuje méně než 0,09 % obyvatelstva SRN. Je však otázkou, zda lze opravdu hovořit o výhodě ve prospěch větších států. Ačkoliv se totiž pro vysloví méně než jedna tisícina německých občanů, bude v médiích prezentováno, že občané SRN vyslovili s iniciativou souhlas. To je jeden z důvodů, proč se k tomuto návrhu vyjádřil kriticky i zástupce německé vlády na jednání Rady dne 26.4.2010.²⁷

Na obhajobu tohoto modelu však lze říci, že nutnost získat podporu milionu občanů Unie není tímto pravidlem nijak dotčena. To znamená, že obě

²⁵ Srovnej rámcovou pozici vlády České republiky k zelené knize o Evropské občanské iniciativě: „Podmínka „podstatného počtu“ členských států by zcela ztratila smysl, pokud by stačilo, aby v jednom státě měla iniciativa masivní podporu a v ostatních by postačoval podpis vždy pouze jediného občana...“ Dostupné z: <http://www.vlada.cz/assets/evropske-zalezitosti/aktualne/government_czech_republic_cs.pdf>.

²⁶ Příloha I návrhu

²⁷ Záznam z jednání Rady pro obecné záležitosti dne 26.4.2010 Dostupné z: <<http://video.consilium.europa.eu/index.php?sessionno=2870&lang=EN&searchdate=&searchtopic=&searchtitle=Initiative&searchcat=34>>.

podmínky musí být splněny kumulativně. Není-li dosaženo minimálního počtu podpisů na daný stát, podpisy jsou sice zahrnuty do celkového počtu, ale nemohou být zohledněny při kontrole podmínky, zda iniciativa má podporu v podstatném počtu členských států.

Ověřování toho, kolik občanů daného státu vyjádřilo iniciativě podporu, vykonávají orgány členských států a ve lhůtě 3 měsíců o tom vydají organizátorům potvrzení. Dle článku 9 odst. 2 návrhu mají být kontroly prováděny v souladu s vnitrostátními předpisy a zvyklostmi, z čehož lze dovodit, že jsou dovoleny i jen namátkové kontroly.²⁸

3.4 POSOUZENÍ INICIATIVY KOMISÍ

Závěrečnou fází je posouzení iniciativy Komisí. Pokud organizátoři splnili všechny předchozí podmínky a získali potřebná potvrzení, mohou předložit iniciativu Komisi. Současně musí doložit veškeré informace o financování a podpoře, kterou obdrželi ve prospěch občanské iniciativy. Komise pak iniciativu neprodleně zveřejní na svých webových stránkách a ve lhůtě 4 měsíců vydá **sdělení o závěrech** týkajících se iniciativy, **opatřeních, které případně hodlá podniknout**, a jejich **odůvodnění**.

Z právního hlediska se tak jedná v podstatě o bezzubý nástroj.²⁹ Organizátorům z předložení iniciativy nevyplývají prakticky žádná práva a o předložení návrhu legislativního aktu nadále rozhoduje pouze Komise. Je samozřejmě logické, že organizátoři nemohou mít právní nárok na vyhovění jejich iniciativě. To by odporovalo jedné ze základních zásad demokracie – rozhodování na principu většiny.³⁰ Ovšem fakt, že i po splnění všech podmínek bude osud iniciativy záviset pouze na Komisi, činí tento nástroj nepřilíš atraktivní.³¹

Demokracie je založena na demokratických postupech a politické debatě, v níž se mohou střetávat jednotlivé argumenty. Má-li tento nástroj rozvíjet politický dialog mezi občany a institucemi EU, je třeba zakotvit

²⁸ Tak je tomu např. v Portugalsku či Maďarsku.

²⁹ Srovnej rozhodnutí BVerfG, 2 BvE 2/08 ze dne 30.6.2009, odst. 290, dostupné z: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>.

³⁰ PICHLER, Johannes W. *Verändern wir Europa! : die Europäische Initiative - Art 11(4) EUV (n.F.) / Vertrag von Lissabon. 2. Ausg.* Wien : Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2008. s. 33. ISBN 9783708305073.

³¹ Obdobný postoj viz KAMMEL, A.; MÖLLER, A. *Mehr Demokratie wagen : Der Entwurf zur Europäischen Bürgerinitiative muss überarbeitet werden.* In AIES Fokus [online]. Austria Institut für Europa- und Sicherheitspolitik, 2010 [cit. 2010-11-10]. Dostupný z: <<http://www.aies.at/download/2010/AIES-Fokus-2010-05.pdf>>.

alespoň právo organizátorů na veřejné slyšení³² uspořádané Komisí či Evropským parlamentem, kde budou mít organizátoři možnost veřejně obhájit své argumenty. Komise pak bude muset své rozhodnutí před veřejností mnohem důkladněji odůvodnit a ponese za ně větší politickou odpovědnost.

4. ZÁVĚREČNÉ ZHODNOCENÍ

Určitá míra obezřetnosti je při úpravě tohoto institutu pochopitelná, neboť uplatnění občanské iniciativy na nadnárodní úrovni lze do jisté míry považovat za experiment, který nemá obdoby. Množství podmínek a omezení však vytváří neprostopnou clonu, za níž lze jen stěží rozpoznat původní snahu o posílení přeshraniční diskuse o evropských otázkách.

Navrhované nařízení prakticky znemožňuje obyčejným občanům iniciovat užití tohoto instrumentu a činí evropskou občanskou iniciativu využitelnou pouze pro velké nevládní organizace či silné lobbistické skupiny. Do politické debaty tak nebudou pronikat nové nápady a argumenty, neboť bude upozorňováno na zájmy, kterým se běžnou cestou nepodařilo v Bruselu uspět a které budou hledat prostředky ke zvýšení svého politického tlaku.

Nedojde-li tedy v rámci legislativního procesu ke změně zmíněného nařízení, nebude Evropská občanská iniciativa tvořit komunikační kanál mezi občany a institucemi Unie, ale půjde spíše o novou formu lobbingu.

Literature:

- GUCKELBERGER, A. Die Europäische Bürgerinitiative. Die Öffentliche Verwaltung : Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik DÖV. September 2010, Jahrgang 63, Heft 18, s. 745-754.
- KAMMEL, A.; MÖLLER, A. Mehr Demokratie wagen : Der Entwurf zur Europäischen Bürgerinitiative muss überarbeitet werden. In AIES Fokus [online]. Austria Institut für Europa- und Sicherheitspolitik, 2010 [cit. 2010-11-10]. Dostupné z: <<http://www.aies.at/download/2010/AIES-Fokus-2010-05.pdf>>.

³² Obdobně se ve svém stanovisku vyjádřil i Evropský hospodářský a sociální výbor: „Iniciativa občanů EU je rovněž komunikačním prostředkem, který má podporovat dialog mezi občany a Evropskou komisí, po předložení úspěšné občanské iniciativy proto musí být uspořádána veřejná konzultace.“ Viz stanovisko EHSV k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, vydané 8.7.2010, KOM(2010) 119 v konečném znění, 2010/0074 (COD). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/ces910-2010_fin_/ces910-2010_fin_cs.pdf>.

- KLOKOČKA, V. Ústavní systémy evropských států. 2. akt. a dop. vyd. Praha : Linde Praha, 2006. 423 s. ISBN 80-7201-606-7.
- PICHLER, Johannes W. Verändern wir Europa! : die Europäische Initiative - Art 11(4) EUV (n.F.) / Vertrag von Lissabon. 2. Ausg. Wien : Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2008. 512 s. ISBN 9783708305073.

Oficiální dokumenty Evropské unie

- Bílá kniha Komise o evropské komunikační politice ze dne 1.2.2006, KOM(2006) 35 v konečném znění. Dostupná z: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282006%290035_/com_com%282006%290035_cs.pdf>.
- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě ze dne 31.3.2010, KOM(2010) 119 v konečném znění. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2010_119_cs.pdf>.
- Obecný přístup Rady k nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, 10626/2/10 REV 2, revidované znění vydané 22.6.2010. Dostupné z: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/cs/10/st10/st10626-re02.cs10.pdf>>.
- Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, vydané 14.7.2010, KOM(2010) 119 v konečném znění – 2010/0074 (COD). Dostupné z: <<http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=cs&docnr=993&year=2010>>.
- Stanovisko evropského inspektora ochrany údajů k návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě, vydané 21.4.2010. Dostupné z: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Priorchecks/Opinions/2010/10-04-21_Citizens_initiative_EN.pdf>.

- Usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. května 2009 obsahující výzvu Komisi k předložení návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o uplatňování občanské iniciativy (2008/2169(INI)). Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2009-0389&language=CS&ring=A6-2009-0043#def_1_1>.
- Zelená kniha Komise o občanské iniciativě ze dne 11. listopadu 2009, KOM(2009)622 v konečném znění. Dostupná z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf>.

Další zdroje

- Rámcová pozice vlády České republiky k zelené knize o Evropské občanské iniciativě, vydaná 18.1.2010. Dostupná z: <http://www.vlada.cz/assets/evropske-zalezitosti/aktualne/goverment_czech_republic_cs.pdf>
- Reakce Evropské komise na připomínky českého Senátu, vydaná 22.7.2010. Dostupná z: <http://www.ipex.eu/ipex/webdav/site/myjahia/site/groups/CentralSupport/public/EC%20Comments/2010/COM_2010_0119/Reply%20to%20Czech%20Senate%20COM20100119_CS.pdf>.
- Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfG, 2 BvE 2/08 ze dne 30.6.2009. Dostupné z: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>.
- Záznam slyšení zúčastněných stran týkající se evropské občanské iniciativy – Brusel, 22. února 2010. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/stakeholder_hearing_cs.htm>.
- Záznam z jednání Rady pro obecné záležitosti dne 26.4.2010 Dostupné z: <<http://video.consilium.europa.eu/index.php?sessionno=2870&lang=EN&searchdate=--&searchtopic=&searchtitle=Initiative&searchcat=34>>.

Pozn.: Platnost všech elektronických zdrojů ověřena k 10.11.2010.

Contact – email

radek.frohlich@gmail.com

GENOCIDA VE RWANDĚ: GACACA SYSTÉM JAKO PŘÍKLAD STÍHÁNÍ ZLOČINŮ PODLE MEZINÁRODNÍHO PRÁVA NA MÍSTNÍ ÚROVNI

LINDA JANKŮ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

V rámci reakce na genocidu ve Rwandě se vzájemně doplňovalo několik rovin realizace spravedlnosti: rovina mezinárodní, národní a místní. Příspěvek je věnován stíhání zločinů podle mezinárodního práva spáchaných během genocidy ve Rwandě na úrovni místní, které bylo realizováno prostřednictvím *gacaca* systému. *Gacaca* systém představuje specifický model realizace spravedlnosti a řešení problému stíhání velkého počtu pachatelů genocidy v polarizované post-konfliktní společnosti; zhodnocení jeho působení tak může přispět k rozvoji poznatků v oblasti mezinárodního trestního práva a tzv. *transitional justice*.

Key words in original language

Stíhání zločinů podle mezinárodního práva; genocida ve Rwandě; *gacaca* systém.

Abstract

Various legal responses have been adopted in response to the genocide in Rwanda which included prosecution of its perpetrators at the international, national and local level. This conference paper deals with the prosecution of crimes under international law committed during the Rwandan genocide at the local level, before the *gacaca* courts. The *inkiko* *gacaca* system represents a specific model of seeking justice in the aftermath of mass atrocity by prosecuting genocide perpetrators at the local level. Assessment of its activity represents an interesting case study within the field of international criminal law and transitional justice.

Key words

Prosecution of crimes under international law; Rwandan genocide; *Inkiko* *gacaca* system.

1. ÚVOD

V roce 1994 došlo ve Rwandě ke genocidě, při níž přišlo během tří měsíců o život přes 800 tisíc lidí¹. Situace přitom byla extrémní nejen rozsahem

¹Ke genocidě v roce 1994 došlo v kontextu dlouhodobého etnického napětí mezi etniky Hutuů a Tutsiů. Záminkou a spouštěcím okamžikem pro rozpoutání genocidy se stalo dne 6. dubna 1994 sestřelení letadla, na jehož palubě zahynuli prezidenti Rwandy a Burundi. Po této události se v celé zemi rozpoutala vlna násilí, při níž byli systematicky vyvražďováni

spáchaných zločinů, ale rovněž masovou mírou participace běžných obyvatel země na jejich spáchání.

Po ukončení genocidy nová rwandská vláda ještě v tomtéž roce oznámila, že má v úmyslu stíhat všechny osoby, které se na spáchání genocidy podílely, a to bez ohledu na míru závažnosti jejich provinění. Stíhání osob obviněných z účasti na genocidě probíhalo jak na mezinárodní úrovni před Mezinárodním trestním tribunálem pro Rwandu (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR), tak na národní úrovni před vnitrostátními soudy ve Rwandě. S postupným odhalováním rozsahu účasti obyvatel země na spáchání genocidy se nicméně začalo brzy ukazovat, že limitované kapacitní možnosti stíhání před mezinárodním tribunálem a vnitrostátními soudy neumožní splnit cíl, aby všechny osoby, které se podílely na spáchání genocidy, stanuly před spravedlností.

Rwandská vláda proto po několika letech přistoupila k alternativnímu řešení problému stíhání pachatelů genocidy, které mělo zároveň přispět k reconciliaci polarizované rwandské společnosti a k odhalení pravdivého průběhu událostí, k nimž v zemi během genocidy došlo. Tímto řešením bylo vytvoření tzv. *gacaca* systému, který vznikl modifikací tradičního mechanismu pro řešení sporů na místní úrovni, který ve Rwandě existoval. Jedná se o zcela specifický model realizace spravedlnosti a zároveň dosažení cíle národního usmíření v postkonfliktní společnosti, přičemž poprvé v historii byla zodpovědnost za stíhání a souzení pachatelů závažných trestných činů podle mezinárodního práva svěřena *de facto* celé (dospělé) populaci dané země.

Cílem příspěvku je přiblížit okolnosti vytvoření *gacaca* systému ve Rwandě, popsat jeho fungování a právní úpravu, a v neposlední řadě pak rovněž zhodnotit průběh realizace *gacaca* procesu, včetně nastínění pozitivních i negativních aspektů, které jej provázely. Závěrem je provedeno krátké posouzení otázky, zda je možné působení *gacaca* systému ve Rwandě hodnotit jako úspěšné ve vztahu k cílům, jejichž splnění bylo v souvislosti s jeho využitím očekáváno.

příslušníci etnika Tutsiů a rovněž někteří politicky umírnění Hutuové. Genocida byla ukončena začátkem července 1994, kdy postupující ozbrojené složky Rwandan Patriotic Front (hnutí tutsijských uprchlíků vytvořeného v exilu) obsadily zemi a svrhly dosavadní vládu. Během tří měsíců trvání genocidy zahynulo přes 800 000 lidí, převážně Tutsiů (podle odhadů bylo vyvražďeno přes 500 000 Tutsiů, tedy přibližně 75% příslušníků etnika, kteří ve Rwandě před genocidou žili) a umírněných Hutuů. Blíže viz Human Rights Watch: *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*. 1999. (<http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/>). Více k historii Rwandy viz např. Prunier, G.: *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*. 2. vydání. C. Hurst & Co. Publishers, 1998.

2. GACACA SYSTÉM V KONTEXTU TZV. *TRANSITIONAL JUSTICE*

Všechny země, které se vyrovnávají s totalitní minulostí či ozbrojeným konfliktem, jejichž následkem došlo k masovým porušením mezinárodního práva lidských práv či humanitárního práva, stojí před závažnou otázkou, jak se vyrovnat s touto traumatickou zkušeností a v jakém rozsahu (případně jakou formou) stíhat ty, kteří jsou zodpovědní za spáchané zločiny. Je přitom vždy nutno zohlednit specifika konkrétních případů². Stejně situaci čelila také Rwanda po ukončení genocidy a ustavení nové vlády v roce 1994.

Řešení těchto situací dalo vzniknout oblasti vědeckého výzkumu, která se nazývá *transitional justice*³. Pojem *transitional justice* je v češtině možno nejlépe vyjádřit jako spravedlnost realizovaná v podmínkách určitého přechodu či změny ve vývoji dané společnosti (ať už se týká změny nedemokratického režimu nebo ukončení ozbrojeného konfliktu), přičemž toto předchozí období bylo poznamenáno závažným a rozsáhlým porušováním mezinárodního práva lidských práv či humanitárního práva⁴.

Rozvoj této oblasti výzkumu má právní základ především v oblasti mezinárodního humanitárního práva a v rozvoji univerzální koncepce lidských práv po druhé světové válce. Tzv. *transitional justice* představuje specifickou realizaci spravedlnosti, která je často chápána jako součást širšího procesu politické a společenské transformace země a zpravidla

² Podle J. Sarkina patří mezi hlavní okolnosti, které je nutno zohlednit při rozhodování, zda stíhat pachatele masových porušení lidských práv či nikoli, především tyto faktory: povaha probíhající přeměny vlády, zda je minulý režim schopen provést převrat, dále druh a rozsah spáchaných zločinů, schopnost soudního systému zaručit stíhaným osobám spravedlivý proces, náklady na stíhání pachatelů ve srovnání s jinými nutnými výdaji státu, vliv, jaký může stíhání pachatelů mít na proces rekonciliace či způsob, jakým vnímá veřejné mínění účel soudního stíhání pachatelů. Viz Sarkin, J.: *The Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide*. Journal of African Law, Vol. 45, No. 2, 2001, s. 148.

³ Tímto pojmem je označována „oblast činnosti a výzkumu zaměřená na to, jakým způsobem se společnosti vypořádávají s minulostí porušení lidských práv, masově páchaných zvrstev nebo s jinými formami závažných sociálních traumat, včetně genocidy nebo civilní války, za účelem vybudování demokratičtější, spravedlivější či mírové budoucnosti.“ Viz *Transitional justice*. The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity, vol. 3, 2004, s. 1045. (<http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatIsTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>).

⁴ S ohledem na komplikovanost adekvátního vyjádření tohoto pojmu v českém jazyce autorka příspěvku preferuje použití anglického označení *transitional justice*. Nejčastěji bývá pojem *transitional justice* do češtiny překládán jako „přechodná“ spravedlnost, avšak toto označení je poněkud zavádějící.

zahrnuje kombinaci vzájemně se doplňujících soudních i mimosoudních opatření⁵.

Koncepce tzv. *transitional justice* se začala rozvíjet v Evropě v období po druhé světové válce v souvislosti s Norimberským a Tokijským tribunálem a denacifikačními programy v Německu. Ucelenější podoby pak získala v poslední čtvrtině 20. století, kdy se impulsem staly soudní procesy se členy vojenské junty v Řecku (1975) a Argentině (1983), kteří byli zodpovědní za zločiny minulého režimu. Koncepce byla dále rozvinuta zřizováním komisí pravdy a usmíření⁶, které mají svůj původ v Latinské Americe 80. let, a rozvojem mezinárodního trestního práva, ke kterému dochází od 90. let.

Trestní stíhání za spáchání zločinů podle mezinárodního práva na mezinárodní úrovni, které bylo v první polovině 90. let představováno zřízením mezinárodních trestních tribunálů pro bývalou Jugoslávii (ICTY) a pro Rwandu (ICTR), bylo kladně hodnoceno především pro ukončení beztrestnosti vysoce postavených představitelů za zločiny spáchané vůči obyvatelstvu, stejně jako pro rozvoj mezinárodního trestního práva. Ukázala se však také negativa mezinárodního stíhání těchto pachatelů, mezi něž patří finanční náročnost fungování trestních tribunálů či jejich vzdálenost (skutečná i psychologická) od země, v níž ke spáchání stíhaných zločinů došlo, z čehož vyplývá jejich neschopnost svým působením výrazněji přispět k rekongraci v dané společnosti.⁷

⁵ Odlišnost mezi těmito dvěma typy opatření je - kromě odlišných forem realizace - především v tom, že zatímco soudní opatření (ať už na úrovni národních soudů či mezinárodních tribunálů) kladou důraz především na retributivní aspekt spravedlnosti, mimosoudní opatření akcentují restorativní aspekty spravedlnosti, odhalení pravdy o proběhlých událostech a proces národního usmíření. Mezi mimosoudní opatření lze zařadit například zřízení komise pravdy a usmíření či poskytnutí reparací obětem spáchaných zločinů.

⁶ Při zřizování komisí pravdy a usmíření byla akcentována především nutnost odhalit pravdu o skutečnostech, k nimž došlo, neboť tento krok je považován za klíčovou podmínkou pro vyrovnání se s minulostí a schopnost koexistence dříve zneprátených skupin v rámci dané společnosti. V mnoha zemích tak byla pozornost soustředěna na snahu vytvořit pravdivý obraz o proběhlých událostech a bylo upuštěno od trestního stíhání osob zodpovědných za spáchané zločiny. Nejznámějším příkladem tohoto přístupu se zřejmě stala Jihoafrická komise pravdy a usmíření. Blíže k problematice působení komisí pravdy a usmíření viz např. Hayner, P.B.: *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*. Routledge, 2001. Dále viz Rotberg, R.I., Thompson, D. (eds.): *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, 2000.

⁷ Viz *Transitional justice*, c.d. Blíže viz Roth-Arriaza, N.: *The new landscape of transitional justice*. In Roth-Arriaza, N., Mariezcurrena, J. (eds.): *Transitional justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University Press, 2006, s. 4-6.

Během 90. let se pak jako vhodná strategie v rámci tzv. *transitional justice* začala prosazovat kombinace vzájemně se doplňujících soudních a mimosoudních opatření, která je ve svém souhrnu schopna lépe podpořit proces národního usmíření a reagovat na komplexní problémy, jimž čelí země se zkušeností autoritativního režimu či ozbrojeného konfliktu. Oba významné trendy, tj. zřizování komisí pravdy a usmíření a realizace trestního stíhání osob zodpovědných za spáchaná zvěrstva, se tak spojily a jejich cíle začaly být chápány jako komplementární⁸. Rovněž začala být akcentována nutnost realizace soudních opatření v co možná nejvyšší míře v režii jednotlivých zemí, v nichž k závažným porušením práv došlo (tzv. *local ownership*)⁹.

A. Tiemessen¹⁰ v této souvislosti vymezuje tři generace tzv. *transitional justice*: první generace je charakterizována rozmachem zřizování komisí pravdy a usmíření (od 80. let), druhá generace pak především *ad hoc* tribunály pro bývalou Jugoslávii a Rwandu (první polovina 90. let) a třetí generace se vyznačuje použitím tzv. smíšených strategií (od poloviny 90. let). Tyto smíšené (hybridní) strategie reflektují oba výše zmíněné aspekty, k jejichž zdůraznění od 90. let dochází; vyznačují se tedy jednak tendencí k propojování realizace soudních a mimosoudních opatření, a dále také uplatněním konceptu *local ownership*, který je realizován mj. vznikem nového druhu trestních tribunálů, tzv. smíšených trestních tribunálů¹¹.

⁸ Viz Roth-Arriaza, c.d., s. 8.

⁹ Důkazem této tendence může být například také skutečnost, že jurisdikce Mezinárodního trestního soudu je stanovena jako komplementární (doplňková) ve vztahu k jurisdikcím národním, zatímco jurisdikce ICTY i ICTR byly ve vztahu k národním jurisdikcím vymezeny jako konkurenční s tím, že byly národním jurisdikcím nadřazeny.

¹⁰ Tiemessen, A.: *Transitional justice: Lessons from Rwanda*. Paper presented at the International Studies Association Annual Convention, 28.2.2007, Chicago, USA, s. 2-5. (http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/7/9/2/3/p179237_index.html)

¹¹ Smíšené trestní tribunály často vznikají *ad hoc* v reakci na konkrétní případy masových porušení mezinárodního práva, avšak vyznačují se bližší svázaností s místními poměry a právními tradicemi dané země, což lze pozorovat jak po stránce organizačního zajištění, tak po stránce jurisdikce těchto institucí. Mezi první smíšené trestní tribunály patří tribunály v Kosovu (1999), Východním Timoru (2000), Sierra Leone (2002) a Kambodži (2003). Chceme-li tedy výše uvedené členění tzv. *transitional justice* modifikovat pro oblast mezinárodního trestního práva, pak smíšené trestní tribunály představují třetí generaci, přičemž první generace je představována procesy před Norimberským a Tokijským tribunálem a druhá generace mezinárodními *ad hoc* tribunály pro bývalou Jugoslávii a Rwandu. Viz např. Horsington, H.: *The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal*. In Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, No. 1, 2004.

Jak však upozorňuje N. Roth-Arriaza¹², v současné době se již při vymezení přijatých opatření nelze omezit pouze na rozlišení národní a mezinárodní dimenze (případně na rozlišení komise pravdy a usmíření vs. trestní stíhání). Opatření uplatňovaná v rámci tzv. *transitional justice* jsou nyní mnohdy realizována na lokální úrovni v rámci nejnižších administrativních jednotek dané země (tedy vesnic a místních komunit), přičemž použité postupy jsou ovlivněny místním zvykovým právem a tradicemi. Jsou přitom kombinovány prvky odhalení pravdy, amnestie, realizace spravedlnosti (trestního stíhání) či poskytnutí reparací a omluvy za spáchané zločiny, které působí komplementárně v rámci několika oddělených či jednoho smíšeného mechanismu.

Reakce na genocidu ve Rwandě je do jisté míry ztělesněním výše popsaného vývoje a rovněž příkladem použití smíšené strategie. V jejím rámci došlo k uplatnění jak mezinárodní, tak národní a lokální úrovně stíhání osob zodpovědných za spáchané zločiny, přičemž spolu s trestním stíháním také došlo (především na národní úrovni¹³) ke snaze o rekonciliaci a odhalení pravdy o událostech, k nimž během genocidy došlo. *Gacaca* systém, který měl zásadní měrou přispět ke splnění těchto cílů, představuje lokální úroveň realizace opatření v rámci tzv. *transitional justice*, a je v tomto kontextu velmi zajímavou případovou studií.

3. STÍHÁNÍ OSOB OBVINĚNÝCH ZE SPÁCHÁNÍ GENOCIDY VE RWANDĚ

Vláda národní jednoty, kterou po převzetí moci vytvořila Rwandan Patriotic Front (hnutí tutsijských uprchlíků vytvořené v exilu), čelila nelehkému úkolu obnovit v zemi fungování zničené infrastruktury a rozvrácené ekonomiky. Především však bylo nutno zajistit, aby se Rwanda vyrovnala s následky genocidy, a to jak ve smyslu ohromné lidské ztráty a vlny migrací, kterou byla vlivem konfliktu zasažena, tak ve smyslu reakce na zločiny, které byly spáchány. Jak již bylo uvedeno výše, nová vláda po převzetí moci v roce 1994 oznámila, že má v úmyslu stíhat všechny osoby, které se podílely na spáchání genocidy, a požádala rovněž mezinárodní společenství, aby ustavilo mezinárodní tribunál pro stíhání osob, které jsou za spáchané zločiny nejvíce zodpovědné.

¹² Viz Roth-Arriaza, c.d., s. 11.

¹³ Přestože v preambuli rezoluce Rady bezpečnosti OSN č. 955 z roku 1994, již byl zřízen ICTR, je uvedeno také očekávání, že působení tribunálu přispěje k procesu národního usmíření ve Rwandě, praktické dopady fungování tribunálu toto očekávání příliš nenaplnily.

3.1 MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ TRIBUNÁL PRO RWANDU

Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu (ICTR) byl zřízen na základě rezoluce Rady bezpečnosti OSN č. 995 ze dne 8. listopadu 1994. Do jeho působnosti spadalo stíhání osob zodpovědných za závažná porušení mezinárodního humanitárního práva, k jejichž spáchání došlo na území Rwandy, a stíhání rwandských občanů zodpovědných za tato porušení spáchaná na území sousedních států v období mezi 31. lednem 1990 a 31. prosincem 1994¹⁴. Před ICTR jsou stíháni pouze hlavní organizátoři genocidy a masakrů, k nimž ve Rwandě ve vymezeném časovém období došlo, což představuje poměrně úzký okruh osob. Stíhání naprosté většiny obviněných tak měly zajistit rwandské vnitrostátní soudy¹⁵.

3.2 RWANDSKÝ SOUDNÍ SYSTÉM

První soudní procesy s obviněnými osobami začaly v prosinci roku 1996, přičemž rwandské soudy měly kapacitu k projednání přibližně 1000 případů ročně¹⁶. Brzy se přitom ukázalo, že v prostřednictvím státního soudního systému nebylo reálně možné zajistit soudní projednání případů všech obviněných osob.

Počáteční odhady vlády ohledně počtu osob, které budou stíhány za participaci na genocidě, se totiž brzy ukázaly jako silně podhodnocené a počet osob držených ve vazbě tak vzrostl z počátečních 10 tisíc v roce 1994 na více než 127 tisíc osob v roce 1998¹⁷. Vysoký počet zadržených měl za následek kritické přeplnění věznic a Rwandská vláda čelila kritice za zcela

¹⁴ Viz čl. 1 *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. In Šturma, P.: *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinnů podle mezinárodního práva*. Nakladatelství Karolinum, 2002, Příloha 3. Statut ICTR pak v článcích 2 až 4 vymezuje tři kategorie zločinů, k jejichž stíhání je oprávněn. Jedná se o zločin genocidy, zločiny proti lidskosti (vymezené odkazem na obecnou podmínku jejich provádění jako součást rozšířeného a systematického útoku na civilní obyvatelstvo a dále vyjmenováním konkrétních skutkových podstat), a zločiny porušující tzv. humanitární minimum pro občanské války (vymezené odkazem na společný článek 3 Ženevských úmluv a Dodatkový protokol II a dále příkladným výčtem porušení, která tento zločin naplňují). Viz Šturma, c.d., s. 100-101.

¹⁵ Několik pachatelů genocidy pak bylo rovněž stíháno před národními soudy jiných zemí (v Belgii a Švýcarsku), a to na základě koncepce univerzální jurisdikce.

¹⁶ Viz Sarkin, c.d., s. 157. Dále viz *PRI Research on Gacaca report. Rapport V: Cell-level preparations*. 2003, s. 12. (<http://www.penalreform.org/gacaca-research-report-no.5-cell-level-preparations.html>)

¹⁷ Viz Widner, J.: *Courts and Democracy in Postconflict Transitions: A Social Scientist's Perspective on the African Case*. The American Journal of International Law, Vol. 95, No. 1, 2001, s. 68. Dále viz Tully, L.D.: *Human Rights Compliance and The Gacaca Jurisdictions In Rwanda*. Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 26, No. 2, 2003.

nevyhovující podmínky, v nichž byli vězni ve vazbě drženi, stejně jako za závažné porušování jejich práv¹⁸.

3.3 GACACA SYSTÉM

Na sklonku 90. let začalo být zřejmé, že soudní systém ve Rwandě neměl kapacitu a šanci vypořádat se s tak ohromným úkolem, jakým bylo souzení desítek tisíc osob podezřelých z účasti na genocidě, přičemž ani stíhání pachatelů genocidy před ICTR (s ohledem na úzké vymezení jeho působnosti) nepředstavovalo prostředek, který by mohl kapacitní problém rwandského soudnictví vyřešit. Rwandská vláda proto začala hledat jiný způsob, jak zajistit výkon spravedlnosti a realizaci trestního stíhání všech osob, které se na genocidě podílely. V roce 1999 pak bylo přijato rozhodnutí, že bude za tímto účelem využit systém lidových soudů *gacaca*¹⁹.

3.3.1 TRADIČNÍ PODOBA GACACA SOUDŮ

Gacaca představuje tradiční mechanismus pro urovnávání sporů na lokální úrovni, který má ve Rwandě dlouhou tradici. *Gacaca* znamená v jazyce *kinyarwanda*²⁰ „tráva“, což má původ ve skutečnosti, že procedura urovnání sporů tradičně probíhala venku na volném prostranství a její účastníci seděli na trávě. K vyřešení sporu byli povoláni vesničtí stařešinové, kteří byli respektovanými členy místních komunit²¹.

Gacaca proces neměl – stejně jako jiné původní domorodé systémy spravedlnosti v Africe i jinde – žádnou striktně stanovenou procedurální formu. Byl v něm kladen důraz na obnovení řádu a harmonie v dané

¹⁸ Například dle Human Rights Watch docházelo v mnoha případech k zatčení osob bez zatykače a vězni bylo často zadržováni pouze na základě vzneseného obvinění, které nebylo řádně prověřeno. Vlivem nedostatečné kapacity vyšetřovatelů docházelo k výraznému zpoždění ve vyřizování případů zadržovaných osob a někteří zadrženi rovněž jevíli známky bití a mučení. Viz Human Rights Watch/Africa: *Rwanda: A New Catastrophe? Increased International Efforts Required to Punish Genocide and Prevent further Bloodshed. Vol. 6, No. 12, 1994*, s. 11-13. (<http://www.grandslacs.net/doc/2416.pdf>)

¹⁹ O možnosti využití *gacaca* systému pro vypořádání se s pachateli genocidy se poprvé začalo hovořit již v roce 1995, avšak tehdy ji vláda zavrhlá. Na konci 90. let se pak tato myšlenka objevila znovu, avšak tentokrát již pro její realizaci nazrály podmínky. Blíže viz Longman, T.: *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda*. In Roth-Arriza, N., Mariezcurrena, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University Press, 2006, s. 210. Dále viz Harrell, P.E.: *Rwanda's Gamble: Gacaca and a New Model of Transitional justice*. iUniverse, 2003, s. 68.

²⁰ *Kinyarwanda* je spolu s angličtinou a francouzštinou úředním jazykem ve Rwandě.

²¹ Jednalo se o tzv. *Inyangamugayo* (tento pojem doslova znamená „ten, kdo se štítí nečinností“). Viz Longman, T.: *Justice at the grassroots? [...]*, c.d., s. 211.

komunitě a na usmíření obou stran sporu; většinou zahrnovalo povinnost omluvy či poskytnutí kompenzace ve prospěch poškozené strany, v případě závažnějších zločinů pak i vyloučení pachatele z komunity.

3.3.2 MODIFIKOVANÁ PODOBA GACACA SOUDŮ

Pro účel stíhání zločinů podle mezinárodního práva byla tradiční podoba *gacaca* soudů v mnohém pozměněna. Tyto zločiny jsou svou závažností i složitostí nesrovnatelné s drobnými civilními a obchodními spory, které náležely do jurisdikce tradičních *gacaca* soudů, čemuž bylo nutno fungování *gacaca* systému přizpůsobit.

Hlavní změny tak zahrnovaly především sjednocení a formalizaci průběhu řízení před *gacaca* soudy v celé zemi, zdůraznění prvku retributivní spravedlnosti a taxativní stanovení druhů a výměry trestů, které mohly *gacaca* soudy ukládat. Na druhou stranu si *gacaca* soudy ponechaly mnoho ze své původní podoby; především značnou míru neformálnosti a jednoduchosti procesního postupu, stejně jako důraz na řešení případů v rámci místních komunit a s tím související interakci pachatele s obětí a jeho blízkými z místa, odkud pochází²².

Vytvoření modifikovaného *gacaca* systému tedy představuje určitý kompromis mezi tradiční podobou *gacaca* založenou na neformálním urovnání sporu a rekonciliaci v rámci komunity a klasickým soudním mechanismem.

Rwadská vláda očekávala od využití modifikovaných *gacaca* soudů splnění několika cílů. Byly jimi²³:

- realizace a urychlení stíhání osob obviněných z účasti na genocidě,
- odhalení pravdy o událostech, k nimž došlo, a to především díky participaci všech obyvatel na *gacaca* procesu,
- vykořenění atmosféry beztrestnosti, neboť díky *gacaca* soudům budou všichni pachatelé hnáni ke zodpovědnosti za spáchané zločiny (a to v nepoměrně kratší době, než by to bylo možné prostřednictvím stávajících soudních mechanismů), a

²² Ve srovnání se státními soudy se také *gacaca* systém odlišoval v tom, že v něm rozhodují senáty soudců, kteří byli zvoleni z řad členů místních komunit a nejedná se tedy o osoby s právním vzděláním (blíže viz kapitola 4.3.2.) Oproti trestnímu řízení před státními či mezinárodními soudy je průběh *gacaca* soudu rovněž ohleduplnější ke svědkům a poškozeným, kteří zde nejsou podrobeni křížovému výslechu.

²³ Viz Schabas, W.A.: *Genocide Trials and Gacaca Courts*. Journal of International Criminal Justice 3, 2005, s. 892.

- podpora procesu národního usmíření.

Vedle toho mělo být rovněž využití *gacaca* systému důkazem, že rwandská společnost je schopna sama vyřešit své problémy prostřednictvím systému spravedlnosti, který je založen na rwandských tradicích.

4. ZŘÍZENÍ GACACA SYSTÉMU A JEHO ZÁKONNÉ VYMEZENÍ

Jurisdikce modifikovaných *gacaca* soudů pro stíhání pachatelů zločinu genocidy a zločinů proti lidskosti byla vymezena Základním zákonem²⁴ č. 40/2000²⁵, který byl schválen rwandským parlamentem dne 12. října 2000. V platnost vstoupil v roce 2001 a v následujících letech byl několikrát pozměněn.

Na základě úpravy obsažené v tomto zákoně byla v polovině roku 2002 zahájena tzv. pilotní fáze *gacaca* procesu²⁶. Po vyhodnocení jejich výsledků pak byl dne 19. června 2004 přijat nový Základní zákon č. 16/2004²⁷ (dále jen „zákon“) který provedl v původní legislativní úpravě *gacaca* systému z roku 2000 několik významných změn (zejména co se týče zjednodušení

²⁴ Tzv. *Organic Law*, tedy základní zákon, je právní předpis, jehož právní síla stojí nad běžnými zákony a je podřízen pouze Ústavě (resp. je jí postaven naroveň). Čl. 91 Rwandské ústavy z roku 1991 jej vymezuje jako jediný právní pramen (kromě Ústavy), jímž je možné ustavit soudní orgány a vymezit jejich organizaci a jurisdikci. Viz Čl. 91 *Constitution for the Republic of Rwanda*. 30.5.1991. (http://www.servat.unibe.ch/law/icl/rw00000_.html)

²⁵ *Organic Law N° 40/2000 of 26/01/2001 Setting up “Gacaca Jurisdictions” and Organizing Prosecutions for Offences Constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994*. 26.1.2001. (<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Law.pdf>)

²⁶ Začátkem června 2002 vláda oznámila, že realizace *gacaca* programu bude zahájena nejprve pilotní fází, která bude spuštěna ve 12 vybraných sektorech (vždy jeden z každé provincie). Reagovala tak na obavy z nedostatečné připravenosti na zahájení *gacaca* procesu i na názory, že by bylo vhodné začít pilotní fází, která pomůže odhalit nedostatky v organizaci a fungování *gacaca* systému ještě před spuštěním tohoto kapacitně náročného projektu v celonárodním měřítku. Viz *PRI Research on Gacaca report. Rapport III: Jurisdictions in the Pilot Phase*. 2002, s. 3-5. (<http://www.penalreform.org/gacaca-research-report-no.3-jurisdictions-in-the-pilot-phase.html>)

²⁷ *Organic Law N°16/2004 Of 19/6/2004 Establishing The Organisation, Competence And Functioning Of Gacaca Courts Charged With Prosecuting And Trying The Perpetrators Of The Crime Of Genocide And Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 And December 31, 1994*. 19.6.2004. (<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/newlaw1.pdf>)

jeho organizace a fungování). Na základě tohoto zákona pak byl realizován *gacaca* proces na celonárodní úrovni²⁸.

4.1 VĚCNÁ PŘÍSLUŠNOST GACACA SOUDŮ

Podle čl. 1 zákona měly před soudem stanout osoby stíhané pro podezření, že v období od 1. října 1990 do 31. prosince 1994 spáchaly na území Rwandy činy kvalifikované jako

- zločin genocidy nebo zločin proti lidskosti²⁹, nebo
- jiné trestné činy podle rwandského trestního zákona, které byly spáchány s úmyslem spáchat genocidu nebo zločiny proti lidskosti.

Osoby stíhané v souvislosti se spácháním zločinů podle čl. 1 byly rozčleněny do 3 kategorií podle míry závažnosti vznesených obvinění³⁰:

Kategorie 1 – osoby obviněné z toho, že

- plánovaly nebo organizovaly páčání těchto zločinů,
- spáchaly tyto zločiny nebo podněcovaly jiné k jejich spáchání a jednaly přitom z pozice autority na celostátní úrovni nebo na úrovni provincií (v rámci veřejné správy, politické strany, armády, četnictva, milicí či církve).

Kategorie 2 – osoby obviněné z toho, že

- podněcovaly ke spáchání těchto zločinů, dozíraly nad jejich páčáním nebo jejich páčání vedly,
- spáchaly tyto zločiny nebo podněcovaly jiné k jejich spáchání a jednaly přitom z pozice autority na okresní úrovni,

²⁸ V tomto příspěvku je proto dále pojednáno pouze o právní úpravě, která vyplývá z aktuálního znění Základního zákona č. 16/2004, po novelizacích Základním zákonem č. 28/2006 ze dne 27. června 2006, Základním zákonem č. 10/2007 ze dne 1. března 2007 a Základním zákonem č. 30/2008 ze dne 19. května 2008.

²⁹ Tak jak jsou definovány v Úmluvě o zabránění a trestání zločinu genocidia z 9. prosince 1948, Ženevské konvenci o ochraně civilních osob za války z 12. srpna 1949 a jejich dodatkových protokolů a v Úmluvě o nepromlčitelnosti válečných zločinů a zločinů proti lidskosti z 26. listopadu 1968.

³⁰ Viz Čl. 51 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

- jsou v místě svého působení známi tím, že vraždy a zvěrstva páchali v extrémní míře, s horlivostí a nasazením,
- se dopustily znásilnění či sexuálního týrání,
- se dopustily nehumánního nakládání s lidskými ostatky (resp. zneuctění mrtvých těl obětí),
- se dopustily týrání (i v případech, kdy následkem nebyla smrt obětí),
- spáchaly či plánovaly vraždu nebo vážné ublížení na zdraví s následkem smrti,
- s úmyslem obětí usmrtit jí způsobily zranění či spáchaly jiné závažné násilnosti, jejichž následkům však oběť nepodlehla,
- spáchaly jiné vážné útoky, avšak bez úmyslu obětí usmrtit.

Kategorie 3 – osoby obviněné ze spáchání trestných činů proti majetku.

Čl. 2 zákona přitom stanoví, že jurisdikci *gacaca* soudů podléhají osoby spadající do kategorií 2 a 3 (každá z těchto kategorií přitom podléhá jurisdikci jiné úrovně *gacaca* soudů – blíže viz kapitola 4.2.). Osoby, které spadají do kategorie 1, byly nadále ponechány v jurisdikci státních soudů.

Zodpovědnost za stíhání drtivé většiny obviněných tak byla svěřena *gacaca* soudům, které z přetížených státních soudů odejmuly rozhodující část zátěže spojené s projednáním jednotlivých případů.

4.2 ORGANIZAČNÍ STRUKTURA GACACA SOUDŮ

Z organizačního hlediska je systém *gacaca* soudů vymezen jako decentralizovaný a je navázán na územně-správní členění země³¹. Strukturu *gacaca* systému tvoří³²:

- *Gacaca* soudy na úrovni buněk (*Cells*),

³¹ V zemi existují čtyři úrovně administrativního členění, které tak sestává z přibližně 9500 buněk (*Cells*), 1550 sektorů (*Sectors*), 106 okresů (*Districts*) a 12 provincií (*Provinces*). Zvláštní administrativní jednotku tvoří hlavní město Kigali, které stojí na úrovni provincie. Viz Harrel, c. d., s. 70.

³² Viz Čl. 3 a 4 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

- *Gacaca* soudy na úrovni sektorů (*Sectors*), a
- Odvolací *gacaca* soudy na úrovni sektorů.

Územní jurisdikce těchto soudů je přitom vymezena v souladu s obvody územně-správních jednotek, v jejichž rámci působí, přičemž k řízení je příslušný ten soud, v jehož územním obvodu ke spáchání činu došlo. V zemi bylo celkem zřízeno 12 103 *gacaca* soudů, z toho 9 013 na úrovni buněk, 1 545 na úrovni sektorů a 1 545 odvolacích *gacaca* soudů³³.

Gacaca soudy na úrovni buněk jsou příslušné ke stíhání pachatelů spadajících do kategorie 3, přičemž stíhání pachatelů spadajících do kategorie 2 je vyhrazeno *gacaca* soudům na úrovni sektorů. O odvoláních proti rozhodnutím *gacaca* soudu na úrovni sektorů je pak příslušný rozhodovat odvolací *gacaca* soud, který v daném sektoru působí.³⁴

4.3 ORGÁNY GACACA SOUDŮ

V rámci každého *gacaca* soudu jsou zřízeny tyto orgány: Veřejné shromáždění (*General Assembly*), Senát soudců (*Seat*) a Koordinační komise (*Coordinating Committee*)³⁵.

4.3.1 VEŘEJNÉ SHROMÁŽDĚNÍ

Veřejné shromáždění na úrovni buňky je tvořeno všemi jejími obyvateli staršími 18 let, kteří zároveň delegují příslušný počet čestných osob, které zasednou ve Veřejném shromáždění na úrovni sektoru³⁶.

Veřejná shromáždění na všech úrovních *gacaca* jurisdikce mají za úkol zvolit ze svých řad čestné občany, kteří se stanou členy Senátu soudců pro jejich jednotku *gacaca* jurisdikce. V průběhu realizace *gacaca* procesu se Veřejné shromáždění pravidelně schází jednou za měsíc s cílem zhodnotit činnost Senátu soudců a Koordinační komise.

³³ *Rwanda: The number of gacaca courts in operation*. UNHCR, 21.5.2008. (<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22529,4565c25f347,4885a91cc,0.html>)

³⁴ Viz Čl. 41-43 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

³⁵ Blíže k pravomocem a složení jednotlivých orgánů viz Čl. 5-40 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

³⁶ Veřejné shromáždění na úrovni sektoru bylo složeno z členů Senátů soudců buněk spadajících do daného sektoru, z členů Senátu soudců *gacaca* soudu na úrovni sektoru a z členů Senátu soudců Odvolacího *gacaca* soudu na úrovni sektoru. Viz Čl. 70 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

4.3.2 SENÁT SOUDCŮ

Senát soudců je složen z čestných občanů, jejichž počet je na všech úrovních *gacaca* jurisdikce závazně stanoven na sedm. Požadavky kladené na čestné občany (*honest persons*) vymezuje zákon³⁷. Pokud je to opodstatněno počtem projednávaných případů, je možné ustavit v dané jednotce i více Senátů soudců, než jeden.

Senát soudců se schází nejméně jednou týdně, přičemž jsou mu svěřeny pravomoci jak trestních soudů, tak i vyšetřovatelů³⁸. Rozhodnutí Senátu soudců jsou přijímána konsensem nebo, není-li to možné, nadpoloviční většinou jeho členů.

4.3.3 KOORDINAČNÍ KOMISE

Každý Senát soudců zvolí ze svých řad pětičlennou Koordinační komisi, jejímž úkolem je koordinace činnosti Senátu soudců a Veřejného shromáždění a administrativní zajištění průběhu *gacaca* procesu (evidence vznesených obvinění, důkazů a spisů obviněných, sepisování přijatých rozhodnutí, evidence podaných odvolání a příprava zpráv o činnosti příslušného *gacaca* soudu).

4.4 SANKCE UKLÁDANÉ GACACA SOUDY

Gacaca soudy jsou oprávněny ukládat tresty odnětí svobody, jejichž výměra je přitom odstupňována jednak podle kategorie, do které obviněný spadá, a jednak podle skutečnosti, zda se obviněný k činu doznal či nikoli (jsou přitom rozlišeny situace, kdy se obviněný k činu přiznal ještě předtím, než se jeho jméno objevilo na seznamu podezřelých osob, a nebo až poté).³⁹

V rámci kategorie 2 jsou za účelem vymezení trestní sazby obvinění dále rozděleni do tří subkategorií (opět dle míry závažnosti spáchaných skutků).

³⁷ Čestný občan musí být osoba pravdomluvná, důvěryhodná, mít dobré řečnické schopnosti, nebýt odsouzena k trestu odnětí svobody v délce přesahující 6 měsíců, nepodílet se na spáchání zločinu genocidy nebo zločinů proti lidskosti a neprojevat diskriminační či sektářské smýšlení. Osoba starší 21 let, která splňuje tyto podmínky, je volitelná do orgánů *gacaca* soudů, a to bez diskriminace na základě pohlaví, původu, náboženství, sociálního postavení či politických postojů. Vyloučeny jsou nicméně osoby, které vykonávají politický mandát nebo funkci ve státní administrativě na centrální či místní úrovni, dále vojáci a policisté, kteří jsou stále v aktivní službě, členové vedení politických stran na národní úrovni a soudci. Viz Čl. 13-16 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

³⁸ Kromě základní pravomoci soudit obviněné a ukládat tresty tak mají Senáty soudců mj. právo předvolat k soudu osobu, u níž to považují za nutné, nařídít osobní či domovní prohlídku obviněného či vydávat zatykače na osoby podezřelé ze spáchání zločinů a nařídít jejich preventivní zadržení. Blíže viz Čl. 39 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

³⁹ Blíže viz Čl. 72-81 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

Platí přitom, že z doby, na kterou byla osoba odsouzena k trestu odnětí svobody, si ve vězení odpyká pouze 1/3 její délky, výkon 1/6 trestu je odložen a 1/2 trestu je odpykána vykonáváním veřejně prospěšných prací⁴⁰. Osoby shledané vinnými ze spáchání zločinů spadajících do kategorie 3 pak mohou být odsouzeny pouze k náhradě škody na cizím majetku, kterou způsobily.

4.5 PRŮBĚH GACACA PROCESU

Fungování *gacaca* soudů bylo na celonárodní úrovni zahájeno 15. ledna 2005⁴¹, přičemž řízení mělo celkem tři fáze.

První fází bylo shromáždění informací o událostech, ke kterým v jednotlivých oblastech země došlo. Spočívala v sestavení seznamů obětí a osob podezřelých ze spáchání genocidy a v zajištění důkazů svědčících pro vznesená obvinění. Ke shromáždění informací přitom docházelo na nejnižší administrativní úrovni, v rámci tzv. *nyumbakumi* (skupiny deseti domů)⁴². Poté, co Senát soudců obdržel informace získané v rámci *nyumbakumi*, byla svolána schůze Veřejného shromáždění, aby tyto informace potvrdila a členové Veřejného shromáždění se k nim mohli vyjádřit.

Druhou fází po ukončení sběru informací pak byla kategorizace obviněných⁴³. Byla zahájena na konci roku 2005 a prováděl ji Senát soudců na úrovni buněk (v relevantních případech pak zajistil postoupení jednotlivých případů příslušným *gacaca* soudům na úrovni sektorů).

⁴⁰ Osobám, které byly v době spáchání činu ve věku mezi 14 a 18 lety, měly být ukládány tresty zhruba v poloviční výměře, než jaká je stanovena pro zletilé pachatele.

⁴¹ Původně bylo celonárodní zahájení fáze sběru informací plánováno na březen 2004, avšak vlivem přípravy legislativních změn v podobě Základního zákona č. 16/2004 byl termín posunut.

⁴² Přínosem tohoto postupu byla možnost obyvatel přinést svědectví o událostech, ke kterým došlo, a označit pachatele spáchaných zločinů ve větším klidu a soukromí, než by tomu bylo před celým Veřejným shromážděním buňky. Byly tím vytvořeny příznivější podmínky jak pro případné učinění doznání, tak pro vznesení obvinění vůči pachatelům genocidy. Blíže viz *Monitoring and Research Report on the Gacaca: Information-Gathering during the National Phase*. PRI, *Gacaca* Research Report No. 8, 2006, s. 3-12. (<http://www.penalreform.org/monitoring-and-research-report-on-gacaca-information-gathering-during-the-national.html>)

⁴³ V kontextu *gacaca* systému není možné identifikovat fáze průběhu trestního řízení, jaké existují v České republice, a nelze proto adekvátně rozlišit pojmy „obvinění“ a „obžaloba“, neboť v rámci procesu před *gacaca* soudy nedochází k formálnímu podání obžaloby na základě vznesených obvinění a výsledků vyšetřování. Pod pojmem „obviněný“ se tak rozumí statut domnělého pachatele od prvního vznesení obvinění vůči jeho osobě až po vynesení rozsudku ve věci.

V polovině roku 2006 pak byla na celonárodní úrovni zahájena třetí fáze *gacaca* procesu, která spočívá v soudním projednání jednotlivých případů a vynesení rozsudku⁴⁴. Kapacitní náročnost realizace této fáze byla ohromná a nepředvídaná – dle údajů z února 2007 bylo z účasti na genocidě obviněno celkem přes 816 tisíc osob⁴⁵. V době rozhodnutí o zřízení modifikovaných *gacaca* soudů koncem 90. let přitom nebylo zdaleka předpokládáno, že počet osob ve výsledku obviněných z účasti na genocidě dosáhne takovýchto rozměrů⁴⁶.

Navzdory opatřením, která byla přijata pro urychlení průběhu projednání jednotlivých případů před *gacaca* soudy (jak v podobě legislativních změn, tak v rámci praktické realizace řízení), se nepodařilo dodržet původní termín očekávaného ukončení této závěrečné fáze *gacaca* procesu. Naprostá většina případů již nicméně byla uzavřena⁴⁷ a s ukončením činnosti posledních *gacaca* soudů se počítá do konce roku 2010⁴⁸.

⁴⁴ Postup veřejného jednání soudu je stanoven zvlášť pro případ, kdy se obviněný k činu již dříve doznal, a zvlášť pro případ, kdy jeho přiznání buď nebylo přijato nebo jej obviněný vůbec neučinil (v tomto případě je pak postup vymezen jak pro situaci, kdy se obviněný přiznává v průběhu jednání soudu, tak pro situaci, kdy doznání neučiní). Blíže viz Čl. 54-71 *Organic Law N°16/2004*, c.d.

⁴⁵ Konkrétní uváděný počet obviněných je 816 564 osob. Viz *Rwanda/Gacaca - End Of The Gacaca Trials In A Northern Rwandan District*. On-line text, 23.3.2007. (<http://www.hirondellenews.com/content/view/176/99/>). Více než 500 tisíc z nich přitom bylo zařazeno do kategorií 1 a 2. Viz *Monitoring and Research Report on the Gacaca : Community Service (TIG) Areas of Reflection*. PRI, *Gacaca Research Report No. 9*, 2007, s. 8. (<http://www.penalreform.org/monitoring-and-research-on-the-gacaca-community-service.html>)

⁴⁶ Již v rámci tzv. pilotní fáze *gacaca* procesu byl počet osob, které byly z účasti na genocidě obviněny, nepříjemným překvapením a předzvěstí zcela neočekávané kapacitní výzvy, na kterou pak bylo nutno v průběhu celonárodního fungování *gacaca* systému reagovat.

⁴⁷ V prosinci 2009 zbývalo k vyřízení 2 261 případů. Viz *The Contribution of the Gacaca Jurisdictions to Resolving Cases Arising from the Genocide: Contributions, Limitations and Expectations of the Post-Gacaca Phase*. Penal Reform International, 2010, s. 4. (<http://www.penalreform.org/publications/final-monitoring-and-research-report-gacaca-process>)

⁴⁸ Viz Clark, P.: *Gacaca: Rwanda's Experiment in Community-Based Justice for Genocide Crimes Comes to a Close*. Foreign Policy Digest, 1.4.2010. (<http://foreignpolicydigest.org/wordpress/2010/04/01/609/>)

5. ZHODNOCENÍ PŮSOBENÍ GACACA SYSTÉMU

5.1 DOSAŽENÍ OČEKÁVANÝCH CÍLŮ

Při zhodnocení působení *gacaca* systému lze vycházet především z míry dosažení cílů, jejichž splnění od něj bylo ve Rwandě očekáváno. Jak již bylo řečeno úvodem příspěvku, těmito cíli jsou realizace stíhání obviněných osob a jeho urychlení, odhalení pravdy o událostech, k nimž během genocidy ve Rwandě došlo, vykořenění atmosféry beztrestnosti za spáchané zločiny a podpora rekonciliace ve rwandské společnosti.

5.1.1 REALIZACE A URYCHLENÍ STÍHÁNÍ OBVINĚNÝCH OSOB

Díky využití *gacaca* systému se ve Rwandě podařilo v relativně krátkém časovém úseku realizovat trestní stíhání všech osob, které byly obviněny z podílu na spáchání genocidy. S ohledem na extrémně vysoký počet obviněných osob, s jehož náporu by se jen obtížně vyrovnávaly i ekonomicky vyspělé země s dostatečnými zdroji a fungujícím soudním systémem, se přitom jednalo o nesmírně náročný úkol.

Splnění cíle zajištění realizace a urychlení stíhání obviněných osob rwandská vláda přikládala (v porovnání s ostatními cíli *gacaca* procesu) největší prioritu⁴⁹ a lze říci, že *gacaca* systém byl v tomto ohledu jednoznačně úspěšný a očekávaný cíl splnil.

5.1.2 UKONČENÍ ATMOSFÉRY BEZTRESTNOSTI ZA SPÁCHANÉ ZLOČINY

Stejně tak lze konstatovat, že díky *gacaca* procesu došlo k vykořenění atmosféry beztrestnosti za zločiny spáchané v rámci genocidy, což byl další z očekávaných cílů. Tento úspěch je nutno hodnotit především ve vztahu ke skutečnosti, že v období od získání nezávislosti země docházelo k opakovaným projevům násilí a páchaní zločinů vůči příslušníkům etnika Tutsiů, aniž by toto jednání bylo označeno za trestné a pachatelé těchto činů postaveni před spravedlnost. Vlivem *gacaca* procesu tak byly poprvé

⁴⁹ Pro snahu o maximální urychlení realizace *gacaca* procesu existovaly závažné důvody. I přes úsilí o urychlení celého procesu jsou soudy s obviněnými ukončeny ke konci roku 2010, tedy více než 16 let po genocidě. Mnoho obyvatel, především z řad obětí genocidy, přitom bylo frustrováno průtahy, k nimž při snaze o potrestání pachatelů spáchaných zločinů docházelo. Stejně tak je třeba vzít v úvahu situaci obviněných osob, z nichž tisíce byly léta drženy ve vazbě a následkem neúměrného čekání na soudní proces tak docházelo k závažnému porušení jejich práv. Viz Meyerstein, A.: *Between Law and Culture: Rwanda's Gacaca and Postcolonial Legality*. Law & Social Inquiry, Vol. 32, Issue 2, 2007, s. 482.

v moderní historii Rwandy osoby zodpovědné za spáchání násilí vůči etniku Tutsiů hnány k zodpovědnosti za své činy⁵⁰.

Je nicméně třeba říci, že ve vztahu ke zločinům spáchaným ozbrojenými složkami Rwandan Patriotic Front (RPF) v průběhu občanské války a během jejich vítězného postupu v létě 1994 beztrestnost nadále přetrvávala, neboť *gacaca* soudy na základě pokynu vlády projednávaly pouze případy osob obviněných v souvislosti se spácháním genocidy⁵¹. Uplatnění tohoto „dvojího metru“ tak do jisté míry mělo na splnění tohoto cíle negativní vliv⁵².

5.1.3 ODHALENÍ PRAVDIVÉHO PRŮBĚHU UDÁLOSTÍ

Stejně tak lze konstatovat, že byl z větší části splněn cíl odhalení pravdivého průběhu událostí, k nimž ve Rwandě během genocidy došlo. K jeho naplnění mělo přispět především shromáždění informací v rámci první fáze *gacaca* procesu, které probíhalo v celé zemi na úrovni nejnižších územně-správních jednotek a měli se na něm podílet doslova všichni obyvatelé Rwandy⁵³.

Gacaca systém tak měl plnit obdobnou funkci, jakou plní komise pravdy a usmíření. Obyvatelé měli možnost (mnohdy poprvé od genocidy) vystoupit a přinést svědectví o událostech, ke kterým v jejich okolí došlo, a označit osoby, které se na spáchání genocidy podílely. Je přitom třeba říci, že skutečný rozsah účasti obyvatel na spáchání genocidy byl odhalen právě až díky realizaci *gacaca* procesu.

⁵⁰ Mnoho pachatelů si přitom v konfrontaci s oběťmi genocidy, svými blízkými a příslušníky místní komunity uvědomilo špatnost svých činů a svou osobní zodpovědnost za spáchání genocidy.

⁵¹ Dle pokynu vlády měl *gacaca* systém sloužit výhradně k projednání zločinu genocidy, přičemž zločiny spáchané ozbrojenými složkami RPF měly být projednány státními soudy v rámci běžného řízení. Tento postoj vlády byl přitom v rozporu se zněním zákona, který stanovil jurisdikci *gacaca* soudů k projednání jak zločinů genocidy, tak zločinů proti lidskosti, k jejichž spáchání ve vymezeném období došlo.

⁵² R. Webley pak v této souvislosti konstatuje, že zatímco realizace soudních procesů by měla (mimo jiné) odejmout kolektivní vinu za spáchání genocidy z etnika Hutuů tím, že ji přenesou na konkrétní jednotlivce, *gacaca* proces měl v některých ohledech spíše opačný efekt. Viz Webley, R.: *Report on Rwanda*. University of California at Berkeley, War Crimes Studies Center, 2004, s. 98-99. (<http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/RW.htm>)

⁵³ Míra participace obyvatel na fázi shromáždění informací přitom byla poměrně vysoká – obecně se míra účasti obyvatel na *gacaca* procesu a setkáních Veřejných shromáždění pohybovala kolem 85%.

Možnost úplného splnění tohoto cíle byla nicméně opět do jisté míry byla limitována faktickým zákazem zmiňovat se na setkáních Veřejného shromáždění o zločinech, jichž se dopustila RPF⁵⁴.

5.1.4 REKONCILIACE

Cílem, jehož splnění bývá nejvíce zpochybňováno, je pozitivní vlivu *gacaca* systému na rekongiliaci ve Rwandě.

Za nejvýznamnější faktor, který má negativní dopad na dosažení rekongiliace ve Rwandě, je přitom nutno považovat nedemokratickou povahu režimu, který je v současné době ve Rwandě u moci⁵⁵. S tím také úzce souvisí již zmíněná skutečnost, že z jednání před *gacaca* soudy byly vyloučeny zločiny proti lidskosti spáchané příslušníky RPF. Na schopnosti *gacaca* systému přispět k rekongiliaci ve rwandské společnosti se pak rovněž negativně projevil důraz kladený na co největší urychlení *gacaca* procesu a stíhání osob obviněných z genocidy. Obzvláště to bylo patrné z průběhu třetí fáze *gacaca* procesu⁵⁶.

Je nicméně třeba konstatovat, že přestože vlivem působení výše rozebraných faktorů byla možnost *gacaca* systému dosáhnout rekongiliace ve rwandské společnosti omezená, potenciál, který měl *gacaca* systém pro dosažení tohoto cíle byl v každém případě nesrovnatelně vyšší, než ostatní mechanismy, s jejichž pomocí se rwandská vláda i mezinárodní společenství snažily na genocidu reagovat. Drtivá většina obyvatel Rwandy přitom dle průzkumů veřejného mínění vnímá působení *gacaca* systému ve vztahu k rekongiliaci pozitivně⁵⁷. Lze proto konstatovat, že působení *gacaca*

⁵⁴ Je však nutno si uvědomit, že odhady počtu obětí zločinů spáchaných ozbrojenými složkami RPF se pohybují v řádu desítek tisíc osob, zatímco počet osob, které zahynuly následkem genocidy dosahuje více než desetinásobku. Blíže viz Human Rights Watch: *Leave None to Tell the Story [...]*, c.d. Není proto na místě učinit závěr, že vyloučením zločinů spáchaných RPF z projednání před *gacaca* soudy bylo splnění cíle odhalení pravdivého průběhu událostí, k nimž ve Rwandě došlo, jako takové zmařeno.

⁵⁵ Přestože vláda, která se po genocidě dostala v roce 1994 k moci, je prezentována jako vláda národní jednoty reprezentující všechny etnické skupiny, ve skutečnosti byla moc koncentrována do rukou příslušníků etnika Tutsiů, zatímco Hutuové byli v politické i ekonomické sféře zcela marginalizováni. Režim tvrdě potlačuje opozici a není ochoten připustit ohrožení svých mocenských pozic. Viz např. *Country Profile: Rwanda*. BBC, 25.6.2008. (http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/country_profiles/1070265.stm)

⁵⁶ Blíže viz *PRI Newsletter No.60, 2007(4)*. Penal Reform International, s. 6. (<http://www.penalreform.org/resources/new-2007-newsletter-60-en.pdf>)

⁵⁷ Dle průzkumu provedeného ve Rwandě A. Megwalu a N. Loizidesem v letech 2005 a 2006 se 79,7% obyvatel domnívá, že *gacaca* soudy pomáhají rwandské společnosti v procesu rekongiliace. Dle průzkumu International Rescue Committee z roku 2005 pak tento názor zastávalo dokonce 97,5% oslovených. Viz Megwalu, A., Loizides, N.: *Dilemmas of Justice and Reconciliation: Rwandans and the Gacaca Courts*. Paper Prepared

systému k rekongiaci ve rwandské společnosti do značné míry přispělo, a to i navzdory omezením, která neumožnily plně využít potenciál, které *gacaca* soudy v tomto ohledu měly.

Je přitom rovněž třeba říci, že posouzení skutečné míry dosažení rekongiaci ve rwandské společnosti bude možné až s jistým časovým odstupem, neboť sociální rekonstrukce představuje v etnicky polarizované společnosti poznamenané traumatem tak rozsáhlého konfliktu, jakým byla genocida ve Rwandě, dlouhodobý a komplexní proces.

5.2 DODRŽENÍ ZÁSAD SPRAVEDLIVÉHO PROCESU

Na adresu *gacaca* systému byla směřována kritika především ze strany mezinárodních nevládních organizací zabývajících se ochranou lidských práv (např. Amnesty International), které vyjadřovaly obavy z toho, že *gacaca* soudy nebudou schopny poskytnout dostatečnou záruku práva na spravedlivý proces⁵⁸. Nejčastěji kritizovanou oblastí byla otázka zajištění rovného postavení stran sporu, a to s poukazem na skutečnost, že postavení obviněného je v rámci *gacaca* procesu znevýhodněno, neboť mu není poskytnut dostatečný prostor pro obhajobu. Další otázkou pak byly obavy ohledně nedostatečné kompetence *gacaca* soudců k výkonu jejich funkcí.

Oslabení pozice obviněného v rámci *gacaca* procesu se v praxi do jisté míry skutečně ukázalo být závažným problémem. Závažný negativní dopad měla především skutečnost, že v rámci první fáze *gacaca* procesu byly získávány výlučně informace a svědectví ve prospěch obžaloby, zatímco pro obhajobu obviněného byla vymezena až třetí fáze, tedy veřejné projednání případu před *gacaca* soudem, což představuje velmi výrazný zásah do rovného postavení stran sporu⁵⁹.

Rovněž obavy z nedostatečné kompetence *gacaca* soudců (resp. z jejich nedostatečného proškolení) se v průběhu realizace *gacaca* procesu zčásti

for the ISA Convention, 2009, s. 23.
(http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/2/9/p312292_index.html)

⁵⁸ Shrnutí hlavních bodů kritiky *gacaca* systému ohledně zajištění práva na spravedlivý proces viz např. *Rwanda – Gacaca : A Question of Justice*. Amnesty International, 2002, s. 30-44.

⁵⁹ Viz *PRI Newsletter No.60, 2007(4)*, c.d., s. 6. Toto opatření bylo obhajováno především s ohledem na cíl urychlení celého procesu, kdy bylo nutné v relativně krátkém období shromáždit informace, na jejichž základě bude možné stíhat obviněné před soudem a přikročit tak co nejdříve k realizaci třetí fáze *gacaca* procesu. Pokud by na schůzích Veřejných shromáždění docházelo ke konfrontaci vznesených obvinění a tvrzení ve prospěch obžaloby ve vztahu ke každému jednotlivému obviněnému, celý proces by se tím výrazně zpomalil.

ukázaly jako oprávněné. Problémy se projevily jak při zahájení realizace *gacaca* procesu, kdy se u některých soudců ukázala nedostatečná znalost právní úpravy fungování *gacaca* systému, tak při soudním projednání sporů ve třetí fázi, kdy se soudci mnohdy nebyli schopni adekvátně vypořádat se všemi aspekty definice skutkové podstaty zločinu genocidy.⁶⁰

Jak tedy vyplývá, v některých otázkách nezbyvá než konstatovat, že v rámci *gacaca* procesu nebyly dostatečně zajištěny záruky práva na spravedlivý proces, což představuje porušení mezinárodních závazků, které Rwanda v oblasti ochrany lidských práv má⁶¹. Sledovat úroveň ochrany lidských práv a dodržení zásad spravedlivého procesu v podobných případech je přitom velmi důležité, neboť by nemělo dojít k situaci, kdy realizací spravedlnosti ve vztahu k minulým zločinům dojde k dalšímu hromadnému porušení lidských práv.

Na druhou stranu nicméně není úplně na místě *gacaca* soudy z tohoto důvodu odmítnout jako špatné a nefunkční řešení. Jak v této souvislosti upozorňuje P. Uvin⁶², reagováním na všechny výtky ohledně nedostatečného formálně právního postupu při řízení v rámci *gacaca* procesu, které byly vzneseny, by hrozilo přetvoření *gacaca* systému v období již existujícího státního soudního mechanismu se všemi jeho nedostatky (zejména byrokracie a pomalost), jimž se měl *gacaca* systém naopak vyhnout.

Je rovněž třeba říci, že v postkonfliktních zemích poznamenaných násilnostmi takového rozsahu, jakých dosáhly ve Rwandě, je mnohdy v praxi nemožné dosáhnout vysokého standardu ochrany lidských práv. Při hodnocení realizovaných opatření z perspektivy zajištění práva na spravedlivý proces je tedy rovněž nutno přihlídnout ke specifickým konkrétního případu, a to jak z pohledu faktických možností (zejména finančních a personálních), které daná země má, tak z pohledu kulturně historických a právních tradic dané společnosti.

⁶⁰ Blíže viz *PRI Research on Gacaca report. Rapport III [...]*, c.d., s. 8-10. Dále viz *PRI Newsletter No.60, 2007(4)*, c.d., s. 6.

⁶¹ Rwanda je stranou Mezinárodního paktu o občanských a politických právech z roku 1966 a Africké charty lidských práv a práv národů z roku 1981. Oba tyto pakty upravují právo na spravedlivý proces (Mezinárodní pakt o občanských a politických právech v článku 14 a Africká charta lidských práv a práv národů v člancích 3 a 7).

⁶² Viz Uvin, P.: *The Gacaca Tribunals in Rwanda*, s. 118-199. In *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003, s. 116-121. (http://www.idea.int/publications/reconciliation/upload/reconciliation_chap07cs-rwanda.pdf)

Je rovněž nezbytné vzít v potaz dopad, jaký mají tato opatření přijat v rámci tzv. *transitional justice* na samotnou společnost, v níž jsou realizována – tedy, zda je příslušná iniciativa vnímána jako legitimní a pozitivní ze strany obyvatel dotčené země.

V tomto ohledu přitom platí, že naprostá většina obyvatel Rwandy hodnotí působení *gacaca* systému mnohem pozitivněji, než stíhání realizovaná státními soudy či Mezinárodním trestním tribunálem pro Rwandu; důvodem je přitom především fakt, že *gacaca* systém proces stíhání osob obviněných z účasti na genocidě přenesl na úroveň místních komunit a co nejvíce jej přiblížil lidem, což napomohlo jak podpoře sociálního usmíření, tak i výraznému zvýšení legitimacy realizovaných trestních stíhání v očích obyvatel země.⁶³

6. ZÁVĚR

V rámci reakce na genocidu ve Rwandě se vzájemně doplňovalo několik rovin realizace spravedlnosti, a to rovina mezinárodní, národní a lokální. Vedle zajištění stíhání osob, které se podílely na spáchání genocidy, přitom bylo rovněž nezbytné učinit opatření pro obnovení sociálních vztahů ve vysoce polarizované společnosti poznamenané traumatem genocidy. Pro dosažení těchto cílů je v postkonfliktních zemích možné využít komplementárního působení více mechanismů⁶⁴ či vytvořit určitý typ hybridního mechanismu, který v sobě jejich funkce spojí. V případě Rwandy byl prostřednictvím *gacaca* systému zvolen druhý model, který umožnil skloubit dosažení několika úkolů, před nimiž země v souvislosti s vypořádáním se s genocidou stála.

Gacaca systém představuje kompromis mezi retributivní a restorativní spravedlností, přičemž legitimita procesu i potenciál k dosažení rekongiliace ve rwandské společnosti byly založeny především na skutečnosti, že *gacaca*

⁶³ Ze sociologického průzkumu provedeného ve Rwandě A. Megwalu a N. Loizidesem v letech 2005 a 2006 vyplývá, že 74,4% (tedy téměř tři čtvrtiny) obyvatel Rwandy se domnívá, že *gacaca* systém pozitivně přispívá k realizaci spravedlnosti v zemi, přičemž více než 50% obyvatel věří, že *gacaca* systém pomůže v zemi ukončit koloběh násilí. Tendence k pozitivnímu hodnocení *gacaca* systému je přitom jednoznačně vyšší u obyvatel, kteří se pravidelně účastní jednání *gacaca* soudů, z čehož lze dovodit, že realizace *gacaca* procesu na místní úrovni co nejlépe k lidem má jednoznačně pozitivní vliv na vnímání legitimacy a pozitivních výsledků tohoto procesu v očích obyvatel země. Dle výzkumů provedených International Rescue Committee ve spolupráci s Rwandskou Národní komisí pro rekongiliaci a jednotu (*National Unity and Reconciliation Commission*) v letech 2005 až 2007 se 97% obyvatel Rwandy domnívá, že *gacaca* soudy umožňují rychlejší a spolehlivější souzení zločinu genocidy, než ostatní existující soudní instituce. Viz Megwalu, A., Loizides, N., c.d., s. 14, 16 a 21.

⁶⁴ Například kombinace soudního stíhání a zřízení komise pravdy a usmíření jako v případě Sierra Leone.

proces byl realizován na úrovni místních komunit a za přispění doslova všech obyvatel země. Díky využití *gacaca* systému a jeho decentralizovanému mechanismu fungování se Rwandě rovněž podařilo vypořádat se s obrovskou kapacitní výzvou, kterou stíhání všech osob, které se podílely na spáchání genocidy, představovalo.

V roce 2005 napsal profesor W. A. Schabas⁶⁵ na adresu *gacaca* systému, že jestliže Rwanda bude s přístupem, který pro vypořádání se s genocidou zvolila, úspěšná, bude to příkladem pro všechny, kteří tvrdí, že v post-konfliktních zemích není možné realizovat ve velkém rozsahu stíhání osob zodpovědných za spáchání zločinů podle mezinárodního práva.

V současné době, kdy je *gacaca* proces již fakticky završen, je přitom s ohledem na výše uvedené zhodnocení možné konstatovat, že působení *gacaca* systému ve Rwandě lze v kontextu podmínek, v nichž byl proces realizován, a ve vztahu k cílům, jejichž splnění bylo očekáváno, hodnotit jako úspěšné.

Na adresu *gacaca* systému bylo za dobu jeho příprav i působení řečeno mnoho chvály i (více či méně oprávněné) kritiky. Je však na místě si položit otázku, zda za daných podmínek (přijmeme-li jako výchozí bod rozhodnutí trestně stíhat všechny osoby, které se na spáchání genocidy podílely) existovala jiná a lepší alternativa.

Případ Rwandy byl v mnoha ohledech extrémní situací, a to zejména ve vztahu k počtu pachatelů, kteří se na genocidě podíleli, a lze tvrdit, že žádný stávající soudní a vězeňský systém na světě by se s tak obrovským nápoem nedokázal adekvátně vypořádat. Domnívám se tedy, že rozhodnutí přikročit k řešení tohoto problému formou modifikace tradičního *gacaca* mechanismu, který byl zároveň schopen přispět k dosažení i dalších potřebných cílů bylo z možných a dostupných řešení nejvhodnější.

V každém případě je přitom nutno konstatovat, že využití *gacaca* systému představovalo v mnoha ohledech precedentní počín v oblasti mezinárodního trestního práva. Přestože je kontext působení *gacaca* systému poznamenán mnoha specifiky, zhodnocení výstupů jeho činnosti tak může přispět k dalšímu rozvoji teoretických i praktických poznatků v oblasti mezinárodního trestního práva a tzv. *transitional justice*.

Literature:

- Clark, P.: *Gacaca: Rwanda's Experiment in Community-Based Justice for Genocide Crimes Comes to a Close*. Foreign Policy Digest, 1.4.2010.

⁶⁵ Viz Schabas, c. d., s. 895.

- Ověřeno k: 20.11.2010. Dostupné z:
<http://foreignpolicydigest.org/wordpress/2010/04/01/609/>
- *Constitution for the Republic of Rwanda.* 30.5.1991.
Ověřeno k: 10.2.2009. Dostupné z:
http://www.servat.unibe.ch/law/icl/rw00000_.html
 - *Country Profile: Rwanda.* BBC, 25.6.2008. Ověřeno k: 8.3.2009.
Dostupné z:
http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/country_profiles/1070265.stm
 - Harrell, P.E.: *Rwanda's Gamble: Gacaca and a New Model of Transitional Justice.* iUniverse, 2003.
 - Hayner, P.B.: *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions.* Routledge, 2001.
 - Horsington, H.: *The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal.* In *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, 2004.
 - Human Rights Watch: *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda.* 1999. Ověřeno k: 23.2.2009. Dostupné z:
<http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/>
 - Longman, T.: *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda.* In Roth-Arriza, N., Mariezcurrena, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice.* Cambridge University press, Cambridge, 2006, s. 206-228.
 - Megwalu, A., Loizides, N.: *Dilemmas of Justice and Reconciliation: Rwandans and the Gacaca Courts.* Paper Prepared for the ISA Convention, 2009. Ověřeno k: 28.3.2009. Dostupné z:
http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/2/2/9/p312292_index.html
 - Meyerstein, A.: *Between Law and Culture: Rwanda's Gacaca and Postcolonial Legality.* *Law & Social Inquiry*, Vol. 32, Issue 2, 2007, s. 467-508.
 - *Monitoring and Research Report on the Gacaca: Community Service (TIG) Areas of Reflection.* PRI, Gacaca Research Report No. 9, 2007.
Ověřeno k: 3.3.2009. Dostupné z:
<http://www.penalreform.org/monitoring-and-research-on-the-gacaca-community-service.html>

- *Monitoring and Research Report on the Gacaca: Information-Gathering during the National Phase*. PRI, Gacaca Research Report No. 8, 2006. Ověřeno k: 5.3.2009. Dostupné z: <http://www.penalreform.org/monitoring-and-research-report-on-gacaca-information-gathering-during-the-national.html>
- *Organic Law N° 40/2000 of 26/01/2001 Setting up “Gacaca Jurisdictions” and Organizing Prosecutions for Offences Constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity Committed Between October 1, 1990 and December 31,1994*. 26.1.2001. Ověřeno k: 26.11.2008. Dostupné z: <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Law.pdf>
- *Organic Law N°16/2004 Of 19/6/2004 Establishing The Organisation, Competence And Functioning Of Gacaca Courts Charged With Prosecuting And Trying The Perpetrators Of The Crime Of Genocide And Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 And December 31, 1994*. 19.6.2004. Ověřeno k: 28.2.2009. Dostupné z: <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/newlaw1.pdf>
- *PRI Newsletter No.60, 2007(4)*. Penal Reform International, 2007. Ověřeno k: 10.3.2009. Dostupné z: <http://www.penalreform.org/resources/new-2007-newsletter-60-en.pdf>
- *PRI Research on Gacaca report. Rapport III: Jurisdictions in the Pilot Phase*. 2002. Ověřeno k: 24.2.2009. Dostupné z: <http://www.penalreform.org/gacaca-research-report-no.3-jurisdictions-in-the-pilot-phase.html>
- *PRI Research on Gacaca report. Rapport V: Cell-level preparations*. 2003. Ověřeno k: 28.2.2009. Dostupné z: <http://www.penalreform.org/gacaca-research-report-no.5-cell-level-preparations.html>
- Prunier, G.: *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*. 2. vydání. C. Hurst & Co. Publishers, 1998.
- Rotberg, R.I., Thompson, D. (eds.): *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, 2000.
- Roth-Arriaza, N.: *The New Landscape of Transitional Justice*. In Roth-Arriaza, N., Mariezcurrena, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University press, Cambridge 2006, s. 1-16.

- *Rwanda – Gacaca: A Question of Justice*. Amnesty International, 2002. Ověřeno k: 10.3.2009. Dostupné z: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR47/007/2002/en/b65d04e4-d769-11dd-b024-21932cd2170d/afr470072002en.pdf>
- *Rwanda/Gacaca - End Of The Gacaca Trials In A Northern Rwandan District*. On-line text, 23.3.2007. Ověřeno k: 13.3.2009. Dostupné z: <http://www.hirondellenews.com/content/view/176/99/>
- *Rwanda: The Number of Gacaca Courts in Operation*. UNHCR, 21.5.2008. Ověřeno k: 20.11.2010. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22529,4565c25f347,4885a91cc,0.html>
- Sarkin, J.: *The Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide*. Journal of African Law, Vol. 45, No. 2, 2001, s. 143-172.
- Schabas, W.A.: *Genocide Trials and Gacaca Courts*. Journal of International Criminal Justice 3, 2005, s. 879-895.
- *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. In Šturma, P.: *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva*. Nakladatelství Karolinum, Praha 2002, Příloha 3.
- Tiemessen, A.: *Transitional Justice: Lessons from Rwanda*. Paper presented at the International Studies Association Annual Convention, 28.2.2007, Chicago, USA. Ověřeno k: 12.2.2009. Dostupné z: http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/7/9/2/3/p179237_index.html
- *The Contribution of the Gacaca Jurisdictions to Resolving Cases Arising from the Genocide: Contributions, Limitations and Expectations of the Post-Gacaca Phase*. Penal Reform International, 2010. Ověřeno k: 20.11.2010. Dostupné z: <http://www.penalreform.org/publications/final-monitoring-and-research-report-gacaca-process>
- *Transitional Justice*. The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity, vol. 3, 2004, s. 1045-1047. Ověřeno k: 12.2.2009. Dostupné z: <http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>
- Tully, L.D.: *Human Rights Compliance and The Gacaca Jurisdictions In Rwanda*. Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 26, No. 2, 2003, s. 385-414. Ověřeno k: 10.2.2009. Dostupné z:

http://www.bc.edu/schools/law/lawreviews/meta-elements/journals/bcicl/26_2/09_FMS.htm

- Uvin, P.: *The Gacaca Tribunals in Rwanda. In Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003, s. 116-121. Ověřeno k: 28.3.2009. Dostupné z:
http://www.idea.int/publications/reconciliation/upload/reconciliation_chap07cs-rwanda.pdf
- Webley, R.: *Report on Rwanda*. University of California at Berkley. War Crimes Studies Center, 2004. Ověřeno k: 30.1.2009. Dostupné z:
<http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/RW.htm>
- Widner, J.: *Courts and Democracy in Postconflict Transitions: A Social Scientist's Perspective on the African Case*. The American Journal of International Law, Vol. 95, No. 1, 2001, s. 64-75.

Contact – email

lindajanku@seznam.cz

UNIVERSAL AND REGIONAL CONVENTIONS FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION: CO-EXISTENCE AND/OR CONFRONTATION

MARTIN JANKU

Ústav práva a humanitních věd, Provozně - ekonomická fakulta,
MENDELU Brno

Abstract in original language

Beginning with the adoption of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in 1950, the trend to elaborate regional standards continued with the adoption of the American Convention on Human Rights in 1967, which was subsequently followed by the African Charter on Human and People's Rights adopted in 1981. Various other international treaties have been elaborated in an effort to render the protection of not only civil and political rights, but also of economic, social and cultural rights more efficient. In some of these documents is, however, the understanding of these rights and the concrete scope of protection granted in the regional systems different. The paper attempts to answer the question to which extent the regional systems of human right protection are in conformity with the universally accepted catalogue of human rights and fundamental freedoms and to what extent the "double-track" regulation may disturb the uniform standard of their protection worldwide

Key words in original language

Human rights; UN conventions on Human rights protection; regional human right treaties.

Abstract

Počínaje přijetím Evropské úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod roku 1950, tendence vytvářet regionální standardy ochrany lidských práv pokračovala přijetím Americké úmluvy o lidských právech roku 1967, která byla následována Africkou chartou o lidských právech, schválenou roku 1981. byly vypracovány i další regionální úmluvy ve snaze učinit ochranu, poskytovanou nejen občanským a politickým právům, ale rovněž ekonomickým, sociálním a kulturním právům, efektivnější. V některých případech se však chápání těchto práv konkrétní rozsah jejich poskytování v rámci regionálních systémů ochrany liší. Příspěvek se snaží odpovědět na otázku, do jaké míry jsou regionální systémy ochrany lidských práv a základních svobod univerzálně uznávaným katalogem lidských práv a do jaké míry může jistá dvojkolejnost úprav a systémů ochrany mezinárodně právními akty různého regionálního dosahu narušovat žádoucí jednotný standard ochrany lidských práv a základních svobod.

Key words

Lidská práva; pakty OSN na ochranu lidských práv; regionální smlouvy na ochranu lidských práv.

INTRODUCTION

Starting with the Universal Declaration on the Human Rights (“UDHR” thereinafer) adopted in 1948, the international community created a universal system of human rights protection for the most part with control system headed by an international monitoring body accepting as complaints from states so individual complaints on behaviour – signatories of the conventions. The hardcore of this universal system of human rights protection represent six conventions adopted between 1965 and 2003 that achieved in average about 170 ratifications by signatory states (the Convention on the Rights of the Child is the most “successful” of these conventions with 193 ratification in total).

However, already the circumstance that there are about thirty states – members of the international community - who do not participate in the implementation of these conventions, weakens the really universal impact of these conventions. Their efficiency is furthermore impaired by the fact that the participation of states in the control system is less universal (e.g. the Optional protocol to the 1966 International Covenant on Civil and Human Rights the establishing the monitoring system of the Covenant received only 113 ratifications¹)

Therefore the regional systems of human rights and fundamental freedoms were created in the effort to strengthen the respect for human rights. Beginning with the adoption of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in 1950, the trend to elaborate regional standards continued with the adoption of the American Convention on Human Rights in 1967, which was subsequently followed by the African Charter on Human and People’s Rights adopted in 1981. Various other international treaties have been elaborated in an effort to render the protection of not only civil and political rights, but also of economic, social and cultural rights more efficient.

AIM OF THE WORK

The various international documents differs as to the understanding of human rights and fundamental freedoms. These rights are given concrete scope of protection granted in the regional systems that vary according to the political, religious, moral and cultural traditions and concepts that underlie the philosophy of the individual documents. The present work attempts to answer the question to which extent the regional systems of human right protection are in conformity with the universally accepted catalogue of human rights and fundamental freedoms and to what extent the

¹ for more details on the monitoring system see Möller J.T./ de Zayas A.: *The United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008*, N.P.Engel Publishers, Kehl/Strasbourg, 2009, ISBN 978-3-88357-144-7

"double -track " regulation may disturb the uniform standard of their protection worldwide

RESULTS AND DISCUSSION

In this part of the paper attention will be given of some of the major regional human rights treaties existing in Africa, Americas, Asia and Europe.

A. EUROPE

The European Union's activities are based on the main international and regional instruments for the protection of human rights, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Nine Protocols. The European Convention on Human Rights was adopted by the Council of Europe in 1950, and entered into force on 3 September 1953.² The Convention originally created both a European Commission and a European Court of Human Rights entrusted with the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties to the Convention, but with the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998, the control machinery was restructured so that all allegations are now directly referred to the European Court of Human Rights in Strasbourg, France. This Court is the first, and so far only, permanent human rights court sitting on a full-time basis. The rights protected by the Convention have been extended by Additional Protocols Nos. 1, 4, 6 and 7, all of which will be dealt with below. Protocol No. 12 concerning the prohibition of discrimination was opened for signature on 4 November 2000 in Rome, in the context of the fiftieth anniversary celebrations of the Convention itself, which was signed in the Italian capital on 4 November 1950. Finally, Protocol No. 13 was opened for signature in Vilnius on 3 May 2002.³

Some of the articles of the Convention and its Protocols provide for the possibility to impose restrictions on the exercise of rights in particular defined circumstances. This is the case with the right to respect for one's private and family life), the right to freedom of thought, conscience and religion, the right to freedom of expression and the right to peaceful assembly and freedom of association of the Convention. The same holds true with regard to the right to peaceful enjoyment of one's possessions in article 1 of Protocol No. 1 and the right to freedom of movement and residence in article 2 of Protocol No. 4.

² As of 29 April 2010 it had 47 States parties. (For the ratifications of the European Convention on Human Rights and its various Protocols, see <http://conventions.coe.int/>)

³ This protocol concerns the abolition of the death penalty in all circumstances.

The restrictions on the exercise of these rights must, however, in all circumstances be imposed “in accordance with the law”, be “provided for by law” or “prescribed by law”; and, with the exception of article 1 of Protocol No. 1, they must also be “necessary in a democratic society” for the particular purposes specified in the various articles, such as, for instance, in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others (the legitimate reasons vary depending on the right protected). It is true that, while the notion of a democratic society is thus not referred to in connection with restrictions that might be imposed on the right to peaceful enjoyment of one’s possessions, the notion of democracy and a democratic constitutional order is ever-present in the Convention and is a precondition for States that wish to join the Council of Europe. It is therefore possible to conclude that restrictive measures clearly alien to a democratic society respectful of human rights standards would not be considered to be in “the public interest” within the meaning of article 1 of Protocol No. 1.

The case-law of both the European Court of Human Rights and the now defunct European Commission of Human Rights contains rich and numerous interpretations of the term “necessity” in the various limitations provisions. Although it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in the context of freedom of expression, for instance, it is for the Court to give the final ruling on the conformity of any measure with the terms of the Convention, a competence that covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court. This European supervision thus also comprises the aim and necessity of the measure challenged.

Another important document is the EU Charter of Fundamental Rights, which was officially proclaimed at the Nice Summit in December 2000. The charter makes the overriding importance and relevance of fundamental rights more visible to the European Union's citizens by codifying material from various sources, such as the European Convention on Human Rights, common constitutional traditions, and international instruments.

The European Court of Human Rights is an international institution based in Strasbourg, which in certain circumstances can examine complaints by people claiming that their rights under the European Convention on Human Rights have been infringed. This Convention is an international treaty by which a large number of European States have agreed to secure certain fundamental rights. The rights guaranteed are set out in the Convention itself, and also in a number of protocols (which only some of member States have accepted).

B. NORTHERN AND SOUTHERN AMERICA

The American Convention on Human Rights, 1969, also commonly called the Pact of San José, Costa Rica, since it was adopted in that capital city, entered into force on 18 July 1978 and, as of 9 April 2002, had 24 States parties, following the denunciation of the treaty by Trinidad and Tobago on 26 May 1998⁴. The Convention reinforced the Inter-American Commission on Human Rights, which since 1960 had existed as an autonomous entity of the Organization of American States. It became a treaty-based organ which, together with the Inter-American Court of Human Rights, “shall have competence with respect to matters relating to the fulfilment of the commitments made by the States Parties” to the Convention⁵

In 1988, the General Assembly of the OAS further adopted the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, also called the Protocol of San Salvador. This Protocol develops the provisions of article 26 of the Convention whereby the States parties in general terms “undertake to adopt measures, both internally and through international co-operation, ... with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires”. This Protocol entered into force on 16 November 1999.⁶

Lastly, in 1990 the General Assembly also adopted the Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, which entered into force on 28 August 1991. The States parties to this Protocol are not allowed to apply the death penalty in their territory to any person subject to their jurisdiction. No reservations may be made to this Protocol, although States parties may declare at the time of ratification or accession that they reserve the right to apply the death penalty in wartime in accordance with international law, for extremely serious crimes of a military nature.

The States parties to the American Convention on Human Rights undertake to respect the rights and freedoms recognized therein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination on certain cited grounds⁷

⁴ . for the text see: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-32.html>

⁵ Robertson A.H., *Human Rights in National and International Law*, Wien, Universitat Wien, 1968

⁶ for the text see: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-52.html>

⁷ These undertakings have been interpreted by the Inter-American Court of Human Rights in particular in the case of Velásquez, which concerned the disappearance and likely death of Mr. Velásquez. In the view of the Court the obligation to respect the rights and freedoms recognized in the Convention implies that “the exercise of public authority has certain limits which derive from the fact that human rights are inherent attributes of human dignity

However, the American Convention on Human Rights foresees the possibility for the States parties to derogate from the obligations incurred by the Convention under the condition of

- exceptional threat: a State party can only resort to derogations in time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party.⁸

- strict necessity: a State party may only take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation

- consistency with other international legal obligations: the measures of derogation taken by the State party must not be “inconsistent with its other obligations under international law”, such as obligations incurred under other international treaties or customary international law.

The Inter-American Commission on Human Rights examines petitions filed by individuals who claim the violation of a protected right and may recommend measures to be carried out by the state to remedy the violation. If the country involved has accepted the Inter-American Court's jurisdiction, the Commission may submit the case to the Court for a binding decision.

The Inter-American Court of Human Rights is an autonomous judicial institution. Its purpose is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights.

Not all American states have ratified the American Convention on Human Rights. In the Caribbean, Barbados, Dominica, Grenada and Jamaica have ratified or acceded to the convention. Trinidad and Tobago denounced it in a communication addressed to the General Secretary of the OAS in 1998. Of the Commonwealth member states in the Caribbean, only Barbados has accepted the jurisdiction of the Inter-American Court on Human Rights without reservation (Trinidad has accepted the jurisdiction of the Court but has denounced it).

C. AFRICA

The African Charter on Human and People's Rights was adopted by the members of the former Organisation of African Unity- OAU (now the African Union) in 1981. It is the youngest of the regional mechanisms and also the most widely accepted of the regional charters, with 53 ratifications

and are, therefore, superior to the power of the State”. (-A Court HR, Velásquez Rodríguez Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4, p. 151, para. 165.)

⁸ This definition is worded differently from that under article 4 of the International Covenant and article 15 of the European Convention on Human Rights

or accessions. All African members of the Commonwealth are part of the regional Charter.⁹

The African Commission on Human and People's Rights is the institution created under the Charter to promote and protect human rights in the African context and interpret the Banjul Charter when required by the states or institutions of the African Union. The Commission has procedures in place to receive complaints from states and individuals.

The African Court on Human and People's Rights (ACHPR) was established in 1998 by a protocol (Protocol to the African Charter on Human And Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights). The Protocol establishing the ACHPR entered into force on January 1, 2004 upon its ratification by fifteen member states. However, the statute of the ACHPR has not yet been promulgated and a seat for the court has yet to be determined. Therefore much of the data regarding its functioning is not yet available.¹⁰

The African Charter on Human and Peoples' Rights is specific in that it protects not only rights of individual human beings but also rights of people. The Charter also emphasizes the individual's duties towards certain groups and other individuals. While some provisions of the African Charter allow for limitations to be imposed on the exercise of the rights guaranteed, no derogations are ever allowed from the obligations incurred under this treaty.

The African Commission on Human and Peoples' Rights consists of eleven members serving in their individual capacity. Within its fiction falls, first, of promoting human and peoples' rights, and, second, to protect these rights, including the right to receive communications both from States and from other sources.

The African Commission on Human and Peoples' Rights is, in particular, competent to:

- promote human rights by collecting documents, undertaking studies, disseminating information, making recommendations, formulating rules and principles and cooperating with other institutions;
- ensure the protection of human and peoples' rights by receiving inter-State communications, communications other than those of the States parties; and periodic reports from the States parties.

⁹ Brems, E.: *Human Rights : Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2001 ISBN 90-411-1618-4

¹⁰ *ibidem*

As to the function of promoting human and peoples' rights, the Commission, in particular, collects documents, undertakes studies and researches on African problems, organizes conferences, encourages domestic human rights institutions, and, according to circumstances given, can give its views or make recommendations to Governments. Further on, it formulated and laid down principles and rules aimed at solving legal problems relating to human and peoples' rights and, lastly cooperate with other African and international institutions concerned with the promotion and protection of these rights¹¹.

With regard to the Commission's function of ensuring the protection of human and peoples' rights under conditions laid down by the Charter, the Commission not only has competence to receive communications from States and other sources, but is also authorized to interpret all the provisions of the Charter at the request of a State Party, an institution of the OAU or an African Organization recognized by the OAU"¹².

D ASIAN AND PACIFIC REGIONAL HUMAN RIGHTS MECHANISMS

Unlike Europe, Africa and the Americas, the Asia and Pacific does not have a region-wide inter-governmental system – such as treaties, courts, commissions or other institutions – to protect and promote human rights.

However, steps have been taken at a sub-regional level to strengthen human rights:

- In South-East Asia the 10-member ASEAN group officially inaugurated the Intergovernmental Commission on Human Rights in 2009.
- In addition, Pacific Island nations are actively exploring strategies to develop human rights bodies that best meet their specific needs and circumstances.
- The Asia Pacific Forum , its member institutions and other partner organisations seek to support and engage with the various human rights protection systems in place across the region.

Regional cooperation of National human rights institutions

Asia Pacific Forum members also cooperate closely on human rights issues of common concern. One current area of joint action is the protection and promotion of the rights of migrants and migrant workers, as set out in the Seoul Guidelines (2008).

¹¹ Rehman, J., *International Human Rights Law*, Pearson Education, 2009, 2nd Ed. ISBN 978-1-4058-1181-1

¹² Hathaway, O. A. Do Human Rights Treaties Make a Difference? *The Yale Law Journal*, June, 2002, vol. 111, no. 8, s. 1935-2042

In June 2007 the national human rights commissions of Thailand, Indonesia, Malaysia and the Philippines signed a Declaration of Cooperation, which committed them to work together on five areas of shared concern.

The four institutions - jointly known as the ASEAN National human rights institutions Forum - have also worked together to promote the development of a human rights mechanism for the ASEAN region, and continue to encourage other ASEAN governments to establish national human rights institutions.

The 10-member Association of Southeast Asian Nations officially inaugurated the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights in October 2009. The Terms of Reference, drafted by a High Level Panel and agreed to by all the ASEAN members, set out the role and functions of the new body. The AICHR will initially focus on human rights promotion and will not receive or investigate complaints of human rights violations. One of its primary tasks is to “enhance public awareness of human rights among the peoples of ASEAN through education, research and dissemination of information.” It is also required to develop an ASEAN Human Rights Declaration “with a view to establishing a framework for human rights cooperation through various ASEAN conventions and other instruments dealing with human rights.” The AICHR will comprise one representative appointed by each member country to serve a three-year term. When appointing representatives, either drawn from civil society or government, member countries are required to consider “gender equality, integrity and competence in the field of human rights.”¹³

CONCLUSION

As the regional catalogues of universal human rights appeared in various regions of the world the true universality of the concept represented by the UN- Covenants has been contested in some aspects. In the 1990s some representatives of the Asian countries argued that Asian values were significantly different from Western values and included a sense of loyalty and foregoing personal freedoms for the sake of social stability and prosperity. ¹⁴However, the relativistic arguments tend to neglect the fact that modern human rights are new to all cultures, dating back no further than the UDHR in 1948. They also don't account for the fact that the UDHR was drafted by people from many different cultures and traditions.

Although the argument between universalism and relativism is far from complete, it is an academic discussion in that all international human rights instruments adhere to the principle that human rights are universally

¹³ Rehman, J, op. cit. pp. 458 - 471

¹⁴Ball, O., Gready, P.: *The No-Nonsense Guide To Human Rights* , 2007 , New Internationalist, ISBN:1904456456

applicable. The 2005 World Summit reaffirmed the international community's adherence to this principle: The universal nature of human rights and freedoms is beyond question.”¹⁵

Literature:

- Ball, O., Gready, P.: *The No-Nonsense Guide To Human Rights* , 2007 , New Internationalist, ISBN:1904456456
- Hathaway, O. A. Do Human Rights Treaties Make a Difference? *The Yale Law Journal*, June, 2002, vol. 111, no. 8, s. 1935-2042
- Möller J.T./ de Zayas A.: *The United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008*, N.P Engel Publishers, Kehl/ Strasbourg, 2009, ISBN 978-3-88357-144-7
- Robertson A.H., *Human Rights in National and International Law*, Wien, Universitat Wien, 1968
- Rehman, J., *International Human Rights Law*, Pearson Education, 2009, 2nd Ed. ISBN 978-1-4058-1181-1
- Brems, E.: *Human Rights : Universality and Diversity*, Martinus Noijhoff Publishers, Kluwer Law, 2001 ISBN 90-411-1618-4

Contact – email

jankum@mendelu.cz

¹⁵ 2005 World Summit, paragraph 12, available on <http://www.un.org/en/ga/documents/index.shtml>

PRÁVO NA (PŘÍZNIVÉ) ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ V KONTEXTU UNIJNÍHO PRÁVA

ONDŘEJ KÁBELA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Právo na (příznivé) životní prostředí představuje jedno ze základních práv jednotlivce zakotvené v různé intenzitě v ústavních zákonech mnoha evropských států. Ochranu životního prostředí si vytkla za jeden z cílů rovněž Evropská unie, přičemž její význam ještě vzrostl v souvislosti s ratifikací Lisabonské smlouvy. Následující příspěvek se proto zabývá vztahem unijního práva, mimo jiné pak nově právě závazné Listiny základních práv Evropské unie, a právě subjektivním právem na příznivé životní prostředí.

Key words in original language

Životní prostředí; základní právo; Lisabonská smlouva; Listina základních práv Evropské unie.

Abstract

Right to a (favorable) environment represents one of the fundamental rights of an individual set in a different intensity in constitutional laws of many European countries. The European Union defined the environmental protection as one of its goals, the importance of which even increased in connection with the ratification of the Treaty of Lisbon. This paper therefore deals with the relationship between the law of the European Union, e.g. the Charter of the Fundamental Rights of the European Union - newly legally binding, and the subjective right to a favorable environment.

Key words

Environment; fundamental right; Lisbon Treaty; Charter of the Fundamental Rights of the European Union.

1. ÚVOD

Evropská unie se již neprofiluje pouze jako seskupení evropských států k podpoře jejich vzájemné hospodářské spolupráce, jak tomu bylo na počátku tohoto integračního procesu. Důkazem tohoto postupného trendu, jehož cílem je zahrnout do oblasti vzájemné spolupráce členských států i oblasti, které s hospodářskou integrací možná na první pohled nemají zase tolik

společného, přesto s ní úzce souvisí, budiž podpora vzdělávání či snaha o zvyšování kvality životního prostředí.¹

Ačkoliv právě zvyšování kvality životního prostředí, resp. jeho ochrana představuje jeden z prioritních cílů, které si Evropská unie vytkla, zůstává otázkou, nakolik tato snah představuje účinný nástroj k podpoře kvalitních životních podmínek osob pobývajících v členských státech Evropské unie, nebo naopak pouze určitou politickou proklamaci bez aspirace na reálné uskutečnění z důvodu chybějících závazných, resp. v první řadě fakticky vynutitelných právních nástrojů.

Pro podporu prvně uvedené možnosti svědčí zejména zakotvení ustanovení týkajících se kvality životního prostředí přímo do textu Smlouvy o Evropské Unii (SEU) resp. Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU). Zásadní význam lze v této souvislosti přisoudit zejména čl. 11 SFEU, dle kterého *"požadavky na ochranu životního prostředí musí být zahrnuty do vymezení a provádění politik a činností Unie, zejména s ohledem na podporu udržitelného rozvoje."* Vedle tohoto ustanovení nelze nezmínit i samotnou smluvní úpravu inkorporovanou do SFEU v podobě čl. 191 an., zabývající se politikou životního prostředí v rámci Evropské unie jako takovou. Jejím hlavním cílem je vedle již zmíněného zlepšování kvality životního prostředí rovněž snaha o jeho zachování a ochranu. Přijetím Lisabonské smlouvy se pole působnosti Evropské unie v oblasti ochrany životního prostředí rozšířilo rovněž o boj s klimatickými změnami.

V souvislosti s Lisabonskou smlouvou je potřeba rovněž zmínit Listinu základních práv Evropské unie (LZPEU), které byla na rozdíl od dosavadního stavu přisouzena stejná právní síla jako zakladatelským smlouvám,² a to s ohledem na skutečnost, že rovněž LZPEU ochranu životního prostředí přímo zmiňuje. Činí tak ve své hlavě IV. (solidarita), čl. 37, dle kterého *"vysoká úroveň ochrany životního prostředí a zvyšování jeho kvality musí být začleněny do politik Unie a zajištěny v souladu se zásadou udržitelného rozvoje."*

Pro druhý z uvedených úhlů pohledu, tedy že ochrana životního prostředí v rámci unijního práva nedosahuje takové úrovně, jakou by bylo možné s ohledem na existující pravomoci, kterými zejména orgány Evropské unie v této oblasti disponují, při jejich efektivním využití dosáhnout, a tedy že předmětná ustanovení představují fakticky jen jakousi formu politické proklamace, svědčí mimo jiné fakt, že ačkoliv ochraně životního prostředí je věnována v rámci Evropské unie značná pozornost, je jeho naplňování

¹ Srovnej body 3 a 9 preambule Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU) společně s čl. 145 a čl. 6 odst. 2 písm. e) ves pojení s čl. 11 a 191 an. SFEU a dále bod 9 preambule či čl. 3 odst. 3 a čl. 21 Smlouvy o Evropské unii (SEU).

² Čl. 6 odst. 1 SEU.

ponecháno v první řadě samotným členským státům, přičemž tomu, komu je primárně určena, tedy především jednotlivcům, nebylo přinejmenším před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost umožněno se svého práva na (příznivé) životní prostředí před orgány Evropské unie domáhat přímo.

Následující příspěvek si proto klade zejména za cíl analyzovat, zda se s přijetím Lisabonské smlouvy podařilo výše uvedený nedostatek odstranit, resp., zda postavení jednotlivce v dané oblasti doznalo nějakých významnějších změn.

2. Z HISTORIE OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Jak již bylo uvedeno v úvodu, nepředstavovalo životní prostředí oblast, které by byla v počátcích integrace evropských států věnována zvlášť významná pozornost. Tento fakt ostatně dokládá i skutečnost, že na rozdíl od stávající právní úpravy obsažené v zakladatelských dokumentech Evropské unie neobsahovaly tehdejší smlouvy žádné výslovné zmocnění k vydávání prováděcích předpisů ve formě sekundárních právních aktů³. Změnu přineslo až přijetí Jednotného evropského aktu (JEA) v roce 1986, kterým byla Smlouva o založení evropského hospodářského společenství doplněna o hlavu VII nově definující činnost orgánů společenství právě v oblasti životního prostředí. Tyto byly pro příště oprávněny činit kroky vztahující se k životnímu prostředí v míře, v jaké může být stanovených cílů dosaženo lépe na úrovni společenství než na úrovni jednotlivých členských států.⁴

Zakotvení ochrany životního prostředí přijetím JEA přímo do zakládajících smluv, a tedy do primárního práva, fakticky znamenalo potvrzení již beztak existujícího postoje členských států k ochraně životního prostředí⁵, jakož i postoje Evropského soudního dvora (ESD), který v roce 1985 potvrdil, že "*ochrana životního prostředí představuje cíl, jehož dosažení je v obecném zájmu.*"⁶ Význam životního prostředí na unijní úrovni poté podtrhla

³ Dokumenty zabývající se problematikou ochrany životního prostředí byly vydávány na základě čl. 308, resp. 235 Smlouvy o založení evropského (hospodářského) společenství.

⁴ Čl. 25 JEA, resp. čl. 130 R odst. 4 Smlouvy o založení Evropského hospodářského společenství, dostupné na <http://www.euroskop.cz/gallery/2/763-jea.pdf> [naposledy navštíveno dne 20.11.2010]. Po přijetí tzv. Maastrichtské smlouvy z roku 1992 se tento princip známý též jako princip subsidiarity stal obecně platný pro celé unijní právo. Viz čl. 5 Smlouvy o Evropské unii, konsolidované znění zveřejněno v Úředním věstníku EU ze dne 09.05.2008, C 115, s. 13 an.

⁵ Srovnej např. akční plány pro ochranu životního prostředí, jejichž historie se datuje od 70. let 20. století. Viz Pekárek, M a kol.: *Právo životního prostředí*, I. díl, 2. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 49

⁶ ESD, rozsudek ze dne 07.02.1985 ve věci 240/83 (ADBHU), Sbirka rozhodnutí 1985, s. 531, bod 15.

Amsterodamská smlouva z roku 1997 doplňující Smlouvu o Evropské unii přijatou v roce 1992, která do primárního práva vnesla již zmíněný požadavek na respektování ochrany životního prostředí rovněž při provádění ostatních politik a činností Evropské unie.

Ačkoliv ochrana životního prostředí s ohledem na znění zakladatelských smluv Evropské unie a zejména velké množství sekundárních právních aktů⁷ jednoznačně reprezentuje cíl, jehož dosažení je věnováno na úrovni Evropské unie velké úsilí, je tato snaha poněkud zastíněna faktem, že ti, kterým je ochrana životního prostředí primárně určena, tedy osoby pobývající v členských státech Evropské unie, se nemohou svého „*práva na příznivé životního prostředí*“, v případě, že dojde k porušení předmětných ustanovení obsažených v primárním právu, dovolávat přímo u příslušných orgánů Evropské unie, jak je tomu v případě základních svobod Evropské unie. Evropská unie se tak ve svém důsledku ochuzuje o ten nejučinnější systém kontroly dodržování platných předpisů. Neboť kdo jiný by měl mít větší zájem na dodržování nastavených zákonných limitů, než právě osoby, k ochraně jejichž životních podmínek je tato právní úprava určena?

3. LISABONSKÁ SMLOUVA A OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Ratifikace Lisabonské smlouvy a její vstup v platnost v prosinci 2009 znamenal v historii Evropské unie významný mezník. Nejen, že došlo k jistému⁸ sjednocení dosavadní dvojkolejnosti, kdy vedle sebe existovala na jedné straně Evropská unie, jejíž postavení jakožto subjektu mezinárodního práva bylo i přes její faktickou činnost přinejmenším sporné, a na straně druhé pak Evropské společenství, ale rovněž i k významným změnám uvnitř samotné Evropské unie. Namátkou stačí uvést upevnění demokratizačního prvku integrace prostřednictvím posílení pravomocí jak Evropského parlamentu, tak parlamentů jednotlivých členských států, nebo možnost členského státu z Evropské unie vystoupit.

I přes vcelku široký záběr změn, které s sebou Lisabonská smlouva přinesla, doznala oblast životního prostředí a jeho ochrany jen nepatrných doplnění. Vedle pozměnění legislativního postupu upravujícího postup orgánů EU při přijímání konkrétních opatření k dosažení stanovených cílů se jedná zejména o tyto změny:

⁷ Viz přehled právních předpisů Evropské unie, jejichž předmětem úpravy je životní prostředí a jeho ochrana, dostupný na http://europa.eu/legislation_summaries/environment/index_en.htm [naposledy navštíveno dne 20.11.2010].

⁸ Pro určité zjednodušení zde nebude blíže diskutován vztah Evropské unie a Evropského společenství pro atomovou energii.

- vysoký stupeň ochrany a zlepšení kvality životního prostředí byl explicitně zařazen mezi cíle Evropské unie (čl. 2 odst. 3 SEU) a
- ochrana životního prostředí byla rozšířena o boj s klimatickými změnami (čl. 191 odst. 1 odrážka 4 SFEU).

Uvedený výčet lze ještě pro úplnost doplnit o přijetí zcela nové hlavy XXI SFEU, která upravuje oblast energetiky, přičemž za dílčí cíl, jenž úzce souvisí s ochranou životního prostředí, a který si Evropská unie v této oblasti vytkla, představuje rozvoj nových a obnovitelných zdrojů energie.

V souvislosti s přijetím Lisabonské smlouvy nelze opominout již zmiňovanou LZPEU, konkr. její čl. 37. Tento nově stanovuje, že „*vysoká úroveň ochrany životního prostředí a zvyšování jeho kvality musí být začleněny do politik Unie a zajištěny v souladu se zásadou udržitelného rozvoje.*“ Při bližším srovnání tohoto ustanovení však nelze nedospět k závěru, že jeho znění představuje pouze určitou syntézu již existujících ustanovení zakládajících smluv, jmenovitě čl. 2 odst. 3 SEU, podle kterého Evropská unie usiluje o „*udržitelný rozvoj [...], založený na [...] vysokém stupni ochrany a zlepšování kvality životního prostředí*“ a čl. 11 SFEU, na základě něhož „*požadavky na ochranu životního prostředí musí být zahrnuty do vymezení a provádění politik a činností Unie, zejména s ohledem na podporu udržitelného rozvoje.*“ Ve svém důsledku tak ani přijetí a zejména právní závaznost LZPEU neznamená pro oblast životního prostředí žádný zlomový moment. Tento fakt navíc podtrhuje samotná SEU, neboť dle jejího čl. 6 odst. 1 LZPEU „*nijak nerozšiřuje pravomoci Unie vymezené ve Smlouvách.*“ S ohledem na tuto skutečnost tak nelze než dospět k závěru, že ani takový přelomový dokument v historii Evropské unie, jakým Lisabonská smlouva bezesporu je, nepřinesl dílčími úpravami primárních předpisů v oblasti životního prostředí, konkr. v postavení a právech jednotlivců, žádný významný posun směřující k zajištění optimalizace kontrolního mechanismu.

Nicméně, jak již bylo nastíněno na jiném místě tohoto příspěvku, představovalo přijetí Lisabonské smlouvy významné změny v mnoha oblastech Evropské unie. Jednou z těchto oblastí byla i ochrana základních práv, o kterých se zmiňuje čl. 6 SEU. Tento byl Lisabonskou smlouvou významně modifikován, a to zejména ve snaze zajisti v Evropě jednotný standard ochrany těchto základních práv, která je jednoznačným způsobem deklarována odhodláním Evropské unie přistoupit k Evropské úmluvě o ochraně základních práv a svobod (EÚOZPS)⁹ přijatých na půdě Rady

⁹ Přistoupení Evropské unie k EÚOZPS bylo dlouhou dobu blokováno ze strany Ruska, které ratifikovalo 14. dodatkový protokol, který pozměňoval čl. 59 EÚOZPS tak, aby k ní mohla Evropská unie přistoupit, až v únoru 2010. Protokol tak nabyl účinnosti k 1. červnu 2010.

Evropy v roce 1953, ztělesňující „nejstarší smluvní úpravu svého druhu zaměřující se na regionální ochranu lidských práv“.¹⁰ Pro ochranu základních práv v rámci Evropské unie hrají vedle EÚOZPS rozhodující roli i ústavní předpisy jednotlivých členských států, neboť pouze ta základní práva, která jsou obsažena v EÚOZPS a zároveň vyplývají z ústavních tradic členských států,¹¹ tvoří obecné právní zásady, na nichž je Evropská unie založena a jichž je tedy zákonitě i garantem.

Pro jednotlivce má tato skutečnost za následek, že v případě (hrozícího) zásahu do těch základních práv, která splňují výše uvedené předpoklady, je možné se dovolávat jejich ochrany i v rámci samotné Evropské unie.

V diskutovaném případě tak vyvstává otázka, zda se jednatel nemůže svého práva na příznivé životní podmínky, resp. jeho ochrany dovolat s odkazem na příp. existenci práva na příznivé životní prostředí jakožto základního práva? Tato cesta by však byla průchozí pouze tehdy, jestliže by takové právo splňovalo právě ony zmiňované předpoklady, tedy:

- bylo by zaručeno EÚOZPS a
- vyplývalo z ústavních tradic členských států.

Odpověď na výše uvedenou otázku se pokusí nastínit následující část tohoto příspěvku.

4. EVROPSKÁ UNIE A OCHRANA ZÁKLADNÍCH PRÁV

Před samotným rozбором předpokladů, jejichž splnění je podmínkou pro uznání práva za právo základní, kterému je v rámci Evropské unie poskytována ochrana, ve vztahu k právu jedince na životní prostředí, považuje autor za smysluplný krátký exkurz do historie ochrany základních práv na unijní úrovni.¹²

¹⁰ Grabenwarter, Ch.: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2008, s. 1.

¹¹ EÚOZPS jakož i ústavy členských států jsou tak brány toliko jakožto právně nezávazné prameny poznání práva. Viz ESD, rozsudek ze dne 14.05.1974 ve věci 4/73 (Nold), Sb. 1974, s. 491, bod 13. Blíže Theurer, N.: Das Verhältnis der EG zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse des Gutachtens 2/94 des EuGH, 1. vydání, Bern: Stämpfli, 1998, s. 19. Tento stav by se přistoupením Evropské unie k EÚOZPS samozřejmě zásadně změnil.

¹² Srovnej rovněž Černá, D.: Standard lidských práv v Evropě – Srovnání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Listiny základních práv Evropské unie, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, ediční středisko a nakladatelství Eva Rozkotová-IFEC, 2009, s. 68 an; Blahož, J.: Sjednocující se Evropa a lidská práva, in

V současnosti je ochrana základních práv v rámci Evropské unie výslovně zaručena již zmiňovaným čl. 6 SEU. Dosažení tohoto stavu však předcházela dlouhá cesta, neboť v samotných počátcích této evropské integrace bylo jako jediné základní právo zajištěno zakládajícími smlouvami pouze právo nebýt diskriminován. Tento stav zprvu neprolomil ani jindy tak aktivní ESD, který až do konce 60. let 20. století, konkr. do svého rozhodnutí ve věci Stauder,¹³ neshledal dostatek kompetencí k posouzení otázek souvisejících s ochranou základních práv.¹⁴

Poté, co základní práva byla výše uvedeným rozhodnutím ESD označena za součást obecných zásad unijního práva, kterým je proto nutné zajistit soudní ochranu,¹⁵ ESD upřesnil,¹⁶ jaká z práv požívají statut základních práv ve shora uvedeném smyslu. Není náhodou, že mezi tato práva spadají právě ta, která jsou obsažena v ústavních předpisech členských států či mezinárodních smlouvách na ochranu lidských práv, zejména pak v EÚOZPS.¹⁷ Přijetím Smlouvy o Evropské unii v roce 1992¹⁸ a jejím čl. 6, resp. čl. 46 lit. d), který upravoval postavení ESD, byl tento stav už jen fakticky potvrzen a následně dovršen právě ratifikací Lisabonské smlouvy.

4.1 PRÁVO ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ V ÚSTAVNÍCH PŘEDPÍSECH ČLENSKÝCH STÁTŮ

Právo na (příznivé) životní prostředí,¹⁹ které úzce souvisí s právem na život a zdraví,²⁰ je postupem doby a zejména vzájemné interakce nejen mezi

Aplikované právo, č. 1, 2003, s. 9 an., dostupný na www.aplikovanepravo.cz [naposledy navštíveno dne 20.11.2010].

¹³ ESD, rozsudek ze dne 12.11.1969 ve věci 29/69 (Stauder), Sb. 1969, s. 419.

¹⁴ ESD, rozsudek ze dne 04.02.1959 ve věci 1/58 (Stork), Sb. 1958/59, s. 64; ESD, rozsudek ze dne 01.04.1965 ve věci 40/64 (Sgarlata), Sb. 1965, s. 312.

¹⁵ ESD, rozsudek ze dne 12.11.1969 ve věci 29/69 (Stauder), Sb. 1969, s. 419, bod 7.

¹⁶ Viz ESD, rozsudek ze dne 17.12.1970 ve věci 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Sb. 1970, s. 1125, bod 4; ESD, rozsudek ze dne 14.05.1974 ve věci 4/73 (Nold), Sb. 1974, s. 491, bod 13.

¹⁷ Za zvlášť významnou smlouvu v oblasti ochrany základních práv přitom ESD označil právě EÚOZPS. Viz ESD, rozsudek ze dne 13.12.1979 ve věci (Hauer), Sb. 1979, s. 3727, bod 15; ESD, rozsudek ze dne 15.05.1986 ve věci C-222/84 (Johnston).

¹⁸ Úřední věstník č. C 191 ze dne 29.07.1992, s. 1 an.

¹⁹ Tímto právem se pro účely tohoto příspěvku rozumí „hmotné“ právo, nikoliv právo „procesní“, které představuje možnost jedinců podílet se na přijímání individuálních správních aktů, přístup k informacím či právo dožadovat se ve věcech ochrany životního prostředí přístupu k soudu. Viz Šturma, P., Damohorský, M., Ondřej, J., Zástěrová, J., Smolek, M.: Mezinárodní právo životního prostředí, I. část, ediční středisko a nakladatelství Eva Rozkotová-IFEC: Beroun, 2008, s. 43 an.

evropskými státy s narůstající intenzitou stále více vnímáno jako základní lidské právo.²¹ Této skutečnosti odpovídá rovněž zakotvení právě tohoto práva v různých formách v ústavních dokumentech většiny evropských států.²² Mezi tyto lze zařadit např. Portugalsko, Francii, Maďarsko, Lotyšsko, Slovinsko nebo Českou či Slovenskou republiku. Pouze v případě dvou prvně jmenovaných zemí je však možné se práva na příznivé, příp. důstojné životní prostředí dovolat jako práva chráněného přímo ústavou, resp. ústavními předpisy.²³ V drtivé většině zemí včetně České republiky²⁴ a Slovenska²⁵ je však možné na tohoto práva zaručeného ústavou domáhat pouze v mezích prováděcích předpisů. Možnost dovolávat se určitého práva souvisejícího s právem na příznivé životní prostředí, jak je zaručeno ústavními předpisy, tak závisí na tom, zda a jakým způsobem tyto prováděcí předpisy to či ono právo upraví.

Sama skutečnost, že konkrétní právo, v daném případě právo na příznivé životní prostředí, byť zakotveno v ústavních zákonech států, resp. možnost jedince se tohoto práva dovolávat, závisí na existenci prováděcí zákonné úpravy, dává tušit, že právo na životní prostředí nespadá do skupiny těch

²⁰ Damohorský, M., Müllerová, H.: Ochrana životního prostředí v ústavách zemí Evropské unie. In Klíma, K. Jirásek, J. (eds.): Pocta Jánů Gronskeému. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 375 an.

²¹ Blíže Šturma, P., Damohorský, M., Ondřej, J., Zástěrová, J., Smolek, M.: Mezinárodní právo životního prostředí, I. část, ediční středisko a nakladatelství Eva Rozkotová-IFEC: Beroun, 2008, s. 36; Damohorský, M.: Právo na příznivé životní prostředí jako základní lidské právo, In: Jirásková, V., Vondráček, J.: Právní stát – současnost a budoucnost, Praha: Univerzita Karlova, 2001, s. 65 an..

²² Klokočka, V., Wagnerová, E.: Ústavy států Evropské unie, 1. díl., 2. vydání, 2004, Praha: Linde.

²³ Srovnej čl. 66 odst. 1 portugalské ústavy, dle kterého "*každý má právo na lidsky důstojné, zdravé a ekologicky přiměřené životní prostředí a je povinen o jeho udržení pečovat.*" Viz Klokočka, V., Wagnerová, E.: Ústavy států Evropské unie, 1. díl., 2. vydání, 2004, Linde: Praha, s. 346. V případě Francie je právo na životní prostředí zajištěno Chartou životního prostředí, která je součástí ústavního pořádku. Dokument dostupný na http://campusdurable.univ-fcomte.fr/download/developpement-durable/document/references/a7-charte_environnement.pdf [naposledy navštíveno dne 20.11.2010].

²⁴ Viz čl. 35 odst. 1 ve spojení s čl. 41 Listiny základních práv a svobod. K úpravě práva na životní prostředí v ústavním pořádku České republiky blíže Klíma, K. a kol.: Komentář k Ústavě a Listině, 2. rozšířené vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 1283. Srovnej rovněž Pekárek, M a kol.: Právo životního prostředí, I. díl, 2. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 37 an.

²⁵ Viz čl. 44 a 45 ve spojení s čl. 51 Ústavy Slovenské republiky. Blíže Košičiarová, S. a kol.: Právo životného prostredia, 2. zmenené a rozšírené vydanie, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 51 an.

práv, které lze charakterizovat jako práva základní, tj. práva, jejichž význam je pro demokratické státy tak zásadní, že umožňují jednotlivcům dovolávat se ochrany těchto práv přímo s odkazem na ústavní pořádek, bez ohledu na (ne)existenci prováděcích norem. Mezi taková práva řadíme např. právo na život, osobní svobodu, lidskou důstojnost atd. Jedná se o tzv. práva první generace, kterými jsou obecně nazývána práva občanská a politická. Tato práva byla doplněna o práva z hospodářské, sociální a kulturní oblasti, pro která se vžil souborné označení "práva druhé generace".²⁶ Ani v jedné z těchto skupin práv však právo na příznivé životní prostředí nefiguruje, resp. je zmíněno jen nepřímo.²⁷ Je to dáno zejména tím, že potřeba zajistit příznivé životní prostředí v širším slova smyslu vyvstala až v souvislosti s hospodářským rozvojem jednotlivých států a jejich snahou o udržení příznivých pracovních podmínek. Právo na příznivé životní prostředí tak, společně např. s právem na ochranu spotřebitele, označujeme jako právo tzv. třetí generace.²⁸

Jak z výše uvedeného vyplývá, jedná se v případě práva na životní prostředí o relativně novodobé základní lidské právo,²⁹ které, co se historie jeho geneze a nepřímo tak i významu, který mu je přikládán, týče, se nemůže s občanskými či politickými právy srovnávat. Již s ohledem na tento fakt by bylo zařazení práva na příznivé životní prostředí mezi „tradiční“ práva, jak je má na mysli čl. 6 SEU, za současného stavu jen stěží obhajitelné. Právo na životní prostředí tak nespadá mezi základní práva tvořící obecné právní zásady, na nichž je Evropská unie založena a k jejichž ochraně se zavázala. Jedině se tak nemůže tohoto práva dovolávat vůči orgánům Evropské unie přímo.

4.2 EÚOZPS A OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

I když v podstatě již jen pro doplnění, neboť jak předchozí kapitola dokládá, není jedna z kumulativních podmínek stanovených čl. 6 odst. 3 SEU splněna, a tudíž není možné právo na ochranu (příznivého) prostředí zahrnout mezi chráněná základní práva, je s ohledem na úplnost žádoucí zmínit rovněž vztah životního prostředí a EÚOZPS.

²⁶ Srovnej Mezinárodní pakt o občanských a politických právech a Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 1966, dokumenty dostupné na <http://www.osn.cz/dokumenty-osn/soubory/mezinar.pakt-obc.a.polit.prava.pdf> resp. <http://www.osn.cz/dokumenty-osn/soubory/mezinarodni-pakt-o-hospodarskych-socialnich-a-kulturnich-pravech.pdf> [naposledy navštíveno dne 20.11.2010].

²⁷ Viz čl. 12 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech.

²⁸ Srovnej Černá, D.: Standard lidských práv v Evropě – srovnání Evropské úmluvy a Charty základních práv Evropské unie, in: Právník, č. 4, 2008, s. 371 an.

²⁹ Právo na příznivé životní prostředí jakožto základní lidské právo uznala až Stockholmská deklarace z roku 1972 přijatá na půdě OSN.

Samotná EÚOZPS právo na životní prostředí ve svém textu přímo nezmiňuje. Mohlo by se tedy zdát, že jeho ochrana je apriori vyloučena. Tento závěr by však nebyl zcela přesný, jak ostatně dokládá i rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva (ESLP).³⁰ Tento totiž v několika svých rozhodnutích³¹ přiznal za určitých okolností, byť nepřímo, ochranu i tomuto právu s tím, že "Úmluva nepřiznává výslovně právo na klidné a zdravé životní prostředí, ale [...] čl. 8 může zahrnout právo být chráněn před závažnými zásahy do životního prostředí, neboť takové zásahy mohou narušit klidný život člověka, bránit mu v pokojném užívání jeho obydlí a poškodit tak jeho soukromý a rodinný život."³² Jak z citovaného rozsudku ESLP vyplývá, je možné poskytnout v rámci EÚOZPS jednotlivci ochranu práva na příznivé životní prostředí jen tehdy, je-li zároveň porušeno i právo výslovně chráněné EÚOZPS. Mezi nejčastěji takto dotčená práva patří právo na respektování soukromého a rodinného života a obydlí (čl. 8 EÚOZPS) či právo vlastnit majetek (čl. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k EÚOZPS). Pro posouzení konkrétního případu však bude rozhodující zejména intenzita zásahu a jeho dopad do sféry chráněného práva.³³

5. ZÁVĚR

Ochrana životního prostředí na unijní úrovni představuje jeden z významných cílů, které si Evropská unie stanovila. Tomu odpovídá i její poměrně vysoká legislativní aktivita v této oblasti. I přes tyto skutečnosti však za současného stavu integrace členských států není jednotlivci přiznána možnost domáhat se toho svého práva na příznivé životní prostředí přímo u příslušných orgánů Evropské unie, a to i přes to, že toto právo je součástí mnoha ústavních zákonů evropských států. Důvodem je skutečnost, že právo na ochranu příznivého životního prostředí nenaplnuje požadavky kladené na "základní" práva, jak je uvádí čl. 6 odst. 3 SEU. S ohledem na plánované přistoupení Evropské unie k EÚOZPS a dosavadní praxi ESLP však není vyloučeno, že se do budoucna tento stav změní.

Literature:

- Blahož, J.: Sjednocující se Evropa a lidská práva, in Aplikované právo, č. 1, 2003 [www.aplikovanepраво.cz]

³⁰ Srovnej Blahož, J.: Sjednocující se Evropa a lidská práva, in Aplikované právo, č. 1, 2003, s. 9. Dostupné na www.aplikovanepраво.cz [naposledy navštíveno dne 20.11.2010].

³¹ Asi nejznámější z nich s ohledem na jeho průlomový charakter představuje rozsudek ve věci Lopez Ostra vs. Španělsko z roku 1994, č. 303-C.

³² Rozsudek Hatton at al. vs. Spojené království z 9. července 2003, § 96.

³³ Blíže Repík., B.: Chrání Evropská úmluva o lidských právech právo na životní prostředí?, in: Bulletin advokacie, č. 7/8 a 9, 2005, s. 20 an, resp. 65 an.

- Černá, D.: Standard lidských práv v Evropě – srovnání Evropské úmluvy a Charty základních práv Evropské unie, in: *Právník*, č. 4, 2008, s. 379, ISSN 0231-6625.
- Černá, D.: Standard lidských práv v Evropě – Srovnání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Listiny základních práv Evropské unie, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, ediční středisko a nakladatelství Eva Rozkotová-IFEC, 2009, s. 161, ISBN 978-80-87146-21-7.
- Damohorský, M.: Právo na příznivé životní prostředí jako základní lidské právo, In: Jirásková, V., Vondráček, J.: *Právní stát – současnost a budoucnost*, Praha: Univerzita Karlova, 2001, s. 171, ISBN 80-85889-38-2.
- Damohorský, M., Müllerová, H.: Ochrana životního prostředí v ústavách zemí Evropské unie. In Klíma, K. Jirásek, J. (eds.): *Pocita Jánu Gronskému*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 614, ISBN 978-80-7380-094-9.
- Grabenwarter, Ch.: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2008, s. 451, ISBN 978-3-406-56784-1.
- Klíma, K. a kol.: *Komentář k Ústavě a Listině*, 2. rozšířené vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 1441, ISBN 978-80-7380-140-3.
- Klokočka, V., Wagnerová, E.: *Ústavy států Evropské unie*, 1. díl., 2. vydání, 2004, Praha: Linde, s. 795, ISBN 80-7201-466-8.
- Košičiarová, S. a kol.: *Právo životného prostredia*, 2. zmenené a rozšírené vydanie, Aleš Čeněk: Plzeň, 2009, s. 680, ISBN 978-80-7380-143-4.
- Pekárek, M a kol.: *Právo životního prostředí*, I. díl, 2. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 324, ISBN 978-80-210-4926-0.
- Repík., B.: Chrání Evropská úmluva o lidských právech právo na životní prostředí?, in: *Bulletin advokacie*, č. 7/8 a 9, 2005, ISSN 1210-6348.
- Šturma, P., Damohorský, M., Ondřej, J., Zástěrová, J., Smolek, M.: *Mezinárodní právo životního prostředí*, I. část, ediční středisko a

nakladatelství Eva Rozkotová-IFEC: Beroun, 2008, s. 194, ISBN 80-903409-2-X.

- Theurer, N.: Das Verhältnis der EG zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse des Gutachtens 2/94 des EuGH, 1. vydání, Bern: Stämpfli, 1998, s. 71, ISBN 3-7272-1716-2.

Contact – email

ondrej.kabela@seznam.cz

STRUČNĚ O PODPŮRNÉ KONZULÁRNÍ OCHRANĚ OBČANŮ EVROPSKÉ UNIE

FILIP KŘEPELKA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno, Česká republika / the
Czech Republic

Abstract in original language

Príspevok vysvetľuje právny rámec a podobu konzulárnej a diplomatickej ochrany občanů Evropské unie prostřednictvím velvyslanectví a konzulátů jiných členských států. Pozornost při objasňování uplatňování tohoto základního občanského práva Evropské unie si zaslouží národní standardy konzulární ochrany a důvody jejího malého využívání, jakož také možnost převzetí konzulární ochrany Evropskou unií.

Key words in original language

Evropská unie; Konzulární a diplomatická ochrana

Abstract

The paper describes legal framework and reality of consular and diplomatic protection of citizens of the European Union by embassies and consulates of other member states. The attention should be paid to realization of this basic civic right of the European Union to national standards of consular protection and to ground of limited use of this protection and to possibility of direct consular protection by the European Union.

Key words

European Union; Consular and Diplomatic Protection.

Problematikou podpůrné konzulární a diplomatické ochrany občanů Evropské unie¹ se zabývala během posledních dvou let celoevropská studie CARE - Consular and Diplomatic Protection in Europe Study,² vedená profesorem Erichem Schweighoferem (Universität Wien) a doktorem Sebastianem Farem (L'Istituto di Teoria e Tecnica dell'Informazione Giuridica, Florencie) a financovaná výzkumným grantem Evropské unie.

Měl jsem možnost být zpravodajem této studie ohledně konzulární ochrany poskytované Českou republikou. Zde proto chci poděkovat za zpřístupnění základních údajů, objasnění praxe a zprostředkování zkušeností

¹ Tento text zachycuje příspěvek přednesený 11. listopadu 2010 na konferenci „Dny práva“ na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Podrobnější představení tématu připravuji pro časopis „Právník“.

² Internetová prezentace studie: <http://www.careproject.eu>.

pracovníkům konzulárního odboru Ministerstva zahraničních věcí JUDr. Vieře Jarešové a Mgr. Jindřichu Kubovskému.

Během studie se rychle ukázalo, že podpůrná konzulární a diplomatická ochrana občanů Evropské unie podle čl. 20 Smlouvy o založení Evropského společenství a posléze po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost v prosinci 2009 podle čl. 23 Smlouvy o fungování Evropské unie je problematika, kterou nelze popsat bez pozornosti konzulární a diplomatické ochraně jako takové. Hlavní zůstává totiž pro velvyslanectví a konzuláty členských států ochrana vlastních občanů. Ochrana poskytovaná členskými státy Evropské unie, popřípadě dalšími evropskými a jinými vyspělými státy se přitom v jednotlivostech nemálo odlišuje.

Zkoumání konzulární a diplomatické ochrany vyžaduje připomenutí jejího právního rámce. Konzulární a diplomatickou ochranu právo popisuje běžně jenom dílem, řada záležitostí zůstává neupravena.

Nejdříve je ovšem třeba připomenout, že konzulární ochrana (pomoc) není totožná s diplomatickou ochranou.³ Připouštím, že častému směšování diplomatické a konzulární ochraně napomáhá skutečnost, že velvyslanectví (diplomatické mise) vyřizují běžně prostřednictvím svých konzulárních oddělení konzulární agendu, jak koneckonců připouští mezinárodní právo.⁴

Konzulární ochrana zahrnuje mezinárodním právem předpokládanou pomoc občanům vlastního státu v nouzi, například pokud tito postrádají cestovní doklady, ocitli se bez peněz, stali se obětí zločinu, dopravní nehody, nepokojů či přírodních pohromy, utrpěli závažný úraz či těžce onemocněli nebo dokonce byli zatčeni, zadrženi, uvězněni a souzeni či uneseni. Šíře pojatou ochranou je usnadnění vyřizování správních a soudních záležitostí občanů pobývajících za hranicemi. Zvláštní je hromadná pomoc skupinám občanů při vypuknuvších válkách, nepokojích nebo rozsáhlých živelných pohrom (např. jihoasijské tsunami v prosinci 2006 zasáhnuvší desetitisíce evropských turistů). Lze dodat, že typickou konzulární agendu představuje rovněž udělování víz cizincům, které pochopitelně nepředstavuje ochranu.

Diplomatická ochrana je naopak výjimečná. Spočívá ve snaze nejen diplomatů, ale hlavně vrcholných představitelů států (ministrů, premiérů, ba hlav států) či představitelů mezinárodních organizací ochránit jednotlivce v nesnázích uplatněním politického vlivu.

³ Na konferenci „Dny práva“ se věnoval tématu Petr Pavlovič s příspěvkem *Vztah diplomatickej ochrany a konzulárnej pomoci vo svetle judikatúry Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti a Medzinárodného súdneho dvora*, jeho příspěvek je bude bezpochyby zachycen písemně v tomto sborníku.

⁴ Čl. 3 odst. 2 Vídeňské úmluvy o diplomatických stycích a čl. 3 Vídeňské úmluvy o konzulárních stycích.

Při výuce práva nebývá vždy dobře představen právní režim konzulární ochrany. Mezinárodní právo zakládá možnost konzulární ochrany, nikoli povinnost států chránit své občany, pokud se v zahraničí ocitnou v nesnázích.

Nyní celosvětově uplatňovaný mezinárodní rámec tvoří Vídeňská úmluva o konzulárních stycích sjednaná v roce 1963,⁵ představující zachycení již více než století se rozvíjejících obyčejů. Srovnatelný obsah mívají dvoustranné smlouvy o konzulárních stycích,⁶ které též potvrzují, že státy se jako smluvní strany uznávají a udržují styk prostřednictvím konzulátů.

Od tohoto mezinárodně-smluvního práva je třeba rozlišovat smlouvy o spolupráci při konzulární ochraně, které předpokládají pomoc velvyslanectví či konzulátu jedné smluvní strany občanům druhé smluvní strany ve státech, popř. částech států, kde chybí vlastní zastupitelský úřad. Česká republika z pochopitelných důvodů navázala takovou spolupráci se Slovenskem, se kterým se koneckonců musela dohodnout na rozdělení československé diplomatické a konzulární služby.⁷

Režim Evropské unie je nadnárodní obdoba takové spolupráce. Připomínám, že citovaná ustanovení zřizovací smlouvy upřesňuje rozhodnutí 95/553/ES,⁸ které zdůrazňuje omezení konzulární ochrany na případy nouze výčetem důvodů pomoci.⁹ Ustanovení zřizovací smlouvy je ostatně zavádějící, pokud zmiňuje též diplomatickou ochranu.¹⁰ Vyloučena jistě není. Evropská unie se ve světě těší nepřehlédnutelnému vlivu. Doklady jejího poskytování nicméně víceméně chybějí. Na každý pád pro ni Evropská unie právní rámec nevytváří.

⁵ Pro Československo závazná od roku 1968, český překlad zveřejněn vyhláškou č. 32/1969 Sb., pro Českou republiku závazná na základě přistoupení 22. 2. 1993.

⁶ Např. Konzulární úmluva mezi Československou socialistickou republikou a Polskou lidovou republikou (č. 83/1973 Sb.).

⁷ Ujednání mezi Ministerstvem zahraničních věcí České republiky a Ministerstvem zahraničních věcí Slovenské republiky o spolupráci v oblasti konzulárních služeb, sjednané 4. 2. 1993, české znění zveřejněno pod č. 120/2001 Sb.m.s. Ujednání upřesňuje ještě výměna dopisů mezi stranami zveřejněná pod č. 75/2003 Sb. m. s.

⁸ Rozhodnutí zástupců vlád členských států, zasedajících v Radě, ze dne 19. prosince 1995 o ochraně občanů Evropské unie prostřednictvím diplomatických a konzulárních zastoupení.

⁹ Demonstrativní výčet čl. 5 Rozhodnutí zmiňuje pomoc v případě úmrtí, vážných nehod nebo onemocnění, zatčení nebo zadržení, obětem trestných činů a pomoc v nouzi včetně navrácení (repatriace).

¹⁰ „Každý občan Unie má na území třetí země, kde členský stát, jehož je občan státním příslušníkem, nemá své zastoupení, právo na diplomatickou nebo konzulární ochranu kterýmkoli členským státem za stejných podmínek jako státní příslušníci tohoto státu.“

Malá pozornost se věnuje národnímu právu konzulární ochrany vlastních občanů. Důvod je nasnadě. Rada států včetně České republiky vlastně aktivní konzulární právo postrádá. Standard ochrany vlastních občanů je dán jejím poskytováním, není právně vymezen. Dodávám, že za konzulární právo pasivní považují ustanovení zákonů, která očekávají a upřesňují konzulární ochranu cizinců velvyslanectvími a konzuláty států, jejichž jsou občany. Leckteré evropské státy zákony konzulární ochrany svých občanů upravují. Míra pozornosti národních zákonodárců jednotlivým druhům konzulární ochrany je však rozdílná, leccos zůstává zcela neupraveno či se spravuje jen obecnými ustanoveními.¹¹

Se standardem konzulární ochrany se však lze seznámit také ve státech bez konzulárních zákonů.¹² Internetové stránky ministerstev zahraničních věcí a případně jejich jednotlivých velvyslanectví a konzulátů popisují podobu a meze angažmá konzulů a dalšího personálu. Jejich postup běžně vymezují resortní vnitřní předpisy.

Vyspělé státy své občany chrání na vysoké úrovni. Nalezneme ale stejně tak chudé a rozvrácené státy, které své občany nechrání vlastně vůbec. Lze pochybovat, že by bylo možné dovozovat povinnost států chránit své občany za hranicemi výkladem celosvětových úmluv o základních právech. Tímto směrem se dosud nešlo ani v Radě Evropy při rozvíjení celoevropského standardu základních práv.

Uvedený režim Evropské unie se ovšem zakládá na očekávání, že členské státy své občany konzulárně ochraňují. Úroveň jejich ochrany však dosud Evropská unie nikterak nesbližuje, jakkoli tuto ochranu prohlašuje za unijní základní právo občana Evropské unie.¹³

Lidnaté členské státy (Německo, Francie, Itálie, Španělsko, Velká Británie a Polsko) mají dostatečnou síť velvyslanectví a konzulátů pro zajištění ochrany v drtivé většině států světa. Pokud se ochrana očekává též od honorárních konzulů, pak svět dobře pokrývají též členské státy střední lidnatosti, včetně České republiky, která koneckonců tento nástroj rozvíjí právě hlavně kvůli posílení ochrany svých občanů. Případů ochrany je tak

¹¹ Podrobnosti pro českého čtenáře přináší Výzkumný projekt Ministerstva zahraničních věcí RM 06/01/08, Bureš M., Svaček O., Porovnání právní úpravy konzulárního práva ve vybraných zemích EU, shrnutí na http://www.mzv.cz/jnp/cz/o_ministerstvu/verejne_souteze_a_dotace/vedecke_projekty/ukoncene_projekty/index_2008.html. Autoři vybrali ke srovnávání konzulární právo Německa, Polska, Itálie, Portugalska, Maďarska a Estonska, které lze takto uvést jak evropské státy, které mají aktivní konzulární právo kodifikované zákonem.

¹² Příkladem evropského státu, který podobně jako Česká republika takový zákon postrádá, je Rakousko.

¹³ Čl. 46 Listiny základních práv Evropské unie. Za základní právo spojené s občanstvím evropské unie jej prohlašuje rovněž čl. 20 Smlouvy o fungování Evropské unie.

poměrně málo, v případě konzulární služby České republiky zanedbatelný počet. Také zde se rýsuje česko-slovenská vzájemnost. Málo se ovšem ví o ochraně občanů České republiky zastupitelskými úřady dalších členských států.¹⁴ Konzulární ochrana občanů Evropské unie patrně svědčí především občanům nejmenších členských států, které nemají rozsáhlou síť velvyslanectví a konzulátů.

Zde připomínám, že udržování diplomatických styků není totéž co provoz velvyslanectví či honorárního konzulátu. Řada států prostřednictvím svých zastupitelských úřadů obsluhuje několik států zároveň.

Popsané nastavení konzulární ochrany občanů Evropské unie vyvolává určité právní stejně jako věcné obtíže. Konzulární ochranu občanů jiných států mohou státy provádět pouze na základě oznámení přijímacímu státu, pokud proti němu přijímací stát nevznese námitku.¹⁵ Je pozoruhodné, že dosud členské státy mnohdy takto přijímací státy nespravily a že teprve nyní se vlastně takový krok předpokládá samotným právem Evropské unie.¹⁶

Vídeňská úmluva o konzulárních stycích předpokládá konzulární ochranu jiným státem, nikoli celou skupinou států. Velvyslanectví kterého členského státu Evropské má potom přijímací stát oznamovat zatčení, uvěznění, úraz, onemocnění či nehodu občana nezastoupeného členského státu? Bez dohody členských států a přijímacího státu to nebude vyjasněno.

Na stavy nouze postihující řadu občanů se pak odpovídá právně neupravovaná spolupráce velvyslanectví a konzulátů členských států, kdy nezřídka některý zaujímá vůdčí postavení, jestliže pomoc slaďuje (leading country).

Akademicky lze konečně debatovat ohledně vztahu mezi ustanovením zřizovací smlouvy a případnými smlouvami mezi dvěma členskými státy o konzulární spolupráci. Nahrazuje nadnárodní právo takovou dvoustrannou smlouvu, nebo představuje zvláštní řešení?

Přiblížení práva a skutečnosti konzulární ochrany občanů Evropské unie nelze uzavřít jinak než zvážením možnosti převzetí konzulární ochrany samotnou Evropskou unií. Lisabonská smlouva proměňuje dosavadní delegace Evropské komise na Evropskou službu pro vnější činnost

¹⁴ Oznámení domovskému státu se předpokládá pouze při poskytování peněžní pomoci, kterou tento stát hradí, srovnej čl. 6 odst. 1 rozhodnutí 95/553/ES.

¹⁵ Čl. 8 Vídeňské úmluvy o konzulárních stycích.

¹⁶ „Členské státy přijmou nezbytná ustanovení a zahájí mezinárodní jednání potřebná pro zajištění této ochrany.“

zastupující celou Evropskou unii.¹⁷ Je zřejmé, že zde vzniká či přesněji se upevňuje síť delegací jako „euro-ambasád“ pokrývající velkou většinu států světa.

Měla by taková síť poskytovat prostřednictvím případných konzulárních oddělení či dokonce myslitelných „generálních konzulátů Evropské unie“ pro část území třetích států poskytovat ochranu občanům Evropské unie namísto nebo vedle zastupitelských úřadů členských států?¹⁸

Jistě, taková konzulární ochrana by nebyla dokonalá kvůli mnohojazyčnosti Evropské unie. Stěží by mohli „eurokonzulové“ a další personál ovládat třiadacet úředních jazyků. Takový komfort však pochopitelně není zajištěn ani nyní. Od zastupitelských úřadů jiných členských států nemůže občan nezastoupeného státu očekávat jednání ve vlastním jazyce.¹⁹

Skutečnost, že o takovém převzetí konzulární ochrany Evropskou unií se neuvažuje jinak než akademicky, je ale projevem závažnější okolnosti. Vlastní konzulární služby by se patrně většina členských států ovšem nevzdala ani tehdy, když by takové převzetí slibovalo zlepšení konzulární ochrany jejich občanů. Konzulární služba jako důležitá složka zahraniční služby představuje rovněž projev jejich státnosti ve světovém měřítku. Společná zahraniční a obranná politika se ostatně běžně považuje za jednu ze slabin Evropské unie. Nejlidnatější a středně lidnaté státy takové řešení ovšem vlastně vůbec nepotřebují.²⁰

Také na tomto poli se podle mého mínění potvrzuje skutečnost, že Evropská unie nejenže nyní není, ale ani se nestává federací. Federace mají totiž bezvýjimečně diplomatickou a konzulární službu jednotnou. Koneckonců též občanství celku je v jejich případě základní.²¹

Contact – email

filip.krepelka@law.muni.cz

¹⁷ Čl. 27 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii a Rozhodnutí Rady ze dne 26. července 2010 o organizaci a fungování Evropské služby pro vnější činnost (2010/427/EU).

¹⁸ Výše uvedené rozhodnutí zmiňuje konzulární ochranu pouze ve čl. 5 odst. 10. Evropská služba pro vnější činnost má podpořit členské státy při poskytování konzulární ochrany, a to „neutrálně z hlediska zdrojů“.

¹⁹ Rozhodnutí č. 95/553/ES překonávání případné jazykové bariéry mezi občanem Evropské unie hledajícím ochranu a zastupitelským úřadem jiného členského státu nijak neřeší ani tuto nezmiňuje.

²⁰ Zájem o větší angažmá Evropské služby pro vnější činnost projevilo pouze Estonsko, jeden z nejméně lidnatých členských států, který má pochopitelně nevelkou síť zastupitelských úřadů.

²¹ Viz čl. 20 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie.

MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ SOUD VE SVĚTLE REVIZNÍ KONFERENCE A NOVĚ DEFINOVANÝ ZLOČIN AGRESE

JAN LHOTSKÝ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá mezinárodním trestním právem jakožto právní oblastí, ve které se jednotlivec stává subjektem mezinárodního práva veřejného. V úvodní části je projednána základní charakteristika Mezinárodního trestního soudu. Samotným obsahem článku je pak právní analýza revizní konference Římského statutu, jež proběhla na jaře 2010 a definovala pro účely jurisdikce soudu mimo jiné především zločin agrese. Příspěvek analyzuje samotnou definici nově přijatého zločinu, projednává pozitivní a negativní reakce na jeho přijetí a hodnotí přínos revizní konference pro mezinárodní trestní spravedlnost.

Key words in original language

Mezinárodní trestní právo; zločiny podle mezinárodního práva; Mezinárodní trestní soud; Římský statut; revizní konference; genocida; zločiny proti lidskosti; válečné zločiny; zločin agrese; Rada bezpečnosti OSN.

Abstract

The contribution deals with the international criminal law as a branch of law, where an individual becomes a subject of the public international law. In the first part the fundamental characteristics of the International Criminal Court are discussed. The essential content of the article is then the legal analysis of the Review Conference of the Rome Statute that took place in spring 2010 and defined for the purposes of the jurisdiction of the court i. a. the Crime of Aggression. The contribution analyses the definition of this newly accepted crime itself, discusses the positive and negative responses to its reception and evaluates the contribution of the Review Conference to the international criminal justice.

Key words

International criminal law; crimes under international law; International Criminal Court; Rome Statute; Review Conference; genocide; crimes against humanity; war crimes; crime of aggression; UN Security Council.

1. VZNIK A CHARAKTERISTIKA MEZINÁRODNÍHO TRESTNÍHO SOUDU

Vznik stálé soudní instituce zabývající se trestáním zločinů podle mezinárodního práva je třeba vnímat v jeho historickém kontextu. Po skončení 2. světové války se politické a právní vztahy mezi jednotlivými

státy vyvíjely v naději, že spáchané hromadné zločiny byly určitým excesem a mezinárodní společenství doufalo, že se již nebude nic podobného opakovat. Realita byla ovšem bohužel jiná. V průběhu druhé poloviny 20. století došlo opakovaně na různých místech světa ke zločinům obdobným či jiným, ne však méně vážným.

V některých případech mezinárodní společenství zareagovalo tím, že byly vytvořeny tzv. *ad hoc* mezinárodní trestní tribunály, jako je například Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii (ICTY) nebo Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu (ICTR). Tyto speciální soudy ovšem byly zřizovány pouze pro ty nejkrvavější případy. Ustavování těchto trestních tribunálů pro určitý konkrétní případ má ale své kritiky a mezi jejich argumenty patří především zpětné vytváření těchto institucí, určitý prvek vnucení a často také nedostatek politické vůle k jejich vytvoření.

Na základě zkušeností s trestáním zločinů podle mezinárodního práva dospělo tedy mezinárodní společenství k názoru, že je třeba vytvořit stálý Mezinárodní trestní soud s předem jasně definovanou jurisdikcí, jež bude mít svůj právní základ v otevřené multilaterální mezinárodní smlouvě, ke které budou moci jednotlivé státy na základě dobrovolnosti přistupovat. Mezinárodní smlouva, kterou byl vytvořen Mezinárodní trestní soud, je nazývána Římským statutem a byla podepsána v roce 1998. Potřebný počet ratifikací pak získala v roce 2002, kdy tedy vstoupil Římský statut Mezinárodního trestního soudu v platnost.

Na tomto místě je vhodné stručně charakterizovat jurisdikci Soudu. Co se týče věcné působnosti, je nadán jurisdikcí nad následujícími zločiny: genocida, zločiny proti lidskosti a válečné zločiny. Samotný text Římského statutu¹ schválený v roce 1998 pak předpokládá, že má být do jeho jurisdikce zahrnut také zločin agrese, a to na revizní konferenci konané sedm let po vstupu této mezinárodní smlouvy v platnost.

Co se týče osobní jurisdikce, vztahuje se Soud na všechny fyzické osoby, které v době spáchaní trestného činu dovršily věk osmnácti let. Časově se vztahuje pouze na zločiny, které byly spáchany po 1. 7. 2002, kdy začal platit Římský statut, a velmi podstatná je rovněž územní jurisdikce Soudu. Lze totiž soudit osobu, pokud je ta občanem smluvního státu Římského statutu, ale také může soudit osobu, která zločin spáchala na území smluvního státu, přestože je občanem státu, který smluvní stranou Římského statutu není. Toto je právě nejpodstatnější důvod, proč se k Soudu od počátku stavěly negativně Spojené státy americké, a to především z důvodu obavy, že by mohl být Soud zneužíván proti jejím jednotkám rozmístěným v zahraničí.

¹ *Římský statut Mezinárodního trestního soudu* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.cervenkykriz.eu/cz/mezinarsoud/Rimsky_statut_ofic.pdf.

Rovněž je třeba zmínit i tzv. spouštěcí mechanismus, tedy možné způsoby, jakými může Soud začít stíhat relevantní zločiny. K dispozici jsou tři způsoby zahájení řízení. Smluvní strana, čili stát, může podat žalobci oznámení o situaci nasvědčující tomu, že byl spáchán relevantní zločin, žalobce může zahájit vyšetřování z vlastní iniciativy a oznámení může podat žalobci také Rada bezpečnosti OSN.

Na tomto místě je třeba zdůraznit rozdíl mezi prvními dvěma a třetím jmenovaným způsobem. Zatímco zahájení stíhání z podnětu smluvní strany nebo žalobce se v souladu s principy teritoriality a aktivní personalitativy může vztahovat pouze na zločiny spáchané na území smluvního státu nebo na občany smluvního státu, v případě zahájení vyšetřování z podnětu Rady bezpečnosti rezolucí přijatou podle kapitoly VII Charty OSN jurisdikce Soudu pouze na území nebo občany smluvních států vázna není.

V neposlední řadě je pak nutné zdůraznit, že Soud funguje na základě principu komplementarity, který udává, že zločiny spadající do jeho jurisdikce mají být primárně řešeny na vnitrostátní úrovni a až v případě, že tomu tak z určitého důvodu není, může se věci začít zabývat Mezinárodní trestní soud.

V současné době je smluvní stranou Římského statutu 112 států světa ze 192 členských států OSN. Česká republika se stala jako 110. stát smluvní stranou dne 1. října 2010 a po ní následovala Bangladéš, jež patří se svými více než 150 miliony obyvatel mezi deset nejlidnatějších států světa.² V pořadí 112. stranou Římského statutu se pak dne 1. 11. 2010 staly Seychely.³ Mezinárodní trestní soud v současné době vyšetřuje pět situací, a to v Demokratické republice Kongo, Středoafričské republice, Ugandě, Súdánu a Keni. Tři situace oznámily samotné státy, jednu předala soudu Rada bezpečnosti OSN a v jednom případě bylo zahájeno vyšetřování žalobcem z vlastní iniciativy.

2. MEZINÁRODNÍ PRÁVO A HISTORICKÝ VÝVOJ ZLOČINU AGRESE

Před rozvojem mezinárodního práva válečných konfliktů a určitým vyčleněním mezinárodního trestního práva z klasického mezinárodního práva veřejného v průběhu dvacátého století neexistoval mezi státy zákaz použití síly. Tak jako v živočišné říši platil tedy i v mezinárodním měřítku

² KI-MOON, P. *Čas odpovědnosti* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.osn.cz/zpravodajstvi/zpravy/zprava.php?id=1615>.

³ *ICC welcomes the Republic of Seychelles as a new State Party* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BAA909C9-3E7B-4156-ACA0-B63225DC8E40.htm>.

tzv. přirozený výběr. Válka byla legálním prostředkem řešení mezinárodních sporů a daný stát musel v interakci s ostatními státy obstát.

2.1 PRVNÍ POLOVINA 20. STOLETÍ

V roce 1928 pak vznikl tzv. Briand-Kelloggův pakt pojmenovaný po ministrech zahraničí Francie a USA, jimiž byli Aristide Briand a Frank B. Kellogg, který představoval v mezinárodním právu první dokument zakazující válku. Konkrétně tato multilaterální mezinárodní smlouva prohlašovala s výjimkou sebeobrany válku za nelegální prostředek řešení mezinárodních sporů, avšak její význam snižuje fakt, že ustanovení smlouvy neobsahovala žádnou sankci, a chyběla jí tedy vynutitelnost.

Vzhledem k tomu, že byla zakázána válka, bylo třeba také upřesnit, jaká válka je zakázána, čili definovat agresi. V roce 1933 byla pak definice agrese vypracována na konferenci o odzbrojení svolané Společností národů. Tato byla převzata do dvoustranných smluv mezi Sovětským svazem a státy, které s ním sousedily, a po druhé světové válce byla aplikována mezinárodními vojenskými tribunály v Norimberku a Tokiu.⁴

Po druhé světové válce pak v roce 1945 vznikla na základě Charty Spojených národů jakožto otevřené mezinárodní smlouvy Organizace spojených národů. Charta dle svého článku 2 odstavce 3 udává: *Všichni členové řeší své mezinárodní spory pokojnými prostředky tak, aby ani mezinárodní mír a bezpečnost, ani spravedlnost nebyly ohrožovány.* V odstavci 4 pak následuje: *Všichni členové se vystříhají ve svých mezinárodních stycích hrozby silou nebo použití síly jak proti územní celistvosti nebo politické nezávislosti kteréhokoli státu, tak jakýmkoli jiným způsobem neslučitelným s cíli Organizace spojených národů.* Stejně jako Briand-Kelloggův pakt tedy upravuje i Charta OSN způsob, jakým mohou státy řešit své mezinárodní spory. Ovšem s tím podstatným rozdílem, že zde již nechybí možnost vynucení.

V rámci kapitoly VII totiž Charta upravuje akce při ohrožení míru, porušení míru a činech útočných. V článku 39 pak stanoví: *Rada bezpečnosti určí, zda došlo k ohrožení míru, porušení míru nebo útočnému činu, a doporučí nebo rozhodne, jaká opatření budou učiněna podle článků 41 a 42, aby byl udržen nebo obnoven mezinárodní mír a bezpečnost.* Tedy na tomto základě má Rada bezpečnosti OSN v mezinárodním právu prakticky exkluzivní právo stanovení, zda v určitém konkrétním případě došlo k útočnému činu čili aktu agrese.

⁴ POTOČNÝ, M., ONDŘEJ, J. *Mezinárodní právo veřejné – Zvláštní část*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 431.

Dodnes jsou jediným případem, kdy byla úspěšně souzena individuální odpovědnost za zločin agrese, mezinárodní vojenské tribunály po II. světové válce, tedy tzv. Norimberský a Tokijský proces. V jejich rámci byly definovány tři skutkové podstaty – zločiny proti míru, válečné zločiny a zločiny proti lidskosti. Tehdy byl zločin, který zjednodušeně znamená vojenské napadení cizího státu, nazýván zločinem proti míru. V současném názvosloví jej pak označujeme jako zločin agrese. Podle Dohody o stíhání a potrestání hlavních zločinců evropských zemí Osy neboli Londýnské charty zněla dle článku 6 písm. (a) tehdejší definice zločinu proti míru čili zločinu agrese následovně: *planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.*⁵

V tehdejší pojetí šlo tedy o plánování, přípravu, zahájení nebo vedení útočné války, dále pak války porušující mezinárodní smlouvy či dohody a také účast na společném plánu či tajné dohodě za účelem provedení některé ze zmíněných činností. Mezi zločiny spadající pod jurisdikci Norimberského tribunálu byl právě zločin proti míru prohlášen za „nejtěžší mezinárodní zločin“.⁶

2.2 DRUHÁ POLOVINA 20. STOLETÍ

V šedesátých letech dvacátého století se pak Valné shromáždění OSN k této problematice vrátilo a v roce 1974 schválilo novou definici agrese. Jakožto rezoluce Valného shromáždění OSN není sice tento akt právně závazný, ale mohl by získat potřebnou autoritu, především ze strany rozhodování Rady bezpečnosti OSN. Valné shromáždění konstatovalo, že určení, zda došlo k útočnému činu, náleží do pravomoci Rady bezpečnosti OSN, avšak doporučilo jí, aby při posuzování, zda došlo k agresi, přihlédla kromě samotných okolností daného případu také k této definici.

Definice agrese Valného shromáždění OSN je konstituována z několika článků, z nichž některé je vhodné si uvést.⁷ Článek 1 udává, že *za agresi je považováno použití ozbrojené síly státem nebo skupinou států proti svrchovanosti, územní nedotknutelnosti nebo politické nezávislosti jiného státu způsoby vypočtenými v této definici.* Kvalifikace agrese se mimo jiné posuzuje podle časově prvního použití ozbrojené síly. Podle článku 2 však

⁵ *Charter of the International Military Tribunal* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html>.

⁶ FERENCZ, B. B. *Ending Impunity for the Crime of Aggression* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1>.

⁷ Obsah rezoluce podle: POTOČNÝ, M., ONDŘEJ, J. *Mezinárodní právo veřejné – Zvláštní část*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 432-433.

může Rada bezpečnosti na základě posouzení konkrétních okolností i závažnosti dospět k názoru, že k agresi nedošlo.

Za akt agrese je podle definice považován kterýkoliv následující čin bez ohledu na případné vyhlášení války s tím, že se jedná o demonstrativní výčet:

- a. invaze nebo útok ozbrojených sil jednoho státu na území druhého státu;*
- b. vojenská okupace, byť i dočasná, která je důsledkem invaze nebo útoku ozbrojených sil;*
- c. jakékoliv připojení území jiného státu nebo jeho části, při němž bylo použito síly;*
- d. bombardování ozbrojenými silami jednoho státu území druhého státu;*
- e. použití jakýchkoli zbraní jednoho státu proti území druhého státu;*
- f. blokáda přístavů nebo pobřeží jednoho státu ozbrojenými silami druhého státu;*
- g. útok ozbrojených sil jednoho státu na pozemní, námořní nebo letecké síly druhého státu;*
- h. použití ozbrojených sil jednoho státu, které se nacházejí na území druhého státu s jeho souhlasem v případě, že nedodržely podmínky pobytu nebo délky jejich přítomnosti;*
- i. jednání státu, který povolil druhému státu, aby použil jeho území ke spáchání agresivního činu proti třetímu státu;*
- j. vyslání státem nebo jeho jménem ozbrojených skupin, band, nepravidelných ozbrojených sil nebo žoldnéřů, kteří používají sílu, proti jinému státu v takové míře, že se to rovná předchozím činům.*

Následující ustanovení doplňují danou definici. Agrese tedy může být shledána i na základě jiných činů. Nemůže být ospravedlněna žádnou politickou, hospodářskou, vojenskou nebo jinou úvahou a žádný územní zisk či jiné odpovídající výhody dosažené agresí nelze uznat za legální. Schválená definice se však nedotýká práva na svobodu, nezávislost a sebeurčení národů, které se nacházejí pod cizí nebo koloniální nadvládou.

Definice agrese schválená Valným shromážděním OSN je sice nezávazným právním dokumentem, ale poskytla Radě bezpečnosti při jejím politickém rozhodování určitou právní vodící nit a přispěla k vývoji mezinárodního práva v oblasti *ius ad bellum*.

Když na přelomu osmdesátých a devadesátých let dvacátého století skončila studená válka, dostalo se do centra pozornosti mezinárodního společenství několik lokálních konfliktů, z nichž jeden probíhal přímo v Evropě. Pro tyto případy byly ustaveny dva *ad hoc* mezinárodní trestní tribunály (ICTY, ICTR) a následně také tzv. smíšené trestní tribunály, ve kterých převládal buď mezinárodní, nebo národní prvek.

Vzhledem k tomu, že se v těchto případech většinou jednalo o vnitřní či lokální konflikty, jurisdikce těchto *ad hoc* tribunálů pokrývala zločiny proti lidskosti, válečné zločiny a většinou také genocidu. Žádný z těchto tribunálů nezahrnoval zločin agrese, jednak z důvodu povahy těchto konfliktů a jednak v této době nebyla agrese ve smyslu individuální trestní odpovědnosti pachatele dostatečně vhodně definována, resp. nad zněním takové definice nevládl v mezinárodním společenství konsenzus.

To se projevilo v průběhu druhé poloviny devadesátých let, kdy byl v roce 1995 Valným shromážděním OSN ustaven Přípravný výbor, jehož úkolem bylo vytvořit všeobecně přijatelný návrh mezinárodní smlouvy zřizující Mezinárodní trestní soud. V průběhu jednání Přípravného výboru, ani na diplomatické konferenci v Římě v roce 1998 se pak delegace neshodly na vhodné definici a podmínkách výkonu jurisdikce soudu vůči zločinu agrese.

Římský statut Mezinárodního trestního soudu tak v článku 5 odstavci 1 vyjmenovává mezi zločiny spadající do jurisdikce soudu *genocidu, zločiny proti lidskosti, válečné zločiny* a také *zločin agrese*. Odstavec 2 pak ale konkretizuje, že jurisdikci vůči zločinu agrese bude Soud vykovávat až poté, kdy bude přijato ustanovení definující tento zločin a také podmínky pro výkon jeho jurisdikce. Článek 123 pak stanovuje, že sedm let od vstupu Statutu v platnost bude generálním tajemníkem OSN svolána revizní konference za účelem projednání možných změn Statutu, čímž je míněna především možnost zahrnutí zločinu agrese do jurisdikce Soudu.

3. MOŽNOSTI DEFINICE NOVÝCH ZLOČINŮ V SITUACI MEZI ŘÍMEM A KAMPALOU

Na základě čl. 121 Statutu lze přijímat změny jednotlivých ustanovení Statutu, včetně skutkových podstat zločinů. Změna je přijata na Shromáždění dvoutřetinovou většinou hlasů smluvních stran, přičemž ale vstoupí v platnost pro všechny smluvní strany jeden rok poté, co sedm osmín z nich uloží ratifikační listiny či listiny o přijetí u generálního tajemníka OSN.

Změna skutkových podstat zločinů pak vstoupí v platnost pouze pro ty strany, které tuto změnu přijaly. Ve vztahu k smluvní straně, která tuto změnu nepřijala, nebude Soud vykonávat jurisdikci vůči zločinu, kterého se tato změna týká, pokud je spáchán státními občany této smluvní strany nebo na jejím území.

3.1 JEDNÁNÍ O DEFINICI ZLOČINU AGRESE A PODMÍNKÁCH VÝKONU JURISDIKCE

V této souvislosti je nejvýznamnějším právě úmysl zahrnout mezi skutkové podstaty zločin agrese. Shromážděním smluvních stran byla vytvořena Zvláštní pracovní skupina ke zločinu agrese (*Special Working Group on the Crime of Aggression*), jejímž účelem bylo v této záležitosti od roku 2002 nalézt konsenzus a předložit obecně přijatelný návrh v průběhu roku 2009. V tomto období byl učiněn patrný pokrok týkající se definice individuálního chování a definování aktu státu, zatímco názory na jurisdikci Soudu a jeho vztah k Radě bezpečnosti OSN byly velmi rozdílné. Jednalo se především o otázku, zda má být předpokladem uplatnění jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese rozhodnutí Rady bezpečnosti OSN o tom, že došlo k aktu agrese.⁸

V období jednání Zvláštní pracovní skupiny ke zločinu agrese začalo být zřejmé, že pokud se strany na definici dohodnou, bude pravomoc Soudu v této oblasti spíše omezená.⁹ Především pak bude záležet na tom, jak se smluvním stranám podaří v rámci této definice vyvážit roli Soudu a roli Rady bezpečnosti OSN.

Představme si příklad. Máme stát A a s ním sousedící stát B s menšinou národnosti státu A. Stát B začne plánovitě vyhlazovat vlastní občany národnosti A. Mimochodem má přátelské vztahy se státem C, který je stálým členem Rady bezpečnosti OSN. Stát C tedy v Radě bezpečnosti blokuje jakoukoliv intervenci ve státě B. Prezident státu A vydá rozkaz k vojenskému zásahu ve státě B na ochranu příslušníků národnosti A. Bude obžalován za zločin agrese?

Potom se ale nabízejí i jiné případy, jako byl zásah NATO v bývalé Jugoslávii, zásah proti mezinárodní terorismus podporujícímu Talibanu, nebo intervence USA v Iráku. A co tzv. preventivní či preemptivní sebeobrana, čili například útok Izraele v roce 1967 proti státům, které se ho zřetelně chystaly napadnout, a kterým začala Šestidenní válka?¹⁰ Nebo jiná situace, kdy jeden stát ze svého území ostřeluje stát druhý a ten se rozhodne proti němu zakročit?

⁸ POPENKOVÁ, M. *Aktuální vývoj v otázce definice zločinu agrese ve smyslu čl. 5 Římského statutu Mezinárodního trestního soudu*. Právník, 2008, č. 5, s. 584 – 585.

⁹ GALDUNOVÁ, K. *Trestný čin agresie*. In Sborník z konference „Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia“, Bratislava: Slovenská spoločnosť pre medzinárodné právo pri Slovenskej akadémii vied, 2006, s. 104.

¹⁰ BOLTON, J. R. *Courting Danger. What's Wrong with the International Criminal Court*. The National Interest, 1998/1999, č. 54, s. 64.

Vytvoření jednotné definice agrese a podmínek jejího výkonu se ukázalo být mimořádně náročným úkolem, především s ohledem na specifika jednotlivých konfliktů, které by měly být posuzovány individuálně. Z tohoto důvodu lze usoudit, že určité zapojení Rady bezpečnosti OSN by bylo správné. Otázkou a předmětem mnoha diskuzí pak zůstává vhodná míra tohoto zapojení.

Obecně je možné si představit tři modely jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese. První, ve kterém by byla Rada bezpečnosti vedle smluvních států a žalobce pouze jednou ze stran, které by mohly Soudu ohlásit určitou situaci nasvědčující tomu, že byl spáchán zločin agrese, bez možnosti do případu následně jakkoliv zasáhnout. Toto je možnost s nejrestriktivnější pravomocí Rady bezpečnosti. Druhá, ve které by mohla Rada bezpečnosti v případě zahájení procesu svou rezolucí proces zrušit. V tomto případě by byla pravomoc Rady bezpečnosti již o něco širší, na druhou stranu ale nijak absolutní, jelikož se zrušením by museli souhlasit všichni její stálí členové.

Třetí možností by bylo, že by proces týkající se zločinu agrese mohl být zahájen pouze se svolením Rady bezpečnosti OSN, čímž by se Radě ponechalo současné exkluzivní právo určit, zda došlo v rámci mezinárodního společenství k útočnému činu. Jedná se tedy o možnost, kdy by byl případný výkon jurisdikce Soudu nad tímto zločinem omezen velmi významnou pravomocí Rady bezpečnosti, jelikož k zahájení jakéhokoliv procesu by bylo nutné, aby Rada vydala rezoluci a tudíž, aby všichni stálí členové se stíháním souhlasili. Zde je ale nutné podotknout, že v takovém případě by bylo, ne formálně, ale fakticky, z jurisdikce Soudu vyloučeno pět států, které jsou stálými členy Rady bezpečnosti OSN, jelikož pokud by bylo řízení zahájeno proti nim, mohli by využít svého práva veta.

Tolik však teoretické možnosti. Zvláštní pracovní skupina ke zločinu agrese samozřejmě pracovala také s mnoha kombinacemi a alternativami výše zmíněných variant s tím, že mnohé státy si přály, aby jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese byla ovlivňována ze strany Rady bezpečnosti OSN co možná nejméně.

3.2 MOŽNOST ZAHRNUTÍ DALŠÍCH ZLOČINŮ

Kromě zločinu agrese budou moci být v budoucnu mezi skutkové podstaty podle Statutu přidávány případně i další zločiny. Bylo by například vhodné zvážit, zda by neměla být na základě tragických historických zkušeností z nacistického Německa, Sovětského svazu, ale i frankistického Španělska a Chile sedmdesátých a osmdesátých let 20. století rozšířena skutková

podstata genocidy o trestné činy namířené proti určité politické skupině jako takové.¹¹

V souvislosti se současnou situací v Somálsku se dále rovněž nabízí úvaha, jak řešit situace hromadné kriminality na území spadající pod jurisdikci států, které nejsou schopny efektivně zajistit pořádek na svém území a v přilehlých vodách. Zde se pak koncentrují skupiny pirátů, jež nemohou být zatčeny, jelikož daný stát toho není schopen a nikdo jiný k tomu není oprávněn, protože by se jednalo o zasahování do suverenity cizího státu. Pokud by obdobné problémy přetrvávaly i v budoucnu, mohlo by být možným řešením rovněž definování takového zločinu a jeho zahrnutí do jurisdikce Soudu.

Mimo zločin agrese se pak do budoucna nabízí zahrnout do Statutu především zločin terorismu. Je však třeba říci, že v současné době v mezinárodním právu neexistuje žádná obecně přijatelná definice terorismu. Ten však může být Statutem postihnutelný již dnes, pokud určitý teroristický akt naplní definici některého ze současných zločinů upravených ve Statutu. Zločin genocidy vzhledem k rozdílným úmyslům by s nejvyšší pravděpodobností teroristický útok nenaplnil a rovněž jeho možná kvalifikace jako válečný zločin je omezená. Největší výhody postihu terorismu podle Statutu poskytuje jeho procesní stránka.¹²

Ze současných skutkových podstat by mohl teroristický akt nejspíše naplnit definici zločinu proti lidskosti. To ale pouze v případě, že splní generální podmínku tohoto zločinu. Musel by být totiž spáchán jako součást rozsáhlého nebo systematického útoku proti civilnímu obyvatelstvu při vědomí existence takového útoku.

Nemohlo by tedy jít o případy individuálního terorismu, ale pouze o nejzávažnější formy mezinárodního terorismu. Zdá se tedy, že takové případy jako útoky libyjských agentů proti civilním letadlům (*Lockerbie*) nebo teroristické útoky na USA z 11. září 2001 by mohly být podle Statutu kvalifikovány jako zločiny proti lidskosti.¹³

Pokud jde o možnosti postihu, je třeba říci, že stíhání osob zodpovědných za teroristické útoky před národními soudy vlastního státu se nezdá být ideální

¹¹ POTOČNÝ, M. *First World Permanent International Criminal Court for the 21st Century*. In Sborník z konference „Implementation of Human Rights and International Control Mechanism“, Praha: Vodnář, 1999, s. 102 – 103.

¹² ARNOLD, R. *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*. New York: Transnational Publisher, 2004, s. 202 – 344.

¹³ ŠTURMA, P. *Odpověď mezinárodního práva na hrozbu mezinárodního terorismu*. Právník, 2003, č. 2, s. 177 – 179.

s ohledem na to, že tyto osoby mnohdy mohly jednat v zájmu onoho státu. Objektivita řízení by tedy nebyla zaručena. Na druhou stranu stíhání ve státě, který se stal obětí teroristických útoků, není s ohledem na pochybnosti o procesech na americké vojenské základně *Guantanamo* rovněž nejvhodnější. Z těchto důvodů se tedy zdá případné zahrnutí zločinu terorismu do jurisdikce Statutu nebo jeho stíhání jako zločinu proti lidskosti jako relativně vhodné řešení.

4. REVIZNÍ KONFERENCE V KAMPALE

Jak již bylo řečeno, sám Římský statut ve svém článku 123 stanovuje, že sedm let po jeho vstupu v platnost bude generálním tajemníkem OSN svolána revizní konference Římského statutu za účelem projednání jeho změn. Statut vstoupil v platnost v roce 2002 a v roce 2009 pak byla svolána revizní konference, která se konala v ugandské Kampale ve dnech 31. května až 11. června 2010.¹⁴ Konference měla na pořadu jednání několik bodů, z nichž nejvýznamnějším byly návrhy Zvláštní pracovní skupiny ke zločinu agrese a možnost zahrnutí tohoto zločinu do jurisdikce soudu. Je však vhodné říci, že na základě rozdílných názorů smluvních, ale i nesmluvních stran Římského statutu převládal v tomto smyslu před konáním konference spíše skepticismus.

Na konferenci se do Kampaly tedy sjelo přibližně 4 600 lidí z řad delegací smluvních stran, pozorovatelských států, mezinárodních organizací či nevládních organizací s tím, že první týden (31. 5. – 4. 6.) byl věnován bilancování a až druhý týden (7. – 11. 6.) pak samotnému vyjednávání o návrzích změn Římského statutu.¹⁵

V rámci bilancování (tzv. *stocktaking*), kdy bylo hodnoceno uplynulých osm let fungování soudu, bylo mimo jiné vyjádřeno právo oběti na rovný a efektivní přístup ke spravedlnosti jakožto esenciální komponent justice. Rovněž bylo deklarováno, že primární odpovědnost za vedení vyšetřování a stíhání má stát, a tedy zdůrazněn princip komplementarity. Dále byly vyzvány státy, jež jsou povinny se Soudem spolupracovat, aby tak do důsledků činily a také, aby byly ochotny přijímat případné odsouzené do vlastních detenčních zařízení. Byly tedy vydány tři usnesení (*Complementarity, The impact of the Rome Statute system on victims and affected communities, Strengthening the enforcement of sentences*).¹⁶

¹⁴ Web ICC: *Review Conference Invitation Letter* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7D67278B-C8C2-4777-BBEE-28D0D7007341/0/ICCASPReviewConference2010InvitationENG.pdf>.

¹⁵ BÍLKOVÁ, V. *Z Říma do Kampaly a kam dále?* Mezinárodní politika, 2010, č. 8, s. 37.

¹⁶ Web ICC: *Review Conference – Resolutions* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc->

Obsahem několika závěrečných příspěvků byl následně vztah míru a spravedlnosti a jejich vzájemné doplňování.¹⁷

Poté se přistoupilo k vyjednávání o návrzích změn Římského statutu, mezi nimiž největší pozornost odborné veřejnosti poutal právě návrh zahrnutí zločinu agrese do jurisdikce Soudu. V této souvislosti trefně poznamenal prof. Kevin Jon Heller¹⁸ z Melbourne Law School: „*Je bezpochyby pravdou, že válečné zločiny a zločiny proti lidskosti mají vyšší pravděpodobnost být páčány zejména v souvislosti s ilegální válkou. Prevencí ilegální války je možné vyhnout se těmto následným zločinům.*“ Tato myšlenka pak stojí v základu vnímání zločinu agrese za nejtěžší mezinárodní zločin vůbec.

Po skončení fáze bilancování fungování Mezinárodního trestního soudu tedy začalo projednávání několika návrhů na změnu či doplnění Římského statutu, mezi nimiž byla také definice zločinu agrese ve variantách a alternativách, které připravila Zvláštní pracovní skupina ke zločinu agrese. Přestože před revizní konferencí převládal ohledně úspěšného přijetí definice agrese spíše skepticismus, po několika dnech náročných vyjednávání byla navržená definice přijata konsenzem poslední jednací večer po půlnoci, tedy až 12. června 2010.¹⁹ Přijaté změny, nová definice agrese a kompromisní řešení výkonu jejích podmínek si zaslouží podrobnou analýzu, která je obsahem následujících kapitol.

5. PŘIJATÉ ZMĚNY ŘÍMSKÉHO STATUTU

V rámci revizní konference byly projednány návrhy různých změn Statutu, z nichž některé byly úspěšně schváleny, jiné nikoliv. Významem největší změnou je schválení nové definice zločinu agrese, přestože se nejednalo o jedinou změnu, jež byla na revizní konferenci v ugandské Kampale přijata.

5.1 NOVÁ DEFINICE ZLOČINU AGRESE

Definice zločinu agrese sestává z vloženého článku 8 bis, který definuje tento nový mezinárodní zločin. Samotné znění této definice, na němž

[cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Resolutions+and+Declarations/Resolutions+and+Declarations.htm](http://www.cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Resolutions+and+Declarations/Resolutions+and+Declarations.htm).

¹⁷ Web ICC: *Review Conference of the Rome Statute concludes in Kampala* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/CF95BB41-B15A-45DA-B8CF-33E873E73829.htm>.

¹⁸ HELLER, K. J. *The Sadly Neutered Crime of Aggression*. *Opinio Juris* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/13/the-sadly-neutered-crime-of-aggression>.

¹⁹ MANSON, R. *Smoothing out the rough edges of the Kamapala Conference* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com>.

dlouhodobě pracovala Zvláštní pracovní skupina ke zločinu agrese, nepředstavovalo pro smluvní státy žádný podstatný předmět sporů. Tím bylo však určení podmínek pro výkon jurisdikce vůči zločinu agrese, jelikož se dotýká politicky citlivé role Rady bezpečnosti OSN. Samotná definice je obsažena v nově zvoleném článku 8 bis a podmínky výkonu jurisdikce jsou pak do Římského statutu vloženy prostřednictvím nových článků 15 bis a 15 ter. V souvislosti s jejich zněním je vhodné text podrobněji analyzovat.

RC/Res.6²⁰

The Crime of Aggression

The Review Conference,

...

Resolved to activate the Court's jurisdiction over the crime of aggression as early as possible,

- 1. Decides to adopt, in accordance with article 5, paragraph 2, of the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter: "the Statute") the amendments to the Statute contained in annex I of the present resolution, which are subject to ratification or acceptance and shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5; and notes that any State Party may lodge a declaration referred to in article 15 bis prior to ratification or acceptance;*

...

Již zde je nutné zmínit bod 1 a v textu výše zvýrazněné ustanovení, podle kterého se revizní konference rozhodla přijmout dodatky obsažené v příloze I (znění definice zločinu agrese), které mají být předmětem ratifikace nebo akceptace a má vstoupit v platnost v souladu s čl. 121 odst. 5 Římského statutu.

Zde se nachází jedna možná nesrovnalost. Článek 121 odst. 4 Římského statutu stanovuje, že *s výjimkou ustanovení odstavce 5 vstupuje změna v platnost pro všechny smluvní strany jeden rok poté, co sedm osmin z nich uloží ratifikační listiny či listiny o přijetí u generálního tajemníka Organizace spojených národů*. Odstavec 5 pak udává, že *změna čl. 5, 6, 7 a 8 tohoto Statutu vstoupí v platnost pro ty smluvní strany, které tuto změnu přijaly, jeden rok od uložení jejich listin o ratifikaci či přijetí. Ve vztahu k smluvní straně, jež tuto změnu nepřijala, nebude Soud vykonávat jurisdikci*

²⁰ Web ICC: *Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.

vůči zločinu, kterého se tato změna týká, pokud je tento zločin spáchán státními občany této smluvní strany či na jejím území.

Je tedy otázkou, zda by se měla změna Římského statutu ve smyslu inkorporace zločinu agrese schvalovat podle čl. 121 odst. 5 nebo odst. 4. Na jednu stranu se jedná o skutkovou podstatu zločinu, a tedy spadá pod čl. 5, proto se zdá logické, aby tato změna platila pro smluvní strany, které tuto změnu přijmou. Na druhou stranu však obsahuje dodatek úpravu podmínek pro výkon jurisdikce vůči zločinu agrese, které jsou zahrnuty do nových článků 15 bis a 15 ter, a ty by tedy podle gramatického výkladu Římského statutu měly být smluvními stranami přijímány podle čl. 121 odst. 4, a následně nabýt platnosti po ratifikaci nebo přijetí změny sedmi osminami smluvních stran, s tím, že následně by tyto změny platily pro všechny smluvní strany. Toto rozdělení tedy vnáší to Římského statutu určitou nesrovnalost a výsledkem jsou otazníky nad tím, zda je možné, aby byly změny přijaty podle čl. 121 odst. 5 tak, jak to určuje dané usnesení.

Přijátá rezoluce pak maže čl. 5 odstavec 2 současného Římského statutu, který informuje o tom, že zločin agrese bude spadat pod jurisdikci Soudu až poté co bude přijátá patřičná definice a podmínky jejího výkonu. Samotná definice zločinu agrese je pak obsažena v novém článku 8 bis, jenž následuje po článku 8 upravujícím válečné zločiny.

Article 8 bis²¹

Crime of aggression

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

První odstavec definuje agresi ve smyslu individuální trestní odpovědnosti za tento zločin. Částečně vychází z norimberské definice, je však Zvláštní pracovní skupinou k zločinu agrese doplněn tak, aby vyhovoval potřebám Soudu a smluvní strany s danou definicí souhlasily. Definice má tedy několik komponent, které je vhodné si blíže specifikovat:

- co se týče fáze dokonání zločinu, do jurisdikce Soudu spadá plánování, příprava, zahájení nebo vykonání aktu agrese

²¹ Taktéž viz. Web ICC: *Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.

- tzv. *leadership clause*, čili pachatelem musí být osoba v pozici schopné efektivně vykonávat kontrolu nad politickou nebo vojenskou akcí státu nebo ji řídit
- akt agrese musí svojí povahou, závažností a rozsahem způsobit zjevné porušení Charty OSN

Ve smyslu zjištění individuální trestní odpovědnosti bude tedy Soud muset případný akt kvalifikovat podle daných kritérií. Co se týče tzv. *leadership clause*, je evidentní, že v případě relevantní vojenské akce by se do jurisdikce nad tímto zločinem mohla dostat především hlava státu, případně jiný vrcholný politik či vojenský představitel. Nutnost naplnění tří vlastností aktu agrese (povaha, závažnost a rozsah) pak konkretizují v příloze III této rezoluce tzv. *Understandings*. Otázkou zůstává, jak široce nebo naopak úzce lze v souvislosti s Chartou OSN chápat termín “zjevné porušení”.

2. *For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:*

- a. *The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;*
- b. *Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;*
- c. *The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;*
- d. *An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;*
- e. *The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;*

f. The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

g. The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

Následuje odstavec 2, který pro účely odstavce 2 definuje akt agrese, tedy ne ve smyslu individuální trestní odpovědnosti, nýbrž jako akt státu. Tato definice byla v zásadě převzata z rezoluce 3314 Valného shromáždění OSN z roku 1974. Za agresi se tedy považuje:

- použití ozbrojené síly státem proti svrchovanosti, územní celistvosti nebo politické nezávislosti jiného státu
- nebo jakýmkoliv jiným způsobem neslučitelným s Chartou OSN

Tím se definice nevztahuje pouze ke třem jmenovaným atributům státu, ale nechává určitý prostor pro kvalifikaci jiných případů jako zločinu agrese, pokud by tyto byly neslučitelné s Chartou OSN. Definice je následně opatřena demonstrativním výčtem aktů, které jsou nezávisle na formálním vyhlášení války v souladu se zmíněnou rezolucí Valného shromáždění OSN kvalifikovány jako akt agrese. Výčet je v zásadě převzat z původní rezoluce, teoreticky by však mohl být za agresi uznán i akt ve výčtu neuvedený.

Nejpodstatnějším důvodem, proč nebyl zločin agrese zařazen do jurisdikce Mezinárodního trestního soudu již na konferenci v Římě v roce 1998, byly neshody států na podmínkách výkonu jeho jurisdikce. V případě genocidy, zločinů proti lidskosti a válečných zločinů může oznámení o situaci nasvědčující tomu, že byl spáchán zločin agrese, podat Rada bezpečnosti, smluvní strana, a rovněž žalobce. V případě zločinu agrese byly však některé státy toho názoru, že by se mělo umožnit zahájení vyšetřování pouze, pokud by situaci oznámila Rada Bezpečnosti OSN.²² To by ale vedlo v politizaci výkonu jurisdikce nad tímto zločinem, jednoduše proto, že by se k Soudu mohly dostat pouze ty případy, na nichž se shodnou všichni stálí členové Rady bezpečnosti.

Pro nezávislost výkonu jurisdikce vůči zločinu agrese lze tedy hodnotit pozitivně, že se nakonec státy na revizní konferenci shodly, že všechny tři typy tzv. spouštěcího mechanismu zůstanou zanechány i pro zločin agrese.

²² TRAHAN, J. *The New Agreement on the Definition of the Crime of Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://blogs.ubc.ca/ligi/files/2010/06/aggression-Kampala-op-ed.trahan.pdf>.

Je však třeba zmínit, že úprava spouštěcího mechanismu zločinu agrese je odlišná od ostatních tří zločinů. Za současný článek 15 upravující žalobce byl vložen článek 15 bis stanovující podmínky výkonu jurisdikce vůči zločinu agrese, pokud je podnět k vyšetřování dán smluvní stranou nebo žalobcem.

Article 15 bis²³

Exercise of jurisdiction over the crime of aggression

(State referral, proprio motu)

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraphs (a) and (c), subject to the provisions of this article.

Podle tohoto ustanovení tedy Soud provádí jurisdikci vůči zločinu agrese podle čl. 13 odst. (a) a (c) na základě ustanovení nového článku 15 bis. Článek 13 Římského statutu upravuje tzv. spouštěcí mechanismus, kdy podle odst. (a) je smluvní stranou podáno žalobci oznámení o situaci nasvědčující tomu, že byl spáchán tento zločin, nebo podle čl. 13 odst. (c) zahájil vyšetřování takového zločinu žalobce. Na případné vyšetřování z podnětu Rady bezpečnosti OSN se tedy článek 15 bis nevztahuje.

2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.

Na základě odstavce tohoto článku ustanovení revizní konference bude možné, aby Soud vykonával jurisdikci vůči novému zločinu až jeden rok poté, co úpravu přijaté skutkové podstaty ratifikuje 30 států. Není tomu tedy zdaleka tak, že přijetím definice zločinu agrese na revizní konferenci byl tento zločin automaticky zahrnut do Římského statutu. Jurisdikce Soudu tedy o tento nový zločin zatím rozšířena nebyla.

3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.

Druhou podmínkou výkonu jurisdikce Soudu vůči novému zločinu je, že po roce 2017 bude následovat nové hlasování Shromáždění smluvních stran, které musí tuto definici a podmínky jejího výkonu opětovně schválit, a to většinou nutnou pro přijetí změny Římského statutu. Tuto většinu definuje

²³ Web ICC: *Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.

čl. 121 odst. 3 v případě, že nelze dosáhnout konsenzu, jako dvě třetiny smluvních stran. Fakticky to tedy znamená, že kromě první nutné podmínky ratifikace alespoň třiceti smluvních stran je opravdové rozhodnutí o tom, zda bude moci Soud vykonávat jurisdikci vůči nově definovanému zločinu agrese, odsunuto o minimálně šest a půl roku na dobu po 1. lednu 2017.

4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.

Článek 12 odst. 2 Římského statutu udává, že v případě zahájení vyšetřování z podnětu smluvní strany nebo žalobce může Soud vykonávat jurisdikci vůči danému zločinu, pokud stát, na jehož území ke zločinu došlo, nebo stát, jehož občanem je obviněná osoba, je stranou Římského statutu. V souladu s ním pak má Soud vykonávat jurisdikci vůči zločinu agrese, který vyvstává z aktu agrese spáchaného smluvní stranou. Je zde tedy zřetelné, že agresorem musí být smluvní strana Římského statutu, jinak Soud pravomoc nad vyšetřováním tohoto zločinu nemá. Jurisdikce Soudu týkající se zločinu agrese je pak ještě oslabena možností, že smluvní strana může podat u tajemníka oficiální prohlášení o neakceptaci jurisdikce Soudu nad tímto zločinem, čímž se z jurisdikce vůči zločinu agrese vyváže (tzv. *opt-out*). Takovou deklaraci pak může stát samozřejmě kdykoliv odvolat.

Navíc je otázkou, jak by se v takovém případě hodnotila situace, by k aktu agrese došlo na území smluvní strany a agresorem by byla smluvní strana, která se *opt-outovala*. Tedy zda by to bylo hodnoceno podle čl. 12 odst. 2 Římského statutu, na který čl. 15 bis odst. 4 odkazuje, a tedy situace by spadala pod jurisdikci Soudu z titulu teritoriální jurisdikce napadeného státu, nebo by se *opt-outovaný* stát hodnotil přímo podle čl. 15 bis odst. 5, jenž říká, že jurisdikce Soudu se na akt agrese ze strany smluvní strany vztahuje, ledaže by se *opt-outovala*. Je zde tedy určitý protimluv v rámci jednoho odstavce. Odborná debata následující po revizní konferenci se však kloní k názoru, že daný případ do jurisdikce Soudu nespadá.²⁴ Kdyby pak byla agresorem smluvní strana, která změnu vůbec nepřijala a tedy se ani se ne*opt-outovala*, vztahoval by se na takový případ současný čl. 121 odst. 5

²⁴ HELLER, K. J. *The Sadly Neutered Crime of Aggression*. *Opinio Juris* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/13/the-sadly-neutered-crime-of-aggression>.

Rovněž pak: GORDON, G. *On the Review Conference and Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/15/greg-gordon-on-the-review-conference-and-aggression>.

věta druhá a Soud by vůči uvedenému případu jurisdikcí nadán nebyl. Postavení opt-outované smluvní strany a smluvní strany, jež změnu nepřijala, bude pak jistě předmětem odborných debat následujících po konferenci.

5. In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.

Ve vztahu ke státu, který není stranou Římského statutu, Soud nebude nadán pravomocí výkonu jurisdikce vůči zločinu agrese, pokud bude spáchán občany tohoto státu nebo na jeho území. Toto ustanovení představuje velmi významné omezení výkonu jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese oproti původním třem zločinům (genocida, zločiny proti lidskosti, válečné zločiny). V jejich případě totiž v souladu s čl. 12 odst. 2 Statutu pokud je spáchán zločin občanem nesmluvní strany na území smluvní strany, se bude Soud moci případem zabývat, a to z titulu teritoriální jurisdikce. V případě zločinu agrese však na základě čl. 15 bis odst. 5 pokud je spáchán zločin občanem nesmluvní strany, čili aktem agrese státu, proti státu, který je smluvní stranou Římského statutu, Soud se případem zabývat nemůže. Toto ustanovení tedy vnáší výraznou asymetrii mezi první tři jmenované zločiny a nově přijatý zločin agrese.

6. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the Security Council has made a determination of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.

7. Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.

V případě, že žalobce buď z podnětu smluvní strany, nebo z vlastní iniciativy usoudí, že existují dostatečné důvody pro zahájení vyšetřování zločinu agrese, musí nejprve zjistit, zda Rada bezpečnosti provedla určení aktu agrese ze strany dotyčného státu. Zároveň musí žalobce o situaci informovat generálního tajemníka OSN včetně relevantních informací. V případě, že Rada bezpečnosti takové určení provedla, žalobce může přikročit k samotnému vyšetřování zločinu agrese.

Tato ustanovení vnáší do jurisdikce Soudu určité politikum a lze je tedy vnímat z pohledu nezávislosti Soudu a rovného přístupu ke všem relevantním zločinům negativně. Na druhou stranu již od roku 1945 má v mezinárodním právu exkluzivní právo určit akt agrese Rada bezpečnosti OSN a ve světle vývoje od Římské konference nebylo možné očekávat, že

se situace od základu změnil. Výsledný kompromis je v tomto smyslu optimističtější než bylo ještě krátce před revizní konferencí v Kampale možné reálně očekávat.

8. Where no such determination is made within six months after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the Pre-Trial Division has authorized the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the Security Council has not decided otherwise in accordance with article 16.

V případě, že během šesti měsíců od oznámení není ze strany Rady bezpečnosti provedeno určení aktu agrese, může žalobce pokračovat ve vyšetřování zločinu agrese za předpokladu, že Přípravný úsek Soudu schválil zahájení vyšetřování zločinu agrese a Rada bezpečnosti nevyužila možnosti čl. 16 Římského statutu.

Toto ustanovení je z pohledu nezávislosti Soudu právě oním optimistickým vyústěním revizní konference. Pokud určení neprovede Rada bezpečnosti OSN, řízení může pokračovat u Soudu nezávisle na jakékoliv vnější moci, pokud většina ze šesti soudců Přípravného úseku k tomuto svolí. Radě bezpečnosti tak zůstává k případnému pozastavení vyšetřování Soudu pouze čl. 16 Římského statutu, který byl obsahem již původního textu. Na základě něho může Rada bezpečnosti prostřednictvím rezoluce přijaté podle kapitoly VII Charty OSN přerušit vyšetřování nebo stíhání na následujících 12 měsících s tím, že opatření může být za stejných podmínek obnoveno.

9. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

10. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.

Poslední dva odstavce čl. 15 bis pak mají spíše vysvětlující charakter. První stanovuje, že určení aktu agrese orgánem, jenž se nachází mimo Soud – čili má se na mysli Rada bezpečnosti OSN – nebudou ovlivněny vlastní závěry Soudu. Druhý pak udává, že článek 15 bis neovlivňuje jurisdikci nad ostatními zločiny jmenovanými v čl. 5 Statutu, čili vztahuje se pouze na zločin agrese.

Na rozdíl od skutkových podstat genocidy, zločinů proti lidskosti a válečných zločinů je zločin agrese tedy nadán relativně složitými podmínkami výkonu jurisdikce Soudu vůči tomuto zločinu. Výše je analyzován čl. 15 bis, který se zabývá podmínkami v případě vyšetřování z podnětu smluvní strany nebo žalobce. Za něj je pak na základě usnesení

revizní konference vložen čl. 15 ter, jenž stanovuje podmínky jurisdikce Soudu, pokud byl dán podnět k vyšetřování Radou bezpečnosti OSN.

Article 15 ter²⁵

Exercise of jurisdiction over the crime of aggression

(Security Council referral)

- 1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article.*
- 2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.*
- 3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.*
- 4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.*
- 5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.*

Podle ustanovení odstavce 1 provádí Soud jurisdikci vůči zločinu agrese podle čl. 13 odst. (b) na základě ustanovení nového článku 15 ter. Jedná se tedy o případ, kdy oznámení o situaci nasvědčující tomu, že byl spáchán zločin agrese, podala žalobci Rada bezpečnosti v souladu s kapitolou VII Charty OSN. Tak jako v případě vyšetřování z podnětu smluvní strany nebo žalobce musí být pro výkon jurisdikce vůči nově definovanému zločinu agrese splněna podmínka, že změnu ratifikuje nebo přijme 30 států. Teprve rok poté může Soud jurisdikci vykonávat.

Zároveň může být jurisdikce vykonávána až poté, co po 1. lednu 2017 Shromáždění smluvních stran opětovně rozhodne o přijetí nejméně dvěma třetinami svých členů. Následuje vysvětlení, že určením aktu agrese orgánem, jenž se nachází mimo Soud, nebudou ovlivněny vlastní závěry

²⁵ Web ICC: *Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.

Soudu a že článek 15 bis neovlivňuje jurisdikci nad ostatními zločiny jmenovanými v čl. 5 Statutu a vztahuje se tedy pouze zločin agrese.

Článek 15 ter tedy analogicky odpovídá článku 15 bis, je pouze o něco jednodušší, jelikož pokud k vyšetřování dojde z podnětu Rady bezpečnosti, má se za to, že je Rada toho názoru, že akt agrese byl spáchán. Není tedy již třeba upravovat proces určení aktu agrese z její strany, ani zahrnovat do rozhodování o zahájení vyšetřování Přípravný úsek soudu.

Na tomto místě je však nutné zdůraznit, že v případě čl. 15 bis je upraveno postavení států, které sice jsou smluvními stranami, ale z jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese se vyvážou (*opt-out*) a rovněž nesmluvních stran, čili států, na něž se nebude jurisdikce Soudu vztahovat, pokud bude akt agrese spáchán na jejich území nebo jejich občany. Toto není v případě čl. 15 ter upraveno, jelikož v případě podnětu k vyšetřování ze strany Rady bezpečnosti OSN lze pak v souladu s čl. 12 odst. 2 Statutu vyšetřovat stát bez ohledu na to, zda je či není smluvní stranou Římského statutu.

Dále je v souvislosti s novým zločinem upraven rovněž čl. 25 Statutu, jenž definuje individuální trestní odpovědnost pachatele. Zde je za odstavec 3 vložen nový odstavec 3 bis:

In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State.

Tím je je inkorporována tzv. *leadership clause* či *leadership position*, která stanovuje, že pachatelem musí být osoba v pozici schopné efektivně vykonávat kontrolu nad politickou nebo vojenskou akcí státu nebo ji řídit. Tato vlastnost pak platí pouze pro skutkovou podstavu zločinu agrese.

Následují ještě dvě změny spíše legislativně-technického charakteru. První věta čl. 9 odst. 1 je nahrazena následující větou: *Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7, 8 and 8 bis.* Počáteční věta čl. 20 odst. 3 Statutu před dvojtečkou je pak nahrazena větou: *No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8 bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court: ...* Smyslem těchto dvou úprav tedy je pouhá oprava ustanovení, která odkazují na články týkající se skutkových podstat zločinů a tedy zahrnutí čl. 8 bis upravující zločin agrese do těchto ustanovení.

Příloha I usnesení o novém zločinu agrese obsahuje jeho znění, a tedy relevantní úpravy a doplnění původního textu Římského statutu, následuje příloha II, která obsahuje změny dokumentu Znaky skutkových podstat zločinů s ohledem na nově inkorporovaný zločin. Příloha III pak obsahuje tzv. *Understandings*, tedy určité vysvětlivky pro výklad přijatých ustanovení. Ty je vhodné blíže analyzovat.

Understandings regarding the amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression²⁶

Referrals by the Security Council

- 1. It is understood that the Court may exercise jurisdiction on the basis of a Security Council referral in accordance with article 13, paragraph (b), of the Statute only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15 ter, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later.*
- 2. It is understood that the Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression on the basis of a Security Council referral in accordance with article 13, paragraph (b), of the Statute irrespective of whether the State concerned has accepted the Court's jurisdiction in this regard.*

Jurisdiction *ratione temporis*

- 3. It is understood that in case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed after a decision in accordance with article 15 bis, paragraph 3, is taken, and one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties, whichever is later.*

Podle bodu 1 a 3 se pro případ všech tří možností podnětu k zahájení vyšetřování (smluvní strana, žalobce, Rada bezpečnosti OSN) v případě zločinu agrese rozumí, že jurisdikci Soudu vůči zločinu agrese lze v souladu s čl. 15 bis odst. 2 a 3, a rovněž 15 ter odst. 2 a 3 vykonávat až po případném novém schválení počínaje rokem 2017 a rovněž nejdříve rok poté, co změnu ratifikuje 30 států. Podle těchto bodů se rozumí, že Soud nabude jurisdikci až po splnění té podmínky, která nastane později.

Bod 2 pak výslovně specifikuje v samotném Římském statutu ne zcela přehledně obsažené pravidlo týkající se územní jurisdikce Soudu ve vztahu k zahájení vyšetřování z podnětu Rady bezpečnosti. Poznámka tedy upřesňuje, že pokud je dán podnět k vyšetřování zločinu rezolucí Rady bezpečnosti podle kapitoly VII Charty OSN, Soud může rovněž v případě zločinu agrese vykonávat jurisdikci bez ohledu na to, zda daný stát je či není smluvní stranou Římského statutu.

Domestic jurisdiction over the crime of aggression

²⁶ Taktéž viz. Web ICC: *Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.

4. It is understood that the amendments that address the definition of the act of aggression and the crime of aggression do so for the purpose of this Statute only. The amendments shall, in accordance with article 10 of the Rome Statute, not be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

5. It is understood that the amendments shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State.

Bod 4 vysvětluje, že přijaté změny týkající se definice aktu agrese a zločinu agrese platí pouze pro účely Římského statutu Mezinárodního trestního soudu. Tyto změny tedy nebudou vykládány tak, jako by omezovaly nebo jakkoliv ovlivňovaly stávající nebo budoucí pravidla mezinárodního práva, která slouží jiným účelům než účelu Statutu. Dle bodu 5 pak nemají být přijaté změny vykládány tak, že zakládají právo nebo povinnost výkonu domácí jurisdikce vůči aktu agrese spáchaném jiným státem.

Other understandings

6. It is understood that aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force; and that a determination whether an act of aggression has been committed requires consideration of all the circumstances of each particular case, including the gravity of the acts concerned and their consequences, in accordance with the Charter of the United Nations.

Bod 6 napomáhající interpretaci přijatých změn prohlašuje v duchu norimberského vnímání zločinu proti míru za „nejtěžší mezinárodní zločin“²⁷ agresi za nejvážnější a nejnebezpečnější formu použití síly. Dále vysvětluje, že určení, zda byl spáchán akt agrese, je třeba na základě zvážení všech okolností konkrétního případu podle Charty OSN, a to včetně posouzení závažnosti daného aktu a také jeho následků. Právě vyzdvižení zvážení individuálních okolností daného případu zde může být pro jeho patřičnou kvalifikaci vhodnou vodící nití, jelikož zločin agrese není možné hodnotit žádným „formulářovým“ způsobem a v takovém případě je třeba opravdu velmi pečlivě zvažovat všechny relevantní skutečnosti a okolnosti.

7. It is understood that in establishing whether an act of aggression constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations, the three components of character, gravity and scale must be sufficient to

²⁷ FERENCZ, B. B. *Ending Impunity for the Crime of Aggression* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1>.

justify a “manifest” determination. No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself.

Obsah tohoto bodu, který prosadily především USA,²⁸ pak určitým způsobem zužuje jurisdikci Soudu vůči zločinu agrese. Už samotná definice podle čl. 8 bis odst. 1 praví, že aby spadl do jurisdikce Soudu, musí akt agrese způsobit svou povahou, závažností a rozsahem zjevné porušení Charty OSN. Nestačí tedy jakýkoliv akt agrese, ale jen ten, který způsobí ono zjevné porušení. Bod 7 tzv. *Understandings* pak ještě udává, že posuzování toho, zda bylo toto zjevné porušení způsobeno povahou, závažností a rozsahem aktu agrese nesmí být vnímáno alternativně, nýbrž kumulativně. Nestačí tedy, aby akt agrese způsobil zjevné porušení Charty OSN svou povahou, závažností nebo rozsahem, nýbrž kombinací zmíněných atributů.²⁹

Jednotlivé aspekty a souvislosti mezi různými součástmi nově přijaté definice zločinu agrese budou muset být vyjasněny během následujících sedmi let, kdy ještě Soud nebude moci být nadán jurisdikcí nad ním. Ne nadarmo prof. William A. Schabas z National University of Ireland po skončené konferenci poznamenal: „Právní akademici jako já budou revizní konferenci nekonečně vděční za to, že nám poskytla tak komplikované a místy nesouvislé předpisy, které nám zajistí krmivo pro články, knihy a konference na mnoho následujících let.“³⁰

5.2 OSTATNÍ PŘIJATÉ ZMĚNY

Přestože přijetí definice zločinu agrese a podmínek výkonu jurisdikce nad tímto zločinem je bezpochyby nejvýznamnější změnou a vyvrcholením celé revizní konference, nejedná se o jedinou změnu Římského statutu, která byla na konferenci v Kampale schválena. Další přijatou změnou se stal tzv. belgický návrh, který představuje doplnění čl. 8 Statutu o skutkové podstaty týkající se používání určitých zbraní v ozbrojených konfliktech jiné než mezinárodní povahy, tedy v tzv. vnitřních konfliktech. Používání těchto zbraní je již v textu Římského statutu z roku 1998 zakázáno v případě mezinárodních ozbrojených konfliktů a je tedy touto změnou rozšířeno na tzv. konflikty vnitřní.

²⁸ U.S. *Engagement With The International Criminal Court and The Outcome Of The Recently Concluded Review Conference* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://geneva.usmission.gov/2010/06/15/u-s-engagement-with-the-icc>.

²⁹ Vzhledem k poslední větě bodu 7 však lze dojít k závěru, že jeden atribut nestačí, ale dva již ano.

³⁰ SCHABAS, W. A. *The Result: Prosecuting Aggression at the International Criminal Court* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/result-prosecuting-aggression-at.html>.

RC/Res.5³¹

Amendments to article 8 of the Rome Statute

The Review Conference,

...

Noting article 121, paragraph 5, of the Statute which states that any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of the Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance and that in respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding the crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory, and confirming its understanding that in respect to this amendment the same principle that applies in respect of a State Party which has not accepted the amendment applies also in respect of States that are not parties to the Statute,

...

Usnesení revizní konference o rozšíření jurisdikce o určité válečné zločiny parafrázuje čl. 121 odst. 5 Římského statutu, který udává, že změna týkající se článků 5, 6, 7 a 8, tedy skutkových podstat zločinů se nepřijímá podle čl. 121 odst. 4, podle kterého je pro přijetí třeba souhlasu sedmi osmin smluvních stran, nýbrž vstoupí v platnost pro ty smluvní strany, které tuto změnu přijaly, a to jeden rok od uložení listin o ratifikaci či přejetí. Ve vztahu k smluvní straně, která tuto změnu nepřijala, nebude pak Soud vykonávat jurisdikci vůči zločinu, kterého se tato změna týká, pokud je daný zločin spáchán občany této smluvní strany či na jejím území.

To opět vnáší do jurisdikce Soudu určitou asymetrii vůči různým skutkovým podstatám válečných zločinů. Co se totiž týče původních válečných zločinů obsažených ve Statutu, v souladu s čl. 12 odst. 2 je Soud nadán jurisdikcí, pokud daný zločin spáchá občan nesmluvní strany na území strany smluvní. Naopak na nově přijaté zločiny se vztahuje čl. 121 odst. 5, a tedy v případě, že pachatelem je občan smluvní strany, jež změnu nepřijala, který čin spáchá na území strany smluvní, pod jurisdikci Soudu nespadá. Navíc poslední věta upřesňuje, že stejný princip se bude vztahovat na stranu, která není stranou statutu. Tedy zmíněná asymetrie mezi zločiny původními a nově inkorporovanými v oblasti širší jurisdikce Soudu je velmi výrazná.

³¹ Web ICC: *Resolution RC/Res.5* [citováno 10. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf.

1. *Decides to adopt the amendment to article 8, paragraph 2 (e), of the Rome Statute of the International Criminal Court contained in annex I to the present resolution, which is subject to ratification or acceptance and shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5, of the Statute;*

...

Usnesení pak přijalo změnu, resp. doplnění k čl. 8 odst. 2 (e), jenž je obsahem přílohy I daného usnesení. Rovněž pak deklaruje, že dané usnesení bude předmětem ratifikace nebo přijetí jednotlivými státy a má vstoupit v platnost v souladu v čl. 121 odst. 5 Statutu. Zde je vhodné říci, že na rozdíl od stejného ustanovení ohledně vstupu v platnost nového zločinu agrese, u nějž je sporné, zda může celá změna vstoupit v platnost podle čl. 121 odst. 5 a ani v případě čl. 15 bis a ter nevyužít ustanovení čl. 121 odst. 4, v případě rozšíření jurisdikce Soudu o nové válečné zločiny je zvolený postup podle čl. 121 odst. 5 bezpochyby správný.

Příloha I pak obsahuje rozšíření skutkových podstat válečných zločinů v rámci konfliktů jiné než mezinárodní povahy:

(xiii) Employing poison or poisoned weapons;

(xiv) Employing asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices;

(xv) Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions.

Do jurisdikce Soudu je tedy rovněž v rámci vnitřních konfliktů zahrnuto i používání jedu nebo otravných zbraní, používání dusivých, jedovatých a jiných plynů a všech obdobných tekutin, materiálů nebo prostředků, a rovněž používání střel, které se v lidském těle snadno rozpínají či zplošťují, například střel s tvrdým pláštěm, který zcela nezakrývá jádro nebo je perforován zářezy. Vstup nové změny v platnost pro smluvní strany, které ji ratifikují, není limitován žádným minimálním počtem ratifikací.

Lze ale říci, že spíše než podstatnou změnou Statutu, je doplnění válečných zločinů v čl. 8 nápravou určitého opomenutí či přehlédnutí v roce 1998. Podle názoru prof. Schabase se však jedná spíše o změnu symbolickou. Dodnes nedošlo k mezinárodní žalobě na základě použití těchto zbraní, a přestože například jedovatý plyn byl použit Saddamen Husseinem proti kurdskému obyvatelstvu v roce 1988, podobné akty mohou být žalovány již na základě současného znění Statutu jako zločiny proti lidskosti. Schabas rovněž dodává, že by bylo vhodné obrátit pozornost k úpravě použití

modernějších prostředků boje, jako jsou protipěchotní miny, kazetová či klastrová munice, zbraně s ochuzeným uranem a také nukleární zbraně.³² Na druhou stranu je ale nutné říci, že určité zalepení nedostatku původního textu, kterým byly tyto akty zahrnuty mezi válečné zločiny již nejen v rámci mezinárodních ozbrojených konfliktů, ale také konfliktů vnitřních, je třeba hodnotit pozitivně.

Dalším bodem programu byl návrh vypuštění čl. 124 z Římského statutu. Podle tohoto ustanovení může stát, který se stane smluvní stranou, prohlásit, že po dobu sedmi let od vstupu Statutu pro daný stát v platnost nepřijímá jurisdikci Soudu vůči kategorii zločinů v čl. 8, tedy válečným zločinům, a to v případech, že byl zločin domněle spáchán jeho státními občany či na jeho území. Samotný čl. 124 Statutu pak kromě konstatování, že takové prohlášení lze kdykoliv odvolat, rovněž deklaruje, že toto ustanovení bude přezkoumáno právě na revizní konferenci.

Přestože ze strany některých nevládních organizací bylo toto ustanovení vnímáno velmi negativně, k jeho vymazání nakonec relativně překvapivě nedošlo. Článek 124 byl dosud využit pouze dvěma státy, a to Francií a Kolumbií. A protože jeho škodlivost nebyla empiricky nijak prokázána, má se za to, že může spíše usnadnit některým státům rozhodování, zda v danou chvíli ke Statutu přistoupit či nikoliv, a pomoci tak hladké ratifikaci. Na revizní konferenci tedy byla přijata rezoluce, na základě které byl čl. 124 zachován ve stávající podobě s tím, že ustanovení má být opětovně přezkoumáno na 14. zasedání Shromáždění smluvních stran v roce 2015.³³

Kromě nové definice agrese, doplnění válečných zločinů a rozhodnutí o zachování čl. 124 byly navrhovány i jiné změny Statutu.³⁴ Mexiko chtělo zařadit do jurisdikce Soudu použití jaderných zbraní, společný návrh Trinidad a Tobago a Belize chtěl zahrnout zločin obchodu s drogami a Holandsko chtělo zařadit do jurisdikce Soudu zločin terorismu. Zmíněné návrhy sice nezískaly dostatečnou podporu, ale bude se jimi nadále zabývat zvláštní pracovní skupina.³⁵ Po zkušenosti s revizní konferencí je tedy třeba dojít k závěru, že vyjednání změn Římského statutu a jejich schválení je sice zdlouhavé a složité, ale reálně možné. Lze tedy očekávat, že v blízké i

³² SCHABAS, W. A. *An Assessment of Kampala* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/assessment-of-kampala-final-blog.html>.

³³ ŠTURMA, P. *Změny Římského statutu Mezinárodního trestního soudu*. Trestněprávní revue, 2010, č. 8, s. 250.

³⁴ WEIGEND, T. *The ICC Review Conference at Kampala: Mission Accomplished or Unfulfilled Promise?* Journal of International Criminal Justice, 2010, č. 5, s. 1177.

³⁵ BÍLKOVÁ, V. *Z Říma do Kampaly a kam dále?* Mezinárodní politika, 2010, č. 8, s. 37.

vzdálenější budoucnosti se bude v tomto smyslu mezinárodní trestní právo dále vyvíjet a do jurisdikce Soudu mohou být zahrnuty skutkové podstaty zločinů nových.

6. ODBORNÉ REAKCE NA VÝSLEDKY REVIZNÍ KONFERENCE

Revizní konference skončila tedy, alespoň na první pohled, viditelným úspěchem, jelikož se nakonec povedlo schválit definici zločinu agrese. Na základě této změny by pak v budoucnu měl Mezinárodní trestní soud vykonávat jurisdikci vůči tomuto zločinu. Čas po skončení konference pak dává prostor pro věcné zhodnocení jejích závěrů. Z tohoto důvodu je vhodné věnovat určitý prostor odborným reakcím na výsledky revizní konference, jež v ugandské Kampale proběhla.

Profesor mezinárodního trestního práva na Melbourne Law School Kevin Jon Heller je převážně kritický. Odvolává se především na čl. 15 bis upravující jurisdikci Soudu v případě iniciace vyšetřování smluvní stranou nebo žalobcem, a to konkrétně odstavce 4 a 5. Podle nich může Soud vykonávat jurisdikci vůči zločinu agrese, pokud byl spáchán smluvní stranou, ledaže by smluvní strana předtím formálně podala deklaraci o tom, že jurisdikci Soudu nad tímto zločinem neakceptuje. Jedná se tedy o již zmíněný *opt-out*. Ve vztahu ke státu, jenž není stranou Statutu, pak Soud nebude vykonávat jurisdikci vůči zločinu agrese, pokud byl spáchán jeho občany nebo na jeho území.

Pro přehlednost pak znázornil schéma, jež zobrazuje teoretické možnosti spáchání aktu agrese. Existují tři typy států (smluvní strana, nesmluvní strana a smluvní strana, jež se *opt-outovala*). Jejich kombinace pak odpovídají následujícím možnostem napadení.³⁶

<i>State Party</i> → <i>State Party</i>	<i>Jurisdiction</i>
<i>State Party</i> → <i>State Party OO</i>	<i>Jurisdiction</i>
<i>State Party</i> → <i>Non-State Party</i>	<i>No Jurisdiction</i>
<i>State Party OO</i> → <i>State Party</i>	<i>No Jurisdiction</i>
<i>State Party OO</i> → <i>State Party OO</i>	<i>No Jurisdiction</i>
<i>State Party OO</i> → <i>Non-State Party</i>	<i>No Jurisdiction</i>
<i>Non-State Party</i> → <i>State Party</i>	<i>No Jurisdiction</i>

³⁶ HELLER, K. J. *The Sadly Neutered Crime of Aggression*. *Opinio Juris* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/13/the-sadly-neutered-crime-of-aggression>.

Non-State Party → State Party OO No Jurisdiction

Non-State Party → Non-State Party No Jurisdiction

Na základě této analýzy čl. 15 bis bude tedy Soud nadán jurisdikcí vůči zločinu agrese pouze v případě, že je spáchán smluvní stranou, která tuto jurisdikci akceptovala, a zároveň jedině za předpokladu, že akt učinila proti jiné smluvní straně. Pokud pak smluvní stranu napadne strana nesmluvní, případ do jurisdikce Soudu nespadá. Zdá se tedy, že pravděpodobnost zahájení řízení z podnětu smluvní strany nebo žalobce je vzhledem k jurisdikci Soudu v tomto ohledu velmi malá.

Prof. Heller vychází z uvedeného schématu a na základě analýzy změn Statutu jmenuje hlavní důvody své kritiky. Ty lze shrnout do následujících dvou bodů:

1. Asymetrie jurisdikce smluvní strany a opt-outované smluvní strany

Smluvní strana, jež se opt-outuje, nemůže být žalována za zločin agrese, pokud se jej dopustila vůči smluvní straně, která se neopt-outovala. To však nefunguje opačně. Smluvní strana, která se neopt-outovala, může být žalována za zločin agrese vůči opt-outované smluvní straně. Stát, jenž se opt-outuje, je tak chráněn proti agresi ostatních smluvních států, ale případný akt agrese z jeho strany do jurisdikce Soudu nespadá.

Zároveň je velmi pravděpodobné, že stát, který hodlá užívat sílu proti jiným státům, se z jurisdikce vůči zločinu agrese opt-outuje. Lze si představit dopad na pověst státu, pokud se nechce stát stranou Římského statutu, ale jen těžko si lze představit výrazný dopad na renomé státu, pokud se ke Statutu připojí, ale limituje jurisdikci Soudu pouze na genocidu, zločiny proti lidskosti a válečné zločiny.

2. Asymetrie v jurisdikci mezi původními zločiny a zločinem agrese

Soud nebude nadán jurisdikcí v případě, že smluvní strana podnikne akt agrese proti nesmluvní straně, přestože by byl nadán jurisdikcí nad válečnými zločiny a zločiny proti lidskosti, které by byly na základě tohoto útoku spáchány.

Soud zároveň není nadán jurisdikcí v případě, že nesmluvní strana spáchá akt agrese vůči smluvní straně a na jejím území, přestože Římský statut uznává teritoriální jurisdikci vůči genocidě, zločinům proti lidskosti a válečným zločinům. Smluvní strany tedy přijaly ustanovení, že pokud bude vůči některé z nich spáchán zločin agrese ze strany nesmluvní strany, Soud nebude nadán jurisdikcí k takovému případu, což působí vcelku iracionálně.

Jádrem autorovy kritiky úpravy zločinu agrese tak není jeho definice nebo institucionální podmínky výkonu, ale především velmi úzká jurisdikce Soudu vůči tomuto zločinu. Na druhou stranu prof. Greg Gordon z University of North Dakota je obecně opačného názoru a se závěry revizní konference je spokojen. Na základě vlastní účasti na konferenci a v souvislosti se složitostí vyjednávání hodnotí fakt, že byla definice nového zločinu agrese v závěru konference Shromážděním smluvních stran odhlasována, velmi pozitivně. Pro daný závěr lze uvést následující argumenty:³⁷

1. Zachování všech tří možností zahájení vyšetřování

Během konference bylo racionálně očekáváno, že pokud bude definice nového zločinu odsouhlasena, bude vyšetřování vůči tomuto zločinu pravděpodobně možné zahájit pouze z podnětu Rady bezpečnosti OSN. Podmínky v čl. 15 bis však upravují také možnost, jak zahájit vyšetřování z podnětu smluvní strany nebo také žalobce.³⁸

2. Existence tzv. green light option

V případě, že vyšetřování není zahájeno z podnětu Rady bezpečnosti OSN, musí žalobce daný případ Radě nejprve předložit. Pokud ta však během následujících šesti měsíců nedeterminuje, že došlo k aktu agrese, neznamená to konec vyšetřování. Pokud totiž po uplynutí této lhůty Přípravný úsek Soudu povolí pokračování vyšetřování, žalobce může v procesu pokračovat i bez svolení Rady bezpečnosti. Pokud by Rada s vyšetřováním nesouhlasila, může sice využít čl. 16 Římského statutu a vyšetřování na 12 měsíců přerušit, ale není nadána pravomocí vyšetřování zastavit.

Mnozí autoři se pak věnují problematice způsobu schválení nového dodatku k Římskému statutu. Jde o to, zda má být schválen podle čl. 121 odst. 4 Statutu nebo čl. 121 odst. 5. První možnost je určena pro změny Statutu obecně. Změna vstoupí v platnost poté, co ji ratifikuje sedm osmin smluvních stran s tím, že pak daná změna platí pro všechny smluvní strany. Druhá varianta schvalování je Statutem výslovně určena pro změnu článků 5, 6, 7 a 8. Ta následně vstoupí v platnost pouze pro ty smluvní státy, které danou změnu ratifikovaly.

³⁷ GORDON, G. *On the Review Conference and Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/15/greg-gordon-on-the-review-conference-and-aggression>.

³⁸ Autor to v kontextu složitých vyjednávání podle svých slov dokonce považuje za „malý zázrak“.

Zločin agrese byl uveden již v původním znění Římského statutu pod čl. 5 odst. 1 v rámci vyjmenování zločinů, ke kterým má Soud jurisdikci, avšak jeho konkretizace je upravena v čl. 8 bis a podmínky pak v čl. 15 bis a 15 ter. V průběhu jednání tedy vyvstala otázka, zda je v takovém případě možné, aby byly změny schvalovány podle čl. 121 odst. 5, pokud ten ony nové články nejmenuje.

Názor, že všechny změny týkající se zločinu agrese by měly být schváleny podle čl. 121 odst. 4, nezískal mnoho stoupenců a spíše se diskutovalo o tzv. návrhu ABS, který získal své označení podle počátečních písmen států, které jej navrhly (Argentina, Brazílie, Švýcarsko). Na základě tohoto návrhu by rok po ratifikaci změny byl Soud nadán jurisdikcí vůči zločinu agrese, pokud by k vyšetřování došlo z podnětu Rady bezpečnosti OSN. Tedy v tomto případě by se uplatnilo schválení podle čl. 121 odst. 5 Statutu. Ostatní dva spouštěcí mechanismy by pak byly aktivovány až poté, co změnu ratifikuje sedm osmin smluvních stran, tedy na základě čl. 121 odst. 4 Statutu. Především pro svou komplikovanost však tato varianta nezískala potřebnou podporu a výsledný text předpokládá schválení podle čl. 121 odst. 5.³⁹

Tím ovšem neodbourává pochybnosti, zda je tomu tak možné. Článek 121 odst. 5 totiž jasně udává, že se daným způsobem přijímají změny čl. 5, 6, 7 a 8. Na základě gramatického výkladu lze tedy dospět k závěru, že články 8 bis, 15 bis a 15 ter tímto způsobem přijmout nelze. Především Japonská delegace pak vyjadřovala během konference s tímto technickým nedostatkem hluboký nesouhlas.⁴⁰ Japonsko bylo toho názoru, že jakýkoliv dodatek ve smyslu jurisdikčního filtru by se měl schvalovat podle čl. 121 odst. 4 a vstoupit tak v platnost pro všechny smluvní strany poté co sedm osmin z nich změnu ratifikuje. Opačný názor pak říká, že smyslem daných dodatků je zajistit výkon jurisdikce vůči zločinu agrese a tudíž spadá jejich schválení pod čl. 121 odst. 5. Reálnou otázkou ovšem zůstává, zda by to tento způsob přijetí nemohli napadati obhájci případných obžalovaných ze zločinu agrese.⁴¹

³⁹ Jiným návrhem ze strany Kanady pak byl tzv. *Menu Approach*, podle kterého by si jednotlivý stát mohl zvolit, který či které ze tří možných spouštěcích mechanismů přijme. Ani tento návrh nezískal potřebnou podporu.

⁴⁰ V této souvislosti je třeba podotknout, že japonskému postoji je věnována patřičná pozornost, jelikož Japonsko v současné době přispívá do rozpočtu Soudu téměř jednou čtvrtinou.

⁴¹ SCHEFFER, D. *Adoption of the Amendments on Aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/david-scheffers-analysis-of-amendments.html>.

Přestože se nakonec Japonská delegace rozhodla nestát v cestě jednomyslnému schválení, vyjádřila se, že do vstupu těchto změn v platnost po roce 2017 bude třeba tento nedostatek odstranit.⁴² Způsob ratifikace a vstupu v platnost změn přijatých na revizní konferenci bude tedy během následujících let jistě předmětem odborných diskusí.

Britský advokát Robert Manson zabývající se mezinárodním trestním právem v této záležitosti pak navrhuje, aby bylo přijato nové usnesení, které by smazalo čl. 8 bis, 15 bis a 15 ter a dotyčná ustanovení přemístilo pod čl. 5 jako jeho tři nová ustanovení.⁴³ Tím by byly přijaté změny uvedeny plně do souladu se současným textem čl. 121 odst. 5 a mohly by být podle něho ratifikovány. Na druhou stranu se lze ale domnívat, že na základě teleologického či systematického výkladu by bylo možné dojít k závěru, že díky tomu, že daná ustanovení konkretizují čl. 5, lze je i v současném znění podle čl. 121 odst. 5 přijmout.

V rámci reakcí na revizní konferenci v Kampale je bezesporu zajímavé shrnout také oficiální reakci ze strany USA na změny přijaté v rámci konference. Spojené státy americké byly od vzniku Soudu ve výrazné opozici proti němu, a to především z toho důvodu, aby nebyla jurisdikce Soudu uplatněna vůči americkým jednotkám rozmístěným v zahraničí. Počáteční strategii odmítání Soudu však v posledních letech vystřídal tzv. politika pozitivního zapojení, kdy se USA z pozice nesmluvní strany zapojují do jednání o vývoji Soudu.⁴⁴

Na konferenci v Kampale tak vyslali jakožto pozorovatelský stát delegaci, kterou vedl Harold H. Koh a Stephen J. Rapp. Po skončení jednání v Kampale pak v rámci tiskové konference vyjádřili nad přijatými změnami spokojenost, a to především s akcentem na fakt, že jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese není příliš široká.⁴⁵ Rovněž se vyjádřili k tzv.

⁴² MANSON, R. *Smoothing out the Rough Edges of Kampala* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com>.

⁴³ Tamtéž.

⁴⁴ LOBE, J. *Washington Urged to seek "Positive Engagement" with ICC* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=46299>.

⁴⁵ Harold H. Koh: „*We think that with respect to the two new crimes, the outcome protected our vital interests. The court cannot exercise jurisdiction over the crime of aggression without a further decision to take place sometime after January 1st, 2017. The prosecutor cannot charge nationals of non-state parties, including U.S. nationals, with a crime of aggression. No U.S. national can be prosecuted for aggression so long as the U.S. remains a non-state party. And if we were to become a state party, we'd still have the option to opt out from having our nationals prosecuted for aggression. So we ensure total protection for our Armed Forces and other U.S. nationals going forward.*”

Understandings, které americká delegace prosadila a které ve svém bodě 7 konkretizují možnost konstatování „zjevného porušení“ Charty OSN tím způsobem, že nestačí, aby k porušení došlo povahou, závažností, nebo rozsahem aktu agrese, ale kombinací těchto faktorů. Především pak vyjádřili spokojenost nad tím, že „USA již nejsou vnímány jako součást problému, nýbrž řešení.“⁴⁶

Politika pozitivního zapojení je totiž pro Spojené státy výhodná ze dvou důvodů. Zaprvé zvýšila prestiž USA ve světě, jelikož původní výrazně záporný postoj vůči instituci, jejímž cílem je trestat zločiny podle mezinárodního práva, vrhal na USA nelichotivý stín. Zadruhé tak jsou Spojené státy schopné více kontrolovat rozšiřování jurisdikce Soudu a během jednotlivých vyjednávání prosazovat své zájmy. Tomu odpovídá úprava nového zločinu agrese, kdy oproti původním třem zločinům již není možné zahájit vyšetřování z titulu teritoriální jurisdikce státu, tedy v případě, že zločin agrese byl spáchán občanem nesmluvní strany na území strany smluvní.

7. SHRNUTÍ

Přestože bychom si všichni jistě přáli, aby Mezinárodní trestní soud nemusel vůbec existovat a ani definice zločinu agrese nebyla zapotřebí, musíme vycházet z reálné situace. Ta napovídá, že na počátku jednadvacátého století je na základě mnohých zkušeností existence soudní instituce tohoto typu odůvodněná.

Zločin agrese byl dosud úspěšně souzen pouze v druhé polovině čtyřicátých let. Hlavní americký žalobce u Norimberského procesu Robert H. Jackson tehdy ve svém zahajovacím projevu přednesl:

„Privilegium zahájit první soud v historii pro zločiny proti míru ve světě vyžaduje závažnou míru odpovědnosti. Bezpráví, která hodláme zavrhnout a potrestat, byla tak promyšlená, zákeřná a ničivá, že lidstvo nesmí tolerovat jejich ignorování, jelikož nemusí přežít jejich případná opakování. Skutečnost, že čtyři velké národy, naplněné vítězstvím a dotčené příkořím, stojí před možností pomsty, a přesto se rozhodnou své nepřátele spravedlivě soudit na základě práva, je jedním z nejvýznamnějších projevů úcty, jaké kdy síla projevila rozumu.“⁴⁷

Viz. *U.S. Engagement With The International Criminal Court and The Outcome Of The Recently Concluded Review Conference* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://geneva.usmission.gov/2010/06/15/u-s-engagement-with-the-icc>.

⁴⁶ Tamtéž.

⁴⁷ Volně přeloženo z originálu: „*The privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility. The wrongs which we seek to*

Téměř šedesát let poté začal fungovat Mezinárodní trestní soud, jehož jurisdikce byla aktivována v roce 2002 a během následujících pěti let zahájil vyšetřování situací ve čtyřech afrických státech. V březnu 2010 pak schválil Přípravný senát vyšetřování povolebních násilností v Keni, která se tak stala státem pátým.⁴⁸ O rok dříve vydala Palestinská autonomie prohlášení o přijetí jurisdikce Soudu, aby mohly být vyšetřovány události na území pásma Gazy v průběhu let 2008 a 2009.⁴⁹ To však může učinit v souladu s čl. 12 odst. 3 Římského statutu pouze stát. V tomto smyslu je tedy dané prohlášení překvapivé a žalobce se bude zabývat tím, do jaké míry Palestinská autonomie splňuje potřebné předpoklady. Vývoj fungování Soudu a jeho jurisdikce pak byl v červnu 2010 podpořen revizní konferencí v Kampale, jež přijala novou definici zločinu agrese.

Shoda na definici a především na podmínkách výkonu jurisdikce vůči novému zločinu nebyla v žádném případě jednoduchá a přijatý návrh je tak určitým kompromisním řešením, v němž bylo nutné najít určitou rovnováhu mezi rolí Mezinárodního trestního soudu a Rady bezpečnosti OSN. Jak trefně podotýká prof. Šturma, již ze své podstaty mají Soud a Rada odlišné priority.⁵⁰ Zatímco funkcí Mezinárodního trestního soudu je dosažení spravedlnosti a potrestání zločinů podle mezinárodního práva, funkcí Rady bezpečnosti OSN je udržování mezinárodního míru a bezpečnosti. Zahnutí zločinu agrese do jurisdikce Soudu je pak ukázkovým příkladem tématu, v němž se setkává mezinárodní právo s mezinárodní politikou.

condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated. That four great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason.“

Viz. JACKSON, R. H. *Opening Statement before the International Military Tribunal* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>.

⁴⁸ Web ICC: *Situations and Cases* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases>.

⁴⁹ PELLET, A. *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*. *Journal of International Criminal Justice*, 2010, č. 8, s. 981.

Taktéž viz. SHANY, Y. *In defense of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute*. *Journal of International Criminal Justice*, 2010, č. 8, s. 329.

⁵⁰ ŠTURMA, P. *Změny Římského statutu Mezinárodního trestního soudu*. *Trestněprávní revue*, 2010, č. 8, s. 250.

Revizní konference v ugandské Kampale tedy kromě rozšíření skutkové podstaty válečných zločinů v rámci vnitřního konfliktu přijala novou definici zločinu agrese, která se vyznačuje především specifickými podmínkami výkonu jurisdikce vůči tomuto zločinu, čímž se typově liší od původních tří zločinů spadajících do jurisdikce Soudu. V rámci shrnutí probrané materie je vhodné uvést následující závěry:

1. Soud bude moci vykonávat jurisdikci vůči zločinu agrese nejdříve po roce 2017

Ani po přijetí nové definice agrese není Soud nadán jurisdikcí vůči tomuto zločinu. Nejdříve musí být splněny dvě podmínky. Jurisdikci vůči zločinu bude možné vykonávat až rok poté, co změnu ratifikuje 30 států, a rovněž poté, co bude opětovně schválena Shromážděním smluvních stran, a to někdy po 1. lednu 2017. Rozhodující pak je pozdější datum. Bude tedy pravděpodobně vyvinut určitý tlak ze strany některých států a nevládních organizací na to, aby potřebné ratifikace proběhly do konce roku 2015 tak, aby mohla být jurisdikce vůči novému zločinu začátkem roku 2017 aktivována.

Z dnešního pohledu se podmínky zdají být splnitelné. Vzhledem k tomu, že samotný Římský statut získal 60 ratifikací během čtyř let,⁵¹ lze odůvodněně předpokládat, že nová změna potřebných 30 ratifikací během šesti let získá. Stejně tak se zdá být reálné, že pokud byla změna na revizní konferenci ze strany Shromáždění smluvních stran přijata jednomyslně, je pravděpodobné, že ji po roce 2017 potřebné dvě třetiny Shromáždění smluvních stran schválí. Na druhou stranu vzhledem k tomu, že by v takovém případě již byl zločin agrese skutečně uveden do praxe, může být postoj některých států o něco zdrženlivější.

2. Úzká definice agrese s ohledem na termín „zjevné porušení“ Charty OSN

Pokud byl spáchán akt agrese a pachatel byl v tzv. *leadership position*, pro výkon jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese je ještě třeba, aby tento akt svojí povahou, závažností a rozsahem způsobil „zjevné porušení“ Charty OSN. K tomuto porušení nestačí splnění jednoho ze tří jmenovaných atributů, musí se jednat o jejich kombinaci. Výklad pojmu „zjevné porušení“ pak v definici chybí a bude tedy záležet na tom, jak extenzivně nebo naopak restriktivně jej bude Soud interpretovat.

⁵¹ Římský statut byl podepsán v roce 1998 a po šedesáti ratifikacích vstoupil v platnost v roce 2002.

Lze tedy vyvodit, že definice pokrývá pouze zřejmé případy agrese.⁵² Mimo definici pak logicky zůstávají akce Rady bezpečnosti podle kapitoly VII Charty OSN a samozřejmě také sebeobrana, ať už individuální nebo kolektivní. Výhodou úzkého vymezení definice agrese pak je skutečnost, že by se do ní pravděpodobně nevešla žádná humanitární intervence. Lze tak učinit závěr, že z mezinárodních konfliktů, které proběhly během posledních desetiletí, je typickým příkladem aktu agrese, který by přijatou definicí naplnil, napadení Kuvajtu Irákem v roce 1990.

3. Zachování zahájení vyšetřování v podnětu smluvní strany nebo žalobce

V průběhu vyjednávání se zdálo být reálné, že pokud bude nová definice zločinu agrese přijata, budou podmínky upraveny tak, že vyšetřování bude moci být zahájeno pouze z podnětu Rady bezpečnosti OSN. Přijatá změna však toto omezení neobsahuje a tak jako v případě původních tří zločinů spadajících do jurisdikce Soudu jsou i v případě zločinu agrese zachovány dvě možnosti zahájení vyšetřování mimo Radu bezpečnosti.

4. Možnost povolení vyšetřování Přípravným úsekem Soudu namísto Rady bezpečnosti OSN (zachování tzv. green light)

V případě zahájení vyšetřování z podnětu žalobce nebo smluvní strany musí žalobce nejprve předat případ Radě bezpečnosti OSN k rozhodnutí, zda došlo k aktu agrese. Pokud jej Rada určí, může žalobce pokračovat. Pokud tak ale Rada neučiní, po uplynutí šesti měsíců může žalobce ve vyšetřování rovněž pokračovat, avšak pod podmínkou, že vyšetřování schválí většinou ze šesti soudců Přípravný úsek Soudu.

Toto ustanovení je třeba hodnotit pozitivně jednak z důvodu, že nutnost schválení Přípravným úsekem představuje určitý filtr proti možným politicky podmíněným procesům, a jednak z důvodu, že žalobce není zcela odkázán na příznivé stanovisko Rady bezpečnosti k vyšetřování, a tím náleží dané rozhodnutí namísto politického orgánu nezávislému soudu.

5. Limitace Rady bezpečnosti OSN článkem 16 Statutu (neexistence tzv. red light)

⁵² TRAHAN, J. *The New Agreement on the Definition of the Crime of Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://blogs.ubc.ca/ligi/files/2010/06/aggression-Kampala-op-ed.trahan.pdf>.

Mezi varianty úpravy podmínek patřila i možnost poskytnout Radě bezpečnosti pravomoc prostřednictvím rezoluce podle kapitoly VII Charty OSN určité vyšetřování či stíhání jednou provždy zastavit, čili jakési udělení milosti v mezinárodním právu. Touto možností však Rada bezpečnosti podle schválené změny nadána není, a v případě, že by chtěla do vyšetřování jakýmkoliv způsobem zasáhnout, je odkázána na čl. 16 původního textu Statutu.

Podle něj může prostřednictvím rezoluce schválené podle kapitoly VII Charty OSN na 12 měsíců vyšetřování nebo stíhání odložit s tím, že opatření je možné využít opakovaně. Vzhledem k již zmíněným rozdílným prioritám Soudu a Rady bezpečnosti je pak podle mého názoru třeba dané ustanovení hodnotit pozitivně. Lze si totiž představit situaci, kdy by mohlo určité vyšetřování například ohrozit právě probíhající mírový proces a v takovém případě by bylo využití článku 16 Statutu namístě.

6. Interpretační problém týkající se způsobu přijetí podle čl. 121 odst. 5 Statutu

Přijatá změna Římského statutu předpokládá podle preambule své přijetí v souladu s čl. 121 odst. 5 Statutu, který ovšem stanovuje, že se podle něj budou přijímat konkrétně změny čl. 5, 6, 7 a 8 Statutu. Vzhledem k tomu, že jsou přijaté změny umístěny ve člancích 8 bis, 15 bis a 15 ter, je tedy otázkou, zda lze tento rozpor interpretačně překonat argumentem, že pouze upřesňují aplikaci ustanovení v čl. 5 a není tak nutné je přijímat podle čl. 121 odst. 4.

7. Dvojkolejnost jurisdikce – zatímco původní zločiny lze vyšetřovat z titulu územní jurisdikce státu, zločin agrese nikoliv

Jako negativní atribut nové definice zločinu agrese je pak nutné hodnotit vznikající dvojkolejnost jurisdikce nad různými zločiny.⁵³ Na základě čl. 12 odst. 2 Statutu se jurisdikce Soudu vůči genocidě, zločinům proti lidskosti a válečným zločinům vztahuje na zločiny spáchané občany smluvního státu a rovněž na pachatele, kteří se zločinu dopustili na území smluvního státu, přestože jsou občany státu, který smluvní stranou není. V případě nově přijatých zločinů tomu tak ovšem na základě čl. 15 bis odst. 5 není.

Tedy pokud bude smluvní strana Statutu napadena nesmluvní stranou, vcelku paradoxně v takovém případě Soud jurisdikcí vůči zločinu agrese nadán není. Daný stát tedy není v tomto smyslu ze strany Soudu

⁵³ Její zárodky lze nalézt již v původním textu Římského statutu, konkrétně v čl. 121 odst. 5 věta druhá.

nijak chráněn a případ by do jurisdikce spadal pouze tehdy, pokud by i agresorem byl smluvní stát. Výraznou asymetrií je pak skutečnost, že případné zločiny proti lidskosti, válečné zločiny či genocida pramenící z daného aktu agrese by do jurisdikce Soudu spadaly, ale samotný zločin agrese nikoli.⁵⁴

8. Preventivní funkce

V neposlední řadě považuji za důležité vyzdvihnout skutečnost, že pokud bude Soud nadán jurisdikcí vůči zločinu agrese, může mít samotný tento fakt za následek zdrženlivější chování určitých vůdců. V situaci, kdy v mezinárodním právu neexistuje individuální trestní odpovědnost za napadení suverénního státu, se totiž relevantní osoba žádné soudní moci obávat nemusí, nanejvýš se může obávat neúspěchu dané vojenské operace.

Pokud ale bude aktivována jurisdikce vůči zločinu agrese, na základě rezoluce Rady bezpečnosti by bylo možné vyšetřovat relevantní zločin, i kdyby daný stát nebyl smluvní stranou. A vzhledem k tomu, že oproti běžným pachatelům mají hlavy států či osoby ve vysokém postavení tendenci svá rozhodnutí racionálně zvažovat, je velmi pravděpodobné, že jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese bude mít i preventivní funkci. Pokud ano, bylo by toto největším úspěchem Kampalské konference.

9. V případě zahájení vyšetřování z podnětu Rady bezpečnosti OSN je Soud nadán univerzální jurisdikcí

Přestože oproti původním zločinům, jimiž jsou genocida, zločiny proti lidskosti a válečné zločiny, jsou v případě zločinu agrese podmínky výkonu jurisdikce složitější a samotná jurisdikce užší, tyto rozdíly nejsou relevantní v situaci, kdy vyšetřování bude zahájeno z podnětu Rady bezpečnosti podle kapitoly VII Charty OSN. V takovém případě nebudou aktivovány podmínky upravené v čl. 15 bis a Soud bude moci vykonávat jurisdikci vůči zločinu agrese bez ohledu na to, zda je agresorem smluvní strana či nikoliv.

V realitě se domnívám, že vzhledem k úzké jurisdikci vůči danému zločinu neposkytuje současná definice výrazný prostor pro ty případy

⁵⁴ Navíc je třeba zdůraznit, že s ohledem na ustanovení čl. 121 odst. 5 věta druhá se bude daná situace vztahovat na jakoukoliv jinou v budoucnosti přijatou změnu, a to vůči státu, který je smluvní stranou Statutu, ale danou změnu nepřijal. Pokud by pak v budoucích možných dodatcích nebylo ustanovení analogické čl. 15 bis odst. 5 (podle kterého Soud není nadán jurisdikcí k danému zločinu vůči nesmluvní straně, pokud je zločin spáchán jejími občany nebo na jejím území), mohl by Soud vykonávat jurisdikci vůči možným v budoucnu přijatým zločinům, pokud by byly spáchány občanem nesmluvní strany na území strany smluvní, čili z titulu územní jurisdikce daného státu.

vyšetřování, které by mohly být zahájeny z podnětu smluvní strany nebo žalobce. Agresorem by totiž musel být smluvní stát a lze předpokládat, že pokud hlava nějakého státu plánuje napadnout jiný stát, pravděpodobně k Římskému statutu či jeho nové změně nepřistoupí. Za největší výhodu přijetí definice zločinu agrese proto považují fakt, že prostřednictvím iniciace vyšetřování Radou bezpečnosti OSN lze Soudu poskytnout jurisdikci vůči zločinu agrese, jenž byl spáchán ze strany státu, který smluvní stranou Římského statutu není.⁵⁵ V takovém případě bude tedy jurisdikce Soudu vůči zločinu agrese univerzální, resp. nebude omezena na smluvní strany.

Vzhledem k výše provedené analýze a z ní vycházejících závěrů lze konstatovat, že přijatá definice zločinu agrese má nesporné klady a také jisté záporny. Výrazným kladem je především samotný fakt jejího přijetí, přestože je výkon jurisdikce vůči tomuto zločinu vázán dvěma důležitými podmínkami a může tak být aktivován nejdříve v roce 2017. Mezi záporny pak lze kromě možných věcných výhrad jmenovat především složitost přijaté změny, jež bohužel v některých případech otevírá prostor pro nejednotnou interpretaci určitých ustanovení, ať už se týkají možnosti přijetí změn podle čl. 121 odst. 5 či případně vyjasnění jurisdikce Soudu vůči opt-outované smluvní straně. Z tohoto důvodu jsem toho názoru, že onen odklad jurisdikce o sedm let není nutné vnímat negativně, ale naopak jako příležitost k diskusi a vyjasnění některých ustanovení.

Přestože je ještě příliš brzy na opravdové hodnocení dopadů revizní konference v Kampale na mezinárodní trestní soudnictví a spravedlnost, je bezesporu pozitivní, že byla v mezinárodním právu konečně přijata definice zločinu agrese, která má potenciál získat v rámci mezinárodního společenství potřebnou autoritu. A s ní i Mezinárodní trestní soud, jenž v současné době vede první procesy proti pachatelům zločinů podle mezinárodního práva.

Skutečnost, že jurisdikce Soudu bude rozšiřována pozvolna, je pak podle mého názoru rovněž třeba hodnotit kladně, přičemž období před konečným přijetím nového zločinu agrese poskytne čas pro řádné a odborné zhodnocení zamýšlených změn. Zároveň pak také poskytne prostor pro to, aby se Soud ve své roli strážce mezinárodní trestní spravedlnosti, jež mu byla mezinárodním společenstvím udělena, náležitě etabloval.

Profesor mezinárodního práva Benjamin B. Ferencz, který se narodil v roce 1920 a byl americkým žalobcem v rámci Norimberského procesu, věnoval svůj profesní život snaze o kriminalizaci agrese a zdůraznění role

⁵⁵ Přestože jurisdikce soudu se v takovém případě na daný stát vztahuje, v souvislosti se současným vyšetřováním situace v Súdánu je třeba říci, že v uvedeném případě může být reálnou překážkou výkonu jurisdikce Soudu odmítání spolupráce ze strany daného státu.

mezinárodního práva pro mírovou koexistenci států. V roce 2010 se zúčastnil revizní konference Římského statutu a v odborném článku zveřejněném necelý rok před konferencí napsal: „*Trvání na tom, že válkám nelze předcházet, je sebezničujícím prorockým zkázy, které odmítá vládu práva. Norimberk se stal triumfem rozumu nad silou. Umožnit agresí zůstat beztrestnou by bylo triumfem síly nad rozumem.*“⁵⁶ Po revizní konferenci je třeba říci, že jsme dnes zahrnutí agrese do Statutu mezi zločiny podle mezinárodního práva o krok blíže. Teprve po roce 2017 se však ukáže, zda bude Soud jurisdikcí vůči tomuto zločinu skutečně nadán. Úspěšné dokončení implementace pak bude v podstatné míře záležet na tom, jakou pověst si Mezinárodní trestní soud na základě vlastního fungování během následujících let vybuduje.

Literature:

- ARNOLD, R. *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*. New York: Transnational Publisher, 2004, 382 s.
- BÍLKOVÁ, V. *Z Říma do Kampaly a kam dále?* Mezinárodní politika, 2010, č. 8, s. 37.
- BOLTON, J. R. *Courting Danger. What's Wrong with the International Criminal Court*. The National Interest, 1998/1999, č. 54, s. 64.
- GALDUNOVÁ, K. *Trestný čin agresie*. In Sborník z konference „Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia“, Bratislava: Slovenská spoločnosť pre medzinárodné právo pri Slovenskej akadémii vied, 2006, s. 104.
- PELLET, A. *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*. Journal of International Criminal Justice, 2010, č. 8, s. 981.
- POPENKOVÁ, M. *Aktuální vývoj v otázce definice zločinu agrese ve smyslu čl. 5 Římského statutu Mezinárodního trestního soudu*. Právník, 2008, č. 5, s. 584 – 585.
- POTOČNÝ, M. *First World Permanent International Criminal Court for the 21st Century*. In Sborník z konference „Implementation of Human

⁵⁶ FERENCZ, B. B. *Ending Impunity for the Crime of Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1>.

- Rights and International Control Mechanism“, Praha: Vodnář, 1999, s. 102 – 103.
- POTOČNÝ, M., ONDŘEJ, J. *Mezinárodní právo veřejné – Zvláštní část*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, 533 s.
 - SHANY, Y. *In defense of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute*. *Journal of International Criminal Justice*, 2010, č. 8, s. 329.
 - ŠTURMA, P. *Odpověď mezinárodního práva na hrozbu mezinárodního terorismu*. *Právník*, 2003, č. 2, s. 177 – 179.
 - ŠTURMA, P. *Změny Římského statutu Mezinárodního trestního soudu*. *Trestněprávní revue*, 2010, č. 8, s. 250.
 - WEIGEND, T. *The ICC Review Conference at Kampala: Mission Accomplished or Unfulfilled Promise?* *Journal of International Criminal Justice*, 2010, č. 5, s. 1177.
 - FERENCZ, B. B. *Ending Impunity for the Crime of Aggression* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1>.
 - GORDON, G. *On the Review Conference and Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/15/greg-gordon-on-the-review-conference-and-aggression>.
 - HELLER, K. J. *The Sadly Neutered Crime of Aggression*. *Opinio Juris* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://opiniojuris.org/2010/06/13/the-sadly-neutered-crime-of-aggression>.
 - JACKSON, R. H. *Opening Statement before the International Military Tribunal* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>.
 - KI-MOON, P. *Čas odpovědnosti* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.osn.cz/zpravodajstvi/zpravy/zprava.php?id=1615>.

- LOBE, J. *Washington Urged to seek “Positive Engagement“ with ICC* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=46299>.
- MANSON, R. *Smoothing out the rough edges of the Kampala Conference* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com>.
- SCHABAS, W. A. *An Assessment of Kampala* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/assessment-of-kampala-final-blog.html>.
- SCHABAS, W. A. *The Result: Prosecuting Aggression at the International Criminal Court* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/result-prosecuting-aggression-at.html>.
- SCHEFFER, D. *Adoption of the Amendments on Aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://iccreviewconference.blogspot.com/2010/06/david-scheffers-analysis-of-amendments.html>.
- TRAHAN, J. *The New Agreement on the Definition of the Crime of Aggression* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://blogs.ubc.ca/ligi/files/2010/06/aggression-Kampala-op-ed.trahan.pdf>.
- *Charter of the International Military Tribunal* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html>.
- *Římský statut Mezinárodního trestního soudu* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.cervenyriz.eu/cz/mezinarsoud/Rimsky_statut_ofic.pdf.

- *U.S. Engagement With The International Criminal Court and The Outcome Of The Recently Concluded Review Conference* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://geneva.usmission.gov/2010/06/15/u-s-engagement-with-the-icc>.
- *Web ICC: ICC welcomes the Republic of Seychelles as a new State Party* [citováno 6. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BAA909C9-3E7B-4156-ACA0-B63225DC8E40.htm>.
- *Web ICC: Resolution RC/Res.5* [citováno 10. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf.
- *Web ICC: Resolution RC/Res.6* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf.
- *Web ICC: Review Conference Invitation Letter* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7D67278B-C8C2-4777-BBEE-28D0D7007341/0/ICCASPReviewConference2010InvitationENG.pdf>.
- *Web ICC: Review Conference of the Rome Statute concludes in Kampala* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/CF95BB41-B15A-45DA-B8CF-33E873E73829.htm>.
- *Web ICC: Review Conference – Resolutions* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/ReviewConference/Resolutions+and+Declarations/Resolutions+and+Declarations.htm>.
- *Web ICC: Situations and Cases* [citováno 18. listopadu 2010]. Dostupný z: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases>.

Contact – email

janlhotsky@mail.muni.cz

PRÍSTUP JEDNOTLIVCOV K SÚDNEMU PRESKÚMANIU PRÁVNÝCH AKTOV EÚ PODĽA ČL. 263 A 267 ZFEÚ

KATARÍNA MIKULOVÁ

Ústav medzinárodného a európskeho práva, Fakulta práva, Paneurópska
vysoká škola, Slovenská republika

Abstrakt

Právo Európskej únie stanovuje pre jednotlivca priamo práva a povinnosti. Z toho vyplýva otázka, ako môže jednotlivec získať ochranu v prípade, že inštitúcie Európskej únie porušia svoje právne povinnosti pri vydávaní právnych aktov EÚ. Právnym systéme EÚ existuje niekoľko možností pre jednotlivca žalovať neplatnosť právneho aktu EÚ, pričom základným problémom je to, ktorá z týchto možností je na ochranu práv jednotlivca vyplývajúcich z práva EÚ najefektívnejšia.

Kľúčové slová

Neplatnosť právneho aktu EÚ, prípustnosť žaloba podľa čl. 263 ZFEÚ, ochrana práv jednotlivcov

Abstract

Law of the European Union confers rights and set obligation directly to an individual. That is why there is a need to answer a question how can an individual gain protection in a case, when the institutions of European Union infringe their legal obligations when deciding on legislative or non-legislative acts. In legal order of European Union there are several possibilities for an individual to claim invalidity of an EU act, while the basic problem is which of this possibility is the most effective in individual case to ensure protection of the rights deriving from the EU law.

Key words

Invalidity of EU act, admissibility of an action according art 263 TFEU, protection of individual rights.

1. ÚVOD

Právo Európskej únie (ďalej len "EÚ") je výnimočné a zásadne sa odlišuje od medzinárodného práva verejného tým, že priznáva práva a stanovuje povinnosti priamo jednotlivcom. Vzhľadom na túto skutočnosť je nutné zodpovedať otázku, ako sa môže jednotlivec, teda akákoľvek právnická alebo fyzická osoba, domáhať ochrany v prípade, že inštitúcie EÚ, ktoré vykonávajú svoje právomoci prostredníctvom vydávania právnych aktov, porušia svoje právne povinnosti. Dôsledkom porušenia povinností inštitúciami EÚ môže byť vydanie právneho aktu, či už legislatívneho alebo

nelegislatívneho, v rozpore s právom EÚ alebo nekonanie či opomenutie inštitúcie EÚ.

Pri hlbšom pohľade môžeme nájsť niekoľko možností, ktoré má jednotlivec k dispozícii, pričom základnou otázkou zostáva, ktorá z nich bude najefektívnejšia v konkrétnom prípade, aby zabezpečila ochranu jeho práv vyplývajúcich priamo z práva EÚ. Prvou možnosťou je využiť priamy prístup k Súdnu dvoru EÚ prostredníctvom konania podľa čl. 263 Zmluvy o fungovaní EÚ (ďalej len "Zmluva o FEÚ"), v prípade nečinnosti inštitúcie EÚ konanie podľa čl. 265 Zmluvy o FEÚ. Úspešnosť jednotlivca v týchto konaniach bola predmetom skúmania nedávno publikovaného výskumu, ktorému sa budem venovať nižšie. Druhou možnosťou je využiť konanie podľa čl. 267 Zmluvy o FEÚ, aj keď tu nie je zaručený priamy prístup ku konaniu pred Súdny dvorom EÚ, napriek tomu predstavuje, ako uvidíme nižšie veľmi účinný spôsob kontroly legality právnych aktov inštitúcií EÚ. Tretou možnosťou je využívaním práva, ktoré pre jednotlivca vytvárajú iné ustanovenia zmlúv, ako napríklad petičné právo, právo na informácie apod. Mimosúdne cesty upozorňovania na porušovanie práva EÚ môžu byť niekedy efektívnejšie z hľadiska nákladov jednotlivca na ich uplatnenie v porovnaní s nákladmi na súdne konanie a rovnako tak z hľadiska trvania prijatia nejakého opatrenia, ktoré smeruje k náprave. V rámci tohto príspevku sa budem hlavne zaoberať prístupom jednotlivca k preskúmvaniu platnosti právneho aktu EÚ v rámci dvoch vyššie uvedených konaní, konania podľa čl. 263 a 267 Zmluvy o FEÚ, ich vzájomnému vzťahu vymedzenému judikatúrou Súdneho dvora EÚ. V závere sa budem snažiť upozorniť na nedostatky v systéme ochrany jednotlivca pred protiprávnymi aktmi inštitúcií EÚ.

2. PRÁVNA ÚPRAVA PRESKÚMAVANIA NEPLATNOSTI PRÁVNEHO AKTU EÚ PODĽA USTANOVENÍ ZMLUVY O FEÚ

2.1 KONANIE O NEPLATNOSŤ PRÁVNEHO AKTU EÚ PODĽA ČL. 263 ZMLUVY O FEÚ

Konanie podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ smeruje k preskúmvaniu legality legislatívnych aktov EÚ, aktov Rady, Komisie a Európskej centrálnej banky. V rámci tohto konania Súdny dvor EÚ preskúmvava aj akty prijaté Európskym parlamentom a Európskou radou, za podmienky, že majú účinky vo vzťahu k tretím stranám. V porovnaní s predchádzajúcim znením čl. 230 Zmluvy o Európskom spoločenstve (ďalej len ako "ZES") v znení Zmluvy z Nice, nastala v takto vymedzenom rozsahu právnych aktov, ktoré je oprávnený Súdny dvor EÚ skúmať, zmena, ktorá sa týka spôsobilosti vo vzťahu k aktom vydávaným Európskou radou za podmienky, ktorá je

uvedená vyššie.¹ Rovnako tak sa po účinnosti Lisabonskej zmluvy rozšírila právomoc Súdneho dvora EÚ vo vzťahu k skúmaniu legality aktov orgánov, úradov a agentúr EÚ a to za rovnakej podmienky ako v prípade aktov vydaných Európskym parlamentom a Európskou radou. Z pohľadu jednotlivca je dôležitý ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, ktorý stanovuje pre právnické a fyzické osoby možnosť priamo sa obrátiť na Súdny dvor EÚ (ďalej len "SD EÚ") so žalobou na neplatnosť aktu inštitúcií EÚ za podmienok stanovených Zmluvou o FEÚ a tiež judikatúrou SD EÚ. V literatúre sa fyzické a právnické osoby v súvislosti s konaním o neplatnosť právneho aktu EÚ považujú za tzv. nepriviligovaných účastníkov konania, pretože v súlade s ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ môže fyzická alebo právnická osoba podať žalobu proti právnym aktom EÚ, ktoré sú jej určené alebo ktoré sa jej priamo a osobne týkajú, ako aj voči regulačným aktom, ktoré sa jej priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia. Rovnako je dôležité aj ustanovenie ods. 5 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, na základe ktorého právne akty, ktorými sa zriaďujú orgány, úrady a agentúry EÚ, môžu ustanoviť osobitné podmienky a úpravy týkajúce sa žalôb podaných fyzickými alebo právnickými osobami proti aktom týchto orgánov alebo úradov alebo agentúr EÚ, ktoré zakladajú právne účinky voči nim.

Okrem vymedzenia právnych aktov, ktorých legalitu možno v rámci tohto konania preskúmať, čl. 263 Zmluvy o FEÚ určuje subjekty, ktoré sú oprávnené takúto žalobu podať a podmienky, ktoré takéto subjekty musia spĺňať. Rovnako tak explicitne vymenúva dôvody neplatnosti právneho aktu, ktoré možno v konaní podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ namietať, aj keď, ako vyplýva z judikatúry SD EÚ, nie je možné tento výpočet chápať ako konečný a uzavretý. SD EÚ chápe tento výpočet ako základný rámec, na základe ktorého vyvinul princípy administratívnej legality vychádzajúc z konceptov nájdených vo vnútroštátnych právnych systémoch. Tieto princípy obsahujú ochranu ľudských práv, subsidiaritu, proporcionalitu, legitímne očakávanie, právnu istotu, princíp demokracie, nediskrimináciu, transparentnosť, povinnosť zdôvodniť právny akt a v poslednom čase aj princíp prevencie (predchádzaniu škodám) a porušenie medzinárodného práva verejného².

¹ Stehlík, V.: K reformě soudního systému EÚ na základě Lisabonské smlouvy, In *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2008*, Bratislava: Univerzita Komenského, str. 192-199

² Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 4. Vydanie, Oxford University Press, 2008, str. 538

Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007, str. 339-340.

Istý priestor napadnúť nepriamo právny akt EÚ pre fyzické a právnické osoby vytvára čl. 277 Zmluvy o FEÚ, ktorý upravuje možnosť dokonca bez ohľadu na plynutie lehoty stanovenej v ods. 6 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, *účastníkovi konania v konaní, ktorého predmetom je všeobecne záväzný právny akt prijatý inštitúciou, orgánom alebo úradom alebo agentúrou EÚ, dovoľávať sa pred ESD neuplatniteľnosti daného aktu z dôvodov ustanovených v čl. 263 ods.2.* Pri prvom prečítaní tohto ustanovenia jeho význam nemusí byť hneď zjavný, preto len v krátkosti uvediem vysvetlenie jeho významu prostredníctvom judikatúry ESD. V zmysle rozsudku *Les Verts*³: *Toto ustanovenie má poskytovať fyzickým a právnickým osobám ochranu pred aplikáciou všeobecne záväzného právneho aktu, ktorý oni nemôžu priamo napadnúť žalobou pred Európskym súdnym dvorom z dôvodu špeciálnych podmienok prípustnosti uvedených v ods. 2 čl. 173 ZES (v súčasnosti ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ). Ak sú komunitárne inštitúcie zodpovedné za implementáciu týchto všeobecne záväzných právnych aktov vykonávacími právnymi aktmi, fyzické alebo právnické osoby môžu podať žalobu na Európsky súdny dvor priamo proti týmto vykonávacím právnym aktom, ktoré sú im adresované alebo sa ich priamo a osobne týkajú, a na podporu takejto žaloby namietať protiprávnosť všeobecne záväzného právneho aktu, ktorý je ich základom.*

2.2 KONANIE O NEPLATNOSTI PRÁVNEHO AKTU EÚ PODĽA ČL. 267 ZMLUVY O FEÚ

Podľa čl. 267 písm. b má SD EÚ právomoc vydať predbežný nález o otázkach, ktoré sa týkajú platnosti a výkladu aktov inštitúcií, orgánov alebo úradov alebo agentúr EÚ. V súlade s týmto článkom má tiež vnútroštátny súdny orgán možnosť položiť SD EÚ prejudiciálnu otázku, ak je nevyhnutná pre jeho rozhodnutie. Ak však o prípade rozhoduje vnútroštátny súdny orgán, proti ktorého rozhodnutiu nie je prípustný opravný prostriedok podľa vnútroštátneho práva, je tento súdny orgán povinný sa obrátiť na SD EÚ a položiť mu otázku týkajúcu sa práva EÚ. Uvedené ustanovenia čl. 267 Zmluvy o FEÚ boli však predmetom rozhodovania SD EÚ a z judikatúry SD EÚ vyplývajú pre konanie o neplatnosti právneho aktu EÚ pre vnútroštátne súdy členských štátov viaceré obmedzenia a povinnosti. V zmysle rozsudku *Foto-Frost*⁴, v ktorom sa Hamburský súd pýtal, či môže deklarovať neplatnosť rozhodnutia Komisie, SD EÚ konštatoval, že *vnútroštátne súdy môžu deklarovať, že právny akt ES je platný. Ak sa vnútroštátny súd domnieva, že dôvody neplatnosti právneho aktu ES namietané jednou zo strán sporu sú nedostatočné, môže ich odmietnuť a tým*

³ Rozhodnutie 294/83 *Parti Ecologiste „Les Verts“ v. Parlament* [1986] ECR 1339

⁴ Rozhodnutie 314/85 *Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lubeck-Ost* [1987] ECR 4199

rozhodnúť, že právny akt ES je platný. Na druhej strane vnútroštátne súdy nemôžu deklarovať neplatnosť takéhoto právneho aktu. Požiadavka jednotnosti práva ES nedovoľuje to, aby každý vnútroštátny súd mohol autonómne rozhodovať o neplatnosti právneho aktu ES, pretože by tým mohol byť narušený princíp právnej istoty. Vzhľadom na to, že čl. 230 ZES (teraz čl. 263 Zmluvy o FEÚ) dáva Európskemu súdnemu dvoru výlučnú právomoc rozhodnúť o neplatnosti právneho aktu ES, jednotnosť systému požaduje, ak je napadnutá platnosť právneho aktu ES pred vnútroštátnym súdom, aby právomoc rozhodnúť o neplatnosti právneho aktu bola výlučne daná len Európskemu súdnemu dvoru.⁵ Z uvedeného rozsudku možno vyvodit' záver, že ktorýkoľvek, nie len vnútroštátny súd, proti rozhodnutiu ktorého nie je možné podať opravný prostriedok podľa vnútroštátneho práva, je povinný iniciovať prejudiciálne konanie pred SD EÚ ohľadne neplatnosti právneho aktu.

Z uvedeného prístupu však na druhej strane vyplýva aj to, že nie vždy možno zaručiť jednotu a koherentnosť právneho systému EÚ tým, že vnútroštátne súdy rozhodujú o platnosti právnych aktov EÚ. Zatiaľ čo v jednom členskom štáte môžu byť súdom považované predložené dôvody za dostatočné na iniciovanie prejudiciálneho konania o neplatnosti právneho aktu, v inom členskom štáte môžu byť tie isté dôvody považované za nedostatočné. V nedávno rozhodnutom prípade *IATA*⁶ ESD vyslovil, že *pokiaľ sa vnútroštátne súdy domnievajú, že jeden alebo viaceré dôvody neplatnosti uvedené účastníkmi konania, prípadne vznesené z úradnej povinnosti sú dôvodné, sú povinné prerušiť konanie a podať Európskemu súdnemu dvoru návrh na začatie prejudiciálneho konania o posúdenie platnosti*⁷. Napriek tomu je daná istá voľná úvaha pre vnútroštátne súdy členských štátov EÚ rozhodnúť, či považujú jednotlivcom namietané dôvody neplatnosti za "dôvodné" (v anglickej verzii "well founded"). Ustanovenie čl. 267 Zmluvy o FEÚ neobsahuje žiadne obmedzenia vo vzťahu k druhom právnych aktov a nekonkretizuje dôvody, pre ktoré je možné právny akt EÚ vyhlásiť za neplatný. Pre riešenie týchto otázok je potrebné aplikovať iné ustanovenia Zmluvy o EÚ alebo Zmluvy o FEÚ.

⁵ Tamtiež body 14,15 a 17

⁶ Rozhodnutie C-344/04 *The Queen na žiadosť International Air Transport Association, European Law Fares Airline Association proti Department of Transport* [2006] ECR I-403,

⁷ Tamtiež bod 30

2.3 OBMEDZENIA PRESKÚMAVANIA LEGALITY PRÁVNÝCH AKTOV EÚ VO VZŤAHU K NIEKTORÝM POLITIKÁM EÚ

Právomoc SD EÚ vo vzťahu k rozhodovaniu o legalite právnych aktov vydaných v oblasti Spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky EÚ, je veľmi obmedzená v zmysle ustanovenia čl. 275 ods. 1 Zmluvy o FEÚ, aj keď v zmysle ods. 2 čl. 275 Zmluvy o FEÚ má ESD *právomoc dohliadať na dodržiavanie čl. 40 Zmluvy o EÚ a rozhodovať o žalobách podaných v súlade s podmienkami ustanovenými v čl. 263 ods. 4 Zmluvy o FEÚ, ktorými sa preskúmava zákonnosť rozhodnutí upravujúcich reštriktívne opatrenia voči fyzickým alebo právnickým osobám, ktoré boli prijaté Radou na základe hlavy V kapitoly 2 Zmluvy o EÚ*. Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy je rozšírená právomoc SD EÚ v oblastiach patriacich pred vstupom do platnosti Lisabonskej zmluvy do tzv. tretieho piliera EÚ. V zmysle ustanovenia čl. 276 Zmluvy o FEÚ v oblasti upravujúcej priestor slobody, bezpečnosti a spravodlivosti, SD EÚ *nemá právomoc preskúmavať platnosť alebo primeranosť operácií vykonávaných políciou alebo inými orgánmi členského štátu presadzujúcimi výkon práva, ani rozhodovať o výkone právomocí členských štátov v oblasti udržiavania verejného poriadku a zabezpečovania vnútornej bezpečnosti*.

Vo vzťahu k prejudiciálnemu konaniu je dôležité spomenúť aj obmedzenie uvedené v čl. 10 Protokolu č. 36 o prechodných ustanoveniach pripojenom k zakladajúcim zmluvám EÚ Lisabonskou zmluvou, na základe ktorého existuje pre členského štátu 5-ročné prechodné obdobie. Počas tohto 5-ročného prechodného obdobia vo vzťahu k aktom EÚ v oblasti policajnej a justičnej spolupráce v trestných veciach, ktoré boli prijaté pred nadobudnutím platnosti Lisabonskej zmluvy, má SD EÚ rovnaké právomoci, ako mal podľa ZEÚ v znení Zmluvy z Nice. To znamená mimo iného, že členské štáty, ktoré neuznali právomoc SD EÚ rozhodovať o prejudiciálnych otázkach týkajúcich sa výkladu a platnosti právnych aktov prijímaných v oblasti policajnej a justičnej spolupráce v trestných veciach v zmysle ustanovenia čl. 35 ods. 2 ZEÚ v znení Zmluvy z Nice, obmedzili možnosť ich vnútroštátnych súdnych orgánov položiť prejudiciálnu otázku SD EÚ vo vzťahu k týmto právnym aktom. V rámci prejudiciálneho konania teda neplatnosť týchto právnych aktov na základe podnetu z niektorých členských štátov nemožno skúmať vôbec.

3. MOŽNOSTI JEDNOTLIVCA INICIOVAŤ KONANIE O NEPLATNOSŤ PRÁVNEHO AKTU NA ZÁKLADE ODS. 4 ČL. 263 ZMLUVY O FEÚ V ZMYSLE JUDIKATÚRY ESD

V zmysle aktuálneho znenia ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ existujú tri skupiny právnych aktov, ktoré môžu byť napadnuté žalobou v zmysle tohto článku fyzickými alebo právnickými osobami (ďalej len "jednotlivci"):

1. Akty EÚ, ktoré sú im určené;

2. Akty EÚ, ktoré sa ich priamo a osobne týkajú;
3. Regulačné právne akty, ktoré sa ich priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia.

Pokiaľ ide o akty EÚ, ktoré sú jednotlivcom určené alebo akty EÚ, ktoré sa ich priamo a osobne týkajú, tieto boli súčasťou ZES v znení Zmluvy z Nice. Novou právnou úpravou je rozšírenie možnosti pre jednotlivcov touto žalobou o neplatnosť právneho aktu EÚ napadnúť *regulačné právne akty, ktoré sa ich priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia*. Z uvedeného znenia tohto ustanovenia vyplýva, že vo vzťahu k regulačným aktom, ktoré nevyžadujú vykonávacie opatrenia, už nie je potrebné dokazovať problematický osobný záujem. Základným problémom tohto ustanovenia je skutočnosť, že z neho nie je zrejmé, čo presne sa považuje za *regulačný akt, ktorý nevyžaduje vykonávacie opatrenia* a legálnu definíciu tohto pojmu nie je možné nájsť ani inde v Zmluve o EÚ alebo v Zmluve o FEÚ. Celkovo sa pojem "regulačný akt" nevyskytuje v žiadnom inom ustanovení Zmluvy o EÚ ani Zmluvy o FEÚ. Definíciu tohto pojmu pravdepodobne poskytne až SD EÚ v niektorom zo svojich rozhodnutí, z čoho vyplýva, že v súčasnosti nie je možné určiť, ako široko bude SD EÚ vykladať tento pojem a či táto zmena, ktorú priniesla Lisabonská zmluva, bude znamenať výrazné rozšírenie možností jednotlivcov priamo žalovať neplatnosť určitej časti právnych aktov EÚ. Z analýzy druhov právnych aktov podľa Zmluvy o FEÚ je možné sa domnievať, že regulačným aktom, ktorý nevyžaduje vykonávacie opatrenia, je možné rozumieť delegované nelegislatívne právne akty vydávané na základe čl. 290 Zmluvy o FEÚ alebo vykonávacie právne akty Komisie vydávané na základe čl. 291 Zmluvy o FEÚ, ktoré sa jednotlivcov priamo týkajú. V ďalšej časti tejto kapitoly sa skôr budem venovať už existujúcej judikatúre SD EÚ k priamemu prístupu jednotlivcov na SD EÚ prostredníctvom konania o neplatnosť právneho aktu v zmysle ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, pre nejasnosti, ktoré sú spojené s novým znením tohto ustanovenia.

Skutočnosť, že právny akt má určitú formu, najmä formu smernice, nemôže byť jediným dôvodom na stanovenie neprípustnosti žaloby jednotlivca na neplatnosť tohto právneho aktu. V zmysle judikatúry SD EÚ je dôvodom to, že inštitúcie nemôžu vylúčiť preskúmanie legality tohto právneho aktu prostredníctvom výberu právneho nástroja a tým obmedziť právnu ochranu jednotlivca⁸. Síce je možné tento názor SD EÚ považovať za správny z hľadiska skutočnosti, že z ustanovenia čl. 288 Zmluvy o FEÚ nie je možné určiť, ktoré druhy právnych aktov EÚ patria medzi legislatívne druhy právnych aktov a ktoré podľa názvu patria medzi vykonávacie druhy právnych aktov, prípadne individuálne právne akty, ale rozhodne

⁸ Rozhodnutia: C-298/89 *Gibraltar v. Rada* [1993] ECR I-3605, T-172,175 a 177/98 *Salamander AG v. Parlament a Rada* [2000] ECR II-2487

komplikuje postavenie jednotlivcov v tomto konaní. Okrem samotného znenia ustanovenia čl. 288 Zmluvy o FEÚ má na to vplyv aj inštitucionálny rámec, ktorý nerešpektuje jasné rozdelenie právomocí v zmysle klasického trojdelenia moci na zákonodarnú, výkonnú a súdnu a v dôsledku toho presné rozdelenie druhov právnych aktov. Zložitosť tohto rozlišovania je daná tiež neschopnosťou politických inštitúcií rešpektovať rozdelenie medzi smernicami, ktoré mali byť normatívnym nástrojom, a nástrojmi výkonnej povahy ako sú nariadenia a rozhodnutia. Najvýraznejšie je tento problém cítiť v procese komitológie, kde sa smernice používajú aj na úpravu veľmi partikulárnych otázok. SD EÚ doteraz nevenoval pozornosť v rozhodovaní o prípustnosti návrhu jednotlivcov na začatie konania o neplatnosť právneho aktu EÚ legislatívnemu postupu, na základe ktorého je predmetný právny akt EÚ prijímaný. Podľa názoru niektorých autorov individuálne právne akty by mohli byť z podnetu jednotlivca preskúvané v rámci konania podľa ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ a preskúvanie legality normatívnych právnych aktov by mohlo byť pre jednotlivca prístupné prostredníctvom konania podľa čl. 267 Zmluvy o FEÚ⁹. Myslím, že s týmto názorom sa dá súhlasiť, pretože korešponduje s kontrolou legality právnych a individuálnych aktov v členských štátoch, vrátane Slovenskej republiky. Legality legislatívnych právnych aktov v Slovenskej republike je možné preskúmať mimo iného aj prostredníctvom konania na Ústavnom súde SR iniciovanom ktorýmkoľvek sudcom Slovenskej republiky, ktorý v rámci rozhodovania konkrétneho prípadu má aplikovať zákon alebo podzákonný právny predpis a domnieva sa, že tento nie je v súlade s Ústavou SR. Preskúvanie legality legislatívnych právnych aktov prijímaných na vnútroštátnej úrovni priamo žalobou zo strany jednotlivca je veľmi obmedzené, priame podanie jednotlivca na Ústavný súd SR v takejto veci dokonca nie je možné vôbec. Na druhej strane legalita rozhodnutí vydávaných v správnom konaní, ktoré do istej miery zodpovedajú administratívnym právnym aktom prijímaným na úrovni EÚ, je preskúmateľná v rámci správneho súdnictva na základe návrhov jednotlivcov.

Z judikatúry SD EÚ vyplýva neslávny veľmi limitovaný prístup jednotlivcov ku konaniu o neplatnosť právnych aktov EÚ podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ vo vzťahu k druhej kategórii právnych aktov, tak ako som ju uviedla vyššie, prostredníctvom reštriktívneho výkladu toho, že akty, ktoré im nie sú adresované sa musia jednotlivcov priamo a osobne týkať. Priamy a osobný záujem je potrebné chápať ako dve samostatné podmienky, ktoré je potrebné splniť súčasne. Priamy záujem možno charakterizovať tak, že napadnutý právny akt priamo ovplyvňuje navrhovateľovu právnu pozíciu. Musí existovať priamy vzťah medzi napadnutým právnym aktom EÚ a

⁹ Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007, str. 263-264

škodou alebo ujmom, ktorú navrhovateľ utrpel¹⁰. Priamy záujem rozhodne nemôže byť daný v prípade, že je členským štátom ponechaná voľná úvaha pre implementáciu právneho aktu do vnútroštátneho právneho poriadku členských štátov.

Omnoho zložitejšie je definovať osobný záujem a definícia tohto pojmu sa vyvíjala spolu s judikatúrou SD EÚ. SD EÚ vo svojej judikatúre rozlišuje medzi chápaním osobného záujmu vo vzťahu k nariadeniam, smerniciam na jednej strane a rozhodnutiam, ktoré sú určené iným osobám ako jednotlivcovi, ktorý sa domáha neplatnosti určitého právneho aktu na druhej strane a to vzhľadom na predchádzajúce znenie ods. 4 čl. 230 ZES.

Pokiaľ ide o definovanie osobného záujmu vo vzťahu k nariadeniam, ktoré nemajú v skutočnosti povahu rozhodnutia, a vo svojej podstate sú aplikované na kategóriu osôb určenú vo všeobecnosti a teoreticky, pričom sú aplikované na objektívne determinované situácie, takéto nariadenia môžu byť úspešne napadnuté jednotlivcami len v tom prípade, že existujú určití špecifickí jednotlivci, voči ktorým pôsobí takéto nariadenie ako rozhodnutie vo svojich účinkoch.¹¹ Toto je však veľmi ťažké v konkrétnom prípade dosiahnuť a z judikatúry (ktorej nie je veľa) vyplýva, že sú to minimálne tieto 4 druhy prípadov:

- a. Ak majú jednotlivci na základe právnej úpravy oprávnenie participovať v legislatívnom postupe, ktorého výsledkom je prijatie právneho aktu - tieto prípady sa týkali hlavne štátnej pomoci, oblasti hospodárskej súťaže a anti-dumpingovej regulácie. SD EÚ bol ochotný pripustiť žalobu jednotlivcov, ktorí boli zainteresovaní vo vyšetrovaní, ktoré predchádzalo formulovaniu právneho aktu, ktorého platnosť je predmetom konania pred SD EÚ. SD EÚ však skúmal ich participáciu na celkovom procese a samotný fakt, že jednotlivec sa procesu zúčastnil nepostačoval na stanovenie jeho individuálneho záujmu v zmysle ustanovenia ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Rovnako títo jednotlivci museli preukázať, že okrem participácie v procese, ktorý predchádzal prijatiu napadnutého právneho aktu, majú na rozhodnutí špecifický záujem, ktorý ich odlišuje a individualizuje od iných súťažiteľov na trhu.¹²

¹⁰ Chalmers, D., Tomkins, A.: *European Union Public Law, Text and Materials*, Cambridge University Press, 2007, str. 418-419

¹¹ Rozhodnutie C-309/89 *Codorniu SA v. Rada* [1994] ECR I-1853 body 18 a 19

¹² Vid' napr. rozhodnutia: 1. oblasť štátnej pomoci – T-88/01 *Sniace SA v. Komisia* [2005] ECR II-1165; 2. oblasť hospodárskej súťaže – T-131/99

- b. Ak utrpia vážnu škodu alebo ujmu v ekonomickej oblasti, napríklad strata vlastníckych práv alebo vážne dôsledky pre postavenie v hospodárskej súťaži - tieto prípady boli veľmi výnimočné a v súčasnosti existujú len 2 úspešné prípady - *Extramet* a *Codorniu*¹³, neskôr sa už nepodarilo nikomu uspieť pred SD EÚ s tvrdením, že navrhovateľ má individuálny záujem v zmysle ustanovenia ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ na vyslovení neplatnosti právneho aktu EÚ z dôvodu, že v dôsledku vážnej ujmy v ekonomickej oblasti je špecificky individualizovaný.
- c. Ak existujú nadradené právne povinnosti týkajúce sa jednotlivca, ktoré musí legislatívny orgán vziať do úvahy - v týchto prípadoch išlo o právne normy, ktoré bolo potrebné zo strany inštitúcií EÚ pri rozhodovaní o právnych aktoch EÚ vziať do úvahy vo vzťahu ku konkrétnym situáciám a v dôsledku porušenia týchto ustanovení boli špecificky individualizovaní jednotlivci poškodení na svojich právach.¹⁴
- d. Ak bol porušený princíp demokracie - v jednom neúspešnom prípade týkajúcom sa premeny medzinárodnej zmluvy uzavretej s medzinárodnými organizáciami zastupujúcimi organizácie zamestnancov na právny akt EÚ, SD EÚ konštatoval, že v prípade nedodržania špecifického postupu smerujúceho k prijatiu určitého právneho aktu nerešpektovaním princípu demokratickej reprezentácie zo strany inštitúcií EÚ, by mali jednotlivci v dôsledku tohto konania inštitúcií vynechaní z procesu prijímania právneho aktu EÚ individuálny záujem v zmysle ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ na konaní o neplatnosti takého právneho aktu a ich žaloba by bola prípustná¹⁵.¹⁶

Michael Hamilton Shaw v. Komisia [2002] ECR II-2034; 3. Oblasť dumpingovej regulácie – *T-7/99 Medici Grimm KG v. Rada* [2000] ECR II-2671

¹³ Rozhodnutia C-358/89 *Extramet Industrie SA v. Rada* [1991] ECR I-2501, C-309/89 *Codorniu SA v. Rada* [1994] ECR I-1853

¹⁴ Rozhodnutia 11/82 *Piraiki-Patraiki v. Komisia* [1985] ECR 207, 152/88 *Sofrimport v. Komisia* [1990] ECR I-2477

¹⁵ Rozhodnutie T-135/96 *UEAPME v. Rada* [1998] ECR II-2334

¹⁶ Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007– str. 330

Základom pre definovanie tohto pojmu "osobný záujem" na účely prípustnosti žaloby jednotlivca na neplatnosť rozhodnutia, ktoré je určené iným osobám ako navrhovateľovi (v konkrétnom prípade) je rozsudok vo veci *Plaumann*¹⁷ a známa tzv. Plaumanova formula: *Iné subjekty ako osoby, ktorým je rozhodnutie určené môžu tvrdiť, že sa ich rozhodnutie týka iba vtedy, keď sa ich týka na základe ich určitých osobitných vlastností alebo na základe okolností, ktorá ich charakterizuje vo vzťahu k akejkoľvek inej osobe, a tým ich individualizuje obdobným spôsobom ako osobu, ktorej je rozhodnutie určené*¹⁸. Vo vzťahu k smerniciam je to ešte zložitejšie ako vo vzťahu k nariadeniam alebo rozhodnutiam, ktoré sú určené iným jednotlivcom, ako navrhovateľom v konkrétnom prípade prejednávanom pred SD EÚ. SD EÚ však vo svojej judikatúre, ako som už vyššie uviedla, nevylúčil možnosť, že sa jednotlivcovi podarí preukázať priamy a osobný záujem v zmysle ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ.

Okrem už spomínaných prekážok, ktoré ESD vytvoril svojou judikatúrou pre jednotlivca vo vzťahu ku konaniu podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ, rozsudkom vo veci *TWD*¹⁹ vznikli ešte ďalšie problémy v súvislosti s určením či sa má jednotlivec obrátiť na SD EÚ alebo na vnútroštátneho súdy. V zmysle rozsudku v prípade, že sa navrhovateľ mal bez pochybností obrátiť na SD EÚ s priamou žalobou na neplatnosť právneho aktu EÚ, nemôže sa neskôr domáhať neplatnosti právneho aktu EÚ v rámci prejudiciálneho konania pred vnútroštátnym súdom. Najvýraznejšie je toto obmedzenie citeľné v oblastiach hospodárskej súťaže a právnej úpravy ciel, v ktorých právne spory môžu rozhodovať tak vnútroštátne súdy ako aj SD EÚ. Tento rozsudok treba vidieť vo svetle ods. 6 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, ktorý stanovuje na podanie priamej žaloby na neplatnosť právneho aktu EÚ dvojmesačnú lehotu.

Z nedávno uverejneného výskumu *Winners and Losers in Luxembourg: A statistical analysis of judicial review before ECJ and CFI (2001 - 2005)*²⁰ vyplýva, že v sledovanom období bolo pred Súdom prvého stupňa (v súčasnosti "Všeobecný súd"), ktorý bol príslušný aj na konanie o žalobách

¹⁷ Rozhodnutie 25/62 *Plaumann v. Komisia* [1963] ECR 95

¹⁸ Mazák, J., Jánošíková, M.: *Výber rozhodnutí Súdneho dvora ES pre právnu prax*, IURA EDITION, 2007, str. 343-346

¹⁹ Rozhodnutie C-188/92 *TWD Deggendorf v Germany* [1994] ECR I-833

²⁰ Takis, T. P. et Gabriel, G.: *Winners and Losers in Luxembourg: A Statistical Analysis of Judicial Review Before the ECJ and CFI (2001-2005)* (Jún, 2010), *European Law Review*, No. 2, 2010; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 59/2010. Dostupný na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1623498>

jednotlivcov podľa čl. 230 ZES (v súčasnosti čl. 263 Zmluvy o FEÚ), prejednávanych 295 žalôb podaných právnickými osobami, 30 žalôb podaných fyzickými osobami a 15 žalôb podaných inými subjektmi. Z tohto celkového počtu žalôb na neplatnosť právneho aktu EÚ sa rozhodnutí týkalo 293 žalôb a ostatných 47 žalôb sa týkalo nariadení a smerníc. Všetkých 8 žalôb týkajúcich sa neplatnosti smerníc bolo zamietnutých ako neprípustných. Z prieskumu ďalej vyplýva, že Súd prvého stupňa meritórne preskúmaval iba 17 žalôb na neplatnosť všeobecne záväzných právnych aktov EÚ a len 3 z nich boli úspešné. Pokiaľ ide o obsah preskúvaných právnych aktov - 8 prípadov sa týkalo nariadení ukladajúcich antidumpingové povinnosti, 3 prípady sa týkali nariadení o odobrátí autorizácie na predaj antibiotík, 2 prípady sa týkali nariadení ukladajúcich ekonomické sankcie súkromným osobám²¹, zvyšné prípady sa týkali nariadenia stanovujúceho minimálnu veľkosť očiek na sieti (prípád *Jégo-Quéré* vid' nižšie), nariadenia garantujúceho finančnú platbu v prípade poklesu ceny tuniakov pod určitú úroveň, nariadenia týkajúceho sa zaradenia PlayStation ®2 ako videohry do colnej tarify výrobku a nariadenia ukladajúceho ochranné opatrenia proti dovozu zo Zámorských krajín a území. Uvedené údaje zodpovedajú judikatúre uvádzanej vyššie a reflektujú aj druhy prípadov. V prípade napadnutia právnu žalobou na neplatnosť nariadenia EÚ týkajúceho sa antidumpingových pravidiel má jednotlivec omnoho vyššiu šancu na to, aby jeho žaloba bola prípustná, pretože až 80% takýchto žalôb bolo považovaných za prípustných, na rozdiel od 32% žalôb v iných oblastiach. Pokiaľ ide o žaloby proti rozhodnutiam vydávaným inštitúciami EÚ, tak len 28,3% žalôb bolo neprípustných a na druhej strane 35,8% žalôb bolo úspešných aspoň čiastočne, čo je v príkrom kontraste s úspešnosťou žalôb proti nariadeniam a smerniciam - 6,4%.

4. VZŤAH KONANÍ O NEPLATNOSŤ PRÁVNEHO AKTU EÚ PODĽA USTANOVENIA ČL. 263 A 267 ZMLUVY O FEÚ

Z vyššie uvádzaných skutočností vyplýva, že existujú viaceré možnosti pre jednotlivca ako sa domáhať neplatnosti právneho aktu EÚ a tiež veľmi úzky výklad ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ. V nasledujúcom texte sa pokúsim načrtnúť vzťah medzi konaniami podľa čl. 263 a 267 Zmluvy o FEÚ z viacerých uhlov pohľadu. K vzájomnému vzťahu týchto konaní sa SD EÚ vyjadroval vo viacerých jeho rozsudkoch, zaujímavý je z tohto pohľadu aj vyššie spomínaný rozsudok vo veci *TWD*. Pokúsim sa zosumarizovať a stručne zhodnotiť kritiku postoja ESD k obmedzujúcemu výkladu ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Pri porovnaní oboch konaní a postavenia jednotlivcov v nich je najzávažnejšou otázkou to, či by mal byť prístup jednotlivcov cez priamu žalobu väčší, alebo na ochranu ich práv postačuje konanie prejudiciálne. Inými slovami, či je systém právnej ochrany vytvorený pre

²¹ Tieto dva prípady boli známe rozhodnutia T-315/01 *Kadi v. Rada* a T-306/01 *Yusuf and Al Barakat International Foundation v. Rada*

jednotlivca zakladajúcimi zmluvami EÚ a judikatúrou SD EÚ efektívny na ochranu jeho práv. Právo na efektívnu súdnu ochranu je zakotvené aj v čl. 47 Charty základných práv EÚ. Rozhodne je táto otázka namieste, pretože SD EÚ vyžaduje veľmi prísne od vnútroštátnych súdov, aby vytvárali podmienky pre efektívnu súdnu ochranu vo vzťahu k právam jednotlivcov vyplývajúcim z práva EÚ, ktoré sú porušované členskými štátmi, vrátane vytvárania a prispôsobovania prostriedkov nápravy vo vnútroštátnom právnom poriadku.

SD EÚ v rozhodnutí o odvolaní v prípade *UPA*²² konštatoval, že jednotlivci majú k dispozícii plný režim právnej ochrany a za predpokladu, že sa jednotlivci nemôžu dožadovať neplatnosti právneho aktu priamo prostredníctvom konania podľa ods. 4 čl. 230 ZES (teraz ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ), majú možnosť nepriamo napadnúť tento akt na základe ustanovenia čl. 241 ZES (teraz čl. 277 Zmluvy o FEÚ) alebo v konaní podľa čl. 234 ZES (teraz čl. 267 Zmluvy o FEÚ). Podľa jeho názoru je úlohou členských štátov zabezpečiť systém právnych prostriedkov ochrany umožňujúcich zaručiť rešpektovanie práva na efektívnu súdnu ochranu. SD EÚ neustále argumentoval vo svojich rozhodnutiach tým, že ak jednotlivec nie je oprávnený podať žalobu v zmysle čl. 263 Zmluvy o FEÚ, môže sa domáhať ochrany podľa čl. 267 Zmluvy o FEÚ v rámci prejudiciálneho konania. Uvedené bolo SD EÚ konštatované aj napriek skutočnosti, že v danom prípade bolo žalobou napadnuté nariadenie EÚ, ktoré nepotrebovalo žiadny implementačný právny predpis zo strany členského štátu a teda navrhovateľ mal v danom prípade veľmi obmedzenú možnosť, ak nie žiadnu, domáhať sa pred vnútroštátnym súdnym orgánom ochrany.

Tento prípad je zaujímavý okrem samotného rozsudku aj analýzou poskytnutou generálnym advokátom Jacobsom, v ktorej nesúhlasil s tvrdením SD EÚ, že prejudiciálne konanie zabezpečuje jednotlivcovi plnú a efektívnu ochranu proti všeobecne záväzným právnym aktom EÚ a uviedol v posudku nasledujúce námietky:

- v prejudiciálnom konaní sa jednotlivec nemá právo sám rozhodnúť, či bude prejudiciálna otázka položená, ktoré práve akty a na základe akých právnych dôvodov budú predložené SD EÚ na preskúmanie a navyše nemá žiadne garantované právo na prístup k SD EÚ;
- daný postup môže byť porušením práva na spravodlivý súdny proces v prípadoch, kedy je veľmi ťažké alebo nemožné pre jednotlivca napadnúť právny akt EÚ nepriamo (napríklad ak neexistujú implementujúce opatrenia alebo v prípade, kedy bude musieť porušiť právnych akt za účelom namietat' vynucované sankcie);

²² Rozhodnutie C-50/00 P *UPA v. Rada* [2002] ECR I-6677

- princíp právnej istoty smeruje skôr k tomu, aby bola platnosť právneho aktu preskúmaná čím skôr, nie až po prijatí implementujúcich opatrení;
- nepriame napadnutie platnosti právneho aktu prostredníctvom prejudiciálneho konania znamená mnoho procesných nevýhod v porovnaní s priamou žalobou na neplatnosť právneho aktu EÚ, ako napríklad účasť inštitúcií, ktoré právny akt vydali, trvanie konania, trovy konania, možnosť žiadať vydanie predbežného opatrenia s pôsobnosťou na celé územie EÚ a možnosť tretích strán vstúpiť do konania.²³

Na druhej strane generálny advokát Jacobs tiež uvádza vo svojom posudku, že nie je však možné, aby SD EÚ rozhodoval o prípustnosti priamej žaloby jednotlivca na neplatnosť právneho aktu EÚ na základe analýzy vnútroštátneho právneho poriadku príslušného členského štátu, či je možné sa v danom konkrétnom prípade domáhať ochrany pred vnútroštátnymi súdmi iniciovaním konania, v ktorom by mohlo dôjsť k položeniu prejudiciálnej otázky. Z tohto dôvodu generálny advokát Jacobs navrhol považovať jednotlivca za osobne dotknutého všeobecne záväzným právnym aktom EÚ v prípade, ak tento právny akt má alebo je spôsobilý mať nepriaznivý efekt na jeho záujmy. SD EÚ však takúto úvahu v rozsudku *UPA* odmietol a pridržal sa svojej predchádzajúcej judikatúry. Podľa názorov niektorých autorov SD EÚ dostatočne nevysvetlil, prečo výklad osobného záujmu podaný generálnym advokátom Jacobsom by bol v rozpore, alebo by šiel nad rámec ustanovenia ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ, aj keď v rozsudku konštatuje, že je potrebné zmeniť znenie tohto ustanovenia v zakladajúcich zmluvách. Podmienka osobného záujmu však zostala v ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ aj po tom, ako Lisabonská zmluva nadobudla platnosť. Obmedzením prístupu jednotlivcov k priamej žalobe o neplatnosť právneho aktu EÚ teda nie je existencia podmienky spočívajúcej v preukazovaní priameho a osobného záujmu, ale definícia týchto pojmov podaná SD EÚ v jeho judikatúre.²⁴

Následne sa síce Súd prvého stupňa inšpiroval úvahou generálneho advokáta Jacobsa a z pohľadu jednotlivca bolo jeho rozhodnutie vo veci *Jégo-Quéré*²⁵ veľmi priaznivé, pretože konštatoval, že *individuálny záujem jednotlivca vo vzťahu k všeobecne záväznému právnemu aktu ES je daný, ak*

²³ Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 4. Vydanie, Oxford University Press, 2008, str. 521-522

²⁴ Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 4. Vydanie, Oxford University Press, 2008, str. 525-526

²⁵ Rozhodnutie T-177/01 *Jégo-Quéré et Cie. SA v. Komisia* [2002] ECR II-2365

tento právny akt ovplyvňuje jeho právne postavenie takým spôsobom, ktorý je definitívny a nevyhnutný a obmedzuje jeho práva alebo mu ukladá povinnosti. Európsky súdny dvor sa však v konaní o odvolaní proti tomuto rozsudku²⁶ nestotožnil s úvahou ani záverom Súdu prvého stupňa a vrátil sa k pôvodnej judikatúre v tejto oblasti. Európsky súdny dvor tiež potvrdil, že akákoľvek zmena úzkeho chápania prístupu jednotlivcov ku konaniu podľa čl. 230 ZES musí prísť prostredníctvom zmeny zakladajúcich zmlúv ES/EÚ, skôr ako reinterpretáciou výkladu tohto článku.²⁷

V zmysle rozsudku SD EÚ vo veci *UPA* majú vnútroštátne sudy vykladať procesné ustanovenia vnútroštátneho práva tak, aby umožnil jednotlivcom napadnúť všeobecne záväzný právny akt pred týmito vnútroštátnymi súdmi. To rieši situáciu len vo vzťahu k procesným problémom jednotlivca, ale tento postup nerieši problémy jednotlivca s nastolením sporu a nerieši to zlú situáciu jednotlivca, ktorý musí porušiť právo EÚ alebo vnútroštátne právo, aby mohol v následnom konaní (prípadne aj trestnom konaní) vedenom proti nemu namietat' neplatnosť právneho aktu EÚ.

Veľmi dôležitá môže byť pre niektorých jednotlivcov možnosť požiadať o predbežné opatrenie. Pokiaľ ide o predbežné opatrenie v konaní podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ, SD EÚ k jeho vydaniu v tomto konaní pristupuje rovnako reštriktívne ako v prípade posudzovania prípustnosti v samotnom konaní o neplatnosť právneho aktu EÚ. SD EÚ v prípade *Danielsson*²⁸, v ktorom traja obyvatelia Tahiti, z ktorých jeden bol chorý a mal dieťa, ktoré bolo postihnuté v dôsledku rádioaktívneho znečistenia, žiadali vysloviť neplatnosť rozhodnutia Komisie adresovaného Francúzsku, ktoré potvrdzovalo bezpečnosť francúzskych nukleárných testov, ktoré mali byť vykonané v Tichom Oceáne v období od septembra 1995 do februára 1996. V danom prípade išlo o typický prípad, kedy bolo veľmi naliehavo potrebné vydať predbežné opatrenie, pretože hrozila nenapraviteľná škoda. SD EÚ v danom prípade aplikoval klasickú judikatúru a skúmal dôvody prípustnosti žaloby na neplatnosť právneho aktu EÚ v súvislosti s rozhodovaním o predbežnom opatrení. V danom prípade sa rozhodnutie Komisie netýkalo navrhovateľov osobne a z tohto dôvodu nebolo možné podľa názoru SD EÚ ani vyhovieť návrhu na vydanie predbežného opatrenia.

V prípade, že by sa jednotlivec domáhal ochrany pred vnútroštátnym súdom v zmysle rozhodnutia vo veci *UPA*, by musel vnútroštátny súd zabezpečiť

²⁶ Rozhodnutie C-263/02 P *Komisija v. Jégo-Quéré et Cie. SA* [2004] ECR I-3425

²⁷ Rozhodnutie C-50/2000 *UPA v. Rada*, [2002] ECR I-6677

²⁸ Rozhodnutie T-219/95 R *Danielsson a ostatní proti Komisii* [1995] ECR II-3051

súdnu ochranu jednotlivca a sám vnútroštátny súd by mohol rozhodnúť o vydaní predbežného opatrenia v súvislosti s iniciovaním konania o prejudiciálnej otázke pred SD EÚ a to podľa vnútroštátnej právnej úpravy. V danom prípade však vnútroštátny súd nemôže predbežné opatrenie vydať vo vzťahu k ostatným členským štátom EÚ. Jednotlivec by musel teda za určitých okolností iniciovať konania vo všetkých 27 členských štátoch na to, aby dosiahol rovnaký efekt, ako keby SD EÚ vydal predbežné opatrenie v konaní podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Z judikatúry SD EÚ²⁹ totiž vyplýva, že správne orgány iných členských štátov sa nemôžu dovoliavať predbežného opatrenia vydaného v jednom členskom štáte, ktoré účelom je dočasne vylúčiť platnosť napadnutého právneho aktu počas prejudiciálneho konania prebiehajúceho pred SD EÚ.³⁰

Ďalším rozdielom medzi konaním na základe priamej žaloby na neplatnosť právneho aktu a preskúvaním platnosti právneho aktu v prejudiciálnom konaní môže byť podstatný rozdiel v rozsahu preskúmania konkrétneho právneho aktu v jednotlivom konaní. V rámci prejudiciálneho konania nemajú jednotlivci dosah nad tým, ktoré dôvody neplatnosti vnútroštátny súd uvedie v prejudiciálnej otázke, pretože nie je viazaný návrhmi jednotlivcov uvádzanými v konaní pred ním. Na druhej strane SD EÚ v prejudiciálnom konaní pri rozhodovaní o neplatnosti právnych aktov sa zaoberá len uvádzanými dôvodmi a v rozsudku vyslovuje, že uvedené dôvody nepovažuje za dostatočné pre vyslovenie neplatnosti právneho aktu, ale nevyslovuje platnosť právneho aktu. Uvedeným postupom necháva priestor pre iné konania na podnet vnútroštátnych súdov, aby mohli položiť prejudiciálne otázky a namietat' iné dôvody neplatnosti toho istého právneho aktu. Rozhodne to neprispieva k právnej istote, aj napriek možnosti obmedziť dôsledky vyslovenia neplatnosti právneho aktu EÚ. V konaní o priamej žalobe je omnoho pravdepodobnejšie, že k opätovnému preskúmaniu platnosti toho istého právneho aktu nedôjde, pretože jednotlivci majú možnosť priamo prednášať dôvody neplatnosti právneho aktu a nie sú viazaní prejudiciálnou otázkou položenou vnútroštátnym súdom.

Niektorí autori si myslia, že prístup SD EÚ k definovaniu prístupu jednotlivca v týchto konaniach k preskúmaniu platnosti právnych aktov EÚ môže ovplyvňovať pracovné zaťaženie SD EÚ a predpokladajú nárast žalôb zo strany jednotlivcov na preskúmanie platnosti všeobecne záväzných právnych aktov EÚ pri zmene definovania osobného a priameho záujmu v čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Dôsledkom vyššej zaťaženia SD EÚ by bolo

²⁹ Rozhodnutie v spojených veciach C-453/03, C-11/04 a C-194/04 *The Queen na návrh ABNA Ltd v. Productschap Diervoeder* [2005]

³⁰ Ward A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007, 549-550

predĺženie konaní, ktoré pred ním prebiehajú, čo nie je v prospech efektívnej ochrany práv jednotlivca. Nie je však dôvod si myslieť, že by došlo k významnému nárastu prípadov pred SD EÚ, v súčasnosti totiž SD EÚ nemá žiadnu kontrolu nad tým, koľko prípadov sa pred neho dostane prostredníctvom prejudiciálneho konania, v rámci ktorého neexistuje pre jednotlivcov obmedzenie vo vzťahu k druhom právnych aktov, ktoré je možné napadnúť prostredníctvom tohto konania. Z tohto dôvodu by veľmi pravdepodobne viac jednotlivcov využívalo priamu žalobu pre jej vyššie uvádzané výhody na úkor preskúmania platnosti právnych aktov EÚ prostredníctvom prejudiciálneho konania. Určité obavy SD EÚ môžu byť opodstatnené, pretože širšie chápanie pojmov "priamy a osobný záujem" môže znamenať skutočnosť, že viacero jednotlivcov sa bude domáhať neplatnosti toho istého všeobecne záväzného právneho aktu. V skutočnosti sa táto situácia dá riešiť spojením vecí a tiež už vyššie uvádzaným vylúčením opätovného preskúmania toho istého právneho aktu rozhodnutím o čo najväčšom počte dôvodov neplatnosti uvádzaných jednotlivcami, aj vzhľadom na dvojmesačnú lehotu obmedzujúcu možnosť iniciovať konanie podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Rovnako by sa tým možno zlepšilo rozdelenie prípadov medzi jednotlivými súdmi EÚ, pretože v súčasnosti Súdny dvor má právomoc rozhodovať o prejudiciálnych otázkach, zatiaľ čo o priamych žalobách jednotlivcov na neplatnosť právneho aktu EÚ má právomoc rozhodovať Všeobecný súd, následne Súdny dvor rozhoduje o odvolaniach podaných proti rozsudkom Všeobecného súdu.³¹

Obavy z prílišného zaťaženia SD EÚ nezodpovedajú ani prieskumu vykonanému ohľadne konaní o neplatnosť právneho aktu EÚ *Winners and Losers in Luxembourg: A statistical analysis of judicial review before the ECJ and CFI (2001 - 2005)*. V rámci skúmaného obdobia bolo v rámci odvolacieho konania preskúmaných 138 rozsudkov Súdu prvého stupňa z celkového počtu 340 prípadov, ktoré Súd prvého stupňa v tomto období rozhodol. Pokiaľ ide o preskúmanie platnosti právnych aktov ES v rámci prejudiciálneho konania takýchto konaní bolo v období rokov 2001 až 2005 celkovo 44. Z uvedeného počtu 44 konaní, iba v 6 prípadoch Európsky súdny dvor rozhodol o neplatnosti právneho aktu ES, čo zodpovedá 13,6%. Z celkového počtu 44 konaní sa len 4 konania týkali neplatnosti rozhodnutí, zvyšných 40 konaní sa týkalo nariadení a smerníc. Pokiaľ ide o trvanie konaní, toto hovorí mierne v neprospech Súdu prvého stupňa, pretože z prieskumu vyplýva, že 48% žalôb na neplatnosť právnych aktov ES pred Súdom prvého stupňa, 67,6% žalôb na neplatnosť právneho aktu podaných na Európsky súdny dvor a 61,4% prejudiciálnych konaní týkajúcich sa rozhodovania o neplatnosti právneho aktu trvalo 18 až 36 mesiacov.

³¹ Craig P., de Búrca G.: *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 4. Vydanie, Oxford University Press, 2008, str. 525-526

Okrem všetkých vyššie uvedených nedokonalostí, by som rada poukázala na niektoré praktické prekážky reálnej zmeny práva EÚ potom, ako SD EÚ deklaruje neplatnosť určitého právneho aktu. SD EÚ nemá žiadnu právomoc uložiť inštitúciám EÚ, aby niečo vykonali alebo doplnili či zmenili neplatné právne akty a už vôbec nemá možnosť im stanoviť nejakú lehotu na vykonanie príslušných opatrení. V praxi sa teda niekedy stáva, že neplatný právny akt zostáva v Úradnom vestníku EÚ niekedy aj celé roky. Napríklad po tom, čo SD EÚ rozhodol o neplatnosti smernice 90/121/EEC v prípade *Angelopharm*³², trvalo viac než 6 rokov kým bola táto smernica oficiálne vyňatá z Úradného vestníka EÚ. Existujú aj ďalšie prípady dokazujúce, že nešlo o žiadnu výnimku. Dosť výrazne to kontrastuje s prístupom SD EÚ k podobným právomociam vnútroštátnych súdov, kde požaduje, aby vnútroštátne súdy prijali také opatrenia na ochranu práv jednotlivca, aby bola zabezpečená bezprostredná a čo najrýchlejšia náprava.³³

5. ZÁVER

Cieľom tohto článku bolo objasniť súčasné postavenie jednotlivca v dvoch vybraných konaniach prebiehajúcich pred SD EÚ, v ktorých sa jednotlivec môže domáhať neplatnosti právneho aktu EÚ. Načrtla som niekoľko základných problematických oblastí, jednou z nich je bezpochyby nemožnosť rozlíšenia právnych aktov EÚ v judikatúre SD EÚ na legislatívne všeobecne záväzné právne akty, nelegislatívne všeobecne záväzné právne akty a individuálne právne akty na základe názvu a to ani podľa legislatívneho postupu, na základe ktorého boli prijaté. Načrtla som aj možné problémy vyplývajúce z novej právnej úpravy obsiahnutej v ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ. Najzávažnejšou otázkou však je to, či systém ochrany jednotlivca vytvorený Zmluvou o FEÚ a judikatúrou SD EÚ pred protiprávne prijatými právnymi aktmi je dostatočne efektívna. Na túto otázku som dala len čiastočnú odpoveď. Aby som ju vedela zodpovedať v celosti, musela by som okrem konania o neplatnosť právneho aktu EÚ podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ a prejudiciálneho konania podľa čl. 267 Zmluvy o FEÚ, rozobrať aj možnosti nápravy, ktoré vytvára pre jednotlivca konanie o náhradu škody. Dôvodom je skutočnosť, že náhrady škody v rámci konania podľa ods. 2 čl. 340 Zmluvy o FEÚ je možné sa domáhať i v prípade, že právny akt EÚ, prijatie ktorého je dôvodom pre vznik škody, nie je zrušený v konaní o jeho neplatnosť.

Ak by som mala zhodnotiť iba efektívnosť systému, v rámci ktorého sa jednotlivec môže domáhať neplatnosti právneho aktu, skôr by som súhlasila

³² Rozhodnutie C-212/91 *Angelopharm GmbH proti Hansesstadt Hamburg* [1994] ECR I-200

³³ Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007, str. 347

s bývalým generálnym advokátom Jacobsom, pretože preukázateľne existujú v rámci tohto systému právnej ochrany situácie, kedy je postavenie jednotlivca v ňom natoľko obmedzené, že je pre neho v praxi nemožné, alebo len veľmi ťažko možné, domáhať sa ochrany svojich práv. Rovnako tak by som súhlasila s autormi, ktorí tvrdia, že pri porovnaní nárokov, ktoré SD EÚ kladie na vnútroštátne právne systémy a vnútroštátne súdy pri ochrane práv jednotlivca vyplývajúcich z práva EÚ proti ich porušovaniu zo strany členských štátov, sa ochrana jednotlivca poskytovaná proti porušovaniu ich práv EÚ zdá nedostatočná.

Z analýzy novej právnej úpravy v ods. 4 čl. 263 Zmluvy o FEÚ vyššie tiež vyplýva, že síce došlo k zmene v definovaní prístupu jednotlivcov k priamej žalobe o neplatnosť právneho aktu EÚ, ale rozsah tejto zmeny bude opäť závisieť od judikatúry SD EÚ a od jeho vôle definovať prístup jednotlivcov k tomuto konaniu v širšom alebo v užšom zmysle podľa definovania pojmu *regulačný právny akt, ktorý nevyžaduje vykonávacie opatrenia*. Zároveň v súvislosti s pristúpením EÚ k Európskemu dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd možno existuje možnosť preskúmania prístupu SD EÚ ku konaniu podľa čl. 263 Zmluvy o FEÚ Európskym súdom pre ľudské práva z dôvodu porušenia práv jednotlivca na spravodlivé súdne konanie a prístup k spravodlivosti.

Literatúra:

- Craig, P. et de Búrca, G.: *EU law: Text, Cases and Materials*, 4. vydanie, Oxford University Press, 2008, 1200 str., ISBN: 978-0-19-927389-8
- Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU law*, 2. doplnené vydanie, Oxford University Press, 2007, 500 str., ISBN: 978-0-19-926962-4
- Chalmers, D. et Tomkins, A.: *European Union Public Law, Text and Materials*, Cambridge University Press, 2007, 564 str., ISBN: 978-0-521-70902-6
- Mazák J. et Jánošíková M.: *Výber rozhodnutí Súdneho dvora ES pre právnu prax*, IURA EDITION, 2007, 805 str., ISBN: 978-80-8078-169-9
- Stehlík, V.: K reformě soudního systému EÚ na základě Lisabonské smlouvy, In *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2008*, Bratislava: Univerzita Komenského,
- Takis, T. P. et Gabriel, G.: *Winners and Losers in Luxembourg: A Statistical Analysis of Judicial Review before the ECJ and CFI (2001 -*

2005), Jún 2010, *European Law Review*, č. 2/2010; Queen Mary School of Law Studies Research Paper č. 59/2010, dostupný na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1623498>

Zoznam judikatúry Súdneho dvora EÚ:

- Prípád 294/83 *Parti Ecologiste "Les Verst" proti Parlamentu*, 1986, ECR 1339
- Prípád 314/85 *Froma Foto-Frost proti Hauptzollamt Lubeck-Ost*, 1987, ECR 4199
- Prípád C-344/04 *The Queen na žiadosť International Air Transport Association European Law Fares Airline Association proti Department of Transport*, 2006, ECR I-403,
- Prípád C-298/89 *Gibraltar proti Rade*, 1993, ECR I-3605
- Prípád T-172, 175 a 177/98 *Salamander AG proti Parlamentu a Rade*, 2000, ECR II-2487
- Prípád C-309/89 *Codorniu SA proti Rade*, 1994, ECR I-1853
- Prípád T-88/01 *Sniace SA proti Komisii*, 2005, ECR II-1165
- Prípád T-131/99 *Michael Hamilton Shaw proti Komisii*, 2002, ECR II-2034
- Prípád T-7/99 *Medici Grimm KG proti Rade*, 2000, ECR II-2671
- Prípád C-358/89 *Extramet Industrie SA proti Rade*, 1991, ECR I-2501
- Prípád 11/82 *Piriaki-Patraiki proti Komisii*, 1985, ECR 207
- Prípád 152/88 *Sofrimport proti Komisii*, 1990, ECR I-2477
- Prípád T-135/96 *UEAPME proti Rade*, 1998, ECR II-2334
- Prípád 25/62 *Plaumann proti Komisii*, 1963, ECR 95
- Prípád C-188/92 *TWD Deggendorf proti Nemecku*, 1994, ECR I-833
- Prípád C-50/00 *UPA proti Rade*, 2002, ECR I-6677
- Prípád T-177/01 *Jégo-Quéré et Cie. SA proti Komisii*, 2002, ECR II-2365

- Prípád C-263/02 P *Komisía proti Jégo-Quééré et Cie. SA*, 2004, ECR I-3425
- Prípád T-219/95 R *Danielsson a ostatní proti Komísii*, 1995, ECR II-3051
- Spojené prípady C-453/03, C-11/04 a C-194/04 *The Queen na návrh ABNA Ltd. proti Productscharp Diervoeder*, 2006/C 36/10
- Prípád C-212/91 *Angelopharm GmbH proti Hansestadt Hamburg*, 1994, ECR I-200

Kontakt – email

katkamikuli@gmail.com

ABSOLUTNÍ POJETÍ ABSOLUTNOSTI PRÁVA JEDNOTLIVCE NEBÝT MUČEN ČI PODROBEN ŠPATNÉMU ZACHÁZENÍ DLE ESLP

LUCIE NECHVÁTALOVÁ

Právnická fakulta/Masarykova univerzita (Katedra mezinárodního a evropského práva), Česká republika

Abstract in original language

Předkládaný článek se zabývá právem nebýt podroben jakémukoliv špatnému zacházení ze strany veřejných činitelů při výslechu, které je zakázáno ustanovením čl. 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv. Konkrétně je pozornost věnována zejména nedávným rozsudkům 5. senátu a Velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ve věci Gäfgen proti Německu. Ty jsou důležité především z hlediska možnosti ztráty statusu oběti, ale také možného obcházení absolutnosti zákazu mučení.

Key words in original language

Čl. 3; Evropská úmluva o ochraně lidských práv; právo nebýt mučen; nelidské zacházení; ponižující zacházení; absolutní charakter; Gäfgen proti Německu; status oběti.

Abstract

The submitted paper is about the right not to be subjected to any ill-treatment caused by state agents during interrogations prohibited by Art. 3 of European Convention on Human Rights. In particular the attention is paid especially to recent judgments of 5th section and the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in case Gäfgen vs. Germany. These judgments are important for possibility of losing the victim status but also possible evading of absolute character of prohibition of torture.

Key words

Art. 3, European Convention on Human Rights; right not to be torture; inhuman treatment; degrading treatment; absolute character; Gäfgen vs. Germany; victim status.

1. ZÁKAZ MUČENÍ V KONTEXTU EVROPSKÉM

Právo jednotlivce nebýt mučen či podroben nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu¹, jehož účelem je *ochrana lidské důstojnosti a fyzické a duševní integrity jednotlivce*, je obsaženo a jeho dodržování zaručeno článkem 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“).² Jak bývá zdůrazňováno v každém rozsudku Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), vykladače Úmluvy a soudního orgánu Rady Evropy, ve kterém je rozhodováno o (ne)porušení uvedeného ustanovení, norma vyjadřuje *jednu ze základních hodnot demokratické společnosti*.³

Vedle zdůrazňování důležitosti obsahu, který norma nese, bývá ESLP vyzdvihován *absolutní charakter* práva nebýt podroben zacházení, které není v souladu s čl. 3 Úmluvy⁴. Znamená to tedy, že právo nesmí být smluvní státem Úmluvy nikdy omezeno a jeho porušení nemůže být za žádných okolností ospravedlněno, a to ani v době války⁵, ani ve výjimečných případech, kdy je ohrožen život národa např. v důsledku teroristických akcí⁶, či kdy je ohrožen život jednotlivce⁷.

¹ I když se jedná v souvislosti s judikaturou ESLP o zjednodušení, tedy tomu odpovídající zneřetnění, autorka bude zacházení, které porušuje čl. 3 Úmluvy, souhrnně označovat za špatné zacházení. Pokud bude nutno zdůraznit jednu z kategorií spadající pod čl. 3 Úmluvy (ponižující zacházení, nelidské zacházení, mučení), bude tak explicitně učiněno.

² Čl. 3 Úmluvy: „Nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.“

³ Tak např. rozsudek ESLP ze dne 20. 7. 2010, *A. proti Nizozemí*, č. stíž. 4900/06, § 143; rozsudek ESLP ze dne 29. 2. 2008, *Balcik a ost. proti Turecku*, č. stíž. 25/02, § 28; rozsudek ESLP ze dne 11. 7. 2006, *Jalloh proti Německu*, č. stíž. 54810/00, § 99.

⁴ Právo nebýt mučen (zákaz mučení) jako absolutní norma, od které není možno se za žádných okolností odchýlit, není pouze pojetím Úmluvy, která tak zavazuje své smluvní strany, ale je bráno jako součást *ius cogens* obecného mezinárodního práva, tzn. nelze, aby zákaz mučení státy mezi sebou smluvně vyloučily či omezily, a pokud se tak mezi smluvními stranami stane, je toto ustanovení absolutně neplatné, viz GAETA, P. *May Necessity Be Available As a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?* *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, no. 3, s. 787. K *ius cogens* pak MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 227-234, případně čl. 53 Vídeňské úmluvy o smluvním právu z roku 1969.

⁵ Čl. 15 odst. 2 Úmluvy.

⁶ Rozsudek ESLP ze dne 28. 7. 1999, *Selmouni proti Francii*, č. stíž. 25803/94, § 95.

⁷ Rozsudek ESLP ze dne 1. 6. 2010, *Gäfgen proti Německu*, č. stíž. 22978/05, § 107.

Ne každé zacházení veřejných činitelů, které by se mohlo zdát neadekvátní, spadá pod zakázané ustanovením čl. 3 Úmluvy. Podmínku, na základě které se posuzuje, zda je konkrétní jednání možno považovat za zakázané ustanovením čl. 3 Úmluvy, bychom mohli nalézt v judikatuře ESLP. Ta je zde definována jako dosažení určitého minimálního stupně závažnosti. K tomu, aby bylo určitým zacházením dosaženo minimálního stupně závažnosti, je potřeba dle výkladu soudu zvážit *všechny relevantní okolnosti konkrétního případu*, tedy dobu trvání špatného zacházení, psychické a fyzické následky zacházení, někdy i pohlaví, věk, zdravotní stav oběti.⁸

V judikatuře soudu máme dále možnost nalézt i kritéria či znaky, dle kterých je možno konkrétní špatné zacházení subsumovat pod jednotlivé kategorie v Úmluvě uvedené, tedy pod ponižující zacházení, nelidské zacházení nebo mučení. V případě *ponižujícího zacházení* klade ESLP důraz na emocionální ublížení či ublížení na důstojnosti, posuzuje tedy, zda zacházení vyvolává pocity strachu, úzkosti a méněcennosti, pokoření a ponížení, zda vede ke zlomení fyzické či psychické odolnosti jednotlivce.⁹ V případě *nelidského zacházení* ESLP zkoumá především „fyzickou bolest“ a při posuzování je pro něj důležité, zda bylo jednání předem promyšlené, zda trvalo delší dobu, či zda bylo fyzické a psychické utrpení intenzivní. Obecně je nelidské zacházení považováno za méně násilné než mučení.¹⁰ V případě *mučení* jde o zacházení speciálně stigmatizované, přičemž se musí jednat konkrétně o úmyslné nelidské zacházení vyvolávající velmi závažné a kruté utrpení.¹¹

Za 50 let existence ESLP lze vypožorovat určitý vývoj a posun jeho judikatury. Zdůvodnění můžeme nalézt v pojetí Úmluvy jako tzv. „*živoucího nástroje*“¹², tedy nástroje, který je nutno interpretovat ve světle současných podmínek. V souvislosti s čl. 3 Úmluvy pak dochází k posunu směrem ke *zvyšování standardů*, a tím i nároků na státy při zacházení s osobami v jejich jurisdikci, stejně jako dochází k posunům při podřazování špatného zacházení pod jednotlivé kategorie čl. 3 Úmluvy.

Je nepřehlédnutelným faktem, že díky tomu, že čl. 3 (který je 2. nejkratším ustanovením Úmluvy) je vyjádřen stručně a výstižně, ale v zásadě obecně,

⁸ HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK C. *Law of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 70, či z judikatury např. rozsudek ESLP ze dne 11. 7. 2006, *Jalloh proti Německu*, č. stíž. 54810/00, § 67.

⁹ JANIS, M. W.; KAY, R. S.; BRADLEY, A. W. *European human rights law: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 181.

¹⁰ Tamtéž.

¹¹ Tamtéž, s. 191.

¹² Rozsudek ESLP ze dne 28. 7. 1999, *Selmouni proti Francii*, č. stíž. 25803/94, § 101.

lze vypozerovat z judikatury, že jsou pod něj subsumovatelné velmi *různorodé případy*. V důsledku toho tak musí smluvní státy Úmluvy dodržovat standardy vyplývající z čl. 3 Úmluvy např. při zacházení s žadateli o azyl, s vězni, s pacienty ve zdravotnických zařízeních i při výslechu, což je oblast, na kterou bude tento příspěvek dále zaměřen.

2. POLICEJNÍ NÁSILÍ PŘI VÝSLECHU

Shora teoreticky uvedené ustanovení o zákazu špatného zacházení prakticky znamená, že ať už je domnělý status vyslychaného jakýkoliv (tedy ať už je onen člověk považován za teroristu, či únosce dítěte, či jiného pro společnost nebezpečného jedince), osoba, která v daném případě zastupuje smluvní stát Úmluvy, musí jednat v souladu s čl. 3 Úmluvy. Zacházení s vyslychaným tedy nesmí za žádných okolností přesáhnout minimální stupeň závažnosti a vyslychaného tak nesmí nikdy podrobit ponižujícím, nelidskému zacházení, či mučení, jak jsou definovány ESLP.

Pokud se takového jednání přece jen veřejný činitel dopustí, pak musí mít smluvní stát *efektivní vyšetřovací systém*, který je schopen vést k určení a potrestání viníků.¹³ Od států je např. konkrétně vyžadováno, aby označily zacházení odporující čl. 3 Úmluvy ve svých právních rádech za trestný čin. Pokud by zmiňovaný systém stát neměl, porušil by svou pozitivní povinnost, vyplývající mu z čl. 3 Úmluvy.

3. GÄFGEN PROTI NĚMECKU¹⁴

Jeden z nedávných rozsudků, rozhodovaný jak 5. senátem, tak Velkým senátem ESLP, který se zabýval porušením čl. 3 Úmluvy, byl ve věci Gäfgen proti Německu. Tento případ, který se odehrával v Německu od začátku října 2002, zahájil debatu o povaze výslechových metod tamější policie, vedl k obnovení diskuzí o faktických dopadech absolutního charakteru práva nebýt podroben špatnému zacházení právě na výslechové metody a o podmínkách ztráty statusu oběti v souvislosti s čl. 3.¹⁵

3.1 SKUTKOVÉ OKOLNOSTI

Magnus Gäfgen, německý občan a student práv, byl únoscem dítěte, za které požadoval výkupné. Výkupné, které dostal, však bylo sledováno

¹³ KOLÁČKOVÁ, J. *Právo nebýt mučen* [přednáška]. Lidská práva a soudnictví. Předneseno dne 26. 10. 2009 [citováno 21. 11. 2010], slide č. 9.

¹⁴ Rozsudek ESLP ze dne 30. 6. 2008 (5. senát ESLP) a ze dne 1. 6. 2010 (Velký senát ESLP), *Gäfgen proti Německu*, č. stíž. 22978/05.

¹⁵ JESSBERGER, F. Bad Torture – Good Torture? *Journal of International Criminal Justice*, 2005, No. 3, s. 1062.

německou policií, a tak byl pan Gäfgen, jako podezřelý z únosu dítěte, vyslýchan. Při výslechu mu z důvodu zjištění místa úkrytu dítěte bylo policistou (na příkaz jeho nadřízeného) vyhrožováno použitím mučení, a to osobou, která je na takové zacházení speciálně vycvičena (přičemž bylo stěžovatelem tvrzeno, že policisté použili i fyzické násilí). Na základě této výhrůžky se pan Gäfgen k únosu přiznal a odhalil i místo úkrytu (již mrtvého) dítěte, na které policisty také osobně dovedl (dle stěžovatele opět nedobrovolně).

V souvislosti s procesem pana Gäfgena všechny německé soudy (frankfurtský krajský soud v souvislosti s trestním řízením proti stěžovateli i proti oběma policistům a Spolkový ústavní soud¹⁶) uznaly, že zacházení policistů vůči vyslýchanému bylo v rozporu s čl. 3 Úmluvy. Za dostatečné „odškodnění“ oběti soudy označily jednak nepoužití přiznání a ostatních vynucených prohlášení učiněných stěžovatelem před zahájením soudního procesu, a dále skutečnost, že porušitelé jeho práva byli uznáni vinnými a odsouzeni (k peněžní pokutě s možností upuštění od zaplacení) a taktéž disciplinárně potrestáni (přeloženi do funkcí, ve kterých se nezabývali vyšetřováním trestných činů).

3.2 POSOUZENÍ 5. SENÁTEM ESLP

Pan Gäfgen si u ESLP stěžoval na *porušení* svého práva nebýt podroben špatnému zacházení (čl. 3) ze strany Německa¹⁷. Německo naopak namítalo, že v tomto případě je nutno prohlásit, že pan Gäfgen *ztratil status oběti*¹⁸, a to na základě uznání porušení čl. 3 Úmluvy národními soudy, nepoužití vynucených prohlášení a odhalení a potrestání příslušných policistů.

Soud nejprve vyjádřil, že dle jemu dostupných informací – tedy vyhrožování mučením způsobujícím značnou bolest, a to z důvodu získání požadovaných informací, jež způsobilo oběti duševní utrpení a které bylo policistovi takto jednajícím nařízeno nadřízeným policistou – se jednalo ze strany německých policistů o *nelidské zacházení*, které je porušením čl. 3

¹⁶ Německé soudy odmítly, že by se dalo jednání policistů ospravedlnit nutností ("act of necessity"), protože jejich jednání (tedy vyhrožování mučením při výslechu osobou na to speciálně vycvičenou) narušuje lidskou důstojnost, přičemž její ochrana je na základě Základního zákona a Úmluvy absolutní (viz rozsudek ESLP ze dne 30. 6. 2008, *Gäfgen proti Německu*, č. stíž. 22978/05, § 45).

¹⁷ Je vhodné uvést, že stěžovatel zároveň namítal porušení čl. 6 Úmluvy, tedy práva na spravedlivý proces, což ale nebude dále zohledňováno, protože tento fakt není relevantní vzhledem k zaměření článku.

¹⁸ "Status oběti" je odrazem subsidiarity ESLP k národním soudům. Znamená to, že pokud národní soud porušení práva určité osoby - oběti přizná a porušitele odhalí a potrestá, případně odškodní oběť, není možno, aby se stěžovatel úspěšně dožadoval porušení jeho práva plynoucího z Úmluvy u ESLP.

Úmluvy. Tvrzené fyzické násilí, které mělo být způsobeno stěžovateli během výslechu, nebylo stěžovatelem prokázáno nade vší pochybnost, a proto jej soud nevzal v úvahu. Jako mučení nebylo dané zacházení kvalifikováno z důvodu, že trvalo pouze 10 minut a nezpůsobilo stěžovateli žádné vážné dlouhotrvající následky.

V zápětí však ESLP uznal, že pokud jde o *status oběti*, ten stěžovatel v souvislosti s čl. 3 Úmluvy *ztratil*. Svou argumentaci opřel o fakt, že německé soudy uznaly porušení čl. 3 Úmluvy (což by samo o sobě ke ztrátě nestačilo) a zároveň stěžovateli poskytly odškodnění, které bylo shledáno dostatečným (spočívalo v tom, že viníci byli shledáni vinnými a potrestání a použití „předsoudních“ vynucených prohlášení stěžovatele bylo vyloučeno). Co se týče odškodnění v penězích, které stěžovatel ještě v době řízení u ESLP od Německa nezískal, protože v této otázce stále probíhalo řízení, to nebylo dle ESLP v konkrétním případě potřeba, a to z důvodu dostatečného "nemateriálního" odškodnění vzhledem k okolnostem případu (viz výše).

3.3 POSOUZENÍ VELKÝM SENÁTEM ESLP

Věc posléze přijal k posouzení také Velký senát ESLP, který se zabýval, stejně jako 5. senát jednak otázkou, zda zacházení německých policistů opravdu dosahovalo oné shora zmiňované minimální závažnosti, a tedy porušilo čl. 3 Úmluvy, a dále, zda pan Gäfgen opravdu ztratil status oběti.¹⁹

Při řešení otázky, zda byl porušen čl. 3 Úmluvy, Velký senát shrnul, že policisté jednali *úmyslně, výhrůžka mučením byla promyšleným činem, který měl za cíl získat přiznání a další informace od oběti*. Dále Velký senát uvedl, že si je vědom, že policisté takto jednali z důvodu zachránění života dítěte, ale zároveň zdůraznil, že *povaha čl. 3 je absolutní* a že tedy nelze derogovat povinnosti z čl. 3 Úmluvy vyplývající ani v případě, kdy motivací k danému jednání je možná záchrana dítěte. V důsledku zacházení policistů byl porušen čl. 3 Úmluvy a Velký senát kvalifikoval výhrůžku mučením jako *nelidské zacházení*. Vzhledem k okolnostem tohoto případu naopak nešlo kvalifikovat dané zacházení za mučení, neboť nedosahovalo požadovaného stupně krutosti.

Co se týče *posouzení ztráty statusu oběti*, tak Velký senát zdůraznil, že je především v rukou smluvního státu, aby odškodnil oběti, jejich právo zaručené Úmluvou bylo porušeno. Nicméně k tomu, aby byla práva zaručená Úmluvou efektivně dodržována, má jejich plnění zajišťovat ESLP²⁰ a je tedy nutné, aby v případě odškodnění oběti plnil ESLP svou

¹⁹ Stejně jako v případě před 5. senátem ESLP i zde bylo, jako součást stížnosti pana Gäfgena, namítáno porušení čl. 6 Úmluvy.

²⁰ Čl. 19 Úmluvy.

kontrolní funkci posouzením toho, zda není disproporce mezi závažností jednání a potrestáním.²¹

Obecně je dle soudu důležité, aby stát především *uznal porušení Úmluvy*, což v případě pana Gäfgena bylo vyjádřeno všemi příslušnými soudy. Dále je nutné poskytnout oběti *vhodné a dostatečné odškodnění*, které spočívá v efektivním vyšetření²², čehož bylo dle názoru soudu dosaženo. V případě *potrestání porušitelů*, které spočívalo v uložení symbolické pokuty a v přeřazení na jiný post na základě disciplinárního řízení (přičemž navíc jeden z policistů byl po určité době povýšen), již však Německo dle názoru Velkého senátu svým závazkům, plynoucím mu z čl. 3 Úmluvy, nedostalo. Stát totiž nezajistil dostatečné potrestání viníků - německý soud, u kterého probíhal proces s příslušnými policisty, vzal v úvahu mnoho *polehčujících okolností*, které způsobily snížení trestu až na pouhé udělení pokuty, od jejíhož zaplacení bylo možno upustit. Stejně pochybné bylo následné povýšení jednoho z policistů.

Velký senát vzal v potaz i fakt, že v procesu, ve kterém žádal stěžovatel odškodnění v souvislosti s úřední odpovědností policistů, ještě v době vynesení rozsudku Velkého senátu nebylo meritorně rozhodnuto (tedy po více než 3 letech). V tomto ohledu tak soud vyslovil vážné pochybnosti, co se týká efektivity odškodnění v souvislosti s porušením čl. 3 Úmluvy.

Velký senát ESLP tak na závěr uvedl, že stěžovatel s ohledem na nedostatečné odškodnění státem *neztratil status oběti*, a zároveň shledal, že bylo *porušeno stěžovatelovo právo nebýt podroben nelidskému zacházení vyplývající z čl. 3 Úmluvy*.

4. ZÁVĚR

Protože je autorka dlužna vysvětlení názvu příspěvku, dovolí si jeho význam osvětlit až nyní v závěru, ve světle výše uvedených faktů.

Není pochyb, a ani v případě Gäfgen nebyl nikde tvrzen opak, že čl. 3 Úmluvy, tedy právo nebýt mučen či podroben ponižujícímu či nelidskému zacházení ze strany činitelů obdarovaných státní mocí, je *právem absolutním*. Tedy není možno jakkoliv ospravedlnit jeho derogaci – a to ani v případě, kdy se jedná o zjištění informace k možné záchraně národa, ani k odhalení místa, kde je ukryto unesené dítě. Tato skutečnost plyne jak přímo z Úmluvy, tak z judikatury ESLP.

²¹ Viz rozsudek ESLP ze dne 30. 6. 2008, *Gäfgen proti Německu*, č. stíž. 22978/05, § 123.

²² Efektivní vyšetřování je dle ESLP takové, ve kterém se odráží pohotovost, ochota státu při řešení potrestání viníků ("promptness") a rychlost vyřízení věci ("expedition").

Pokud však stát, který poruší čl. 3 Úmluvy, jeho porušení přizná a potrestá státní činitele – porušitele pouze symbolicky, pak dle autorky dochází k jevu (schválenému i rozsudkem 5. senátu ESLP ve věci Gäfgen proti Německu), který by se dal nazvat *relativním pojetím absolutnosti zmiňovaného ustanovení*. Stát totiž vědom si, že porušil své závazky, toto de iure, formálně napraví - ale symbolicky, a tedy se dá říci, že simuluje dodržení absolutnosti čl. 3, přitom však de facto smysl čl. 3 Úmluvy a jeho absolutnosti obchází. Navíc symbolické tresty nepůsobí preventivně proti případným dalším porušením, což je primární účel stanovení zákazu zacházení porušujícího čl. 3 Úmluvy za trestný čin.

Absolutní pojetí absolutnosti čl. 3 Úmluvy je naopak dle názoru autorky možno shledat v rozsudku Velkého senátu ESLP ve věci Gäfgen proti Německu, když ten posoudil odškodnění oběti materiálně, tedy nevezal v úvahu pouze splnění určitých formálních kritérií jako uznání porušení práva státem (vyšetření, potrestání porušitelů, nepoužití vynucených prohlášení), ale zhodnotil i způsob potrestání, aby nedošlo právě ke zmiňovanému obcházení smyslu tohoto potrestání, a tedy i smyslu čl. 3 Úmluvy.

Literatura:

- HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK C. *Law of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2009, 902 s, ISBN 9978-0-40-690594-9
- JANIS, M. W., KAY, R. S., BRADLEY, A. W. *European Human Rights Law: Text and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 957, ISBN 978-0-19-927746-9
- MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, 551 s, ISBN 978-8-02-104474-6
- GAETA, P. May Necessity Be Available As a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, No. 3, s. 785-794
- JESSBERGER, F. *Bad Torture – Good Torture?* *Journal of International Criminal Justice*, 2005, No. 3, s. 1059-1073

- KOLÁČKOVÁ, J. *Právo nebýt mučen*[přednáška]. Lidská práva a soudnictví. Předneseno dne 26. 10. 2009 [citováno 21. 11. 2010]

Mezinárodní úmluvy:

- Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod
- Úmluva OSN proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení a trestání
- Vídeňská úmluva o smluvním právu

Judikatura:

- Rozsudek ESLP ze dne 28. 7. 1999, *Selmouni proti Francii*, č. stíž. 25803/94
- Rozsudek ESLP ze dne 11. 7. 2006, *Jalloh proti Německu*, č. stíž. 54810/00
- Rozsudek ESLP ze dne 29. 2. 2008, *Balcik a ost. proti Turecku*, č. stíž. 25/02
- Rozsudek ESLP ze dne 30. 6. 2008 (5. senát ESLP) a ze dne 1. 6. 2010 (Velký senát ESLP), *Gäfgen proti Německu*, č. stíž. 22978/05
- Rozsudek ESLP ze dne 20. 7. 2010, *A. proti Nizozemí*, č. stíž. 4900/06

Contact – email

lucienechvatalova@centrum.cz

CHANGES IN THE CZECH DIRECT TAXATION AFTER ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION

KRISTÝNA ODROVÁ

The Faculty of Law of Masaryk University, Czech republic

Abstract in original language

Daně jsou chápány jako základní prvek suverenity každé země, proto veškeré harmonizační snahy v této oblasti vyvolávají řadu otázek. Tento příspěvek nejprve zevrubně mapuje unijní právní úpravu která se přímo či nepřímo dotýká přímých daní. Stěžejní část je pak zaměřena na promítnutí této úpravy do českého právního řádu a na zhodnocení, zda Česká republika v tomto směru obstála. Dále jsou zmíněny nejrůznější změny, ke kterým za dobu od přistoupení k Evropské unii došlo. Autorka se pokouší dospět k závěru, zda jsou tyto změny způsobeny právě tlakem ze strany Evropské unie, tedy povinným začleňováním společně dohodnutých ustanovení, či se jedná spíše o samostatný a přirozený vývoj českého práva reagující na momentální potřeby společnosti.

Key words in original language

Přímé daně; daňová harmonizace; změny po vstupu do Evropské unie.

Abstract

As a general principle, tax issues are considered to be a part of Member States sovereignty. That is why all harmonizing proposals raise lot of questions. At first, the contribution briefly presents the European legislation in the field of direct taxes. The main part is focused on expression of the European law in the Czech direct taxation system and summarizing the results. Other changes that have occurred since the Accession to the European Union are also mentioned. The author tries to conclude whether the changes are caused by the pressure from the European Union, by implementation of commonly agreed provisions, or rather by separate and natural evolution of the Czech law that reflects the current needs of the society.

Key words

Direct taxes; tax harmonization; changes after accession to the European Union.

1. ÚVOD

Daňová problematika provází lidstvo již po několik tisíciletí a je nedílnou součástí každodenního života. V současném světě však daně zdaleka nezůstávají otázkou jednotlivých států, jak tomu bylo dříve. Pro jednotlivce, a zvláště pro osoby pocházející z členských zemí, je poměrně snadné se přestěhovat a následně žít a pracovat v jiné než rodné zemi a ještě snadnější

je za prací pouze dojíždět. Situace je ještě méně komplikovaná v případě společností a přesouvání jejich kapitálu. To vše s sebou nese řadu nežádoucích jevů a obtíží při zdaňování příjmů, kterým je nutné zabránit. Daňové otázky a zejména potřeba jejich sladování se tak velmi úzce dotýkají každého z nás.

Cílem článku je zmapování unijní právní úpravy, která se přímo či nepřímo dotýká oblasti přímých daní, a především popsání její následné reflexe v českém právním řádu. Také se pokusím určit, jak Česká republika v tomto úkolu obstála. Dále mě zajímá, čím jsou změny, ke kterým v našem daňovém systému následně došlo, ovlivněny více. Zda se jedná o nutné začlenění mezi členskými státy společně dohodnutých ustanovení, či spíše přirozený vývoj práva reagující na měnící se potřeby společnosti.

2. ÚPRAVA PŘÍMÝCH DANÍ V EVROPSKÉ UNII

Jedním z hlavních cílů Evropské unie je vytvoření jednotného trhu a odstranění bariér zabraňujících jeho správnému fungování. To má za úkol i evropská daňová politika, k čemuž jí slouží jak nástroje primárního tak sekundárního práva.

Vliv přímého zdanění na fungování jednotného trhu není na první pohled tak znatelný, jak je tomu např. u daní nepřímých či cla. Proto se zpočátku ani jeho harmonizace nejevila jako bezprostředně nutná. Ale s prohlubováním integrace a stále širším uplatňováním fundamentálních svobod se potřeba spolupráce i na tomto poli zvýšila. Možnost žít a pracovat a především investovat majetek, protože ten lze na rozdíl od práce přesouvat s nejmenšími obtížemi, přináší i možnost výběru země s nižším daňovým zatížením a s tím i potencionální negativní daňovou konkurenci.

V počátku se předpokládalo, že harmonizační proces bude mít poměrně hladký průběh, jelikož úprava v členských zemích byla strukturálně velmi podobná. Ale ukázalo se, že jednotlivé systémy přímých daní jsou vnitřně velmi odlišné. Dalším a největším problémem je neochota států přistoupit na jednotnou úpravu, kterou berou jako zásah do své autonomie, a jejich neschopnost shodnout se na konkrétním znění legislativních opatření, v tomto případě směrnic vyžadujících jednomyslnost.

Co se tedy týče úpravy v primárním právu, můžeme v zakládajících smlouvách nalézt několik daňových ustanovení, která se však týkají pouze daní nepřímých. Úpravu přímých daní můžeme nepřímo vyvozovat jednak z ustanovení o sblížení právních předpisů.¹ Dalším článkem je všeobecný zákaz jakékoli diskriminace² a články zakotvující úpravu čtyř základních

1 Článek 115 SFEU (bývalý článek 94 SES) a článek 192 SFEU (bývalý článek 175 SES) odst. 2

2 Článek 18 SFEU (bývalý článek 12 SES)

svobod,³ která se také nepřímo promítá do daňové oblasti. Jde o volný pohyb osob (svoboda pohybu pracovníků i svoboda usazování), volný pohyb zboží, služeb a kapitálu.⁴

Mimo zakládací smlouvy a jejich novelizace se daňovými otázkami zpravidla zabývají i přístupové smlouvy, které ve svých daňových ustanoveních často umožňují nově přístupujícím státům přechodné výjimky.⁵

Úprava v primárním právu je pak rozváděna dalšími legislativními opatřeními, zejména směrnicemi, které je však kvůli neochotě členských států stále obtížnější přijímat a implementovat.

První výrazný posun přišel s přijetím směrnic o administrativní spolupráci.⁶ Poté byly přijaty dvě důležité směrnice týkající se obchodních společností⁷ a dále pak směrnice o společném zdanění příjmů z úspor, úroků a licenčních poplatků.⁸

Dalšími důležitými dokumenty jsou i tzv. Bílé knihy, které, ač jsou pouze nezávaznými návrhy a doporučeními, mohou mít značně široký vliv.

3. ZMĚNY V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

V souvislosti se vstupem do Evropské unie i po něm náš právní řád zaznamenal řadu významných reforem a další z nich dosud probíhají. Některé změny jsou nutnou reakcí na harmonizační vliv unie, jiné mohou být spíše dobrovolnou snahou o přiblížení našeho právního řádu řádům

3 Články 28 a násl. SFEU (bývalý článek 23 a násl. SES), články 45 a násl. SFEU (bývalý článek 39 a násl. SES) články 49 a násl. SFEU (bývalý článek 43 a násl. SES), články 56 a násl. SFEU (bývalý článek 49 a násl. SES) a články 63 a násl. SFEU (bývalý článek 56 a násl. SES).

⁴ Více viz Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí EU. 2008, str. 29 a násl. či Láčová, L. Daňové systémy v globálním světě. 2007, str. 37 a násl.

⁵ Pro Českou republiku: Akt o podmínkách přistoupení České republiky k Evropské unii, část IV., hlava I., článek 24, ve spojení s přílohou V

⁶ Např. směrnice Rady 77/799/EHS o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní a daní z pojistného.

⁷ Směrnice Rady 90/435/EHS o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států a směrnice Rady 90/434/EHS o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států

⁸ Směrnici Rady 2003/48/ES o zdanění příjmů z úspor ve formě příjmů úrokového charakteru a směrnice Rady 2003/49/ES o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států

ostatních členských zemí. Svůj nezanedbatelný, a dle mého názoru i největší, podíl na vývoji však nese taktéž skutečnost, že otázky daní se často stávají nástrojem politické soutěže a systém je měněn dle okamžitých potřeb politických stran v boji o moc.

3.1 IMPLEMENTACE SMĚRNIC

Směrnice jsou závazné pouze pokud jde o výsledek, kterého má být dosaženo. Členské státy je tedy musí přijmout a zveřejnit v příslušných právních předpisech, ale zvolení formy provedení zůstává na nich. Některé směrnice tak mohou být implementovány pomocí doplnění či změny již existujícího předpisu, k implementaci jiných je třeba přijetí předpisu zcela nového.

U nás vždy nebyla zvolená metoda zcela vhodná a někdy tak došlo ke zbytečným komplikacím. Mezi nejčastější chyby, které lze zákonodárcům vytknout, patří nedostatečné informování veřejnosti o smyslu a důsledcích harmonizace, jelikož veřejnost postupně nabývala názoru, že harmonizace přímých daní je fakt, který je třeba bez výhrad přijmout, což vyústilo v pocit, že nám Evropská unie něco přespříliš vnucuje. Další komplikací bylo i upřednostňování a vyzdvihování veřejnosti příjemných změn, kdežto změny nepopulární byly utajovány a odkládány na neurčito. Některé nepříjemné kroky, ač v národním zájmu, byly naopak zakrývány matoucím tvrzením o požadavcích ze strany unie. V předpisech se často vyskytoval přílišný formalismus a také doslovné překlady nebyly vždy na místě. Při pouhém vkládání jednotlivých ustanovení do stávající české úpravy byl často ztracen smysl a logické souvislosti úpravy unijní.⁹ Přesto se domnívám, a to také vzhledem k tomu, že změn v této oblasti nemuselo proběhnout tolik, jako v oblastech jiných, se implementace těchto směrnic vcelku zdařila a dotčené subjekty se s ní poměrně rychle vypořádaly.

3.1.1 SMĚRNICE O ADMINISTRATIVNÍ SPOLUPRÁCI

Na poli mezinárodní spolupráce v tomto odvětví se Česká republika angažovala i před vstupem do Evropské unie, a to převážně na základě mezinárodních smluv. Již v roce 2001 byl zaznamenán znatelný nárůst vyměňovaných informací s daňovými správami cizích států. Se vstupem do unie se spolupráce ještě rozšířila a došlo především k jejímu usnadnění.

Unijní právo upravuje tuto problematiku směrnicemi o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní a směrnicí o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek.

⁹ Více viz Matoušek, P. Harmonizace daňových systémů v EU a národní zájmy členských států EU. Dostupné z: http://www.upol.cz/uploads/media/JUDr._Matousek.pdf

Do českého právního řádu se jejich implementace promítla jednak v zákoně č. 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní, ve znění pozdějších předpisů, jednak přijetím zákona č. 191/2004 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek.

Zákon o mezinárodní pomoci při správě daní upravující postup a podmínky, za kterých orgány České republiky poskytují, požadují nebo přijímají mezinárodní pomoc při jejich správě, nabyt účinnosti již v roce 2000, a to vzhledem k mezinárodní spolupráci, která probíhá na základě mezinárodních smluv. Se vstupem do Evropské unie, tedy k 1. květnu 2004, byla jeho působnost rozšířena i na spolupráci v rámci předpisů unijního práva. V této souvislosti bylo navíc Evropské komisi umožněno účastnit se některých jednání příslušných úřadů o konkrétním upřesnění podmínek a postupů při spolupráci.

Současný zákon o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek nabyt účinnosti dnem vstupu České republiky do Evropské unie a nahradil tak původní úpravu provedenou zákonem č. 252/2000 Sb., se stejným názvem. Tento zákon také upravuje postup a podmínky, za kterých orgány České republiky poskytují, požadují nebo přijímají mezinárodní pomoc na základě vzájemnosti, a to ve vztahu k členským státům při vymáhání pohledávek z dovozních a vývozních cel, přímých a nepřímých daní, daní z pojistného, úroků, pokut, penále a nákladů souvisejících, atd. a ve vztahu ke státům, s nimiž máme uzavřela mezinárodní smlouvu, pro pohledávky určené touto smlouvou.¹⁰

3.1.2 SMĚRNICE TÝKAJÍCÍ SE FYZICKÝCH OSOB

Od 1. května 2005 se začala v Evropské unii provádět ustanovení směrnice o zdanění příjmů z úspor ve formě vyplácených úroků. Do českého právního pořádku byla implementována prostřednictvím § 38fa o daních z příjmů. Toto ustanovení stanoví, je-li skutečným vlastníkem příjmu úrokového charakteru poplatník, který má bydliště na území jiného členského státu, povinnost platebního zprostředkovatele při výplatě, poukázání nebo připsání úhrady podat svému místně příslušnému správci daně hlášení. Toto hlášení se podává nejpozději do 15. dne třetího měsíce po skončení zdaňovacího období vždy v elektronické podobě. Správce daně je dále povinen předat získané údaje příslušnému orgánu jiného členského státu, a to nejméně jedenkrát ročně.

K uveřejnění rozsahu požadovaných údajů, tvaru a formátu hlášení, stejně tak jako ke sjednocení postupů při aplikaci tohoto ustanovení je ministerstvem vydán pokyn D-282. Dále se zavádí specifická forma

¹⁰ Více viz Schillerová, P. Mezinárodní spolupráce při vymáhání některých finančních pohledávek – praktické aspekty. Dny práva 2008. 2008, str. 43 a násl.

automatické a automatizované výměny informací v souladu se směrnicí o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní, která byla implementována zákonem o mezinárodní pomoci při správě daní.

3.1.3 SMĚRNICE TÝKAJÍCÍ SE PRÁVNICKÝCH OSOB

Směrnice o společném systému zdanění při fúzích, směrnice o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností a směrnici o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků byly do českého právního řádu implementovány v rámci změn zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o daních z příjmů“).

Implementace směrnice o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností nabyla účinnosti 1. května 2004. Ustanovení § 19 zákona o daních z příjmů umožňuje jednak daňové výhody ve státě rezidence mateřské společnosti (odst. 1 zi)) a jednak ve státě rezidence společnosti dceřiné (odst. 1 ze)). Novelizace směrnice v roce 2003¹¹ rozšířila umožnění těchto výhod i na příjmy stálé provozovny a toto rozšíření se u nás od roku 2005 také aplikovalo. V § 19 odst. 3 je dále vymezen minimální podíl na základním kapitálu, který je důležitý pro vymezení pojmů mateřská a dceřiná společnost. Směrnice vyžadovala, aby s účinností k začátku roku 2005 byl tento podíl snížen z 25 % na 20 %, v roce 2007 na 15 % a 2009 na 10 %. Náš zákon o daních z příjmů však tyto lhůty poněkud uspíšil a limitní hodnotu 10 % obsahoval již ve znění účinném k 1. lednu 2006. Definiční mateřské společnosti taktéž zahrnuje dobu nepřetržitě držby tohoto podílu a ten se v roce 2006 změnil z původních 24 měsíců na současných 12 měsíců.

Směrnice o společném systému zdanění při fúzích vstoupila do našeho právního řádu zejména prostřednictvím § 23a a násl. zákona o daních z příjmu již před vstupem do unie, konkrétně k 1. lednu 2004. Úprava umožnila nástupnické společnosti v České republice převzít rezervy a opravné položky, daňovou ztrátu a odčitatelné položky. Podmínkou těchto zvýhodnění však je, že k fúzi, rozdělení atd. dochází především z ekonomických důvodů. Dále je zakotvena vyvratitelná domněnka, že řádný ekonomický důvod neexistuje, pokud jedna z společností účastnících se fúze nevykonává posledních 12 měsíců činnost.

Osvobození od placení daně z úroků a licenčních poplatků placených do jiných členských států je důsledkem implementace směrnice o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků. Je zakotveno především v

¹¹ Ta stanovila povinnost členských států uvést své právní předpisy do souladu s ní nejpozději do 1. ledna 2005.

ustanovení § 19 zákona o daních z příjmů. Toto ustanovení osvobozuje od daně příslušný příjem zahraničních společností rezidentních v jiných členských státech, který jim plyne od českých právnických osob. Ovšem pouze při splnění zákonem stanovených podmínek a dalších administrativních povinností. U příjmů úrokového charakteru (odst.1 zk)) se takto postupuje již od vstupu České republiky do unie. Osvobození od licenčních poplatků (odst. 1 zj)) se však použije až od 1. ledna 2011 tak, jak stanoví směrnice ve svých přechodných ustanoveních.

3.2 DALŠÍ ZMĚNY

Proměny systému zdanění osobních příjmů, ke kterým průběžně od přistoupení k Evropské unii dochází, jsou velmi výrazné a reakce na ně hojně diskutované, jelikož mají přímý vliv téměř na každého. To lze spatřovat i v četnosti novel, kterými zákon o daních z příjmů prošel. V průměru je to neskutečných šest novel za rok. Na první pohled nejviditelnější je samozřejmě pokles výše sazeb a u fyzických osob přechod z původních progresivně klouzavých sazeb na sazby lineární. Na druhou stranu, jelikož došlo také ke změně stanovení základu daně, není pokles daňového zatížení přímo úměrný, a to i přestože obecně dochází k přesunu zatížení z daní přímých na nepřímé. V následujícím textu se pokusím stručně nastínit nejdůležitější změny, ke kterým v jednotlivých letech došlo. Za nejdůležitější, vzhledem k tématu sekce, pak považuji změny v úpravě daní z příjmu fyzických osob.

3.2.1 DAŇ Z PŘÍJMŮ FYZICKÝCH OSOB

Co se tedy té týče, rok 2004 přinesl především zavedení tzv. daňové evidence, což představuje značné zjednodušení pro poplatníky, kteří nejsou dle nového zákona o účetnictví považováni za účetní jednotku. Dále institut minimální daně, resp. minimálního základu daně. Ten se však týká pouze podnikatelů s příjmy ze zemědělské výroby, lesního a vodního hospodářství, ze živnosti nebo z jiného podnikání podle zvláštních předpisů a musí dosáhnout alespoň výše vypočítané dle stanoveného vzorce.^{12,13}

V následujícím roce došlo ke dvěma hlavním změnám. Byl zaveden institut společného zdanění manželů,¹⁴ zamýšlený jako podpora rodin s dětmi.

12 Minimální výše základu daně musí činit polovinu součinu všeobecného vyměřovacího základu a přepočítacího koeficientu pro účely důchodového zabezpečení a počtu kalendářních měsíců provozování výdělečné činnosti.

13 Více ke změnám v tomto roce např. Dráb, O. Daně a právo v roce 2004. Daně a právo v prax, 2004/1, str. 2 a násl.

14 Více např. Brychta, I. Společné zdanění manželů. Daně a právo v praxi 2005/1, str. 18 a násl.

Manželé, kteří vychovávají ve společné domácnosti alespoň jedno dítě, si mohli mezi sebe rozdělit společný základ daně na polovinu a z něj pak odvést daň, což ulehčilo především dvojicím, kde jeden vydělává výrazně více než druhý. Druhým novým institutem byla sleva na dítě, která nahradila do té doby známou nezdanitelnou část základu daně na vyživované dítě.^{15,16}

Daňová reforma v roce 2006 si vzala za cíl především snížení daňového zatížení fyzických osob s nižším a průměrným příjmem. Nejvýznamnější změnou tak byl pokles dvou nejnižších mezních sazeb z 15 % na 12 % a z 20 % na 19 % a současně i protažení příjmových pásem. Dále byly nahrazeny další nezdanitelné části základu daně slevami na dani. Vstřícným krokem pro podnikatele a živnostníky se stalo zvýšení tzv. výdajových paušálů, o které bylo možno snížit příjmy při výpočtu základu daně, a rozšíření možností pro využití paušální daně. Změn doznal také režim úroků a hypotečních zástavních listů.¹⁷

Následující rok byla přijata řada novel spíše nevelkého významu. Asi nejvýznamnější z nich souvisí s přijetím nového zákoníku práce.¹⁸ Významným způsobem zasáhl též pokyn ministerstva financí č. D-300, k jednotnému postupu při uplatňování některých ustanovení zákona o daních z příjmů, který konečně po téměř osmi letech nahradil stávající úpravu.¹⁹

Rok 2008 přinesl zásadní novelizaci v duchu nového zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů. Nejradikálnější změnou bylo jistě zavedení jednotné sazby daně ve výši 15 % namísto čtyř dosud uplatňovaných progresivních sazeb v rozmezí od 12 % do 35 %. Od roku 2009 se předpokládalo ještě další snížení na 12,5 %.

Dále došlo k systémové změně ve vymezení základu daně, který se, namísto z původní hrubé mzdy, nově počítá z tzv. superhrubé mzdy, tedy ze součtu hrubé mzdy zaměstnance plus pojistného na sociální a zdravotní pojištění, které je povinen hradit zaměstnavatel.

15 Sleva na dani ve výši 6 000 Kč namísto dosavadního snížení základu daně o 25 560 Kč

16 Více např. Dráb, O. Změny daňových předpisů v roce 2005. *Daně a právo v praxi* 2005/1, str. 2 a násl.

17 Více např. Dráb, O., Zůnová, M. Změny daňových předpisů v roce 2006. *Daně a právo v praxi* 2006/1, str. 2 a násl.

18 Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce

19 Více např. Dráb, O., Zůnová, M. Nový výkladový pokyn k ZDP. *Daně a právo v praxi* 2007/2, str. 2 a násl.

Díky zavedení rovné daně ztratil svůj smysl institut společného zdanění manželů a zrušen byl také minimální základ daně pro osoby samostatně výdělečně činné. Zároveň byly podstatně zvýšeny slevy na dani. Nově si slevu na poplatníka mohli uplatnit i starobní důchodci, na rozdíl však od některých daňových nerezidentů. Byl totiž stanoven nový limit, že 90 % jejich celosvětových příjmů musí plynout z území České republiky. S tím vyvstala i otázka, zda není tato změna ve vztahu k občanům jiného členského státu v souladu s unijním právem a jím zaručenou svobodou volného pohybu osob. S ohledem na judikaturu Evropského soudního dvora²⁰ je ovšem nastavené 90 % kritérium obhájitelné a primární právo neporušuje.²¹

Ke slibovanému snížení sazby daně v roce 2009 nedošlo a ta tak zůstala na 15 %. Daňové zatížení ovšem bylo alespoň částečně sníženo vlivem poklesu pojistného na sociální zabezpečení. Z důvodu nesnížení sazby daně bylo zrušeno plánované snížení slev na dani. Dále byla zavedena fikce, že základem daně zahraničního zaměstnance, který podléhá pojistným předpisům jiného státu, má být hrubá mzda zvýšená a o pojistné, které by se odvádělo v České republice. V dřívějších letech to bylo pojistné skutečně zaplacené do systému pojištění jiného státu.²²

Samotná daň z příjmů v roce 2010 nezaznamenala žádné parametrické změny. Nepřímo na ni však dopadlo zvýšení maximálního vyměřovacího základu pro veřejnoprávní pojištění a do jisté míry tak ovlivnilo její skutečnou výši. U slev na dani došlo zvýšení slevy na vyživované dítě a změnily se některé paušální výdaje.²³

3.2.2 OSTATNÍ DANĚ

Podrobnější změny v úpravě daní z příjmu právnických osob již nebudu rozepisovat, ale jejich shrnutí je možné dohledat např. ve zmíněných časopisových článcích.

Významnou změnou nastávající v souvislosti s přistoupením k Evropské unii společnou jak pro fyzické tak pro právnické osoby je bezesporu zavedení nového formátu daňového identifikačního čísla. Kvůli jednotnosti při obchodním styku se subjekty ostatních členských zemí bylo dosud

20 Např. rozsudek Schumacher

21 Více např. Dráb, O., Drábová, M. Změny v daňových předpisech. Daně a právo v praxi 2008/1, str. 2 a násl.

22 Více např. Dráb, O., Drábová, M. Změny daňových předpisů od 1.1.2009. Daně a právo v praxi 2009/2, str. 2 a násl.

23 Více např. Brychta, I. Změny v daní v roce 2010. Daňová hospodářská kartotéka 2010/1, str. 1 a násl.

používané schéma, zahrnující krom individuálního čísla osoby i trojčíselný kód příslušného správce daně, nahrazeno schématem novým, skládajícím se z dvojmístného kódu země, v našem případě CZ, a zbytku čísla, který zůstal beze změny. K lednu 2004 byla také poprvé zavedena editační povinnost správce daně a naproti tomu možnost poplatníků požádat o závazné posouzení. Jde o institut, kdy fyzické či právnické osoby mohou ve sporných či nejasných případech požádat finanční úřad pomoc. Radikální reforma v roce 2008 přinesla sjednocení zvláštních sazeb daní, které se do té doby pohybovaly v rozmezí 15 % až 25 % plus jedna 1 %. Nově byla zavedena jednotná 15 % sazba pro všechny (s jedinou výjimkou) okruhy příjmů podléhajících zvláštní sazbě.

Ostatních přímé daně, mezi které u nás v současnosti patří daň z nemovitostí, daň silniční, daň dědická, daň darovací a daň z převodu nemovitostí, mají z hlediska výnosu spíše doplňkový charakter. A ani zde nelze spatřovat zásadní tlak na harmonizaci ze strany Evropské unie. V rámci spontánně probíhajících reforem však samozřejmě k jistým změnám dochází a jednotlivé systémy se dobrovolně přibližují.

4. ZÁVĚR

Česká republika měla za úkol uvést svoji právní úpravu do souladu s úpravou unijní v rámci předvstupních příprav. Jistou prvotní výhodu představovalo i to, že hned po převratu se proměny českého daňového systému ve vlastním zájmu inspirovaly v obvyklých daňových systémech tehdejších členských zemí. Můžeme tedy říct, že co se týče daní přímých se nám bez větších úlev podařilo již před vstupem dosáhnout obvyklé úrovně sladění těchto daní.

Směrnice byly včas implementovány a většina souvisejících změn začala platit od května 2004, některé již od ledna. Kvůli některým byl přijat zcela nový zákon, jiné byly implementovány pomocí změny či doplnění předpisu stávajícího. Zde lze českým, zákonodárcům vytknout že při pouhém vkládání požadovaných ustanovení byl často ztracen smysl a logické vazby původní úpravy a taktéž překlady byly příliš formální a zbytečně doslovné. Výsledkem pak byla a v některých případech stále je přílišná komplikovanost, nesourodost a nesrozumitelnost.

V českém systému přímých daní však došlo a průběžně stále dochází k řadě dalších poměrně významných změn. Jak ale můžeme vidět např. z letného průřezu změn v úpravě daní z příjmů fyzických osob, velká většina z nich ovšem vůbec nepřamení z harmonizačních snah unie. Úprava přímých daní je stále v dispozici jednotlivých států a její změny tak představují spíše přirozený vývoj práva reagující na měnící se potřeby společnosti, některé jsou pouhým politickým bojem o moc. Obecně však můžeme zaznamenat dobrovolné přibližování systémům uplatňovaným v ostatních zemích, než nějaké průkopnické, či atypické systémové proměny.

Na závěr bych chtěla podotknout, že sblížení úpravy přímých daní je záležitostí extrémně složitou a náročnou. Změny je třeba přijímat postupně a plynule je na sebe navazovat. Proto by i Česká republika, a v rámci svých občanských práv a povinností v podstatě každý z nás, měla vystupovat v roli aktivního spolutvůrce nikoli pouhého pasivního příjemce evropské daňové politiky. Neměly bychom zapomínat na hájení vlastních zájmů a tradic a zohledňování vlastní ekonomické situace, ale ani na ochranu prospěšných cílů celé Evropské unie.

Literature:

- Brychta, I.: Společné zdanění manželů. *Daně a právo v praxi*. 2005, č. 1, str. 18 a násl.
- Brychta, I.: Změny v daní v roce 2010. *Daňová hospodářská kartotéka*. 2010, č. 1, str. 1 a násl.
- Dráb, O.: Daně a právo v roce 2004. *Daně a právo v praxi*. 2004, č. 1, str. 2 a násl.
- Dráb, O.: Změny daňových předpisů v roce 2005. *Daně a právo v praxi*. 2005, č. 1, str. 2 a násl.
- Dráb, O., Zůnová, M.: Změny daňových předpisů v roce 2006. *Daně a právo v praxi*. 2006, č. 1, str. 2 a násl.
- Dráb, O., Zůnová, M.: Nový výkladový pokyn k ZDP. *Daně a právo v praxi*. 2007, č. 2, str. 2 a násl.
- Dráb, O., Drábová, M.: Změny v daňových předpisech. *Daně a právo v praxi*. 2008, č. 1, str. 2 a násl.
- Dráb, O., Drábová, M.: Změny daňových předpisů od 1.1.2009. *Daně a právo v praxi*. 2009, č. 2, str. 2 a násl.
- Láchová, L.: Daňové systémy v globálním světě. Praha: ASPI, 2007
- Matoušek, P.: Harmonizace daňových systémů v EU a národní zájmy členských států EU. [on-line]. Dostupné z: http://www.upol.cz/uploads/media/JUDr._Matousek.pdf
- Nerudová, D.: Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. akt. vyd., Praha: ASPI, 2008

- Schillerová, P.: Mezinárodní spolupráce při vymáhání některých finančních pohledávek – praktické aspekty. In *Dny práva -2008 : 2. ročník mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity*. Brno: MU, 2008, str. 43 a násl.
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. února 1995, ve věci C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt proti Rolandu Schumackerovi*

Contact – email
170084@mail.muni.cz

**VZŤAH DIPLOMATICKEJ OCHRANY A
KONZULÁRNEJ POMOCI VO SVETLE JUDIKATÚRY
STÁLEHO DVORA MEDZINÁRODNEJ
SPRAVODLIVOSTI A MEDZINÁRODNÉHO SÚDNEHO
DVORA**

PETER PAVLOVIČ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok vymedzuje diplomatickú ochranu a konzulárnu pomoc a analyzuje judikatúru Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti a Medzinárodného súdneho dvora s relevanciou pre identifikáciu ich vzájomného vzťahu. Cieľom príspevku je tak prispieť do diskusie o možnosti využitia "diplomatických a konzulárnych úkonov" pri výkone diplomatickej ochrany.

Key words in original language

Diplomatická ochrana; konzulárna pomoc; Stály dvor medzinárodnej spravodlivosti; Medzinárodný súdny dvor.

Abstract

This paper defines diplomatic protection and consular assistance and analyzes case law of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice with relevance to identify their mutual relationship. Its aim is to contribute to discussions about the possibility of using "diplomatic and consular actions" in the exercise of diplomatic protection.

Key words

Diplomatic protection; consular assistance; Permanent Court of International Justice; International Court of Justice.

ÚVOD

Masový pohyb obyvateľstva presahujúci hranice jedného štátu sa stal typickým obrazom súčasného sveta. Avšak skutočnosť, že jednotlivec sa nachádza na území iného štátu, so sebou prináša následok spočívajúci v povinnosti podriaďiť sa vnútroštátnemu právu štátu pobytu tohto cudzinca. Práve vzrastajúca intenzita rôznorodých právnych vzťahov vznikajúca medzi cudzincami a štátnymi orgánmi štátu ich pobytu zvyšuje potenciálne riziko zásahu do osobných či majetkových práv a záujmov týchto osôb spolu so zvýšeným nebezpečenstvom vzniku neočakávaných situácií ohrozujúcich život, zdravie a slobodu takéhoto jednotlivca.

Pre tento prípad má medzinárodné právo vyvinuté viaceré mechanizmy ochrany práv a záujmov takto postihnutých osôb. Odhliadnuc od medzinárodných mechanizmov ochrany ľudských práv je štát oprávnený pôsobiť v prospech svojho štátneho občana, či dokonca namiesto neho pri ochrane jeho práv prostredníctvom výkonu diplomatickej ochrany alebo poskytnutia konzulárnej pomoci.

Aj napriek relatívne bezproblémovému uplatňovaniu oboch inštitútov v praxi existuje vo vede medzinárodného práva názorová nejednotnosť ohľadom rozsahu a vzájomného rozhraničenia konzulárnej pomoci a diplomatickej ochrany. Kameňom úrazu zostávajú predovšetkým otázky disponibilných prostriedkov pre poskytovanie ochrany a pomoci v oboch prípadoch, predovšetkým však otázka možnosti využitia "diplomatických a konzulárnych" úkonov pri výkone diplomatickej ochrany.

Tento článok si preto kladie za cieľ prispieť do diskusie o rozhraničení predmetných inštitútov, a to najmä poukázaním na vzťah diplomatickej ochrany a konzulárnej pomoci vo svetle judikatúry Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti a Medzinárodného súdneho dvora za súčasného zohľadnenia kodifikačnej práce Komisie pre medzinárodné právo zachytenej v Návrhu článkov o diplomatickej ochrane z roku 2006.

KONZULÁRNA POMOC

Právnym základom poskytovania konzulárnej pomoci z pohľadu všeobecného medzinárodného práva je Viedenský dohovor o konzulárnych stykoch z roku 1963. V zmysle tohto dohovoru patrí medzi konzulárne funkcie okrem iného:

- a) ochrana záujmov vysielajúceho štátu a jeho štátnych príslušníkov (fyzických a právnických osôb) v prijímajúcom štáte v rozsahu dovolenom medzinárodným právom,¹
- b) poskytovanie pomoci a podpory štátnym príslušníkom (fyzickým a právnickým osobám) vysielajúceho štátu,²
- c) zastupovanie štátnych príslušníkov vysielajúceho štátu alebo zabezpečovanie ich vhodného zastúpenia pred súdmi a inými orgánmi prijímajúceho štátu pri zachovaní praxe a procesných predpisov platných v prijímajúcom štáte s cieľom dosiahnuť dočasné opatrenia na ochranu práv a záujmov týchto štátnych príslušníkov v súlade so zákonmi a predpismi

¹ Čl. 5 písm. a) Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch.

² Čl. 5 písm. e) Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch.

prijímajúceho štátu v prípadoch, v ktorých vzhľadom na neprítomnosť alebo z iných dôvodov títo príslušníci nie sú schopní včas sa ujať obhajovania svojich práv a záujmov.³

Z uvedeného môžeme vyvodit', že pod pojmom konzulárna pomoc sa rozumie pomoc poskytovaná štátnym príslušníkom (prípadne aj osobám iným ako štátnym príslušníkom), ktorí sa v cudzine ocitnú v ťažkostiach rôzneho charakteru (napr. zatknutie, úraz, choroba). Túto pomoc poskytujú kariérni alebo honorárni konzuli, ktorí sú síce úradníkmi vysielajúceho štátu, no zároveň nevystupujú v pozícii jeho politických reprezentantov.⁴

Práve absencia výkonu zásadných politických funkcií⁵ je úzko spojená s princípom neintervencie spočívajúcom v imperatíve adresovanom konzulárnemu úradníkovi determinujúcom jeho povinnosť nevmešovať sa do vnútorných záležitostí prijímajúceho štátu.⁶ Význam tohto princípu sa zakladá na konštrukcii, podľa ktorej samotná ujma na právach postihnutého jednotlivca nedosahuje takú závažnosť a intenzitu, aby mal štát záujem o prevzatie nároku jednotlivca a následnom uplatnení si ho vo svojom mene. Konzulárna pomoc je tým pádom vykonávaná zo strany konzulárneho orgánu v prospech postihnutého občana a individuálne v jeho mene a v jeho záujme.⁷ Praktickým dôsledkom neintervencie do vnútorných záležitostí štátu a využitia menej formálnych prostriedkov obhajoby práv a záujmov postihnutej osoby okrem iného je, že konzulárna pomoc je pre prijímajúci štát politicky prijateľnejšia ako výkon diplomatickej ochrany.

Ďalším špecifikom konzulárnej pomoci je jej preventívny charakter, ktorý smeruje len k výkonu dočasných opatrení na ochranu práv a záujmov jednotlivca za striktného dodržania princípu neintervencie, a to ešte predtým, než je možné konštatovať porušenie medzinárodného práva, resp. pred vyčerpaním vnútroštátnych opravných prostriedkov.⁸ Akonáhle však dôjde k založeniu zodpovednosti štátu pobytu cudzinca z dôvodu medzinárodne protiprávneho správania a jednotlivec vyčerpá vnútroštátne prostriedky nápravy, nebude sa už viac jednať o konzulárnu pomoc, ale štát pravdepodobne siahne k citelnejšiemu zásahu do sféry záujmov zodpovedného štátu vo forme diplomatickej ochrany.

³ Čl. 5 písm. i) Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch.

⁴ DUGARD, J. R. Seventh Report on Diplomatic Protection (A/CN.4/567), 2006, s. 10.

⁵ MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P. Medzinárodné verejné právo, 2003, s. 188.

⁶ Čl. 55 Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch.

⁷ KLUČKA, J. Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť), 2008, s. 256.

⁸ KÜNZLI, A. Exercising Diplomatic Protection ..., 2006, s. 336 - 337.

DIPLOMATICKÁ OCHRANA

Diplomatická ochrana predstavuje intervenciu na medzištátnej úrovni vykonávanú diplomatickým zástupcom (spravidla vedúcim diplomatickej misie) alebo inými vysokými politickými reprezentantmi štátu (ministrom zahraničných vecí, predsedom vlády alebo hlavou štátu) adresovanú druhému štátu za predpokladu, že jednotlivец utrpel ujmu na svojich právach vplyvom medzinárodne protiprávneho správania zo strany štátu jeho pobytu a disponibilné vnútroštátne prostriedky nápravy boli vyčerpané.⁹

S komplexnou definíciou diplomatickej ochrany prišla Komisia pre medzinárodné právo vo svojom Návrhu článkov o diplomatickej ochrane¹⁰ z roku 2006. Článok 1 tohto dokumentu stanovuje, že: "[...] diplomatická ochrana pozostáva z uplatnenia zodpovednosti jedného štátu voči inému štátu prostredníctvom využitia diplomatických úkonov¹¹ alebo iných prostriedkov mierového urovnávania [sporov]¹² za ujmu spôsobenú medzinárodne protiprávnym správaním druhého štátu voči fyzickej alebo právnickej osobe, ktorá je štátnym príslušníkom tohto štátu s cieľom uplatnenia takejto zodpovednosti"¹³.

Vyššie uvedené definície v sebe implikujú tri základné konštitutívne predpoklady pre výkon diplomatickej ochrany, ktoré musia byť splnené kumulatívne, a to:

⁹ DUGARD, J. R. Seventh Report on Diplomatic Protection (A/CN.4/567), 2006, s. 10.

¹⁰ Podľa názoru Medzinárodného súdneho dvora definícia diplomatickej ochrany obsiahnutá v článku 1 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane je odrazom platného obyčajového práva. Bližšie pozri: Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo) - Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, bod 39.

¹¹ Komentár k Návrhu článkov o diplomatickej ochrane vymedzuje diplomatické úkony ako "všetky legálne postupy vykonané štátom za účelom informovania druhého štátu o svojich názoroch a obavách, zahŕňajúc protest, žiadosť o vyšetrenie alebo vyjednávanie zamerané na urovanie sporu". Bližšie pozri: Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, s. 27.

¹² Pod inými prostriedkami mierového urovnávania sporov rozumie Komisia pre medzinárodné právo všetky formy urovnávania sporov, a to od vyjednávania, cez sprostredkovanie a zmierovacie konanie až po arbitrážne alebo súdne urovanie sporu. Bližšie pozri: Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, s. 27.

¹³ Bližšie pozri: Draft Articles on Diplomatic Protection: "[...] diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility."

1. porušenie medzinárodného práva, za ktoré môže byť povinný štát volaný k zodpovednosti,
2. vyčerpanie vnútroštátnych opravných prostriedkov,
3. štátoobčiansky alebo obdobný vzťah jednotlivca k štátu, ktorý v jeho prospech vykonáva diplomatickú ochranu.¹⁴

Ak štát využije svoje voľnostné právo a podujme sa na výkon diplomatickej ochrany, okamihom prevzatia nároku poškodeného štátneho príslušníka dôjde k pretransformovaniu pôvodného rýdzo vnútroštátneho sporu medzi jednotlivcom a štátom-porušiteľom na medzinárodný spor medzi dvoma suverénnymi rovnoprávnymi subjektmi medzinárodného práva, v ktorom oprávnený štát uplatňuje svoj vlastný nárok disponibilnými prostriedkami mierového riešenia sporov.¹⁵ Práve z dôvodu účasti dvoch rovnoprávných suverénnych entít na spore nemožno aplikovať princíp neintervencie typický pre konzulárnu pomoc.

Keďže diplomatická ochrana je poskytovaná až po porušení medzinárodného práva a po vyčerpaní vnútroštátnych opravných prostriedkov, sleduje primárne nápravu narušeného stavu, a to formou reštitúcie, kompenzácie alebo satisfakcie. Štát tým zároveň vykonáva svoje vlastné právo, vo vlastnom mene, bez ohľadu na záujem jednotlivca, ktorý pôvodne protiprávnym správaním štátu svojho pobytu utrpel ujmu.

ROZSAH POJMU DIPLOMATICKÁ OCHRANA

Na pozadí vymedzenia konzulárnej pomoci a diplomatickej ochrany vzniká otázka, či je možné využiť určité úkony, predpokladané Viedenským dohovorom o konzulárnych stykoch a typické pre poskytovanie konzulárnej pomoci, aj pri výkone diplomatickej ochrany. Vo vede medzinárodného práva je v tomto zmysle možné rozlíšiť dva názorové prúdy.

Predstavitelia prvej skupiny nekriticky rozširujú prostriedky pre výkon diplomatickej ochrany aj o úkony typické pre poskytovanie konzulárnej pomoci. Diplomatická ochrana tak zahŕňa "konzulárne úkony, vyjednávanie, sprostredkovanie, súdne a arbitrážne konanie, represálie, retorziu, prerušenie diplomatických stykov a ekonomický nátlak"¹⁶, pričom hranica s konzulárnou pomocou je nejasná a ťažko identifikovateľná, bližšie určiteľná

¹⁴ KÜNZLI, A. Exercising Diplomatic Protection ..., 2006, s. 323.

¹⁵ POTOČNÝ, M., ONDŘEJ, J. Mezinárodní právo veřejné - Zvláštní část, 2006, s. 61.

¹⁶ SHAW, M. N. International Law, 2008, s. 809.

iba pomocou zistenia porušenia medzinárodného práva zo strany štátu pobytu jednotlivca a "nepriateľským" zameraním jeho domovského štátu na tento štát.¹⁷

Druhý prístup žiada striktné rozlíšenie diplomatickej ochrany *lato sensu* (zahŕňajúcej v sebe rôznorodé diplomatické úkony) a diplomatickej ochrany *stricto sensu* (obmedzujúcej sa iba na medzinárodné súdne a arbitrážne konanie). Predstavitelia tejto ideovej línie poukazujú najmä na flexibilitu pravidiel vzťahujúcich sa na ochranu *lato sensu*, pričom práve toto poňatie považujú za dôkaz "agonizačného úsilia niektorých vedcov medzinárodného práva vzdorovať obvineniam, že diplomatická ochrana sa stáva obsolútnou"¹⁸. Takýto postoj zjavne favorizuje diplomatickú ochranu *stricto sensu* na úkor širšieho poňatia, ktoré je následne časťou doktríny vytláčané na pokraj záujmu a označované ako tzv. "diplomatic representation"¹⁹.

V ďalšej časti príspevku sa analýzou relevantných judikátov Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti a Medzinárodného súdneho dvora pokúsime naznačiť, ktorý z prezentovaných prúdov vernejšie reflektuje medzištátnu prax.

JUDIKATÚRA STÁLEHO DVORA MEDZINÁRODNEJ SPRAVODLIVOSTI

Stály dvor medzinárodnej spravodlivosti počas svojej existencie riešil viaceré spory dotýkajúce sa výkonu diplomatickej ochrany, aplikujúc výhradne obyčajové pravidlá medzinárodného práva. Vo svojej rozhodovacej činnosti sa tento medzinárodný orgán dotkol i otázky možných prostriedkov, ktoré sú k dispozícii pre výkon diplomatickej ochrany.

V prípade *Mavrommatis Palestinian Concessions* Súd skonštatoval, že štát pri výkone diplomatickej ochrany buď uskutoční určité diplomatické úkony

¹⁷ AMERASINGHE. *Diplomatic Protection*, 2008, s. 45-46.

¹⁸ PERGANTIS, V. *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?*, 2006, s. 361.

¹⁹ "Diplomatic representation" (v našej jazykovej mutácii neexistuje zodpovedný ekvivalent pomenovania tohto javu) predstavuje pomoc, intervenciu alebo protest uplatňovaný diplomatickými a konzulárnymi orgánmi v cudzine v prospech vlastných štátnych príslušníkov, ak sa im od cudzích štátnych orgánov nedostáva očakávané zaobchádzanie v súlade s vnútroštátnym právom štátu ich pobytu alebo s medzinárodnými zvyklosťami (de facto sa jedná o kategóriu diplomatických a konzulárných úkonov). Bližšie pozri: ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné*, 2008, s. 345.

alebo iniciuje medzinárodné súdne konanie.²⁰ Hoci pojem "diplomatický úkon" nebol v rozhodnutí bližšie špecifikovaný, na pozadí právneho názoru Súdu je možné demonštrovať prípustnosť aj iných prostriedkov jej výkonu, než predstavuje iba samotné medzinárodné súdne konanie. Tento názor bol potvrdený o 13 rokov neskôr formulačne zhodným konštatovaním v rozsudku v prípade Panevezys-Saldutiskis Railway²¹, a to bez výslovného odkazu na predchádzajúce rozhodnutie.

Na otázku, kedy dochádza k vzniku medzinárodného sporu medzi štátmi, dospel Súd v rozsudku vo veci Serbian Loans k záveru, že k jeho vzniku nedochádza až v okamihu začatia súdneho konania, ale už vo fáze pokusu o diplomatické riešenie veci.²² Túto skutočnosť môžeme interpretovať aj ako dôkaz o tom, že diplomatická ochrana v sebe v dôsledku existencie medzinárodného sporu pred začatím súdneho konania zahŕňa aj rôznorodé diplomatické aktivity medzi štátmi.

Medzinárodný súdny dvor obsahovo nadviazal na citovanú právnu vetu Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti z rozhodnutia vo veci Serbian Loans vo svojom rozsudku v prípade ELSI. Bola tak opätovne potvrdená skutočnosť, že spor medzi štátmi existuje ešte pred iniciovaním súdneho konania, teda v čase diplomatického jednanja, a tak už v tejto fáze môžeme hovoriť o výkone diplomatickej ochrany.²³

Záverom možno uviesť, že Stály dvor medzinárodnej spravodlivosti judikoval pravidlo o možnosti využitia diplomatických úkonov ako regulérnych prostriedkov výkonu diplomatickej ochrany. Aj napriek absencii konkretizácie týchto úkonov môžeme usudzovať o bezproblémovej praxi uplatňovania predmetných postupov v prvej polovici 20. storočia.

²⁰ Bližšie pozri: *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, PCIJ, Series A - No. 2, 1924, s. 12: "[...] by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings [...]"

²¹ Bližšie pozri: *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, PCIJ, Series A/B - No. 76, 1937, s. 16.

²² Bližšie pozri: *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France and Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France*, PCIJ, Series A - Nos. 20/21, 1929, s. 15: "This is "the dispute" which, being unable to settle it by diplomacy, the two Governments have [...] decided to "submit it to the Court [...]"

²³ Bližšie pozri: *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, ICJ Reports, 1989, bod 51: "The case arises from a dispute which the Parties did not "satisfactorily adjust by diplomacy"; and that dispute was described in the 1974 United States claim made at the diplomatic level as a "claim of the Government of the United States of America on behalf of Raytheon Company and Machlett Laboratories, Incorporated"."

JUDIKATÚRA MEDZINÁRODNÉHO SÚDNEHO DVORA

Medzinárodný súdny dvor vo svojej činnosti nadviazal na judikatúru svojho predchodcu a v jednotlivých prípadoch bližšie identifikoval a obsahovo obohacoval obyčajové pravidlá vzťahujúce sa na diplomatickú ochranu.

Už krátko po svojom vzniku vydal Súdny dvor posudok v prípade *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Hoci sa tento posudok primárne zaoberal funkčnou ochranou²⁴, z dôvodu jej analógie k diplomatickej ochrane je analýza jeho ustanovení relevantná. Za prípustné prostriedky prezentácie nároku boli uznané všetky spôsoby riešenia medzinárodných sporov dovolené medzinárodným obyčajovým právom. Medzinárodný súdny dvor teda ako možné prostriedky poskytnutia ochrany príkladom uvádza protest, žiadosť o vyšetrenie, diplomatické vyjednávanie či žiadosť o predloženie sporu arbitrážnemu tribunálu alebo Súdu.²⁵ Význam tohto posudku spočíva predovšetkým v tom, že predstavuje prvú enumeráciu konkrétnych prostriedkov ochrany (zahŕňajúc aj prostriedky typické pre poskytovanie konzulárnej pomoci) poskytovanej zo strany jedného subjektu medzinárodného práva voči inému subjektu medzinárodného práva v akte univerzálneho súdneho orgánu.

V chronologickom slede ďalším rozhodnutím bol rozsudok vo veci *Nottebohm*. V tomto prípade Súdny dvor siahol po formulácii, v ktorej odlíšil diplomatickú ochranu od medzinárodného súdneho konania.²⁶ Doslovný výklad tejto formulácie nabáda k záveru, že diplomatická ochrana je do dôsledkov oddelená od súdneho konania. Toto ustanovenie je však možné vyložiť aj tak, že práve načrtnuté rozlíšenie zdôrazňuje osobitý charakter diplomatickej ochrany, pre ktorú je typické primárne využívanie diplomatických úkonov. V prospech tejto alternatívy výkladu svedčí i odkaz Medzinárodného súdneho dvora na rozhodnutia v citovaných prípadoch *Mavrommatis Palestinian Concessions* a *Panevezys-Saldutiskis Railways*.

²⁴ Funkčná ochrana predstavuje ochranu poskytovanú medzinárodnou organizáciou v prospech svojho funkcionára, ktorý utrpel ujmu pod vplyvom medzinárodne prostiprávneho správania štátu.

²⁵ Bližšie pozri: *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports, 1949, s. 177: "Competence to bring an international claim is [...] the capacity to resort to the customary methods recognized by international law for the establishment, the presentation and the settlement of claims. Among these methods may be mentioned protest, request for an enquiry, negotiation, and request for submission to an arbitral tribunal or to the Court [...]"

²⁶ Bližšie pozri: *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) - Second Phase*, ICJ Reports, 1955, s. 24: "Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State."

Rôznorodosť prostriedkov, ktoré má štát k dispozícii pri poskytovaní ochrany, demonštroval Súdny dvor aj v rozsudku v prípade Barcelona Traction. V zmysle tohto rozhodnutia môže štát vykonať diplomatickú ochranu akýmikoľvek prostriedkami a v akomkoľvek rozsahu uzná za vhodné za predpokladu, že dodrží obmedzenia stanovené medzinárodným právom.²⁷ To nabáda k záveru umožňujúcemu využiť aj prostriedky typické pre konzulárnu pomoc pri výkone diplomatickej ochrany.

MODELOVÝ PRÍPAD: LaGrand

Prípado bratov LaGrandovcov²⁸ sme zvolili ako modelovú ukážku, na ktorej je možné ilustrovať vzájomné rozhraničenie konzulárnej pomoci a diplomatickej ochrany. Z dôvodu zamerania pozornosti na skúmanie predmetného vzťahu opomenieme ďalšie konanie pred Medzinárodným súdnym dvorom a argumentáciu strán, nakoľko tieto skutočnosti presahujú rámec skúmanej problematiky a svoju pozornosť obmedzíme na skutkový stav.

Karl a Walter LaGrandovci boli bratia, nemeckí štátni občania žijúci v USA, ktorí po spáchaní série trestných činov boli v roku 1982 zadržaní americkými orgánmi. V roku 1984 odsúdil arizonský prvostupňový súd oboch bratov na trest smrti. Americké úrady však nesplnili svoju povinnosť, ktorú im ukladá článok 36 Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch, spočívajúcu v povinnosti bez meškania poučiť zadržané osoby o ich práve na prístup ku konzulárnemu úradníkovi, teda de facto o ich práve žiadať o poskytnutie konzulárnej pomoci. Nemecko tak bolo vylúčené z možnosti ochrany záujmov svojich štátnych občanov podľa článkov 5 a 36 Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch s možným vplyvom na výsledok trestného konania.

O práve na konzulárnu pomoc sa LaGrandovci svojpomocne dozvedeli až v roku 1992 a obratom skontaktovali nemeckého konzula. Ten vykonal potrebné úkony, čím sa začalo s poskytovaním konzulárnej pomoci. Na ich opakované námietky o porušení práv vyplývajúcich z Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch zo strany štátnych orgánov USA však súd v prebiehajúcom trestnom konaní neprihliadal, nakoľko aplikoval vnútroštátne pravidlá vylučujúce možnosť procesného zlyhania (tzv.

²⁷ Bližšie pozri: Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) - Second Phase, ICJ Reports, 1970, bod 78: "[...] within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit [...]".

²⁸ Bližšie pozri: LaGrand Case (Germany v. United States of America), ICJ Reports, 2001.

doctrine of procedural default). K formálnemu poučeniu o ich práve na konzulárnu pomoc tak došlo až 21. decembra 1998.

Dňa 16. januára 1998 však boli vyčerpané všetky vnútroštátne opravné prostriedky v konaní, čím sa naplnili aj predpoklady pre výkon diplomatickej ochrany. Z tohto dôvodu je možné interpretovať všetky nasledujúce kroky zo strany Nemecka ako výkon diplomatickej ochrany. Nemecko v tomto prípade vyvinulo vskutku živú diplomatickú aktivitu, zahŕňajúcu žiadosť nemeckého prezidenta a kancelára adresovanú americkému prezidentovi, intervencie nemeckého ministra zahraničných vecí a ministra spravodlivosti u amerických rezrotných partnerov i u guvernéra štátu Arizona, demarše veľvyslanca SRN v USA či žiadosť o zmiernenie trestu prezentované veľvyslancom a generálnym konzulom určené arizonskému Mercy Committee deň pred popravou Karla LaGranda.

Aj napriek faktu, že Nemecko vykonalo množstvo aktivít na diplomatickej a konzulárnej úrovni, Karl LaGrand bol dňa 24. februára 1999 popravený. Nemecko však vo výkone diplomatickej ochrany pokračovalo a 2. marca 1999 podalo návrh na začatie konania pred Medzinárodným súdnym dvorom spolu s návrhom na vydanie predbežného opatrenia o nevykonaní trestu smrti. Hoci Súdny dvor týmto návrhom vyhovel, Walter LaGrand bol dňa 3. marca 1999 popravený.

Na uvedenom prípade je možné ilustrovat' prechod od konzulárnej pomoci k diplomatickej ochrane, ktorý reflektoval predovšetkým vzrastajúci záujem Nemecka na ochrane svojich práv vyplývajúcich z Viedenského dohovoru o konzulárnych stykoch a v neposlednom rade aj na ochrane svojich štátnych občanov.

Tento prípad takisto umožnil identifikovať niektoré konzulárne úkony prítomné pri výkone diplomatickej ochrany (napr. neformálne osobné kontakty reprezentantov štátu, rôzne formy protestov).

ZÁVER

Na základe uvedených skutočností považujeme za praxou doložené a súdnymi orgánmi opakovane potvrdené, že výkon diplomatickej ochrany sa neobmedzuje iba na medzinárodné súdne konanie, ale naopak, štát má k dispozícii širokú paletu prostriedkov mierového riešenia medzinárodných sporov, ktoré môže podľa vlastného uváženia použiť i pri výkone diplomatickej ochrany. Domnievame sa, že integrálnou súčasťou disponibilných diplomatických prostriedkov sú aj tzv. konzulárne úkony.

Ak teda pripustíme možnosť využitia konzulárnych úkonov pri výkone diplomatickej ochrany, vyvstane nám prirodzene otázka, akým spôsobom sa bude dať odlíšiť konzulárna pomoc od diplomatickej ochrany. Pri jej

posudzovaní dospějeme k záveru, že ich vzájomná hranica je veľmi nejasná a prihládanie iba na použité prostriedky riešenia nemusí spoľahlivo identifikovať úroveň poskytovanej ochrany. Preto sa ako vhodnejšie javí sledovať, či v konkrétnom prípade došlo k porušeniu medzinárodného práva a či boli vyčerpané vnútroštátne prostriedky nápravy. Ak odpoveď bude kladná, bude sa jednať o výkon diplomatickej ochrany, a to aj v prípade, ak štát za prostriedky ochrany zvolí úkony typické pre poskytovanie konzulárnej pomoci.

Literature:

- AMERASINGHE, C. F. Diplomatic Protection. New York: Oxford University Press, 2008. 350 s. ISBN 978-0-19-921238-5.
- ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P. Mezinárodní právo veřejné. Praha: C. H. Beck, 2008. 881 s. ISBN 978-80-7179-728-9.
- Draft Articles on Diplomatic Protection [online]. Geneva: United Nations, 2006 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>.
- Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries [online]. Geneva: United Nations, 2006 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>.
- DUGARD, J. R. First Report on Diplomatic Protection (A/CN.4/506) [online]. Geneva: International Law Commission, 2000. 61 s. [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/330/76/PDF/N0033076.pdf?OpenElement>>.
- DUGARD, J. R. Seventh Report on Diplomatic Protection (A/CN.4/567) [online]. Geneva: International Law Commission, 2006. 46 s. [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_567.pdf>.

- KLUČKA, J. *Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť)*. Bratislava: IURA EDITION, 2008. 683 s. ISBN 978-80-8078-219-1.
- KÜNZLI, A. *Exercising Diplomatic Protection : The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance [online]*. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, zv. 66, 2006, s. 321-350 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: < http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf>.
- LEE, L. T. *Consular Law and Practice*. New York: Oxford University Press, 1991. 776 s. ISBN 0-19-825601-9.
- MRÁZ, S., POREDOŠ, F., VRŠANSKÝ, P. *Medzinárodné verejné právo*. Bratislava: VO PF UK, 2003. 380 s. ISBN 80-7160-175-6.
- PERGANTIS, V. *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection? [online]*. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, zv. 66, 2006, s. 351-397 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: < http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_351_398.pdf>.
- POTOČNÝ, M., ONDŘEJ, J. *Mezinárodní právo veřejné - Zvláštní část*. Praha: C. H. Beck, 2006. 533 s. ISBN 80-7179-536-4.
- SHAW, M. N. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2008. 1542 s. ISBN 978-0-521-72814-0.
- TAMS, C. J. *Consular Assistance : Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgement in the LaGrand Case [online]*. In: *European Journal of International Law*, zv. 13, 2002, s. 1257-1259 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete: < <http://ejil.org/pdfs/13/5/1585.pdf>>.
- VERMEER-KÜNZLI, A. *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection : Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument [online]*. Leiden: Leiden University, 2007, 262 s. ISBN 978-90-9022-487-9 [cit. 7. novembra 2010]. Dostupné na internete:

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/12538/2/proefschrift+vermeer+binnenwerk.pdf>>.

- Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 32/1969 Zb. o Viedenskom dohovore o konzulárnych stykoch.

Contact - email

ppavlovic@centrum.sk

**PRÁVNÍ JISTOTA JEDNOTLIVCE POD VLIVEM
VYBRANÝCH PRVKŮ EVROPSKÉHO PRÁVA –
OBECNÉ PRÁVNÍ ZÁSADY, (NE)PŘÍMÝ ÚČINEK,
ODPOVĚDNOST ČLENSKÉHO STÁTU ZA ŠKODU
ZPŮSOBENOU JEDNOTLIVCI PORUŠENÍM UNIJNÍHO
PRÁVA**

ROMAN ŘÍČKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita (Katedra mezinárodního a evropského práva), Česká republika

Abstract in original language

Otázka právní jistoty je tématem, které bylo nadneseno již při vzniku prvních vyspělých právních systémů, zohledňujících a chránících práva jednotlivců. V souvislosti s vývojem Evropského práva tak bylo nevyhnutelně nutné, aby nově vznikající systém čelil i této výzvě. Účelem tohoto článku je tak přiblížit otázku právní jistoty jednotlivce v kontextu práva Evropské unie a demonstrovat, skrze judikaturu ESD, způsob jakým Soudní dvůr přispěl k jejímu posílení prostřednictvím čtyř vybraných mechanismů tohoto právního systému – aplikace obecných právních zásad, přímý účinek, nepřímý účinek a odpovědnost členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením unijního práva.

Key words in original language

Obecné právní zásady; zásada právní jistoty; zásada ochrany legitimního očekávání; Evropský soudní dvůr; přímý účinek; nepřímý účinek; odpovědnost členského státu; judikatura.

Abstract

Question of legal certainty is a topic which has been brought up simultaneously with the creation of first mature law systems that consider and protect the rights of individuals. In context of evolution of the European law it was therefore inevitable to also face up to this challenge. It is the intention of this article to focus on the question of individual's legal certainty in context of European law and to demonstrate, through case-law of ECJ, a way by which European court of Justice contributed to its consolidation via four selected mechanisms of this legal system – application of general principles of law, direct effect, indirect effect and liability of the Member State for loss and damage caused to an individual by breach of EU law.

Key words

General principles of law; principle of legal certainty; principle of protection of legitimate expectations; European court of justice; direct effect; indirect effect; liability of the member state; case-law.

1. POJEM „PRÁVNÍ JISTOTA“ A MEZINÁRODNÍ OCHRANA JEDNOTLIVCE

Nepochybně již od vzniku prvotních právních řádů regulujících život společnosti, se objevovaly diskuze, stran jejich kvalitativní úrovně. Kritérií, jimiž lze propracovanost, toho kterého právního systému, měřit je přitom nepochybně celá řada. Systémová provázanost jednotlivých předpisů, četnost výskytu/vzniku, z hlediska ústavnosti, sporných norem, existence mezer v právním systému a mnohá další témata, bývají častým námětem nejen akademických diskuzí. Jedním z možných kritérií hodnocení je i míra právním řádem/institutem poskytované právní jistoty, neboť ta představuje jeden ze základních kamenů, na nichž stojí pojem „právní stát“, k němuž se hlásí každá právně vyspělá země (význam, který je tomuto parametru státu přikládán, je koneckonců dokladován již samotným systémovým zařazením jeho deklarování v jednotlivých právních řádech – namátkou čl. 1, odst. 1 Ústavy ČR¹, čl. 1 odst. 1 Španělské ústavy², hlava I. čl. 2 Ústavy Polské republiky³ atd.). O významu právní jistoty, jakožto charakteristického rysu určitého právního systému tedy nelze pochybovat. Pokud bychom přitom chtěli vydefinovat samotný pojem „právní jistota“, jistě bychom dospěli k více, než pouze jedné formulaci. Na tento termín lze mj. nahlížet jako na určitý soubor konkrétních „podzásad“ – např. zásada ochrany legitimního očekávání, ochrany nabytých práv, zákazu retroaktivity. Alternativně lze tuto zásadu obecně pojmut jako požadavek jednoznačnosti práva a zároveň jako víru jednotlivce v to, že se může domoci svých práv v případě jejich narušení (vymahatelnost práva). Ať již zvolíme jakoukoliv definici, je nepochybné, že primárním cílem této zásady je posilovat postavení a ochranu jednotlivce. Předmětné poslání je přitom naplňováno především skrze právní instituty, které slouží k vymáhání práv jednotlivců, popřípadě ke zlepšení jejich orientace v právním systému tak, aby tito byli schopni lépe svá práva využívat, dokázali snáze předvídat vývoj právní situace a konsekventně i účinněji bránit svá práva⁴. Dodejme přitom, že v kontextu

¹ ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v aktuálním znění: „*Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana*“.

² *Spanish constitution* [online]. Senado de España, 2008 [cit. 2010-10-19]. Dostupné z: <http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>. (čl.1, odst.1): „*Španělsko se ustanovuje jako sociální a demokratický stát, podřízený vládě práva, který hájí svobodu, spravedlnost, rovnost a politický pluralismus, jakožto nejvyšší hodnoty svého právního pořádku*“.

³ *The Constitution of the Republic of Poland* [online]. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, 2007 [cit. 2010-10-19]- Dostupné z: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. (hlava I., čl. 2): „*Polská republika je demokratický stát, řízený právem a implementující principy sociální spravedlnosti*“.

⁴ na tomto místě je třeba poznamenat, že pojem „právní jistota“ je přirozeně možné vztahovat i k jiným subjektům, než pouze k jednotlivcům (např. právní jistota státu – viz

toho, že ochrana jednotlivce, a to již relativně dlouhou dobu, není nadále pouze otázkou vnitrostátní, ale i mezinárodní, je zřejmé, že rovněž pojem právní jistoty jednotlivce nemůžeme více považovat pouze za termín národního práva.

V souvislosti s předmětným tématem však připustíme, že při vyslovení sousloví „mezinárodní ochrana práv jednotlivce“ napadne prvotně převažující procento lidí, a v případě laiků půjde o číslo blízké se limitně sto procentům, soubor různých mezinárodních dokumentů chránících lidská práva, především pak Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod a v souvislosti s ní Evropský soud pro lidská práva⁵. Vzhledem ke značné medializaci Lisabonské smlouvy, a s ní propojeného tématu Listiny základních práv EU, lze předpokládat, že i Evropská unie bude brzy v myslích neodborné veřejnosti spojována s ochranou práv jednotlivce tak, jak je s ní nyní spojován Štrasburk. Širokou veřejností však zůstává opomíjena skutečnost, že vedle těchto zcela zřejmých prostředků ochrany jednotlivce existují i další instituty, které jsou vlastní systému Evropského práva⁶, a jež možná „skrytě“, přesto však významně přispívají k ochraně práv jednotlivce a tím i posilují jeho právní jistotu. V současnosti tak dle názoru autora článku platí, že zatímco ESLP je obecně vnímán jako de facto synonymum ochrany práv jednotlivce, bývá dosavadní přínos Evropského soudního dvora⁷, na tomto poli, mnohdy přehlížen. Důvodem tomu bude nejspíše to, že mechanismy práva EU, o nichž bude dále hovořeno, slouží mnohdy současně k posílení jednotné aplikace práva EU v členských státech (což však už samo o sobě zcela nepochybně přispívá k posílení právní jistoty jednotlivce (viz VII. část článku), jakožto jednoho ze subjektů tohoto právního systému⁸) a tak role ochrany jednotlivce a jeho právní jistoty nemusí být na první pohled natolik čitelná, jako tomu je v případě odkazovaných listin chránících výslovně konkrétní práva jednotlivců. Cílem tohoto příspěvku je proto v následujících řádcích nejen přiblížit samotný pojem „právní jistoty jednotlivce“ v kontextu EP, ale rovněž v této souvislosti analyzovat i přínos vybraných prvků práva EU. Výstupem tohoto článku by pak měly být odpovědi na následující dvě otázky (1) věnuje ESD, při své rozhodovací činnosti, právní jistotě (zásadě právní jistoty) jednotlivce dostatečnou a skutečnou pozornost ? a (2)

IX. část tohoto příspěvku), avšak vzhledem k zaměření článku, je termín „právní jistota“ nadále uplatňován právě v souvislosti s jednotlivci.

⁵ dále jen ESLP.

⁶ dále též EP, či právo EU.

⁷ dále též ESD, Soud, či Soudní dvůr.

⁸ viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. (odst. 3): „Společenství vytváří nový právní řád [...] jehož subjekty nejsou jen členské státy, ale i jejich příslušníci“.

představují rozebírané instituty pro jednotlivce skutečný přínos, nebo jde spíše o snahu EU pouze v nich vzbudit dojem, že na jejich ochranu není právem EU zapomínáno?

2. OBECNÉ PRÁVNÍ ZÁSADY A ZÁSADA PRÁVNÍ JISTOTY V RÁMCI EVROPSKÉHO PRÁVA

Stejně jako v jednotlivých právních řádech členských států, tak i u práva EU nacházíme kategorii **obecných právních zásad**, které „*jsou velice důležitým vodítkem pro interpretaci a aplikaci psaného komunitárního práva* (dnes již práva EU)⁹ *národními soudy a ESD, který je dále využívá jako výkladový prostředek při vyplňování mezer v psaném komunitárním* (evropském) *právu*“¹⁰. Podíváme-li se blíže na systematické zařazení zásady právní jistoty v rámci kategorie obecných zásad EP, můžeme konstatovat, že spadá do skupiny obecných zásad, které se týkají postavení jednotlivce a které mají původ ve vnitrostátních právních řádech členských států¹¹. To mj. znamená, že jedním ze zdrojů obecných právních zásad EP jsou právní řády členských států, z nichž jsou tyto excerpovány Soudním dvorem. Zde však připomeňme, že ESD se při této své činnosti neomezuje pouze na ty principy, které jsou důsledně uplatňovány ve *všech* členských státech, ale zdá se býti dostatečné obecné přijetí dané zásady *většinou* členských států¹². V případě zásady právní jistoty však nepochybně platí, že je vlastní právním řádům všem členských států. V souvislosti s dále rozebíranými instituty dodejme, že druhý způsob, kterým ESD dovozuje obecné právní zásady, představuje tzv. induktivní metoda, která vychází z komplexní analýzy zakladatelských/zřizovacích smluv, kterou Soudní dvůr provádí v rámci jednotlivých druhů řízení. Z takto „vzniklých“ zásad jmenujme především

⁹ na tomto místě připomeňme, že spolu s nedávným vstupem v platnost Lisabonské smlouvy (1. 12. 2009), došlo mj. k posunu v užívané terminologii (např. se již nesetkáváme s pojmem „komunitární právo“). Autor tohoto článku tak v citacích předcházejících tomuto okamžiku, uvádí do závorek (popřípadě do poznámek pod čarou) i odpovídající současnou terminologii a to především k zdůraznění toho, že v citátu uváděné pravidlo/myšlenka je platné i pro „po-lisabonskou éru“.

¹⁰ *Evropské právo – prameny práva* [online]. EPS, 2003 [cit. 2010-10-06]. Dostupné z:<
<http://www.eps.cz/epravo/>>.

¹¹ TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006. s. 82.

¹² *The role of the Court of Justice in the development of the General Principles of Community Law* [online]. LAW OFFICE of A. Mifsud Bonnici & J. Vella Cuschieri, 1996 [2010-10-10]. Dostupné z:<
<http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html>>.

dvě systémové a to zásadu přednosti EP¹³ a zásadu přímého účinku práva EU^{14,15}.

Předtím, než se zaměříme čistě na zásadu právní jistoty a její dílčí „podzásady“, je vhodné generelně k obecným právním zásadám zmínit, že rozhodně nejde o žádnou obsoletní kategorii, kterou by ESD ve své rozhodovací činnosti přehlížel a sloužila by pouze k disputacím právních teoretiků. Právě opak je pravdou. K demonstraci uvedeného můžeme, byť rozhodnutí je samozřejmě mnohonásobně více, uvést alespoň některé z relevantních judikátů ESD. Ve věci Komise v Německo Soudní dvůr například potvrzuje výše řečené, tedy význam obecných právních zásad jakožto interpretačního vodítka, když uvádí „*Tam kde se členský stát opírá o ustanovení Smlouvy¹⁶ za účelem ospravedlnění národních pravidel, které jsou sto narušit uplatňování svobody zaručené Smlouvou, takovéto ospravedlnění, umožněné komunitárním právem (dnes právo EU), musí být interpretováno ve světle obecných právních principů...*“¹⁷. Jiný příklad lze spatřit v řízení Transocean Marine, kde Soud přistoupil k odkazu na zásadu spadající do stejné skupiny jako zásada právní jistoty (viz výše), když zmínil právo na řádný proces. Přesněji řečeno Soudní dvůr odkázal na „podzásadu“ této zásady v podobě práva na obranu. Učinil tak konstatováním, že v daném případě musí být uplatněno „*obecné pravidlo, že osobě, jejíž zájmy jsou znatelně ovlivněny rozhodnutím veřejné autority (moci), musí být dána příležitost uvést svůj pohled na věc.*“¹⁸.

V souvislosti s množinou judikatury týkající se přímo zásady právní jistoty, respektive jejich „podzásad“, můžeme odkázat mj. na případ Töpfer v Komise, v němž se žalobce snažil dosáhnout zrušení nařízení Komise

¹³ zde lze uvést např. tato klíčová rozhodnutí ESD – rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 15. 7. 1964, sp. zn. 6/64. *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, či rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 9. 3. 1978, sp. zn. 106/77. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*.

¹⁴ dále též PÚ

¹⁵ právě zásada přímého účinku práva EU spadá do množiny institutů, které budou v dalších řádcích tohoto článku rozebírány z hlediska zásady právní jistoty (konkrétně jednotlivce) – blíže tedy viz III. a IV. část tohoto příspěvku.

¹⁶ rozuměj Smlouva o založení Evropského společenství, dále též SES, či Smlouva o ES.

¹⁷ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 4. 1992, sp. zn. C-62/90. *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. (odst. 2).

¹⁸ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 23. 10. 1974, sp. zn. 17-74. *Transocean Marine Paint Association v Commission of the European Communities*. (odst. 15).

(EHS) č. 1583/77 pozměňující nařízení Komise (EHS) č. 937/77¹⁹ co se týče cukru exportovaného za určitých obchodních podmínek. Důvodem této snahy žalobce bylo to, že změna zavedená dotčeným nařízením ve svém důsledku znamenala novou metodu výpočtu kompenzace, na niž vznikalo v případě realizace exportních licencí vývozci právo. Jelikož v příslušném časovém období (vstup nařízení 1583/77 v účinnost) měl žalobce v držení velké množství exportních licencí, které mu v případě svého uplatnění zakládaly právo na předmětnou kompenzaci, znamenala pro něj daná změna snížení *očekávaných* příjmů. Ponechme stranou důvody, pro které žalobce nebyl v řízení nakonec úspěšný, neboť pro nás je relevantní především to, že ESD při svém rozhodování opět pracoval s obecnými právními zásadami a to konkrétně se zásadou ochrany legitimního očekávání. Nepopiratelný význam a přínos této zásady pro jednotlivce Soud jasně zdůraznil, když uvedl, že „*tvrzení, že došlo k porušení zásady ochrany legitimního očekávání je v souvislosti s řízením zahájeným podle čl. 173 Smlouvy o ES*^{20,21} *přípustné, jelikož předmětná zásada představuje část komunitárního právního pořádku (dnes práva EU) s důsledkem, že jakékoliv selhání stran dosažení souladu s tímto principem představuje "porušení této Smlouvy nebo jakéhokoli právního předpisu týkajícího se jejího provádění" ve smyslu uvedeného článku.*“²². Jako druhý „vzorek“ z odkazované množiny judikatury lze uvést rozhodnutí v případě Regina v Kent Kirk, v němž Soudní dvůr odkazuje na další „podzásadu“ právní jistoty, jejíž popření by mělo pro právní jistotu jednotlivce přímo devastující následky. Jedná se o zákaz retroaktivity, bez jehož zásadního dodržování by prakticky žádná právní jistota jednotlivce nemohla existovat. V odkazovaném judikátu pak ESD tuto zásadu zmiňuje v souvislosti s trestními ustanoveními, u kterých je nezbytnost jejího dodržování akcentována ještě více, než kdekoliv jinde – „*Princip, že trestní ustanovení nesmí mít retroaktivní efekt je principem, který je společný právním řádům všech členských států [...]; patří mezi obecné právní zásady, jejichž dodržování je zajišťováno ESD*“²³. Relevantních rozhodnutí by nepochybně bylo možné najít mnohonásobně více – namátkou uveďme ještě např. rozhodnutí ve věci

¹⁹ Nařízení Komise (EHS) 937/77 ze dne 29. dubna 1977 stanovující podrobná pravidla pro aplikaci nařízení Rady (EHS) č. 878/77 o směnných kurzech uplatňovaných v zemědělství, 31977R0937, Úřední věstník L 110 ze dne 30. dubna 1977.

²⁰ zde se jedná o číslování článků uplatňované v původním znění SES, kterému odpovídá čl. 230 SES ve znění Nicejské smlouvy a v době po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost (1. 12. 2009) pak čl. 263 Smlouvy o fungování EU (dále též SFEU).

²¹ jedná se o článek upravující přezkoumávání legality aktů Soudním dvorem.

²² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 3. 5. 1978, sp. zn. 112/77. *August Töpfer & Co. GmbH v Commission of the European Communities.* (odst. 3).

²³ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. 7. 1984, sp. zn. 63/83. *Regina v Kent Kirk.* (odst. 3).

Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR²⁴ a Belgocodex²⁵, kde ESD konstatoval, že „...*princip ochrany legitimního očekávání a princip právní jistoty představují část komunitárního práva (dnes práva EU) a musí být dodržovány členskými státy, v situaci kdy vykonávají pravomoci jim udělené komunitárními směrnici (dnes směrnici EP)...*“ – avšak uvedený výčet je již dostačující pro to, abychom mohli učinit závěr, že zásada právní jistoty má v systému EP svou nezastupitelnou roli a Soudní dvůr ji neváhá využívat při své rozhodovací činnosti, čímž neponechává prostor pro pochyby o její významnosti.

Zajímavostí, kterou je na tomto místě vhodné zmínit, a jež vyzdvihuje význam a dosah obecných právních zásad EP, je i nálezný Ústavního soudu České republiky z doby ještě před vstupem ČR do Evropské unie. V tomto rozhodnutí Ústavní soud konstatoval, že „*Jedním z pramenů primárního komunitárního (unijního) práva jsou totiž i obecné zásady právní, jež excerpuje Evropský soudní dvůr z ústavních tradic členských států Evropské unie. [...] Rovněž Ústavní soud České republiky opakovaně aplikoval obecné zásady právní, jež nejsou v právních předpisech výslovně obsaženy, avšak v evropské právní kultuře se bezesbytku uplatňují*“²⁶.

Jak vidno, obecné právní zásady jako takové, a tedy i zásada právní jistoty, mají v rámci práva EU opravdu silnou pozici, nicméně by bylo krátkozraké uvést v rámci tohoto článku pouze případy, kdy ESD na zásadu právní jistoty odkazuje výslovně a nezaobírat se dalšími instituty, respektive rozhodnutími, v nichž mnohdy Soudní dvůr explicitně tuto zásadu nezmiňuje, ale přesto ji daným rozhodnutím nepochybně podporuje. Nebylo by však zodpovědné zároveň neuvést, že se lze samozřejmě setkat i s případy, kdy se ESD svým rozhodnutím²⁷ ocitl na samotné hranici porušení předmětné zásady, či dokonce až za ní. Právě vybraným kapitolám této problematiky jsou pak věnovány zbylé pasáže tohoto článku.

3. PRÁVA JEDNOTLIVCE A INSTITUT PŘÍMÉHO ÚČINKU

Úvodem rozboru prvního z institutů je třeba poznamenat, že při realizaci detailní analýzy by šlo o každém z nich napsat mnoho desítek stran. Není proto v možnostech, a není to ani cílem tohoto příspěvku, rozebrat precizně

²⁴ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 6. 2000, sp. zn. C-396/98. *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR v Finanzamt Paderborn*. (odst. 44).

²⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 3. 12. 1998, sp. zn. C-381/97. *Belgocodex SA v Belgian State*. (odst. 2).

²⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 16. 10. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 5/01.

²⁷ v němž např. dovodil, či rozvinul, některý z dále rozebíraných institutů Evropského práva.

všechny parametry těchto institutů a obsáhnout tak všechny nuance jejich vlivu na právní jistotu jednotlivce. Autor tohoto článku si tak předsevzal pouze obecně přiblížit základní rysy jednotlivých probíraných mechanismů, s odkazem na související judikaturu ESD, a posoudit jejich celkový přínos i možnou problematičnost z hlediska právní jistoty jednotlivce.

Jako první, z dále rozebíraných institutů EP, uvedme zásadu přímého účinku. Tento jev lze obecně vydefinovat takto – jedná se o „*možnost použití komunitární normy* (dnes normy práva EU) *v členských státech vůči subjektům jejich práva přímo – bez prostřednictví národních transpozičních norem*“^{28,29}. Již z této prosté definice lze přitom nepochybně dovodit, v čem spočívá význam PÚ pro právní jistotu jednotlivce. Umožňuje mu, při naplnění stanovených podmínek, dovolávat se svých práv za situace, kdy ta jsou mu odpírána v důsledku toho, že jeho stát neplní své závazky vyplývající mu z práva EU (např. neimplementuje včas jemu adresovanou směrnici apod.). Tato situace byla v jurisprudenci dříve označována jako tzv. „*Infant disease of community law*“ (dětská nemoc komunitárního práva) a PÚ tak můžeme označit za jeden z léků této právní choroby, která by jinak byla jistě hrozbou i pro právní jistotu jednotlivce. Je totiž zřejmé, že jeho legitimní očekávání v možnost uplatňovat práva adresovaná mu EP a v s tím související možnost případně se těchto práv domáhat, k čemuž právě PÚ směřuje, patří nepochybně k základním pilířům právní jistoty každého dotčeného jednotlivce.

Základní podmínky, tedy ty, jež jsou společné všem případům uplatnění PÚ, pro aplikaci předmětného jevu jsou přitom dvě. Jednak musí platit, že předmětná norma práva EU je „*jasná a přesná*“³⁰ a dále pak, že je „*úplná a právně dokonalá, nevyžadující prováděcí úpravu a bezpodmínečná*“³¹. Vedle těchto podmínek obecných, máme pak podmínky specifické, které se liší v závislosti na druhu aktu evropského práva, s nímž se přímý účinek pojí (příkladně viz dále rozebíraná judikatura ESD). Jak bylo řečeno výše, není bohužel v silách tohoto článku nastínit veškeré dopady jednotlivých vybraných institutů (a jejich variací) na právní jistotu jednotlivce. Pro tento důvod ponechává autor článku problematiku rozdílů mezi PÚ v rovině vertikální sestupné, vertikální vzestupné a rovině horizontální, z hlediska jejich dopadu na právní jistotu jednotlivců, k rozboru jiným obsáhlejším

²⁸ SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 2. podst. přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007. s.104.

²⁹ v oblasti mezinárodního práva veřejného se s tímto jevem setkáváme u tzv. „self-executing smluv“, nebo-li smluv přímo aplikovatelných.

³⁰ Svoboda, P. in TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P. et al. *Evropské právo*. 3. vyd. Praha : C.H. Beck, 2006. s. 298.

³¹ Op. cit. 30, str. 298.

publikacím, či přímo na tento jev zaměřeným článkům, a to s výjimkou určitých elementárních prvků, které budou nastíněny níže v rámci rozboru klíčové judikatury.

Dalším, zmíněným hodným parametrem, tohoto jevu je ta skutečnost, že se s ním setkáváme jak v případě práva primárního (viz např. kauza *Van Gend en Loos*³²), tak ale i v souvislosti s akty sekundárního práva – nařízeními, směrnicemi a rozhodnutími, byť je třeba dodat, že v jednotlivých případech můžeme nalézt rozdíly v jeho uplatnění. Tyto rozdíly jsou dány mj. rovinou působení PÚ – vertikálně vzestupná, vertikálně sestupná a horizontální – tedy skutečností, kdo a vůči komu se PÚ určitého ustanovení dovolává.

4. KLÍČOVÁ ROZHODNUTÍ ESD K PROBLEMATICE PŘÍMÉHO ÚČINKU

Při rozboru základních a nejvýznamnějších rozhodnutí ESD týkajících se přímého účinku nelze samozřejmě nezačít případem, který samotný jev zavedl. Jedná se patrně o nejznámější případ v rámci dosavadní rozhodovací činnosti Soudního dvora a to o kauzu *Van Gend en Loos*. V rámci ní se tento nizozemský dopravce domáhal vrácení zaplaceného cla za přepravované zboží, respektive té jeho části, kterou společnost musela zaplatit „navíc“ jako důsledek přesunu přepravovaného formaldehydu z jedné kategorie zboží do jiné, k němuž došlo v nizozemské právní úpravě cel. *Van Gen den Loos* přitom založila svou právní argumentaci na tehdejší čl. 12 SES³³, jehož přímého účinku se dovolávala, a který takovéto jednání členského státu zakazoval. V nastíněném kontextu případu pak ESD konstatoval skutečnost, která zásadně ovlivnila fungování EP a zároveň, ve smyslu výše uvedeného, posílila i postavení a právní jistotu jednotlivců. Svůj nesporný význam měla už věta „*Skutečnost, že článek 169³⁴ a 170³⁵ SES umožňuje Komisi a členským státům přivést před Soud stát, který nesplnil své závazky, nevyčerpává právo jednotlivců tyto předmětné závazky (jejich nesplnění) žalovat [...] před národním soudem.*“³⁶, a především pak výrok, že „*V souladu s duchem, obecným*

³² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*.

³³ zde se jedná o číslování článků uplatňované v původním znění SES, kterému odpovídá čl. 25 SES ve znění Nicejské smlouvy a v době po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost (1. 12. 2009) pak čl. 30 Smlouvy o fungování EU.

³⁴ stejný případ jako u poznámky „33“. Zde odpovídá čl. 226 SES ve znění Nicejské smlouvy a čl. 258 Smlouvy o fungování EU.

³⁵ stejný případ jako u poznámky „33“. Zde odpovídá čl. 227 SES ve znění Nicejské smlouvy a čl. 259 Smlouvy o fungování EU.

³⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. (odst. 4).

*systemem a zněním SES, článek 12³⁷ musí být interpretován jakožto poskytující přímý účinek a zakládající práva jednotlivce, která musí národní soudy ochraňovat.*³⁸ Vedle tohoto stěžejního rozsudku se pak ESD věnoval otázce přímého účinku ještě v mnoha dalších případech, přičemž stojí za zmínku uvést především ty věnující se problematice směrnic. Vzhledem k vysokému počtu těchto aktů sekundárního práva a potřebě jejich implementace do vnitrostátních právních řádů, představují totiž dle názoru autora tohoto článku pro právní jistotu jednotlivce poměrně značné riziko. Dost možná k tomuto názoru dospěli i soudci ESD, když v případě scientoložky paní Van Duyn³⁹, již bylo pro účast v dané církvi bráněno ve vstupu na území Velké Británie, konstatovali, a to konkrétně vůči ustanovením směrnice 64/221⁴⁰, že i tento sekundární právní akt může mít přímý účinek. Umožnili tak jednotlivci, při splnění stanovených podmínek, se přímo dovolávat jeho ustanovení v řízení před národními soudy. Vzhledem k významnému znaku směrnic – potřebě jejich implementace do národních právních řádů členských států – má značný význam i rozhodnutí ESD v případě Ratti, kde Soudní dvůr jednotlivci skrze větu, že „*Tak dlouho, dokud nevyprší lhůta předepsaná členským státům k inkorporaci ustanovení směrnice do jejich vnitrostátního právního pořádku, směrnice nemůže mít přímý účinek*“⁴¹, vyjasnil (a de facto i státu), od kterého okamžiku může s působením PÚ směrnic počítat. I tato znalost má přitom na právní jistotu jednotlivce nepochybně pozitivní dopad, neboť mu vyjasňuje představu o jeho aktuálních právech, jeho aktuálních možnostech. Závěrem výčtu nejpodstatnějších elementárních rozhodnutí ESD souvisejících s tématem „přímý účinek a právní jistota jednotlivce“ nesmí být opomenut případ Marshall⁴². V tomto rozsudku Soud vyloučil možnost dovolávat se přímého účinku směrnice jak ve vztahu mezi jednotlivci (rovina horizontální⁴³), tak i ve směru stát vůči jednotlivci

³⁷ stejný případ jako u poznámky „33“. Zde odpovídá čl. 25 SES ve znění Nicejské smlouvy a čl. 30 Smlouvy o fungování EU.

³⁸ Op. cit. 36, odst. 5.

³⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. 12. 1974, sp. zn. 41/74. *Yvonne van Duyn v Home Office*.

⁴⁰ Směrnice Rady 64/221 ze dne 25. února 1964 o koordinaci zvláštních opatření týkajících se pohybu a pobytu cizích státních příslušníků, která byla přijata z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, 31964L0221, Úřední věstník 56 ze dne 4. dubna 1964.

⁴¹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 4. 1979, sp. zn. 148/78. *Ratti*. (odst. 1).

⁴² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 2. 1986, sp. zn. 152/84. *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

⁴³ nutno však podotknout, že i přes rozhodnutí v případě Marshall, není možné považovat otázku přímého účinku směrnice v horizontální rovině za uzavřenou, neboť polemika na

(rovina vertikální sestupná). Toto pravidlo umožnilo jednotlivci se opět o něco lépe orientovat v právním prostředí a konsekventně tak zjasnilo jeho legitimní očekávání, neboť především druhý případ by postavil jednotlivce do absurdní nepředvídatelné pozice, kdy by se tento musel obávat postihu od státu skrze ustanovení směrnice, v jejíž implementaci sám daný stát selhal⁴⁴.

Jak již bylo konstatováno, institut přímého účinku posiluje právní postavení a tedy i jistotu jednotlivce, umožňující mu dovolávat se svých práv tam, kde by mu jinak za jistých okolností zůstaly odepřeny. V důsledku nastavení podmínek jeho použití je však zároveň zřejmé, že stále ponechává řadu slepých míst, které pro zintenzivnění právní jistoty jednotlivce je třeba vyplnit. Tuto roli částečně plní dále rozebírané instituty, jejichž význam pro rozebíranou problematiku tak bude v následujících řádcích článku, alespoň stručně, přiblížen.

5. VÝZNAM NEPŘÍMÉHO ÚČINKU PRO PRÁVNÍ JISTOTU JEDNOTLIVCE

Přestože by bylo možné, při bližším zkoumání přímého účinku, nalézt vícero jeho nedostatků, je zde především jeden, který velmi výrazně limituje jeho přínos pro právní jistotu jednotlivce. Onou slabinou je ta skutečnost, že dotčená ustanovení práva EU musí být jasná, přesná a bezpodmínečná. To jsou sice zcela nepochybně požadavky racionální, ale zároveň i předpoklady podstatně decimující množinu případů, kdy jednotlivec může tento institut využít. O této skutečnosti se mohly přesvědčit i paní Von Colson a Kamann, které byly diskriminovány na základě pohlaví při přijímacím řízení na obsazení pracovních míst v mužské státní věznici. Při dožadování se náhrady před německým soudem, dospěl tento orgán, na základě národních ustanovení provádějících směrnici 76/207⁴⁵, pouze k možnosti přiznat oběma ženám toliko náhradu výdajů souvisejících s ucházením se o dané pracovní místo. Německý soud proto položil ESD řadu otázek týkajících se dané situace ve světle odkazované směrnice. Mezi nimi i tu, zda může mít tato směrnice přímý účinek. Tuto možnost ESD nepřipustil a to s odůvodněním, **že směrnice neobsahuje žádné bezpodmínečné a**

toto téma je v akademických kruzích stále živá. Odkázat lze stran této problematiky např. na článek Pavla Svobody - Horizontální bezprostřední účinek směrnice ES. *Právník : teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 1995, roč. 134, č. 7, s. 688-701. ISSN 0324-7007.

⁴⁴ příkladem takovéto snahy státu budiž rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 10. 1987, sp. zn. 80/86. *Kolpinghuis Nijmegen BV*.

⁴⁵ Směrnice Rady 76/207 ze dne 9. února 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky, 31976L0207, Úřední věstník L 39 ze dne 14. února 1976.

dostatečně precizní ustanovení k uplatnění přímého účinku, pokud se týče sankcí za jakoukoliv diskriminaci, k níž může dojít⁴⁶. Jelikož však zároveň bylo nepochybné, že národní ustanovení provádějící předmětnou směrnici nenaplnují požadavek zajištění plné efektivity směrnice, ocitly se paní Von Colson a Kamann v zdánlivě bezvýchodné situaci, v níž jejich právní jistota, respektive legitimní očekávání v domožení se svých práv, utrhlo značný šrám. Nejspíše i proto přišel ESD v tomto rozhodnutí s novým principem EP a to tzv. nepřímým účinkem, který opět o něco posílil postavení jednotlivce, přestože je třeba odpovědně dodat, že zároveň stran své aplikace přinesl i řadu otázek a kontroverzních odpovědí⁴⁷. Jeho podstatou je povinnost národních orgánů aplikujících právo vykládat vnitrostátní ustanovení v souladu s právem EU, pročež bývá označován i jako povinnost k eurokonformnímu výkladu. Institut nepřímého účinku byl v pilotním rozhodnutí Von Colson a Kamann konstatován konkrétně ve vztahu ke směrnicím, nicméně pozdější judikaturou byl tento jev rozveden a setkáváme se s ním i u doporučení vydávaných dle čl. 288 SFEU⁴⁸, či u před Lisabonskou smlouvou vyskytujících se rámcových rozhodnutí⁴⁹. Ve spojitosti se slovy Richarda Krále pak doplníme tento výčet i o primární právo EU a nařízení – „*K uplatnění povinnosti k eurokonformnímu výkladu však dochází i tehdy kdy členský stát nenáležitě provede ty články nařízení ES či primárního práva ES (dnes EU), jež vyžadují své vnitrostátní provedení*“⁵⁰, přičemž nezapomínejme ani na skutečnost, že nic nebrání použití eurokonformní interpretace i u těch ustanovení EP, která jsou bezprostředně aplikovatelná. U poslední z uvedených možností však musí být splněna podmínka, že takovýto výklad vyústí ve stejný výsledek jako přímá aplikace daných unijních pravidel. Z další, pro nás relevantní, judikatury vztahující se k nepřímému účinku uveďme např. kauzu Kolpinghuis, kde ESD stanovil, že „...závazek národního soudu odkazovat/přihlížet k obsahu směrnice při interpretaci relevantních ustanovení národního práva je limitován obecnými právními principy, které tvoří část komunitárního (dnes unijního) práva a zejména pak principy

⁴⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. 4. 1984, sp. zn. 14/83. *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*. (odst. 2).

⁴⁷ realizaci detailnějšího rozboru tohoto jevu, včetně přiblížení daných problematičností, však ponechme jiným publikacím a v rámci tohoto článku se zaměříme pouze na nejvýznamnější klady a zápory nepřímého účinku vzhledem k právní jistotě jednotlivce.

⁴⁸ viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 13. 12. 1989, sp. zn. C-322/88. *Grimaldi*.

⁴⁹ viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. C-150/03. *Maria Pupino*.

⁵⁰ KRÁL, R. *Zásady aplikace komunitárního práva národními soudy*. Praha : C.H. Beck, 2003. s. 39.

*právní jistoty a zákazu retroaktivity...*⁵¹. Tímto prohlášením Soud jasně podtrhuje, že předmětný institut má sloužit k posílení právní jistoty jednotlivce a nikoliv pouze k striktnímu zajišťování jednotné aplikace unijního práva v členských státech ať už by její cena byla jakákoliv. Abychom však nepřehlíželi ani sporné body vztahující se k institutu eurokonformní interpretace, uvedme alespoň pár problematických míst, které se s ní pojí. Obecně platí, že na rozdíl od přímého účinku, eurokonformní interpretace může vyústit v nepřímé zhoršení právního postavení třetích osob a dokonce i vést, byť ohledně této otázky rozhodně nepadají v odborných kruzích shoda, až ke vzniku povinnosti mezi jednotlivci⁵². Především nejednoznačnost v odpovědi na otázku, zda může dojít skrze eurokonformní interpretaci až k uložení povinnosti jednotlivci, je nutno považovat, z hlediska zajišťování právní jistoty daného subjektu, za jednoznačnou slabinu tohoto jevu, která snad bude judikaturou ESD v budoucnu odstraněna. I v případě druhého z problémů nepřímého účinku, na které chce tato pasáž článku poukázat, je vhodné uvést příklad s účinkem přímým a to konkrétně s jeho parametrem, jenž byl stanoven v souvislosti se směrnicemi ve výše odkazovaném případě *Ratti*⁵³. Dotčeným problémem je určení okamžiku, od něž lze nepřímý účinek u směrnic uplatňovat. V případě přímého účinku Soudní dvůr, v odkazovaném rozhodnutí, určil za zlomový bod marné uplynutí implementační lhůty dané směrnice. U účinku nepřímého jsou však diskutovány ještě další dvě varianty, kterými jsou (A) okamžik účinnosti dané směrnice, respektive (B) okamžik, kdy účinnosti nabude vnitrostátní prováděcí ustanovení předmětné směrnice a to za situace, kdy tento časový bod nastane ještě před uplynutím implementační lhůty dané směrnice.⁵⁴ Ani tato otázka není dodnes zcela jednoznačně vyřešena, nicméně oproti prvnímu z uvedených problémů lze v tomto případě najít významnější příklon k jednomu z nastíněných řešení. Je jím hned možnost prvá, směřující de facto k zesouladnění přímého a nepřímého účinku u směrnic, tedy možnost, že daný jev lze uplatňovat až okamžikem

⁵¹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 10. 1987, sp. zn. 80/86. *Kolpinghuis Nijmegen BV*. (odst. 13).

⁵² k tomuto problému je vhodné připomenout rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 9. 1996 (sp. zn. C-168/95) Luciano Arcaro, v němž ESD zdánlivě jednoznačně limitoval povinnost národních soudů provádět eurokonformní výklad právě situací, kdy by takováto interpretace vedla k uložení povinnosti (kterou stanovuje netransponovaná směrnice) jednotlivci. Tento na první pohled jednoznačný závěr je však rozostřen v důsledku charakteru národního řízení, neboť se lze setkat s názory, že v důsledku toho, že se jednalo o trestní řízení proti panu Arcarovi, tak v daném případě zákaz uložení povinnosti jednotlivci vlastně znamená zákaz jeho uložení v rovině vertikální sestupné a předmětný rozsudek tak de facto generelně nevylučuje tuto možnost v rovině horizontální.

⁵³ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 4. 1979, sp. zn. 148/78. *Ratti*.

⁵⁴ blíže viz publikace KRÁL, R. *Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR*. Praha : C.H. Beck, 2002. s.110-112.

marného uplynutí implementační lhůty. Důkazem řečeného budiž například nedávné rozhodnutí v případě Adeneler, kde Soudní dvůr jasně uvedl, že „před uplynutím lhůty pro provedení směrnice nelze členským státům vytýkat, že ještě do svého právního řádu nepřijaly opatření k jejímu provedení [...]. Z toho plyne, že v případě opožděného provedení směrnice existuje obecná povinnost vnitrostátních soudů vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí teprve od doby, kdy uplynula lhůta pro její provedení.“⁵⁵.

Chceme-li nyní závěrem rozboru nepřímého účinku, ve světle řečeného, stručně zhodnotit jeho příspěví k právní jistotě jednotlivce, pak můžeme říci, že i přes nastíněné nedostatky, respektive nejasnosti, které ve svém důsledku mohou pro právní jistotu jednotlivce znamenat jisté komplikace, je nepřímý účinek obecně vzato pro jednotlivce velmi přínosný. Oporu pro toto tvrzení můžeme spatřovat v tom, že právě díky němu se opět výrazně zmenšila množina případů, ve kterých je jednotlivci, v důsledku selhání členského státu, odepřen přístup k právům, adresovaných mu Evropskou unií, a to se zvláště akcentací na případy, kdy tuto funkci není schopen, vzhledem k nastavení podmínek svého uplatnění, obstatat účinek přímý.

6. ODPOVĚDNOST ČLENSKÉHO STÁTU ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU JEDNOTLIVCI PORUŠENÍM UNIJNÍHO PRÁVA

Při toliko povrchním hodnocení institutů přímého a nepřímého účinku by se mohlo zdát, že fungujíce paralelně, neponechávají žádný prostor pro ohrožení právní jistoty jednotlivce, nicméně tak tomu přirozeně není. Čistě teoreticky už jen proto, že patrně žádný právní systém, který má reálně fungovat, nebude nikdy schopen zajistit jednotlivci *stoprocentní* právní jistotu. V našem konkrétním případě pak hledíme důvod řečeného v tom, že vzhledem k aplikačním předpokladům obou účinků, nalezneme stále řadu situací, ve kterých není možné aplikovat ani jeden z nich. Množina takovýchto situací přitom není nikterak zanedbatelná, neboť k tomu, aby se jednatlivec nemohl žádného z účinků dovolávat, není třeba žádná složitá souhra okolností. Plně dostačuje už to, aby předmětné ustanovení EP bylo příliš vágní, či obsahovalo podmínku (tím je vyřazena možnost uplatnění přímého účinku) a zároveň zde např. absentovalo národní ustanovení, které by bylo možno vykládat eurokonformně, neboť v takovém případě pak logicky není co souladnému výkladu podrobit a tím pádem nelze uplatnit ani druhý z účinků. K uvedenému nutno dodat, že je ale přirozeně nemyslitelné, aby v takovýchto situacích zůstal jednatlivec bez jakékoliv možnosti dosažení nápravy/kompenzace vzniklé situace, neboť takovýto právní stav by jednoznačně nezapadal do koncepce „moderního právního systému“, za

⁵⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. 7. 2006, sp. zn. C-212/04. *Konstantinos Adeneler a další v Ellinikos Organismos Galaktos*. (odst. 114-115).

který je právo EU jistě považováno. K zacelení této mezery v evropském právu přistoupil ESD poprvé v dnes již notoricky známém případě Francovich, kde judikoval institut „odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením (v danou dobu) komunitárního (dnes již unijního) práva“. Odpovědnost státu za porušení komunitárního práva přirozeně existovala již před vynesením rozhodnutí ve věci Francovich, avšak novem zavedeným tímto případem je to, že ESD zde „*chápe tuto odpovědnost jako vztah nejen vůči tomu, kdo povinnost stanovil (ES (dnes EU)), ale také vůči tomu, jehož právo bylo porušeno (jednotlivce)*“.⁵⁶ Tento svůj krok ESD odůvodňuje především konstatováním, že „*plná účinnost komunitárních (dnes unijních) předpisů by byla snížena a ochrana práv, které tyto předpisy garantují, by byla oslabena, pokud by jednotlivci nemohli dosáhnout reparační v případě, kdy jsou jejich práva porušena coby následek porušení komunitárního (unijního) práva, za které odpovídá členský stát*“⁵⁷, přičemž „*takováto možnost reparační ze strany členského státu je obzvláště nepostradatelná tam, kde plná efektivita komunitárních (dnes unijních) předpisů závisí na předchozím jednání ze strany státu a kde následně, v případě absence takového jednání, jednotlivci nemohou (a to tedy ani skrze (ne)přímý účinek) před národními soudy vynucovat práva, udělená jim právem ES (EU)*“⁵⁸. Soudní dvůr zdůraznil význam předmětné odpovědnosti i prohlášením, že tento princip je **inherentní** systému Smlouvy. V rámci případu Francovich, kde porušení tehdejšího komunitárního práva členským státem spočívalo v tom, že tento neprovedl směrnici 80/987/ES⁵⁹, se ESD vyslovil i k podmínkám, za nichž předmětná odpovědnost státu vzniká. Jsou jimi (1) skutečnost, že směrnice měla založit práva jednotlivcům, dále (2) možnost identifikovat obsah těchto práv na základě ustanovení dané směrnice a konečně (3) nutnost příčinné souvislosti mezi porušením povinnosti členského státu a ztrátou a škodou, kterou jednatel utrpěl⁶⁰. Tyto základní podmínky pak Soud doplnil dalšími v rozhodnutí Brasserie du Pêcheur SA/Factortame, kde v odst. 4 stanovil, že (A) předmětné porušení komunitárního (unijního) práva členským státem musí být dostatečně závažné, (B) škoda se hradí podle vnitrostátní právní

⁵⁶ TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006. s. 110.

⁵⁷ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. 11. 1991, sp. zn. C-6/90. *Francovich*. (odst. 3).

⁵⁸ Op. cit. 57, odst. 3.

⁵⁹ Směrnice Rady 80/987/ES ze dne 20. října 1980 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se ochrany zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele, 31980L0987, Úřední věstník L 283 ze dne 28. října 1980.

⁶⁰ všechny tyto podmínky viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. 11. 1991, sp. zn. C-6/90. *Francovich*. (odst. 40).

úpravy odpovědnosti⁶¹, přičemž podmínky stanovené touto úpravou nesmí být méně výhodné, než ty, uplatňující se u odpovídajících vnitrostátních případů a konečně (C) že rozhodující je jen to, zda došlo k dostatečně závažnému porušení komunitárního (dnes unijního) práva, tedy národní soud nesmí podmiňovat reparaci ztráty či škody úmyslným či nedbalostním jednáním (tedy zaviněním) ze strany orgánu státu, jenž je odpovědný za porušení.⁶² Pro úplnost pak ještě doplňme jednak podmínku stanovenou v případě Marshall II⁶³, a to, že „do náhrady škody se započítávají i faktory, které by fakticky mohly snížit její hodnotu (tedy např. úroky)“⁶⁴, a rovněž rys předmětné odpovědnosti zaznívající v kauze Köbler, z níž vyplynulo, že se daná odpovědnost státu „aplikuje také tehdy, kdy má tvrzené porušení původ v rozhodnutí soudu rozhodujícího v poslední instanci“⁶⁵. ESD tak tím, že konstatoval odpovědnost státu i za rozhodnutí soudních orgánů, které obecně mívají, především z důvodu požadavku nezávislosti soudní moci, v rámci množiny státních orgánů specifické a výsadní postavení, potvrdil tu skutečnost, že „není rozhodující, jaký státní orgán se porušení práva dopustil“⁶⁶. Jinými slovy Soudní dvůr svou judikaturou stanovil premisu, že je to stát jako **celek**, kdo odpovídá za porušení unijního práva⁶⁷. Při svém spění k tomuto závěru byl přitom Soud, do jisté míry, nepochybně ovlivněn i stanoviskem generálního advokáta Giuseppeho Tesaura z případu Brasserie du Pêcheur SA/Factortame, ve kterém tento činitel Soudního dvora poukázal na fakt, že „v mezinárodním právu veřejném je stát také

⁶¹ zde však dodejme, že tento bod je poněkud komplikován tou skutečností, že vnitrostátní právní řády většinou s předmětnou odpovědností státu nepočítají (upravují např. odpovědnost státu za škodu způsobenou jednáním správních orgánů, ale ne jednáním orgánu zákonodárného atd.) a konsekventně tak mnohdy potřebná národní úprava absentuje.

⁶² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 3. 1996, sp. zn. C-46/93. *Brasserie du Pêcheur SA v Federal Republic of Germany and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others*. (odst. 4).

⁶³ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. 8. 1993, sp. zn. C-271/91. *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

⁶⁴ TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006. s. 112.

⁶⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 30. 9. 2003, sp. zn. C-224/01. *Gerhard Köbler v Republik Österreich*. (odst. 1).

⁶⁶ SCHLUPKOVÁ, Kateřina. K problematice odpovědnosti členských států za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva. *Europeum* [online]. Praha: Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, vydáno 25. října 2000 [cit. 2010-10-12]. Dostupné z: <http://www.europeum.org/disp_article.php?aid=285>.

⁶⁷ Op. cit. 66.

*posuzován jako celek a není přitom rozhodující, zda jde o pochybení moci zákonodárné, výkonné nebo soudní.*⁶⁸

Položíme-li si závěrem této části článku obligátní otázku, zda rozebíraný institut představuje pro právní jistotu jednotlivce určitou přidanou hodnotu, či nikoli, není třeba příliš dlouho nad odpovědí váhat. I přes relativní nevýhodu, spočívající v tom, že jednotlivci zde není umožněno domoci se samotných práv, která mu byla pochybením členského státu odepřena, jde stále o prostředek, který významně posiluje právní jistotu a postavení jednotlivce. Je totiž zcela nezpochybnitelné, že možnost jednotlivce dosáhnout na peněžní kompenzaci újmy, která mu byla způsobena, představuje nesrovnatelně jistější právní postavení, než pozice „bezmocí“, jíž byl dříve za těchto situací jednotlivců vystaven. Je sice pravdou, že v některých případech mohou mít pro jednotlivce, alespoň z jeho subjektivního pohledu, odepřená práva větší hodnotu, než poskytnutá kompenzace, nicméně nelze zcela vyloučit ani možnost nastoupení situace opačné, kdy jednotlivce upřednostňuje kompenzaci před dosažením svých práv skrze (ne)přímý účinek. K této situaci pak připomeňme komentář Pavla Svobody, že „...*ESD připouští [...] nepřímý účinek i odpovědnost členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního (unijního) práva i tehdy, když paralelně existuje přímo použitelná komunitární (unijní) norma*“⁶⁹, z něhož vyplývá, a s tímto názorem souhlasí i řada dalších autorů⁷⁰, že jednotlivci je dána zásadně svoboda volby stran prostředku, který využije na svou obranu. Co tedy říci, jakožto resumé, k tomuto institutu evropského práva? Jeho příspěvek k posílení právní jistoty jednotlivce je zcela zásadní, avšak ani on, např. právě v důsledku nastíněné problematičnosti stran (ne)existence vnitrostátní právní úpravy, v jednotlivých členských státech, dle níž se vzniklá škoda má hradit, není prvkem, a to ani ve spojitosti s výše rozebíranými instituty, který by jednotlivci poskytl zcela komplexní ochranu a zaplnil všechna zbývající bílá místa v rozebírané kapitole EP. Koneckonců zaplnění všech mezer, a to jakéhokoliv, právního systému, není, ani při nejlepší snaze, reálně dosažitelným cílem a nelze tedy ani v případě práva EU očekávat, že by kdy ESD dosáhl svou judikaturou *absolutní* ochrany práv jednotlivce. Nicméně je racionální předpokládat, že se Soudní dvůr svou judiciální činností bude snažit tomuto cíli co nejvíce přiblížit, a z tohoto hlediska je třeba stanovení

⁶⁸ Op. cit. 66.

⁶⁹ SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 2. podst. přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007. s. 103 (poznámka pod čarou).

⁷⁰ namátkou uvedme např. Naděždu Šiškovou - ŠIŠKOVÁ, N., STEHLÍK, V. *Evropské právo. I, Ústavní základy Evropské unie*. Praha : Linde, 2007. s. 135, či Richarda Krále - KRÁL, R. *Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR*. Praha : C.H. Beck, 2002. s. 127.

rozebírané odpovědnosti členského státu, ze strany ESD, vnímat jako krok správným směrem.

7. PROSTŘEDKŮ EVROPSKÉHO PRÁVA K OCHRANĚ JEDNOTLIVCE JE VÍCE

Autor tohoto článku si jeho úvodem stanovil za cíl v něm přiblížit problematiku právní jistoty jednotlivce a vybraných institutů EP, které mj. slouží k jejímu posílení. To vše pak v měřítku, které mu rozsah článku umožňuje, neboť detailnější analýza vybrané problematiky by vyžadovala nesrovnatelně větší prostor, nemluvě o tom, že rozebírané instituty představují pouze výseč množiny nástrojů a mechanismů, které chrání jednotlivce a jeho práva. Stranou pozornosti tohoto článku tak zůstala např. tematika, v této době velice aktuální, Listiny základních práv EU, stejně jako třeba otázka fungování evropského soudnictví v obecné rovině. Samostatnou kapitolu, vztahující se řešenému, by si zasloužila i bližší analýza významu institutu předběžné otázky, který hraje klíčovou roli při zajišťování jednotnosti výkladu a aplikace práva EU v členských státech. Je totiž nezpochybnitelné, že předmětná jednotnost má pro právní jistotu a především pro legitimní očekávání jednotlivce přímo esenciální význam, a tak zařazení institutu předběžné otázky do odkazované množiny nástrojů má své logické opodstatnění a to přesto, že o podání předběžné otázky rozhoduje vždy národní soud a ne jednotlivec. K této otázce ještě podotkneme, že Evropská unie (respektive Společenství), a to už od svého vzniku, klade na zajišťování této jednotnosti zásadní důraz, což dokladuje i ta skutečnost, že mezi základní důvody pro zřízení ESD „*lze nepochybně počítat [...] potřebu jednotného výkladu práva Společenství (nyní práva EU) tak, aby nedošlo k rozdílným výkladům nebo použitím v jednotlivých členských státech*“⁷¹. Ve světle řečeného tak konstatujeme, že článek samozřejmě nezachycuje veškeré možnosti jednotlivce jak bránit svá práva, avšak z hlediska svého zacílení lze snad konstatovat, že své poslání naplnil. Bylo by proto již na tomto místě možné příspěvek uzavřít a přistoupit k závěrečnému hodnocení rozebírané problematiky. Přesto tento krok ještě na moment oddalme a uvedme přece jen ještě pár vět k tématu právní jistoty a to jednak ve spojitosti s případem *Skoma-Lux*⁷² a okrajově i v souvislosti s pozicí státu.

8. PŘÍPAD SKOMA-LUX

Důvodem pro krátké zastavení u případu *Skoma-Lux*, je ta skutečnost, že jednak symbolizuje další z cest, jimiž ESD podpořil zásadu právní jistoty

⁷¹ KARZEL, D. *Evropský soudní dvůr. Praktický průvodce*. Praha : ASPI, 2006. s. 66.

⁷² Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 11. 12. 2007, sp. zn. C-161/06. *Skoma-Lux, s.r.o. v Celní ředitelství Olomouc*.

jednotlivce, čímž zapadá do obecné koncepce tohoto článku a zároveň i fakt, že se tato kauza přímo pojí s Českou republikou, neboť předmětná společnost sídlí v Olomouci. V důsledku uvedených parametrů případu, se tak autor článku domnívá, že si předmětná kauza zaslouží alespoň stručně představení a to tím spíše, že v judikatuře Soudního dvora není mnoho „významných“ rozhodnutí, která by byly přímo spojena s ČR.

Společnost Skoma-Lux, která je dovozcem a prodejcem vína, byla z důvodu opakovaného porušení celních předpisů v rozmezí 11. 3. - 20. 5. 2004, tedy v období kolem vstupu ČR do Evropské unie, pokutována celním úřadem v Olomouci, jehož verdikt byl posléze potvrzen i celním ředitelstvím. V důsledku tohoto vývoje situace tak Skoma-Lux podala žalobu ke Krajskému soudu v Ostravě na zrušení daného rozhodnutí⁷³. Ve své žalobě se společnost dovolávala skutečnosti, že ustanovení, tehdy komunitárního, práva, dle kterých celní orgány postupovaly, nebyla v době, kdy docházelo k jednáním, za něž byla společnost pokutována, ještě řádně vyhlášena v Českém jazyce⁷⁴. V kontextu uvedených skutečností se pak Krajský soud v Ostravě odhodlal položit ESD předběžnou otázku směřující na to, zda je „nařízení č. 2454/93“⁷⁵ (za jehož porušení byla společnost pokutována – pozn. autora článku) *ve vztahu k žalobkyni (Skoma-Lux) a jejímu sporu s celními orgány České republiky neplatné kvůli nedostatku řádného uveřejnění v Úředním věstníku Evropské unie*⁷⁶. K tomuto problému ESD poznamenal, že „*Kategorický požadavek právní jistoty [...] vyžaduje, aby právní úprava Společenství (dnes EU) umožnila dotčeným osobám seznámit se přesně s rozsahem povinností, které jim ukládá, což lze zaručit pouze řádným vyhlášením v úředním jazyce adresáta. Bylo by mimoto v rozporu se zásadou rovného zacházení uplatňovat stejně povinnosti uložené právní úpravou Společenství (EU) ve starých členských státech, kde mají jednotlivci možnost seznámit se s těmito povinnostmi v Úředním věstníku Evropské unie v jazyce těchto států, a v přistoupičích členských státech, kde to nebylo možné z důvodu opožděného vyhlášení.*“⁷⁷. Tímto svým závěrem se ESD jednoznačně zastal jednotlivce, když správně seznal, že je nepochybně v rozporu s právní jistotou tohoto subjektu požadovat po něm, aby jednal dle právních pravidel, s nimiž se nemohl předem seznámit ve

⁷³ Op. cit. 72, odst. 12.

⁷⁴ Op. cit. 72, odst. 14.

⁷⁵ Nařízení Komise (EHS) 2454/93 ze dne 2. července 1993, kterým se provádí nařízení Rady (EHS) č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství, 31993R2454, Úřední věstník L 253 ze dne 11. října 1993.

⁷⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 11. 12. 2007, sp. zn. C-161/06. *Skoma-Lux, s.r.o. v Celní ředitelství Olomouc*. (odst. 16, bod 3).

⁷⁷ Op. cit. 76, odst. 1.

svém národním jazyce, respektive která nebyla řádně zveřejněna⁷⁸. Je sice pravdou, že toto Soudním dvorem stanovené pravidlo je de facto relevantní pouze pro nově přistupující státy, respektive jejich subjekty práva, přesto však nelze jeho přínos pro právní jistotu jednotlivce podceňovat.

9. PRÁVNÍ JISTOTA STÁTU

Na veškeré instituty, které byly doteď v tomto článku rozebírány, bylo, vzhledem k jeho koncepci, nahlíženo čistě jako na mechanismy posilující, případně v určitých aspektech i oslabující, právní jistotu jednotlivce. Je třeba nicméně dodat, že mnohé jejich parametry, respektive podmínky jejich uplatnění, napomáhají i k posílení právní jistoty státu. Jelikož však tato problematika není v zorném poli tohoto článku, uveďme pouze namátkou některé z těchto rysů.

Začít lze například s časovou podmínkou stanovenou ve věci *Ratti*⁷⁹ pro přímý účinek směrnic, respektive v kauze *Adeneler*⁸⁰ pro nepřímý účinek směrnic. Jak v případě přímého účinku směrnic, tak i u účinku nepřímého, bylo odkazovanými rozhodnutími⁸¹ stanoveno za zlomový okamžik, od něhož se uvedené principy Evropského práva uplatní, marné uplynutí implementační lhůty směrnic. To na jednu stranu posiluje právní jistotu jednotlivce, neboť si je tento díky tomu vědom, od kdy se může na dané instituty spoléhat, nicméně to zároveň představuje i posílení právní jistoty státu, neboť ten má díky tomu zaručeno, že před uplynutím této lhůty se nemusí obávat komplikací, které s sebou uplatnění předmětných institutů pro stát přináší. Nezapomínejme přitom ani na to, že marné uplynutí implementační lhůty směrnic, neotvírá jednotlivci dveře pouze k (ne)přímému účinku, ale i k možnosti požadovat po státu náhradu škody způsobenou mu porušením unijního práva ze strany daného státu⁸².

⁷⁸ de facto se totiž *Skoma-Lux* s českým zněním daných předpisů seznámit mohla, neboť ty byly v elektronické podobě zpřístupněny Ministerstvem financí České republiky, nikoliv však řádně uveřejněny v Úředním věstníku Evropské unie.

⁷⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 4. 1979, sp. zn. 148/78. *Ratti*.

⁸⁰ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. 7. 2006, sp. zn. C-212/04. *Konstantinos Adeneler a další v Ellinikos Organismos Galaktos*.

⁸¹ byť v případě nepřímého účinku směrnic nepanuje v akademických kruzích, stran okamžiku, od něhož jsou národní soudy povinny vykládat vnitrostátní právo v souladu s nenáležitě implementovanou (respektive neimplementovanou) směrnicí, jednoznačná shoda (viz V. část tohoto článku).

⁸² to vše samozřejmě pouze za předpokladu naplnění podmínek vyžadovaných pro uplatnění toho kterého z předmětných principů.

Jako druhý důkaz toho, že dané principy neignorují právní jistotu státu, lze uvést i jednu z podmínek pro uplatnění odpovědnosti státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením unijního práva, a to sice konkrétně podmínku, že předmětné porušení „*musí být dostatečně závažné*“⁸³. Tento předpoklad totiž dává státu jistotu, že ne každé sebedrobnější porušení unijního práva vůči jednotlivci, vyústí automaticky v možnost, že jím bude žalován o náhradu škody. Ve své podstatě se dá u tohoto bodu, nahlíženého z perspektivy právní jistoty státu, poznamenat, že ani takto pojímán nechrání pouze stát, ale opět i jednotlivce samé, neboť pakliže by tato podmínka neplatila, dá se důvodně předpokládat, že by významně vzrostl počet „lehkovážných/bezdůvodných žalob“ vůči státu. Takováto situace by konsekventně musela vyústit ve zvýšení zatíženosti národních soudů a tudíž v prodloužení průměrné doby soudního řízení, což není a ani nemůže být v zájmu ochrany práv jednotlivců.

Příkladů, kterak jednotlivé instituty ovlivňují nejen právní jistotu jednotlivce, ale i státu, by jistě bylo možno najít více, avšak k demonstraci toho, že analyzované principy EP neslouží pouze „bezhlavé“ ochraně práv jednotlivců, ale berou v úvahu i pozici členských států, je tato krátká exkurze mimo hlavní téma článku, dostačující.

10. JAK LZE NYNÍ ODPOVĚDĚT...

Koncem první části tohoto článku jeho autor vyslovil dvě otázky, na něž se měl výše uvedený text pokusit nalézt odpovědi. Závěrem samotného příspěvku je tedy třeba opětovně si tyto otázky položit a co především, pokusit se na ně, ve světle předchozích řádků i odpovědět.

První autorova otázka směřovala na to, zda ESD při své judiciální činnosti skutečně bere právní jistotu jednotlivce jako prvek, který není možné přehlížet, nebo jde jen o jakousi teoretickou kategorii. Na tuto otázku částečně odpovídá již ta skutečnost, že Soudní dvůr mnohokrát ve svých rozhodnutích jasně zdůraznil, že zásada právní jistoty je nezpochybnitelnou součástí práva EU. Případy *Banque Indosuez*, *Belgické království v Komise – „Zásada právní jistoty je základní zásada práva Společenství (dnes unijního práva)“*⁸⁴, či kauza *Kempter – zásada „právní jistoty, která patří*

⁸³ blíže stran „testu“, určujícího, zda se jedná o dostatečně závažné porušení unijního práva, viz odst. 4 rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 5. 3. 1996, sp. zn. C-46/93. *Brasserie du Pêcheur SA v Federal Republic of Germany and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others*.

⁸⁴ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 10. 1997, sp. zn. C-177/96. *Belgian State v Banque Indosuez and Others and European Community*. (odst. 27) a rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. 4. 2005, sp. zn. C-110/03. *Belgické království v Komise Evropských společenství*. (odst. 1).

mezi obecné zásady uznávané v právu Společenství (dnes právu EU)⁸⁵, jsou jen malou ukázkou z judikatury ESD sloužící k doložení této skutečnosti, přičemž vzhledem k jejich časovému zařazení (roky 1997, 2005, 2008) není zároveň pochyb, že nejde o žádnou překonanou záležitost. Druhou polovinou odpovědi na předloženou otázku, je pak skutečnost, že Soudní dvůr nezůstává pouze u tohoto teoretického prohlášení, ale předmětná zásada má skutečný vliv na závěry tohoto orgánu. ESD ve svých rozhodnutích např. velmi často nazírá na okolnosti případu skrze alternativně formulovaný požadavek, že „zásada právní jistoty [...] zejména vyžaduje, aby právní úprava byla jasná a přesná, tak aby jednotlivci mohli jednoznačně rozpoznat svá práva a povinnosti a postupovat podle toho“⁸⁶. Vedle toho nalezneme i rozsudky, ve kterých ESD o zásadu právní jistoty přímo opírá své rozhodnutí – „Zásady ochrany legitimního očekávání a právní jistoty nebrání tomu, aby členský stát, výjimečně a pro účely zamezení tomu, aby finanční praktiky sledující minimalizaci zatížení DPH [...] byly v průběhu legislativního procesu prováděny ve velkém rozsahu, zavedl zpětnou účinnost [...] zákona, pokud [...] byly hospodářské subjekty vykonávající takové ekonomické činnosti, jako jsou ty, na které se vztahuje daný zákon, upozorněny na nadcházející přijetí tohoto zákona a na zamýšlený zpětný účinek takovým způsobem, aby mohly seznat následky zamýšlené legislativní změny pro činnosti, které vykonávají.“⁸⁷, nebo třeba „Za takových okolností, jako jsou okolnosti ve věci v původním řízení, právo Společenství (dnes EU), a konkrétně zásada právní jistoty, nebrání uplatnění požadavku pobytu, který podmiňuje nárok studentů [...] na stipendium...“⁸⁸. Nepochybně samozřejmě lze poukázat i na některá z rozhodnutí uváděných výše, v rámci jednotlivých částí tohoto článku, která rovněž demonstrují skutečnost, že ESD zásadu právní jistoty při svém rozhodování skutečně zohledňuje – viz např. případ *Kolpinghuis*⁸⁹, v němž

⁸⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 12. 2. 2008, sp. zn. C-2/06. *Willy Kempter KG v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. (odst. 37).

⁸⁶ Rozsudky Evropského soudního dvora ze dne 3. 6. 2008, sp. zn. C-308/06. *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) a další v Secretary of State for Transport*. (odst. 69), ze dne 14. 4. 2005, sp. zn. C-110/03. *Belgické království v Komise Evropských společenství*. (odst. 30), ze dne 13. 2. 1996, sp. zn. C-143/93. *Gebroeders van Es Douane Agenten BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. (odst. 27), ze dne 9. 7. 1981, sp. zn. C-169/80. *Administration des douanes v Société anonyme Gondrand Frères and Société anonyme Garancini*. (odst. 17).

⁸⁷ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 4. 2005, sp. zn. C-376/02. *Stichting „Goed Wonen“ v Staatssecretaris van Financiën*. (odst. 45).

⁸⁸ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. C-158/07. *Centrale Raad van Beroep v Nizozemsko*. (bod 3. výroku).

⁸⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 10. 1987, sp. zn. 80/86. *Kolpinghuis Nijmegen BV*.

ESD, mj. i touto zásadou, limituje povinnost národních soudů eurokonformně interpretovat vnitrostátní ustanovení. Ať již vezmeme v úvahu rozsudky, v nichž Soudní dvůr ze zásady právní jistoty vyvozuje určité požadavky kladené na formulaci právních pravidel, či případy, ve kterých ESD o tuto zásadu opírá přímo svůj konečný výrok, nebo snad rozhodnutí, v nichž Lucemburský soud skrze předmětnou zásadu dotváří některý z institutů práva EU, nemůžeme v konečném důsledku na první otázku odpovědět jinak, než následujícím způsobem – **ESD zcela nepochybně uplatňuje zásadu právní jistoty přímo v rámci své rozhodovací praxe a nejde tedy v žádném případě o pouhou teoretickou záležitost, marginálního významu.**

Druhá z uvedených otázek zněla - představují v článku rozebírané instituty pro jednotlivce skutečný přínos, nebo jde spíše o snahu EU pouze v nich vzbudit dojem, že na jejich ochranu není právem EU zapomínáno? I v tomto případě nám výše uvedené kapitoly, zabírající se analýzou jednotlivých institutů, umožňují podat poměrně jednoznačnou odpověď. Je totiž nepochybné, že těmito instituty jednotlivcům nabídnutá možnost domoci se svých práv, odepřených jim v důsledku selhání jejich státu, respektive možnost dosažení alespoň peněžní kompenzace za utrpěnou újmu, je mnohem více, než jen nějaký zastírací manévr Evropské unie, sloužící ke „zklidnění“ jednotlivců volajících po ochraně a právní jistotě. Každý z těchto mechanismů představuje pro jednotlivce jednoznačně přidanou hodnotu a to přesto, že v důsledku svých nedostatků zároveň ponechávají v jeho ochraně i řadu mezer, které přínos těchto institutů relativně utlumují. Takový to útlum je zjevný především tehdy, pokud na tyto komponenty nahlédneme jako na tři samostatně fungující prvky EP. Jestliže však místo toho na ně nahlédneme v jejich vzájemné provázanosti, pakliže je pojmeme jako jeden systém mající za cíl chránit jednotlivce a posilovat jeho právní jistotu, pak jejich význam na tomto poli exponenciálně vzroste. Přesto samozřejmě platí, že ani při jejich paralelním fungování není možné, označit ochranu jednotlivce za stoprocentní. Použijeme-li však místo toho „nálepku“ „relativně komplexní“ a „důvěryhodně působící“, pak budeme skutečnému stavu věcí mnohem blíže.

Úplným závěrem nezbyvá, než konstatovat, že obě úvodem vyřčené otázky snad byly článkem dostatečně uspokojivě zodpovězeny, přínos všech institutů náležitě přiblížen a jejich stávající nedostatky nezamlčeny. Z hlediska přetrvávajících mezer, v pomyslné bariéře chránící práva jednotlivce, nezbyvá než doufat, že Evropská unie časem udělá opět další dílčí krok směrem k jejich zaplnění. Zda lze za takový to krok považovat i současné dění kolem Listiny základních práv EU ukáže nejspíš až čas a především výsledky, které s sebou tento posun přinese. Ať tak či tak, bude jistě nemálo zajímavé další vývoj v této oblasti sledovat a očekávat, s jakými novými koncepcemi Evropský soudní dvůr přijde.

Literature:

1. Monografie a časopisecké články⁹⁰

- a. KARZEL, D. *Evropský soudní dvůr. Praktický průvodce*. Praha : ASPI, 2006.
- b. KRÁL, R. *Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR*. Praha : C.H. Beck, 2002.
- c. KRÁL, R. *Zásady aplikace komunitárního práva národními soudy*. Praha : C.H. Beck, 2003.
- d. SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 2. podst. přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007.
- e. SVOBODA, Pavel. Horizontální bezprostřední účinek směrnice ES. *Právník : teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 1995, roč. 134, č. 7, s. 688-701. ISSN 0324-7007.
- f. ŠIŠKOVÁ, N., STEHLÍK, V. *Evropské právo. 1, Ústavní základy Evropské unie*. Praha : Linde, 2007.
- g. TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P. et al. *Evropské právo*. 3. vyd. Praha : C.H. Beck, 2006.
- h. TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. aktualiz. vyd. Praha : Linde, 2006.

2. Elektronické prameny⁹¹

- a. SCHLUPKOVÁ, Kateřina. K problematice odpovědnosti členských států za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva. *Europeum* [online]. Praha: Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, vydáno 25. října 2000 [cit. 2010-10-12]. Dostupné z: <http://www.europeum.org/disp_article.php?aid=285>.
- b. *Evropské právo – prameny práva* [online]. EPS, 2003 [cit. 2010-10-06]. Dostupné z: <<http://www.eps.cz/epravo/>>.
- c. *Spanish constitution* [online]. Senado de España, 2008 [cit. 2010-10-19]. Dostupné z: <http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>.

⁹⁰ publikace řazeny abecedně dle příjmení (prvního) autora.

⁹¹ prameny jsou tříděny primárně dle druhů citace a sekundárně dle abecedy.

d. *The Constitution of the Republic of Poland* [online]. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, 2007 [cit. 2010-10-19]- Dostupné z:<<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>.

e. *The role of the Court of Justice in the development of the General Principles of Community Law* [online]. LAW OFFICE of A. Mifsud Bonnici & J. Vella Cuschieri, 1996 [2010-10-10]. Dostupné z:<<http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html>>.

3. Judikatura Evropského soudního dvora a Ústavního soudu České republiky^{92 93}

a. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*.

b. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 15. 7. 1964, sp. zn. 6/64. *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

c. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 23. 10. 1974, sp. zn. 17-74. *Transocean Marine Paint Association v Commission of the European Communities*.

d. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. 12. 1974, sp. zn. 41/74. *Yvonne van Duyn v Home Office*.

e. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 9. 3. 1978, sp. zn. 106/77. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*.

f. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 3. 5. 1978, sp. zn. 112/77. *August Töpfer & Co. GmbH v Commission of the European Communities*.

g. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 4. 1979, sp. zn. 148/78. *Ratti*.

h. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 9. 7. 1981, sp. zn. C-169/80. *Administration des douanes v Société anonyme Gondrand Frères and Société anonyme Garancini*.

⁹² pozn. u některých uvedených rozsudků ESD se jedná o spojené případy. I u těchto položek seznamu je u spisové značky pro přehlednost uváděno pouze jedno označení, pod nímž je daný rozsudek dohledatelný v databázích rozhodnutí ESD na portálu eur-lex.europa.eu a curia.europa.eu.

⁹³ řazeno primárně dle soudu (ESD/Ústavní soud), sekundárně dle data rozhodnutí.

- i. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. 4. 1984, sp. zn. 14/83. *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen.*
- j. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. 7. 1984, sp. zn. 63/83. *Regina v Kent Kirk.*
- k. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 2. 1986, sp. zn. 152/84. *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.*
- l. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 10. 1987, sp. zn. 80/86. *Kolpinghuis Nijmegen BV.*
- m. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 13. 12. 1989, sp. zn. C-322/88. *Grimaldi.*
- n. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 19. 11. 1991, sp. zn. C-6/90. *Francovich.*
- o. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 4. 1992, sp. zn. C-62/90. *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany.*
- p. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. 8. 1993, sp. zn. C-271/91. *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority.*
- q. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 13. 2. 1996, sp. zn. C-143/93. *Gebroeders van Es Douane Agenten BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen.*
- r. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 3. 1996, sp. zn. C-46/93. *Brasserie du Pêcheur SA v Federal Republic of Germany and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others.*
- s. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 9. 1996, sp. zn. C-168/95. *Luciano Arcaro.*
- t. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 10. 1997, sp. zn. C-177/96. *Belgian State v Banque Indosuez and Others and European Community.*
- u. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 3. 12. 1998, sp. zn. C-381/97. *Belgocodex SA v Belgian State.*
- v. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 6. 2000, sp. zn. C-396/98. *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR v Finanzamt Paderborn.*

- w. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 30. 9. 2003, sp. zn. C-224/01. *Gerhard Köbler v Republik Österreich.*
- x. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. 4. 2005, sp. zn. C-110/03. *Belgické království v Komise Evropských společenství.*
- y. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 26. 4. 2005, sp. zn. C-376/02. *Stichting „Goed Wonen“ v Staatssecretaris van Financiën.*
- z. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 16. 6. 2005, sp. zn. C-150/03. *Maria Pupino.*
- aa. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. 7. 2006, sp. zn. C-212/04. *Konstantinos Adeneler a další v Ellinikos Organismos Galaktos.*
- bb. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 11. 12. 2007, sp. zn. C-161/06. *Skoma-Lux, s.r.o. v Celní ředitelství Olomouc.*
- cc. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 12. 2. 2008, sp. zn. C-2/06. *Willy Kempter KG v Hauptzollamt Hamburg-Jonas.*
- dd. rozsudky Evropského soudního dvora ze dne 3. 6. 2008, sp. zn. C-308/06. *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) a další v Secretary of State for Transport.*
- ee. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. C-158/07. *Centrale Raad van Beroep v Nizozemsko.*
- ff. náleží Ústavního soudu ze dne 16. 10. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 5/01.

4. Právní akty EU⁹⁴

- a. Směrnice Rady 64/221 ze dne 25. února 1964 o koordinaci zvláštních opatření týkajících se pohybu a pobytu cizích státních příslušníků, která byla přijata z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví, 31964L0221, Úřední věstník 56 ze dne 4. dubna 1964.
- b. Směrnice Rady 76/207 ze dne 9. února 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky, 31976L0207, Úřední věstník L 39 ze dne 14. února 1976.

⁹⁴ řazeno dle data publikace.

- c. Nařízení Komise (EHS) 937/77 ze dne 29. dubna 1977 stanovující podrobná pravidla pro aplikaci nařízení Rady (EHS) č. 878/77 o směnných kurzech uplatňovaných v zemědělství, 31977R0937, Úřední věstník L 110 ze dne 30. dubna 1977.
- d. Směrnice Rady 80/987/ES ze dne 20. října 1980 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se ochrany zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele, 31980L0987, Úřední věstník L 283 ze dne 28. října 1980.
- e. Nařízení Komise (EHS) 2454/93 ze dne 2. července 1993, kterým se provádí nařízení Rady (EHS) č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství, 31993R2454, Úřední věstník L 253 ze dne 11. října 1993.
- f. Smlouva o založení Evropského společenství, 12002E/TXT, Úřední věstník C 325 ze dne 24. prosince 2002, ve znění Nicejské smlouvy.
- g. Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství, 11957E, tento dokument byl v českém znění publikován ve sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 44/2004 Sb.m.s., sbírka mezinárodních smluv č. 15/2004 ze dne 28. dubna 2004, v původním znění.
- h. Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, podepsaná v Lisabonu dne 13. prosince 2007, C2007/306/01, Úřední věstník C 306 ze dne 17. prosince 2007.
- i. Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy.

5. Právní předpisy České republiky

- a. ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v aktuálním znění.

Contact – email

182667@mail.muni.cz

NEPŘÍMÁ DISKRIMINACE V JUDIKATUŘE EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA¹

TEREZA SKARKOVÁ²

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Do popředí zájmu Evropské unie na poli lidských práv se pomalu dostává ochrana jednotlivce před nepřímou diskriminací. Hlavní problém nepřímé diskriminace spočívá v tom, že je obtížně identifikovatelná a je rovněž nelehké ji prokázat. Související legislativa je navíc často nedostatečná či nejednoznačná, a proto zásadní roli při jejím odhalování hrají zejména soudy. V případě EU tedy Evropský soudní dvůr, jehož judikatura týkající se nepřímé diskriminace bude stěžejním bodem tohoto příspěvku.

Key words in original language

Nepřímá diskriminace; Evropská unie; antidiskriminační směrnice; Evropský soudní dvůr; důkazní břemeno; statistické důkazy.

Abstract

To foreground of the European Union's interest in the field of human rights is slowly getting protection of individuals from the impact of indirect discrimination. Major problem of indirect discrimination lies in the fact that it is hard to identify and uneasy to prove. Moreover, related legislation is often insufficient or ambiguous, therefore main role in its detection perform the courts. In case of the EU it is the Court of Justice, whose practice regarding indirect discrimination presents essential part of this article.

Key words

Indirect discrimination; European Union; antidiscrimination directives; European Court of Justice; burden of proof; statistical evidence.

¹ Tento příspěvek vychází z autorčiny diplomové práce s názvem *Nepřímá diskriminace*, již obhájila v květnu tohoto roku na katedře ústavního práva a mezinárodního práva veřejného Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. Práce je přístupná na <http://theses.cz/id/a69z5x/>.

² Autorka je v současnosti interní doktorandkou výše zmíněné katedry.

1. ÚVOD

První legální definice nepřímé diskriminace se na poli Evropských společenství/Evropské unie (ES/EU) neobjevila v rámci práva primárního (kde není stejně jako diskriminace přímá zakotvena dodnes), ale obsahovala ji směrnice Rady 97/80/ES o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví. Její článek 2 (2) stanoví, že k nepřímé diskriminaci dochází tam, *kde zjevně neutrální opatření, kritérium nebo praxe znevýhodňuje podstatně větší podíl osob jednoho pohlaví, ledaže takové opatření, kritérium nebo praxe je vhodné a nezbytné a může být ospravedlněno objektivními faktory, které se netýkají pohlaví.*

Ještě propracovanější definici pak představila směrnice Rady 2000/43/ES, jež se týká zákazu diskriminace z důvodu rasy nebo etnického původu. Dle čl. 2 (2b) se za nepřímou diskriminaci považuje případ, *kdy navenek neutrální ustanovení, kritérium nebo zvyklost vyvolalo pro osoby určité rasy nebo etnického původu určitou nevýhodu v porovnání s jinými osobami, ledaže toto ustanovení, kritérium nebo zvyklost je objektivně odůvodněno legitimním cílem a ledaže prostředky k dosažení tohoto cíle jsou přiměřené a nezbytné.* Tato definice nejenže byla inspirací českých zákonodárců při přípravě antidiskriminačního zákona, ale v současné době toto pojetí nepřímé diskriminace také v sekundární legislativě Evropské unie převládá.³

Institut nepřímé diskriminace se však na půdě ES/EU objevil již daleko dříve, a to právě v rámci judikatury Evropského soudního dvora (ESD). Poprvé pojem nepřímá diskriminace použil ESD v případě *Geitling*⁴, ovšem tehdy byl tento koncept vnímán dosti odlišně.⁵ Koncept nepřímé diskriminace, jak jej známe dnes, byl do práva ES/EU zaveden z

³ Viz čl. 2 (2b) směrnice Rady 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, čl. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/73/ES, kterou se mění směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky, čl. 2 (b) směrnice Rady 2004/113/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s muži a ženami v přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování či čl. 2 (1b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání.

⁴ Rozsudek ESD *Geitling v. Vysoký úřad ESUO* ze dne 20. března 1957 (věc č. 2/56).

⁵ V dané kauze byl termín nepřímá diskriminace použit pro případ odlišného zacházení zákazníků, které nepřímo vedlo k odlišnému zacházení ze strany výrobců. V současném pojetí by tedy šlo o případ diskriminace přímé. Viz TOBLER, CH. *Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*. Antverpy – Oxford: Intersentia, 2005, s. 97.

amerického a britského modelu, a to díky kreativitě ESD v rámci institutu předběžné otázky.⁶

ESD dal tomuto konceptu vzniknout především v rámci interpretace ustanovení Smlouvy o založení Evropského společenství (SES), a to zejména čl. 39 (2) SES (dnešní čl. 45 Smlouvy o fungování Evropské unie - SFEU), jenž se týká zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti při volném pohybu pracovníků, a čl. 141 (1) SES (dnešní čl. 157 SFEU), který zakotvuje zásadu stejné odměny mužů a žen za stejnou nebo rovnocennou práci.⁷ V následující části se budu zabývat obojí tematikou, přičemž větší prostor bude poskytnut judikatuře týkající se rovnosti pohlaví, neboť ta ovlivnila pozdější antidiskriminační legislativu ES/EU nejvíce.

2. NEPŘÍMÁ DISKRIMINACE Z DŮVODU STÁTNÍ PŘÍSLUŠNOSTI

Dle judikatury ESD je článkem 39 (2) SES (čl. 45 SFEU), jenž se týká volného pohybu pracovníků, zakázána jak diskriminace přímá, tak diskriminace nepřímá. Není totiž možné, aby podmínka k získání určité výhody byla pro státní příslušníky členského státu splnitelná snadněji než pro pracovníky z jiné země. Klasickým příkladem je situace, kdy podmínku představuje místo bydliště (*Sotgiu*⁸) či místo původu (*Ugliola*⁹), popř. místo získání vzdělání jako v případě *Ioannidis*¹⁰. Takový požadavek totiž z povahy věci může povětšinou snáze splnit státní příslušník daného státu.¹¹

Zásadním rozhodnutím týkajícím se nepřímé diskriminace z důvodu státní příslušnosti je případ *Sotgiu*. Italský státní příslušník, jehož rodina žila v Itálii, byl zaměstnán u německé společnosti. Zde nejprve dostával odlučné ve stejné výši jako němečtí pracovníci zaměstnaní mimo domov. Těmto však bylo podle nového pokynu ministerstva odlučné zvýšeno, nicméně

⁶ BARNARD, C., HEPPLER, B. Indirect Discrimination – Interpreting Seymour-Smith. *Cambridge Law Journal*. 1999, č. 2, s. 400.

⁷ TOBLER, CH. *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Lucemburk: Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008, s. 23.

⁸ Rozsudek ESD *Sotgiu v. Deutsche Bundespost* ze dne 12. února 1974 (věc č. 152/73).

⁹ Rozsudek ESD *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v. Ugliola* ze dne 15. října 1969 (věc č. 15/69).

¹⁰ Rozsudek ESD *Office National de l'emploi v. Ioannidis* ze dne 15. září 2005 (věc č. C-258/04).

¹¹ CRAIG, P., DE BÚRCA, G. *EU Law - Text, Cases and Materials*. 4. vydání. New York: Oxford University Press, 2008, s. 758 – 759.

pracovníkům, kteří měli na počátku pracovního poměru bydliště v zahraničí, zůstalo v původní výši.

V rámci předběžné otázky ESD řešil, zda je zakázáno rozdílné zacházení z důvodu místa pobytu stejně jako na základě státní příslušnosti. V daném případě tedy místo bydliště (resp. pobytu) představovalo jediné kritérium, které ale nepřímo rozlišovalo mezi osobami bydlícími v Německu a těmi, kteří zde v rozhodnou dobu nebydleli. ESD uvedl, že jde o znak rozlišení, který se rovná rozlišení na základě státní příslušnosti. ESD poté podal obecnou definici nepřímé diskriminaci, když prohlásil, že jsou zakázány „všechny formy skryté diskriminace, která při aplikaci jiných kritérií diferenciací vede ve skutečnosti ke stejnému výsledku“.¹²

Tato definice byla v kontextu volného pohybu pracovníků ESD rozšířena ve věci *O'Flynn*¹³. Tento případ se týkal ustanovení britského práva, které pro vyplacení příspěvku migrujícím pracovníkům na pohřeb a kremaci stanovilo podmínku, že obojí proběhne na území Velké Británie. ESD v tomto ohledu judikoval, že ustanovení národního práva musí být považováno za nepřímo diskriminační, pokud je ze své podstaty schopno mít větší dopad na migrující pracovníky než pracovníky daného členského státu, a pokud z tohoto opatření vyplývá riziko, že nepříznivě postihne obzvláště migrující pracovníky, ledaže je toto ustanovení objektivně ospravedlnitelné a přiměřené cíli, který sleduje. ESD tedy nepožadoval prokázání skutečného negativního důsledku.

Takovýto přístup usnadňuje konstatování *prima facie* nepřímé diskriminace u jednání, jejichž negativní dopad na určitou skupinu je zjevný, ale těžko prokazatelný, např. pokud nejsou k dispozici statistická data. Ovšem v jiných případech než při nepřímé diskriminaci z důvodu státní příslušnosti zatím ESD možnost nepožadovat prokázání skutečného negativního důsledku nepotvrdil.¹⁴

3. NEPŘÍMÁ DISKRIMINACE Z DŮVODU POHLAVÍ

Nepřímou diskriminaci na základě pohlaví ESD rozvinul v kontextu ustanovení čl. 141 SES (čl. 157 SFEU). Obecně ji popsal ve spojené kauze

¹² *Rozsudek ESD ve věci Sotgiu v. Deutsche Bundespost*. Praha: Odbor kompatibility s právem ES, Úřad vlády České republiky. [Cit. 30. 10. 2010]. Dostupné z: <http://isap.vlada.cz/Dul/JUDIKATY>

¹³ *Rozsudek ESD O'Flynn v. Adjudication Office* ze dne 23. května 1996 (věc č. C-237/94).

¹⁴ HAVELKOVÁ, B. Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Evropského soudního dvora. *Právní rozhledy*, 2006, č. 6, s. 211.

*Schönheit a Becker*¹⁵ jako odlišné zacházení mezi muži a ženami na pracovišti jako výsledek aplikace kritéria, jež není založeno na pohlaví.¹⁶

Pro lepší orientaci v této části rozlišuji nepřímou diskriminaci založenou jednáním zaměstnavatele a nepřímou diskriminaci založenou normativním aktem členského státu. Obdobně pak nepřímou diskriminaci strukturují také co se týče ospravedlnění, které nesmí být postaveno na diskriminaci na základě zakázaného důvodu. V praxi je totiž možno případ *prima facie* diskriminace vyvrátit ospravedlněním vztahujícím se zejména k podnikatelským zájmům zaměstnavatelů (v případech jimi přijatých opatření) či ke státní politice (v případech normativních aktů).¹⁷

Za stěžejní rozhodnutí v oblasti nepřímé diskriminace vůbec je obecně považován případ *Bilka*¹⁸, jež se týkal nepřímé diskriminace založené jednáním zaměstnavatele. V kauze šlo konkrétně o německou firmu, která zpřístupňovala systém zaměstnaneckého penzijního pojištění pouze zaměstnancům pracujícím po určitou dobu na plný úvazek, čímž znevýhodňovala ženy, jež byly častěji nuceny uzavírat kratší úvazky.

ESD v rozhodnutí uvedl, že čl. 119 SES (nynější 157 SFEU) je společností porušen, pokud uvedené vyloučení dopadá na mnohem větší počet žen než mužů, ledaže prokáže, že je založeno na objektivně zdůvodnitelných faktorech, které nejsou spojeny s diskriminací na základě pohlaví (důkazní břemeno tedy po prokázání *prima facie* diskriminace leží na žalovaném).¹⁹ Zvolené prostředky přitom musí sloužit skutečné podnikatelské potřebě a být vzhledem k dosažení tohoto cíle přiměřené a nezbytné.²⁰ Zda lze takové ustanovení objektivně zdůvodnit nebo ne, je na rozhodnutí národních soudů. Obdobně se ESD vyslovil v případě *Jenkins*²¹, jež se týkal nižší mzdové

¹⁵ Rozsudek ESD *Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main a Becker v. Land Essen* ze dne 23. října 2003 (spojené věci č. C-4/02 a C-5/02).

¹⁶ TOBLER, CH. *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Lucemburk: Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008, s. 21.

¹⁷ FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturální centrum Praha, 2007, s. 109.

¹⁸ Rozsudek ESD *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz* ze dne 13. května 1986 (věc č. 170/84).

¹⁹ Mj. BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 141 - 142.

²⁰ FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturální centrum Praha, 2007, s. 109.

²¹ Rozsudek ESD *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* ze dne 31. března 1981 (věc č. 96/80).

sazby pro pracovníky na částečný úvazek v rámci ES (jimiž byly z 89% ženy).²²

V kauze *Bilka* ESD ekonomické argumenty zaměstnavatele nepřijal. V daném případě chtěla společnost učinit práci na plný úvazek pro zaměstnance atraktivnější, neboť jen jim mohla přikázat práci v pozdních odpoledních hodinách a v sobotu. ESD však výše zmíněné opatření za skutečnou ekonomickou potřebu nepovažoval. Později však ESD v kritizovaném případě *Enderby*²³ uznal, že rozdíl v odměňování může být výsledkem tržních sil. Konkrétně zkonstatoval, že pokud zaměstnavatel jedná v reakci na poptávku na trhu práce, může být jeho jednání ospravedlněno.²⁴

Ve věci *Hill a Stapleton*²⁵ ESD nicméně projevil pro ekonomické argumenty opět méně pochopení. V dané kauze se jednalo o pravidla přefazující do nižšího platového stupně zaměstnance státní služby, kteří chtěli přejít z režimu pracovníků sdílejících pracovní místa („job sharing“) na plný úvazek. Pro zaměstnavatele by změna uvedených pravidel údajně znamenala nárůst nákladů, ESD však toto odůvodnění nepřijal.

Základním příkladem nepřímé diskriminace založené normativním aktem členského státu je v judikatuře ESD případ *Rinner-Kühn*²⁶. ESD v dané věci rozhodl, že má-li legislativa nebo sociální politika diskriminační dopad, žalovaný stát tvrzení o *prima facie* diskriminaci vyvrátí, pokud prokáže, že toto rozdílné zacházení „odpovídá skutečné potřebě sociální politiky“ a zároveň je „k dosažení sledovaného zájmu přiměřené a nezbytné“.²⁷ Pouhý fakt, že dané ustanovení ovlivňuje mnohem větší počet ženských pracovníků než mužských, nemůže být považováno za vznik porušení čl. 119 SES.

²² *Zákaz diskriminace na základě pohlaví v právu ES*. Praha: Parlamentní institut, 1997, s. 6.

²³ Rozsudek ESD *Enderby v. Frenchay Health Authority a Secretary of State for Health* ze dne 27. října 1993 (věc č. C-127/92).

²⁴ Údajný nedostatek lékárníků dle zaměstnavatele způsobil nárůst tržní hodnoty tohoto povolání oproti povolání stěžovatelky – logopedky, která byla na základě kolektivní smlouvy za svou práci výrazně méně odměněna.

²⁵ Rozsudek ESD *Hill a Stapleton v. The Revenue Commissioners a Department of Finance* ze dne 17. června 1998 (věc č. C-243/95).

²⁶ Rozsudek ESD *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* ze dne 13. července 1989 (věc č. 171/88).

²⁷ FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturní centrum Praha, 2007, s. 109.

Z uvedeného ale vyplývá, že tam, kde existují různé prostředky k dosažení zvláštních cílů, musí zaměstnavatel nebo zákonodárny orgán zvolit ty, které se zavedení platových diferenciací mezi mužem a ženou vykonávajících stejnou práci vyvarují.²⁸ Tento poměrně přísný standard odůvodňování aplikovaný v případech *Bilka* a *Rinner-Kühn* však ESD postupně oslabuje.

Ve věci *Nolte*²⁹ ESD rozhodl, že si členské státy co se týče sociální politiky ponechávají široké uvázení. Dle zde použitého testu nemusí být nepřímo diskriminující legislativa nebo sociální politika přijímána z nezbytně sociálně-politického důvodu - postačí důvod legitimní, nezakládá-li se na rozlišování na základě pohlaví. Prostředky k dosažení cíle přitom nadále nemusejí být objektivně nezbytné - postačí, může-li členský stát odůvodněně předpokládat, že jsou k dosažení cíle přiměřené.³⁰

Zase poněkud odlišně ESD judikoval v kauze *Seymour-Smith*³¹, jež je důležitá i co se týče významu statistiky při prokazování nepřímé diskriminace. Jednalo se o to, zda má navenek neutrální výjimka z obecné právní úpravy diskriminační důsledky. ESD se v rámci předběžné otázky³² konkrétně zabýval případem dvou propuštěných zaměstnankyň, jimž britské právo neposkytovalo ochranu před protiprávním propuštěním, jelikož nebyly u posledního zaměstnavatele alespoň dva roky.

Řešilo se především, zda fakt, že má tato britská norma větší negativní dopad na ženy než na muže (rozdíl byl zhruba 9 %³³), může představovat nepřímou diskriminaci. ESD nejprve v souladu se svou dřívější judikaturou uvedl, že zodpovězení této otázky náleží domácím soudům, nicméně

²⁸ *Zákaz diskriminace na základě pohlaví v právu ES*. Praha: Parlamentní institut, 1997, s. 7.

²⁹ Rozsudek ESD *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover* ze dne 14. prosince 1995 (věc č. C-317/93).

³⁰ FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturní centrum Praha, 2007, s. 110.

³¹ Rozsudek ESD *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith a Perez* ze dne 9. února 1999 (věc č. C-167/97).

³² Byla předložena britskou Sněmovnou lordů a týkala se výkladu čl. 119 (čl. 141) SES (nyní čl. 157 SFEU) a vybraných ustanovení směrnice Rady 76/207/EHS.

³³ Normu zakládající pracovněprávní ochranu splnilo 77,4% mužů a 68,9% žen. Viz BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 58.

naznačil, že poměrně malý procentuální rozdíl domněnku nepřímé diskriminace, přinejmenším na první pohled, nezakládá.³⁴

ESD poté předložil test, dle kterého má domácí soud postupovat. Nejdříve má s ohledem na relevantní statistiky³⁵ určit, zda je daným aktem dotčeno „podstatně menší procento“ žen než mužů, popř. zda je daný rozdíl alespoň „trvajícím a relativně stálým“.³⁶ Pokud je však daný akt ospravedlněn objektivními faktory, které se nijak k diskriminaci na základě pohlaví nevážou, o nepřímou diskriminaci nepůjde. Povinnost toto prokázat má přítom členský stát coby autor zpochybněné normy.

Zajímavě k dané situaci přistoupila Sněmovna lordů, když s ohledem na šestileté statistiky vykazující soustavnost a dlouhodobost menšího zastoupení žen v chráněné skupině sice nepřímou diskriminaci shledala, ovšem daná norma podle ní byla přesto ospravedlnitelná. Soud totiž souhlasil s britskou vládou a přijal, že se jedná o legitimní a vůči ženám neutrální opatření, které se snaží flexibilitou pracovního trhu dosáhnout větší zaměstnanosti. Přiznal tedy vládě velkou míru uvážení a daný zákon za rozporný s čl. 119 SES neprohlásil.³⁷

Na závěr této části lze říci, že i ESD v současné době dává členským státům poměrně široký prostor k uvážení. Přinejmenším je test proporcionality používaný ESD pro zákonodárné akty výrazně méně přísný než v případě opatření zaměstnavatele. Problematičnost soudního přezkumu sociální politiky členských států je zřejmě hlavním z důvodů.³⁸

³⁴ BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 58.

³⁵ K použití statistik se ESD vyjádřil i v kauze *Enderby*, jež se také týkala otázky statistik k prokázání většího dopadu na jedno pohlaví. ESD konstatoval, že soud členského státu musí posoudit, zda dané statistiky pokrývají dostatečné množství jedinců, zda neodrážejí jen náhodný nebo krátkodobý stav věcí a zda, obecně vzato, působí pádně. Viz HAVELKOVÁ, B. *Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Evropského soudního dvora*. *Právní rozhledy*, 2006, č. 6, s. 211.

³⁶ FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturální centrum Praha, 2007, s. 107.

³⁷ BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 58 - 59.

³⁸ HAVELKOVÁ, B. *Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Evropského soudního dvora*. *Právní rozhledy*, 2006, č. 6, s. 213.

4. ZÁVĚREČNÉ POZNÁMKY

Jak již bylo uvedeno výše, ani po přijetí Lisabonské smlouvy není ve Smlouvách³⁹ či Listině základních práv EU explicitně zakotven koncept přímé a nepřímé diskriminace, tedy i nadále se v tomto směru budeme muset spolehnout na sekundární právo EU či judikaturu ESD.⁴⁰ Na základě zmíněných a některých dalších rozhodnutí byla definice nepřímé diskriminace vložena do směrnic týkajících se zákazu diskriminace, v sociální oblasti se proto nadále postupuje v souladu se sekundárním právem EU. Definice nepřímé diskriminace vytvořené ESD tak zůstávají zásadní zejména v oblasti hospodářského práva EU, kde zatím žádné zákonné definice neexistují.

Avšak i v oblasti sociálního práva bude do budoucna vývoj judikatury ESD důležitý, a to zejména co se týče interpretace požadavku na „zvláštní znevýhodnění“ (*particular disadvantage*) spojeného s existencí nepřímé diskriminace. V oblasti rovnosti žen a mužů pak bude zajímavé sledovat, nakolik se ESD přidrží své doposud závazné teze, že pro vznik nepřímé diskriminace musí být postižen „mnohem větší počet žen než mužů“ (*Bilka*), „mnohem vyšší procento zaměstnankyň než zaměstnanců“ (*Hill a Stapleton*), „značně více žen než mužů“ (*Elsner-Lakeberg*⁴¹), popř. „velmi výrazně nižší procento mužů než žen“ (*Nimz*⁴² či *Kowalska*⁴³).⁴⁴

V souvislosti se statistickými důkazy lze tedy obecně říci, že v současnosti je potřeba, aby určitá norma postihovala podstatně menší počet osob jedné skupiny než druhé či aby byl její rozdílný dopad alespoň relativně stálý. Další poznatek souvisí s rozlišováním ESD při testu proporcionality, kdy ESD v případě opatření zaměstnavatele postupuje výrazně přísněji než u zákonodárných aktů. Teprve budoucí kauzy ukáží, zda ESD v tomto ohledu přece jen diskreční pravomoc států neomezí, popř. zda bude v případě nedostatku statistických důkazů ke konstatování *prima facie* nepřímé

³⁹ Tj. ve Smlouvě o fungování Evropské unie a Smlouvě o Evropské unii.

⁴⁰ TOBLER, CH. *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Lucemburk: Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008, s. 25.

⁴¹ Rozsudek ESD *Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen* ze dne 27. května 2004 (věc č. C-285/02).

⁴² Rozsudek ESD *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* ze dne 7. února 1991 (věc č. C-184/89).

⁴³ Rozsudek ESD *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* ze dne 27. února 1990 (věc č. C-33/89).

⁴⁴ BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 148 - 149.

diskriminace postačovat zjevný negativní dopad na určitou skupinu, jak již judikoval v souvislosti s diskriminací z důvodu státní příslušnosti.

Literature:

- BARNARD, C., HEPPLER, B. Indirect Discrimination – Interpreting Seymour-Smith. *Cambridge Law Journal*. 1999, roč. 58, č. 2, s. 399 – 412.
- BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007. 471 s. ISBN 9788071795841.
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G. *EU Law - Text, Cases and Materials*. 4. vydání. New York: Oxford University Press, 2008. 1148 s. ISBN 9780199273898.
- FREDMAN, S. *Antidiskriminační právo*. Praha: Multikulturní centrum Praha, 2007. 209 s. ISBN 9788025410547.
- HAVELKOVÁ, B. Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Evropského soudního dvora. *Právní rozhledy*, 2006, roč. 14, č. 6, s. 208 - 214.
- TOBLER, CH. *Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*. Antverpy – Oxford: Intersentia, 2005. 515 s. ISBN 9050954588.
- TOBLER, CH. *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Lucemburk: Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008. 87 s. ISBN 9789279101502.
- *Rozsudek ESD ve věci Sotgiu v. Deutsche Bundespost*. Praha: Odbor kompatibility s právem ES, Úřad vlády České republiky. [Cit. 30. 10. 2010]. Dostupné z: <http://isap.vlada.cz/Dul/JUDIKATY>
- *Zákaz diskriminace na základě pohlaví v právu ES*. Praha: Parlamentní institut, 1997. [Cit. 2. 11. 2010]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/kps/pi/PRACE/PI-5-104.DOC>

Contact – email

t.skarkova@seznam.cz

JEDNOTLIVEC V EVROPSKÉM SOUDNICTVÍ

DAVID SEHNÁLEK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

V příspěvku budou analyzovány možnosti, které má jednotlivec v prostoru Evropské unie k dispozici k tomu, aby se domohl svých práv soudní cestou. Problematika bude zkoumána z pohledu práva Evropské unie. Důraz bude kladen změny v právu Evropské unie, jež byly provedeny Lisabonskou smlouvou. Cílem příspěvku je ověřit platnost následující hypotézy: Lisabonská smlouva podstatným způsobem nemění možnost jednotlivce domáhat se svých práv u Soudního dvora Evropské unie. K ověření hypotézy bude použita metoda deskripce, analýzy a syntézy.

Key words in original language

Lisabonská smlouva; Evropská úmluva; evropské soudnictví.

Abstract

The article analyses the possibilities which have been granted to an individual in the European Union in order to protect his/her rights. The focus is put on the legal regulation in the EU law with the emphasis on the changes introduced by the Lisbon Treaty. The article aim is to prove the thesis: the Lisbon Treaty has not significantly changed the rights and remedies of an individual within the EU judicial system. In order to prove the thesis, the method of description, analysis and synthesis will be used.

Key words

Lisbon Treaty; European Convention; European judiciary.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKA

V evropském prostoru je prosazování práva ve vztahu k jednotlivci zajišťováno na třech základních úrovních prostřednictvím státních, unijních a mezinárodních soudů. Mezinárodní soudy rozhodují podle práva mezinárodního. Unijní soudy mají za úkol prosazovat jak unijní, tak i mezinárodní právo. A konečně úkolem státních soudů je poskytovat ochranu podle unijního, vnitrostátního a zpravidla také mezinárodního práva. Mezi těmito jednotlivými soudními systémy neexistují vztahy podřízenosti a nadřízenosti. Nelze na ně proto nahlížet hierarchicky. Navíc, věcná působnost jednotlivých soudních soustav je rovněž odlišná.

2. INSTITUCIONÁLNÍ PŘEHLED

Na mezinárodní úrovni je nejvýznamnějším soudem působícím v evropském prostoru, který zahrnuje všechny členské státy Evropské unie,

bezesporu Evropský soud pro lidská práva. S ohledem na omezený prostor nebudeme zkoumat tento soud podrobně. Z pohledu tohoto příspěvku je totiž nejvýznamnější pouze jeho věcná působnost a možné vazby na národní a unijní soudy a jejich mechanismy prosazování práva.

Unijní soudy, souhrnně označované jako Soudní dvůr Evropské unie zahrnují celkem tři soudní tělesa. Soudní dvůr, Tribunál a Soud pro veřejnou změnu. Na jejich uspořádání Lisabonská smlouva v podstatě nic nezměnila, resp. změny byly jen kosmetické. Nejvíce patrnou změnou je přejmenování Soudu prvního stupně na Tribunál, neboť název původní již neodpovídal skutečnosti.

V rámci států Evropského hospodářského prostoru, které nejsou členy Evropské unie, je významná činnost Soudu ESVO. Uvedený soud zajišťuje prosazování unijního práva, resp. přesněji řečeno práva Evropského hospodářského prostoru v těchto státech. Lze jej proto chápat, jako instituci paralelní k Soudnímu dvoru Evropské unie. S ohledem na zaměření a limitovaný rozsah tohoto článku tento soud nebudeme dále uvažovat.

Zbývá národní úroveň. Zkoumat strukturu státních soudů však přesahuje možnosti tohoto příspěvku. Každý členský stát si sám organizuje vnitrostátní soudnictví s tím, že tato oblast spadá zcela mimo rámec pravomocí Evropské unie. Soudní soustavy jednotlivých států proto budou odlišné, cíl však mají totožný.

3. VYMEZENÍ VĚCNÉ PŮSOBNOSTI

Obecně ale platí, že zatímco státní soudy mají věcnou působnost zásadně neomezenou (nelze odpírat právo na spravedlnost), působnost unijních a mezinárodních soudů je věcně omezena jen na některé otázky. V případě Evropského soudu pro lidská práva je omezení dáno čl. 32 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropské úmluvy“) na otázky jejího výkladu a provádění. Pravomoc Soudního dvora Evropské unie je věcně omezena Smlouvou o Evropské unie a Smlouvou o fungování Evropské unie (dále jen „SEU“ a „SFEU“, společně „Smlouvy“). Toto vymezení pak stanoví hranice činnosti státních soudů, které nejsou oprávněny v otázkách spadajících do věcné působnosti Soudního dvora Evropské unie rozhodovat.

4. VAZBY MEZI SOUDNÍMI SOUSTAVAMI

Na vazby mezi jednotlivými soudními soustavami lze nahlížet z různých úhlů pohledu. Vždy je ale nutné vycházet z toho, že jsou na sobě vzájemně nezávislé. Tvoří oddělené soudní soustavy. Přímý přezkum rozhodnutí soudů soustavy jedné jiným soudem je vyloučen. Platí to i v těch případech, kdy národní soudy z hlediska funkčního rozhodují jako soudy Evropské unie tím, že prosazují unijní právo.

Interakce nicméně existují, a to v rovině funkční a interpretační. Obě roviny se přitom částečně překrývají. Funkční vazba existuje ve vztahu mezi státními a unijními soudy a projevuje se v řízení o předběžné otázce, v rámci něhož Soudní dvůr zajišťuje funkci autoritativního interpreta, resp. ústavního soudce Evropské unie. V rovině interpretační je zde vazba mezi ESLP na straně jedné a státními, resp. unijními soudy na straně druhé. Výklad Evropské úmluvy prováděný ESLP je nutno chápat jako minimální standard ochrany lidských práv a svobod ve smluvních státech této úmluvy s ohledem na její závaznou povahu pro členské státy ve spojení s pravomocí ESLP zajišťovat její závazný výklad. Minimálním standardem ochrany jsou také pro Evropskou unii a tudíž i pro Soudní dvůr Evropské unie, a to vzhledem k ustanovení článku 7 odst. 3 SEU, v rámci něhož se Unie jednostranně uznává práva zakotvená v Evropské úmluvě, jako součást obecných zásad práva Unie.

Z výše uvedeného vyplývá, že národní soudy i Soudní dvůr Evropskou unie jsou ve vztahu k základním právům a svobodám omezeni v interpretaci. Interpretace ESLP představuje materiální minimum, pod nějž by národní resp. unijní výklad základních práv a svobod neměl klesnout. Ve vztahu mezi Soudním dvorem a soudy členských států pak zase platí, že výklad unijního práva prvně zmíněné soudní instituce je tím jediným správným.

5. PŘÍSTUP JEDNOTLIVCE K JEDNOTLIVÝM SOUDŮM

Přímý přístup jednotlivce k mezinárodním soudům není obvyklý. Evropský soud pro lidská práva proto z tohoto pohledu představuje výjimku. Dle čl. 35 Evropské úmluvy totiž jednotlivec může podat stížnost k ESLP za předpokladu, že vyčerpal všechny vnitrostátní opravné prostředky nápravy.¹

Přímý přístup k národním soudům není nutné řešit. Je samozřejmý.

Přímý přístup jednotlivce k Soudnímu dvoru Evropské unie je omezený, a to pouze na případy výslovně uvedené ve Smlouvách. Rozlišovat lze následně situace, kdy má jednotlivec k Soudnímu dvoru Evropské unie přímý a kdy nepřímý přístup.

Dle Smlouvy o fungování Evropské unie má jednotlivec přímý přístup k Soudnímu dvoru Evropské unie v následujících situacích:

1. v případě žaloby na neplatnost za podmínek daných čl. 263 odst. 4 SFEU;

¹ Viz. čl. 35 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. V případě zjištění porušení na straně státu může Evropský soud pro lidská práva tam, kde není možná plná náprava, přiznat v případě potřeby poškozenému jednotlivci spravedlivé zadostiučinění. Evropský soud pro lidská práva tedy není další soudní instancí a nemůže změnit konečné vnitrostátní soudní rozhodnutí.

2. v případě žaloby na nečinnost za podmínek daných čl. 265 odst. 3 SFEU;
3. v případě mimosmluvní odpovědnosti Unie za škodu dle čl. 268 ve spojení s čl. 340 odst. 2 a 3 SFEU;
4. v případě sporu mezi zaměstnancem Unie a Unií v mezích daných služebním resp. pracovním řádem unie dle čl. 270 SFEU;
5. na základě rozhodčí doložky dle čl. 272 SFEU;
6. v případech přezkumu legality rozhodnutí přijatých v oblasti společné zahraniční a bezpečnostní politiky, a to dle čl. 275 ve spojení s čl. 263 odst. 4 SFEU.

Ve shora uvedených žalobách bude v prvním stupni zpravidla rozhodovat Tribunál, s výjimkou bodu 4, kdy je dána příslušnost Soudu pro veřejnou službu.

Nepřímo se jednotlivec může řízení před Soudním dvorem Evropské unie účastnit v případě:

7. řízení o předběžné otázce dle čl. 267 SFEU. Příslušným soudem bude Soudní dvůr;
8. žaloby na neaplikovatelnost aktu dle čl. 277 SFEU. Příslušným bude ten z unijních soudů, před nímž je řízení vedeno.

6. ZMĚNY ZAVEDENÉ LISABONSKOU SMLOUVOU

V kapitole IV. jsme uvedli přehled přímých žalob před Soudním dvorem Evropské unie, které mohou být iniciovány jednotlivcem. Nyní se blíže podíváme na změny, které v právní úpravě těchto řízení provedla Lisabonská smlouva, a zhodnotíme jejich možné dopady na jednotlivce.²

6.1 ŽALOBA NA NEPLATNOST

Lisabonská smlouva významně mění právní úpravu žaloby na neplatnost. Oproti dřívějšímu stavu se se rozšiřují možnosti jednotlivce napadnout akty

² Změny institucionálního charakteru nejsou předmětem této studie. Odkazují proto např. na Slašťan, M. Aplikácia postlisabonskej personálnej politiky EÚ v praxi – kreovanie Súdneho dvora Európskej únie in Zborník INTERPOLIS'10: VII. vedecká konferencia doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov, 25. november 2010 Banská Bystrica nebo též Stehlík, V. K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy. In Mířníky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. - 5. 4. 2008. Bratislava : Právnická fakulta UK v Bratislave, 2008. s. 192 – 199.

přijaté Evropskou unií. Rozšířen je subjektů, jejichž akty lze touto žalobou napadnout, a to o Evropskou radu nebo jiné instituce či subjekty Unie, za předpokladu, že jsou napadány takové jejich akty, které mají právní účinky vůči třetím osobám.³

Další důležitou změnou z pohledu jednotlivce je rozšíření aktů, které mohou být napadány touto žalobou. Pravidlo, že jednotlivec může žalobou na neplatnost napadnout buď rozhodnutí, které mu jsou určeny, nebo akty, kterého se bezprostředně a osobně dotýkají, zůstává zachováno, byť mizí dřívější omezení ve vztahu k nařízením. Nově se navíc objevuje možnost jednotlivce napadat také *právní akty s obecnou působností*, které se ho dotýkají bezprostředně a nevyžadují přijetí prováděcích opatření.⁴ V jejich případě se tedy neuplatní omezující podmínka osobního dotčení.

Právě posledně zmíněné rozšíření se ale jeví jako problematické. Pojem akty s obecnou působností totiž nikde ve Smlouvách není definován, jeho význam tak může budít pochyby. Lze ale dovozovat, že se uvedeným pojmem rozumí právní předpisy nižší právní síly, než legislativní akty⁵. Literatura k tomu uvádí, že se jedná o reziduum původního textu Smlouvy o Ústavě pro Evropu, jehož český text mimochodem pracoval s pojmem *podzákonné právní akty*.⁶ Konkrétně tak půjde především o akty Komise, vydávané podle jiných, než legislativních procedur.⁷

Vzhledem ke změně terminologie legislativních (a tedy zákonných) aktů v Lisabonské smlouvě⁸ oproti Smlouvě o Ústavě pro Evropu muselo nepochybně dojít také k úpravě tohoto pojmu. Výsledek, ale není příliš uspokojivý, protože i nařízení lze považovat za *právní akty s obecnou působností, které nevyžadují přijetí prováděcích opatření a dotýkají se jednotlivce přímo*. Je přitom zjevné, že takovéto rozšíření **nebylo** záměrem

³ tj. takových, které ovlivňují právní postavení takové osoby změnou v jejích právech či povinnostech. viz. Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, Sixth Edition, Oxford UP, 2007, 978-0-19-929035-2. s. 325 a 326.

⁴ viz. čl. 263 odst. 4 SFEU.

⁵ viz. čl. 289 odst. 3 SFEU, dle něhož se jimi rozumí právní akty přijaté legislativním postupem.

⁶ viz. čl. III-365 odst. 4 Smlouvy o Ústavě pro Evropu. Srov. Syllová, J., Pítrová, L., Paldusová, H. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*, C. H. Beck, 2010. s. 832.

⁷ Stehlík, V. *Smlouva o Ústavě pro Evropu a komunitami soudnictví*. In *Vztahy a interakcia vnútroštátneho práva, medzinárodného práva a európskeho práva z Madiska krajín Vyšehradskej štvorky po ich vstupe do Európskej únie*. Trnava : Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2006 ISBN 978-80-88931-68-3, s. 50.

⁸ v podstatě nešlo o změnu, ale zachování stávající terminologie.

Lisabonské smlouvy. Dlužno dodat, že jiné jazykové verze tohoto ustanovení jsou v tomto ohledu jasnější.⁹

Význam změn zavedených Lisabonskou smlouvou v případě žaloby na neplatnost spočívá v částečném překonání přísného Plaumannova testu, který dosud omezoval možnost jednotlivce domáhat se neplatnosti obecně závazného aktu Evropské unie.¹⁰ Byť totiž dosavadní striktní pravidla formulovaná Soudním dvorem zůstanou zachována, nebude je možno uplatňovat i na prováděcí právní předpisy. Postavení jednotlivce se proto ve srovnání s dřívějším stavem významně zlepšuje.¹¹

Další změna související s touto žalobou bude nastíněna níže v kapitole 5.6.

6.2 ŽALOBA NA NEČINNOST

Změny provedené Lisabonskou smlouvou ve vztahu k jednotlivci v případě žaloby na neplatnost jsou spíše kosmetické. Navíc se totiž objevuje v odstavci třetím čl. 265 SFEU možnost jednotlivce napadnout touto žalobou také nečinnost instituce nebo jiného subjektu Unie. Institucí jsou zřejmě myšleny orgány Unie, zřízené jí samotnou, čemuž by ostatně napovídalo znění čl. 263 odst. 5, jiným subjektem pak zřejmě nejruznější agentury případně jiné právnické osoby zřízené Unií.¹²

Význam uvedené změny spočívá v jednoznačném zakotvení možnosti jednotlivce touto žalobou napadnout také akty vydané Unií mimo její hlavní orgány.

6.3 ŽALOBA NA NÁHRADU ŠKODY DLE ČL. 268 VE SPOJENÍ S ČL. 340 ODS. 2 A 3 SFEU

Lisabonská smlouva tuto žalobu nijak nemění. Dochází pouze k přeformulování odstavce třetího čl. 340 SFEU aniž by došlo ke změně významu tohoto ustanovení. Článek 268 byl pouze aktualizován a přizpůsoben současné terminologii a číslování Smluv.

⁹ lze zmínit např. angličtinu, která zachovává původní terminologii Smlouvy o Ústavě pro Evropu beze změny.

¹⁰ Podrobně viz. Kaczorowska, A., *European Union law IMPRINT* London ; New York : Routledge-Cavendish, 2009. s. 426 a násl.

¹¹ viz. Chalmers, D., Monti, G., *European Union Law Updating Supplement Text and Materials*, Cambridge University Press, 2008, s. 86 a 87.

¹² Syllová, J., Pítrová, L., Paldusová, H. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*, C. H. Beck, 2010. s. 835.

6.4 ŽALOBA DLE ČL. 270 SFEU

Tato žaloba není podstatným způsobem měněna.

6.5 ŽALOBA DLE ČL. 272 SFEU

Tato žaloba není podstatným způsobem měněna.

6.6 ŽALOBA NA NEPLATNOST ROZHODNUTÍ PŘIJATÝCH V OBLASTI SPOLEČNÉ ZAHRANIČNÍ A BEZPEČNOSTNÍ POLITIKY, A TO DLE ČL. 275 VE SPOJENÍ S ČL. 263 ODS. 4 SFEU

Obecné pravidlo vylučující oblast společné zahraniční a bezpečnostní politiky z dosahu pravomocí Soudního dvora Evropské unie je v odst. 2 článku 275 SFEU částečně omezeno ve prospěch jednotlivce, který tak může nově napadnout žalobou na neplatnost ty akty, které mu stanoví omezující opatření (např. nemožnost nakládat s finančními prostředky).¹³ Z uvedeného vyplývá, že se tedy nejedná o novou žalobu, ale o rozšíření stávajících oblastí přezkumu žalobou na neplatnost o zcela novou problematiku.

6.7 ŘÍZENÍ O PŘEDBĚŽNÉ OTÁZCE DLE ČL. 267 SFEU

V právní úpravě řízení o předběžné otázce lze vysledovat jednak zpřesňující úpravy sledující novou terminologii používanou Lisabonskou smlouvou, a dále také zavedení nového institutu naléhavého řízení o předběžné otázce¹⁴. Smyslem tohoto řízení je zajistit co nejrychlejší rozhodnutí v citlivých otázkách prostoru svobody, bezpečnosti a práva tam, kde dotčený jednotlivec je ve vazbě. Uvedená změna představuje návaznost na rozšíření pravomocí Evropské unie a zavedení tohoto institutu lze hodnotit kladně. Samotný jednotlivec však jeho využití nemůže nijak volně ovlivnit.

6.8 ŽALOBA NA NEAPLIKOVATELNOST DLE ČL. 277 SFEU

Ustanovení článku 241 SES umožňující žalobou na neplatnost napadnout pouze nařízení bylo Lisabonskou smlouvou výrazně pozměněno. Nově je možné touto žalobou napadnout kterýkoliv *akt s obecnou působností*. České znění se přitom jeví být poněkud zavádějící, a to vzhledem k textu čl. 263 odst. 4 SFEU. Uveden ustanovení totiž, jak už bylo ostatně výše řečeno, umožňuje žalobou na neplatnost napadnout "**právní akty s obecnou působností**". S přihlédnutím k jiným jazykovým zněním tohoto ustanovení

¹³ viz. Syllová, J., Pítrová, L., Paldusová, H. a kol. Lisabonská smlouva. Komentář, C. H. Beck, 2010. s. 848.

¹⁴ označování ve spisové značce případu zkratkou PPU.

se však kloním k závěru, že použití přívlastku v „právní“ navíc v ustanovení o žalobě na neplatnost vyjadřuje úmysl rozlišovat mezi akty, které lze oběma žalobami napadnout.

Domnívám se, že i po změnách provedených Lisabonskou smlouvou budou žalobou na neplatnost nejčastěji napadána nařízení. V úvahu ale přichází i jiné akty obdobné povahy, např. některá rozhodnutí. Vždy však půjde dle mého názoru o normativní právní akty. To je také důvod, proč nepovažuji formulaci obou výše zmíněných ustanovení za šťastnou.

7. ZMĚNY VE VZTAHU K EVROPSKÉ ÚMLUVĚ

Z pohledu jednotlivce je do budoucna významné ustanovení čl. 6 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii, které předpokládá její přistoupení k Evropské úmluvě. Stává se tak právním základem, který dosud v unijním právu chyběl.¹⁵ Přistoupení Unie k uvedené úmluvě je logickým krokem. Pokud totiž byl výkon pravomocí omezen nutností respektovat základní lidská práva a svobody chráněná Evropskou úmluvou na národní úrovni, měla by tato ochrana být zajišťována ve stejném rozsahu i poté, co došlo ke svěření výkonu těchto pravomocí Evropské unii. Článek 6 je dále doplněn protokolem č. 8¹⁶, který upřesňuje podmínky, za nichž bude možný přístup Unie k uvedené úmluvě, ale z něhož pro jednotlivce žádná práva přímo nevyplývají. Obdobné závěry platí i pro prohlášení k čl. 6 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii.

Ustanovení čl. 6 odst. 3 SEU je v podstatě přejato z původního textu Smlouvy o Evropské unii. Postavení jednotlivce a jeho možnosti vzhledem k Evropské úmluvě se tedy Lisabonskou smlouvou nijak nemění.

8. ZÁVĚR

Z výše uvedeného je zřetelně vidět, že se hypotéza potvrdila. Lisabonská smlouva opravdu nijak zásadně postavení jednotlivce a jeho možnost domáhat se svých práv u Soudního dvora Evropské unie nemění. Změny jsou dílčí, často se týkají jen terminologie. Je to přitom právě terminologie, kde má Lisabonská smlouva největší slabiny. Zavádí nové pojmy, které nejsou nijak definovány. Tím se otvírá prostor pro interpretační činnost Soudního dvora, který jako jediný je oprávněn závazně vyřešit stávající otázky a pochybnosti o jejich skutečném významu. Zdaleka nejvýznamnější změnou, kterou Lisabonská smlouva v tomto kontextu zavádí tak bezesporu je zakotvení právního základu pro budoucí přistoupení k Evropské úmluvě.

¹⁵ viz. posudek Soudního dvora ze dne 28. března 1996 o Přistoupení Společenství k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

¹⁶ protokol č. 8 k čl. 6 odst. 2 Smlouvy o Evropské Unii o přistoupení Unie k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

Literature:

- Chalmers, D., Monti, G., European Union Law Updating Supplement Text and Materials, Cambridge University Press, 2008.
- Hartley, T., The Foundations of European Community Law, Sixth Edition, Oxford UP, 2007, 978-0-19-929035-2.
- Kaczorowska, A., European Union law IMPRINT London ; New York : Routledge-Cavendish, 2009.
- Syllová, J. , Pítrová, L. , Paldusová, H. a kol. Lisabonská smlouva. Komentář, C. H. Beck, 2010.
- Slašťan, M. Aplikácia postlisabonskej personálnej politiky EÚ v praxi – kreovanie Súdneho dvora Európskej únie in Zborník INTERPOLIS'10: VII. vedecká konferencia doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov, 25. november 2010 Banská Bystrica.
- Stehlík, V. Smlouva o Ústavě pro Evropu a komunitami soudnictví. In Vztahy a interakcia vnútroštátneho práva, medzinárodného práva a európskeho práva z Madiska krajin Vyšehradskej štvorky po ich vstupe do Európskej únie. Trnava : Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2006 ISBN 978-80-88931-68-3.
- Stehlík, V. K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy. In Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. - 5. 4. 2008. Bratislava : Právnická fakulta UK v Bratislave, 2008.

Contact – email

david@sehnalek.cz

POSTAVENÍ SPOTŘEBITELE V EVROPSKÉM PRÁVU – AKTUÁLNÍ OTÁZKY A VÝVOJOVÉ TENDENCE

KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Politika ochrany spotřebitele EU coby vedlejší produkt ekonomické integrace Evropy tradičně považovala spotřebitele za spíše pasivního účastníka společného trhu, jenž výhod společného trhu využíval prostřednictvím aktivity členských států. Současné snahy Evropské komise nicméně naznačují podstatnou změnu v chápání spotřebitele - nově má spotřebitel vstupovat na společný trh přímo, a to prakticky bez účasti členských států. Tento příspěvek se snaží představit zásadní změny v postavení spotřebitelů v právu EU za posledních 20 let a kriticky zhodnotit současné snahy Evropské komise v oblasti politiky ochrany spotřebitele.

Key words in original language

Spotřebitelé; ochrana spotřebitele; EU; právo EU.

Abstract

EU consumer policy as a by-product of economic integration of Europe has traditionally understood consumer as a rather passive participant of the single market who enjoys its benefits thanks to the action of member states. However, current attempts of the European Commission show a substantial shift in the understanding of the matter - the consumer is supposed to enter the single market directly, practically without any interference on the part of the member states. This paper aims to present major changes in the position of consumers in EU law within the last two decades and to critically assess the efforts of the European Commission in the field of consumer policy.

Key words

Consumers; consumer protection; EU; EU law.

ÚVOD

Postavení spotřebitele se v evropském právu proměňovalo v závislosti na vývoji politiky ochrany spotřebitele – až do období 90. let 20. století byl spotřebitel evropským právem sice považován za beneficiáře vnitřního (společného) trhu, zároveň však byl ve svém postavení zásadně závislý na

aktivitách Společenství¹ (zejména Evropské komise a Soudního dvora) a členských států. Tato skutečnost má svůj základ v několika faktorech – v první řadě je to tzv. minimální harmonizace, formálně poprvé zakotvená v primárním právu Maastrichtskou smlouvou,² v jejímž důsledku bylo (resp. stále je) postavení spotřebitele do značné míry ovlivněno ochotou členského státu poskytnout mu větší či menší stupeň ochrany. Dalším faktorem ovlivňujícím postavení spotřebitele v evropském právu je skutečnost, že sama politika ochrany spotřebitele zažívá v posledních dvou desetiletích bouřlivý vývoj, takže pozice spotřebitele zejména v oblasti hmotného práva se stává stále silnější. Tomuto postavení nicméně neodpovídá míra praktické možnosti vymáhat svá práva, neboť procesní ochrana spotřebitele zdaleka nedosahuje úrovně ochrany hmotněprávní. V posledním desetiletí navíc Evropská komise, hlavní iniciátor spotřebitelské politiky EU, znatelně pléduje ve prospěch změny úrovně harmonizace předpisů členských států z harmonizace minimální na úplnou (maximální) harmonizaci. Tento obrat by na jednu stranu patrně přispěl ke zvýšení právní jistoty spotřebitelů i podnikatelů, když pravidla na ochranu spotřebitele by byla napříč EU shodná, zároveň by však měl za následek „odstavení“ členských států na druhou kolej při vytváření národní politiky ochrany spotřebitele. Cílem tohoto příspěvku je kriticky zhodnotit recentní aktivity Evropské komise na poli ochrany spotřebitele a vymezit současné postavení spotřebitele v evropském právu. Z hlediska metodologického je třeba upozornit, že příspěvek se nevěnuje jednotlivým směrniciím na ochranu spotřebitele a jejich implementaci v jednotlivých národních právních řádech.

1. VLIV MINIMÁLNÍ HARMONIZACE NA POSTAVENÍ SPOTŘEBITELE V EVROPSKÉM PRÁVU

Přehled postavení spotřebitele v evropském právu je třeba začít stručným náhledem na právní základ ochrany spotřebitele v právu primárním. První právní základ aktivit Společenství na poli ochrany spotřebitele přinesl Jednotný evropský akt (1987), který novelizoval Smlouvu o založení EHS (SEHS) přidáním zcela nového čl. 100a (před změnou provedenou Lisabonskou smlouvou se jednalo o čl. 95 SES), jenž se týkal harmonizace právních předpisů členských států. Ochrana spotřebitele byla skrze čl. 100a SEHS zařazena mezi oblasti aktivity Společenství směřující k vytvoření vnitřního trhu.³ Zásadní změnu pro spotřebitelskou politiku EU (ES),

¹ Toto označení je sice v současné době anachronické, s ohledem na skutečnost, že příspěvek se věnuje období téměř výhradně před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, však bude v příspěvku používán. Termín Evropská unie (také „Unie“, „EU“) bude v textu použit pro označení současné Evropské unie; případný odkaz na Evropskou unii ve smyslu dřívější právní úpravy bude vysvětlen.

² Smlouva o Evropské unii ze dne 7. 2. 1992.

³ Celé znění čl. 100a: *Odchylně od článku 100 a není-li v této smlouvě stanoveno jinak, použijí se k dosažení cílů uvedených v článku 8a následující ustanovení. Rada na návrh*

a tedy i postavení spotřebitele v evropském právu, však představovala až Maastrichtská smlouva. Smlouva měla zásadní dopad na postavení spotřebitele v evropském právu ve dvou ohledech – jednak zakotvila do Smlouvy o založení ES (dále jen „SES“) v čl. 3 odst. 1 písm. s)⁴ ochranu spotřebitele coby nový cíl Společenství⁵, a dále do SES přinesla čl. 129a, jenž položil základ politiky ochrany spotřebitele včetně metody minimální harmonizace.⁶ Obdobná právní regulace ochrany spotřebitele v evropském právu se přitom zachovala prakticky v nezměněné podobě dodnes, a to v člancích 12 a 169 Smlouvy o fungování Evropské unie⁷ (dále jen „SFEU“).⁸

Komise ve spolupráci s Evropským parlamentem a po konzultaci s Hospodářským a sociálním výborem kvalifikovanou většinou přijímá opatření ke sblížení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a fungování vnitřního trhu. (odst. 1). Odstavec 1 se nevztahuje na ustanovení o daních, ustanovení týkající se volného pohybu osob, ani na ustanovení týkající se práv a zájmů zaměstnanců. (odst. 2). Komise bude ve svých návrzích podle odstavce 1 týkajících se zdraví, bezpečnosti, ochrany životního prostředí a ochrany spotřebitele vycházet z vysoké úrovně (čl. 95 odst. 3 SES).

⁴ Po změně číslování provedené Amsterdamskou smlouvou (Smlouvou pozměňující Smlouvu o Evropské unii, Smlouvy o založení Evropských společenství a další příbuzné akty ze dne 2. 10. 1997) čl. 3 odst. 1 písm. t) SES.

⁵ *Činnosti Společenství pro účely vymezené v článku 2 zahrnují za podmínek a v harmonogramu stanoveném touto Smlouvou [...] přínos k posílení ochrany spotřebitele (zkráceno).*

⁶ *Celé znění bývalého čl. 129a SES bylo následující: Společenství přispívá k dosažení vysoké úrovně ochrany spotřebitele prostřednictvím: a) opatření přijatých podle článku 100a v souvislosti s vytvářením vnitřního trhu; b) specifických činností, které podporují a doplňují politiku členských států v oblasti ochrany zdraví, bezpečnosti a hospodářských zájmů spotřebitelů a poskytování odpovídajících informací spotřebitelům. (odst. 1). Rada postupem podle článku 189b po konzultaci s Hospodářským a sociálním výborem rozhoduje o specifických činnostech uvedených v odstavci 1 písm. b). (odst. 2). Činnost, o níž bylo rozhodnuto podle odstavce 2, nebrání členskému státu zachovávat nebo zavádět přísnější ochranná opatření. Tato opatření musí být slučitelná s touto smlouvou. Jsou oznamována Komisi. (odst. 3).*

⁷ Ve znění Lisabonské smlouvy pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, podepsané v Lisabonu dne 13. 12. 2007.

⁸ *Současné znění čl. 12 a 169 SFEU odpovídá znění čl. 153 SES po novele zavedené Amsterdamskou smlouvou, kdy tato smlouva představila v odst. 1 čl. 153 SES určitý katalog práv spotřebitelů na vnitřním trhu (K podpoře zájmů spotřebitelů a k zajištění vysoké úrovně ochrany spotřebitele přispívá Společenství k ochraně zdraví, bezpečnosti a hospodářských zájmů spotřebitelů jakož i k podpoře jejich práva na informace, vzdělávání a práva sdružovat se k ochraně svých zájmů) a v odst. 2 čl. 153 SES uložila Společenství povinnost zohledňovat požadavky na ochranu spotřebitele při vymezování a provádění jiných politik ES. Shodnou povinnost ukládá Unii čl. 12 SFEU – kopíruje tak znění čl. 153 odst. 2 SES; znění čl. 169 je shodné se zněním čl. 153 odst. 1a 3 – 5 SES.*

V souvislosti s právním základem spotřebitelské politiky EU je zajímavé sledovat postoj Evropské komise k minimální harmonizaci. Komise od počátku sledovaného období hovořila o potřebě zajištění určitého minimálního standardu – např. v Zelené knize o ochraně spotřebitele v Evropské unii z roku 2001 uvedla, že cílem spotřebitelské ochrany je *vytvoření systému regulace, jenž umožní vysokou úroveň ochrany za současně nízkých nákladů pro podnikatele, bude co nejjednodušší a dostatečně flexibilní, aby mohl rychle reagovat na trh, umožní co největší zapojení soutěžitelů, poskytne právní jistotu a zajistí její účinné vymáhání, a to zejména v přeshraničních případech.*⁹ Ve shodném dokumentu ale Komise zároveň kritizovala metodu minimální harmonizace, neboť podle jejího názoru *vytváří další odlišnosti mezi národními právními řády vedle již existujících dosud neharmonizovaných oblastí ochrany spotřebitele.*¹⁰ Ve stejném duchu jako v Zelené knize pokračovala Komise i ve Strategii politiky ochrany spotřebitele na léta 2002 – 2006, v níž mj. jako jeden ze střednědobých cílů spotřebitelské politiky ES jmenovala dosažení vysoké úrovně ochrany spotřebitele napříč EU. Ve vztahu k ekonomickým zájmům spotřebitelů Komise poprvé otevřeně prezentovala upřednostnění úplné harmonizace před harmonizací minimální, a to primárně pro směrnici 94/47/ES o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí (tzv. směrnice o timeshare) a směrnici 90/314/EHS o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy (nutno dodat, že u směrnice o timeshare došly snahy Komise naplnění, neboť tato směrnice byla nahrazena směrnicí 2008/122/ES o ochraně spotřebitele ve vztahu k některým aspektům smluv o dočasném užívání ubytovacího zařízení (timeshare), o dlouhodobých rekreačních produktech, o dalším prodeji a o výměně, která je postavena na úplné harmonizaci).

Není překvapením, že i Zelená kniha o revizi spotřebitelského *acquis*, patrně jeden z nejvýraznějších počínů Komise na poli ochrany spotřebitele v posledním desetiletí, zřetelně odráží snahu Komise posunout úroveň ochrany spotřebitele od minimální k úplné harmonizaci. V zelené knize Komise vedle sumarizace dosavadního stavu spotřebitelského *acquis*¹¹ navrhla tři varianty dalšího vývoje právní regulace ochrany

⁹ Green Paper on European Union Consumer Protection, COM (2001) 531 final, Brussels 2. 10. 2001, s. 4.

¹⁰ Tamtéž, s. 7.

¹¹ Jednalo se o směrnici Rady 85/577/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory, směrnici Rady 90/314/EHS o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy, směrnici Rady 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, směrnici Evropského parlamentu a Rady 94/47/ES o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí (tato směrnice, jak uvedeno výše, byla nahrazena směrnicí 2008/122/ES), směrnici Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku, směrnici Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES o ochraně spotřebitele při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli, směrnici Evropského

spotřebitele v právu ES – vertikální přístup, spočívající ve změnách jednotlivých směrnic, smíšený přístup, spočívající ve vytvoření tzv. horizontálního nástroje, který by fungoval jako obecný harmonizační základ pro všechny revidované směrnice, a zachování dosavadního stavu. Vedle toho také upozornila na skutečnost, že s ohledem na nevyhovující současný stav (rozumějme minimální harmonizaci) je třeba stanovit stupeň harmonizace, a navrhla tři možnosti řešení – revizi *acquis* společně s úplnou harmonizací, minimální harmonizaci spojenou s aplikací principu vzájemného uznávání a minimální harmonizaci spojenou s aplikací principu země původu. Komise přitom vyjádřila podporu úplné harmonizaci, neboť *ta by měla za následek [...] odstranění právních možností, které mají členské státy prostřednictvím ustanovení některých směrnic k dispozici pro zvláštní aspekty, což by mohlo v některých členských státech vést ke změně úrovně ochrany spotřebitele.*¹² K opouštění metody minimální harmonizace a k příklonu k harmonizaci úplné se Komise přihlásila i v dalším významném dokumentu týkajícím se postavení spotřebitele v evropském právu – návrhu směrnice o právech spotřebitelů.¹³ V důvodové zprávě k návrhu mj. uvedla, že příčinou problému právní roztržitosti je *odlišné uplatňování ustanovení o minimální harmonizaci, která jsou obsažena v platných směrnicích, ze strany členských států. Rovněž nekoordinovaný postup při řešení nového vývoje na trzích, regulačních nedostatků a nesrovnalostí ve spotřebitelském právu Společenství způsobuje ještě větší roztržitost a zhoršuje tento problém.*¹⁴ Důsledkem této roztržitosti je pak dle Komise neochota podniků prodávat zboží a poskytovat služby spotřebitelům v zahraničí a zároveň nízká míra důvěry spotřebitele v přeshraniční nákupy.¹⁵

U citovaného návrhu směrnice o právech spotřebitelů je vhodné se zastavit a zhodnotit postoj Evropské komise k ochraně spotřebitele právem EU a její představy o ideálním postavení spotřebitele na vnitřním trhu. Na jednu stranu Komise akcentuje potřebu společného minimálního standardu pro právní úkony uzavírané spotřebiteli na společném trhu (byť se optikou Komise jedná takřka výhradně o úkony přeshraniční), zároveň však dodává, že standard ochrany je nedostatečný, a prosazuje proto harmonizaci

parlamentu a Rady 98/27/ES o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany spotřebitelů, směrnici Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží.

¹² Zelená kniha o revizi spotřebitelského *acquis*, KOM (2006) 744 v konečném znění, Brusel 7. 2. 2007, s. 10.

¹³ KOM (2008) 614 v konečném znění, Brusel 8. 10. 2008.

¹⁴ Tamtéž, s. 6.

¹⁵ Tamtéž, s. 3.

úplnou.¹⁶ Ve vztahu k argumentu Komise ohledně potřebnosti úplné harmonizace nelze opomenout úvahy o možné chybějící, resp. nedostatečně vymezené pravomoci EU použít v oblasti spotřebitelské politiky metodu úplné harmonizace. Z ustanovení čl. 169 odst. 4 SFEU vyplývá právo členských států zachovat přísnější standardy ochrany spotřebitele (za podmínky jejich slučitelnosti se Smlouvou), než jsou ty zavedené opatřeními Evropského parlamentu a Rady. Komise za právní základ úplné harmonizace pokládá ustanovení odst. 2 písm. a) čl. 169 SFEU, jež odkazuje na čl. 114 (bývalý čl. 95 SES) o harmonizaci a jež pracuje s pojmem „v souvislosti s vytvářením vnitřního trhu“ (na vytváření a podporu fungování vnitřního trhu shodně odkazuje i čl. 114 SFEU). Vnitřní (společný) trh přitom byl (resp. měl být) vytvořen již k 1. 1. 1993, a argumentace jeho vytvořením se tak jeví přinejmenším oportunistická. Vedle toho se oportunistickou jeví i opakovaná argumentace Komise nedostatečnou důvěrou spotřebitelů ve vnitřní trh a neochotou podnikatelů poskytovat své výrobky a služby spotřebitelům v jiných členských státech. Jak upozorňuje např. T. Wilhelmsson, řada spotřebitelů nemá povědomí o svých právech ani na národní úrovni a většina spotřebitelů pravděpodobně nezná ani „svůj“ vlastní právní řád, aniž by jim tato skutečnost bránila v uzavírání obchodů na národní úrovni. Dle Wilhelmssona tak lze očekávat, že spotřebitelům neznalost práv, jež jim poskytují právní řády jiných členských států, nezabrání ve využívání těchto trhů.¹⁷ S tímto postřehem je podle mého názoru bez dalšího možno souhlasit, neboť pakliže laičtí spotřebitelé běžně nakupují zboží i služby na národním trhu, neexistuje důvod, proč by tak nečinili ani na trhu evropském. Rozvinutí právního povědomí spotřebitelů, k němuž dle Komise úplná harmonizace povede, sice skutečně může přispět k jejich zvýšené důvěře ve společný trh, na druhou stranu však nelze než přisvědčit argumentu S. Weatherilla, že někteří spotřebitelé nejsou schopni poskytnuté informace adekvátním způsobem zpracovat a využít ve svůj prospěch,¹⁸ a zvyšování jejich informovanosti (i skrze zavádění jednotných standardů, od nichž se členské státy nebudou moci odchýlit) se tak může jevit nadbytečným. K odůvodnění, jež Komise v diskusi o vhodné míře harmonizace předpisů

¹⁶ Toto prosazování se Komisi nezřídka daří – příkladem par excellence je směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („směrnice o nekalých obchodních praktikách“).

¹⁷ Wilhelmsson, T.: The Abuse of the „Confident Consumer“ as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, Sep 2004, Vol. 27, Iss. 3, s. 325.

¹⁸ Weatherill, S. Promoting the Consumer Interest in an Integrated Service Market [online, cit. 2010-11-20]. Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, dostupné z: http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/23_promotingtheconsumerinterestinanintegratedservicesmarket.pdf

členských států na ochranu spotřebitele používá, tak nelze než přistupovat se značnou mírou skepse.

2. SOUČASNÉ POSTAVENÍ SPOTŘEBITELE V EVROPSKÉM PRÁVU – IDEÁLNÍ STAV?

Jakkoli v tomto příspěvku nebyly představeny a analyzovány jednotlivé směrnice na ochranu spotřebitele (a zcela stranou zůstala také problematika ochrany zdraví a bezpečnosti spotřebitelů), i pouhým pohledem na výše uvedené aktivity Komise lze dospět k – do jisté míry zjednodušujícímu – závěru, že spotřebitelská politika EU je značně propracovaná, a postavení spotřebitele tak nutně musí být silné. V souvislosti s hodnocením postavení spotřebitele v evropském právu je však třeba vzít v úvahu nejen jeho hmotněprávní základ (jenž bezesporu poskytuje spotřebiteli široký okruh práv), ale také reálnou možnost se svěřených práv domoci. V porovnání s předpisy na poli hmotného práva je přitom suma norem na ochranu spotřebitele v procesním právu nepoměrně nižší; to je do značné míry způsobeno nedostatkem pravomoci EU (dříve ES), neboť EU je omezena mantinely nastavenými čl. 81 odst. 2 písm. e) – g) SFEU (dříve čl. 65).

Za podnětnou aktivitu Komise v oblasti procesního práva lze nicméně považovat Zelenou knihu o přístupu spotřebitelů ke spravedlnosti a o urovnání spotřebitelských sporů na vnitřním trhu,¹⁹ v níž Komise skrze komparativní analýzu identifikovala dva hlavní způsoby řešení postavení spotřebitelů v jednotlivých členských státech – zjednodušení soudních řízení týkajících se tzv. drobných nároků anebo vytvoření systému mimosoudního řešení sporů.²⁰ Je zajímavé, že oba „národní“ způsoby se promítly i do řešení procesního postavení spotřebitele na evropské úrovni – v oblasti drobných nároků je od 1. 1. 2009 účinné nařízení 861/2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích (nařízení o drobných nárocích), a v oblasti mimosoudního řešení spotřebitelských sporů (dále také jako „ADR“) Komise vyvíjí řadu aktivit,²¹ z nichž pro spotřebitele za nejdostupnější lze považovat provozování sítě Center evropských spotřebitelů (European Consumer Centres' Network), jež asistují spotřebitelům při problémech s obchody uzavíranými přes hranice.

Právní základ pro vymáhání práv spotřebitelů soudní cestou je vedle zmíněného nařízení o drobných nárocích prakticky tvořen pouze směrnicí 2009/22/ES o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů

¹⁹ COM (93) 576 final.

²⁰ Tamtéž, s. 54.

²¹ Např. doporučení 98/257/ES ze dne 30. 3. 1998 ohledně principů týkajících se orgánů odpovědných za mimosoudní urovnání spotřebitelských sporů, doporučení C (2001) 1016 o principech pro mimosoudní orgány příslušné pro smírné urovnání spotřebitelských sporů.

spotřebitelů, která nahradila směrnicí 98/27/ES, a nařízením 2006/2004/ES o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele („nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele“). Jak směrnice v bodech 5) a 6) preambule, tak nařízení v bodu 2) preambule pracují s pojmem „důvěra spotřebitele ve vnitřní trh,²² v tomto ohledu se tak příliš neliší od směrnic z oblasti hmotného práva. Oba předpisy jsou však zaměřeny jen na ochranu kolektivních zájmů spotřebitelů, takže pro potřeby individuálních spotřebitelů nejsou příliš použitelné a v případech jednotlivých soudních sporů jsou spotřebitelé stále odkázáni na národní právní řády. Navzdory ambicím Komise (resp. EU jako takové) podporovat alternativní způsoby řešení sporů a přispívat k posílení přístupu ke spravedlnosti je tak třeba konstatovat, že možnost spotřebitelů vymáhat svá práva přes hranice je dosud poměrně nízká a provázanost hmotného a procesního práva je nedostatečná.

ZÁVĚR

Současné postavení spotřebitele v evropském právu je s ohledem na výše uvedené charakterizováno několika zásadními rysy. Z hlediska hmotného práva je spotřebitel nepochybně na společném (vnitřním) trhu velmi dobře etablován a lze očekávat, že okruh jeho práv – zejména těch ekonomické povahy – se bude dále rozšiřovat a zpřesňovat. Uvedenou tezi potvrzuje silící tlak na prosazení úplné harmonizace, jenž se promítá do revize spotřebitelského *acquis*.²³ Na poli procesního práva je pozice spotřebitele nesporně slabší, což je do jisté míry způsobeno nedostatkem pravomoci EU k přijímání příslušných předpisů. Dalším faktorem působícím na rozdílnost právních úprav vymáhání spotřebitelských práv před soudy či mimo ně je skutečnost, že jen velmi malé procento spotřebitelských problémů se řeší soudní cestou, příp. prostřednictvím mechanismů ADR - většina kontaktů spotřebitelů s obchodníky probíhá přímo, a proto je vytvoření sítě neformálních dohod a kontaktů nutnou prekvizitou posílení tolikrát

²² *Tyto potíže mohou narušit plynulé fungování vnitřního trhu v důsledku toho, že stačí přemístit zdroj protiprávní praxe do jiného státu, aby se dostal mimo dosah jakéhokoli způsobu uplatnění práva. Toto způsobuje narušení hospodářské soutěže (bod 5 preambule směrnice 2009/22/ES). Uvedené potíže mohou snížit důvěru spotřebitelů ve vnitřní trh [...] (bod 6) preambule směrnice 2009/22/ES, zkráceno). Obtíže s vymáháním dodržování zákonů v přeshraničních případech rovněž podkopávají důvěru spotřebitelů ve využívání přeshraničních nabídek, a tím i jejich důvěru ve vnitřní trh [...] (bod 2) preambule nařízení 2006/2004, zkráceno).*

²³ Srov. směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách či nová směrnice 2008/122/ES o timeshare.

citované důvěry spotřebitelů ve společný trh a podpory přeshraničních obchodů.²⁴

Lze tak uzavřít, že současné postavení spotřebitele v evropském právu charakterizuje především jeho nevyváženost v oblasti hmotného a procesního práva, jež je způsobena rozdělením pole působnosti – zatímco v oblasti hmotného práva je možné pozorovat stále silnější pozici Evropské unie a postupné „odstavování“ členských států na vedlejší kolej prostřednictvím akcentu na úplnou harmonizaci, justiční oblasti (a přístupu ke spravedlnosti obecně) dosud dominují členské státy. Protože zatím nelze očekávat rozšiřování pravomoci EU na poli justiční spolupráce v občanských a obchodních věcech, je třeba tento stav považovat za alespoň prozatím nezvratný.

Literature:

- Stuyck, J. – Terryn, E. – Van Dyck, T.: Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. *Common Market Law Review* [online]. Feb 2006, Vol. 43, Iss. 1 [cit. 2010-11-09]. s. 107-152. Dostupné z ProQuest: <http://proquest.umi.com/pqdlink?index=8&did=1014590141&SrchMode=3&sid=8&Fmt=4&VInst=PROD&VType=PQD&RQT=309&VName=PQD&TS=1289339057&clientId=45397&aid=3>
- Weatherill, S.: EU consumer law and policy, Northampton : Edward Elgar Publishing, 2006, 272 s., ISBN 978-1-84542-867-9.
- Weatherill, S.: Promoting the Consumer Interest in an Integrated Services Market [online, cit. 2010-11-20]. Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, dostupné z: http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/23_promotingtheconsumerinterestinanintegratedservicesmarket.pdf
- Wilhelmsson, T.: The Abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, [online]. Sep 2004, Vol. 27, Iss. 3 [cit. 2010-11-09]. s. 317-337. Dostupné z ProQuest:

²⁴ K tomu srov. Wilhelmsson, T., dílo cit. pod pozn. 17, s. 329 – 330.

<http://proquest.umi.com/pqdlink?index=4&did=707261631&SrchMode=3&sid=6&Fmt=6&VInst=PROD&VType=PQD&RQT=309&VName=PQD&TS=1289338782&clientId=45397&aid=2>

- Jednotný evropský akt ze dne 28. 2. 1986, Úřední věstník L 169 ze dne 29. 6. 1987
- Smlouva o Evropské unii ze dne 7. 2. 1992 (Maastrichtská smlouva), Úřední věstník C 191 ze dne 29. 7. 1992
- Amsterdamská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii, Smlouvy o založení Evropských společenství a další příbuzné akty ze dne 2. 10. 1997, Úřední věstník C 340 ze dne 10. 11. 1997
- Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie, Úřední věstník C 83/47 ze dne 30. 3. 2010
- Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, podepsaná v Lisabonu dne 13. 12. 2007, Úřední věstník C 306 ze dne 17. 12. 2007
- směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/22/ES ze dne 23. dubna 2009 o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů (kodifikované znění), Úřední věstník L 110/3 ze dne 1. 5. 2009
- nařízení č. 2006/2004/ES o spolupráci mezi vnitrostátními orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele, Úřední věstník L 364 ze dne 9. 12. 2004
- Green Paper on European Union Consumer Protection [online], COM (2001) 531 final, Brussels 2. 10. 2001, [cit. 2010-11-21]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:EN:PDF>
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions – Consumer Policy Strategy 2002 – 2006, COM (2002) 208 final, Brussels 7. 5. 2002, Úřední věstník C 137 ze dne 8. 6. 2002

- Zelená kniha o revizi spotřebitelského acquis [online], KOM (2006) 744 v konečném znění, Brusel, 8. 2. 2007, [cit. 2010-11-21]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:EN:PDF>
- návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o právech spotřebitelů [online], KOM (2008) 614 v konečném znění, Brusel 8. 10. 2008, [cit. 2010-11-21]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:CS:PDF>
- Green Paper - ACCESS OF CONSUMERS TO JUSTICE AND THE SETTLEMENT OF CONSUMER DISPUTES IN THE SINGLE MARKET [online], COM (93) 576 final, Brussels, [cit. 2010-11-21]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0576:FIN:EN:PDF>

Contact – email

katerina.skrivankova@gmail.com

MOŽNOSTI JEDNOTLIVCA V KONANÍ O PORUŠENÍ ÚNIOVÉHO PRÁVA PODĽA ČL. 258 A 260 ZFEÚ ALEBO AKO UROBIŤ Z VODY COCA-COLU

MIROSLAV SLAŠŤAN

Faculty of Law, Pan European University (Department of International and European Law), Slovak Republic

Abstract in original language

Napriek samotnej konštrukcii práv a povinností fyzických a právnických osôb, vrátane systému garancií práv občanov Únie, ktoré z práva EÚ vyplývajú, neumožňujú zakladajúce zmluvy jednotlivcom zasahovať priamo do konania o porušení únievého práva, podľa čl. 258 až 260 Zmluvy o fungovaní EÚ. V súvislosti s realizáciou týchto ustanovení však jednotlivci majú k dispozícii Európskou komisiou vytvorený inštitút sťažnosti, ktorá aj prostredníctvom neho zabezpečuje uplatňovanie práva EÚ v zmysle čl. 17 ods. 1 Zmluvy o EÚ. Práve narastajúca iniciatíva jednotlivcov ovplyvnila vytvorenie mechanizmu, ktorý aj napriek absencii právneho základu plní najmä prevenčnú funkciu voči rôznym formám porušovania únievého práva unikajúceho pozornosti inštitúcií EÚ. Keďže celé predsúdne i súdne konanie o porušení únievého práva členskými štátmi je v rukách Európskej komisie, aj inštitút sťažnosti podlieha politickým modifikáciám tam, kde ostro podkopáva jej diskrečné právomoci.

Key words in original language

Právo EÚ; konanie o porušení povinnosti podľa čl. 258 až 260 ZFEÚ; Európska komisia; diskrečné právomoci; individuálna sťažnosť.

Abstract

Despite construction of rights and duties of individuals, including system of guarantees of EU citizens, which results from EU Law, Founding Treaties do not allow directly intervene to the infringement proceeding under Art. 258 – 260 Treaty on functioning of the EU by private individuals. According to realization of these provisions individuals has institute of complaint, created by the European Commission, which is also one of its mechanism for guarding of application of EU Law under Art. 17 para.1 Treaty on European Union. Just progressive development of individual initiative has influenced establishing of mechanism, which has despite of lack of its legal base, preventive function against various form of EU Law infringement, which is out of Commissions range. As whole pre-judicial and judicial stage of infringement proceeding is in hands of European Commission, moreover institute of complaint is liable to political modifications in those areas, where hardly undermine its discretionary power.

Key words

EU Law; Infringement proceedings under Art. 258 – 260 TFEU; European Commission; Discretionary power; individual complaint.

1. ÚČINNÁ SÚDNA OCHRANA ÚNIOVÝCH PRÁV

Vymáhateľnosť práva Európskej únie zohráva dôležitú právnu a politickú otázku nielen na nadnárodnej úrovni inštitucionálneho systému Európskej únie (EÚ, Únia), ale i na vnútroštátnej úrovni jednotlivých členských štátov. Obe úrovne pritom upravujú zisťovanie, rozhodovanie o porušení a spôsob nápravy nesprávne uplatňovaného únieového práva viacerými prostriedkami rôznej povahy a účinnosti, z ktorých kľúčovú zohráva práve súdna ochrana, ako prostriedok ultima ratio.

Tak únieová zásada na účinnú súdnu ochranu, ako aj vnútroštátne základné právo na súdnu ochranu majú svoj predobraz v ustanoveniach čl. 13 (právo na účinný prostriedok nápravy) a čl. 6 (právo na spravodlivé súdne konanie) Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd z roku 1950 v znení protokolu č. 14, ktorým sú všetky členské štáty EÚ viazané (Slovenská republika a Česká republika od 18. marca 1992). Z uvedeného dôvodu je súdna ochrana porušovania práva EÚ prepojená aj s ďalším nadnárodným súdnym mechanizmom, ktorý vytvára Európsky súd pre ľudské práva.¹

Obe všeobecné právne zásady sú prepojené s ďalšími zásadami odvodenými buď v rámci práva Únie (napr. zásada prednosti, zásada priameho účinku a pod.), alebo pramena z vnútroštátnych právnych systémov (napr. zásada proporcionality, zásada zákazu retroaktivity, zásada dobrej správy, ne bis in idem, zásada náhrady škody za porušené právo, zákazu bezdôvodného obohatenia a pod.), s ktorými sú rovnocenné, alebo ktoré ich bližšie špecifikujú (napr. zásada iura novit curia, zásada zákonnosti sankcií, a pod.).

Vo svojom oznámení zo septembra 2007² Komisia konštatovala, že „Európska únia má právny základ, mnohé zo svojich politík realizuje prostredníctvom právnych predpisov a je viazaná dodržiavaním zásady právneho štátu. Úspech pri dosahovaní jej početných cieľov, ktoré sú *stanové v zmluvách a právnych predpisoch, závisí od účinného uplatňovania práva Spoločenstva v jednotlivých členských štátoch. Právne predpisy*

¹ Pozri tiež náčrt vzájomného prepojenia oboch súdnych systémov Siman, M.: Vzájemné vzťahy medzi judikatúrou luxemburských súdov a štrasburského súdu v oblasti ľudských práv. In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Práv UK, 2008, s. 200 nasl.

² Pozri oznámenie Komisie - Európa výsledkov – uplatňovanie práva spoločenstva, KOM(2007)0502 v konečnom znení, 5.9. 2007, zdroj: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0502:FIN:SK:HTML>.

neplnia svoj účel, ak sa riadne neuplatňujú a nevymáhajú.“ Komisia tiež zvýraznila, že „Hlavnú zodpovednosť za správne a včasné uplatňovanie zmlúv o EÚ a právnych predpisov majú členské štáty. Sú zodpovedné za priame uplatňovanie práva Spoločenstva, za uplatňovanie svojich právnych predpisov implementujúcich právo Spoločenstva a za mnohé administratívne rozhodnutia prijaté na základe týchto právnych predpisov. Významnú úlohu pri zabezpečovaní rešpektovania práva majú aj vnútroštátne súdy, ktoré okrem iného v prípade potreby postúpia vec Súdnemu dvoru³, na rozhodnutie o prejudiciálnej otázke“.

Povinnosť vnútroštátnych orgánov dodržiavať a aplikovať únieové právo vyplýva zo zásady pacta sunt servanda a zo zásady únieovej lojality (lojálnej spolupráce), ktoré sú zakotvené v článku 4 ods. 3 Zmluvy o EÚ (bývalý článok 10 ZES) a na základe ktorých sú členské štáty jednak aktívne povinné prijať všetky opatrenia potrebné na zabezpečenie plnenia záväzkov vyplývajúcich zo zmluvy alebo z činnosti inštitúcií Únie a jednak pasívne povinné zdržať sa akýchkoľvek opatrení, ktoré by mohli ohroziť dosiahnutie cieľov zmluvy, alebo ktoré by mohli ohroziť reálny účinok únieového práva (napr. Inno, 13/77, 16.11.1977, Zb. s. 2115, bod 31).

2. AKTÍVNA LEGITIMÁCIA JEDNOTLIVCOV V KONANIACH VOČI ČLENSKÝM ŠTÁTOM PORUŠUJÚCICH PRÁVO EÚ

Súdnu ochranu voči porušovaniu práva EÚ zo strany členských štátov, t. j. použiteľnosť súdnych prostriedkov právnej ochrany⁴ možno podľa kritérií teritoriality súdu a aktívnej legitimácie jednotlivcov, členiť na súdnu ochranu poskytovanú:

a) Súdnym dvorom Európskej únie, ktorý zabezpečuje univerzálnu a rozsahom neobmedzenú ochranu únieového práva voči konaniu všetkých členských štátov podľa čl. 258 až 260 ZFEÚ, ktorá je však z hľadiska aktívne legitimovaného subjektu v konaní pred Súdnym dvorom EÚ pre jednotlivcov vylúčená a vyhradená len inštitúciám EÚ (Európskej komisii), resp. inému členskému štátu alebo pôsobí len ako ochrana nepriama (subsidiárna a incidenčná), ktorá prostredníctvom prejudiciálneho konania podľa čl. 267 ZFEÚ napomáha vnútroštátnemu súdu v hlavnom konaní

³ K aktuálnemu názvosloviu luxemburských súdov pozri: Stehlík, V.: K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy. In: Mířníky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Práv UK, 2008, s. 192.

⁴ Pozri tiež: Sehnálek, D.: Sanctions in International and European Law. In *Legal Sanctions: Theoretical and Practical Aspects in Poland and the Czech Republic*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 325-334.

efektívne a priamo zabezpečiť súdnu ochranu pre jednotlivcov (tzv. **centralizovaná súdna ochrana**⁵) a

b) vnútroštátnymi súdmi, jednak všeobecnými súdmi, ako aj špeciálnymi súdnymi orgánmi, vrátane ústavných súdov, ktoré poskytujú primárnu ochranu práv porušovaných členskými štátmi pre fyzické a právnické osoby v medziach vnútroštátnych občianskych a správnych súdnych procesných predpisov (tzv. **decentralizovaná súdna ochrana**).

Jeden zo základných rozdielov medzi centralizovanou a decentralizovanou súdnou ochranou voči porušovaniu únievého práva zo strany orgánov členských štátov je **aktívna legitímácia** súkromných fyzických a právnických osôb (jednotlivcov).

V rámci decentralizovanej súdnej ochrany poskytovanej vnútroštátnymi súdmi je vlastná iniciatíva jednotlivcov nevyhnutným prvkom spočívajúcim na ich výlučnom rozhodnutí. Môže predstavovať napríklad podanie žaloby na náhradu škodu voči Ministerstvu spravodlivosti alebo inému ústrednému orgánu štátnej správy, ak v dôsledku nesprávneho prebratia smernice Európskej únie alebo ak v dôsledku nedodržania lehoty určenej na jej prebratie vznikla škoda pri výkone verejnej moci v oblasti štátnej správy, ktorá patrí do pôsobnosti tohto ministerstva alebo tohto ústredného orgánu štátnej správy, podľa ust. § 4 ods. 1 písm. d) zákona č. 514/2003 Z.z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci a o zmene niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Zásada zodpovednosti členského štátu za škody, ktoré spôsobil jednotlivcom z dôvodu porušenia únievého práva, je súčasťou systému Zmluvy o fungovaní Európskej únie a tým aj únievého právneho poriadku (naposledy napr.: C-445/06, Danske Slagterier, 24.3.2009, bod 19). Členské štáty sú preto povinné nahradiť fyzickým a právnickým osobám škodu spôsobenú porušením únievého práva (Jonkman, C-231 až 233/06, 21.6.2007, Zb. s. I-5149, bod 40).⁶ Hoci skúmanie splnenia podmienok vzniku zodpovednosti členského štátu za škodu spôsobenú porušením únievého práva prináleží vnútroštátnemu súdu, Súdny dvor EÚ predsa len môže upresniť určité okolnosti, ktoré vnútroštátne súdy pri posudzovaní týchto podmienok musia zohľadniť. Súdny dvor v tejto súvislosti vymedzil podmienky vzniku zodpovednosti za škodu (Stockholm Lindöpark, C-150/99, 18.1.2001, Zb. s. I-493, bod 38; Synthos, C-452/06, 16.10.2008, Zb.

⁵ Uvedený centrálny model súdnej ochrany únievého práva má teda základy v obligatórnej a výlučnej právomoci Súdneho dvora postihovať porušovanie záväzkov štátov, ktoré im vyplývajú z členstva v Únii, vrátane uplatnenia významných kontrolných právomocí Komisie.

⁶ Pozri tiež: Valdhans, J.: Náhrada škody v režimu Vídeňskej úmluvy. Právni fórum, Praha : ASPI, 2008, 8, s. 342 až 350.

s. I-7681, body 35 a 36). Vzhľadom na zásadu procesnej voľnosti nemá Súdny dvor právomoc kvalifikovať žaloby podávané na vnútroštátne súdy. Definovanie povahy a právneho základu žaloby (napr. žaloby o vydanie bezdôvodného obohatenia alebo žaloby o náhradu škody) je v rukách žalobcu pod prípadným dohľadom vnútroštátneho súdu (Test Claimants CFC, C-201/05, Uz. 23.4.2008, Zb. s. I-2875, bod 111).⁷

Bez ďalšieho vymedzenia postavenia a možností jednotlivcov v rámci decentralizovanej súdnej ochrany práva EÚ len dodajme, že táto nie je jednoznačná a vždy účinná. Napríklad jedným z problémov v aplikačnej praxi predstavuje vymedzenie „dostatočne závažného“ porušenia únieového práva, ktoré Súdny dvor posudzuje na základe viacerých znakov (Köbler, C-224/01, 30.9.2003, Zb. s. I-10239) ako nevyhnutné podmienku vzniku zodpovednosti štátu a porušenie únieového práva.

Opačná je konštrukcia aktívnej legitímácie jednotlivcov v rámci centralizovanej súdnej ochrany. V rámci oboch konaní pred Súdnym dvorom EÚ zabezpečujúcich súdnu ochranu voči členským štátom je priame iniciovanie súdneho konania vylúčené. Súdny dvor konštatuje, že v rámci prejudiciálneho konania „systém vytvorený článkom 267 ZFEÚ zakladá s cieľom zabezpečiť jednotu výkladu práva Únie v členských štátoch priamu spoluprácu medzi Súdnym dvorom a vnútroštátnymi súdmi, a to prostredníctvom konania bez akejkoľvek možnosti iniciatívy účastníkov konania (pozri rozsudky z 10. júla 1997, Palmisani, C-261/95, Zb. s. I-4025, bod 31; z 12. februára 2008, Kempster, C-2/06, Zb. s. I-411, bod 41, a zo 16. decembra 2008, Cartesio, C-210/06, Zb. s. I-9641, bod 90). Návrh na začatie prejudiciálneho konania totiž spočíva na dialógu medzi súdmi a jeho začiatok závisí výlučne na tom, ako vnútroštátny súd posúdi relevantnosť a potrebu takéhoto návrhu (pozri rozsudky Kempster, bod 42 a Cartesio, bod 91).

Podobne zakladajúce zmluvy neumožňujú fyzickým ani právnickým osobám zasahovať priamo do konania o porušení povinnosti v zmysle ustanovení čl. 258 až 260 ZFEÚ. Právo EÚ im neposkytuje aktívnu legitímáciu v tomto konaní, teda možnosť priamo napadnúť konanie členských štátov, ktoré porušuje záväzky vyplývajúce zo zmluvy pred Súdnym dvorom (T-575/93, Koelman v. Komisia, 9. 1. 1996, bod 30, Zb. s. 1). Aj keď zakladajúce zmluvy adresujú záväzky tak členským štátom, ako aj jednotlivcom, títo sa môžu svojich nárokov voči členským štátom a plneniu ich záväzkov domáhať výlučne pred vnútroštátnymi súdmi.

⁷ Siman, M. – Slašťan, M.: Primárne právo Európskej únie. 3. vydanie. Bratislava: Euroiuris – Európske právne centrum, 2010, s. 225 – 226.

3. SŤAŽNOSŤ JEDNOTLIVCA EURÓPSKEJ KOMISII ZA ÚČELOM ZAČATIA KONANIA PODĽA ČL. 258 ZFEÚ

Napriek vyššie uvedenému majú jednotlivci v súvislosti s predsúdnym štádiom konania o porušení povinnosti podľa čl. 258 až 260 ZFEÚ k dispozícii inštitút sťažnosti podaný Európskej komisii. Sťažnosť predstavuje:

a) nástroj Komisie, ktorý jej zrejme má napomáhať k realizácii článku 17 ZFEÚ, t. j. zabezpečiť uplatňovanie ustanovení zakladajúcich zmlúv, ako aj opatrení prijatých inštitúciami na ich základe. Z judikatúry Súdneho dvora možno ďalej vyvodiť, že Komisia má podľa článku 17 ods. 1 ZEÚ (ex čl. 211 ZES) povinnosť uvedenú právomoc uplatňovať a dohliadať na to, či si všetky členské štáty plnia svoje záväzky, ktoré pre nich z únievého práva vyplývajú (21. 5. 1985, Komisia v. Spolková republika Nemecko, 248/83, s. 1459). Sťažnosť jednotlivcov v tomto kontexte predstavuje informačnú bázu o skrytých alebo menej závažných spôsobov porušovania práva Únie (napr. informácia o konkrétnom rozsudku súdu členského štátu poslednej inštancie, ktorý právo EÚ obchádza apod.).

b) mimoprávny nástroj fyzických a právnických osôb, ktorý slúži skôr ako doplnkové varovanie pre subjekt členského štátu, ktorý právo EÚ porušuje.

V roku 1999 Európska komisia zverejnila oznámenie,⁸ prostredníctvom ktorého zaviedla štandardný formulár pre jednotlivcov, ktorý majú úmysel upozorniť Komisiu na konanie resp. nečinnosť členských štátov porušujúcich právo EÚ v kontexte ex čl. 226 ZES (teraz čl. 258 ZFEÚ) a čl. 141 ZESAE a rovnako ich oboznámila so štandardným administratívnym postupom jej vybavenia.

Komisia však sťažnosti od jednotlivcov prijíma nielen na základe vyplnenia osobitného formulára, ale aj prostredníctvom akéhokoľvek neformálneho oznámenia adresovaného generálnemu sekretariátu Komisie, z ktorého priamo či nepriamo vyplýva domáhanie sa konania podľa článku 258 ZFEÚ.

Podľa prvej judikatúry Súdneho dvora je v súvislosti s princípom dobrej správy⁹ tiež žiaduce, aby Komisia prinajmenšom na všetky

⁸ Ú.v. ES C 119, 30.4. 1999, s. 5.

⁹ Pozri tiež Pekár, B: Právo na dobrú správu v rámci európskeho správneho práva. In: Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PraF UK, 2008, s. 662 až 666.

sťažnosti odpovedala. Žiadny právny základ na procesné práva sťažovateľov, na ich prípadné vypočutie alebo povinnosti ich informovať o postojoch a rozhodnutiach Komisie však neexistuje. Ak sa Komisia rozhodne konať, nemá voči sťažovateľovi ani povinnosť mu túto skutočnosť oznámiť (uznesenie Všeobecného súdu z 29. 9. 1997, *Sateba v. Komisia*, T-83/97, Zb. s. II-1523). Komisia tak v počiatočných podľa uvedeného nemala povinnosť akékoľvek vyšetrovanie na podnet fyzických osôb začať alebo podať formálne oznámenie podľa článku 258 ods. 1 ZFEÚ ako dôsledok na ich výzvu (t. j. iniciovať predsúdne konanie voči členskému štátu¹⁰). Na druhej strane tak ani nie je možné iniciovať konanie o nečinnosť podľa článku 265 ZFEÚ voči Komisii v tomto ohľade.

Rovnako Súdny dvor odmietal v tejto súvislosti aj žaloby o neplatnosť aktov Komisie počas predsúdneho konania, pretože konanie o neplatnosť je možné iniciovať len voči záväzným aktom. Prvá fáza konania podľa článku 258 ods. 1 ZFEÚ však v zmysle judikatúry Súdneho dvora EÚ nemá záväzný charakter a žiadne rozhodnutie Komisie v tejto fáze konania ani nemá takýto účinok (247/87, *Star Fruit*, 14. 2. 1989, Zb. s. 301). Podobne žaloby jednotlivcov na náhradu škody z dôvodu neiniciovania konania o porušenie povinnosti podľa čl. 258 a nasl. ZFEÚ sú v kontexte judikatúry Súdneho dvora neprípustné (pozri napr. uznesenie Všeobecného súdu z 3. 7. 1997, *Smanor SA v. Komisia*, T-201/96, Zb. s. II-1081).

Postupne však s pribúdajúcim množstvom sťažností a najmä prípadmi citlivých politických káuz,¹¹ začala byť situácia pre Komisiu neudržateľná. Sťažnosti boli lustrované najmä z formálnej stránky (napr. ak z obsahu korešpondencie výslovne nevyplývalo dovoľávanie sa začatie konania podľa čl. 258 ZFEÚ, nasledovalo jej vyradenie), sťažovatelia nedostávali od Komisie jasné, vyčerpávajúce vysvetlenie týkajúce sa spracúvania ich sťažností a pod. Celkovú situáciu okolo prešetrovania sťažností jednotlivcov

¹⁰ K jednotlivým štádiám konania o porušení povinnosti pozri: Siman, M. – Slašťan, M.: *Súdny systém Európskej únie*. 3. vydanie. Bratislava: Euroiuris – Európske právne centrum, 2010, s. 383 a nasl.

¹¹ Napr. zo znenia bodu 19 uznesenia Európskeho parlamentu z 24. apríla 2009 o 25. výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007 (2007/2337(INI)) vyplýva, že Európsky parlament „so sklamaním konštatuje, že v tomto volebnom období sa nepodarilo dosiahnuť výrazný pokrok v súvislosti s rozhodujúcou úlohou, ktorú by mal Európsky parlament zohrávať v monitorovaní uplatňovania práva Spoločenstva; domnieva sa, že prisudzovanie priority konaniam vo veci porušenia právnych predpisov zo strany Komisie zahŕňa nielen technické, ale aj politické rozhodnutia, ktoré v súčasnosti nepodliehajú žiadnej forme vonkajšieho preskúmania alebo kontroly a nie sú transparentné; požaduje rýchle vykonanie zodpovedajúcich reforiem navrhnutých pracovnou skupinou pre reformu Európskeho parlamentu, ktoré posilnia vlastnú kapacitu Európskeho parlamentu monitorovať uplatňovanie práva Spoločenstva; v tejto súvislosti podporuje rozhodnutie Konferencie predsedov výborov zo 25. marca 2009“.

v kontexte možného konania o porušení povinnosti podľa čl. 258 ZFEÚ vyhocoval aj Európsky parlament. Ten adresoval Komisii kritiku nielen vo všeobecnom rámci jej diskrečných oprávnení na podanie žaloby podľa čl. 258 ZFEÚ.¹²

Napríklad vo svojom uznesení z 24. apríla 2009 o 25. výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007 (2008/2337(INI)) Európsky parlament zaujíma, „či si Komisia nemyslí, že nedostatok zdrojov v členských štátoch je znepokojivým signálom výskytu skutočných problémov v monitorovaní uplatňovania práva Spoločenstva; okrem toho vyzýva Komisiu, aby pri posudzovaní projektu preverila nasledujúce otázky a informovala o tom Európsky parlament:

a) či sťažovatelia dostali od Komisie jasné, vyčerpávajúce vysvetlenie týkajúce sa spracúvania ich sťažností, či nová metóda naozaj pomohla vyriešiť ich prípady a Komisiu úplne nezbavila jej zodpovednosti vo funkcii „ochrankyne zmluvy“;

b) či nová metóda ešte neoddičila začatie konania o porušení právnych predpisov, ktorého trvanie je beztak nesmierne dlhé a nevymedzené¹³,

c) či Komisia nebola voči členským štátom zhovievavá, čo sa týka dodržiavania lehôt stanovených Komisiou (10 týždňov), a či po uplynutí tohto obdobia Komisia poskytla príslušnému členskému štátu jednoznačné informácie a časové rámce týkajúce sa jej budúcich opatrení v záujme včasného nájdania konečného riešenia pre občanov,

¹² Vid' napr. odsek 19 uznesenia z 24. apríla 2009 o 25. výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007: „...[Európsky parlament] so sklamaním konštatuje, že v tomto volebnom období sa nepodarilo dosiahnuť výrazný pokrok v súvislosti s rozhodujúcou úlohou, ktorú by mal Európsky parlament zohrávať v monitorovaní uplatňovania práva Spoločenstva; domnieva sa, že prisudzovanie priority konaniam vo veci porušenia právnych predpisov zo strany Komisie zahŕňa nielen technické, ale aj politické rozhodnutia, ktoré v súčasnosti nepodliehajú žiadnej forme vonkajšieho preskúmania alebo kontroly a nie sú transparentné; požaduje rýchle vykonanie zodpovedajúcich reforiem navrhnutých pracovnou skupinou pre reformu Európskeho parlamentu, ktoré posilnia vlastnú kapacitu Európskeho parlamentu monitorovať uplatňovanie práva Spoločenstva...“.

¹³ V oznámení Komisie - Európa výsledkov – uplatňovanie práva spoločenstva, KOM(2007)0502 v konečnom znení z 5.9. 2007 táto konštatuje, že „uzavretie sťažnosti pred zaslaním formálneho oznámenia trvá v priemere 19 mesiacov; 38 mesiacov, ak je prípad uzavretý v období medzi formálnym oznámením a odôvodneným stanoviskom a 50 mesiacov, ak je prípad uzavretý po odôvodnenom stanovisku a pred jeho postúpením na Súdny dvor, čo pre všetky prípady predstavuje priemer 26 mesiacov.“

d) či skutočnosť, že projekt EÚ Pilot¹⁴ sa realizuje iba v 15 dobrovoľníckych štátoch, neznamená, že spracovaniu prípadov porušenia právnych predpisov sa venuje menej pozornosti v krajinách, ktoré sa nepodieľajú na projekte“.

Pokiaľ ide o „novú metódu“, predovšetkým Komisia plánovane nevenuje rovnakú pozornosť všetkým sťažnostiam jednotlivcov na porušovanie únieového práva zo strany členských štátov. S súlade s judikatúrou Súdneho dvora možno správne uplatňovanie práva EÚ vylepšiť aj prostredníctvom stanovenia priorít pri preskúmaní jednotlivých prípadov.¹⁵ Komisia uvádza, že preskúmava všetky sťažnosti a porušenia. Prioritizácia však znamená, že niektoré prípady bude Komisia riešiť skôr a intenzívnejšie ako iné.¹⁶

Vo vzťahu k sťažnostiam jednotlivcov sa Komisia prednostne zaoberá porušeniami právnych predpisov, ktoré majú najväčší vplyv na všeobecné záujmy. Ide najmä o predpisy v oblasti:

a) vnútorného trhu a služieb (tu sa politické priority zameriavajú na porušovanie právnych predpisov EÚ, ktoré 1) nerešpektujú základné slobody a majú široký dosah na občianske práva, 2) ohrozujú celkové fungovanie odvetvových právnych predpisov alebo znamenajú dôležité právne precedensy, alebo 3) môžu mať významný hospodársky vplyv na vnútorný trh alebo jeho konkrétny sektor, 4) prípady zjavnej diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti alebo prípady, ktoré majú vplyv na kategórie poskytovateľov služieb v dôležitých sektoroch),

b) finančných služieb,

c) práv zamestnancov, pracovného práva, sociálneho zabezpečenia a nediskriminácie,

d) základných práv, voľného pohybu osôb, prisťahovalectva, azylu, občianstva a občianskej

¹⁴ K projektu EÚ Pilot pozri napr. poslednú hodnotiacu správu Komisie z 3. 3. 2010 KOM(2010) 70 v konečnom znení.

¹⁵ Pozri napr. rozsudok z 10. apríla 2003, C-20/01 a C-28/01, Komisia v. Nemecko, Zb. s. I-3609, body 29 a 30.

¹⁶ Všeobecnú prioritu majú podľa oznámenia Komisie - Európa výsledkov – uplatňovanie práva spoločenstva, KOM(2007)0502 v konečnom znení z 5.9. 2007 prípady týkajúce sa a) neoznámenia vnútroštátnych opatrení na transpozíciu smerníc alebo zanedbanie iných oznamovacích povinností, b) porušenia práva EÚ, vrátane prípadov nedodržania právnych predpisov, ktoré so sebou prináša otázku zásady alebo má obzvlášť ďalekosiahly negatívny vplyv na občanov, ktoré sa týka uplatňovania zásad zmluvy a hlavných prvkov rámcových nariadení a smerníc a c) rešpektovanie rozsudkov Súdneho dvora potvrdzujúcich existenciu porušenia (článok 260 ZFEÚ).

spravodlivosti,

e) životného prostredia pod.¹⁷

Ďalším potenciálnym nedostatkom je vyššie uvedená pripomienka Európskeho parlamentu vo vzťahu k projektu EÚ Pilot, ktorý sa realizuje iba v niektorých členských štátoch EÚ. Ide o doplnkový nástroj určený aj pre jednotlivcov za účelom efektívnejšej pomoci občanom a podnikom pri uplatňovaní práva EÚ v snahe znížiť počet konaní vo veci porušenia právnych predpisov podľa čl. 258 ZFEÚ.

V oznámení Komisie z roku 2007 „Európa výsledkov“ (KOM(2007) 502) sa konštatuje, že „EÚ Pilot“ je určený na to, aby sa zaoberal žiadosťami o informácie a sťažnosťami občanov a podnikov v súvislosti s otázkou správneho uplatňovania práva EÚ.¹⁸ Objasnenia alebo riešenia namietaného porušenia únieového práva musia členské štáty poskytovať v krátkom časovom rámci ako aj prijaté opatrenia na nápravu porušovania práva EÚ. Útvary Komisie skúmajú odpovede všetkých členských štátov a v prípade potreby môžu prijať ďalšie opatrenia na posilnenie práva EÚ. Na účely komunikácie medzi útvarmi Komisie a orgánmi členských štátov sa vytvorila dôverná on-line databáza. Zriadená bola sieť kontaktov, ktorá riadi systém a zabezpečuje, aby sa spisy zaradené do tejto siete dostali na správne miesto určenia, monitoruje pokrok a podporuje účinné a konštruktívne využívanie systému.¹⁹

Regulácia podávania sťažnosti jednotlivcov je upravená formou soft-law **oznámenia Komisie Európskemu parlamentu a Európskemu ombudsmanovi o vzťahoch so sťažovateľom v súvislosti s porušovaním komunitárneho práva z 20. 3. 2002, COM(2002) 141 final.**²⁰

¹⁷ Pozri 25. výročnú správu Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007, KOM(2008) 777 v konečnom znení z 18.11.2008.

¹⁸ Projekt „EU Pilot“ funguje od apríla 2008. Zapojilo sa doň dobrovoľne pätnásť členských štátov: Česká republika, Dánsko, Nemecko, Írsko, Španielsko, Taliansko, Litva, Maďarsko, Holandsko, Rakúsko, Portugalsko, Slovinsko, Fínsko, Švédsko a Spojené kráľovstvo. Po 22 mesiacoch fungovania projektu „EU Pilot“ ním do februára 2010 prešlo 723 spisov.

¹⁹ K tomuto je vhodné dodať, že Európsky parlament žiada Komisiu o bezodkladné preskúmanie možnosti vytvoriť systém, ktorý by občanom poskytoval údaje o rôznych dostupných mechanizmoch na podávanie sťažností a ktorý by mohol mať formu spoločného portálu EÚ, ako aj o posúdenie možnosti vytvorenia jedného kontaktného miesta (one-stop-shop) fungujúceho on-line pre pomoc občanom. Pozri uznesenie z 24. apríla 2009 o 25. výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007 (2008/2337(INI)).

²⁰ Ú. v. ES C 244, 10. 10. 2002, s. 5 – 8.

Podľa uvedeného oznámenia (pre lepšiu zrozumiteľnosť a dostupnosť nie je riadne uverejnené vo všetkých úradných jazykoch EÚ) môže každý podať (písomne v akomkoľvek úradnom jazyku EÚ listom, faxom alebo e-mailom) bezplatne sťažnosť²¹ voči členskému štátu v súvislosti s akýmkoľvek opatrením právnej či administratívnej povahy, alebo s konaním členského štátu, ktoré považuje za porušujúce právo EÚ alebo jeho zásady aj v prípade, ak sa ich výslovne nedotýka. Sťažnosťou sa sťažovateľ nemusí domáhať záujmu na začatí konania podľa čl. 258 ZFEÚ. Komisia má podľa poslednej vety druhého bodu oznámenia možnosť rozhodnúť, aké ďalšie (alebo žiadne) opatrenia na vybavenie sťažnosti prijme.

Komisia má povinnosť akúkoľvek korešpondenciu, ktorú možno za sťažnosť považovať, zaregistrovať v centrálnej databáze sťažností, ktorú spravuje Generálny sekretariát Komisie. Ten je povinný vydať potvrdenie o prijatí sťažnosti jednotlivcovi do pätnástich dní odo dňa jej prijatia (bod 4 oznámenia). Ak Komisia považuje korešpondenciu za sťažnosť, vydá sťažovateľovi do 30 dní dodatočné oznámenie o prijatí sťažnosti s jej spisovou značkou. V prípade viacerých podobných (hromadných) sťažností môže Komisia sťažnosti potvrdiť náhradným spôsobom uverejnením v Úradnom vestníku EÚ a na svojej webovej stránke.²² Aj nepotvrdenie korešpondencie ako sťažnosti je Komisia povinná jednotlivcovi oznámiť.

Ešte dodajme, že podľa oznámenia (bod 7) si Komisia uložila povinnosť písomne sťažovateľa informovať o každom jej rozhodnutí (podanie formálneho oznámenia členskému štátu, odôvodneného stanoviska, žaloba Súdnemu dvoru alebo zastavenie konania). Za preskúmanie skutkových tvrdení uvedených v sťažnosti sú zodpovedné generálne riaditeľstvá a útvary Európskej komisie,²³ od registrácie sťažnosti do podania formálneho oznámenia alebo zastavenia konania by nemala uplynúť viac ako ročná lehota).

²¹ Formulár sťažnosti je dostupný na:

http://ec.europa.eu/community_law/your_rights/your_rights_forms_sk.htm.

²² Veľmi zriedkavé prípady pozri:

http://ec.europa.eu/community_law/complaints/receipt/index_en.htm.

²³ Oznámenie totožnosti sťažovateľa, ako aj ním poskytnutých údajov je dotknutému členskému štátu možné len so súhlasom sťažovateľa v súlade s nariadením (ES) č. 45/2001 Európskeho parlamentu a Rady z 18. decembra 2000 o ochrane jednotlivcov so zreteľom na spracovanie osobných údajov inštitúciami a orgánmi Spoločenstva a o voľnom pohybe takýchto údajov a s nariadením (ES) č. 1049/2001 Európskeho parlamentu a Rady z 30. mája 2001 o prístupe verejnosti k dokumentom Európskeho parlamentu, Rady a Komisie.

Z už citovaného uznesenia z 24. apríla 2009 o 25. výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva za rok 2007 (2008/2337(INI)) však vyplýva, že Európsky parlament „*naliehavo vyzýva všetky útvary Komisie, aby na konci každého vopred stanoveného obdobia sťažovateľov riadne informovali o tom, ako pokračuje spracovanie ich sťažností (formálne oznámenia, odôvodnené stanovisko, konanie pred Súdnym dvorom alebo zastavenie konania)*“, čo zrejme nie je kogentným pravidlom. Európsky parlament tiež Komisiu upozorňuje, že „*občania EÚ by mali očakávať od Komisie rovnakú mieru transparentnosti bez ohľadu na to, či podávajú formálnu sťažnosť alebo uplatňujú svoje petičné právo, ktoré stanovuje ZFEÚ a preto žiada, aby parlamentnému Výboru pre petície pravidelne dostával jasné informácie o etapách dosiahnutých v konaniach podľa čl. 258 ZFEÚ, na ktoré sa vzťahuje aj konanie o predložení verejnej petície, alebo aby v opačnom prípade výbor mal prístup k príslušnej databáze Komisie za rovnakých podmienok ako Rada*“. Rovnako Európsky parlament upozornil Komisiu, aby svojvoľne neodmietala klasifikovať korešpondenciu jednotlivcov ako sťažnosť (pozri odsek 14 uznesenia).

Vzhľadom na právnu povahu oznámenia Komisie nemajú potenciálni alebo skutoční sťažovatelia prostriedky súdnej ochrany. Jedine ak sa sťažovateľ domnieva, že pri spracovaní jeho sťažnosti došlo zo strany Európskej komisie k administratívne pochybeniu z dôvodu zanedbania niektorého z uvedených pravidiel, môže sa obrátiť na Európskeho ombudsmana za podmienok stanovených v článkoch 24 a 228 Zmluvy o fungovaní EÚ.

Záver

Odhliadnuc teraz od pohnútok inštitúcií EÚ, predovšetkým Európskej komisie a Európskeho parlamentu, viditeľná je čoraz väčšia snaha o vťahnutie jednotlivcov do úlohy aktívnych subjektov vymáhajúcich svoje práva plynúce z únieových právnych noriem. Kvázi zapojenie jednotlivcov do predsúdnej časti konania o porušení práva EÚ podľa čl. 258 a nasl. ZFEÚ nie je jediným príkladom.

Predovšetkým je možné identifikovať skôr marketingovú úlohu smerujúcu k **zjednodušeniu právneho prostredia Európskej únie**,²⁴ t. j. prijímanie opatrení na zjednodušenie a skvalitnenie legislatívy EÚ. Ich celkovým cieľom je podľa Komisie „*prispieť k európskemu regulačnému rámcu, ktorý*

²⁴ Pozri napr. Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov: Presadzovanie lisabonského programu Spoločenstva. Stratégia pre zjednodušenie regulačného prostredia. Brusel, 25.10.2005, KOM(2005) 535 v konečnom znení alebo Oznámenie Komisie Rade A Európskemu parlamentu: Lepšia právna úprava pre rast a zamestnanosť v Európskej únii, Brusel, 16.3.2005, KOM(2005) 97 v konečnom znení, (SEC(2005) 175) alebo Pracovný dokument Komisie: Lepšia regulácia a tematické stratégie pre životné prostredie. Brusel, 28.09.2005, KOM(2005) 466 v konečnom znení, (SEK(2005) 1197).

*zodpovedá najvyšším štandardom tvorby práva pri súčasnom dodržiavaní zásad subsidiarity a proporcionality. Na základe týchto zásad by EÚ mala pristúpiť k právnej regulácii len vtedy, ak je navrhované opatrenie možné lepšie dosiahnuť na úrovni EÚ. Akýmkoľvek takým opatrením by sa nemala prekročiť miera nevyhnutná na dosiahnutie sledovaných cieľov politik. Je potrebné, aby také opatrenia boli nákladovo efektívne a predstavovali najľahšiu formu požadovanej regulácie. Z tohto hľadiska je cieľom zjednodušenia dosiahnuť, aby legislatíva, či už na úrovni Spoločenstva alebo na úrovni členských štátov, bola menej nákladná, jednoduchšie uplatniteľná, a tým aj efektívnejšia pri plnení jej cieľov.*²⁵

Obdobným prípadom je aj realizácia petičného práva na úrovni Únie. Petičné právo zaručené v Charte základných práv (čl. 44) je právom zaručeným v článkoch 20 a 27 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. V súlade s článkom 52 ods. 2 Charty základných práv sa uplatňuje za podmienok ustanovených v uvedených dvoch článkoch a navyše v súlade s opatreniami prijatými na ich vykonanie (pozri čl. 20, ods. 2, posledná veta ZFEÚ).

Na rozdiel od ustanovení čl. 44 Charty základných práv garantuje čl. 20 ods. 2 Zmluvy o fungovaní EÚ len občanom Únie právo obrátiť sa s petíciou na Európsky parlament, resp. inou formou (individuálne) aj na Európskeho ombudsmana a na inštitúcie a poradné orgány Únie v ktoromkoľvek jazyku zmlúv a dostať odpoveď v tom istom jazyku. Petíciu Európskemu parlamentu sú oprávnení podávať jednotlivci (občania EÚ, osoby s bydliskom v jednom z členských štátov EÚ), ale aj organizácie, združenia (fyzických resp. právnických osôb) so sídlom v EÚ. Petícia sa musí týkať práv jednotlivcov vyplývajúcich z primárneho práva EÚ (napr. uplatňovania voľného pohybu osôb, zamestnanosti, ochrany spotrebiteľov, životného prostredia a ďalších otázok).

O petíciách rozhoduje petičný výbor Európskeho parlamentu. Ten ak prehlási petíciu za prijateľnú, upovedomí osobu, ktorá ju podala, následne rozhodne o ďalších krokoch, ktoré budú potrebné na jej vybavenie. Môže urobiť nasledovné opatrenia:

- a) požiadať Európsku komisiu o predbežné preskúmania petície,
- b) postúpiť ju na vybavenie ďalším výborom parlamentu,
- c) predložiť ako správu na hlasovanie Európskemu parlamentu,

²⁵ Pozri Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov: Presadzovanie lisabonského programu Spoločenstva. Stratégia pre zjednodušenie regulačného prostredia. Brusel, 25.10.2005, KOM(2005) 535 v konečnom znení, s. 2.

d) vykonať potrebné zisťovania v členskom štáte, resp. prijať iné opatrenia.

Petičný výbor môže taktiež spolupracovať pri vybavovaní petície s orgánmi členských štátov. Petičný výbor naopak nemôže meniť alebo zrušovať právoplatné rozhodnutia orgánov členských štátov, resp. akýmkoľvek obdobným spôsobom vstupovať do ich rozhodovacieho procesu.

V poslednej dostupnej 26.výročnej správe Komisie o kontrole uplatňovania práva Spoločenstva (2008) z 15. 12. 2009 KOM(2009) 675 v konečnom znení vyplýva, že „*aj keď sa väčšina petícií netýka konania vo veci porušenia právnych predpisov alebo k nemu nevedie, poskytujú Parlamentu a Komisii užitočné informácie o obavách občanov.*“ Možno sa skutočne domnievať o účinnej úprave postavenia jednotlivcov v systéme právnych záruk v rámci uplatňovania únieového práva?

Literature:

- Pekár, B.: Právo na dobrú správu v rámci európskeho správneho práva. In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Praf UK, 2008, s. 662 – 666, ISBN 978-80-7160-271-2
- Sehnálek, D.: Sanctions in International and European Law. In Legal Sanctions: Theoretical and Practical Aspects in Poland and the Czech Republic. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 325 – 334, ISBN 978-80-210-4768-6
- Siman, M.: Vzájemné vzťahy medzi judikaturou luxemburských súdov a štrasburského súdu v oblasti ľudských práv. In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Praf UK, 2008, s. 200 – 205, ISBN 978-80-7160-271-2
- Siman, M. – Slašťan, M.: Primárne právo Európskej únie. 3. vydanie. Bratislava: Euroiuris – Európske právne centrum, 2010, s. 1098, ISBN 978-80-89406-06-7
- Siman, M. – Slašťan, M.: Súdny systém Európskej únie. 3. vydanie. Bratislava: Euroiuris – Európske právne centrum, 2010, s. 783, ISBN 978-80-89406-07-4
- Stehlík, V.: K reformě soudního systému EU na základě Lisabonské smlouvy. In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2008. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Praf UK, 2008, s. 192, ISBN 978-80-7160-271-2

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- Valdhans, J.: Náhrada škody v režimu Vídeňské úmluvy. Právní fórum,
Praha: ASPI, 2008, s. 342 až 350, ISSN 1214-7966

Contact – email

miroslav.slastan@uninova.sk

EUROPEAN COURT OF JUSTICE AS AN ADMINISTRATIVE COURT

VLADIMÍR TÝČ -- RADIM CHARVÁT

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract

Court of Justice of the European Union fulfills three basic functions: 1. acts on disputes, mainly those concerning infringements of the Union law, 2. acts as the constitutional or administrative court of the Union and 3. safeguards the uniform interpretation of the Union law in member states. We shall concentrate on its second function: European court acting as an administrative court. In any democratic state respecting the rule of law decisions of administrative bodies must be subject to judicial review by independent courts. The same principle exists in the European Union on the Union level. Administrative bodies of the Union are the European Commission and other specialized bodies with a decision-making capacity. The present contribution deals with the judicial review of the Commission and the Office for Harmonization in the Internal Market, which administers the procedures for the registration of Union trademarks and designs. Administrative decisions of the Commission relating to individuals concern essentially sanctions for individual infringements of competition rules. The object of our attention is among others a special method of the review (Art. 261 TFEU) that provides to the Court the possibility to modify the amount of the fine imposed by the Commission (an element of the appellation principle). Other proceedings fall under Art. 263 TFEU. We mention briefly also Art. 265 concerning the failure to act of a Union institution. For the purpose of administration of procedures for registering Union trademarks and designs and maintaining the Register of Union Trademarks and registered designs, the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) (OHIM) has been established. It also issues decisions regarding the aforementioned subject-matters, for instance, refusal of a Union trademark application on absolute or relative grounds, invalidity of registered Union design etc. A similar system of protection within the European Union has also been created for Plant variety rights. The Community Plant Variety Office (CPVO) decides, among other things, on nullity or cancellation of Community (now Union) plant variety rights. The objective of this part of the presentation is to describe remedies against OHIM's and CPVO's administrative decisions through the European Court of Justice.

Key words

Judicial review; administrative decisions; European Court of Justice.

The European Court of Justice accomplishes three basic functions: It acts on disputes mainly concerning infringements of EU law, acts as the constitutional or administrative court and unifies the interpretation of Union law. The present contribution concentrates on the second aspect of its second function, which is a little bit neglected: its activities in the quality of an **administrative court**.

In a democratic state respecting the rule of law administrative decisions and other administrative acts including normative ones must be reviewable by independent courts. The same exists in the European Union at its own level. "Administrative organs" of the Union are particularly the European Commission and some others specialized bodies having the decisive power. In the present contribution we shall examine the judicial review of the Commission decisions, certain Council regulations and decisions of the Office for harmonization of Internal Market, which are addressed to individuals or which influence directly individuals.

The European Court of Justice is competent to review both normative and individual acts.

1. Administrative acts of the Commission addressed to individuals concern essentially the competition law in a broader sense. Those acts are among others decisions permitting or prohibiting something (permit of a state subsidy, companies merger or, formerly, an exception from the prohibition of cartel agreements), or normative acts of the Commission (executive regulations issued on the basis of the empowering by the Council and European Parliament in many areas). Those acts are non-legislative acts (Art. 290 of the Treaty on the Functioning of the EU - TFEU).¹

Such an act can be reviewed by the Court of Justice according to Art. 263 TFEU. Its paragraph 4 is devoted to actions by individuals. This stipulation is subject of another contribution in the present publication.

The subject of our attention is a special type of the Commission decisions: those that punish infringements of EU competition law by enterprises (competitors).² The legal basis for those decisions can be found both in primary and secondary law.

In the primary law it is Art. 261 TFEU providing that "regulations adopted jointly by the European Parliament and the Council, and by the Council,

1 In this connection TFEU makes difference between legislative acts (adopted in the legislative procedure - Art. 289 para. 3) and other acts adopted by the Commission (Art. 290 para. 1).

2 See Sauron, J.-L., *Droit et pratique du contentieux communautaire*, 3e édition, La documentation française, Paris, 2004, p. 53.

pursuant to the provisions of the Treaties, may give the Court of Justice of the European Union unlimited jurisdiction with regard to the penalties provided for in such regulations. regulations." That jurisdiction has been in fact given to the Court through several regulations relating to competition law. The Court of Justice has no competence to decide on imposing a fine, but it can examine the Commission decision on the basis of such regulations.

Let us specify the two most frequently applied regulations:

- a. Regulation 1/2003 on the implementation of the rules concerning competition (Art. 101 and 102 TFEU) provides in its Art. 31: "The Court of Justice shall have unlimited jurisdiction to review decisions whereby the Commission has fixed a fine or periodic penalty payment. It may cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payment imposed. "
- b. An identical stipulation is contained in Art. 16 of the Merger regulation (139/2004).

A special procedure for the revision of the Commission decisions is the procedure under Art. 261 TFEU, which differs from the general procedure for review of Union secondary law acts (Art. 263). This procedure is based on the appellation principle together with the cassation principle. According to Art. 263 the Court of Justice can just confirm or annul the act, the Commission decision on the fine can be either confirmed or modified. The imposed fine can be confirmed, reduced or increased.

The subject of the procedure can be not only the lump sum for sanction purposes (fine), but also the penalty payment relating to the lack of cooperation of the undertaking during the Commission investigation.

The action is brought by the undertaking that has been fined. The functional competence belongs thus to Tribunal. An appeal is possible to the Court of Justice.

The result of the procedure can be

- confirmation of the decision on fine imposed by the Commission, which is considered correct and justified,
- annulment of the Commission decision on fine as not founded,
- modification of the amount of the fine (reducing or increasing it) since the degree of infringement is evaluated differently or there are other circumstances justifying the change of the amount of the fine.

The Tribunal may increase the fine as well. It may happen that the Commission propose the increasing of the fine having been imposed by itself, if the undertaking uses new arguments not raised in the proceedings before the Commission.³ We may find such a conclusion of the Tribunal in its judgment *Schunk v. Commission* (T-69/04), para. 244 and 245:

"244. Accordingly, although the exercise of unlimited jurisdiction is most often requested by applicants in the sense of a reduction of the fine, there is nothing preventing the Commission from also referring to the Community judicature the question of the amount of the fine and from applying to have that fine increased.

245. Moreover, such a possibility is expressly provided for in Section E, fourth paragraph, of the Leniency Notice which states that 'should an [undertaking] which has benefited from a reduction in a fine for not substantially contesting the facts then contest them for the first time in proceedings for annulment before the Court ..., the Commission will normally ask that court to increase the fine imposed on that [undertaking]'. The application made by the Commission in the present case is based precisely on that provision."

The reason of the dispute may be not only the objective legality of the Commission decision, but also subjective factors, namely the cooperation of the undertaking during the Commission investigation.

Examples:

- a. T-305/94 - T-335/94 (PVC producers): 12 undertakings - illegal cartel - for three of them the fine reduced was reduced:
- b. reason: shorter period of infringement - SAV: EUR 400 000 to 135 000, different volume and value of goods - ELF: EUR 3 200 000 to 2 600 000, ICI: EUR 2 500 000 to 1 550 000
- c. T-9/99 to T-31/99 (European District Heating Market) - ABB Asea Brown: 70 mil. to 65 mil. Reason: confirmation of the participation in the cartel, cooperation with the Commission
- d. Citric acid cartel - ADM fine reduced: 39 690 000 to 29 400 000 - reason: less important role in the cartel (ADM was not a leader)
- e. T-450/05 Peugeot - obstruction of exports from the Netherlands: 49 500 000 to 44 550 000 (taking into account price differentials)

³ For details see Molinier, J., Lotarski, J., *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, p. 232.

f. e) T-325/01 Daimler Chrysler ("grey market"): 71 825 000 to 9 800 000, 86 mil. to 11 mil. (!), because only Belgian market was relevant.

Those decisions of the Commission can be subject of the action to the Court of Justice in any delay (there is no time limitation).

2. Other secondary law acts subject to the Court review concern imports from third countries. The antidumping or compensatory customs duties on imports are imposed by the way of regulations of the Council. The action for annulment of such regulation may be brought by the importer in the EU or the exporter of the third country. The form of regulation is necessary because of the need of the general scope of application of the imposed duty in the whole European Union. In fact such regulation is a disguised decision.

Typical for the decision practice of the Court in the past was the refusal of the capacity to institute proceedings by importers through a direct action. The sole possibility how to get before the Court of Justice was through an action against the competent custom administration before national court and the subsequent preliminary reference of that court to the Court of Justice. A partial change of this attitude of the Court of Justice was the judgment *Extramet* (C-358/89), where the Court acknowledged that the refusal of a direct action would mean the denial of justice.⁴ Let us remind here that the way of the preliminary reference is for the exporter from a third country rather difficult, complicated and uncertain, since he must first institute proceedings before a national court of the member state of importation and then to try to convince that court of the preliminary reference concerning the validity of the regulation. Direct action according to Art. 263 is much more suitable.

3. Intellectual property Matters

The first two subject-matters of industrial property that may be valid throughout the whole territory of the European Union (EU), are trademarks and (industrial) designs.⁵ The legal framework for the establishment and protection of those subject-matters stems from Regulation (EC) No. 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified

⁴ This policy of the Court is described in detail by Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson Education, Longman, Essex, 2002, p. 361-362.

⁵ Under international treaties, especially Hague Agreement Concerning the International Deposit of Industrial Designs and Acts to this Agreement, and in law of the Czech Republic, the term „industrial design“ is used for this type of incorporeal chattel. But in EU legislation, only the expression „design“ appears and therefore, it will be used in further text.

version), which replaced the original Council Regulation (EC) No. 40/94, and Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

The Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) (OHIM), that has been established on the basis of Article 2 of Regulation No. 40/94, administers the procedures for registering Community trademarks and designs, and maintains the Register of Community Trademarks and registered designs. OHIM also issues decisions regarding the aforementioned subject-matters. For instance, it decides on the refusal of Community trademark applications either on absolute grounds, such as, descriptiveness of a mark or lack of its distinctiveness etc. (in *ex parte* proceedings), or on relative grounds based on filed opposition due to earlier rights with which the Community trademark application is in conflict (in *in partes* proceedings). In the circumstances of the case, OHIM may refuse that application either in its entirety or only partly (for certain goods or services). The Office has two instances, thus the party adversely affected by the decision of the first instance may appeal against that decision to the Board of Appeal. A similar system of protection within the European Union has also been created for Plant variety rights on the basis of Council Regulation No. 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights. For the purpose of the implementation of that Regulation, Community the Plant Variety Office (CPVO) has been established. This Office decides, among other things, on nullity or cancellation of Community plant variety rights.

For those, who are not satisfied with the outcome of the Board of Appeal's decision of either of the offices, another legal remedy is available, court proceedings before the Court of Justice of the European Union. Article 65 of Regulation No. 207/2009, Article 61 of Regulation No. 6/2002 and Article 73 of Regulation No. 2100/94 allows bringing an action before the European Court of Justice (today, the Court of Justice) against decisions of the Boards of Appeal on appeals within two months of the date of notification of the decision of the Board of Appeal. However, it does not mean that the party may file an action to that court directly. By virtue of Article 256 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter the "EU Treaty") (ex Article 225 of the Treaty Establishing the European Community) (hereinafter the "EC Treaty") in conjunction with Article 263 of the EU Treaty (ex Article 230 of the EC Treaty), together with Article 53 of Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 130-136 of Rules of Procedure of the General Court (formerly, the Court of First Instance), these appeals are to be filed to the General Court.

The appeal must rest on one of the allowable grounds, i.e., lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaty, of the pertinent Regulation (either 207/2009 or

6/2002 or 2100/94) or of any rule of law relating to their application or misuse of power.

Based on Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union, any party which has been unsuccessful, in whole or in part, in its submissions may bring an appeal to the Court of Justice within two months of the notification of the decision of the General Court. Pursuant to Article 58 of that Statute, an appeal to the Court of Justice shall be limited to points of law and shall lie on the grounds of lack of competence of the General Court, a breach of procedure before it which adversely affects the interests of the appellant as well as the infringement of Union law by the General Court.⁶

An interesting legal question arises with regard to powers of the General Court or Court of Justice. Pursuant to paragraph 3 of Article 65 of Regulation No. 207/2009, Article 61 of Regulation No. 6/2002 and Article 73 of Regulation No. 2100/94, the Court shall have jurisdiction to annul or alter the contested decision. However, Article 264 of the EU Treaty (ex Article 231 of the EC Treaty) provides that the Court of Justice of the European Union is entitled only to declare the decision void. Thus, the aforementioned regulations allow alteration of the decision in addition to its mere annulment, unlike Article 264 of the EU Treaty which restricts jurisdiction of the Court of Justice of the European Union only to the second option. Bearing in mind the legal nature of the EU Treaty, which is a crucial part of primary EU legislation, unlike the regulations which form secondary legislation, the Court of Justice of the European Union should not be entitled to alter the decisions of the given offices. In stead it could only remit the cases back to them if it finds the appeals well-founded.

There are three other subject-matters that may gain protection within the EU, namely geographical indications, designations of origin and traditional specialties guaranteed for agricultural products and foodstuffs.⁷ Unlike the previously mentioned Community trademarks, designs and plant variety rights, the registration and related proceedings are performed by the Commission. Decisions of the Commission may be subject to actions brought to the Court of Justice of the European Union as well.

6 With regard to assesment whether a matter constitutes a point of law, the Fourth Chamber of the former European Court of Justice rejected appeals based on similarity of trade marks for the reason of their factual and not legal nature, for instance, C-3/03 P *Matratzen Concord v OHIM*, or C-513/04 P *Vitakraft-Werke Wührman & Sohn GmbH & Co. KG v OHIM*.

7 The legal framework is given by Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, and Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialties guaranteed

4. To complete the list of "administrative" actions before the Court of Justice we should mention **the action for failure to act (Art. 265 TFEU)**. This action may be brought also by an individual in the case when an EU institution has failed to address to that person any binding act. In practice a "binding act addressed to a person" may be only the decision.

Contact – email

vtyc@stcomp.cz -- charvat@law.muni.cz

THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS IN ROMANIA

TROCAN LAURA MAGDALENA

Faculty of Juridical Sciences and Letters University „Constantin Brâncuși”
of Târgu-Jiu, Romania

Abstract in original language

In Romania, conceptions regarding human rights and their protection system were crystallized and were promoted under the influence of humanistic ideas on human freedom and equality promoted at European and international level and were developed once with the evolution of the Romanian State, over different historical epochs, reflecting the social, economical and political conditions and requirements corresponding to these epochs. The aim of the present study is to present both the development of theoretical and conceptual dimensions of institution of human rights in Romania and the evolution of the main documents and institutions designed to guarantee the protection of human rights at national level.

Key words in original language

Human rights; protection of human rights; national and international means of protecting human rights; democratic society.

In Romania, the conceptions regarding human rights and their protection system were crystallized and affirmed under the influence of the humanist ideas regarding the human liberty and equality promoted at a European and international level and they were developed at the same time with the evolution of the Romanian state, across different historical ages, reflecting the social, economical and political requirements and conditions corresponding to these times.

Until 1918, when the unitary national state was constituted, the conceptions regarding the human rights were developed in the process of accomplishing the freedom and national unity aspirations manifested on the territory of the three Romanian states: Moldova, Walachia and Transylvania. Situated at the confluence of three great empires (the Czarist Empire, the Austro-Hungarian Empire and the Ottoman Empire), the Romanian countries faced many political and economical difficulties that sensibly delayed their accession to the line of the constitutionally parliamentary states, considering that, when Europe¹ was crossing the series of the great liberal-democratic transformations, the Romanians were forced to suffer a permanent fight

¹ For many of the European countries, the 19th century represents the age of the nations affirmations, of the constitutional national state and of the parliamentary system. (*A. Banciu, Constitutional history of Romania – national desiderata and social realities*, Lumina Lex Press, Bucharest, 2001, p. 21)

against national domination and oppression. However, on the territory of the three states, there was developed an intense activity in order to elaborate certain modern political-juridical forms of state and social organization and management inspired from the European models.

In the Romanian constitutional system, the juridical institution of the basic rights and obligations of the citizens was consecrated for the first time in a modern conception in the Constitution in 1866.

We must say that, before adopting this constitution, we could also find a series of stipulations referring to the human rights in the legislation of the three Romanian states. Among the oldest attempts to establish certain rights, we may evoke – The Document of Leon Tomşa (ruler of Walachia -1628-1632) emitted on July, 15th 1631 that consecrated, among others, the generality of the principle that nobody can be killed without being judged, that guilt must be proved and that the capital punishment can be applied only if the laws stipulates it etc., and also – certain social-economical reforms elaborated in the manner of the 18th and 19th centuries. Therefore, stipulations referring to a series of rights and liberties were included in different reform programs with social-economical features, such as:

- *Supplex Libellus Valachorum* (in Transylvania) in 1791 and 1792
- Tudor Vladimirescu's Proclamation (in Walachia) in 1821³
- Carbonari's Constitution in 1824 (in Moldova)⁵

2Supplex Libellus Valachorum (meaning *Petition of the Vlachs in Transylvania*) is the name of the memoirs brought by the leaders of the Romanian nation in Transylvania to the emperor Leopold II-lea of The Holy Roman Empire (in 1791 and 1792). The **Supplex's** requirements were structured around the following ideas: acknowledge the Romanian as a law nation in Transylvania, giving again to the Romanian nation all its historical rights, acknowledging the right equality of the Romanian church with the other cults and proportional representation in the leading and administrating organs. The *Supplex's* text transparently refers to The Human and Citizen's Rights Declaration of France and it also includes certain historical reasons and statistics related to the Romanians (that were almost 55% of Transylvania's population). The petition was rejected so that the Romanians' status remained the same.

(http://ro.wikipedia.org/wiki/Supplex_Libellus_Valachorum_Transsilvaniae)

³The most important programmatic document of Tudor's Revolution is "Requirements of the Romanian People", a document that contains the basic principles of a new social order. This document claimed to abolish the nobility's privileges and the obligation of the ruler named by the Ottoman Empire to respect the will of all the people he rules; the access to the state jobs must be made only basing on worth; it claimed a large reform in the field of justice, administration, school, army; it claimed the abolishment of the intern customs. (<http://www.verticalonline.ro/proclamatia-de-la-pades>).

⁴The project was finally removed as a consequence of the opposition of a part of the great nobility.

- Islaz Proclamation adopted on June, 9th/21st in Walachia⁶
- Blaj National Claims Program in Transylvania on May, 4th/16th 1848⁷
- Moldavia Revolutionary Program in August 1848 called “Desires of the National Party”⁸,

The same kind of stipulations was also included in certain international documents referring to the Romanian Principalities such as: Bucharest Peace Treaty in 1812, Paris Convention in 1858⁹.

The 1866 Constitution, the first modern constitution inspired from the Belgian constitution, considered at its time the most liberal one in Europe, contained the citizen rights and liberties in a political-juridical conception proper to the philosophical and political thinking of the Western Europe in the first half of the 19th century. This conception was influenced, at its turn, by the spirit of the Human and Citizen’s Rights Declaration adopted by the France National Assembly¹⁰. Being elaborated in extern circumstances, but

⁵It is considered the first political and juridical document of the Romanians where it is regulated a system of the human and citizen’s rights and liberties, one of the most important constitutional projects in Romania, which stipulated the guarantee of the property right, of the religious freedom, everybody’s equality when gaining a public job, the individual freedom. (A. Iorgovan, *Constitutional Law and Political Institutions. General Theory*,

„J.L. Calderon Galleries” Press, Bucharest, 1994, p. 103).

⁶It had the value of a constitutional document where it was stipulated the equality in exerting the political rights, the equal access to education, respecting the private property, electing a ruler by all the social classes and who could come from any of these classes, Gypsies’ emancipation etc. (T. Drăganu, *Constitutional Law and Political Institutions*, vol. I, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998, p. 105).

⁷Therefore, by this document the Romanian nation required the possibility of the representation in the administrative, judicial and military services, the possibility to use the Romanian language in the administration, the equality in rights of the Romanian church with the other churches of Transylvania, providing the personal freedom, settling schools in Romanian, abolishing the privileges etc. (V. Duculescu, *Juridical Protection of Human Rights*, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998, p. 32)

⁸The document suggested a real program of democratic regulations and we only mention some of them: abolishing the birth privileges, everybody’s equality regarding the taxes, abolishing the slavery, equality in civil and political laws, electing the ruler by all the social classes, free and equal access to education, abolishing the death punishment etc. (E. Cernea, E. Molcuț, *History of The Romanian State and Law*, „Șansa” Publishing House, Bucharest, 1996, p. 188).

⁹C. Ionescu, *Contemporary Constitutional Law Treaty*, the second edition, C. H. Beck Press, Bucharest, 2008, p. 670-671.

¹⁰ *Idem*.

also in intern, complicated ones delicate for the Romanian nation¹¹, the Constitution contains 133 articles that regulate the most important social relations. Dealing in detail, in the 2nd Title “About the Romanians’ Rights”, the Constitution stipulated and guaranteed the most important basic rights of the citizens: inviolability of the person and of the residence, the mail secret, the freedom of the consciousness, of the press, of the education, of the association and of the reunions. The Constitution abolished the privileges, the interdiction of the death punishment and the fortune confiscation. The property was declared as “sacred and inviolable”, existing only three causes of expropriation for public utility (communications, salubrity and the works for protecting the country)¹². Although it declared that, inside the state, there was no class differentiation and that everybody was equal in front of the laws, because of the fact that the electoral rights were granted reported to the fortune, the equality in rights of all the citizens was in a certain manner contradicted.

The historical events occurred after the Big Union in 1918¹³ generated a visible tendency of certain political parties and groups, and also of certain political, judicial, cultural personalities of that time to participate to the elaboration of certain legislative projects regarding the new state organization of the reunified Romania¹⁴. Giving expression to the new realities determined by the settlement of the Big Union in 1918, it was adopted in our country the Constitution of March, 29th 1923, a document that represented a juridical document much more elaborated than the 1966 Constitution and that was directly oriented towards the requirements of the society development in a law state. The 1923 Constitution consecrate the principles of freedom and equality of all Romanians, no matter their ethnicity, their religion, their birth or their social class, the universal, equal, direct and secret vote (of the majority citizens, men), the individual freedom, the consciousness freedom, the expression freedom, the press freedom, the work freedom, the residence inviolability, the privileges

¹¹The 1866 Constitution is the result of the intense political problems unleashed after deposing Al. I. Cuza on February, 11th/23rd 1866. At the same time, in that time period, Romania had not gained its entire independence yet and it was surrounded everywhere by absolutist empires (the Ottoman Empire, the Austro-Hungarian Empire, Prussia and Czarist Russia), and France, that had supported it the most in its national aspirations had become under Napoleon II an absolute monarchy. (T. Drăganu, op.cit., p. 369).

¹²A. Banciu, op. cit., p. 51

¹³The Union on December, 1st 1918 represents the main event of the history of Romania and, at the same time, the accomplishment of a desideratum of the inhabitants of the borders of the old Dacia, the union of Transylvania and Romania (after 1862, when it was accomplished the Small Union – Moldova and Walachia by Al. I. Cuza). The day of December, 1st has become after the events of December 1989 The National Day of Romania.

¹⁴A. Banciu, op. cit., p. 87.

interdiction, the property right, adding to the expropriation causes for the public utility stipulated by the 1866 Constitution another 2 ones determined by the cultural interest and by the direct, general interest of the state and of the public administrations etc.

The Romanian political system, between the years 1930-1938, was featured by a complicated and contradictory evolution with direct repercussions on the profile and the functionality of the institutional traditional state and party mechanisms. In frame of this sinuous evolution, there was a process of gradual dissolution of the parliamentary system, of sensible erosion of the political parties, at the same time with the transformation of the monarchic institution, having as a result the change of the democratic system under the conditions of the 1923 Constitution when installing an authoritative system¹⁵.

In the concrete conditions of the year 1938, the king Carol II installed on February, 10th 1938, the personal dictatorship. This dictatorship is judicially consecrated and accomplished by the new Constitution promulgated on February, 27th and published on February, 28th 1938. The Constitution contained 100 articles, the 2nd Title being called “About the Romanians’ Obligations and Rights”. By consecrating the royal dictatorship, the stipulations of the Constitution were expressing the limiting of the democratic rights and liberties. Therefore, for the first time, there are stipulated the citizens’ obligations and then there is a reference to the rights. In 1940, the king is forced to abdicate and the Constitution is suspended. Even in the conditions of suspending the 1938 constitution, the citizens’ rights have been generally respected so that, except the time period between September 1940-January 1941¹⁶, we cannot talk about massive and serious violations of the civic rights and liberties.

In the autumn of 1944, by Royal Decree no. 1626 on September, 2nd it was disposed the revalidation, with certain changes, of the 1923 Constitution and there were elaborated a series of constitutional documents that could settle the state organization. These documents represented the juridical basis of the temporary state organization of Romania until adopting a new constitution.

The end of the Second World War confirmed Romania’s affiliation to the Soviet influence sphere, with all the consequence coming from it, so that at the beginning of the `50s, Romania was a typically communist country, the system promoting – according to the model imposed by Moscow – a policy

¹⁵**Ibidem**, p. 220.

¹⁶During September **1940 – January 1941, Romania was proclaimed as a national-legionary state**. The legionary dictatorship promoted a deeply antidemocratic policy of terror, liquidating actually the democratic rights and liberties.
(<http://www.scribub.com/istorie/regimul-politic-din-romania-se202219412.php>).

of enrolling the population and repressing any type of opposition¹⁷. The state organization between 1945 and 1989 was regulated by the 1948, 1952 and 1965 Constitutions and the feature of the civic rights and liberties proclaimed in the mentioned Constitutions reflected the nature of the socialist political system, in its different time periods. Despite the fact that both the stipulations of the Romanian People's Republic Constitution in 1952 and the ones of the Socialist Romanian Republic Constitution in 1965 contained provisions regarding the basic civic rights, although Romania has become a signatory part of the Universal Declaration of Human Rights since the communist system (1955), the communist dictatorship has never respected totally the human rights and the rights of its own citizens. We must say that, between 1948 and 1964, the repressing feature of the governing cannot be contested, the 1965 Constitution consecrated a certain liberalization tendency of the juridical institution of the civic rights as much as it could be allowed by the nature of the socialist system, especially emphasizing the social-economical rights (except the right to strike and to decent living standards). But it is true that, due to their insufficient guarantee, the population did not benefit satisfyingly from the constitutional frame of their proclamation¹⁸.

The analysis of the constitutional provisions and also of other normative documents of this time allows identifying certain serious deviations from the democratic principles and we only mention some of them:

The constitutional system during the communism has brought serious changes to the citizens' property right. Therefore, the 1948 Constitution, even if it acknowledged the existence of three property categories (state property, co-operative one and particular one) proclaimed the supremacy principle of the state and co-operative property compared to the private one, and also the special protection of the state property constituted of the subsoil riches, the forests, the waters, the communication and transmission ways. Because, when elaborating the Constitution, some of these goods were in particular property, these stipulations have constituted the juridical reason of the nationalization laws of the big majority of the industrial, bank, mining, transporting and insurance companies¹⁹. Although in art. 10 of the 1948 Constitution it was stipulated that the expropriation may be accomplished only "for the public utility cause, basing on a law and with a fair compensation established by the court", the same Constitution stipulated in

¹⁷Among the most important consequences of this fact, we mention: installing a communist government in Bucharest (March, 6th 1945), abolishing the monarchy, installing the "people's democracy" system (December, 30th 1947), publishing the first communist Constitution (April 1948), nationalizing the country industry in June 1948, starting to collect the agriculture in March 1949 etc. (<http://www.ars-longa.com>).

¹⁸C. Ionescu, op. cit., p. 670-671.

¹⁹A. Banciu, op. cit., p. 320.

art. 11 that, if the general interest asked for it, “the production means, the banks and the insurance societies that were the private property of the physical or juridical persons may have become the state property”, more specifically using the confiscation and with no compensation. Even more serious limitations of the property were brought by the 1952 Constitution that stipulated in art. 11 that “the people’s democratic state consequently accomplishes the policy of bordering and removing the capitalist elements” and by art. 36 of the 1965 Constitution that expressly limited the area of the personal property right, referring only to “the incomes and the savings come from work, the living house, the household around it and also the field where it is and the personal use and comfort goods ”²⁰. And, subsequently, different normative documents limited and then abolished the individual property on land. By Law no. 59/October, 29th 1974 regarding the territorial fund, it was forbidden to estrange or gain lands, excepting only the inheritance and his having serious limitations and by Law no. 4/1972 a family could possess in its personal property only one lodge and only one rest house, and in case of gaining in any manner (inheriting, buying, donating) a second lodge (or rest house), it was forced to estrange or to give up one of them in a certain term stipulated by the law. Injuring the property right was extended also to the persons who wanted to emigrate definitely from the country and they were forced to give up the personal property lodges to the state in exchange for certain symbolic money compensations (in case of the fraudulent departures abroad and of the rejection of coming back to the country, the lodges were automatically owned put in the state property), being even forced to pay the expenses supported by the state with their schooling²¹.

Referring to other basic civic rights and liberties, even if they were formally acknowledged and guaranteed by the 1948 Constitution, there were introduced a series of restrictions and interdictions regarding their exertion, creating a visible discrepancy between the political and juridical realities and principles. Therefore, while it was stipulated and guaranteed every citizen’s right to elect and to be elected in the state organs, there were stipulated a series of electoral incompatibilities to the forbidden persons with no civil and political rights and who are unworthy, considered as such by the competent institutions, a fact that allowed the political marginalization of certain citizens basing on political and ideological criteria²².

20V. **Duculescu**, op. cit., p. 38.

21 **A. Banciu**, op. cit., p. 355.

22**Ibidem**, p. 323.

Even if, by the 1948 Constitution, it was stipulated the individual freedom, and nobody could be arrested or kept for more than 48 hours without an arresting mandate or convicted without a judicial sentence, it remained purely formal and declarative without certain procedural juridical guarantees²³.

By stipulating and guaranteeing the freedom of press, of word, of reunions, the 1948 constitutional document stipulated that the exertion of these rights was provided by the fact that the printing means, the paper and the reunion places were put at the disposition of the ones who worked, obviously by the socialist party and state. And the 1965 Constitution stipulates that these liberties cannot be used in purposes that are contrary to the socialist organization and to the interests of the working people. A strict system controlled the respect of the regulations regarding owning and using the typing machines and the multiplication means²⁴.

Although the 2nd Title of the 1965 Constitution consecrated the citizens' equality, no matter their nationality, their right to work, their right to rest, their material insurance for the old age, for the disease or for the work incapacity, their right to education, the use of the maternal language by the national minorities, the equality in rights of woman and man, the freedom of word, of press, of reunions etc. these stipulations must be circumscribed to the political system of that time. Therefore, the equality in rights was many times disrespected by introducing certain discriminating conditions when hiring, in order to accept for certain jobs and to admit in colleges, considering the political and social membership²⁵. There were professions and jobs that only persons having special conditions could choose, excluding the persons who had had political convictions, the persons having relatives abroad, the divorced persons etc²⁶.

Also, even if art. 30 of the 1965 Constitution guaranteed the freedom to exert religious cults stipulated, at the same time, that no religious confession, congregation or community can open other educational institutions beside the special schools for preparing the cult staff.

By following the family stability and the stimulation of the birth rate, the communist legislation will brutally interfere in the intimate life and in the

23 Idem.

²⁴In this sense, it was emitted the Decree of the State Council no. 98 regarding the system of the multiplying machines, of the materials needed in order to reproduce the writings and the typing machines, a decree that has become Law no. 12/1983.

²⁵ V. **Duculescu**, op. cit., p. 39-41.

²⁶**Ibidem**, p. 44.

family relationships, - by Decree no. 770/October, 1st 1966 in order to regulate the interruption of the pregnancy course and by Decree no. 771/October, 1st 1966 in order to change the Criminal Code, the abortion was forbidden and it was instituted the woman's obligation to give birth to a number of 4 children. Also, there were introduced political-ideological and moral criteria of promoting the work or in different jobs that would consider or not the marital status of the citizens, the number of children etc.

The right to life with the entire cortege of adjacent rights was seriously violated considering that the communist system refused to accept the international documents forbidding the death punishment²⁷, in Romania the death punishment being abolished by the Law-Decree number 6 on January, 7th 1990 and replaced with detention for life.

Regarding the person's right to circulate and to move freely, this right has suffered many limitations both regarding its movement inside the country and outside the borders, existing interdictions regarding the establishment of the residence in certain cities, but also the mandatory feature for certain professional categories to establish their residence in the localities where they developed their activity. Regarding the travelling abroad, a series of normative documents has established an extremely difficult procedure in order to obtain a passport and there is no obligation to motivate the rejection of the release²⁸.

The work legislation also had certain stipulations that injured the human rights such as measures for the lack of payment of the overtime crossing a certain quantum, the violation of the OIM Convention regarding forbidding the women's night shifts. Serious limitations were brought to the citizens' possibilities to save currency amounts as a consequence of the activities developed abroad. Severe stipulations forced the citizens obtaining currency incomes to give an important share to the state²⁹.

Facing starting with the '80s a lack and then crisis of food products, electric and thermal energy, natural gases and other combustibles, the communist system adopts austerity measures in these fields, limiting in the first place the particular consumption and determining the gradual depreciation of the material and cultural level of most of the individuals, affecting thus the right to decent living standards³⁰.

²⁷ **Ibidem**, p. 41.

²⁸ **Ibidem**, p. 43.

²⁹ In 1974 it was proclaimed the Decree no. 233 regarding certain rights and obligations of the Romanian citizens that accomplish currency incomes.

^{30A}. **Bonciu**, op. cit., p. 350-356.

The events in December 1989 have caused deep transformations in the Romanian society, removing the communist dictatorship and in this context the elaboration and the validation in 1991 of the new Romanian Constitution³¹, changed and completed by the Law revising the Constitution no. 429/2003³², have answered to the need to accomplish the basic juridical frame of the evolution to democracy, freedom and human dignity, to edifying a law state based on political pluralism, free elections and providing the clear respect of the human rights and liberties.

Therefore, the change of the political system after December, 22nd 1989 has brought a new conception of the Romanian legislator on the state role regarding the proclamation and the real guarantee of the civic rights and liberties, after 1989 permanently promoting and supporting Romania's connection to the international standards in the field of the human rights. Thus, Romania accessed the international conventions regarding the protection of the human rights³³, where it was not part of it and it took back

31 The new Constitution was voted in the Constitutive Assembly and submitted to the national referendum on December, 8th 1991, being approved with a percentage of 77,3 % of the participants. When validating the new Constitution (December, 8th 1991) the 1965 Constitution was expressly abrogated.

32Published in the Romanian Official Gazette, part I, no. 758 on October, 29th 2003.

33In the field of the national minorities rights, Romania consecrated both by the constitutional stipulations, and by a series of other normative documents, an extremely favourable juridical system, having at present one of the most advanced European legislations in this matter. Therefore, in Romania, the national minorities enjoy rights such as:

- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to the national minorities are more than 20% of the inhabitants number, the authorities of the public local administration placed in their suborder and also the decentralized services provide the use, in the reports with them, of the maternal language of the citizens belonging to the national minorities;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to the national minorities are more than 20% of the inhabitants number, the authorities of the decentralized public local administration, the public institutions placed in their suborder, and also the decentralized public services provide the public announcement of the agenda of the local or county Council also in the maternal language of the citizens belonging to the national minorities;
- In the local councils where the local counsellors belonging to a national minority represent at least a fifth of the total number, at the council meetings they may also use the maternal language of the national minorities;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to a national minority are more than 20% of the inhabitants number, the normative decisions are publically announced also in the maternal language of the citizens belonging to the respective minority and the individual ones are communicated, when it is demanded, also in the maternal language;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to a national minority are more than 20% of the inhabitants number, in their reports with the authorities of the public local administration, with the speciality machine and the organisms subordinated to the local council, they

its reserves to other agreements in this matter³⁴, the Romanian Constitution containing at present the entire range of basic human rights and liberties consecrated in the reference international documents in this field³⁵. More than that, article 20 of the Constitution shows that the stipulations regarding the civic rights and liberties will be interpreted and applied according to the Universal Declaration of the Human Rights, to the pacts and to the other treaties Romania participates to. And if there are non-concordances between the pacts and the treaties referring to the basic human rights Romania participates to, and the intern laws, the international regulations are the ones

may address orally or in written also in their maternal language and they will receive the answer both in Romanian and in their maternal language;

- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to the national minorities are more than 20% of the inhabitants numbers in jobs that have in their attributions the public relations will also frame persons who know the maternal language of the citizens belonging to the respective minority;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to the national minorities are more than 20% of the inhabitants number, the authorities of the public local administration will provide the inscription of the localities name and of the public institutions under their authority and also the display of the public interest announcements also in the maternal language of the citizens belonging to the respective minority;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to a national minority are more than 20% of the inhabitants number, at the official ceremonies, besides Romanian, we may also use the language of the respective minority;
- In the administrative-territorial unities where the citizens belonging to a national minority are more than 20% of the inhabitants number, the marriage officiation may also develop, when demanded, in the maternal language of the persons that are to be married, if the civil officer knows the respective language;
- The legislation in the field of the judicial system and of the functioning of police, of health contains a series of regulations regarding the linguistic rights of the minorities;
- The persons belonging to the national minorities have the right to study and to be educated in their maternal language at all the education levels and types.

34 When finishing the Vienna Reunion of the representatives of the states that had participated to the Conference for Security and Cooperation in Europe, the Romanian delegation was the only one that formulated a series of reserves, dissociating from certain principles in the human rights field that had been already adopted by all the other participant states (including by the former socialist countries). On January, 6th 1991, the Romanian Ministry of External Affairs declared, to the satisfaction of the other states, that our country retracted “its interpretative declarations and reserves” formulated on January, 15th 1989, referring to the document adopted at Vienna, confirming the acceptance of this integral document. (V. **Duculescu**, op. cit., p. 52).

35 **I. Muraru**, *Constitutional Protection of the Freedom of Opinion*, Lumina Lex Press, Bucharest, 1999, p. 15.

that have priority, excepting the case where the Constitution or the intern laws contain more favourable stipulations³⁶.

At the same time, the basic law comes and institutes a series of institutions able to constitute an effective guarantee of the effective, concrete exertion of the rights and liberties proclaimed in the 2nd Title, such as the Constitutional Court or the People's Attorney.

We must say that the valid constitutional stipulations according to the international stipulations in this field also stipulate in article 53 the exertion of the civic rights and liberties in certain situations related to the protection of the national security, of order, of health or of public morality, of the civic rights and liberties, of the development of the criminal instruction; of preventing the consequence of a natural calamity, of a disaster or of an extremely serious sinister. The restraint may be disposed only if it is needed in a democratic society and the measure must be proportional to the situation that determined it, must be applied in a non-discriminating manner and without reaching the existence of the right or of the liberty.

Since the events of December 1989 until nowadays, Romania crossed a sinuous road during which it registered both notable events and many failures trying to edify a real democratic society. Therefore, even if in post-Decembrist Romania we cannot speak about a large range disrespect of the basic rights and liberties consecrated both in the constitutions stipulations and in the international and regional documents our country participates to, we cannot ignore the fact that, on December, 31st 2008, our country was the third, after the Russian Federation and Turkey, as a defendant in different causes placed in the examination of a judicial formation of the European Court of the Human Rights in Strasbourg³⁷.

Although, indeed, the institution of the Human rights in Romania has evolved in time, by knowing a laborious and long crystallization process, being presented actually as an extremely complex institution related both to the juridical, intern order and to the international one, being at present not only a reality, but also the ending of the entire human democratic activity.

36C. **Ionescu**, op. cit., p. 671.

37 <http://www.echr.coe.int>. The European Court for Human Rights pronounced on October, 12th 2010 its first pilot decision against Romania in the cause of Maria Atanasiu and others against Romania that practically suspended the similar causes of CEDO role and forced thus the Romanian state to take measures, in a 18 months term in order to improve the retrocession problem. The pilot decision is extremely important whereas it determines the Romanian state to solve the restitution problem, in the direction of respecting the basic rights and of instituting a functional mechanism of retrocession and compensation. (<http://www.romania-actualitati.ro/rtrapages/view/20249>)

Literature:

- A. Banciu, Constitutional history of Romania – national desiderata and social realities, Lumina Lex Press, Bucharest, 2001
- E. Cernea, E. Molcuț, History of The Romanian State and Law, „Șansa” Publishing House, Bucharest, 1996
- T. Drăganu, Constitutional Law and Political Institutions, vol. I, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998
- V. Duculescu, Juridical Protection of Human Rights, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998,
- C. Ionescu, Contemporary Constitutional Law Treaty, the second edition, C. H. Beck Press, Bucharest, 2008
- A. Iorgovan, Constitutional Law and Political Institutions. General Theory, „J.L. Calderon Galleries” Press, Bucharest, 1994
- I. Muraru, Constitutional Protection of the Freedom of Opinion, Lumina Lex Press, Bucharest, 1999
- http://ro.wikipedia.org/wiki/Supplex_Libellus_Valachorum_Transsilvania
e
- <http://www.verticalonline.ro/proclamatia-de-la-pades>
- <http://www.ars-longa.com>
- <http://www.scribube.com/istorie/regimul-politic-din-romania-se202219412.php>
- <http://www.romania-actualitati.ro/rrapages/view/20249>

Contact – email

laura.trocan@gmail.com

THE RIGHT TO LIFE GUARANTEED BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND IT'S EXCEPTIONS

CRISTIAN CLAUDIU TEODORESCU

Petru Maior University of Tîrgu Mureş, Faculty of Economics, Law and
Administrative Sciences, Romania

Abstract in original language

The dogma of human rights is the articulation in the public morality of world politics of the idea that each person is a subject of global concern. The article that follows this short introduction aims to explain the importance of the ultimate human right, the right to life and the very topical issues of the exceptions to the right to life protected by the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental freedoms. Hopefully I will reveal that a violation of the supreme right makes a fallacy the recognition of the other rights. De lege ferenda concrete steps need to be made as more and more complicated issues are likely to appear now days.

Key words in original language

Human rights; the right to life; euthanasia; abortion; use of force; the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental freedoms; the European Court of Human Rights.

1. SITUATING THE RIGHT TO LIFE WITHIN FUNDAMENTAL RIGHTS.

From the standpoint that human rights are a matter of internal legislation, human rights law has extended internationally becoming “a fact of the world” in order to assure democracy, international security and peace. Human Rights are the fundamental rights which are pre-eminent in all European systems of law, whether under Council of Europe or the European Union.

When fighting for the rights of black people in the U.S.A Martin Luther King was promoting all over the planet non-discrimination, “An injustice anywhere is a threat to justice everywhere” he said. “The building of Human rights is one of the foundations stones on which we will build in the world an atmosphere in which peace will grow”, Eleanor Roosevelt stated when talking about the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter referred to as the “Universal Declaration”).

Therefore, for the promote and respect of Human Rights treaties and convents were adopted in the world to assure that human rights violations such as occurred in Nazi Germany will never repeat. But equally and less happily 60 years after the liberation of the Nazi death camps and 30 years

after the Cambodian killing fields, the promise of never again is ringing hollow. However, the public discourse of peacetime global society has a common moral language which is that of human rights.

The first and primary right of a human is the right to exist. The connections between law and life are indisputably, and crucially, rooted in the fundamental rights that a national constitution translates into positive law. Yet the right to life raises a torrent of doctrinal discussions. Which human beings have the right to exist? Does the right apply only to those who are consciously capable of asserting it? Or may a person's exercise of the right be asserted by a representative person or body? If a right, is it an absolute one, or must it be reconciled with other rights of equal value? The texts of national constitutions offer little help on these questions: at best they lay down the principle that there is a right to life, without really explaining what it means. In practice, interpreting the scope of the right to life is left to constitutional or international courts.

If *de iure* all human rights are equivalent because of their nature, is not less true that *de facto* some appear less important than the others. However, this doesn't have to lead to the minimising of the other rights guaranteed by the Convention on Human Rights and fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the "European Convention"), but this reality can't be hidden.¹

The rights of each individual depend on the existence of the biological process that is life. Human rights pertain both to humanity and to real individuals sustained by the life process. The right to life is thus intended to protect the biological process that is a precondition of existence for the individual who possesses rights and freedoms. In this sense we must consider the right to life to be the primary right of every human being.

In my approach I intend to expand and extend the understanding of the right to life because there exists a paradox when dealing with intangible rights and alleviations are evoked which *a priori* lead to antinomy.

The Council of Europe decided to adopt an instrument that makes binding the rules stated by the Universal Declaration, since that document was a declaration and therefore not legally binding, for the member states. The European Convention came into force in 1953 after it had been ratified by the necessary number of states required for it to do so. From its initiation, the European Convention has had more practical effect than the Universal Declaration or the other regional conventions, largely due to the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the "European Court") power to award damages to plaintiffs, as well as the need of member states

¹ For a thoroughgoing study of the issue regarding a hierarchy of human rights see: J. F. Renucci, *European Human Rights*, Hamangiu Publishing, 2009, Bucharest, p. 83-85.

to reform their legislation to retain membership of the Council when found in breach of the Convention.²

The European Convention is not only intended to harmonize the European standards with the national ones, but also to perform a specific function of legitimization. It comes closer to making clear what the actual content of the right to life, where it has a substantive meaning, actually is. In the same context, the European Court has shown that unlike the classic type of international treaties, the European Convention includes not only simple mutual commitments of the contracting States, but creates objective obligations which, under the Preamble, benefits from a collective guarantee. Hopefully after the European Court of Justice has effectively incorporated the provisions of the Convention into European Union law, giving them added impact on those states who are members of both the Union and the Council, it will bring even more effectiveness through case law.

Dicționar - Afișaji dicționarul detaliat

verb

minimaliza

reduce la minimum

diminua

It is placed in the first substantive article that: ‘Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally...’ There was, until recently, only one justiciable, negative right, meaning to the right to life, which was to control or ban the use of capital punishment. Any other meaning of the right to life made it some form of positive right exhortation to the state to do everything in its power to protect the supreme right, even with exact exceptions who are made for protecting the right to life even if it authorizes the use of lethal force. The way in which the right is formulated is extremely important, particularly in the light of current debates about protection of the human embryo and about euthanasia. It can exist either as a right possessed by the individual, or as a duty, incumbent on public authorities, individuals or both, not to seek to harm life.

² This was particularly the case with Central and East European countries where the national constitutional courts found it extremely helpful that they could buttress their own civil rights decisions with reference to the need to show compliance with the Convention to gain international respectability and, even more, to secure admittance to the European Union;

Together with article 3 which prohibits torture the European Court notes that article 2 enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. The circumstances in which deprivation of life may be justified must therefore be strictly construed. The Court also emphasizes the article's importance by saying that when confronted with a case where an applicant alleges a breach of the right to life, the Court must subject allegations of breach of this provision to the most careful scrutiny.

Thus, a violation of the right to life, a right from which all other rights flow, makes a fallacy the recognition of the other rights. In this sense, we must consider the right to life to be the primary right of every human being and thereto the interdictions consecrated by the European Convention must be considered major, because of their nature and importance in protecting and promoting the right to life in Europe. In the case *Pretty v. the United Kingdom* the Court says that "without life, one cannot enjoy any of the other rights set out in the Convention"³. In this context, the European doctrine says that the right to life is a absolute right, opposable erga omnes. Using even more evocative language, the Hungarian Constitutional Court has, indeed, described it as 'the Mother Right', the one from which others can be deduced.

2. THE RIGHT NOT TO BE DEPRIVED OF LIFE. DEATH PENALTY REGLEMENATION

Initially the interpretation of the right to life was somehow simplistic and consisted in the right not to be deprived of life, this meaning the protection of the individual's life against potential assaults on it. In essence this involved criminal-law prohibition of murder and prohibition of the death penalty.

Nearly all liberal democracies have abolished the death penalty immediately after World War two and Central and Eastern European (CEE) nations becoming democracies also have done the same since the end of the Cold War.⁴ Arguably the CEE states had no choice, given that they all sought membership of the Council of Europe and becoming a member supposed to

³ The European Court of Human Rights, case of *Pretty v. the United Kingdom* 29 April 2002; This argument can also be seen in the case *The European Court of Human Rights, case of Kasa v. Turkey* 20 May 2008;

⁴ In the case of Hungary the court rushed to make its decision ahead of the Council membership date because it was so determined to demonstrate the new civic values of the transition;

adopt the European Convention which effectively requested the ban of a arbitrary execution.⁵

The final part of paragraph 1 of the 2nd article of the European Convention prohibits the death penalty with some exception: “save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law”.

Something that is important about article 2 paragraph (1) is that the Court which sentences a person to death shall be independent and impartial.⁶ Besides the fact that the death sentence must be prescribed in the domestic law of the state in question, the character of the Court which convicts the person must be in line with article 6 (1) of the Convention, which states the right to a fair trial. It is also stated by the Court that “the most rigorous standards of fairness can be observed in the criminal proceedings”. The demand for the death penalty to be stated in the domestic law of the state in question also means that the law has to be accessible and foreseeable to the public. Apart from the fact that the right to life is protected by the Convention as mentioned above, it is also established from article 15 (2) that states are not allowed to derogate from that right:

“No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision”. *Ascultați Citiți fonetic*

Therefore we can also interpret that what Protocol no. 6 is permitting under article 2, the abolition of the death penalty in peace time:

“A State may make provision in its law for the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war; such penalty shall be applied only in the instances laid down in the law and in accordance with its provisions. The State shall communicate to the Secretary General of the Council of Europe the relevant provisions of that law”.

There is another additional protocol of the European Convention, relatively new, signed at Vilnius in 2002 which also regulates the prohibition of the death penalty, Protocol no. 13 concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, its article 1 making it clear:

⁵ Acceptance of the Convention, of the jurisdiction of the European Court in interpreting it, and of the right of individuals to petition the ECHR for protection, are now obligations of membership in the Council. Virtually all member states have incorporated the Convention into their domestic law so their own courts can apply it where an individual claims a breach of one of the rights it contains.

⁶ The European Court of Human Rights, case of *Öcalan v. Turkey* 12 May 2005, p. 32 para. 166.

“The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed”.

In Europe considerable progress in a short period of time has been made in the issue regarding the death penalty, nevertheless in the world there still are a bunch of states, even democratic ones, who still permit death penalty. Their internal high rate of criminality being the primary argument at the moment seems like a good alternative in fighting criminality. But at international level the reality of juvenile death penalty persists, which is not an European issue but a vexatious one for each human, even if the juvenile death penalty is prohibited under international law and the prohibition is absolute. The Convention on the Rights of the Child, to which all those who infringe it⁷ are parties, prohibits capital punishment for individuals who were under 18 at the time of the crime.

3. THE RATHER NEW CONCEPT OF LIFE

At a later stage, biomedical intervention in life processes occasioned a radical rethink. More recently, the right to life has come to encompass the conditions applying to scientific and medical intervention in the creation, development or interruption of the life process itself. Human life is no longer simply a reality that the law sets out to protect; is also an artifact requiring rules and regulations to govern what people do with it and to it. Those rules are currently as likely to be made by ethics committees as by parliaments or regulatory authorities.

The questions now are where life begins and ends, and how much control the individual is allowed over his or her own life, or the life of another person, in the context of scientific or medical intervention on human beings.

There so on one hand is a personal right as it has enforceability, meaning that right-holders can assert a claim in protecting it, seek satisfaction of it, before a court.

The right to life cannot be made conditional, being a inherent right; it cannot be made dependent on factors such as nationality, behaviour or state of health.

On the other hand is a non-personal right where its purpose is protecting the human embryo or foetus. The European approach, based essentially on the concept of seeking a balance between protection of the embryo's life and respect for the mother's freedom, is, however, less protective of human embryos outside the mother's body.

⁷ Recent cases in: Iran, Saudi Arabia and Sudan;

3.1 THE RIGHT TO LIFE PRIOR TO BIRTH. ABORTION.

Furthermore is important to elevate a few issues regarding the right to give life, which may take the direct form of an individual right of access to procreation technology.⁸

Beginning with the beginning is important when talking about abortion in order to understand the meaning of it. „Everyone's right to life shall be protected by law.” Why was the ‘everyone’ term used? It also includes an unborn child? The status of the unborn child was raised, but remained unresolved before the European Commission of Human Rights.

The right to inherit is notably attributed to the conceived but unborn child the Commission concluded. In an application from the United Kingdom, which concerned the Abortion Act 1967, the commission observed that the term ‘life’ may be subject to different interpretations in different legal instruments, depending on the context in which it is used. The general usage of the term ‘everyone’ in the convention tends to support the view that it does not include the unborn. The limitations, in paragraphs (1) and (2) of the European Convention, of ‘everyone’s’ right to life, by their nature, concern persons already born and cannot be applied to the foetus. The authorization, by the United Kingdom authorities, of the abortion complained of was compatible with Article 2 paragraph (1) of the Convention, ‘because, if one assumes that this provision applies at the initial stage of pregnancy, the abortion is covered by an implied limitation, protecting the life and health of the woman at that stage, of the “right to life” of the foetus’.

The reluctance of the European Commission to offer an authoritative answer to the question when life begins is probably due to the wide divergence of thinking that exists within Europe on this matter. While some believe that life begins with conception, others tend to focus upon the point when the foetus becomes ‘viable’, or upon live birth.

At a European level with the notable exception of Ireland, article 40 of the Irish Constitution which acknowledges the right to life of the unborn, and Slovak Republic, article 15 of the Constitution which includes the provision “Human life is worthy of protection even prior to birth”, Europe’s legal systems do not recognise the embryo as a person capable of holding rights, regarding it, rather, as a constitutionally protected “object” or, more properly, the object of constitutional protection.

⁸ For a thoroughgoing study regarding the right to life prior to birth see B. Mathieu, *The Right to Life*, Council of Europe Publishing, Belgium, 2006, p. 106-113;

Like the Austrian Constitutional Court has ruled the right to life can be guaranteed only from birth onwards, basing this view on the article 2 of the European Convention.

Looking at the E.U.'s principal act in this matter, the European Union Charter of Fundamental Rights we can conclude that it doesn't protect the life of the foetus or embryo as such, in that it ascribes the right to life simply to "everyone" rather than "all human beings".

One of the arguments is also that even if the right to life not imply a individual right to do with one's life as one pleases, abortion cannot be seen as a right to destroy the embryo carried by the pregnant woman. Here, protection of the mother's freedom as an individual, understood to include the right not to undergo the excessive constraint of an unwanted pregnancy, is weighed against protection of the embryo's life, and is deemed to justify decriminalising abortion in certain circumstances, relating to the length of the pregnancy, the condition of the foetus and so on.

Even if regarded with reluctance by a majority of religious faiths abortion was not generally made a criminal offence in most jurisdictions until the 19th century, in part because it was dangerous for the woman that, before the advent of modern medicine, it hardly presented a serious threat to the prevailing moralities.

Most Western societies began to liberalize their abortion laws from the 1960s onward. Some countries, most notably the Republic of Ireland and Germany, have not followed the trend to legalize abortion.

The German Constitutional Court's repeated striking down of legislative attempts to legalize abortion is the only example, to date, of a country where such action has been taken on the grounds that abortion is forbidden by its equivalent of a bill of rights. In countries where a justiciable bill of rights exists, abortion has inevitably become a matter for intense legal conflict, because such lists of rights almost inevitably contain, explicitly or by implication, two core values which conflict in the case of abortion; there is, at the same time, a form of a right to life applicable to the foetus, and also some version of a right to privacy, to self-determination or to the inviolability of the person on the part of the mother. Thus courts have been forced into choosing between irreconcilable values.

There is probably no country where abortion is effectively absolutely forbidden on any ground at all, including that of saving a woman's life, and the actual debate over abortion rights is really about the extent to which, and the reasons for which, abortions may be controlled by the state. While countries vary widely in their legislation, there are common fundamental issues. These questions concern the stage of pregnancy at which the state may impose controls in the interests of the woman's health, the stage at which a foetus becomes viable, most intensely focusing on the issue of the

right to life, and also whether or not the doctor has a duty to counsel against abortion on the grounds either of morality or of the woman's psychological health.

Even in Germany, the ban on abortion is of this nature; there and elsewhere, constraints tend to be not only about the conditions under which abortion may be permitted, but also the exact way in which the legal system will characterize abortion. Germany, for example, insists on continuing to regard abortion as a crime, but one which will not usually be punished. Elsewhere, Spain being a good example, constitutional courts have placed the right to abortion under quite restrictive conditions, often because it was politically possible neither to ban it completely nor simply to permit it.

The problem abortion presents for constitutional law in many countries is that, while women's rights to control over their bodies has to be inferred from rather vague constitutional guarantees of autonomy or privacy, the right to life is usually much more clearly written down. Thus, if a foetus is to be regarded as 'alive', abortion becomes a question of balancing two rights against each other, and not a simple question of whether the state can control a woman's pregnancy. Extremely subtle doctrinal arguments have been made, one of the most complex being in Hungary, to establish both that the state must protect all life, including in some sense foetal life, but to 'balance' this against women's rights.

3.2 THE ACT OF EUTHANASIA. A RIGHT NOT TO LIVE?

Defined as causing the death of a seriously ill or dying person, undeniably infringes the principle that killing is prohibited. The fact that the person killed has consented to, or more precisely, requested death, may be accepted as justifying the lethal act in certain circumstances.

Whether carried out in a public institution or authorised by the law in a private institution, euthanasia constitutes an attack on life by, or under the supervision of, the public authorities. It thus falls directly within the scope of Article 2 of the Convention and it not only recognises the right to protection of life as a personal right but also places an objective legal prohibition on intentional killing. Thus, for the purposes of the Convention, the "victim's" consent or request does not justify any exception to the rule. Nor is euthanasia covered by any of the exceptions set out in Article 2 Paragraph (2) of the Convention.

The question is framed differently, however, this if it is addressed in the light of a document such as the European Union Charter of Fundamental Rights that confines itself to recognition of the personal right to life. The very few relevant constitutional-court judgments support the ban on euthanasia on the ground that it constitutes a violation of the basic prohibition on intentional killing. The European Court, however, probably in response to legislative developments in some European countries, is

beginning to move away from that approach. In effect, the question now being asked concerns the existence of a right to death.

Two imperatives come into play in relation to euthanasia: the individual's right to self-determination and the prohibition on killing. We need to draw a distinction here between, on the one hand, the patient's refusal of treatment, which represents the exercise of personal freedom, though it may conflict with the doctor's duty to protect life; and, on the other, a potential recognition of the patient's right to have his or her life ended, which conflicts with the prohibition on killing that doctors are bound to observe.

The decision of the German Federal Administrative Court suggests that the practice of euthanasia (i.e. mercy killing of one individual by another) is incompatible with a human being's inherent right to life. Protagonists of euthanasia, however, argue that existence in a persistent vegetative state is not a benefit to a person suffering from a terminal illness.

The main principles invoked in rulings on these issues are those of dignity and freedom, but there has been some ambiguity in their application. No legal system gives individuals a general right to have themselves killed. While suicide falls within the sphere of personal autonomy and freedom, it also cannot be regarded as a right.

Recourse to active euthanasia depends on a medical diagnosis and a medical decision that the patient is suffering from a serious and incurable illness that threatens his or her life. The primary assessment of the situation is thus that of a doctor and the concern is not the will of the patient but rather an objective evaluation of his or her condition. Only in the context of all this can a doctor comply with a patient's wish. From that perspective, euthanasia might be seen as an exceptional right accorded to doctors to cause death in circumstances where the patient's condition justifies it and the patient requests it.

In practice, the first judgment in which the European Court took a position on the question of active euthanasia was in the case of *Pretty v. United Kingdom* of 29 April 2002. The applicant was a paralysed woman suffering from an incurable degenerative disease. The court stated it was "not persuaded that 'the right to life' guaranteed in Article 2 could be interpreted as involving a negative aspect" – that is, a right not to live. It therefore concluded that there was no right to die, whether at the hand of another person or with assistance from a public authority. In support of its findings it cited Recommendation 1418 (1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. A key consideration here is the fact that Article 2 of the European Convention, with certain explicit exceptions, prohibits all intentional killing. Citing a "soft-law" document, the court declared it was not persuaded that an individual could be killed outside these explicit exceptions. It thus accepted that the provisions of other international

agreements might be taken into account as possible grounds for non-observance of the Article 2 prohibition.

4. THE LEGAL EXCEPTIONS PROVIDED BY THE EUROPEAN CONVENTION

Like it was mentioned above the right to life is an inherent right, the use of the term 'inherent' is intended to emphasize the supreme character of the right to life: a right which is not conferred on the individual by society or by the state, but which inheres by reason of one's humanity. It follows, therefore, that one's right to life cannot be taken away by the state or waived, surrendered or renounced by him, since a human being cannot be divested, nor can he divest himself, of his humanity.

Nevertheless, not all violence on the part of public authorities are unlawful. Paragraph (2) of Article 2 of the Convention is quite precise on this point. It states that deprivation of life may result "from the use of force which is no more than absolutely necessary:

in defence of any person from unlawful violence;

in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection".

The acts involved in these cases are of various types. Firstly there are acts which, while lawful in themselves, were accompanied by violence that caused death. An individual's expulsion from a country is an example. In such cases, even though the act that was accompanied by violence is lawful, the violence is not necessarily so. In other scenarios, violence, such as the use of firearms, may be lawful but the circumstances in which death was inflicted may be judged to constitute infringement of the right to life. In a third type of case, where other requirements take precedence over the right to life, the lethal act is deemed to be permissible.

The tool used to distinguish between a lawful and an unlawful attack on life is the principle of proportionality. Thus, for example, ruling in a case concerning refusal to release a prisoner suffering from a serious and incurable illness, the Spanish Constitutional Court took into consideration both the nature of the threat to the prisoner's life and the public-security requirements potentially justifying his continued imprisonment.

Constitutional court rulings on these questions and doctrine explanations have been given numerously.

Furthermore, a decision of the European Court of Human Rights *Kaya v. Turkey* from 19th February 1988:

“The applicant, Mr Mehmet Kaya, a Turkish national, was born in 1949. His brother, Mr Abdülmenaf Kaya, was killed on 25 March 1993 in the vicinity of Dounay village in the district of Lice, south-east Turkey. The applicant and the Turkish Government provide different accounts of the circumstances surrounding Mr Abdülmenaf Kaya’s death. The applicant claims that Mr Abdülmenaf Kaya, while unarmed, was shot dead by soldiers of the Turkish security forces, after which the soldiers planted a Kalashnikov assault rifle on his body. The government claims that on the day in question the soldiers came under fire from members of the PKK. They returned fire and following the gun battle a body was found with a rifle beside it.

The same day a District Government Doctor and the Public Prosecutor for Lice were flown to the scene of the incident by helicopter. After conducting an external examination of the body at the place of the incident the doctor drew up an on-the-spot report concluding that the cause of death was cardiovascular insufficiency as a result of the wounds caused by firearms. It was in his view neither necessary nor practical to carry out a full autopsy. It appears that the Public Prosecutor of Lice initiated a preliminary investigation. However, on 20 July 1993, he issued a decision of non-jurisdiction and transferred the case file to the Public Prosecutor of the Security Court of Diyarbakir State. The case is apparently pending before that court as well as before the Lice Administrative Board.

The Court recalled its settled case-law to the effect that the establishment and verification of the facts are primarily a matter for the Commission. In the instant case there were deeply conflicting accounts of the circumstances in which the victim was killed. The Court noted that the Commission’s fact-finding had been seriously hindered by the failure of the applicant and of an alleged key eyewitness to testify before the Commission’s Delegates at the hearing of witnesses in Diyarbakir. While the Court expressed a number of doubts about the credibility of the government’s account of the killing, it considered nevertheless that there was an insufficient factual and evidentiary basis on which to conclude that Abdülmenaf Kaya was, beyond reasonable doubt, intentionally killed by the security forces in the circumstances alleged by the applicant.

The Court recalled that Article 2 of the European Convention requires by implication that there should be some form of effective official investigation launched when individuals have been killed as a result of the use of force by agents of the state. It noted in the instant case that the death of the applicant’s brother could not be considered a clear-cut case of lawful killing by the security forces having regard to the fundamentally divergent accounts of what happened on the day in question. It rejected the government’s contention that it had only been necessary to comply with minimum formalities in order to dispose of the case. The Court considered that the investigation undertaken by the authorities was seriously deficient in regard

to the forensic examination, the autopsy and the attempt to take any concrete steps thereafter to investigate the circumstances surrounding the killing. The Court was struck in particular by the fact that the Public Prosecutor appeared to take it for granted that Abdülmenaf Kaya was a terrorist who had been killed while taking part in an attack on the soldiers. The Court concluded that neither the presence of armed clashes in the region nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 of The European Convention to ensure effective investigations into deaths arising out of armed clashes with security forces. The authorities had failed to comply with this obligation in the present case. The European Court accordingly concluded that there had been a violation of Article 2 of The European Convention”.

5. CONCLUSIONS

It's very important to give real meaning to the principle of responsibility in order to protect human rights. The respect for national sovereignty has no longer to be used as an excuse for inaction in face of so much violence's of the human rights. And De lege ferenda concrete steps need to be made as more and more complicated issues are likely to appear now days.

Literature:

- C. R. Beitz, *The idea of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009;
- B. Mathieu, *The Right to Life*, Council of Europe Publishing, Belgium, 2006;
- J. F. Renucci, *European Human Rights*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2009;
- S. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achivements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, New York, 2007;
- M. W. Janis, R.S. Kay, A. W. Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2008;
- D. Robertson, *A dictionary of Human Rights. 2nd Edition*, Europa Publications, London, 2004;
- N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002;
- R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații. 2nd Edition*, C.H. Beck, Bucharest, 2008;

- B. S. Guțan, Protecția europeană a drepturilor omului. 2nd Edition, C.H. Beck, Bucharest, 2006;
- M. Udriou, O. Predescu, Tratat. Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, C.H. Beck, Bucharest, 2008.

Contact – email

teodorescucristianclaudiu@yahoo.com

**TEORIE A PRAXE PRÁVNÍ
INTERPRETACE**

***THEORY AND PRACTISE OF LEGAL
INTERPRETING***

ROVNOST PŘED ZÁKONEM A NÁROK NA DŮCHOD

BLANKA BARÁKOVÁ

Mendelova zemědělská a lesnická univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Interpretace právních předpisů z hlediska rovnosti stran před zákonem, a způsobem, který by poskytoval dotčeným subjektům právní jistotu, je v současné době přebujelostí právního řádu přetrvávajícím problémem. V současnosti diskutovaný problém rovnosti před zákonem není naplňován, pokud soudy a správní orgány při výkladu právního předpisu rozhodují stejné případy s odlišnými výsledky, neboť výklad právních předpisů probíhá diametrálně odlišně. Autorka příspěvku se snaží objasnit základ problému, který se spatřován především v interpretaci pojmu „rovnost“ v právu.

Pro účely příspěvku budu pracovat s pojmem „rovnost v právu“ který se pokusím blíže ozřejmit, neboť právě interpretace tohoto pojmu působí zásadní potíže. Následně pak představím příklady z praxe, které mají ukázat rozdílné soudní přístupy soudů, a pokusím se vysvětlit postup, a úvahy, kterými byly tyto orgány vedeny. V závěru bych uvedla názor na celý problém. K dispozici je odborná literatura z oblasti teorie a filosofie práva, níže v přehledu uvedená, zákonná úprava a příslušná soudní rozhodnutí.

Key words in original language

Rovnost; starobní důchod; právní systém; procesněprávní rovnost.

Abstract

Currently there is a problem of interpretation of legal enactments in case of equality in front of a law. The problem of equality is nowadays discussed but it cannot be fulfilled when courts and executive boards are deciding similar cases with different results because the interpretation of statutes is done diametrically differently. The author is trying to clarify the base of the problem which is mainly considered to be in the interpretation of the term “equality”.

Primary, I am going to clear the term “equality in law”, because the main problem is in the interpretation. Secondly, I will introduce several cases which should show different attitudes of courts and I will try to explain the process by which were these authorities lead. Finally, I would like to give my opinion.

Key words

Equality; retirement pension; rule of law; legal system; legal relations follows.

Za klíčový problém je třeba považovat interpretaci „pojmu rovnosti“.

Pojem „rovnost“ není shodně interpretován, neboť to, co jeden vykládající orgán pokládá za „rovnost“, druhý pokládá naopak za „nerovnost“.

Právě toto je určující, jak s vyloženým pojmem následně nakládá osoba, již je úkol svěřen, a na základě kvalifikovaného myšlenkového procesu vytvoří výsledek, který je vtělen do soudního, případně správního rozhodnutí.

Problémem je pojem sám:

Co je to rovnost mezi lidmi?

Příroda takový problém nezná. Zde si není nikdo s nikým roven, a nutno připustit, že ani dva lidské jedince, zcela totožné, tedy sobě rovné, nenajdeme.

Jakkoliv však jsou lidé ve skutečnosti nerovní, jsou rovní v demokratické společnosti v právech a povinnostech, uložených a daných jim zákonem, tzv.: rovnost před zákonem.

Zákon zde rozlišovat nemůže. Pak však musí i tolerovat, a také toleruje, odlišné schopnosti a vlastnosti lidí, aniž by se je snažil stírat a srovnávat. Zákonodárce přece nestanoví, že by všichni pracující či podnikající, měli odvádět pojistné platby na důchod ve stejné výši.

V posuzovaném případě nároků starobního důchodce to pak znamená, že respektujeme odlišné možnosti a schopnosti výdělku v průběhu jeho aktivního života, přičemž dotyčnému je také uložena zákonná povinnost odvádět do důchodového systému větší platby, než osoby, dosahující nižších příjmů. V právní úpravě takto stát bere na vědomí a respektuje odlišnou schopnost osob v době jejich aktivní ekonomické činnosti, a formou zákona požaduje vyšší odvody, než u osob jiných. Svým způsobem je zde znevýhodňuje, neboť jsou povinny platit víc, což ale v následně přiznané výši důchodu již nezobrazí, neboť při přiznávání výše důchodů již hledisko rovnosti v zákoně důsledně uplatňuje, a to na úkor zásluhovosti, když v konečném důsledku přiznává prakticky stejnou výši důchodu, jako vyplácí osobám, které do systému přispívaly méně (nebo jen s minimálními rozdíly). Zde výrazně převládá prvek rovnostářství, nikoliv princip zásluhovosti, a můžeme spatřovat první asymetrii v úvahách o legislativní úpravě. Zákonodárce se zřetelně přiklonil k rovnostářskému hledisku.

Je tedy morálně odůvodněno, aby zákon požadoval povinnost vyšších odvodů na důchodové pojištění po osobě jejíž příjem je v době její aktivní ekonomické činnosti vyšší ?

Dle soudu autorky nikoliv, zejména v současné a následné době, kdy bude třeba, aby se osoby, budoucí důchodci, samy nechaly připojistit u specifických nestátních fondů, a ukládaly tak prostředky na důchod pomocí dalšího systému, vytvářejícím další zdroj důchodových příjmů, neboť stát jim jej zcela zajistit nemůže. Jestliže respektujeme, že stát za povinnost zajistit minimální sociální standard, ne však občanem požadovanou výši tohoto standardu, pak, dle názoru autorek, tím, že nerespektujeme představu občana, zvyklého na vyšší standard, nemáme právo po něm ani vyšší platby do systému v průběhu jeho aktivního života požadovat. Je to však právě princip solidarity, který je naplňován tak, že platby pojistného na důchodové zabezpečení se počítají v závislosti na výši platu.

Proč je však třeba, aby se takový princip promítal i do úvahy o stanovení výše důchodu ?

Neměl by naopak, v rámci vyrovnání spravedlivých požadavků, při výpočtu důchodu nastoupit spíše princip zásluhovosti ?

Jak mají být motivovány aktivnější osoby, když v konečném důsledku nedostanou od státu víc, než ti méně aktivní ?

Ani s ohledem na skutečnost, dle které je náš stát v současné době vysoce zadlužen, musí tedy velmi pečlivě zvažovat výdaje ze státního rozpočtu, nelze daný argument beze zbytku využít.

Důchodový systém má být oddělen od státního rozpočtu, na zvláštním účtu, se specifickým hospodařením. Jakými úvahami byl veden Ústavní soud při posuzování adekvátní výše důchodů, lze spatřit v následujícím textu.

Př. 1

Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 8/07 ze dne 23.03.2010 č. 135/2010 Sb., se vyslovil k právu na přiměřené hmotné zabezpečení. Ačkoli má zákonodárce při zákonné realizaci ústavně zaručených sociálních práv (včetně systému důchodového pojištění a zabezpečení) prostor k úvaze o jejich konkrétním provedení, je třeba, aby tato realizace šetřila jejich podstaty a smyslu, zachovávala jednotlivé funkce daného systému (sociální politiky) a respektovala zákaz libovůle při stanovování práv a povinností subjektů, jehož výrazem je ústavní princip rovnosti.

Př. 2

Pro ilustraci výkladu pojmu rovnost jsem vybrala jiné rozhodnutí Ústavního soudu, ve kterém je vyložen pojem rovnosti ve věci nároku na starobní důchod mezi muži a ženami odlišnou optikou. Poukazuji na nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. Pl. ÚS 53/04 ze dne 16. října 2007 (č. 341/2007 Sb., <http://nalus.usoud.cz>), kde posuzoval rozdílný důchodový věk v závislosti na počtu vychovaných dětí. Ústavní soud se zabýval tím, zda ustanovení § 32 zákona č. 155/1995 Sb. o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o důchodovém pojištění") je v rozporu s ústavním pořádkem. Právní úprava spočívající v jiných podmínkách nároku na starobní důchod mezi muži a ženami shledal Ústavní soud odpovídající Listině a návrh zamítl.

Podle čl. 1 Listiny jsou si lidé mimo jiné rovni v právech. Podle čl. 30 odst. 1 Listiny má každý právo mj. na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří. Rovnost je relevantní právní kategorie, jež vyžaduje odstranění neodůvodněných rozdílů (sp. zn. Pl. ÚS 15/02). Zásadě rovnosti v právech dle čl. 1 Listiny je třeba rozumět tak, že právní rozlišování v přístupu k určitým právům, nesmí být projevem libovůle, neplyne z ní však závěr, že by každému muselo být přiznáno jakékoli právo. Rovněž mezinárodní instrumenty o lidských právech a mnohá rozhodnutí kontrolních orgánů vycházejí z toho, že ne každé nerovné zacházení s různými subjekty lze kvalifikovat jako porušení principu rovnosti, tedy jako protiprávní diskriminaci jedněch subjektů ve srovnání se subjekty jinými. Aby k porušení došlo, musí být splněno několik podmínek – s různými subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci je zacházeno rozdílným způsobem, aniž by existovaly objektivní a rozumné důvody pro uplatněný rozdílný přístup. Zákonodárce má určitý prostor k úvaze, zda takové preferenční zacházení zakotví. Musí přitom dbát o to, aby zvýhodňující přístup byl založen na objektivních a rozumných důvodech (legitimní cíl zákonodárce), a aby mezi tímto cílem a prostředky k jeho dosažení (právní výhody) existoval vztah přiměřenosti.

Důchodový věk je v českém právu tradičně pro ženy a muže stanoven rozdílně, u žen je dále diferencován podle počtu vychovaných dětí. Listina zajišťuje právo na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří. Z těchto uvedených důvodů Ústavní soud zamítl návrh na zrušení napadeného ustanovení.

Ústavní soud neshledal ani projev libovůle zákonodárce při přijetí platného znění ustanovení § 32 zákona o důchodovém pojištění. Dospěl k závěru, že by zrušením napadeného ustanovení vybočil z principu minimalizace zásahu, neboť řešení nerovného postavení mužů a žen v rámci důchodového pojištění nelze nalézt bez komplexní a moudře načasované úpravy systému celého důchodového pojištění, při nalezení sociálně – únosných a ekonomicky přijatelných hledisek, která je třeba stanovit spíše v rámci celkové reformy důchodového systému. Jako obiter dictum je nutno dodat,

že případné odstraňování nerovností mužů a žen v oblasti důchodového pojištění by mělo plně odrážet vývoj sociálních poměrů ve společnosti.

Ústavní soud přihlédl k tomu, že ustanovení § 32 zákona o důchodovém pojištění není, jak bylo řečeno výše, z hlediska komparatistického v zemích Evropské unie výjimkou, byť i obecný trend směřuje k perspektivnímu odstranění rozdílného důchodového věku mužů a žen, o němž se diskutuje i v České republice.

Ústavní soud nesdílel názor, že napadené rozhodnutí je v rozporu s čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Listiny ve vztahu k čl. 30 odst. 1 Listiny a že zrušením § 32 zákona o důchodovém pojištění by byla nastolena rovnost obou pohlaví ve vztahu na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří. Pokud by došlo ke zrušení napadeného ustanovení, bylo by projednáno jisté zvýhodnění ženám – matkám, aniž by v rámci zrovnoprávnění nabyli muži - otcové stejné výhody, jako mají ženy matky. Ústavní soud uvedl, že je toliko negativním zákonodárcem a jeho zásah vůči napadenému ustanovení by tak pouze porušil princip ochrany důvěry občanů v právo, příp. Zásah do právní jistoty, resp. legitimního očekávání.

Závěr :

Bohatá rozdílnost názorů ve výše uvedených úvahách nutí k zamyšlení nad pojmy rovnost, rovnostářství, spravedlnost, a i dalšími atributy, jimiž se pyšní právní řád demokratického státu. Nepochybně je jejich interpretace – výklad - navýsost politickou záležitostí, a bude důležité, zda v dané společenské formaci, byť demokratické, zvítězí pravicový pohled, nebo spíše levicové pojetí těchto institutů. Nicméně využití těchto pojmů by nemělo být vláčeno jen politickými přístupy, neboť právní řád musí představovat jistotu a kontinuitu. Významné je i hospodaření státu, které může být projeveno štedřejší právní úpravou v dobrých dobách, avšak aby nebylo zcela závislé na jeho hospodaření, bude třeba důchodový systém důsledně oddělit od státního rozpočtu.

Literature:

- Hollander P.: Filosofie práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2006
- Kuhn Z. a kol.: Rovnost a diskriminace, C.H.Beck, Praha 2007
- Filip, Hollander, Šimíček- Zákon o Ústavním soudu, CH BECK 2. vydání 2007
- Sládeček, Mikule, Syllová – Ústava České republiky, CH BECK 1. vydání 2007
- <http://nalus.usoud.cz>

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

Contact – email

barakova@mendelu.cz

APLIKAČNÉ PROBLÉMY INŠTITÚTU ODSTÚPENIA OD ZMLUVY V SÚVISLOSTI SO ZÁPISOM DO KATASTRA NEHNUTEĽNOSTÍ.

ANDREA BARANCOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Slovenská
republika

Abstract in original language

Kataster nehnuteľností ako informačný systém poskytuje údaje o nehnuteľnostiach, vlastníckych a iných vecných právach. Zápisy do katastra spôsobujú rôzne právne účinky. Proces jednotlivých zápisov a charakter niektorých inštitútov súvisiacich so zápisom práv k nehnuteľnostiam prešiel v poslednom období výraznými legislatívnymi zmenami, ktoré ale stále nepostačujú pre jednoznačné riešenia všetkých otázok v rámci aplikačnej praxe. Vo svojom príspevku sa zaoberám problematikou zápisu odstúpenia od zmluvy vo viacerých súvislostiach, snažím sa analyzovať právne účinky tohto inštitútu a načrtnúť riešenia situácií, ktoré sa v aplikačnej praxi vyskytujú.

Key words in original language

Nehnutel'nost'; zmluvy; právo k nehnuteľnostiam.

Abstract

Evidence of the real estates as an information system provides specifications about real estates, property law and the other laws in rem. Registration in to the real property evidence causes different law effects. Procedure of the registration and character of some institutes related with this topic has gone through significant legislative changes which are still not sufficient for solution of all questions in a matter of application praxis. Main goal of my article is to analyze effects of withdrawal from contract in many different circumstances and describe possible sollutions which may appear in application praxis.

Key words

Real property; contracts; law in rem.

Odstúpenie od zmluvy ako inštitút súkromného práva v SR je prvotne upravené v §48, 49 zákona č. 40/1964 Zb. v znení neskorších predpisov(ďalej len ako „Občiansky zákonník“). Podľa tohto ustanovenia môže účastník od zmluvy odstúpiť len ak je to v Občianskom zákonníku alebo inom zákone ustanovené alebo účastníkmi dohodnuté. V zmysle stanoviska Najvyššieho súdu SR publikovaného pod č. Cpj 29/97, zo dňa 20.10.1997, je odstúpenie od zmluvy jednostranný právny úkon adresovaný druhej zmluvnej strane, ktorým sa ruší zmluvný záväzkový vzťah. Jeho účinnosť nie je podmienená súhlasom druhého účastníka, ani rozhodnutím súdu.

V zmysle § 48 ods. 2 Občianskeho zákonníka, platným odstúpením sa zmluva ex tunc zrušuje. Odlišné právne názory existujú pri takomto zrušení zmluvy s ohľadom na záväzkovoprávne a vecnoprávne aspekty pri nehnuteľnostiach. Podľa niektorých právnych názorov sú s odstúpením od zmluvy ako jednostranným právnym úkonom spájané výlučne záväzkovoprávne účinky, pričom k tomu, aby tento úkon nadobudol aj vecnoprávne účinky je potrebné uskutočnenie oznámenia príslušnej správe katastra, teda uskutočnenie ďalšieho úkonu, a to vo forme dohody, ktorá bude zapísaná do katastra nehnuteľností. V prípade, ak druhý účastník neposkytne súčinnosť, predpokladá sa súdne konanie, pričom až právoplatným rozsudkom súdu dôjde k nadobudnutiu vecnoprávneho charakteru odstúpenia od zmluvy. Tento názor vychádza z dvojfázovosti nadobúdania vlastníckeho práva, pri ktorom musí byť splnená podmienka platného uzatvorenia právneho úkonu (záväzkovoprávny aspekt) a následné rozhodnutie príslušnej správy katastra (vecnoprávny aspekt). Uvedená konštrukcia je takto aplikovaná nielen na nadobúdanie, ale aj stratu práva.

Rozhodnutím Najvyššieho súdu SR zo dňa 21.08.1997, sp.zn. 3 Cdo 151/96, v rámci ktorého Najvyšší súd SR vyjadril, že aj keď odstúpenie od zmluvy je jednostranným právnym úkonom, ruší sa ním len zmluvný záväzkovoprávny vzťah, čím obligačné účinky zmluvy zanikajú od začiatku, je vyššie uvedený výklad potvrdený. V tomto rozhodnutí Najvyšší súd SR uviedol, že samotné odstúpenie predávajúceho od kúpnej zmluvy ako jednostranný právny úkon neznamena, že sa bez ďalšieho obnovilo jeho vlastnícke právo k nehnuteľnosti, ktorá bola predmetom prevodu. Tento názor bol vyjadrený v čase platnosti vyhlášky Úradu geodézie, kartografie a katastra SR č. 79/1996 Z.z.

S uvedeným názorom sa nie je možné jednoznačne stotožniť z dôvodu, že odstúpenie od zmluvy je definované ako jednostranný právny úkon, pričom jedinou zákonnou podmienkou je doručenie odstúpenia od zmluvy druhej strane. Zákonná úprava nepočíta s ďalším právnym úkonom, s ktorým by spájala vecnoprávne účinky. A keďže ustanovenie § 47 ods. 1. Občianskeho zákonníka podmieňuje účinnosť zmluvy rozhodnutím príslušného orgánu, mám za to, že nie je možné toto ustanovenie aplikovať na jednostranné právne úkony vrátane odstúpenia od zmluvy, účinky ktorého vznikajú zo zákona, a teda tento úkon nemôže podliehať rozhodnutiu správy katastra v rámci konania o povolení vkladu.

Vysporiadanie sa s problémom záväzkovoprávnych a vecnoprávnych aspektov odstúpenia od zmluvy súvisí s formou zápisu tohto inštitútu do katastra. V prípade, ak dôjde k odstúpeniu od zmluvy po podaní návrhu na vklad do katastra nehnuteľností, pokiaľ ešte nebolo o predloženej zmluve rozhodnuté, v zmysle § 31b ods. 1 pís. b) zákona č. 162/1995 Z.z. v znení neskorších predpisov (ďalej len ako "Katastrálny zákon") správa katastra konanie o povolení vkladu zastaví. Nejednotná aplikácia nastáva v

prípadoch, ak došlo k odstúpeniu od zmluvy po rozhodnutí správy katastra o povolení vkladu.

Problematika odstúpenia od zmluvy vo vzťahu k zápisu do katastra bola pôvodne upravená vo vyhláške Úradu geodézie, kartografie a katastra SR č. 79/1996 Z.z. a to v ustanovení § 38 ods. 2 pís. h/, v zmysle ktorého sa odstúpenie od zmluvy do katastra zapisovalo formou záznamu, a to na základe návrhu, prílohou ktorého bola dohoda účastníkov o odstúpení od zmluvy s úradne overenými podpismi alebo rozsudok súdu o určení vlastníckeho práva k predmetnej nehnuteľnosti (táto možnosť prichádzala do úvahy, keď účastník namietal neplatnosť odstúpenia od zmluvy resp. neposkytol súčinnosť pri zápise do katastra). Uvedená konštrukcia spôsobovala rozpor medzi Občianskym zákonníkom a predmetnou vyhláškou, keďže nútila účastníkov zmluvy uzavrieť dvojstranný právny úkon, ktorým v podstate odstúpenie od zmluvy deklarovali. Dalším paradoxom v tejto formulácii bol rozpor uvedenej vyhlášky s ustanovením § 28 ods. 1 katastrálneho zákona, na základe ktorých sa práva k nehnuteľnostiam zo zmlúv zapisujú do katastra vkladom. Po zrušení vyhlášky č. 79/1996 Z.z. a jej nahradení vyhláškou č. 461/2009 Z.z. úprava zápisu odstúpenia od zmluvy do katastra nie je v právnych predpisoch osobitným spôsobom upravená. V súvislosti s uvedeným je potrebné zodpovedať viaceré otázky, a to najmä:

Aké účinky spôsobuje odstúpenie od zmluvy, ktorým okamihom nastávajú vecnoprávne a záväzkovoprávne účinky?

Akým úkonom v súvislosti so zápisom práva do katastra nadobúda odstúpenie od zmluvy účinnosť?

Akým spôsobom a na základe akej listiny dochádza k zápisu inštitútu odstúpenia od zmluvy do katastra?

Keďže platná právna úprava na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy vychádzajúcej z vyhlášky č. 79/1996 Z.z. neurčuje akékoľvek ďalšie podmienky na zápis odstúpenia od zmluvy do katastra, jediným podkladom takéhoto zápisu by mal byť návrh s prílohou, ktorú tvorí odstúpenie od zmluvy a doklad o doručení. Nakoľko odstúpenie od zmluvy ruší pôvodný záväzok, správny orgán by ho mal akceptovať v takej podobe, ktorá mu zo zákona patrí.¹

Z uvedeného jasne vyplýva, že príslušná správa katastra by odstúpenie mala do katastra zapísať výlučne na základe úkonu, ktorý určuje Občiansky zákonník, teda jednostranného právneho úkonu. Pri takomto výklade by

¹ Jakúbeková D.: Odstúpenie od zmluvy z pohľadu katastra nehnuteľností. Justičná revue, 53,2001, č.11, str. 1191

došlo k spojeniu záväzkovoprávneho a vecnoprávneho aspektu odstúpenia od zmluvy. S týmto názorom je možné súhlasiť aj z dôvodu, že dvojfázovosť nadobúdania vlastníckeho práva je v zmysle § 47 ods. 1 Občianskeho zákonníka spájaná s úkonmi, ktoré nadobúdajú účinnosť až právoplatným rozhodnutím príslušného orgánu. Spornou v tomto prípade zostáva otázka formy zápisu do katastra. Ak berieme do úvahy výlučne úpravu Občianskeho zákonníka, odstúpenie od zmluvy je účinné dňom doručenia druhej strane, a teda účinnosť sa nenadobúda rozhodnutím správneho orgánu. K prevodu práva dochádza priamo zo zákona a teda nepodlieha konaniu o povolení vkladu. Jedná sa o mierne extenzívny výklad, na základe ktorého je možné konštatovať, že odstúpenie od zmluvy sa do katastra zapíše na základe záznamu v zmysle § 34 ods. 1 Katastrálneho zákona. Pri takomto postupe zostane zachovaný charakter odstúpenia od zmluvy ako jednostranného právneho úkonu pri zachovaní účinkov *ex tunc*.

Komplikovanejšia situácia v aplikačnej praxi nastáva pri zápise odstúpenia od zmluvy, ak už došlo k ďalšiemu prevodu na tretiu osobu. V súvislosti s touto otázkou je potrebné sa vysporiadať nielen so samotným inštitútom odstúpenia od zmluvy, ale aj s princípmi a zásadami súkromného práva a je potrebné brať do úvahy aj princípy katastra nehnuteľností z pohľadu verejného práva. V zmysle zachovania konštrukcie, že platným odstúpením zmluva od začiatku zaniká, dochádza k zániku právneho titulu, čo má priamy vplyv aj na práva nadobudnuté tretími osobami. Tu vzniká problém, čo s právnymi následkami, ktoré takýto zánik spôsobí. V súvislosti s uvedeným v Českej republike dochádza k rozporným názorom Najvyššieho súdu ČR a Ústavného súdu ČR. Najvyšší súd ČR pri svojich rozhodnutiach² vychádza zo zásady „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*“, na základe čoho zaujal právny názor, že ak kupujúci, ktorý vlastnícke právo k nehnuteľnosti nadobudol vkladom do katastra, pričom potom v dôsledku odstúpenia predávajúceho od zmluvy – *ex lege* stratil vlastnícky titul, pred odstúpením od zmluvy uzavrel s treťou osobou zmluvu s vecnoprávnymi účinkami k nehnuteľnosti, nastávajú právne následky, akoby tretia osoba nadobudla právo od nevlastníka. Následný zápis do katastra má len deklaratórny účinok a obnovuje sa ním pôvodný stav. Tento záver podľa právneho názoru Najvyššieho súdu ČR platí i v prípade, ak nadobúdateľ skôr, ako došlo k odstúpeniu od zmluvy, nehnuteľnosť previedol na ďalšiu osobu, a táto nadobudla nehnuteľnosť v dobrej viere. Ústavný súd ČR³ sa zas prikláňa k názoru, že s ohľadom na ústavnoprávne súvislosti nie je udržateľný názor, že odstúpením od zmluvy dochádza k obnoveniu vlastníckeho práva v neprospech tretej osoby.

² napr. rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 21 Cdo 328/99, sp. zn. 22 Cdo 1186/98, Rc 44/2000

³³ napr. Nález Ústavného súdu ČR sp. zn. II. ÚS 77/2000.

K obnove takto nadobudnutého vlastnickeho práva môže dôjsť len v prípade, ak v medziobdobí od uzatvorenia zmluvy a následným odstúpením od nej nedošlo k prevodu na ďalšiu osobu.

Uvedené právne názory je možné na riešenie aplikačných problémov v rámci Slovenskej republiky použiť len podporne, a to z dôvodu odlišnej právnej úpravy záväznosti údajov katastra. Ustanovenie §11 zákona č. 265/1992 Sb. ustanovuje, že ten, kto vychádza zo zápisu v katastri urobeného po 1.januári 1993, koná dobromyseľne, že stav katastra zodpovedá skutočnému stavu veci, okrem prípadu, ak musel vedieť, že stav zápisu v katastri nezodpovedá skutočnosti. Táto konštrukcia potvrdzuje zásadu platnú v občianskom práve, a to zásadu ochrany dobromyseľnosti, na základe ktorej sú práva tretích osôb chránené. Uplatnenie tejto zásady pri zápise odstúpenia od zmluvy podporil aj iný názor Najvyššieho súdu ČR⁴, v zmysle ktorého dodatočné odpadnutie právneho dôvodu (t.j. zrušenie zmluvy v dôsledku odstúpenia), na základe ktorého sa prevodca stal vlastníkom veci, nemôže mať za následok zánik vlastníctva nadobúdateľa, ktorý nadobudol nehnuteľnosť dobromyseľne. S uvedenou teóriou sa stotožnil aj Ústavný súd ČR vyjadrením právneho názoru, že odstúpenie od zmluvy je vecou účastníkov zmluvy, od ktorej sa odstupuje, a preto sa odstúpenie od zmluvy nemôže dotknúť práv tretích osôb.⁵

V právnom poriadku Slovenskej republiky je hodnovernosť údajov katastra riešená v § 70 ods. 1 Katastrálneho zákona v tom zmysle, že údaje o právach k nehnuteľnostiam sú hodnoverné, pokiaľ sa nepreukáže opak. Platným odstúpením od zmluvy dochádza k zániku zmluvy ex tunc a jeho následný zápis do katastra preukazuje zmenu údajov o práve k nehnuteľnosti. Legislatíva Slovenskej republiky pri „striktnom“ výklade je založená pri tejto problematike na zásade súkromného práva, v zmysle ktorej nikto nemôže na iného previesť viac práv ako má sám. Keďže odstúpením od zmluvy dochádza k zániku právneho titulu, nadobúdateľ nemôže na tretiu osobu previesť viac práv ako má sám. Uvedená konštrukcia by ad absurdum spôsobila, že zápisom odstúpenia od zmluvy v prípade, ak by predmetná nehnuteľnosť bola niekoľkokrát prevedená na iné osoby, by došlo k zápisu na pôvodného vlastníka, a to bez akejkoľvek možnosti v katastri zapísaných nadobúdateľov sa k tejto situácii vyjadriť. Takýmto výkladom by dochádzalo k vzniku zjavnej právnej neistoty zmluvných vzťahov. Pri uvedenej konštrukcii prichádza do úvahy otázka „ Čo so zachovaním dobrej viery a kde je právna istota ako jeden zo základných predpokladov právneho štátu?“ Právny poriadok SR totiž poskytuje ochranu dobromyseľne nadobudnutým právam v rámci súkromného práva len v prípade dobromyseľne nadobudnutej veci od

⁴ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 241/99 zo dňa 05.06.2000.

⁵ Nález Ústavného súdu ČR sp. zn. II. ÚS 77/2000 zo dňa 23.01.2000.

nepravého dediča, ktorému bolo dedičstvo potvrdené a v prípade dobromyseľne nadobudnutých práv v rámci obchodnoprávnych vzťahov (čo sa však týka výlučne hnutel'ných vecí). Zo záväzkového práva vymizla všeobecná úprava ochrany dobrej viery vo vzťahu k vlastníckemu právu. Túto úpravu poznal Občiansky zákonník platný do vydania zákona č. 509/1991 Zb.⁶ Ak chceme riešiť vzniknuté problémy musíme vychádzať nielen z teórie súkromného práva, ale aj podstaty zápisov do katastra nehnuteľností, charakter tejto evidencie a taktiež je samozrejme potrebné brať do úvahy aj ústavné princípy.

Ďalším problémom, ktorý sa v súvislosti so zápisom odstúpenia od zmluvy do katastra v aplikačnej praxi vyskytuje, je zápis odstúpenia od zmluvy ako občianskoprávneho alebo ako obchodnoprávneho inštitútu. V rámci obchodnoprávnych vzťahov môže dôjsť k uzatvoreniu zmluvy, predmetom ktorej je nehnuteľnosť. Aj keď samotná zmluva o prevode nehnuteľnosti je upravená základne v Občianskom zákonníku, aplikáciou § 261 ods. 6 zákona č. 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov (ďalej len ako „Obchodný zákonník“) sa na odstúpenie od takejto zmluvy medzi podnikateľskými subjektami v rámci ich podnikateľskej činnosti pri uplatnení inštitútu odstúpenia od zmluvy postupuje podľa Obchodného zákonníka. Na rozdiel od úpravy odstúpenia od zmluvy ako občianskoprávneho inštitútu pri odstúpení od zmluvy v rámci obchodnoprávnych vzťahov doručením odstúpenia od zmluvy druhej strane zmluva zaniká ex nunc, teda platným odstúpením od zmluvy nedochádza k zrušeniu zmluvy ako takej. Toto ustanovenie má veľký význam v situácii, keď nadobúdateľ previedol nehnuteľnosť na ďalšiu osobu. V takýchto prípadoch je potrebné rozlišovať, či k ďalšiemu prevodu nehnuteľnosti došlo v čase od uzatvorenia pôvodnej zmluvy do času, kedy jeden z účastníkov od nej odstúpil alebo či k prevodu došlo až v čase po platnom odstúpení od zmluvy. Ak nadobúdateľ previedol nehnuteľnosť v časovom úseku od uzatvorenia zmluvy do odstúpenia od zmluvy, tretia osoba nadobudla svoje vlastnícke právo na základe právneho titulu a platné odstúpenie od zmluvy na tretiu osobu nebude mať žiaden vplyv. V prípade, ak k prevodu na tretiu osobu došlo až v čase po odstúpení od zmluvy, dostávame sa k totožnej situácii odstúpenia od zmluvy ako občianskoprávneho inštitútu.

V súvislosti s uvedeným je potrebné sa vysporiadať s otázkou, či pri takomto nastavení nie sú zvýhodnené obchodnoprávne vzťahy. Na základe uvedených skutočností sa prikláňam k názoru, že problematiku odstúpenia od zmluvy je potrebné vykladať v súvislosti so zásadou právnej istoty a ochranou tretích osôb pri nadobúdaní práva dobromyseľne tak, aby právnymi následkami, ktoré tento inštitút spôsobí nedošlo k porušeniu

⁶ Fekete, I.: Občiansky zákonník. Komentár. Bratislava: Epos, 2007, str. 23.

princípov právneho štátu, ktoré sú garantované Ústavou SR a Listinou základných práv a slobôd.

Od odstúpenia od zmluvy ako jednostranného právneho úkonu je v súvislosti so zápisom do katastra potrebné rozlišovať dohodu zmluvných strán o zrušení zmluvy, ako jedným zo spôsobov zrušenia záväzkových vzťahov. Keďže sa jedná o dvojstranný právny úkon – dohodu, v zmysle § 28 ods. 1 Katastrálneho zákona v súvislosti s § 47 ods. 1 Občianskeho zákonníka podlieha takáto dohoda rozhodnutiu správy katastra o povolení vkladu, čím nadobúda právne účinky. Keďže správa katastra pri konaní o povolení vkladu prihliada na všetky právne a skutkové okolnosti, ktoré by na takéto povolenie mohli mať vplyv, dohoda o zrušení zmluvy nebude spôsobovať aplikačné problémy ani v prípadoch, ak už došlo k prevodu práva na tretiu osobu. Postup správy katastra v takomto prípade je jednoznačne daný zákonom.

Záverom možno konštatovať, že problematika odstúpenia od zmluvy v súvislosti so zápisom do katastra nemá v Slovenskej republike ustálenú prax. Myslím si, že rozhodujúce slovo v týchto prípadoch bude mať názor Ústavného súdu SR.

Platná právna legislatíva sa pri aplikácii zápisu odstúpenia od zmluvy prikláňa k všeobecne platnej zásade „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*“, v zmysle ktorej nikto nemôže na iného previesť viac práv ako má sám. Táto zásada je podporená aj ustanovením o hodnovernosti údajov katastra nehnuteľností len do toho okamihu, kým sa nepreukáže opak. V súvislosti s uvedeným sa prikláňam k názoru, že takýmto výkladom je hrubým spôsobom narušená právna istota, čo v praxi znamená, že žiaden kupujúci si nemôže byť istý trvalosťou svojho vlastníckeho práva. V prípade, ak by sa takáto prax definitívne ustálila, a teda ktokoľvek by mohol odstúpením od zmluvy pretrhnúť reťaz derivatívneho nadobudnutia vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam a dosiahnuť obnovu svojho vlastníckeho práva bez ohľadu na vyjadrenia právnych nástupcov, aktuálne zapísaní a prakticky vždy dobromyseľní vlastníci by nemali možnosť akokoľvek sa brániť.⁷ Situácia sa môže skomplikovať aj záložnými právami, vecnými bremenami resp. inými vecnými právami k nehnuteľnosti, ku ktorej bolo vlastnícke právo jednostranným právnym úkonom (odstúpením od zmluvy) zrušené. Aké následky by v takomto prípade spôsobil návrat do pôvodného stavu (navrátenie pôvodnému vlastníkovi)? Čo s vecnými právami, ktoré s takouto nehnuteľnosťou súvisia? V budúcnosti bude potrebné aj tieto otázky riešiť. Za vhodný považujem taký výklad uvedenej problematiky, ktorý rešpektuje ústavné princípy a poskytuje ochranu dobromyseľne nadobudnutých práv a celkovú právnu istotu ako základný predpoklad

⁷Baudyš, P:Katastr a nemovitosti. Praha: C.H.Beck, 2003, str. 86.

právneho štátu. Konkrétne by sa mala ustáliť prax, kedy dobromyseľne nadobudnuté práva by mali požívať ochranu pred následnými právnymi úkonmi tretích osôb.

Literature:

- Adamov N.: Zrušenie darovania, odstúpenie od zmluvy a kataster nehnuteľností. In: Bulletin slovenskej advokácie, 6/2009.
- Barancová, A. : Zákon o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam. Komentár. In: Poradca, 2010/11-12.
- Baudyš, P.: Katastr a nemovitosti. Praha: C.H.Beck, 2003, s.291.ISBN 978-80-7400-304-2.
- Csank, P.: Odstúpenie od kúpnej zmluvy. In: Poradca podnikateľa, 2008/7.
- Fekete, I.: Občiansky zákonník. Komentár. Bratislava:Epos, 2007, s.1063. ISBN 978-80-8057-688-2.
- Jakúbeková, D.: Odstúpenie od zmluvy z pohľadu katastra nehnuteľností. In: Justičná revue, 53, 2001, č. 11.
- Jakúbeková, D.: Odstúpenie od zmluvy podľa Občianskeho zákonníka s upozornením na rozdielnosti úpravy v Obchodnom zákonníku. In: Justičná revue, 53, 2001, č. 6-7.
- Lazar, J.: Občianske právo hmotné. Bratislava: IURA EDITION, 2010, s. 548. ISBN 978-808078-346-4.
- Vrcha, P.: Katastrální(a) související) judikatura. Praha: LINDE PRAHA, 2006, s. 495. ISBN 80-7201-581-8.
- Vrchová, K., vrcha, P. Z rozhodovací činnosti katastrálního úřadu a soudu ve věcech vkladu práva k nemovitostem. Praha: C.H.Beck, 2002, s. 288. ISBN 978-80-7179-653-4.

Contact – email

a.barancova@szm.sk

HUMANIZMUS, PLURALIZMUS A DEMOKRACIA AKO SOCIOKULTÚRNE PRINCÍPY TVORBY A UPLATNENIA PRÁVA V EURÓPSKOM PRIESTORE

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstract in original language

Humanizmus ako princíp a životný postoj. Uplatnenie princípu humanizmu v európskom právnom priestore.

Pluralizmus patrí medzi neoddeliteľné hodnoty pre politický systém, v popredí záujmu ktorého je tzv. realistická koncepcia pluralizmu.

Otázkou je, do akej miery a ako sa odráža pluralizmus v politickom systéme spoločnosti na tvorbe a aplikácii práva.

Pokrok ľudstva v období postmodernej spoločnosti vytvára v širokých vrstvách spoločnosti tendenciu rozvoja demokratických inštitútov.

Key words in original language

Humanizmus; pluralizmus; demokracia; princípy.

Abstract

Humanism as a principle and attitude towards life. Application of the principle of humanism in the European legal territory.

Pluralism belongs to the inseparable values of political system, in the limelight of which is so called realistic conception of pluralism.

The question is, to what extent and how pluralism reflects itself in the political system of society in lawmaking and application of law.

The progress of mankind in the era of postmodern society creates a tendency of development of democratic institutes in wide ranks of society.

Key words

Humanism; pluralism; democracy; principles.

1. Humanizmus ako princíp a životný postoj. Humanistický postoj je výrazne intelektuálny. Opiera sa o kritický a rozumový vzťah ku

skutočnosti. Jeho psychologické základy sú preto v podstate totožné so základmi vedeckého postoja.¹

V čom teda spočíva humanistický životný postoj? Je obranou človeka, zdôraznením ľudskej hodnoty a dôstojnosti? Je možné dať na túto otázku odpoveď s definitívnou platnosťou? Azda každá epocha si ju musí zodpovedať sama, vychádzajúc z vlastných historicko-kultúrnych predpokladov a základov. Táto úloha je osobitne aktuálna v časoch veľkých zmien a premien (kríz a prevratov), kedy dochádza ku stretu medzi čímisi starým a novým. Napr. renesančný humanizmus pripravoval pôdu sčasti pre veľké reformné hnutia vnútri kresťanského náboženstva, sčasti pre revolúciu vo vedeckom obraze sveta²

Tzv. novohumanizmus osvietenstva treba vidieť v súvislosti s francúzskou revolúciou. Marxistický a socialistický humanizmus je produktom uvažovania o podmienkach človeka v konflikte neskorokapitalistických a socialistických spoločenských foriem.³

Zárodok humanizmu sa zrodil vtedy, keď človek začal uvažovať o svojom postavení v súvislosti sveta i o svojich možnostiach rozhodovať o silách, v ktorých moci doteraz bol. Aby sa vôbec zrodila myšlienka, že človek môže žiť podľa vlastných podmienok, je potrebné, aby sa istým spôsobom stlmil tlak dvoch ostatných faktorov - príroda a boha.⁴ Toto stlmenie nebolo automatické a súviselo s posilnením úlohy nadprirodzeného. A tak sa náboženstvo stáva najvyššou autoritou, ktorej príkazy do najmenších podrobností rozhodujú o živote ľudí.

Humanizmus, humanista v našich jazykoch sú pomerne nové. Cicero hovorí o studia humanitatis – myslí nimi intelektuálne činnosti vhodné na rozvíjanie vlastností, ktoré pomenúva ako humanitas (ide o čítanie diel starých filozofov, dejepiscov a básnikov).

V talianskej renesancii sa slovo humanista používalo na označenie človeka, hľadajúceho poznanie a múdrosť u antických spisovateľov. Slovo „humanizmus“ (Humanismus) pochádza asi z 19. st. Používalo sa na

¹ Tento príspevok predstavuje záverečnú reflexiu výsledkov jednotlivých riešení čiastkových úloh členmi grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

² Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 10 – ISBN:80-7149-363-5

³ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 11

⁴ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 13

označenie renesančného znovuobjavenia svetského kultúrneho dedičstva z antiky (a označenie historických filozofických disciplín, ktoré sa zaoberali uvedeným dedičstvom).

S humanistickým životným postojom máme do činenia už v Grécku počas klasického obdobia antickej kultúry v 5., 4. a 3. st. pr. n. l., kedy vznikali kultúrne vzory pre renesančnú vzdelanosť. Novohumanizmus videl ideálnu krásu v gréckom staviteľstve a sochárstve (napiek tomu, že grécku kultúru charakterizovali náboženské rituály a mystériá, tlak náboženskej autority v Hellade a v Ríme bol relatívne znesiteľný). Intelektuálna vzdelanosť sa zameriavala na poznanie vonkajšieho sveta, na prírodu (physis – ako harmonický, zákonitý poriadok, ako kozmos). Zákon, ktorý pôsobí v prírode, sa stal skôr ideálom, resp. normou diania, ktorá platí najmä pre človeka. Človek je mikrokozmos, jeho zdravie alebo blaho spočíva v živote podľa zákona prírody. Dobré spoločenské zriadenie musí zodpovedať povahe človeka ako spoločenského tvora. Základnou myšlienkou gréckeho humanizmu je chápanie Prírody ako Ideálu. Kozmos bolo vlastne premietnutie idey zákonitého spoločenského usporiadania na prírodu. Humanizmus u Grékov sa zrodil so zmenami v ich pospolitostiach: patriarchálne zriadenie ustupovalo demokratickým a spravodlivejším usporiadaním mestských štátov s písanými zákonmi.⁵

Grécky humanizmus časom nebol postojom v boji za lepší svet, ako to bolo vo vnútri sokratovskej tradície. Stáva sa skôr hľadaním cesty mimo zla tohto sveta – u stoikov chápaním akceptovaním rozmarov nezvratného osudu, u epikurejcov únikom od hluku únikom sveta do života nachádzajúceho radosť v pestovaní záľub a priateľstva s rovnako zmýšľajúcimi.

Antické hľadanie racionálneho vzťahu ku skutočnosti urobilo z prírody dominujúci faktor v trojčlenke príroda-človek-bohovia. Kest'anská kultúra stredoveku dala týmto faktorom iný vzájomný pomer. V tisícročí medzi starovekom a novovekom bolo náboženstvo najvyššou autoritou. Príroda stratila svoj pozitívny hodnotový náboj. Človek ako prírodná bytosť je „telo“ odsúdené na zatratenie. Ale ako „duša“, resp. duchovná bytosť má človek účasť na nadprirodzenom a možnosť byť spasený milosťou Božou.⁶

Avšak renesancia znamená znovuobjavenie človeka a prírody. Odlišnosť od antiky bude v tom, že predstava o prírode ako ideáli ustupuje myšlienke o človeku ako pánovi prírody. Skúmať prírodu už neznamena hľadať normu pre dobrý život. Znamená to poznanie, ktoré človeku umožní zasahovať do prírody, využívať jej zdroje a usmerňovať jej sily v jednote s ľudskými

⁵ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 14

⁶ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 14 - 15

cieľmi. Túto ideu môžeme chápať ako kresťanské dedičstvo, človek ako koruna stvorenia stojí nad prírodou.⁷

Renesančný humanizmus, ktorý postuloval osobitnú hodnotu a možnosti človeka, razil novú cestu k vede a reforme náboženstva. Kráľovstvom človeka mala byť spoločnosť, v ktorej by človek žil slobodne, bez donútenia zo strany jemu nepriateľských prírodných síl i bez bázne pred nadprirodzenými mocnosťami.

Po nepokojnej epoche reformácie a radikálnom rozchode so starým nasledovalo obdobie umocnenej náboženskej autority. Protireformácia vliala katolicizmu novú životnú miazgu. Protestantské hnutia sa etablovali alebo do novej ortodoxie, alebo sa radikalizovali v rozličných formách puritanizmu. Avšak jednota kresťanstva bola narušená a tým sa znemožnili jeho nároky na univerzálnu moc. Ale kalvínsky a puritánsky protestanizmus sa zaslúžili o zrod západného kapitalizmu, čo svedčí o tom, že náboženstvo naďalej vplývalo aj na formy svetského života. Ale hlavný vývinový trend smeroval k sekularizácii a vymaneniu sa spod nátlaku náboženskej autority.

V dnešnej dobe sa sproblematizoval skôr vzťah medzi človekom a prírodou, než vzťah medzi človekom a nadprirodzeným. Príroda tvorí celok, systém, ktorého rozličné časti na seba navzájom pôsobia. Človek sám je časťou tohto celku. Jeho život závisí od istých rovnovážnych stavov v jeho fyzickom okolí, v tzv. biosfére. Ak človek svojimi zásahmi do zložiek systému naruší rovnováhu celku, môže to mať záporné dôsledky pre život druhu. Príroda sa mu pomstí, že si trúfol narušiť poriadok vládnucci v kozme. Prírodná nemesis je narušená vďaka hybris (narušením rovnováhy vo svete, porušením „zákona prírody“ tým, že človek sa vyvyšuje a prekračuje hranice „vhodného“, svoje prírodou dané možnosti - hromadením bohatstva alebo výkonom moci). Nemesis znamená, že sa znovunastofuje rovnováha (je to akoby odplata alebo trest za neprípustné prekročenie hraníc).⁸

Správanie človeka krátkodobo účelné sa z dlhodobého hľadiska stáva protiúčelným, z vlastného hľadiska človeka deštruktívnym. Človek so svojou vedou a technológiou nie je absolutistickým panovníkom nad prírodou. Musí sa naučiť užívať svoje vlastníctvo, musí sa naučiť narábať s prírodou a regulovať ju v malom tak, aby nenarušil jej celkovú rovnováhu, musí dbať na to, aby sa účelnosť v jeho konaní nezmenila na protiúčelnosť v následkoch jeho konania. Človek musí poznať hranicu svojich možností a pochopiť, že prírodnými zákonmi je zviazaný s väčším celkom, než je ten, ktorý môžu kontrolovať jednotlivci a skupiny so zámerom pokryť

⁷ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 16

⁸ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 20

krátkodobé potreby a želania. Žiť rozumne znamená to isté ako žiť v jednote s poriadkom prírody.⁹

Človek oslobodený od svojich pút je ako divé zviera, ktoré treba skrotiť, aby túto slobodu znieslo. Skrotiť, znamená vzdelávať, vychovávať človeka.

Osvietenský humanizmus položil základy novej vedy o človeku (národohospodárstvo, sociálna antropológia, sociológia). Humanizmus epochy osvietenstva pripravil sociálnu ideu socializmu (Thomas More, Campanella, Saint-Simon, Proudhon, Fourier a iní).

K. Marx bol prvým sociálnym mysliteľom, u ktorého je idea socializmu spätá s vážnym pokusom vedecky vysvetliť historický vývin spoločnosti a pochopiť človeka ako subjekt historického procesu (teória o dynamickosti dejín).

Humanizmus a jeho problémy sú znovu aktuálne (marxistický, socialistický humanizmus?).

Každá epocha si nanovo musí vymedzovať, čo vlastne humanizmus ako životný postoj znamená. Renesanční humanisti zdôrazňovali dôstojnosť (dignitas) človeka a jeho nezávislosť od etablovaných autorít v otázkach pravdy. Kľúčovým slovom novohumanizmu bolo vzdelania: iba výchovou človek dosiahne skutočnú slobodu.

Podstatným aspektom humanizmu je obrana blaha človeka. Blaho človeka je úhrn všetkého, čo je pre človeka dobré a čo mu činí dobre. Toto sú podmienky toho, aby bol spokojný a šťastný. Človek sa má dobre a „uskutočňuje“ svoje blaho vtedy, ak žije v harmónii so svojimi možnosťami šťastia v rámci danej historickej situácie. Ak blaho človeka závisí od historickej situácie, potom podmienky jeho šťastia sa v priebehu dejín menia. V industriálnej spoločnosti človek môže požadovať a očakávať od života niečo iné než v agrárnej spoločnosti so sebaregulujúcimi jednotkami. Ak má mať každý človek rovnaké šance na uskutočnenie svojho blaha, musí vládnuť istá rovnováha medzi inštitucionalizovaným usporiadaním spoločnosti a podmienkami pre dobrý život.¹⁰

Niektoré skupiny spoločnosti sa usilujú pre vlastné ciele využívať alebo kontrolovať nové zdroje (to isté sa opakuje i vo vzťahu medzi národmi, štátmi). Pre znovunastolenie rovnováhy sú nevyhnutné inštitucionálne

⁹ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 22

¹⁰ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 27

zmeny (napr. vo vlastníckych pomeroch alebo v spôsoboch výroby tovarov a ich rozdeľovania.

Humanizmus, ktorý do centra kladie blaho človeka, musí dnes silnejšie akcentovať solidaritu medzi ľuďmi než seberealizáciu jednotlivých indivíduí. Solidaritu a seberealizácie nemôžeme oddeľovať. Účelom solidarity je to, aby sa všetci jednotlivci vnútri pospolitosti mali dobre.

To, či budeme klásť dôraz na solidaritu všetkých alebo na možnosť jednotlivca realizovať sa, závisí od historickej situácie. Blaho človeka sa dá zabezpečiť iba v spoločnosti, v ktorej vládne zákonmi viazaný poriadok. Každé spoločenské zriadenie kladie obmedzenia na slobodu jednotlivca. Požaduje poslušnosť voči autorite, ktorá má moc donútiť nedisciplinovaného. Od povahy spoločenského zradenia viazaného zákonom závisí, či vyžadovanie si poslušnosti zo strany autority musí byť oprávnené čiže legitímne. Reprezentanti a strážcovia poriadku musia legitimovať svoje nároky na donucovanie ostatných tým, že budú žiť podľa príkázaní tohto normatívneho poriadku.¹¹

Podľa humanistu jediným legitimačným odôvodnením politickej moci a spoločenského vplyvu je starostlivosť o blaho človeka. Túto myšlienku nachádzame už v Platónovej a Aristotelovej politickej filozofii. Tiahne sa filozofickou náukou o štáte už od neskorého stredoveku a renesancie k Rousseauovi a romantikom. Idea, že moc sa legitimuje starostlivosťou o blaho človeka, je základom každej vízie lepšej spoločnosti, v mene ktorej sa ľudia usilujú zvrhnúť poriadok, pociťovaný ako nespravodlivý. Táto myšlienka patrí ku každému oslobodzovaciemu hnutiu hodného tohto mena.

Keď však tí, čo bojovali za oslobodenie, upevnia svoj poriadok, nezriedka sa stáva, že sami odmietnu legitimizovanie, ktoré ich oprávňovalo prevziať moc. Tí, čo zvrhli tyrana, nie sú ochotní rozpoznať nového tyrana v sebe samých. Moc, ktorú si budujú, i naďalej ospravedlňujú poukazovaním na blaho ľudí, ktorým vládnu. Toto je iba maska, za ktorou sa skrývajú ich vlastné sebecké ambície.

Sebecké skupinové záujmy sa nebadateľne vtierajú do siete noriem a inštitúcií, v rámci ktorých spoločnosť funguje, a tým dodávajú zdanlivo rastúcu silu samému vonkajšiemu rámcu. Jestvujúci poriadok sa stane zásterkou pre záujmy menšiny. Vďaka tomuto prestrojeniu menšina môže naďalej vydávať svoje záujmy za záujmy ľudu alebo štátu, legitimovať ich

¹¹ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 30

ako nevyhnutné na obranu slobody či na udržanie rovnováhy v mocenskom boji národov.¹²

Humanistický postoj je spätý s kritickou vierou v nevyhnutnosť podriaďiť sa poriadku – ale aj s vedomím zmeniteľnosti a nedostatočnosti každého poriadku. Humanizmus ako životný postoj môže prežiť ako protestný pohyb ľudského ducha, ktorý pozdvihne svoj hlas všade, kde ľudia prenasledujú za ich presvedčenie a kde sa moc usiluje legitimizovať zásterkou falošného vedomia¹³ solidarity.

2. Princíp humanizmu v konfrontácii dvoch svetov: Amerika verzus Európa. Alebo: závisí reflexia humanizmu od subjektu, od nositeľa idey či princípu humanizmu, od toho ako chápe, či od jeho sociálneho statusu, od jeho momentálnej sociálnokultúrnej situácie? Je zrejmé, že pod humanizmom bude chápať čosi iné študent, či vedecký pracovník pôsobiaci na Harvardskej univerzite, iný jeho aspekt bude zrejmý pre študenta, či pedagóga pôsobiaceho na Sorbanskej univerzite, iné na Moskovskej, či Pekingskej univerzite, nehovoriac o jeho reflexii v podmienkach na akejkoľvek univerzite na Slovensku. Od tejto reflexie závisí aj nachádzanie východísk riešenia aktuálnych ekonomických a ekologických krízových javov v celom svete, včítane Ameriky a Európy.

Pre niektorých je humánne a správne to, že každý „v živote dotiahne tam, kde si zaslúži“¹⁴ (presadzovanie filozofie osobnej zodpovednosti za svoj život, za svoje postavenie, status, teda aj za svoju prípadnú chudobu, za svoje zdravie a nie je potrebné zavádzať univerzálnu zdravotnú starostlivosť). Ďalšia nadpolovičná časť obyvateľov na európskom kontinente (60% ?) „verí, že chudobní ľudia sú (nie svojím pričinením)

¹² Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 32

¹³ Pozri: WRIGHT, von Georg Henrich: *Humanizmus ako životný postoj*. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001, s. 35

¹⁴ Pre ľudí v ťažkostiach – na pokraji chudoby je Amerike len jedna záchranná sieť: práca. Zdravotné poistenie a šetrenie na dôchodok sú spojené s pracovným miestom. Platiť si zdravotné poistenie bez práce je pri absencii úspor nemožné. Existuje zopár verejných programov pre ľudí v chudobe, že bez pomoci by hladovali, avšak bežný človek s cieľom žiť dôstojný život potrebuje po strate zamestnania opäť rýchlo nájsť prácu. V dynamicky rozvíjajúcej sa ekonomike to nebol takmer nikdy problém. Za posledných 50 rokov bol priemerný nezamestnaný človek v USA bez práce približne 5 až 10 týždňov. V roku 2010 sa však priemerná dĺžka nezamestnanosti strojnásobila a počet dlhodobo nezamestnaných dosiahol vyše 6 a pol milióna ľudí (v roku 2007 ich bolo približne milión). A zamýšľal sa niekto nad tým, prečo takáto kríza v USA a v Európe vôbec vznikla? Kde sú jej príčiny? Kto postupoval tak humánne, aby k nej došlo? Má štát (štátne orgány, inštitúcie a vláda, ktoré vo väčšine prípadov zdieľajú záujmy súkromných podnikateľov, alebo majú aspoň na nich aké také prepojenie) nechať znášanie dôsledkov ekonomickej krízy na občanov, alebo nesie adekvátnu zodpovednosť za danú situáciu?

„uväznení v chudobe“, kde verejné zdravotníctvo je samozrejmosťou a kde existuje konsenzus, že vláda má pomáhať slabším“.¹⁵

Žeby sa tu prejavoval iný humanizmus v praxi, iné jeho videnie? Ako má postupovať štát v prípade riešenia ekonomickej krízy, aké zákony (aký balíček?) má prijať vláda a parlament na jej zvládnutie v oblasti podnikania a podpory nachádzania tisícky pracovných miest? V dnešnej dobe štát získava dôležitosť, ktorá mu bola upieraná v predkrízovom období, keď ho mnohí považovali za zbytočný, za akéhosi „nočného strážnika“.¹⁶

Ak sa štát zriekol vytvárania nových pracovných miest, tak potom táto úloha je ponechaná na súkromné firmy a podniky, ktorým štát môže pomôcť primeranou reguláciou či prijatím legislatívy, ktorá nekladie občanom a tvorcom pracovných miest zbytočné prekážky. Nakoniec v modernej priemyselnej spoločnosti sú však za štátom vždy aj ekonomické záujmy jednotlivcov a skupín. Otázkou len je, aká miera „kolonizácie štátu súkromníkmi je únosná“.¹⁷

Nekontrolovaný voľný trh či oligarchizácia štátu a ekonomiky neprajú rozvoju občianskych cností a občianskej spoločnosti. „Favorizovanie súkromného egoizmu skôr znižuje verejnú sféru, ako ju zväčšuje...viac trhu môže znamenať aj menej slobody...aby sme tomuto egoizmu zabránili, máme verejnú entitu, teda štát, a ten štát musí byť viac silný ako slabý. Musí byť silný v pravidlách a ochrane verejného priestoru“¹⁸ a v tomto prípade zásluhu má na tom práve právo v tom, ktorom štáte. Podobnú úlohu zohráva aj Európska únia, ktorá tiež okresáva deštruktívnu silu trhu na spoločnosť. Avšak rola národných štátov v hospodárstve sa v období krízy neznižuje, skôr naopak. Vzniká riziko nacionalizácie hospodárstva a politiky. Je zjavné politické a ekonomické záujmy väčších ekonomicky vyspelejších krajín EÚ sú presadzované v rámci spoločnej politiky EÚ – určujú aj stratégiu spoločného postupu na vyriešenie prípadných krízových javov v jednotlivých členských krajinách EÚ.

V tomto sa bude aj prejavovať toľko žiadaný humanizmus predstaviteľov štátu, vlády a parlamentu v praxi nielen v národnom ale i európskom kontexte (s adekvátnou zodpovednosťou a solidaritou nielen za seba, ale i za

¹⁵ Žilinský, J.: Rozpor dvoch rozdielnych svetov. In: *Sme*, streda 25. 8. 2010, s. 23.

¹⁶ Pozri: ČORNÁ, Z.: Viac trhu môže znamenať menej slobody. In: *Pravda*, sobota 14. 8. 2010, s. 18.

¹⁷ ČORNÁ, Z.: Viac trhu môže znamenať menej slobody. In: *Pravda*, sobota 14. 8. 2010, s. 19. V západných demokraciách existuje tzv. zákonná regulácia korupcie, ktorá dostala pomenovanie lobbying.

¹⁸ ČORNÁ, Z.: Viac trhu môže znamenať menej slobody. In: *Pravda*, sobota 14. 8. 2010, s. 19.

iných – za ich základné ľudské práva a slobody, nielen formálnym uvedením v ústavách, či iných dokumentoch, ale aj v praxi).

„Solidarita“ v európskej politike tiež predstavuje uplatnenie princípu humanizmu v praxi. Napríklad mnohé krajiny v rámci EÚ (najmä členovia eurozóny) sú pripravené zúčastniť sa na európskych projektoch postavených na princípe solidarity a tak prispieť k európskemu finančnému stabilizačnému mechanizmu (napr. pôžičkou Grécku). Je pravdou, že Európska únia a jej inštitúcie nesú časť zodpovednosti za grécku krízu (a problémy eurozóny), rovnako tak vlády členských krajín. „Ak by existovali kontrolné a korekčné mechanizmy, ktoré len teraz narýchlo vytvárame, nikdy sa to nemuselo stať. Možno chybou bolo vôbec púšťať sa do experimentu s menovou úniou, ktorá sa neopiera o hlbšiu integráciu, silnejšiu spoluprácu v iných oblastiach – rozpočtovej, daňovej či sociálnej. No túto chybu musia naprávať všetci európski partneri spoločne“.¹⁹ V rámci nami zdieľaného humanizmu nemôžeme sa vyvliekať zo zodpovednosti spoločného postupu (v rámci solidarity, vďaka ktorej sa budú v budúcnosti bohatšie európske krajiny skladať na rozvoj chudobnejších regiónov) za zachovanie normálneho fungovania krízou ohrozenej vlastnej krajiny a EÚ.

3. Uplatnenie princípu humanizmu v európskom právnom priestore. Efektívnosť európskeho integračného procesu predpokladá u jednotlivých subjektov jeho realizácie i adekvátnu právnu kultúru. Úroveň práva a právnej kultúry v konkrétnej spoločnosti predstavuje okrem iného i adekvátnu právnu ochranu postavenia jednotlivých členov (občanov) danej spoločnosti, zabezpečenia ich základných ľudských práv a slobôd (nielen na úrovni jednotlivých členských štátov EÚ, ale aj v medzinárodnom kontexte) a to vďaka najmä dôslednému uplatňovaniu princípu humanizmu v jeho európskom ponímaní.

Uplatňovaniu európskeho práva predchádza jeho tvorba so svojimi sociokultúrnymi determinantami a špecifikami, ktorá sa odlišuje od ostatných typov neeurópskych právnych kultúr a systémov (okrem iného aj dôsledným humanizmom v podobe zabezpečenia ochrany základných ľudských práv a slobôd).

Dôkazom tzv. „humanistického prístupu“ v stredoeurópskych a západoeurópskych pomeroch je aj čoraz viac sa presadzujúca požiadavka dôraznejšej antropologizácie súčasného práva prejavujúca sa v tvorivom rozvoji takej oblasti právnej vedy ako je antropológia európskeho práva. Predmetom reflexie daného odvetvia práva je okrem iného aj riešenie otázky, nakoľko princípy tvorby a uplatnenia práva zohľadňujú status quo európskeho homo iuridicus?

¹⁹ GEIST, R.: Problémová krajina. In: *Sme*, piatok 3. 9. 2010, s. 42

Obsah antropológie európskeho práva (včítane zachovania špecifik národného práva tej ktorej členskej krajiny EÚ) tvorí reflexia formovania a fungovania práva a právnej kultúry v sociokultúrnych (v ekonomických, politických, morálnych/etických a sociálnych) podmienkach SR v súvislosti s európskym integračným procesom.

Dosiahnutie vyššie uvedeného predpokladá okrem iného najmä:

1. teoretickú a filozofickú analýzu antropologického, gnozeologického a axiologického aspektu úlohy práva (jeho tvorby a pôsobenia) v demokratizačnom procese života spoločnosti;
2. charakteristiku práva, právnej kultúry v postmodernej spoločnosti a postavenia človeka v systéme právnej globalizácie; (Do oblasti právnej kultúry patrí nielen tvorba práva (zákonodarstvo), ale aj aplikácia práva. Do právnej kultúry patrí presadzovanie spravodlivosti, právna istota a zákonnosť, výrazová stránka zákona i súdneho rozhodnutia, presvedčivosť a taktiež včasnosť úradného (súdneho) rozhodnutia. Úroveň právnej kultúry v spoločnosti závisí okrem iného aj od takých faktorov ako je úroveň právneho vedomia jej občanov a taktiež odborná a profesijná príprava právnikov – odborníkov, ktoré sú determinované ostatnými sociokultúrnymi faktormi spoločnosti);
3. definovanie a analýzu sociokultúrnych (ekonomických, politických, etických a sociálnych) determinantov tvorby a pôsobenia práva.

Tvorbu a aplikáciu práva - aspoň v oblasti ľudských a občianskych práv - podmieňujú rôzne sociokultúrne determinanty medzi ktoré okrem iného patrí aj demokracia s jej princípmi, ktoré naplňajú nielen obsah reflexie, ale aj reálny stav danej demokratickej spoločnosti a štátu. Demokracia je spojená s uplatňovaním princípu pluralizmu - slobodným súťažením reprezentantov jednotlivých skupín záujmov jestvujúcich v spoločnosti. Pluralitná demokracia chápaná ako vláda ľudu založená na slobodnom súťažení politických síl nadobúda status základnej spoločenskej a ústavnej hodnoty ľudských a občianskych práv. Plné uskutočnenie demokratickej vlády – vlády ľudu je však ideálom, ktorý vo svojej celostnej podobe je nerealizovateľný, pretože by negoval hierarchické usporiadanie štátnych orgánov.

Dôležitým momentom pre súčasnú demokraciu v najvyspelejších demokratických štátoch je však akceptácia vládnucou skupinou uplatňovania spätnej väzby ako nevyhnutného aspektu demokracie, alebo jej ignorovanie, či uprednostnenie využitia demokratického prostredia pre určitú jednostrannú manipuláciu: vnucovanie svojho názoru ostatným občanom či obyvateľom daného štátu bez spätnej väzby.

K vybudovaniu ideálneho stavu demokracie v jednotlivých krajinách, či regiónoch vedie niekedy dosť nepriamočiara zdĺhavá a trnistá cesta

(mnohokrát číha nebezpečenstvo vonkajšieho i vnútorného ohrozenia štátu – ako je napr. kvalita politických strán a ich vedenia, kvalita zabezpečenia občianskych a ľudských práv, kvalita záujmových organizácií a ich podiel a úloha v spoločnosti, kvalita volebného systému a volebného práva a ich funkcia).²⁰

Dôležitú úlohu zohráva odborná a politická skúsenosť, či kultúra politických a štátnických osobností, z ktorých väčšina (najmä v stredo európskom priestore po transformačných a privatizačných zmenách v spoločnosti) má úzke prepojenie so záujmami podnikateľských skupín. V rámci reprezentatívnej/zastupiteľskej demokracii (v reálnom živote nadobúdajúcej status fikcie) má byť poslanec, člen vlády stelesnením vôle ľudu (z čoho vyplýva aj koncepcia ich neodvolateľnosti, imunity a pod.).

O reálnom opodstatnení uvedenej demokracie rozhoduje stupeň demokratickej politickej, etickej a právnej kultúry, ktorá je daná dlhodobým konsenzuálnym vývojom v danom štáte a takisto kvalita politických a štátnických osobností, s ich mierou „zistného“ podielu na verejnej službe. Volení zástupcovia nesmú byť postavení mocenskopoliticky nad občanmi, ktorí ich volili, skôr naopak: poslaním volených zástupcov je slúžiť (všetkým!) občanom (a nielen iba niektorým vyvoleným bohatým vrstvám, alebo elitám spoločnosti!). A je vôbec možné rozhodovať v záujme obecného prospechu všetkých, ak daná spoločnosť je charakterizovaná svojou štrukturálnou nerovnosťou?²¹

A tak sa dostávame k problematike statusu a stavu občianskej spoločnosti (s jej rozčlenením do záujmových skupín, vrstiev, tried, ktoré artikulujú svoje záujmy - majetkové, profesijné, štátnoorganizačné, teritoriálne, regionálne, národné a pod.), ktorá sa taktiež stáva determinantom, ktorý ovplyvňuje tvorby a aplikáciu práva mnohokrát aspoň svojou tichou akceptáciou a dodržiavaním platných noriem alebo vyžadovaním nových pre riešenie mnohých spoločenských situácií. Občianska spoločnosť môže sa usilovať

²⁰ Pozri: BLAHOŽ, J.: *Sjednocující se Evropa a lidská a občanská práva*. Praha: ASPI, a. s., 2005, s. 59

²¹ Podľa J. Schumpetera (autora koncepcie demokracie v druhej polovici 60-tych a 70-tych rokov 20. st., v americkej a britskej politickej vede a štátovede) nemôže existovať pojem všeobecného prospechu v spoločnosti, ktorá je charakterizovaná základnou štrukturálnou nerovnosťou (SCHUMPETER, J.: *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York 1962, s. 251. Podľa Schumpetera demokracia vystupuje ako inštitucionálne usporiadanie pre prijímanie politických rozhodnutí, v ktorom jednotlivci získavajú právomoc rozhodovať prostredníctvom boja o hlasy voličov. Demokracia je chápaná ako súbor procedurálnych pravidiel, na základe ktorých sú volení politickí a ústavní predstavitelia. Takýmto spôsobom demokracia je redukovaná na politickú formu, ktorá nemá žiaden politický obsah. Obsah politického (otázka účasti občanov na politickom rozhodovaní) systému ho nezaujima, pre neho je vhodnejšie, ak rozhodujú politické elity, pretože ľud ako súhrn všetkých občanov je nekompetentný.

o zachovanie takého politického systému, ktorý je založený na občianskych právach, najmä na princípe rovnosti, plurality politických strán, nezávislosti súdneho systému, na princípe slobodných volieb, princípe reprezentácie, princípe suverenity parlamentu v parlamentných ústavných systémoch a na princípe del'by moci v prezidentskom ústavnom systéme.

Pluralizmus patrí medzi neoddeliteľné hodnoty pre politický systém, v popredí záujmu ktorého je tzv. realistická koncepcia pluralizmu. Otázkou je, do akej miery a ako sa odráža pluralizmus v politickom systéme spoločnosti na tvorbe a aplikácii práva, ktorá vyžaduje jednotné (nie pluralitné?!) dodržiavanie právnych noriem všetkými subjektmi práva.

Pluralizmus ako spoločenská hodnota znamená:

1. vnútorné posilnenie systému, pretože samotné zriadenie novej jednotky, inštitúcie, organizácie už znamená upriamenie pozornosti na nové problémy a nárast spojitosť posilňujúcich daný systém medzi ostatnými existujúcimi jednotkami;
2. zvýšenie prejavovania konfliktov v danom systéme a zároveň zníženie intenzity týchto konfliktov;
3. zväčšenie počtu znesených návrhov a zároveň zníženie počtu prijatých návrhov;
4. zvýšenie pravdepodobnosti prijatia návrhov v danej jednotke;
5. zvýšenie radikálnosti vznášanych návrhov (z dlhodobejšieho hľadiska posilňuje skôr konzervatívnosť vznášanych a prijímaných návrhov, pretože vzájomne opakujúce sa interakcie medzi jednotkami vedú k poznaniu o tom, aké návrhy a projekty sa môžu vôbec presadiť);
6. zvýšenie počtu a zložitosti formálnych pravidiel, pretože interakcia medzi vzrastajúcim počtom jednotiek vyžaduje stále zložitejšie formálne úpravy;
7. podporu relatívnej moci trvalých a vysoko organizovaných záujmov v spoločnosti;
8. zvýšenie potreby a cirkulácie elít;
9. zvýšenie úlohy právnikov (formálnych právnych pravidiel) a profesionálne vzdelaného úradníckeho aparátu, ktorý zabezpečuje vzájomné vzťahy a uplatňovanie záujmov jednotiek pluralitného usporiadania;

10. zvýšenie potreby a skutočnej moci tých, ktorí majú mimoriadny politický talent.²²

Európa dnes realizuje jedinečný experiment v histórii ľudstva: vytvorenie nadnárodného sociokultúrneho systému na základe slobodného a cieľavedomého rozhodnutia subjektov, ktoré tento systém vytvárajú. Toto rozhodnutie si vyžaduje od jednotlivých subjektov európskeho integračného systému vytvorenie adekvátnych kultúrnych predpokladov, nielen v oblasti technologickej, ekonomickej, politickej, sociálnej, či etickej, ale aj právnej.

Po vstupe SR do EÚ sa právny poriadok EÚ stal záväzným pre SR. SR, ako aj iné subjekty práva pôsobiace na jej území, majú povinnosť rešpektovať právo EÚ. Právny poriadok EÚ je tvorený rôznymi druhmi prameňov práva, ktoré sa svojou podstatou a povahou odlišujú od klasických prameňov práva uplatňovaných v kontinentálnom type právnej kultúry. Právo uplatňované v SR je v súčasnosti, na rozdiel spreď obdobia nášho vstupu do EÚ, vyjadrené vo väčšom a neprehľadnom množstve prameňov práva. V tejto súvislosti je aktuálna reflexia zmien v prameňoch práva a ich pôsobenie na právny status subjektov práva

V súčasnej európskej ústavnej a politickej vede, ako aj v koncepciách praktických politikov jednotlivých krajín – členov EÚ dôležitú úlohu zohrávajú úvahy o rekonštrukcii demokracie.²³ Dôležitú rolu tu zohráva teória o vývoji štruktúry súčasnej spoločnosti,²⁴ zdôrazňovanie ovplyvňovania ekonomiky štátom v spolupráci so silnými súkromnými ekonomickými organizáciami, ako aj zdôrazňovanie integračných procesov, vedúcich k rozvoju demokratickej spoločnosti. Dá sa predpokladať, že uvedená skutočnosť bude mať adekvátny vplyv na tvorbu a aplikáciu komunitárneho práva.

Aby nedochádzalo k nadmerným odlišnostiam sociálnych skupín, tried v spoločnosti a aby bola zachovaná čoraz viac sa rozširujúca rozsiahla pôsobnosť najmä strednej triedy, ktorá je nositeľkou moderných hodnôt

²² Podľa: BLAHOŽ, J.: *Sjednocující se Evropa a lidská a občanská práva*. Praha: ASPI, a. s., 2005, s. 64 – 65.

²³ Pozri: GISCARD d'ESTAING, V.: *Démocratie française*. Paris 1976, s. 31 an.

²⁴ Napr. vývoj francúzskej spoločnosti nevedie k stretu antagonistických tried buržoázie a proletariátu, ale prejavuje sa expanziou veľkej strednej vrstvy – triedy v spoločnosti, ktorá postupne zahŕňa celú spoločnosť a tým v spojitosti s ostatnými skupinami spoločnosti zabezpečuje jej mimoriadny rýchly rast. Táto stredná trieda sa stáva integrujúcim činiteľom pri zjednocovaní francúzskej spoločnosti a zároveň umožňuje vyššiu úroveň realizácie pluralitnej demokracie (Pozri: GISCARD d'ESTAING, V.: *Démocratie française*. Paris 1976, s. 69 an.)

a zároveň zjednocujúcim činiteľom celej spoločnosti, je potrebná nielen reflexia, ale i dôsledná aplikácia nasledujúcich úloh potrebných pre rozvoj demokracie:

1. nastoliť pozitívny sociálny program zahrňujúci zabezpečenie úplnej zamestnanosti, ekonomickú stabilitu a istoty, rozvoj produktivity a garancie minimálneho životného štandardu, zodpovedajúcemu štádiu civilizačného vývoja;
2. vytvoriť adekvátne mechanizmy, aby mohla demokracia pôsobiť, včítane adekvátneho zabezpečenia občianskych práv, zdokonalenia legislatívy a jej cieľov, ďalšieho rozvoja verejnej správy, zamerania pozornosti na indikatívne ekonomické plánovanie, najmä na plánovité využitie národných zdrojov;
3. napomáhať rozvoju takého systému právneho poriadku vo svete, aby mohla byť vojna vylúčená ako nástroj štátnej politiky;
4. utvrdzovať vieru v demokratické politické ideály s dôrazom na ľudské hodnoty a široké občianske aktivity (prednosti demokracie musia byť zdôrazňované v každodennom živote spoločnosti: program rozvoja demokracie musí byť konformný s ideálmi i možnosťami dnešných dní; musí byť garantovaný pre príslušníkov demokratickej spoločnosti spravodlivý podiel na dosiahnutých výsledkoch civilizácie - materiálnych i duchovných).²⁵

Pokrok ľudstva v období postmodernej spoločnosti vytvára v širokých vrstvách spoločnosti tendenciu rozvoja demokratických inštitútov. Praktická politika smeruje k formalizácii demokracie uplatňovaním elitaristických a technokratických koncepcií riadenia spoločnosti a štátu, avšak na strane druhej určité inštitúty demokracie zachováva a ďalšími reformami rozvíja. Veríme, že i naďalej v budúcnosti, napriek určitým krízovým javom sa budú v stredo európskom právnom priestore rozvíjať a v praxi uplatňovať mnohé reflektované hodnoty a myšlienky o humanizme, pluralizme a demokracii v súvislosti s tvorbou a uplatnením práva.

Literature:

- BLAHOŽ, J.: *Sjednocující se Evropa a lidská a občanská práva*. Praha: ASPI, a. s., 2005

²⁵ Pozri: BLAHOŽ, J.: *Sjednocující se Evropa a lidská a občanská práva*. Praha: ASPI, a. s., 2005, s. 70

- ČORNÁ, Z.: Viac trhu môže znamenať menej slobody. In: Pravda, sobota 14. 8. 2010
- ČERVENÁ, K.: Postavenie odvetvia automobilovej výroby v regióne Strednej a Východnej Európy v kontexte budúceho vývoja. In: Právo a európsky integračný proces /Law and European Integration Proces. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov a spoluriešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach 2009, s. 165 – 171. – ISBN: 978-80-7097-778-1
- ČERVENÁ, K.: Sociokultúrne determinanty podpory hospodárskeho rastu v Slovenskej republike. In: Právo a európsky integračný proces 2/Law and European Integration Process 2. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov a spoluriešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach 2010, s. 124 – 136. – ISBN: 978-80-7097-835-1
- DOBROVIČOVÁ, G.: Ústavné základy tvorby práva de constitutione ferenda. In: OROSZ, L. a kol.: Ústavný systém Slovenskej republiky (doterajší vývoj, aktuálny stav, perspektívy). Košice UPJŠ 2009, s. 128 – 145. – ISBN: 978-80-7097-777-4
- GEIST, R.: Problémová krajina. In: Sme, piatok 3. 9. 2010
- GISCARD d'ESTAING, V.: Démocratie française. Paris 1976, s. 31 an.
- MACHALOVÁ, T.: Co znamená rasizmus? In: MACHALOVÁ, T a kol.: Lidská práva proti rasismu. Brno: Doplněk 2001, s. 84 – 107. – ISBN: 80-7239-099-6
- SCHUMPETER, J.: Capitalism, Socialism and Democracy. New York 1962
- ŽILINSKÝ, J.: Rozpor dvoch rozdielnych svetov. In: Sme, streda 25. 8. 2010
- VEČEŘA, M.: Právní nástroje proti rasismu. In: MACHALOVÁ, T a kol.: Lidská práva proti rasismu. Brno: Doplněk 2001, s. 148 – 159. – ISBN: 80-7239-099-6

- VEČEŘA, M.: Právo v pozdně moderním globalizujícím se světě. In: Právo a európsky integračný proces /Law and European Integration Proces. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov a spoluriešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach 2009, s. 45 – 54. – ISBN: 978-80-7097-778-1
- WRIGHT, von Georg Henrich: Humanizmus ako životný postoj. Bratislava: Kalligram, spol. s. r. o. 2001

Contact – email

jan.cipkar@upjs.sk

SLOBODA NÁBOŽENSKÉHO VYZNANIA A FORMÁLNA SPRAVODLIVOSŤ VO VECI LAUTSI V. TALIANSKO

DUŠAN ČURILA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Témou môjho príspevku je Sloboda náboženského vyznania a formálna spravodlivosť vo veci Lautsi v. Taliansko. V tomto spore Európsky súd pre ľudské práva minulý rok rozhodol, že zobrazenie krížov v talianskych štátnych školách je nezlučiteľné so slobodou náboženského vyznania a s právom na vzdelanie. Mojmým zámerom je ponúknuť kritickú analýzu tohto rozsudku, s dôrazom na interpretáciu slobody náboženského vyznania. Mojmým druhým cieľom je nájsť správnu mieru formálnej spravodlivosti v tomto kontroverznom prípade.

Key words in original language

Sloboda náboženského vyznania; formálna spravodlivosť; právo na vzdelanie; interpretácia.

Abstract

The theme of my contribution is Freedom of religion and formal justice in case Lautsi v. Italy. In this case European Court of Human Rights last year decided that a display of the cross in the classrooms of the Italian state-school is incompatible with freedom of belief and religion and also with right to education. My aim is to offer a critical analysis of this judgement, with intention of interpreting freedom of religion. My second aim is to find a right measure of formal justice in this controversial case.

Key words

Freedom of religion; formal justice; right to education; interpretation.

1. ÚVOD DO PROBLÉMU

Pred rokom uzrel svetlo sveta rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva (ESLP), ktorý vyvolal naprieč európskym kontinentom dosť rozpačité reakcie. Niet sa čo čudovať, keďže predmetom prejednávania sa stala prípustnosť krížov na talianskych štátnych školách. Celá kauza je stále výsostne aktuálna, keďže rozsudok z 3. novembra 2009 v čase písania tohto príspevku stále nie je právoplatný. V súlade s článkom 44 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len Dohovor) totiž putuje celá kauza pred Veľkú komoru, ktorá by mala koncom tohto roka

celý spor rozsúdiť. Vážnosť celého prípadu navyše dokumentuje aj ten fakt, že až desať krajín získalo status tretej strany¹ podľa článku 36 Dohovoru.

Skutkový stav celého sporu² je pomerne jednoduchý. Talianska občianka finskeho pôvodu, pani Soile Lautsi mala dvoch synov, Dataico a Sami Albertin, ktorí boli vo veku 11 a 13 rokov a navštevovali základnú štátnu školu v istom severotalianskom meste. V školských triedach, v ktorých prebiehalo vyučovanie, viseli na stenách kríže a práve túto skutočnosť považovala ich matka za najväčší problém.

Zakotvenie povinnosti označovať školské triedy krížom má pôvod ešte pred zjednotením samotného Talianska. Okrem obežníkov ministerstva školstva ju neskôr nariaďovali aj kráľovské dekréty z dvadsiatych rokov minulého storočia, ktoré sú podľa talianskej judikatúry stále v platnosti. Podľa lateránskych dôhod z Mussoliniho čias bolo katolícke náboženstvo dokonca štátnym náboženstvom, čo platilo až do osemdesiatych rokov minulého storočia. Určite aj to muselo mať nemalý vplyv na počiatocnom presadení krucifixov v školstve. Prítomnosť kríža na talianskych štátnych školách sa však desaťročiami stala akousi samozrejmosťou a nepochybne otázkou aj kultúrnej tradície a zvyklosti.

Talianska ústava však zakotvuje v súčasnosti rovnosť všetkých občanov pred zákonom vo svojom treťom článku a súčasne rovnosť všetkých náboženstiev v ôsmom článku.³ Z týchto článkov vychádzal aj taliansky ústavný súd, keď vo viacerých rozsudkoch v deväťdesiatych rokoch potvrdil neutralitu a nestrannosť štátu ako pluralitnej jednotky.⁴

Pani Lautsi však namietala⁵, že prítomnosť krucifixov v školských triedach je v rozpore s princípom sekularizmu, v ktorom chcela vychovávať svoje deti. Sťažovateľka sa so svojimi námietkami obrátila najprv na samotnú školu, kde nepochodila a presne rovnakého výsledku sa dočkala aj u regionálneho správneho súdu. Napokon taliansky ústavný súd v roku 2004

¹ Napr. Rusko, Rumunsko, Bulharsko, Grécko atď.

² Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), senát tvorili sudcovia: F. Tulkens (Belgicko), I.C.Barreto (Portugalsko), V.Zagrebelky (Taliansko), D.Jočiene (Litva), D.Popovič (Srbsko), A. Sajó (Maďarsko), I. Karakas (Turecko).

³ *Constitution of the Italian Republic* [online]. [cit. 2010-11-02]. Dostupné z: <http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf>.

⁴ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 24 rozsudku

⁵ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 32 rozsudku

judikoval, že v jej veci nie je príslušný rozhodnúť a tak sa obrátila na Európsky súd pre ľudské práva do Štrasburgu.

Predmetom posudzovania štrasburgského súdu však bolo zhodnotenie zlučiteľnosti súčasného faktického stavu (kríže na štátnych školách) so záväzkom Talianska vyplývajúcim z Dohovoru. Pani Lautsi videla tento stav ako rozporný s článkom 2 Dodatkového protokolu č.1, súčasne s článkom 9 Dohovoru a čl. 14, ktorý stanoví zákaz diskriminácie. Podľa prvého⁶ z nich nikomu nemožno odoprieť právo na vzdelanie. Pri výkone akýchkoľvek funkcií štátu v tejto oblasti však bude musieť byť rešpektované právo rodičov zabezpečiť túto výchovu a vzdelávanie v súlade s ich vlastným presvedčením. Keďže pani Lautsi nechcela svoje obe deti viesť v kresťanskom (katolíckom) duchu, považovala prítomnosť krížov za zásah štátu (keďže sa jednalo o štátnu školu) do procesu výchovy a vzdelávania podľa jej vlastného presvedčenia. Podľa môjho názoru však žalujúca strana dostatočne neodôvodnila, akým spôsobom sa samotný fakt prítomnosti kríža, mal prejavovať v podobe rušenia jej práva vychovávať svoje deti podľa svojich predstáv. Deti totiž neboli nútené prejavovať akýkoľvek znak úcty k samotnému krížu, nezúčastňovali sa žiadnych procesií, modlitieb ani iných náboženských úkonov. Preto musím tento typ argumentácie sťažovateľky hodnotiť ako značne pochybný. Sudcovia však tento nedostatok vôbec nespozorovali.

2. PRÁVO NA VZDELANIE

Aj napriek tomu, že právo na vzdelanie nie je v tomto príspevku meritórnym centrom môjho záujmu, považujem za nevyhnutné, poukázať ešte aj na ďalší s tým súvisiaci nedostatok rozsudku. V histórii štrasburgských judikátov sa stalo známe rozhodnutie v spojenej veci Kjeldsen, Busk Madsen a Pedersen v. Dánsko (1976). Jednalo sa o rodičov, ktorí nesúhlasili, aby sa ich deti povinne učili sexuálnu výchovu na štátnych školách. V Dánsku bol zavedený obligatórny proces výučby sexuálnej výchovy, ktorého sa deti museli aktívne zúčastňovať, čo je v porovnaní s našim prípadom, kde ide o pasívne a statické zobrazenie krížov na stenách školských tried, de facto presný opak. Napriek tomu ESĽP vo veci sexuálnej výchovy dospel k záveru, že *" napadnutá právna úprava nie je sama o sebe nijak zameraná proti náboženskému či filozofickému zameraniu rodičov v rozsahu zakázanom druhou vetou článku 2 Protokolu č. 1, intepretovanou vo svetle vety prvej a vo svetle Dohovoru ako celku. "*⁷

⁶ 209/1992 Sb. Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí ve znění protokolů č. 3, 5 a 8.

⁷ ČAPEK, J. *Evropská úmluva o ochraně lidských práv*. Praha : Linde, 2010. s. 88.

Podľa môjho osobného názoru rozhodol ESLP v oboch týchto prípadoch vo (veci porušenia práva na vzdelanie podľa čl. 2 Protokolu č. 1) opačne, ako mal. V prípade povinnej sexuálnej výchovy na školách, mal podľa mňa konštatovať porušenie rodičovského práva vychovávať svoje deti podľa vlastného náboženského a filozofického presvedčenia. Osnovy tohto predmetu totiž boli v priamom rozpore s presvedčením konzervatívnej časti spoločnosti, ktorej deťom je nanucovaný opačný svetonázor. Nemajú sa voči nemu ako brániť, keďže výnimky z účasti na tomto predmete neboli spravidla udeľované. Navyše v tomto judikáte ESLP podľa mňa odobril zbytočnú etatizáciu tej oblasti vzdelávania, ktorá bola stále súkromnou záležitosťou rodín. V spore krízov na talianskych školách však neide o žiadnu obligatórnu činnosť, ktorú by museli deti vykonávať a kríž nebol "súčasťou" vyučovacieho procesu a nenašiel svoje miesto ani len v obsahu vyučovacích osnov a to v absolútne žiadnom prípade. Preto v prípade Lautsi mal podľa mojej mienky ESLP skonštatovať, že k porušeniu práva na vzdelanie jednoducho nedošlo. Dosť značnú časť argumentácie v rozsudku venovali sudcovia práve porušeniu článku 2 Protokolu č. 1 Dohovoru: *"prítomnosť krízov môže byť žiakmi rôznych vekových skupín interpretovaná ako náboženský symbol a tak budú mať pocit, že vyrástli v školskom prostredí poznačenom určitým náboženstvom. Čo môže byť však vhodné pre niektoré nábožensky orientované deti, môže byť emocionálne rušivé pre žiakov iných náboženstiev alebo deti bez náboženského vyznania."*⁸

3. SLOBODA NÁBOŽENSKÉHO VYZNANIA

Druhé namietané porušenie smerovalo k článku 9 Dohovoru. Ten garantuje slobodu myslenia, svedomia a náboženstva, pričom jeho obsah je ďalej hlbšie rozvedený. Okrem prvej vety tohoto článku má však pre účely môjho príspevku zmysel ešte aj slovné spojenie za bodkočiarkou, ktoré hovorí, že sloboda náboženského vyznania zahŕňa aj : *"slobodu prejavovať náboženstvo alebo vieru sám alebo spoločne s inými, verejne alebo súkromne."*⁹ Z hľadiska systematiky Dohovoru je potrebné chápať článok 9 ako fundamentálne ustanovenie, z ktorého sa odvíjajú ďalšie špeciálne články ako napr. sloboda zhromažďovania a združovania (čl. 16). To má za následok, že pri rozhodovaní ESLP sú aplikované prioritne špeciálne normy a nie čl. 9, ktorý je tak chudobný na relevantné judikáty.

⁸ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 55 rozsudku

⁹ 209/1992 Sb. Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí ve znění protokolů č. 3, 5 a 8.

Pri interpretácii článku 9 je potrebné vnímať komplexne celú jeho triádu- slobodu myslenia, svedomia a náboženstva a to v kontexte s oboma odstavcami tohto článku. Právo sloboda myslenia a svedomia sú chápané ako absolútne práva bez výnimky. To znamená, že nikto nesmie prinútiť druhého človeka akýmkoľvek spôsobom, aby menil svoje myslenie alebo svedomie. U slobody náboženstva, resp. náboženského vyznania, sa však nejedná o absolútne právo vo všetkých jeho zložkách, keďže jedna z jej zložiek - sloboda prejavovať náboženstvo alebo vieru môže byť obmedzená. Musia však byť súčasne splnené dve podmienky podľa druhého odstavca článku 9. Prvá z nich sa týka formy obmedzenia a stanoví, že takéto obmedzenie môže byť zakotvené len v zákone. Druhá podmienka sa týka obsahu a znamená, že takéto obmedzenie je prípustné, len ak to je nevyhnutné v demokratickej spoločnosti. Táto nevyhnutnosť však musí mať obligatórny nexus na verejný záujem- taxatívne vymedzený v čl. 9 Dohovoru: jedná sa o verejnú bezpečnosť, ochranu verejného poriadku, zdravie, morálku alebo ochranu práv a slobôd iných.

Ak som v predchádzajúcich riadkoch kritizoval slabšiu argumentáciu ESLP v prípade porušenia práva na vzdelanie, o to viac musím byť kritický pri názore sudcov, v ktorom konštatovali porušenie čl. 9 Dohovoru. V rozsudku mu venovali dosť málo miesta a bohužiaľ nekonkretizovali, ako malo dôjsť k porušeniu čl. 9 Dohovoru, iba s odvolaním sa na judikát Young, James and Webster v. Spojené kráľovstvo (1981) konštatovali, že: *"rešpekt pred presvedčením rodičov a pred vierou ich detí obsahuje aj právo veriť v náboženstvo alebo neveriť v neho. Sloboda veriť ako aj sloboda neveriť (negatívna sloboda) sú obe chránené v čl. 9."*¹⁰ Európsky súd pre ľudské práva definoval v judikáte Campbell a Cosans v. Spojené kráľovstvo (1982) termín presvedčenie odlišne od obyčajných názorov a myšlienok, keď ho charakterizoval ako *"názory, ktoré dosahujú určitého stupňa sily, závažnosti, ucelenosti a dôležitosti."*¹¹

Ak by sme mali vziať do úvahy, že ESLP chápal porušenie čl. 9 ako stret slobôd náboženského myslenia dvoch skupín osôb- teda tých, pre ktorých má kríž ako symbol duchovný význam a ich oponentov, museli by sme preskúmať, či boli splnené podmienky prípustnosti obmedzenia slobody náboženského vyznania podľa čl. 9 odst. 2 Dohovoru. Na tento náš konkrétny prípad by bolo z taxatívnych dôvodov verejného záujmu možné aplikovať len jediný- dôvod ochrany práv a slobôd iných. Ako som však už vyššie uviedol, musela by tu byť súčasne prítomná podmienka nevyhnutnosti tohto omedzenia v demokratickej spoločnosti. Osobne

¹⁰ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 47e)

¹¹ KLÍMA, K. *Ústavní právo*. 2. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2004. s. 246.

zastávam názor, že práve táto kľúčová podmienka nevyhnutnosti v spore Lautsi vs. Taliansko splnená nebola.

Pre komplexný pohľad na celý spor považujem za dôležité aspoň v náznakoch spomenúť hlavné argumenty protistrany, talianskej vlády a aj tretej strany - organizácie Greek Helsinki Monitor. Talianska vláda považovala¹² posudzovanie otázky prípustnosti kríža za otázku presahujúcu legálnu rovinu problému a siahajúcu až do roviny skôr filozofickej. A skutočne to takto aj pojala, keďže sa sústredila skôr na mimoprávnu argumentáciu. Vláda zdôraznila, že kríž má aj iný význam než náboženský, keď podľa nej symbolizuje aj : *"nenásilnosť, rovnakú dôstojnosť všetkých bytostí, spravodlivosť a solidaritu, primát individuality nad skupinou, dôležitosť slobodnej voľby, oddelenie politiky od náboženstva, lásku k bližnému spojenú s odpúšťaním nepriateľom."*¹³ Takýto symbol by teda mal byť podľa vlády zlučiteľný so sekularizmom.

Zaujímavým právnym argumentom sa však stalo poukázanie vlády na prípad Folgero a ostatní v. Nórsko¹⁴, v ktorom šlo takisto o namietané porušenie čl. 9 Dohovoru, čl. 2 Protokolu č.1. a súčasne aj o výčitku diskriminácie podľa čl. 14. V tomto prípade sa jednalo o sťažnosť nórskeho rodičov na to, že ich deti nemohli byť úplne vyňaté z nového predmetu, v ktorom sa spoločne vyučovali základy kresťanstva, náboženstva a filozofie. Predtým totiž bola výuka kresťanstva a životnej filozofie obsiahnutá v dvoch samostatných vyučovacích predmetoch. Rodičia tak po novom žiadali plné vyňatie ich detí z hodín, na ktorých bolo prezentované kresťanstvo. ESĽP konštatoval zásah do práva na vzdelanie a porušenie slobody náboženského vyznania. V tomto prípade sa však jednalo, ako poukazuje aj talianska vláda, o intenzívnejší zásah, než v prípade krížov na štátnych školách, keďže, ako som už vyššie uviedol, kríž iba visel na stene a nebol súčasťou vyučovacieho procesu. ESĽP však v prípade Folgero prezentoval myšlienku, že: *"Dohovor negarantuje práva, ktoré sú teoretické alebo iluzórne, ale naopak práva, ktoré majú byť praktické a efektívne."*¹⁵

Druhým významným argumentom talianskej vlády sa stala teória margin of appreciation, teda teória o širokom priestore uváženia. Podľa tejto doktríny

¹² Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 34 rozsudku

¹³ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 35 rozsudku

¹⁴ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 29.6.2007, sťažnosť č. 15472/02 (Folgero a ostatní v. Nórsko)

¹⁵ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 29.6.2007, sťažnosť č. 15472/02 (Folgero a ostatní v. Nórsko)

sú jednotlivé štáty oprávnené zaujať pri riešení určitého právneho inštitútu svoj vlastný autonómny prístup, ktorý následne EŠLP rešpektuje. Napríklad u nami sledovaného čl. 9 Dohovoru bola potvrdená margin of appreciation v prípade zákazu islamských šatiek na tureckej univerzite, keď EŠLP konštatoval, že tento zákaz je vecou právnej úpravy každého štátu.¹⁶ Donedávna bol teória margin of appreciation aplikovaná na citlivé právne otázky, na ktorých nepanovala zhoda naprieč európskymi štátmi. V poslednej dobe je však doktrína zo strany EŠLP akosi menej obľúbená.¹⁷ Proti princípu margin of appreciation, ktorý je chápaný ako symbol sudcovskej zdržanlivosti, stojí podľa Mahoneyho princíp evolučnej interpretácie Dohovoru, ktorý zas na druhej strane symbolizuje sudcovský aktivizmus.¹⁸

Talianska vláda v závere svojej právnej argumentácie naznačila, že: *"neexistuje európska zhoda akou cestou interpretovať koncept sekularizmu pre prax, preto by mali mať štáty v tejto oblasti širokú mieru uváženia. Presnejšie povedané, hoci existuje konsenzus na princípe sekulárnej povahy štátu, nepanuje takáto zhoda na praktickej implikácii alebo ceste, ako ho presadiť."*¹⁹ Naprieč európskymi štátmi skutočne existuje na ústavnoprávnej úrovni pomerne široká jednota týkajúca sa potreby zakotvenia princípu neutrality štátu. Tento princíp je zaraďovaný medzi fundamentálne princípy a tvorí pomyselné jadro moderných európskych ústav. Jednotlivé hranice, stanovené podústavnými právnymi normami, resp. jurisdikciou toho ktorého štátu však totožné nie sú a je podľa mojej mienky (vzhľadom na stále pretrvávajúcu kultúrnu heterogenitu) odvážne myslieť si, že to blízka budúcnosť nejako zmení.

Postavenie tretej strany mala organizácia Greek Helsinki Monitor (GHM), ktorá sa vo svojom stanovisku sústredila predovšetkým na interpretáciu kríža ako symbolu. Vyjadrila názor²⁰, že kríž a ešte viac krucifix musí byť

¹⁶ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 29.6.2004, sťažnosť č. 44774/98 (Leyla Sahin v. Turecko)

¹⁷ Pomerne radikálne, no nie až tak prekvapujúco, bola upustená vo veci možnosti adopcie detí homosexuálne orientovaným jednotlivcom napr. Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 22.1.2008, sťažnosť č. 43546/02 (E.B. proti Francúzsku)

¹⁸ GREER, S.C. *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006, s. 214. citované podľa MAHONEY, P. Judicial activism and Judicial Self- Restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin. *Human Rights Law Journal* II. 1990, 57-88

¹⁹ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 41 rozsudku

²⁰ Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko), odstavce 45 rozsudku

považovaný jedine za náboženský symbol, čím odmietla pokusy talianskej vlády stotožniť s krížom napríklad aj humanistické hodnoty. Organizácia sa nazdávala, že ak ESLP konštatoval v prípade Folgero v. Nórsko, že účasť na náboženských aktivitách môže mať vplyv na deti, to isté môže podľa organizácie znamenať aj zobrazenie kríža v školskej triede.

Pri konštatovaní porušenia článku 9 Dohovoru by však podľa mňa mala byť vždy na mieste istá opatrnosť. Desiatka európskych krajín, ktoré sú viazané Dohovorom, má totiž priamo vo svojich ústavných dokumentoch explicitne vyjadrenú väzbu na určité konkrétne náboženstvo. Medzi odborníkmi pritom vôbec nepanuje zhoda, či už toto samotné zakotvenie takejto väzby má byť per se chápané ako porušenie čl. 9 Dohovoru.²¹ Ak túto skutočnosť porovnáme so sporom pani Lautsi, kríže na talianskych školách sú skutočne omnoho menším právnym "problémom."

4. FORMÁLNA SPRAVODLIVOSŤ

Na konci môjho príspevku sa posnažím zhodnotiť tento právny spor aj z hľadiska princípov formálnej spravodlivosti. Jej základom je idea, že za rovnakých (resp. obdobných) relevantných podmienok, majú nastať rovnaké (resp. obdobné) právne následky. Ako poukazuje²² Ota Weinberger, myšlienka aplikovať formálne princípy je veľmi prítiažlivá, keďže v prípadoch, že sú formálne logicky odôvodnené, majú všeobecnú platnosť a teda majú záväznosť za všetkých okolností.

Fundamentom formálnej spravodlivosti je formálna rovnosť, pričom pre účely môjho príspevku je na mieste sústrediť sa konkrétne na zásadu rovnosti pred zákonom. Už letný pohľad na skutkové okolnosti sporu naznačí, že zobrazenie len kríža na štátnej škole ako jediného náboženského symbolu, môže vzbudzovať dojem porušenia princípu rovnosti pred zákonom, keďže religiózne symboly ostatných náboženských vyznaní v triedach zobrazované nie sú a to napriek skutočnosti, že tieto štátne školy určite navštevujú aj deti iného vierovyznania alebo deti neveriace. Podľa môjho názoru je však potrebné vziať do úvahy poznámku²³ Ota Weinbergera, že pri posudzovaní formálnej rovnosti nesmieme zabúdať, že rozhodujúce je napokon aj tak určenie relevantných kritérií rovnakosti či odlišnosti prípadov. Ak by sme slepo chápali formálnu rovnosť, znamenalo by to, že by v talianskych štátnych školách popri krížoch mali visieť aj iné

²¹ JANIS, M.W., KAY, R.S., BRADLEY, A.W. *European human rights law: text and materials*. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 334.

²² WEINBERGER, O. *Norma a instituce:(úvod do teorie práva)*. Brno : Masarykova univerzita, 1995. s. 199.

²³ WEINBERGER, O. *Norma a instituce:(úvod do teorie práva)*. Brno : Masarykova univerzita, 1995. s. 200.

symboly, resp. by tam nemal byť znázornený žiadny symbol. Takáto úvaha by bola správna za predpokladu, že by bol význam všetkých náboženstiev pre Taliansko totožný. To by súčasne znamenalo, že nie je možné jedno zvýhodňovať pred druhým. Ak však nájdeme relevantné kritérium, ktoré ich vzájomne od seba líši, a to by podľa mňa kritérium významu konkrétneho náboženstva pre danú spoločnosť malo byť, potom by zobrazenie kresťanského (katolíckeho) kríža na talianskych školách nemalo spôsobovať prekvapenie, keďže Taliansko je ešte stále chápaná ako jedna z posledných katolíckych krajín Európy. Tak ako je teda prirodzené zobrazenie Dávidovej hviezdy v štátnej vlajke Izraela, je prirodzené aj zobrazenie slovenského dvojkríža v štátnom znaku Slovenskej republiky. Každá spoločnosť organizovaná v štát (a o Európe to platí dvojnásobne) sa totiž líši aj tým, ktorému vierovyznaniu prikladá jej obyvateľstvo najväčšiu dôležitosť a to sa prirodzene prejavuje aj v konkrétnej úcte danej spoločnosti ku konkrétnym symbolom. Hľadať v tejto odlišnosti právne problémy osobne považujem za chybné.

Rozhodnutie ESLP vo veci Lautsi v. Taliansko teda musím hodnotiť ako nesprávne. Skonštatovanie porušenia oboch rozoberaných článkov bolo, ako som sa už vyššie pokúsil vysvetliť, podľa mojej mienky nepresvedčivé a argumentačne slabé. Zostáva preto len veriť, že Veľká komora rozhodne inak.

Literature:

- ČAPEK, J. *Evropská úmluva o ochraně lidských práv*. Praha : Linde, 2010. 887 s.
- GREER, S.C. *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006. 367 s.
- JANIS, M.W., KAY, R.S., BRADLEY, A.W. *European human rights law: text and materials*. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008. 957 s.
- KLÍMA, K. *Ústavní právo*. 2. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2004. 815 s.
- MAHONEY, P. Judicial activism and Judicial Self- Restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin. *Human Rights Law Journal* II. 1990, 57-88

- WEINBERGER, O. *Norma a instituce:(úvod do teorie práva)*. Brno : Masarykova univerzita, 1995. 217 s.
- 209/1992 Sb. Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí ve znění protokolů č. 3, 5 a 8.
- *Constitution of the Italian Republic* [online]. [cit. 2010-11-02]. Dostupné z:<http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf>.
- Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 3.11. 2009, sťažnosť č. 30814/06 (Lautsi v. Taliansko)
- Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 22.1.2008, sťažnosť č. 43546/02 (E.B. proti Francúzsku)
- Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 29.6.2004, sťažnosť č. 44774/98 (Leyla Sahin v. Turecko)
- Rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva zo dňa 29.6.2007, sťažnosť č. 15472/02 (Folgero a ostatní v. Nórsko)

Contact – email
dusancurila@gmail.com

DOTVÁŘENÍ PRÁVA NEBO ZÁKONA?

LUDVÍK DAVID

Nejvyšší soud v Brně, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek respektuje pojem dotváření práva jako doktrinální, označující judikování českých soudů. Rozlišuje z možných pojetí obsahu pojmu dotváření práva v užším a širším smyslu. V užším smyslu jde vlastně o dotváření zákona - soudci vyplňují mezery v zákonech za pomoci analogie a mohou též zúžit záběr interpretace zákona teleologickou redukcí. V užším smyslu se dotváří zákon také judikováním, praeter, contra legem a případně i rozšiřováním pravomoci soudů, obojí s podporou vůdčích hodnot práva a jimi vyjádřených právních principů.

Key words in original language

Dotváření práva; dotváření zákona; soudcovské právo; soudcovská právotvorba; interpretace práva; judikování praeter, contra legem; teleologická redukce.

Abstract

This article deals with judicial creation of law in the Czech Republic, known in common law countries as judge-made law. Two approaches - judicial creation in narrower and wider sense are distinguished here. Narrower approach covers filling the gaps in statutes and so called teleological reduction of its content. The wider one is being considered to be creative interpretation of law (not statutes only) and exceptional ruling praeter and contra legem.

Keywords

Judicial creation of law; judge-made law; filling the gaps in law; interpretation of law; statutes; ruling praeter, contra legem; teleological reduction.

Pojem dotváření práva nabyl doktrinální rozměr, jak o tom svědčí jeho časté užívání v dílech naší právní teorie i v jiných pojednáních o judikování soudů. Jinou věcí je, jak je chápán; tak například brněnská Teorie práva spojuje soudcovské dotváření práva – a používá též pojmu soudcovské právo jako synonyma – s precedentním judikováním a

postupným ustalováním konstantní judikatury jako podpory předvídatelnosti soudního rozhodování.¹

Za právně-technické prostředky dotváření práva můžeme beze vší pochybnosti považovat z materiálního pohledu interpretaci práva a z formálního pohledu text odůvodnění soudního rozhodnutí. Interpretace práva jako osvětlení smyslu a případně i účelu právního textu může vést k judikatorním závěrům, jež právo dotvářejí a může být i sama svým obsahem dotvářením práva. V textu odůvodnění judikátu nalézáme zdroje dotváření práva v podobě kreativních pasáží; přehledné odůvodnění rozhodnutí umožní nalézt ratio soudcovské argumentace. Nepřímo působí na dotváření práva i znění zákona – to může provokovat kreativní závěry soudu svou neúplností (srov. mezery v právu) nebo použitím obecnějších, abstraktnějších, pružných pojmů, koncentrujících kolem sebe široký argumentační (i konkretizující) prostor.

Dotváření práva v užším slova smyslu je v české právní teorii popsáno v relevantní kapitole Melzerovy Metodologie nalézání práva.² I když se autor nevyhýbá možnosti dotvářet právo *contra verba legis*, přece jen preferuje varianty, podle nichž se dotváření práva odehrává v zákonném rámci. Existence mezer v zákoně vede k jejich zaplňování s použitím analogie. Kvantitativním opakem tohoto dotváření je Melzerem oprávněně připomenutá a nezřídka opomíjená teleologická redukce, za jejíž pomoci se pole vytvořené textem zákona (pojmu) a jeho výkladem zužuje na argumentační jádro, které vyhovuje účelu zákona v relaci ke konkrétnímu společenskému vztahu, jenž je rozhodnutím soudu řešen.

Za dotváření práva se však častěji považuje – kromě zaplňování mezer zákona a teleologické redukce – také judikování *praeter* a *contra legem*, jakož i obohacování a zpřesňování obsahu právních norem jejich výkladem. Dodal bych ještě, že při eventuálním překračování dosavadních hranic soudní pravomoci lze dokonce mluvit o judikování *supra legem*; právě zde se tak děje – ještě intenzivněji než při jiných způsobech dotváření práva – za pomoci vůdčích hodnot práva, vyjádřených v právních principech. Tyto kreativní přístupy, které můžeme označit za dotváření

¹ Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 258, 290.

² Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 209-252.

práva v širším smyslu, akcentují ve svých pracích například Holländer³ nebo nověji Gerloch a Tryzna.⁴

Z porovnání obou předestřených variant dotváření práva se jeví, že vůči první z nich je výstižnější hovořit o dotváření zákona. Právě tato kreativita je pro české soudce s jejich střízlivým až opatrnickým přístupem mnohem příznačnější, než průlomové judikování charakteristické pro zde nastíněnou širší variantu dotváření práva. Čeští soudci a soudkyně tedy daleko spíše dotvářejí zákon než právo; v důležitém, ale oproti paragrafům méně konkrétním a nezřídka ošidném (navzájem si vnitřně konkurujícím) světě hodnot, principů i obecných právních zásad se již tak bezpečně necítí.

Tato úvaha by nebyla úplná bez vytyčení hranice, která se mnohým může zdát sporná – totiž hranice mezi dotvářením práva a soudcovským právem. Pojem soudcovské právo se zdá být použitelný pro širší argumentační rozsah, než jaký připadá v úvahu vůči termínu dotváření práva (aniž by se ho zříkal), a to pro jeho nabízející se institucionální a ve vztahu k soudcovské normotvorbě též instrumentální prvek. Zejména vyšší soudy věnují svou judikatorní pozornost nejen argumentaci použité v jednotlivých případech, ale také prosazování svých právních názorů cestami tvorby právních vět, jejich publikace při přesahu oproti „jednodušším“ pasážím a interpretacím zákonů atd. Tyto aktivity, jež se dají považovat (jazykem kontinentální procesualistiky) za tvorbu konstantní judikatury a sjednocování judikatury, si zaslouží podrobnější analýzu a vlastní metodologii. Ostatně k tomuto pojetí soudcovské právo tvorby můžeme vystopovat přínosné názory již v české procesualistice 90. let. František Zoulík vystihl ve své zásadní publikaci *Soudy a soudnictví* v poznámce pod čarou (sic!), že termín dotváření práva nevyhovuje nejlépe, a to - vzhledem k tvůrčí povaze soudcovského rozhodování - ani jako mezistupeň mezi aplikací práva a jeho tvorbou. Vyjádřil ochotu přiznat mu širší platnost a výrazy jako německé *Rechtsprechung* nebo anglické *law in action* zde považoval za přílehlavější.⁵

Literatura:

- Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 258, 290.

³ Holländer, P. Kolaps „soudcovského státu“: běží odpočítávání? In sborník *Dělna soudní moci v České republice*, editoři V. Hloušek, V. Šimíček, Brno: MU, Politologický ústav, 2004, s. 25, 28.

⁴ Gerloch, A., Tomášek, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století II. Teoretické a ústavní impulsy rozvoje práva*. Praha: Karolinum, 2010, s. 55 – 64 (zde spoluautoři A. Gerloch, J. Tryzna).

⁵ Zoulík, F. *Soudy a soudnictví*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 251, 252, 226.

- Melzer, F. Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 209-252.
- Holländer, P. Kolaps "soudcovského státu": běží odpočítávání? In sborník Dělnba soudní moci v České republice, editoři V. Hloušek, V. Šimíček. Brno: MU, Politologický ústav, 2004, s.25, 28.
- Gerloch, A., Tomášek, M. et al. Nové jevy v právu na počátku 21. století II. Teoretické a ústavní impulsy rozvoje práva. Praha: Karolinum, 2010, s. 55 – 64 (zde spoluautoři A. Gerloch, J. Tryzna).
- Zoulík, F. Soudy a soudnictví. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 251, 252, 226.

Contact – email

ludvik.david@nsoud.cz

HISTORICKÝ VÝKLAD A JEHO LIMITY

MÁRIA DORKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,
Slovenská republika

Abstrakt

Článok má bližšie priblížiť historickú výkladovú metódu ako jednu z nadštandardných interpretačných metód. V príspevku je upriamená pozornosť na definovanie a hlbšie preniknutie do problematiky occasio legis, teda okolnosti vydania právneho predpisu a ratio legis, teda účelu, cieľa právnej normy. Pozornosť je rovnako venovaná aj problematike historického výkladového cieľa v objektívnom zmysle, ako aj v zmysle subjektívnom. Ďalšia časť článku je zameraná na rozdelenie subjektívneho historického výkladu na jednotlivé druhy a ich komparáciu.

Kľúčové slová

Interpretácia práva; historický výklad; aplikácia práva; occasio legis; ratio legis; limity historického výkladu.

Abstract

The aim of this article is to bring the historical methods of interpretation as one of the high standard interpretation methods. In this article the attention is focused on defining and the deeper insight into the problems occasio legis, so the circumstances of the legal formula issue a ratio legis, namely the purpose of objective legal standards. The attention is also devoted to the historical interpretation aim in the objective sense as well as in subjective terms. The next section of the article focuses on the historical distribution of subjective interpretation of individual categories and their comparison.

Key words

Interpretation of law; historical interpretation; application of law; occasio legis; ratio legis; the limits of historical interpretation.

Historický výklad a jeho pojem

Historický výklad patrí k **nadštandardným interpretačným metódam**. Otcom tejto výkladovej metódy je Savigny, ktorý je zároveň predstaviteľom **historickej právnej školy**. „V pozadí úvah o historickom výklade stojí úvaha, že právnym myšlienkam je vlastný nielen systematický, ale aj historický kontext.“¹ Zohrávať úlohu môže najmä pri precizovaní zmyslu zákonov a iných právnych predpisov. V odbornej právnickej literatúre nie je zhoda v tom, čo je historický výklad. **Býva definovaný ako výkladová metóda, pri ktorej sa z okolností vydania právneho predpisu (occasio**

¹ BRÖSTL, A.: Úvod do právnej vedy. Košice 1994, s.40.

legis) usudzuje na jeho zmysel (ratio legis).² Táto výkladová metóda je niekedy chybné stotožňovaná s popisom vývoja určitého ustanovenia, prípadne popisu určitého inštitútu na ceste od minulosti až po súčasnosť. Ak chceme historický výklad úspešne uplatniť, je potrebné rešpektovať medze, ktoré nie je možné prekročiť, ako aj zohľadniť jeho špecifiká.

Occasio legis, teda okolnosti vydania právneho predpisu, je základným pojmom pri definovaní historického výkladu. Okolnosti vydania právneho predpisu zahŕňajú predovšetkým vlastný impulz, ktorý podnietil zákonodarcu k činnosti. Impulzom môže byť významná udalosť, ktorá je ťažko prehliadnuteľná, avšak častejšia sa vyskytuje situácia, kedy konkrétny podnet, po ktorom nasleduje prijatie novej právnej úpravy chýba, a zákonodarca tak zohľadňuje verejnou vnímanú potrebu, teda spoločenskú požiadavku. Nesmieme zabudnúť ani na súvislosť s dobovými predpismi a na vplyv predchádzajúcej judikatúry. „**To ale mnohokrát vedie k vytváraniu nepodložených konštrukcií a k nutnému poklesu spoľahlivosti až na hranicu únosnosti.**“³

Ratio legis, teda zmysel, účel právnej úpravy je cieľom historického výkladu.⁴ Samozrejme že hľadanie účelu nie je spojené len s historickým výkladom. Hľadanie účelu je cieľom aj iných nadštandardných interpretačných metód, ku ktorým, ako už bolo spomenuté vyššie, historický výklad bezpochyby patrí. Nadštandardné metódy sú síce vybudované na podobných princípoch, ale výsledok, ku ktorému dospejú, je v dôsledku rôznych zdrojov z ktorých vychádza, takmer zakaždým iný. Na porovnanie-pri komparatívnom výklade sa porovnávajú obdobné úpravy v cudzine, pri teleologickom výklade usudzujeme na ratione legis vzhľadom k sociálnemu a politickému kontextu v dobe aplikácie právneho predpisu.⁵

Na povrch sa v tomto prípade vynára otázka, či vôbec jednotné ratio legis existuje. Isté je, že má niekoľko vrstiev, ktoré pomáhajú odhaľovať jednotlivé výkladové metódy. Ratio legis má pre historický výklad, ako aj pre ostatné nadštandardné výkladové metódy kľúčový význam. O tom, čo je vlastne ratio legis a aká je miera jeho relevancie, sa vedú diskusie. Tento pojem môžeme definovať na základe dvoch koncepcií. L. Heyrovský považuje ratio legis za účel, ktorý má byť zákonom dosiahnutý. Druhá koncepcia, ktorú prezentuje najmä J. Sedláček ho vníma ako zmysel zákona pre ľudský život. Tieto dve koncepcie však nestoja proti sebe, naopak, sú

² WEINBERGER, O.: Logika. Učebnice pro právníky. Praha 1959, s.208 In.: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Eurolex Bohemia, 2003, s.121

³ MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. In.: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Eurolex Bohemia, Praha, 2003, s.123

⁴ Slovník veřejného práva československého, In.: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Eurolex Bohemia. Praha 2003, s.128

⁵ GERLOCH, A.: O metodách interpretace a jejich rozdělení na standardní a ndstandardní. Teorie práva, Dobrá voda, Pelhřimov, 2001, s.123

bežne používané popri sebe a niektorí teoretici ich spájajú do jednej.⁶ Napriek tomuto konštatovaniu sa domnievame, že určitý rozdiel medzi týmito koncepciami existuje. **Zmysel je totiž širším pojmom ako účel.** V prvom rade vždy hľadáme zmysel niečoho, v tomto prípade konkrétne zmysel právneho predpisu, alebo zmysel konkrétneho ustanovenia obsiahnutého v právnej norme. Účel, ako z už spomenutého vyplýva, je pojmom užším a označuje len to, čo sa chce dosiahnuť, teda samotný cieľ. „Ak aplikujeme tento záver na normotvorbu, účel právnej úpravy vyjadruje cieľ, ktorý má byť dosiahnutý. Ten je potom spravidla zameraný na realizáciu konkrétnej hodnoty.“⁷ Musíme však konštatovať, že v prípade hľadania zmyslu vždy prekračujeme význam, teda samotný obsah toho, čo je napísané.

Jednostranný normativistický prístup cítiť z vyjadrenia J. Sedláčka, napriek tomu si myslíme, že k danej problematike je vhodné ho použiť : podľa neho nejde pri hľadaní **ratio legis** o čisté a nepredpojaté poznanie obsahu právnej normy, ale len o jej hodnotenie, a to buď z hľadiska nejakého účelu, ktorý chcel zákonodarca právnou normou dosiahnuť, pričom účel v nej vyjadrený nie je, alebo z hľadiska inej normy, najčastejšie morálnej, alebo náboženskej. Do procesu aplikácie práva tak preniká subjektívny prvok, podkopáva sa právna istota, o ktorú pri nachádzaní práva ide.⁸ Pokiaľ nie je v právnom predpise výslovne vyjadrený, nastupuje jeho pracovné a zároveň málo spoľahlivé hľadanie najmä z dôvodových správ.⁹ Nemôžeme sa spoľahnúť na to, že úmysel zákonodarcu sa kryje s výslovným znením ustanovení právneho predpisu. Každý právny predpis sa momentom vydania oddelí od normotvorcu, prestáva byť rezistentný proti premenám nazerania spoločnosti ako aj proti sociálnym zmenám.¹⁰

Ratio legis je predovšetkým určené účelom, ktorý sledoval zákonodarca. Limitom zmyslu právneho predpisu je cieľ právneho systému, respektíve hodnoty, na ktorých tento systém stojí. Historický výklad nám pomáha podstatnou mierou objasniť ratio legis a podchytiť účel, ktorý zákonodarca sledoval pri vydaní právneho predpisu. P. Maršálek uvádza, že pre vyvodenie ratio legis platia isté pravidlá. „**Najdôležitejším z nich je zachovať si značnú triezvosť pri posudzovaní faktov, nepsihologizovať a zdržať sa vytvárania nepodložených súvislostí, ktoré by mohli celý výsledok pracovného postupu úplne znehodnotiť.**“¹¹

⁶ Bližšie pozri: MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. Praha, Eurolex Bohemia. Praha, 2003, s. 123

⁷ BOGUSZAK, J., GERLOCH, A., ČAPEK, K.: Základy právní vědy a veřejného práva. Praha 1998, s.106

⁸ SEDLÁČEK, J.: Slovník veřejného práva československého, s. 428. In.: MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. In.: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Eurolex Bohemia. Praha 2003, s.128Praha, 2003, s.127

⁹ BOGUSZAK, J.: K teorii tvorby práva(hodnoty, normy, principy) In.: Jubilejní sborník Karlovy Univerzity, Praha 1998, s.24

¹⁰ KNAPP, V.: Teorie práva. Praha 1995, s.34

¹¹ MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. Praha, 2003, s.137

Historický výkladový cieľ (subjektívny a objektívny)

Pri historickom výklade **ide vždy o stanovenie významu, ktorý s vykladaným textom spája jeho autor**. Vždy sa zisťuje skutočná vôľa zákonodarcu, pričom nie je dôležité, do akej miery sa mu vôľa podarila vyjadriť v texte zákona. Savigny hovorí: „interpret má rekonštruovať myšlienku obsiahnutú v zákone tak, že sa myšlienkovo postaví na miesto zákonodarcu, jeho činnosť bude v sebe umelo opakovať, to znamená, že nechá zákon vo svojom myslení opätovne vzniknúť”.¹² Počas absolutizmu, teda v absolutistickom štáte platilo, že najvyšším zákonom je vôľa kráľa, z tohto sa zákonite odvíja význam historického výkladového cieľa.

Historický výkladový cieľ má významné postavenie aj v demokratickom štáte. Výkladový cieľ môžeme rozlišovať aj z hľadiska posunu na časovej osi. Pod výkladovým cieľom vo všeobecnosti rozumieme cieľ, ku ktorému výklad smeruje, teda to, čo má byť podľa výkladu zistené. Problematika výkladového cieľa vystupuje pri každom výklade, teda nie len pri výklade právnych predpisov.

Práve pri **objektívnom výkladovom ciele** je toto rozlišovanie viditeľné. Vždy je totiž rozdiel pokiaľ ide o objektívny význam, ktorý zákonnému textu priradí adresát v dobe vydania a významom, ktorý má zákonný text pre adresáta v dobe aplikácie. Rozoznávame aj situáciu, ktorá zohľadňuje vývoj právneho poriadku od doby vydania vykladaného právneho predpisu, až po jeho aplikáciu.¹³ Rozdiel medzi prvou a druhou situáciou má význam najmä v prípade výrazných zmien v právnom poriadku. Máme na mysli najmä situáciu, ktorá vznikla u nás po roku 1989 a znamenala obdobie veľkých hodnotových zmien.

Podľa F. Melzera rozoznávame dve hraničné situácie, jednak ide o výklad, vzťahujúci sa k dátumu vydania vykladaného právneho predpisu (**historický výkladový cieľ**), jednak o výklad vzťahujúci sa k dátumu interpretácie (**recentný výkladový cieľ**).¹⁴ Je však potrebné povedať, že rozhodujúci môže byť aj iný moment, napríklad pri uzavretí zmluvy podľa občianskeho zákonníka je rozhodujúcim momentom moment uzavretia zmluvy a nie moment uskutočňovania výkladu. Napríklad E. A. Kramer stotožňuje historický a subjektívny výkladový cieľ, rovnako ako aj recentný a objektívny výkladový cieľ. **Historický výkladový cieľ je možné dosiahnuť pomocou argumentov, ktoré patria pod výkladovú metódu subjektívneho historického výkladu. Nástrojom k dosiahnutiu historického výkladového cieľa je subjektívny historický výklad.**¹⁵

¹² MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.82

¹³ Tamtiež, s.118

¹⁴ KRAMER, E. A.: Juristische Methodenlehre. 1. Vydání. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s.88. In.: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.80

¹⁵ Tamtiež, s.119

Pri objektívnom výkladovom celi skúmame objektívny význam textu zákona. Pri **historickom objektívnom výkladovom celi** berieme do úvahy aj historický kontext vzniku vykladaného právneho predpisu (*occasio legis*). Pri tomto výkladovom celi však neexistuje žiadny princíp platného práva, ktorý by mu dával legitímny podklad. Pretože samotná dobrá viera osôb z doby vzniku právneho predpisu je z hľadiska aplikácie práva v súčasnosti irelevantná. **Súčasnosť sa podľa F. Melzera nemôže dovolávať legitímneho očakávania minulých generácií, avšak zároveň poukazuje na to, že výnimočne sa tento výkladový cieľ môže realizovať v podmienkach právneho štátu, účelom je zabrániť zmene významu.**

Definovanie zákonodarcu pri historickom výklade

V slovenskom, ako aj v českom práve historický výklad legitimitu čerpá z dvoch princípov. Prvým je **princíp del'by moci**, tým druhým je **demokratický princíp**. Tieto princípy určujú, že tvorba práva je v rukách parlamentu a nie v rukách súdov. Zákon je odrazom zákonodarcu, ktorý bol volený v demokratických voľbách, z toho dôvodu je historický výkladový cieľ legitímny tak v slovenskom, ako aj v českom právnom poriadku. Pomocou uplatňovania historického výkladu zistíme, aký význam spája zákonodarcu s interpretovaným pojmom. **Argumentácia úmyslom zákonodarcu je označovaná aj ako argumentum a racione legis.**¹⁶ Niekedy sa toto označenie používa pre označenie objektívneho teleologického výkladu, čo je vhodnejšie, pretože **vždy hovoríme o rozume zákona a nie rozume zákonodarcu.**

S ohľadom na bližšie definovanie subjektívneho teleologického výkladu, teda výkladu historického je potrebné určiť, kto je „zákonodarcu.“ **Podľa článku 72 Ústavy Slovenskej republiky** je Národná rada Slovenskej republiky jediným ústavodarným a zákonodarným orgánom Slovenskej republiky. Ide o kolegiálny orgán, u ktorého je zistenie vôle zložitým procesom. Zhoda, ktorá vznikne hlasovaním je zhodou o texte, avšak nemusí byť zhodou čo sa týka účelu. Samozrejme toto konštatovanie neznamená, že sa historický subjektívny výklad nemôže uplatňovať v demokraticky fungujúcich štátoch, práve naopak. **Pre účely subjektívneho historického výkladu môžeme vôľu zákonodarcu definovať ako ľudskú vôľu, vôľu jednotlivca, alebo skupiny osôb, ktorá presadila relevantnú otázku v zákonodarnom procese.**¹⁷

Sme však toho názoru, že v konečnom dôsledku nemusí ísť ani tak o vôľu poslancov Národnej rady Slovenskej republiky, ako skôr o vôľu a predstavy „skutočných tvorcov zákonov“, máme na mysli pracovníkov ústredných orgánov štátnej správy, teda ministerstiev, koncipujúcich zároveň dôvodové správy. Práce koncipované na úradoch, v grémiách, na príslušných

¹⁶ KNAPP, V.: Vědecká propedeutika pro právníky. 1. Vydání. Praha: Eurolex, 2003, s.51

¹⁷ BYDLINSKY, F.: Grundzuge der juristischen Methodenlehre, 1. Vydání. Wien: FOWI-Arbeitspapiere Nr. 95, Brunner Vorträge Nr. 1, 2003, s.21, 22 In.: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s. 119

ministerstvách zohrávajú významnú úlohu práve pre subjektívny historický výklad. Ak teda chceme určiť, kto je vlastne zákonodarcom, musíme uvažovať o všetkých reálnych osobách podieľajúcich sa na danom zákonodarnom akte.¹⁸

Odpoveď na otázku, ako je možné, že osoby, ktoré nie sú členom zákonodarného orgánu sú považované za zákonodarcov vysvetľuje tzv. **Paktentheorie**. F. Bydlinsky, rovnako F. Melzer ju definujú ako teóriu, ktorá vychádza z toho, že pokiaľ oficiálne zákonodarné miesta preberajú určitý text, preberajú nie len čistý text, ale tiež úvahy a účely, na ktorých tento text spočíva, pokiaľ nemožno zistiť opak. Legitimačným dôvodom teórie je všeobecná skúsenosť s koncipovaním legislatívnych textov.

Z tejto teórie vyplýva, že v rámci subjektívneho historického výkladu je relevantný účel, ktorý s vykladaným ustanovením právneho predpisu spájali jeho reálni tvorcovia, pokiaľ nie je preukázané, že nadriadený orgán v legislatívnom procese s ním spájal iný účel. Rozhodujúci je teda účel, respektíve význam v rámci legislatívneho procesu bez ohľadu na to, v akej fáze vznikol. Pokiaľ sa však v neskorších fázach legislatívneho procesu žiadny iný názor nevyskytol, je relevantný pôvodný názor.¹⁹

Subjektívny historický výklad a jeho druhy

Právna hermeneutika rozlišuje pri subjektívnom historickom výklade tieto druhy:

- 1) Jednoduchý subjektívny historický výklad
- 2) Subjektívny teleologický výklad
- 3) Nepravý subjektívny historický výklad

Pri jednoduchom subjektívnom historickom výklade hľadáme skutočnú vôľu historického zákonodarcu, nie len nejakú predpokladanú, teda prezumovanú vôľu. Z vyjadrenia zákonodarcu vieme usúdiť, či určitú skutočnosť podradí pod ním použitý pojem, alebo nie. Pri hľadaní jeho vôle vychádzame z rôznych prameňov, z legislatívnej činnosti, ktorá predchádzala vydaniu právneho predpisu, z rozhovorov príslušných osôb... Otázka však znie, či sú tieto skutočnosti relevantnými prameňmi pre subjektívny historický výklad.

Ako bolo spomenuté vyššie „legitimačným dôvodom subjektívneho historického výkladového cieľa a jemu zodpovedajúcej metódy výkladu je princíp deľby moci a demokratický princíp, zákonodarnou vôľou, je vôľa

¹⁸ Bližšie pozri: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s. 120, alebo BYDLINSKY, F.: Grundzuge der juristischen Methodenlehre, 1. Vydání. Wien: FOWI-Arbeitspapiere Nr. 95, Brunner Vorträge Nr. 1, 2003, s.21,

¹⁹ Bližšie pozri: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.120

demokratického zákonodarcu.²⁰ Môžeme konštatovať, že spôsobilými prameňmi subjektívneho historického výkladu sú všetky reprodukovateľné písomné listiny o vzniku zákona, dokumenty objasňujúce históriu vzniku zákona, alebo materiály z doby pred vydaním zákona, po prípade po ňom. Za najvýznamnejšie pramene tejto výkladovej metódy považujeme **dôvodové správy a autorské komentáre.**²¹

Pri historickom výklade ide o to, aby sa pomocou všetkých relevantných materiálov, teda **dôvodových správ, protokolov, prejavov najvyšších štátnych činiteľov zistilo**, čo zákonodarca zamýšľal, prípadne mohol zamýšľať. Samozrejme úlohu zohráva aj mapovanie všetkých relevantných faktorov, ktoré boli spôsobilé ovplyvniť podobu právneho predpisu. Táto výkladová metóda odkrýva aj to, čo vyplýva z odbornej literatúry, z príprav právneho predpisu, z legislatívy iných štátov, prípadne z iných okolností, ktoré sa mohli premietnuť v procese normotvorby.²²

Podľa článku 7 ods.1 Legislatívnych pravidiel tvorby zákonov uverejnených v Zbierke zákonov pod číslom 19/1997 Z.z. návrh zákona obsahuje aj dôvodovú správu, ktorá sa člení na všeobecnú a osobitnú časť. Obsah dôvodovej správy ustanovuje § 68 ods. 3 zákona o rokovacom poriadku NRSR č. 350/ 1996 Z.z. a Legislatívne pravidlá tvorby zákonov č. 19/1997 Z.z. (čl. 4, 6 a 8). Všeobecná časť dôvodovej správy odôvodňuje hlavné princípy navrhovanej úpravy, čo v konečnom dôsledku môže prispieť k zisteniu skutočných zámerov zákonodarcu. Dôvodovú správu vypracováva ministerstvo, ako gestorský orgán v prípade vládneho návrhu zákona, zároveň je v legislatívnom procese predkladateľom. Návrh si môže vláda osvojiť, v tomto prípade sa stáva vládny návrh zákona bez toho, aby zasahovala do dôvodovej správy. Ani prejednávanie v parlamente nemá vplyv na dôvodovú správu.

Pri rešpektovaní vyššie uvedenej teórie paktu „**je potrebné vždy skúmať či v priebehu parlamentného prejednávania neboli s prejednaným textom spájané iné dôvody, než aké s nimi spájalo ministerstvo, ktoré vypracovalo pôvodný návrh.**“²³

Subjektívny teleologický výklad označovaný niekedy aj ako **historicko-teleologický výklad sa používa v prípade, ak nie je možné priamo z vyjadrenia zákonodarcu odvodiť odpoveď na relevantnú otázku priamo, avšak vieme priamo odvodiť cieľ, ktorý zákonodarca zamýšľal**

²⁰ MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.122

²¹ Tamtiež, s.124

²² MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. In.: GERLOCH, A., MARŠÁLEK, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Eurolex Bohemia, 2003, s. 130

²³ MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.123

dosiahnuť, cieľom môže byť buď zmena v právnom postavení niektorých subjektov, alebo napríklad spôsobenie faktických zmien.²⁴

Východiskom je predstavovaný, zamýšľaný, chcený stav zákonodarcom. Podľa F. Melzera pokiaľ jazykový výklad pripúšťa niekoľko možností a jedna z týchto možností je spôsobilá dosiahnuť cieľ chcený zákonodarcom, pričom iné možnosti spôsobilé nie sú, je potrebné uprednostniť v rámci subjektívneho historického výkladového cieľa práve túto možnosť. Do úvahy prichádza aj situácia, kedy k dosiahnutiu cieľa je spôsobilých viac výkladových možností, avšak jedna viac ako ostatné.

V danom prípade je potrebné uprednostniť práve túto možnosť, pretože predpokladáme, že zákonodarcu postupoval najefektívnejším spôsobom, aby dosiahol zamýšľaný cieľ. Pri skúmaní výkladových možností zohľadňujeme všeobecnú skúsenosť (**jednoduché prípady**), ale tiež vedecké poznatky z príslušnej oblasti (**zložité prípady**).²⁵ Podľa nášho názoru je vždy potrebné **analyzovať jednotlivé výkladové varianty a porovnať ich s účelom, ktorý s daným ustanovením spájal zákonodarcu.**

Nepravý subjektívny historický výklad rovnako ako výklad subjektívny teleologický **smeruje k zisteniu vôle historického zákonodarcu, pričom jeho vôľa nie je priamo zistiteľná.** Vôľa sa v tomto prípade zisťuje z objektívnych skutočností (samotný text schváleného zákona, objektívne okolnosti vzniku zákona- occasio legis), pretože nemáme dostatok indícií týkajúcich sa skutočnej zákonodarcovej vôle. **„Tým sa v rámci subjektívneho historického výkladu uplatňujú argumenty, ktoré sú vlastné objektívnemu historickému výkladovému cieľu.“**²⁶

Medzi **objektívne kritéria** môžeme zaradiť aj porovnávanie s predchádzajúcou právnou úpravou. V tomto prípade však môžeme mať pochybnosti, pokiaľ zákonodarcu doslovne prebral predchádzajúcu právnú úpravu, či zároveň prebral aj výklad, ktorý s daným textom spájal predchádzajúci zákonodarcu.

Porovnávanie dvoch po sebe bezprostredne nasledujúcich právnych úprav môže lepšie ozrejmiť, čo malo byť zmenené, rovnako ako porovnávanie s predchádzajúcimi návrhmi zákona, právnickou literatúrou, alebo názormi autorov, ktorí mali vplyv na vypracovanie zákona. Vo všetkých týchto prípadoch ide o objektívne skutočnosti, alebo objektívne kritériá, ktoré nám pomôžu ozrejmiť skutočný zámer zákonodarcu.

²⁴ KRAMER, E. A.: Juristische Methodenlehre. 1. Vydání. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s.111, In.: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.124

²⁵ Bližšie pozri: MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s.124

²⁶ MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C.H.BECK, Praha, 2010, s. 125

Miesto, význam a spoľahlivosť historického výkladu medzi výkladovými metódami

Callistratus: „*Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset*“– (Ak sa hľadá, akým spôsobom vykladať zákon, najprv sa musí skúmať, ako bolo právo skôr používané v obdobných prípadoch). Aj napriek tejto preslávenej vete, nebol dlhú dobu priestor pre uplatnenie historického výkladu. Zmena nastala nástupom historicko-právnej školy zdôrazňujúcej, že právny poriadok je produktom historického vývoja.

Teória a prax zdôrazňuje, že k použitiu historického výkladu by malo dochádzať len výnimočne, najmä pri existencii medzier v práve, pri rozporoch, riešeníach zložitých prípadov a len vtedy, ak štandardné interpretačné metódy zlyhávajú. A. Gerloch, rovnako aj O. Weinberger vyvodzujú, že závery dosiahnuté historickým výkladom nemajú odporovať výsledku, ku ktorému dospejeme použitím štandardných interpretačných metód.²⁷ **V minulosti bol historický výklad považovaný za súčasť výkladu logického, za jeden z jeho aspektov.**

Pokiaľ ide o samotné **limity historického výkladu**, len veľmi ťažko sa môže uplatniť v prípade, ak hlavným, dominujúcim prameňom práva je zákon, ktorý je orientovaný perspektívne a podlieha ustavičným zmenám.²⁸ Iná by bola situácia v prípade, ak by prameňom práva boli právne obyčaje a precedensy, pretože ide o pramene, ktoré majú retrospektívnu povahu.²⁹ Použitelnosť historického výkladu ešte znižujú aj momenty náhlych zmien či už zo sociálnej oblasti, alebo z iných spoločenských oblastí. Po týchto zmenách je často krát nemožné, prípadne úplne stráca zmysel pátrať po historickom kontexte, toho ktorého právneho predpisu.

Okrem tohto konštatovania aj V. Knapp poznamenáva, že **pri aplikácii práva nejde o to, čo bolo, ale o to, čo je teraz.**³⁰ Podľa A. Elstera vždy zohľadňujeme to, čo zákonodarca v právnom texte skutočne vyjadril a nie to, čo vyjadriť chcel, pretože vykladať môžeme len to, teda len tie myšlienky, ktoré sú slovne v právnom predpise vyjadrené a navzájom tvoria jednotu. Použitie historického výkladu by bolo prekročením a siahalo by nad rámec zákonného textu.³¹

Podstatným limitom pri používaní historického výkladu je podľa nášho názoru bezpochyby aj **spoľahlivosť zdrojov**, z ktorých čerpá. Ako už bolo

²⁷ KNAPP, V.: Vědecká propedeutika pro právníky. 1. Vydání. Praha: Eurolex, 2003, s.60

²⁸ RYCHLÝ, T.: Právní normy a společenská praxe. Prameny a nové proudy právní vědy, č.25. Praha 1998, s.67

²⁹ KUHN, Z.: Aplikace práva ve složitých případech . Praha 2002, s.121

³⁰ KNAPP, V.: Teorie práva. Praha 1996, s.171

³¹ ELSTER, A.: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft I. Berlin- Leipzig 1926, s.432 In.: MARŠÁLEK, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. Eurolex Bohemia, 2003, s. 133

uvedené vyššie, zdrojom sú najmä dôvodové správy, pričom tie obsahujú aj to, čo neobsahuje už schválený zákon, teda to, čo sa nestalo právom.

Heuristika, teda zhromaždenie materiálov, z ktorých bude interpret vychádzať je prvým krokom k uplatneniu a aplikácii historickej výkladovej metódy. Zhromaždené pramene je potrebné podrobiť vnútornej a vonkajšej kritike. Úlohou vnútornej kritiky je zistiť, do akej miery odráža prameň práva historickú realitu, zisťuje sa jeho pravosť.³²

Všeobecne sa uznáva, že táto výkladová metóda nie je veľmi spoľahlivá. Avšak domnievame sa, že závisí od zdrojov, s ktorými pracuje ten, ktorý výklad podáva. To znamená, že ak subjekt podávajúcí výklad disponuje kvalitnými podkladmi a k interpretácii pristupuje dostatočne kriticky, výsledok môže byť viac ako uspokojivý. **Pokiaľ ide o uplatnenie historického výkladu v našich podmienkach, teda v kontinentálnom type právnej kultúry, teória a prax sa zhodli na tom, že sa používa výnimočne a jeho výsledky nemôžeme preceňovať.**

Priestor pre uplatnenie historickej výkladovej metódy je úzky, napriek tomu, určitý význam má. Typickým príkladom sú **normy trestného práva**, konkrétne niektoré skutkové podstaty trestných činov, kedy je možné ich správne aplikovať len v prípade zohľadnenia toho, ako sa do trestného zákona pri nesystémových novelizáciách dostali. Historický výklad sa využíva aj pri **hľadaní zmyslu právneho predpisu**, ktorý nie je schopný naplniť svoj účel, alebo pri **objasňovaní tradičných formulácií**, ktoré boli preberané zákonodarcami zo starších úprav bez akéhokoľvek uváženia.³³

Záver

Historický výklad patrí k nadštandardným interpretačným metódam. Zohráva úlohu pri precizovaní zmyslu zákonov a iných právnych predpisov. Napriek tomuto tvrdeniu ho právna teória, ale taktiež právna prax radí medzi **najmenej spoľahlivé výklady s menšou výpovednou hodnotou**. Uvedená argumentačná hodnota je jedným z dôvodov zriedkavého používania, najmä v prípadoch potreby potvrdenia výsledku dosiahnutého použitím iných metód. Môžeme povedať, že **historický výklad má obmedzený metodologický význam, pretože účel a cieľ normatívneho aktu treba rešpektovať len vtedy, keď zmysel normy, ktorý bol jednoznačne a nepochybne zistený vyplýva aj zo samotného textu právnej normy. Historický výklad je zameraný na poznanie okolností vydania právneho predpisu. Z týchto okolností potom usudzujeme na ratio legis.**

Podkladom sú najmä dôvodové správy, ale samozrejme nevylučujú sa ani iné pramene práva. Najčastejšie to budú písané pramene, ale nie je vylúčená ani možnosť použitia iných prameňov, či už obrazových, zvukových, alebo

³² Tamtiež, s. 135

³³ Tamtiež, s. 138

spomienok účastníkov legislatívneho procesu. **Historický výklad má jednoznačne význam pokiaľ ide o vedecky koncipované procesy interpretácie práva. Pomáha mapovať stav spoločnosti, efektívnosť právnej úpravy a potrebu jej novelizácie.**

Contact – email:

majdorka@gmail.com

**LZE INTERPRETACÍ ZMÍRNIT MRAVNÍ VADNOST
V PRÁVNÍCH NORMÁCH? (KOREFERÁT
K PŘÍSPĚVKU „MÍSTO VÝKLADU ZÁKONA V OBORU
OBECNÉ TEORIE PRÁVA A OTÁZKA JEDINEČNOSTI
PRÁVNÍHO VÝKLADU.“**

LADISLAV EIFLER

Společnost pro ekonomická a právní studia, o. s. Praha

Abstract in original language

Funkce interpretace právních norem. Místo mravních hodnot v právních normách. Mravní vadnost v právních normách. Otázka zmírnění mravních vad v právních normách pomocí jejich interpretace.

Key words in original language

Mravní normy; právní normy; interpretace právních norem; mravní vady v právních normách; zmírnění mravních vad v právních normách.

Abstract

Function of legal norms interpretation. The place of manner values in legal norms. Manner defectiveness in legal norms. The question of reduction manner defectiveness in legal norms by the help of their interpretation.

Key words

Manner norms; legal norms; legal norms interpretation; manner defects in legal norms; reduction of manner defects in legal norms.

1. ÚVOD

Interpretace práva zahrnuje širokou materii poznávání práva, jakožto práva jaké má být. Můžeme zjišťovat úmysl zákonodárce, účel právní normy i účel práva vůbec. Přičemž výkladem platného práva určíme obsah a smysl právní normy.

Tato práce pojednává o účelu práva, jako chtěném objektivním chování a jeho vztahu k mravním hodnotám, které mají původ ve vnitřním postoji každého adresáta práva. Aby byly mravní hodnoty objektivní, musejí vycházet z úcty k povinnosti, k zákonu. Právo, aby bylo objektivním a chtěným, musí vycházet z objektivních mravních hodnot. Právo je objektivním, vychází-li z poznatku o tom, co má být, nikoliv z poznatku toho, jak rozhodla autorita, či jak se chová většina lidí. Dílčím cílem této práce je odpovědět na otázku, zda náš právní řád vychází ze svobodného stanovení objektivních zákonů, které jsou s úctou plněny a zda je tento princip subsumován do dalších norem.

Protože právní řád je částečně statický, nemůžeme vždy jednoznačně reagovat na pružnou, stále se měnící skutečnost. Také je vytvářen z chtění jeho tvůrců, které nemůže vždy korespondovat s objektivními mravními hodnotami a naplňovat tak zcela objektivitu právního řádu. V právním řádu se tak objevují právní normy, které jsou mravně vadné. Tato vadnost může vycházet jak přímo z psaného textu a úmyslu zákonodárce, tak z diskrepance mezi vůlí zákonodárce a psaným textem, či z chybné interpretace zákona, po které pak psané právo umožňuje více právních řešení. Cílem této práce je zjistit, zda je možné interpretací zmírnit tyto mravní vady a zda mravnost, přes svůj původ v nitru každého jedince, a tím přes možnou mnohost mravních hodnot, může být interpretačním vodítkem k dosažení jedinečnosti právního výkladu.

2. POZNÁVÁNÍ ÚČELU PRÁVA

Nalézání účelu práva spočívá v nalézání jediného nejlepšího řešení toho, co má být v každé konkrétní situaci. V základní části oboru vědeckého poznání práva, kdy se poznávají formy, v nichž se interpretují právní normy, nacházíme interpretační principy a pojmy. Abstraktní pojmy s menším obsahem mají oproti pojmům konkrétnějším větší rozsah. Abstraktnější pojmy jsou konkrétnějším nadřazeny, protože konkrétnější z nich musejí vycházet a naplňovat tak jejich účel.

Poznávání pozitivního práva je typickým nalézáním práva právoznalectvím. Zjišťujeme zde jazykový význam psaného textu, právní normu, tedy chování, které má být dle zákona. Vykládáme-li zákon, snažíme se porozumět i účelu dané normy. Právoznalectví se někdy při vykládání zákona nezajímá o účel, jaký daná norma má. Adresát práva se pak údajně může pohybovat v rozmezí, které mu právní norma umožňuje, bez ohledu na její účel. Ale úplné rozpoznání právní normy vyvozením konkrétního právního vztahu z abstraktní formulace nemůže nastat bez stanovení jejího účelu, který musí z abstraktní formulace vycházet a ve stejném smyslu být použitelný na konkrétní situaci. Jedině tak může být právní norma kompletní, účelná. Takový teleologický výklad nám pak odhalí právní řád jako systém, ve kterém z nejabstraktnějšího účelu vyplývají účely konkrétnější, aby nejabstraktnější účel naplňovaly. Právní řád sám není účelem, ale prostředkem k dosažení účelu nejabstraktnějšího.

Základní mravní zákon zakazující: „Nedělej druhému to, co nechceš aby druhý dělal tobě!“ ani příkazující: „Chovej se k druhým tak, jak chceš, aby se druzí chovaly k tobě!“ nelze vykládat subjektivně, ale v dimenzi právní, hledající objektivní chování, jaké má být u každého. Jinak bychom totiž mohli opravňovat jednání, při kterém se nemusí vždy rozvíjet osobnost, dovednosti a nadání bez negativního vlivu na ostatní, přírodu a život vůbec. Všichni totiž, díky obsahu vědomí, které je podmíněno individualitou a okamžitým rozpolžením mysli, nemají přání osobnostního rozvoje a naopak mohou mít přání vlastního sebepoškození. Při položení otázek:

„Co by měl každý chtít, aby mu druzí nedělali?“ a „Jak by měli všichni chtít, aby se k nim všichni chovaly?“ zjišťujeme, jaký by měl být objektivní mravní postoj.

Uskutečňování hodnoty mravní činí prospěch bližnímu a celku bez egoistických motivů. K tomu dodává Zdeněk Neubauer: „*Etické normy v obecné formulaci jsou pro každého přesvědčivé, neboť pod nimi nestojí motiv egoistického zájmu, který se uplatňuje pouze v situacích konkrétních. Je tedy obecná norma formou vylučující motivaci subjektivním účelem. V tom – zde i jinde – spočívá jeden z hlavních významů obecné normy: obecně chce člověk zásadně dobro.*“¹

Rovnost, spravedlnost je charakterizována formálností, schematičností, bezobsažností. Přirozené právo vyvozuje zásady života člověka žijícího společensky ze samé podstaty přirozenosti člověka. Mravnost je touha po dobru, růstu sebe, všech i společnosti. Mravnost je základním účelem, kdy rovnost a přirozené právo jsou prostředky k jeho dosažení. Rovnost ani přirozené právo nelze vykládat v rozporu s mravními hodnotami. Přirozené právo není možné vykládat jako bezohledné právo po subjektivním blahu. Rovnost zas nelze vykládat jako povolení k soupeření, boje každého s každým, tedy dospělých s dětmi, zdravých s postiženými apod. Mravnosti musí být principy přirozených práv a rovnosti, spravedlnosti podřízeny. Proto si mravnost může nárokovat být interpretačním vodítkem k jedinému správnému řešení konkrétní situace, které povede k prospěchu všech zúčastněných a ideálně vřele vítaným.

Mravní hodnocení přes svůj subjektivní původ nemůže být v rozporu s objektivním dobrem. Je žádoucí, aby různé názory na mravnost nebyly rozporné, naopak aby se doplňovaly. Dobrý pocit radosti, můžeme mít ze smyslových požitků (hedonismus), které mohou být z vykonaného dobra, práce, přátelství (eudaimonismus), což doplňuje radost radostí z růstu, vývoje, zdokonalení (perfekcionismus). A následování přirozených pudů, zvyků a náklonností (naturalismus), ve kterém obzvláště nesmí být sklon k egoismu, tak může být v souladu s obecným blahem, jako cílem mravního chtění (utilitarismus).²

Přirozená práva, která si po dělení práva na právo psané a nepsané, nárokují být obecnějším, abstraktnějším právem než právo pozitivní a tak být účelem k jehož dosažení je pozitivní právo prostředkem, nemohou být účelná bez práva žít ve společnosti jako základního práva. Proto musí být nositelem mravních hodnot, která jsou podmínkou života ve společnosti.

¹ Neubauer, Z.: Státověda, Praha : Jan Laichter, 1947, s. 46.

² Viz Soukup, F., A.: Úvod do ethiky, Praha: J. Otto, 1907, s. 60 – 64.

3. POMĚR TVORBY MRAVNÍCH HODNOT A PRÁVA

Právo jako vytvořená objektivní norma, by mělo interpretovat kulturu, která je přirozenou řečí lidskosti. A protože jednou z nezákladnějších lidských potřeb je život ve společnosti, existuje kolektivní vůle k zachování společnosti. Tato společnost pak uvaluje na jedince pravidla a předpisy a žádá chování zachování existence společnosti. Jednotlivec ve společnosti pak svým sociálním instinktem cítí, že jeho jednání je omezeno podmínkami existence společnosti.³ Společenský řád je tak tvořen vzájemným ovlivňováním obecné vnější vůle a vnitřní vůle, kdy právo působí na vnitřní vůli, která chce být součástí společnosti a z níra vyrůstání duchovního řádu působí na obecně platné právo plynoucí ze zájmů společnosti, které vyplývají ze zájmů jednotlivých členů společnosti.

Heteronomie jako rozkaz a nátlak je nedůstojný moderního dospělého člověka. Dobré zákony mohou být zcela zdravou heteronomií. Smysl zákoníků je kodifikovat minimální mravní požadavky. Všichni však tyto mravní požadavky nechtějí uznat.⁴ Autonomní hrdost dnešního člověka se hlásí svým právům. Odpor proti heteronomii je posilován tím, že předpisy, které mají člověka vést k mravnosti, jsou často pochybné mravní ceny. Často cítíme spravedlivější řešení, než nám předkládá právní řád.

Kantův mravní zákon je vnitřní zážitek úcty. Pokud povinnost, nutící vůli ke skutku, vychází z vlastní čisté mysli, přináší povznesení a spokojenost se sebou samým. Při rozhodování o mravní povinnosti je třeba myslet na povinnost, úctu k zákonu a ne na zásluhu. Proto není mravným konání, děje-li se z důvodu ušlechtilosti, vznešenosti, lásky, soucitu.⁵ Mrav je tedy úcta k povinnosti, vnitřní postoj k naplňování účelu práva, které jako objektivní chtěné chování nemůže bez mravní, tedy vnitřní úcty k povinnosti vzniknout. Ale Kantův odkaz k povinnosti neznamena, že nejmrvnější je ten, kdo koná povinnost nerad a s odporem, ale že je svým pánem díky svému rozumu, nikoliv otrokem svých smyslů.

Mravní názory a činy budujeme jak na zkušenostech, které si nepamatujeme a neformulujeme, tak na zkušenostech celých generací. Mravní zásady jsou neuzavřené, stále se vyvíjí a je nemožné vytyčit svrchovaný cíl. Přestože věříme v ideály jako: světový mír, občanská svoboda, sociální spravedlnost atd., tak nejsou bez zkušenosti úplně dokázány. Ideál ale nemůže být

³ Viz Bláha, A., I.: *Filosofie mravnosti*, Brno: A. Píša, 1922, s. 16 – 18.

⁴ Viz Kozák, J., B.: *Přítomný stav etiky*, Praha: Dědictví Komenského, 1930, s. 211 -212.

⁵ Viz Mareš, F.: *Principie theoretického poznání a mravného konání dle Kanta*, Praha: Otisk z Věstníku Král. České Společnosti Nauk, 1902, s. 46 – 47.

vyčerpán ze skutečnosti. Právě napětí mezi ideálem a skutečností je podstatnou podmínkou pokroku.⁶

Právo i mravnost, aby interpretovaly ideály, pak uskutečňují praktickou a sice normativní tvorbu poznatku o tom, co má být. V právu slučujeme ve vyšší jednotu jednotlivé poznatky, které tvoříme s ohledem na konkrétní cíle, ke kterým počítáme i poznatky vztahující se na udržení státu. Proto se snažíme při výkladu zákona dojít k rozhodnutím, která jsou v rámci daného zákona, aby nebylo v rozporu s ustanovením jiného zákona. Tak zároveň předpokládáme jednotný systém poznatků o tom, co má být. Pracujeme pod jménem zákonodárcovy s ideálem kultury. Stejně tak pracujeme v etice. Snažíme se jednotlivé jednání chápat jako důsledek obsáhlejší normy.⁷

Etika po lidech žádá, aby dobrovolně činili to, co je obsahem nejabstraktnějšího účelu práva z vnitřní úcty k povinnosti, bez donucení. Stát, uskutečňuje-li svůj solidarismus mezi lidmi, kteří ještě nejsou všichni solidaristy ale egoisty, činí tak donucením, čímž zbavuje občany svobody. Uskutečňuje mravní myšlenku, ale jednání občana nedobrovolné není mravné.⁸ Přílišné příkazy a zákazy, oddalování od vlastního hodnocení, odvykne samostatnosti. Přisuzováním objektivnosti poznatkům smyslovým nás dle Kallaba vede k záměně existence s platností. Takto je objektivní, platné právo to, podle kterého se buď většina lidí řídí, nebo které je rozhodnutím určité autority. Stát tak subjektivní vůli formalisuje a přisoudí jí tím znak objektivnosti. Tam, kde člověk vědomou činností poznatky tvoří, mu nemůže jakákoliv autorita nahradit objektivnost poznatku.⁹ Heteronomie ale vede k autonomii, protože je nutnou podmínkou výchovy. Stačí vychovat děti, aby milovaly bližního svého z vlastní vůle a když budou dobří a laskaví, vše ostatní bude důsledkem, protože praktická schopnost lásky spojuje. Je to vcítění a přání toho, co si bližní přeje, nebo má přát.¹⁰ Pak budou umět přijmout jakéhokoliv člověka a jakoukoliv situaci jaká je a jednat tak, jak je třeba, jak si to rozumně žádá daný stav a situace.

Arnošt Inocent Bláha říká: „*Nepřijde brzy doba, že by se všichni lidé propracovali k etice autonomní. O princip autority ... se opíráme při výchově nedospělých (autorita rodičů, učitelů), je rozhodující i v našem životě (autorita předků, slavných mužů, kněží, boha), takže můžeme říci, že etika autoritativní je většinovou etikou lidstva. Lidí mravně autonomních je*

⁶ Viz Kozák, J., B.: Opus citatum, s. 219 - 220.

⁷ Srv. Kallab, J.: Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: Základní pojmy, Brno: Barvič a Novotný, 1920, s. 126.

⁸ Viz Engliš, K.: Malá logika, Praha: Melantrich, 1947, s. 498 - 502.

⁹ Srv. Kallab, J.: Opus citatum, s. 119 - 123.

¹⁰ Viz Kozák, J., B.: Opus citatum, s. 207 – 210.

*stále ještě jen menšina. Proto však musí mravní autonomnost, jakožto nejvyšší stupeň mravnosti, zůstat přece jen ideálem, jenž se uskutečňuje stálou výchovou, stálým úsilím, stálým vývojem.*¹¹

Než bude tento ideál výchovy a mravní autonomnosti obecně naplněn, je třeba mít formulované právo, které by mělo působit jako vychovatel. A proto musí být existující právo objektivní nejen formálně, ale i obsahově, aby při jeho interpretaci mohlo směřovat své adresáty k chování, které by mělo být v mysli každého normálně myslícího člověka řídicího své chování z úcty k mravnosti.

Díky kulturnímu, filosofickému, vědeckému, právnímu a státnímu vývoji je v demokratických systémech, které stojí na principu svrchovanosti lidu a principu právního státu a naplňují hodnoty přirozených lidských práv, pozitivní právo relativně objektivní. Současné pojetí demokratického právního státu, které zahrnuje princip uplatňování většinové vůle lidu a zároveň ochranu rovných lidských práv a základních svobod jedince,¹² může být v současnosti nejlepším systémem, který umožňuje svobodné určení objektivních zákonů, které tak mohou být většinou jejich adresátů s úctou plněny.

4. OTÁZKA ZMÍRNĚNÍ MRAVNÍCH VAD V PRÁVNÍCH NORMÁCH POMOCÍ INTERPRETACE PRÁVA

Protože právo bývá přísnější než morálka, pokud jde o následky porušení pravidel, tak musí být méně přísné než morálka, pokud jde o náročnost požadavků kladených na lidské chování. Proto nejsou všechny normy odpovídající mravnímu vědomí vyjadřovány ve formě práva psaného,¹³ ve kterém pak může zdánlivě vznikat prostor pro svévoli. Někdy může dojít k diskrepanci mezi vůlí zákonodárce a tím, co je v zákoně skutečně vyjádřeno. Nakonec může být obsah a smysl textu zákona od počátku v rozporu s ústavním pořádkem, ze kterého má zákon vycházet a jeho smysl svým obsahem naplňovat.

¹¹ Bláha, A., I.: Opus citatum, s. 271.

¹² Viz Boguszak, J. a kol.: Teorie práva. Druhé, přepracované vydání, Praha: Aspi Publishing, 2004, s. 222.

¹³ Viz Ibidem, s. 36.

4.1 NEJASNOST ŘEŠENÍ DLE PRÁVA

Text zákona nemůže postihnout všechny jednotlivosti konkrétních společenských vztahů. Nekonkrétní, různě interpretovatelné právní předpisy vedou po dogmaticky normativním výkladu zásady: „Je povoleno vše, co není zákonem výslovně zakázáno.“ k svévoli a nikoliv k výkladu skutečného smyslu právní normy, který jí byl vtělen zákonodárcem. Volné uvážení nesmí být svévolné, musí vycházet ze smyslu, který vyplývá z textu zákona. Odkazuje-li pak zákon na dobré mravy, je třeba rozhodovat se dle dobrých mravů. Přestože pak mravní hodnoty mají rozdílné základní prameny účelů, je třeba se v dané situaci rozhodnout vždy pro jedno řešení, které odpovídá myšlenkové schopnosti a vůli zvolit nejobektivnější možné řešení dané situace. Aby způsob tohoto uvážení byl regulován, musí být odůvodnění a argumenty vysvětleny s náležitým přiřazením účelů a hodnot a případné kolizní principy a hodnoty musí být souhrnně zváženy. Svoboda svědomí nesmí být totiž zneužitelná. Problém rozporných řešení, širší rámec právních řešení, tedy svoboda v určitém okruhu jednání, či nezahrnutí některých druhů jednání do pozitivního práva vůbec, nemůže zlegalizovat jednání proti obecným mravním hodnotám, resp. primárnímu účelu práva.¹⁴

Na základě požadavku prosazovat přirozená lidská práva a dodržování platného práva pak dochází k sbližování jusnaturalismu a juspositivismu. V dodržování platného práva je dosažitelná právní jistota a jusnaturalismem mu je dodána hodnota objektivního¹⁵ práva. Protože je každá situace jedinečná, mělo by právo obsahovat místo k vlastnímu uvážení dané situace. Právní řád, jakožto formální a přísnější regulátor chování, zahrnuje užší materii nežli mravy. A protože vlastní mravní soudy posunují společnost k mravní autonomii, je vhodné, když právo obsahuje místa k takovému hodnocení, obsahuje vágní termíny a reguluje jen situace, které jsou v dnešní úrovni společnosti a solidarity nezbytné regulovat k zachování mravnosti, tedy růstu fyzického, duševního a duchovního všech a ne na úkor ostatních, přírody a života vůbec.

4.2 DISKREPANCE MEZI VŮLÍ ZÁKONODÁRCE A VÝZNAMEM PRÁVNÍ NORMY

Dojde-li k diskrepanci mezi vůlí zákonodárce a významem vyplývajícím z psaného textu zákona omylem, nelze přihlížet k úmyslu zákonodárce. Spoléhá-li adresát normy v dobré víře na její text, nemá povinnost zkoumat

¹⁴ Např. je nemyslitelné, že zásada „smlouvy se mají dodržovat“ by mohla pozbýt obecné účinnosti v okamžiku, kdy se uzákoní povinnost dodržovat určité smlouvy, např. obchodní.

¹⁵ Chápáno nikoliv ve smyslu prostorovém, tj. z vnější vůle, ale ve smyslu hodnotovém, tj. práva nevycházející jen z individuální potřeby, ale rovnosti a potřeb všech, tj. potřeby individuální, které neomezují potřeby ostatních.

úmysl normotvůrce. Pokud se ale časem změnil význam slov z doby tvorby zákona, je třeba při objektivní interpretaci zjistit, co právtvůrce v té době vyjádřil, protože interpretací právního textu zjišťujeme, co zákonodárce skutečně vyjádřil. Pokud není v zákoně promítnut význam slov z doby jeho vzniku do dnešní doby, musí interpretace, přestože vychází především z významu slov v době jejího uskutečňování, promítnout sama význam slov zákona z doby jeho vzniku. Bude však záležet na tom, zda bude interpretující subjekt ochoten a schopen rozpoznat význam výrazů jazyka doby vydání právního předpisu. S tím souvisí i znalost odborných výrazů, kdy laikovi může připadat význam určitého odborného výrazu jiný, než který skutečně má, či měl v době kdy ho normotvůrce začlenil do právního řádu. Odbornou interpretací zákona lze předejít mravním vadám, které by jinak byly v zákoně chybně objeveny.

4.3 ROZPOR PLATNÉHO PRÁVA S PŘIROZENÝMI LIDSKÝMI PRÁVY

Právní stát lze dnes pojímat jako stát vázaný právem přirozeným. Tím se překonává pojetí právního státu jakožto vázaného právem platným.¹⁶ V pozitivním právu může být z úmyslu zákonodárce, nebo z jeho chybného vyjádření úmyslu odchylka od ústavou zaručených práv, přirozeného práva, které dnes zahrnuje hodnoty mravnosti, rovnosti, spravedlnosti apod. Dnes se totiž za lidskou přirozenost pokládá život ve společnosti a plnění jejích požadavků.

Rovnost je dosažitelná nejen obecnou regulací společenských vztahů ale i jednotným postupem při aplikaci práva. Kvůli zachování právní jistoty v systému, kde vládne převážně pozitivní právo, je třeba dosáhnout jednotného postupu při interpretaci práva a přesně interpretovat vůli, která je vyjádřena v textu zákona, vycházet ze smyslu, který vyplývá z obsahu právní normy. Je zde o to více důležité, aby text zákona byl skutečně prostředkem k dosažení mravnosti.

Pro zabezpečení skutečné demokracie je tedy nutné omezení moci zastupitelského orgánu kvůli znemožnění zakonzervování mocenské pozice a zdeptání lidských práv. Úkolem moci zákonodárné je vyjadřovat vůli většiny, úlohou soudní moci je uplatňovat tuto vůli vyjádřenou v zákonech a přitom ochránit práva jednotlivce. Podmínkou soudcovské nezávislosti je vázanost její moci zákonem jakožto aktem moci zákonodárné, který vyjadřuje většinovou vůli. Jinak by se dělba moci a rovnováha mezi mocí zákonodárnou a mocí soudní zvrátila v převahu moci na straně justice. Jiří Boguszak ale konstatuje, že nový status lidských práv, který pozvedl úlohu

¹⁶ Viz Boguszak, J. a kol.: *Opus citatum*, s. 219.

soudní moci, zřejmě ovšem nastoluje rovnovážnou dělbu moci, tj. takovou, ve které justice není slabším partnerem.¹⁷

Proto má dnes zřejmě Ústavní soud moc negativního zákonodárce, tj. že může zrušit zákon a jiné právní předpisy, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem. Ústavní soud je povolán k výkladu práva ústavního, tedy především Ústavy a Listiny a dalších ústavních zákonů.¹⁸ Úlohu Ústavního soudu lze vnímat jako nezastupitelnou garanci ústavních norem v jakékoliv oblasti. Kontrola ústavnosti je v demokratických státech zcela samozřejmá, aby bylo možné mluvit o konkrétním státu jako o státu právním. Pro Ústavní soud by měla být příznačná snaha o prosazení hodnotového přístupu k právu, který by měl při aplikaci právní normy zohledňovat i účel normy a normu by měl poměřovat i z úhlu pohledu obecných zásad mravních na úkor rigidně formalistického orgánu veřejné moci při interpretaci normativního právního aktu a aplikaci právní normy.¹⁹

Soudní moc by ale neměla zasahovat do moci zákonodárné. Původcem platného práva musí být lid, protože jedině tak je možné dosáhnout konsensu o mravném uspořádání společnosti, dohody o tom co má být. Proto je důležité, má-li docházet k revizi textu zákona Ústavním soudem, který se tak stává zákonodárcem, aby měl mandát lidu, tzn. že jeho soudci by měli být voleni ve svobodných volbách. Primárně by však všechny mravní vady v zákonech měly být odstraňovány běžnou zákonodárnou cestou. A pokud by Ústavní soud neměl mít přímý mandát lidu, tak podání návrhu na zahájení řízení u Ústavního soudu o zrušení zákonů, nebo jiných právních předpisů by mohla mít pouze funkci přezkoumání jejich oprávněnosti Ústavním soudem. Po kladném zjištění by je předal zákonodárci s odborným vyjádřením a teprve zákonodárce by měl rozhodnout o jejich zrušení, změně, či ponechání.

5. ZÁVĚR

Právo je objektivní norma vytvořená na předpokladu hodnoty dobra. Přemýšlíme-li zde potom o významu slova objektivní jako o rozhodnutí autority, či vůli většiny lidí, vnímáme význam slova právo jako formální řád norem. Vidíme-li ve významu slova objektivní ideální obsah vědomí, který by měl být v mysli každého normálně myslícího nezávisle na individualitě, je v tomto pojmu obsažena i hodnota mravní, ve které je ústřední úcta k povinnosti.

¹⁷ Viz *Ibidem*, s. 223 – 228.

¹⁸ Srv. Klíma, K. et. al.: *Praktikum českého ústavního práva*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 356.

¹⁹ Viz *Ibidem*, s. 356 - 357.

Etika po lidech žádá, aby dobrovolně, z úcty k povinnosti plnili účel práva a mravních hodnot. Uskutečňuje-li mravní myšlenku stát donucením, zbavuje občany svobody a jejich chování nedobrovolné již nemůže být mravné. Mravní autonomnost by měla být ideálem, který se uskutečňuje stálou výchovou, stálým úsilím, stálým vývojem.²⁰ Než bude tento ideál naplněn, je třeba mít formulované platné právo, které bude jeho adresáty směřovat k chování dle obecných mravních zásad. Slouží-li v demokratickém systému, který stojí na principu svrchovanosti lidu a principu právního státu, právní řád k naplňování přirozených lidských práv, vychází tak z obecných mravních hodnot a relativně hodnotově objektivního práva. Právě v demokracii se klade důraz na uskutečňování mravních hodnot pozitivním právem.

V právním řádu se mohou objevit mravní vady. Zákony jsou uveřejňovány v určitém znění. Je-li doslovné znění dostatečně jasné, je také rozhodující. Jsou-li však znění v zákonech nejasná, či rozporná, bývá tím ohrožena právní jistota adresáta. Zde je pak možné upřednostnění teleologických argumentů, kdy se usiluje o postižení smyslu právní normy, který jí byl vtělen zákonodárcem a vyplývá tak z textu zákona. Odkazuje-li pak zákon na dobré mravy, či jiné vágní označení hodnoty, které má norma dostát, je třeba rozhodovat se dle dobrých mravů. Přestože mravní hodnoty mají rozdílné prameny účelů, je třeba se v dané situaci rozhodnout vždy pro jedno řešení. V případě, že zákon dává určitý rámec, ve kterém umožňuje svobodné rozhodnutí, měly by být mravní hodnoty interpretačním vodítkem k dosažení jedinečnosti právního řešení. Svoboda svědomí nesmí být zneužitelná. Problém rozporných řešení, širší rámec právních řešení, tedy svoboda v určitém okruhu jednání, či nezahrnutí některých druhů jednání do pozitivního práva vůbec, nemůže zlegalisovat jednání proti obecným mravním hodnotám, resp. primárnímu účelu práva k jehož naplnění je právní řád prostředkem.

Nastane-li omylem diskrepance mezi vůlí zákonodárce a výrazem právní normy nelze přihlížet k úmyslu zákonodárce. Spoléhá-li adresát normy v dobré víře na její text, nemá povinnost zkoumat úmysl normotvůrce. Pokud se ale časem změnil význam slov z doby tvorby zákona, je třeba rozpoznat významu výrazů jazyka doby vydání právního předpisu. Zároveň je třeba mít znalost odborných výrazů, kdy laikovi může připadat význam určitého odborného výrazu jiný, než který skutečně má, či měl v době, kdy ho normotvůrce začlenil do právního řádu. Odbornou interpretací zákona lze předejít mravním vadám, které by jinak byly v zákoně chybně objeveny.

Je-li platné právo v rozporu s přirozenými lidskými právy, nemůže interpretace práva přímo zmírnit takovou vadu, protože interpretací se určuje přesný smysl právního textu. Může být ale podán návrh na zahájení řízení u Ústavního soudu o zrušení zákonů, nebo jiných právních předpisů.

²⁰ Viz Bláha, A., I.: *Opus citatum*, s. 271.

Ústavní soud je povolán k výkladu norem práva ústavního, tedy především Ústavy a Listiny a dalších ústavních zákonů a může zrušit zákon a jiné právní předpisy, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem. Pro Ústavní soud by měla být příznačná snaha o prosazení hodnotového přístupu k právu, který by při aplikaci právní normy měl brát ohled i na účel normy a normu poměřovat i z úhlu pohledu obecných zásad mravních.²¹ Jelikož ale původcem platného práva musí být lid, protože jedině tak je možné dosáhnout konsensu o mravním uspořádání společnosti, dohody o tom co má být, je důležité, má-li docházet k revizi textu zákona Ústavním soudem, aby měl, stejně jako zákonodárce, mandát lidu, tzn. že jeho soudci by měli být voleni ve svobodných volbách.

Protože interpretace vykládá pouze skutečný obsah zákona, není možné interpretaci zmírnit vady, které vyplývají přímo z obsahu textu zákona. V tom případě zbývá cestou zákonodárnou vadný obsah takového textu změnit. Výklad ústavního práva by měl být pouze podnětem k zahájení procesu změny takového vadného textu. Výklad sám takový text měnit nemůže. Mělo-li by ale dojít k mravní vadě v právní normě kvůli tomu, že se v průběhu doby změnil význam slov z doby tvorby zákona, tak by mohl odborný výklad zákona, při kterém se rozpozná skutečný význam výrazů jazyka a odborných výrazů doby vydání právního předpisu a tím i zjistit to, co zákonodárce daným zákonem skutečně vyjádřil, zmírnit, či eliminovat mravní vady vzniklé takovouto diskrepancí mezi vůlí zákonodárce a přítomným významem jazykových prostředků zákona. Nakonec je možné náležitou interpretací zákona nezpůsobit mravní vady v právní normě pokud by se vyskytl problém rozporných řešení, širší rámec právního řešení, či pokud by nebyly některé druhy jednání do pozitivního práva zahrnuty vůbec. Takto vzniklá svoboda v určitém okruhu jednání totiž nesmí být zneužitelná. Přirozená práva jsou abstraktnější, tedy nadřazenější právu pozitivnímu. Positivní právo je prostředkem k naplnění účelu práva přirozeného a proto dává-li pozitivní právo určitou svobodu, měla by být podrobena přezkoumání abstraktnějšími normami. Mravní hodnoty by měly být v takovém případě interpretačním vodítkem k dosažení jedinečnosti právního řešení.

Literature:

- Bláha, A., I.: *Filosofie mravnosti*, Brno: A. Píša, 1922, s. 282.
- Boguszak, J. a kol.: *Teorie práva*. Druhé, přepracované vydání, Praha: Aspi Publishing, 2004, s. 348, ISBN 80-7357-030-0.
- Engliš, K.: *Malá logika*, Praha: Melantrich, 1947, s. 512.

²¹ Srv. Klíma, K. a kol.: *Opus citatum*, s. 356 - 357.

- Gerloch, A.: Teorie práva. Dobrá voda: Aleš Čeněk, 2001, s. 299, ISBN 80-86473-04-x.
- Kallab, J.: Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: Základní pojmy, Brno: Barvič a Novotný, 1920, s. 144.
- Klíma, K. a kol.: Praktikum českého ústavního práva, Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 582, ISBN 80-86898-15-6.
- Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 1995, s. 248, ISBN 80-7179-028-1.
- Kozák, J., B.: Přítomný stav etiky, Praha: Dědictví Komenského, 1930, s.232.
- Krejčí, F.: Positivní etika jakožto mravouka na základě přirozeném, Praha: Jan Laichter, 1922, s. 568.
- Mareš, F.: Principie theoretického poznání a mravného konání dle Kanta, Praha: Otisk z Věstníku Král. České Společnosti Nauk, 1902, s. 54.
- Neubauer, Z.: Státověda, Praha : Jan Laichter, 1947, s. 488.
- Pinz, J.:Úvod do právního myšlení a státovědy. O.P.S., Nymburk 2006, s. 250, ISBN 80-903773-0-0.
- Soukup, F., A.: Úvod do ethiky, Praha: J. Otto, 1907, s. 148.
- Šerecký, F.: Čádova etika individuální, Praha: Josef Glos v Semilech, 1920, s. 256.
- Tvrdý, J.: Úvod do filosofie, Brno: Komenium, 1947, s. 200.

Contact – email

ladislav.eifler@seznam.cz

PRAX PRÁVNEJ INTERPRETÁCIE NÁLEZOV ÚSTAVNÉHO SÚDU SLOVENSKEJ REPUBLIKY VYDANÝCH V KONANÍ O SÚLADE PRÁVNÝCH PREDPISOV

LUDMILA GAJDOŠÍKOVÁ

Ústavný súd Slovenskej republiky/Constitutional court of Slovak republic

Abstract in original language

Nálezy Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len "ústavný súd") vydaných v konaní o súlade právnych predpisov sú všeobecne záväzné podľa čl. 125 ods. 6 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len "ústava") a vyhlasujú sa spôsobom ustanoveným v Zbierke zákonov Slovenskej republiky. Sú jedným z prameňov práva. Ich právna interpretácia má svoje špecifiká, vzhľadom na "adresáta", pre ktorého je predovšetkým takýto nález ústavného súdu právne relevantný, a teda aj prioritne adresovaný. Podľa čl. 125 ods. 3 ústavy je totižto normotvorca, ktorý vydal právny predpis, o ktorom rozhodol ústavný súd, že je (celý, jeho časť alebo ustanovenie) v nesúlade s právnym predpisom vyššieho stupňa právnej sily, predovšetkým s ústavou, v nesúlade, povinný ho do šiestich mesiacov od vyhlásenia nálezu ústavného súdu zosúladiť s právnym predpisom vyššieho stupňa právnej sily. V konaní o súlade právnych predpisov sú napádané najčastejšie zákony ako nesúladne s ústavou. Normotvorná prax zákonodarcu k premietnutiu náleзов ústavného súdu vydaných v konaní o súlade právnych predpisov do právneho poriadku nie je rovnaká.

Príspevok sa venuje právnej interpretácii jednotlivých náleзов ústavného súdu vydaných v konaní o súlade právnych predpisov od roku 2000.

Key words in original language

Právna interpretácia; Nálezy ústavného súdu vydané v konaní o súlade právnych predpisov; Normotvorná prax zákonodarcu na reakciu náleзов ústavného súdu.

Abstract

The findings of the Constitutional Court of the Slovak Republic (further only "Constitutional Court") issued in the proceedings on conformity of legal regulations are generally binding according to Article 125 Section 6 of the Constitution of the Slovak Republic (further only "Constitution") and they are promulgated in the manner laid down by a law. They are one of the sources of law. Their legal interpretation has its specific features with regard to the "addressee" for whom first of all is such a finding of the Constitutional Court, legally relevant and to whom it is also preferentially addressed. According to Article 125, that is to say the legal body which issued the legal regulation which was considered by the finding of the

Constitutional Court being as a whole, in its some parts or in some of its provisions in inconformity with a legal regulation of a higher degree of legal force, first of all with the Constitution, is obliged within six months from the promulgation of the finding of the Constitutional Court to harmonize it with the legal regulation of a higher degree of legal force. In the proceedings on conformity of legal regulations there are most often challenged laws as being in inconformity with the Constitution. The lawmaking practice of the legislator concerning the incorporation of the findings of the Constitutional Court issued in the proceedings on conformity of legal regulations into the legal order is not uniform.

This paper is dealing with legal interpretation of all the findings of the Constitutional Court which have been issued in the proceedings on conformity of legal regulations since 2000.

Key words

Practice of legal interpretation; Findings of the Constitutional Court issued in the proceedings on conformity of legal regulations; The lawmaking practice of the legislator concerning the findings of the Constitutional Court.

Konanie o súlade právnych predpisov je klasickou a štandardnou právomocou väčšiny ústavných súdov vo svete s tým, že uvedené konanie má v každom štáte svoje špecifiká. Konanie o súlade právnych predpisov má svoje špecifiká aj vo vzťahu k iným konaniam patriacim do právomoci a realizovanými ústavným súdom. Konanie a rozhodovanie o súlade právnych predpisov je súčasťou ústavnej a zákonnej úpravy ústavného súdnictva Slovenskej republiky od jej samotného vzniku, t. j. od 1. januára 1993.

Konanie Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) o súlade právnych predpisov, ktoré sa podľa čl. 125 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) spolu s konaním o sťažnostiach podľa čl. 127 ústavy majú nielen dominantné postavenie v rámci všetkých konaní, ktoré patria do právomoci ústavného súdu (celkom 16), ale patria vo všeobecnosti medzi štandardné agendy ústavných súdov. Vzhľadom na výsledok týchto konaní, ktorým je rozhodnutie ústavného súdu vo veci samej - nález (inak rozhoduje ústavný súd v týchto konaniach uznesením) je nanajvyš aktuálna právna interpretácia týchto rozhodnutí. Obidve z uvedených konaní majú svoje osobitosti a v nadväznosti na ne ich má aj právna interpretácia rozhodnutí vydaných v týchto konaniach.

Čo majú spoločné a v čom sa líšia...

Kým rozhodnutia vydané v týchto konaniach v rámci predbežného prerokovania návrhu/návrhov, vzhľadom na nemeritórnu povahu majú formu uznesenia, formu nálezu v obidvoch druhoch konania majú rozhodnutia vo veci samej a sú právne relevantné pre adresátov, pre ktorých

sú určené (hoci s inou intenzitou svojej záväznosti). Okruh týchto adresátov sa už podstatne líši. Nálezy vydané v konaní o súlade právnych predpisov sú vzhľadom na ich všeobecnú záväznosť určené širokému, bližšie neurčenému okruhu subjektov (predovšetkým však zákonodarcovi, ktorého ústavnou povinnosťou je premietnuť nález ústavného súdu štandardnou legislatívnou technikou do „ústavne nesúladneho“ právneho predpisu). Nálezy vydané v konaní o sťažnostiach sú adresované a určené účastníkom tohto konania a sú pre nich záväzné bez „kvality“ všeobecnej záväznosti, keďže ide o rozhodnutia v individuálne určených veciach.

1. SPÔSOB INTERPRETÁCIE NÁLEZOV ÚSTAVNÉHO SÚDU VYDANÝCH V KONANÍ O SÚLADE PRÁVNÝCH PREDPISOV ZÁKONODARCOM

Najzásadnejším odlišovacím znakom oproti iným konaniam, ktoré sú v právomoci ústavného súdu, je povaha rozhodnutia (nálezu) vydaného ako výsledok tohto konania o súlade právneho predpisu, a to jeho všeobecná záväznosť. Túto vlastnosť má popri konaní o súlade právnych predpisov len konanie o výklade ústavy alebo ústavného zákona realizovaného na základe čl. 128 ústavy.

Všeobecná záväznosť právoplatných náleзов vydaných v konaní o súlade právnych predpisov (čl. 125 ods. 6 ústavy) „posúva“ tieto nálezy ústavného súdu do polohy prameňov práva, resp. jedného z prameňov práva a sú súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky. Spôsob vyhlasovania náleзов ústavného súdu, ktorý je identický so spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov aj po formálnoprávnej stránke spôsobu svojej publikácie v Zbierke zákonov Slovenskej republiky (ďalej len „zbierka zákonov“), „zaraďuje“ tieto nálezy svojou charakteristikou ku „klasickým“ právnym predpisom a zákonom. Ide o jedinečnú vlastnosť rozhodnutia orgánu súdnej moci, keďže v zásade žiadne iné „súdne“ rozhodnutie takúto vlastnosť nemá (s výnimkou rozhodnutí o výklade podľa čl. 128 ústavy).

Vyhlásením v zbierke zákonov má nález ústavného súdu vydaný v konaní o súlade právnych predpisov okamžité právne účinky:

- právne predpisy, ich časti alebo jednotlivé ustanovenia, o ktorých ústavný súd rozhodol, že nie sú v súlade s ústavou, ústavnými zákonmi, ale s medzinárodnou zmluvou, s ktorou vyslovila súhlas Národná rada Slovenskej republiky a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom (ďalej len „s ústavou“), strácajú svoju účinnosť, t. j. ich aplikácia sa „zastavuje“ a nemajú žiadne právne účinky.

Ústava v čl. 125 ods. 3 prikazuje (ustanovuje povinnosť) zákonodarcovi (kľúčovému „autorovi“ právnych predpisov), t. j. orgánu, ktorý vydal taký právny predpis nesúladný s ústavou, uviesť ho do šiestich mesiacov od vyhlásenia rozhodnutia ústavného súdu do súladu s ústavou, ak ide o „podzákonné právne predpisy“ [čl. 125 ods. 1 písm. b) a c) ústavy] aj s

inými zákonmi a ak ide o predpisy uvedené v čl. 125 ods. 1 písm. d) ústavy, aj s nariadeniami vlády a so všeobecne záväznými právnymi predpismi ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy. „Sankciou“ za nesplnenie tejto povinnosti je strata platnosti takého právneho predpisu, jeho časti alebo jednotlivého ustanovenia po márnom uplynutí šiestich mesiacoch legislatívnej pasivity zákonodarcu (normotvorcu) od vyhlásenia nálezov v zbierke zákonov. Znamená to, že ústavný súd síce sám právo netvorí, ale „derogačnými“ dôsledkami svojho nálezov vydaného v konaní o súlade právnych predpisov zasahuje do právneho poriadku. Z tohto dôvodu je preto často označovaný aj za negatívneho zákonodarcu.

Ako sa zákonodarcu (normotvorcu) vyrovnáva s nálezmi ústavného súdu a aká je prax právnej interpretácie nálezov ústavného súdu zo strany samotného zákonodarcu (normotvorcom), to možno dokumentovať na výsledkoch doterajšej rozhodovacej činnosti ústavného súdu v konaní o súlade právnych predpisov a na konkrétnych reakciách zákonodarcu na jednotlivé nálezov ústavného súdu v konfrontácii s rešpektovaním ústavnej povinnosti zákonodarcu zakotvenej v čl. 125 ods. 3 ústavy uviesť nesúladné právne predpisy do súladu s ústavou v lehote šiestich mesiacov od ich vyhlásenia v zbierke zákonov.

Doterajšie skúsenosti z praktického vyrovnania sa zákonodarcu s nálezmi ústavného súdu signalizujú, že postup zákonodarcu pri zosúladení zákona, jeho časti, prípadne jednotlivého ustanovenia s ústavou je diferencovaný. Pri vyrovnávaní sa zákonodarcu s nálezmi ústavného súdu sa tento postup v jednotlivých prípadoch výrazne líši.

Vyrovnanie sa s nálezmi ústavného súdu vydanými v konaní o súlade právnych predpisov má dva aspekty (dve úrovne) posudzovania:

a) z hľadiska zákonodarcu/normotvorcu, ktorý právny predpis vydal a ktorého ústavnou povinnosťou je do šiestich mesiacov od vyhlásenia nálezov v zbierke zákonov právny predpis zosúladiť s ústavou, v opačnom prípade, ak „adresát“ realizácie tohto príkazu (povinnosti) na nález ústavného súdu nezareaguje, daný právny predpis, jeho časť, ustanovenie, ktoré boli vyhlásené za nesúladné s ústavou, ex constitutione strácajú svoju platnosť a prestávajú byť súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky;

b) z hľadiska aplikácie takého právneho predpisu ktorýmkoľvek orgánom verejnej moci, ktorý má (každý) v čl. 152 ods. 4 ústavy zakotvený generálny príkaz vykladať a uplatňovať ústavné zákony, zákony a ostatné všeobecne záväzné predpisy v súlade s ústavou.

V konaní o súlade právnych predpisov ústavný súd od roku 2001 (od prijatia „veľkej“ novely ústavy, a to ústavného zákona č. 90/2001 Z. z.) rozhodol nálezom, v ktorom vyslovil nesúlad právneho predpisu, jeho časti alebo

ustanovenia s ústavou v 26 konaniach o súlade právnych predpisov (z nich je uverejnených v zbierke zákonov dosiaľ 25).

Doterajšie skúsenosti svedčia o tom, že istý vplyv na vyrovnanie sa s nálezom ústavného súdu má aj „rozsah“ vysloveného nesúladu, t. j. spôsob reakcie zákonodarcu závisí aj od toho, či sa týkal jedného ustanovenia, viacerých ustanovení, časti alebo celého právneho predpisu.

Rozhodovanie z hľadiska „rozsahu“ vysloveného nesúladu možno rozdeliť v nálezoch ústavného súdu prijatých v sledovanom období do troch skupín, a to

	Vyslovenie nesúladu	
jedného ustanovenia	viacerých ustanovení celéhoprávneho predpisu	
PL. ÚS 25/01	PL. ÚS 15/03	PL. ÚS 29/05
PL. ÚS 26/01	PL. ÚS 38/03	
PL. ÚS 1/04	PL. ÚS 49/03	
PL. ÚS 8/04	PL. ÚS 6/04	
PL. ÚS 9/04	PL. ÚS 12/05	
PL. ÚS 11/04	PL. ÚS 19/05	
PL. ÚS 11/05	PL. ÚS 25/05	
PL. ÚS 14/05	PL. ÚS 15/06	
PL. ÚS 23/06	PL. ÚS 16/06	
PL. ÚS 67/07	PL. ÚS 18/06	
	PL. ÚS 3/08	
	PL. ÚS 6/08	
	PL. ÚS 11/08	
	PL. ÚS 17/08	
	PL. ÚS 13/09	
10 – krát	15 – krát	1 – krát

Postup zákonodarcu z hľadiska reakcie na jednotlivé nálezy ústavného súdu možno rozdeliť do dvoch skupín:

1. Zákonodarca nereagoval, lebo

a) už platila novela – nová právna úprava napadnutého ustanovenia, časti právneho predpisu (PL. ÚS 25/01, PL. ÚS 15/03, PL. ÚS 11/04, PL. ÚS 17/08 – 4 prípady);

b) nepovažoval za potrebné reagovať na nález ústavného súdu (PL. ÚS 1/04, PL. ÚS 9/04, PL. ÚS 11/05, PL. ÚS 12/05, PL. ÚS 14/05, PL. ÚS 19/05, PL. ÚS 16/06, PL. ÚS 67/07 – 8 prípadov); praktickému uplatňovaniu/aplikácii takého právneho predpisu však nič nebránilo;

c) mu ešte neuplynula šesťmesačná lehota ustanovená v čl. 125 ods. 3 (PL. ÚS 3/08, PL. ÚS 11/08, PL. ÚS 13/09 – 3 prípady);

d) nález ešte nebol uverejnený v zbierke zákonov (PL. ÚS 23/06 – 1 prípad).

Z prehľadu o vyslovení nesúladu z hľadiska „rozsahu“/počtu napadnutých ustanovení prevažuje absencia reakcie zákonodarcu na nález ústavného súdu v prípadoch, v ktorých ústavný súd vyslovil nesúlad len jedného ustanovenia napadnutého právneho predpisu s ústavou.

2. Zákonodarca reagoval

a) v rámci ustanovenej šesťmesačnej lehoty (PL. ÚS 26/01, PL. ÚS 49/03, PL. ÚS 6/04, PL. ÚS 25/05, PL. ÚS 15/06 – 5 prípadov);

b) po uplynutí šesťmesačnej lehoty (PL. ÚS 39/03, PL. ÚS 8/04, PL. ÚS 29/05, PL. ÚS 18/06, PL. ÚS 6/08 – 5 prípadov).

Spôsob reakcie zákonodarcu na nález ústavného súdu možno rozdeliť do niekoľkých skupín:

1. reakcia nulová:

- podľa zákonodarcu reakcia nebola potrebná, po uplynutí šiestich mesiacov v dôsledku straty platnosti nesúladných ustanovení síce ustanovenia, ktoré boli „označené“ ústavným súdom ako nesúladné s ústavou, prestali byť súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky, ale nič nebránilo aplikácii príslušného právneho predpisu – bola možná a nevyvolávala osobitné problémy;

2. reakcia v čase a „klasická“:

- zákonodarca reagoval nielen v čase, ale „klasicky“ - štandardnou legislatívnou technikou a v štandardnom legislatívnom procese prijal právne riešenie akceptujúce nález ústavného súdu a prijal novú právnu úpravu alebo jej novelizáciu, ktoré boli bezprostrednou reakciou na nález ústavného súdu (napr. klasickou reakciou na nález ústavného súdu PL.

ÚS 25/05 zo 7. júna 2006 vyhláseného v zbierke zákonov 19. júla 2006 pod. č. 460/2006 Z. z. bolo prijatie novely zákona č. 461/2003 Z. z., a to zákona č. 529/2006 Z. z. účinného od 1. októbra 2006, ktorým sa riešili nároky na invalidné dôchodky vzniknuté za účinnosti predchádzajúcej právnej úpravy, ako aj reakcia na nález ústavného súdu PL. ÚS 15/06 z 20. mája 2009 vyhláseného v zbierke zákonov 1. októbra 2009 týkajúceho sa problematiky zbraní a streliva, prijatím novely zákona č. 190/2003 Z. z. o strelných zbraniach a strelive a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov účinnej od 1. novembra 2009, a to zákona č. 440/2009 Z. z.);

3. reakcia logická:

- zákonodarca reagoval na nález ústavného súdu zrušením ustanovenia, vysloveného ako nesúladneho s ústavou (napr. PL. ÚS 26/01), aj keď išlo vlastne o „zopakovanie“, resp. „premietnutie“ nálezú ústavného súdu do právneho predpisu, legislatívno-technickým vypustením nesúladneho ustanovenia z právneho predpisu, a to napriek priamym de facto ex constitutione derogačným účinkom čl. 125 ods. 3 ústavy. Z rozhodovacej činnosti ústavného súdu však vyplýva, že aj reakcia „logická“ by sa mala pohybovať v limitoch čl. 125 ods. 3 ústavy, inak je právne irelevantná;

4. reakcia mimoriadna:

- ústavný súd vyhlásil celý zákon za nesúladný s ústavou (PL. ÚS 29/05, a to zákon č. 335/2005 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku), avšak zákonodarca v šesťmesačnej lehote ustanovenej v čl. 125 ods. 3 ústavy na tento nález nezareagoval. Až 4. marca 2010 prijal nový zákon č. 101/2010 o preukazovaní pôvodu majetku, ktorý nadobudne účinnosť 1. januára 2011. Zákonodarca reagoval na nález ústavného súdu novou komplexnou právnou úpravou preukazovania pôvodu majetku, ale až takmer jeden a pol roka od vyhlásenia nálezú ústavného súdu; vzhľadom na právny charakter riešenej problematiky je táto mimoriadna reakcia zákonodarcu akceptovateľná;

5. reakcia neštandardná

- zákonodarca reagoval na vyslovenie nesúladu zákona č. 458/2003 Z. z. o zriadení Špeciálneho súdu a Úradu špeciálnej prokuratúry a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a súvisiacich ustanovení príslušných právnych predpisov upravujúcich otázky týkajúce sa Špeciálneho súdu s označenými článkami ústavy v náleze ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 17/08 z 20. mája 2009, ktorý bol uverejnený v zbierke zákonov 17. júla 2009 pod č. 290/2009 Z. z., ešte pred uverejnením nálezú v zbierke zákonov, keď prijal 18. júna 2009 zákon o Špecializovanom trestnom súde a o zmene a doplnení niektorých

zákonov, ktorý bol vyhlásený v zbierke zákonov pod č. 291/2009 Z. z., presne v deň vyhlásenia nálezu ústavného súdu;

6. reakcia vylučujúca účinky nálezu ústavného súdu:

- zákonodarca v nadväznosti na prijatie nálezu ústavného súdu z 19. októbra 2005 vyhláseného v zbierke zákonov 30. decembra 2005 pod č. 638/2005 Z. z. „obišiel“ prijatím ústavného zákona z 20. apríla 2006 č. 254/2006 Z. z. o zriadení a činnosti výboru Národnej rady Slovenskej republiky na preskúmavanie rozhodnutí Národného bezpečnostného úradu účinného od 11. mája 2006 nález ústavného súdu, ktorý rozhodol o neústavnosti § 30 ods. 4 až 7 zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov, a ktorý sa týkal zriadenia „odvolacej komisie“, ktorú zákonodarca nahradil „preskúmavacím výborom“ zriadeným už uvedeným ústavným zákonom; postavenie „kritizovaného“ druhostupňového správneho orgánu v štruktúre orgánov Národnej rady Slovenskej republiky tým de facto zachoval a jeho názov len „kozmeticky“ upravil.

2. SPÔSOB INTERPRETÁCIE NÁLEZOV ÚSTAVNÉHO SÚDU ĎALŠÍMI SUBJEKTMI

V právnoaplikačnej praxi sa aj vo vzťahu k ústavnému súdu uplatňuje základné interpretačné pravidlo zakotvené v čl. 152 ods. 4 ústavy, podľa ktorého výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s ústavou. Ide o generálny interpretačný princíp uplatňovaný ústavným súdom aj vo svojej rozhodovacej činnosti.

Táto interpretačná klauzula (požiadavka) sa v rozhodnutiach ústavného súdu vyskytuje spolu v 449 prípadoch, z toho

	počet prípadov
do 1. júla 2001 celkom	28
v konaní podľa čl. 125 ods. 1 písm. a) ústavy	6
v nálezoch vydaných v tomto konaní	6
v konaní podľa čl. 127 ústavy	0
v nálezoch vydaných v konaní podľa čl. 127 ústavy	0
v konaní podľa čl. 130 ods. 3 ústavy	9
v nálezoch vydaných v tomto konaní	7

od 1. júla 2001 celkom	421
v konaní podľa čl. 125 ods. 1 písm. a) ústavy	16
v nálezoch vydaných v tomto konaní	4
v konaní podľa čl. 127 ods. 1 ústavy	381
v nálezoch vydaných v tomto konaní	122

Uplatnenie tohto interpretačného princípu prevažuje v konaní o individuálnych sťažnostiach. V konaní o súlade právnych predpisov je uplatnenie tohto princípu typické najmä v konaniach, v ktorých ústavný súd návrh odmieta, t. j. v zásade v nemeritórnych rozhodnutiach, resp. návrhu nevyhovuje, čo vlastne zodpovedá podstate konania o súlade právnych predpisov, kde prvotným účelom tohto konania je posúdenie jeho súladu s ústavou, a nie jeho interpretácia potrebná na ústavne konformnú aplikáciu právneho predpisu, ako je to v individuálnych veciach.

K spôsobu interpretácie nálezov ústavného súdu možno uviesť nasledovné postrehy:

1. Všetky orgány verejnej moci sú povinné interpretovať výklad ústavných zákonov, zákonov a ďalších právnych predpisov v súlade s generálnym interpretačným princípom zakotveným v čl. 152 ods. 4 ústavy, podľa ktorého takýto výklad musí byť v súlade s ústavou.

V konaní o súlade právnych predpisov by použitie tohto pravidla malo byť skôr výnimočné. V tejto súvislosti treba uviesť, že rastie počet návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov, v ktorých súdy síce navrhujú vysloviť nesúlad právnych predpisov, ich častí, jednotlivých ustanovení, avšak s očakávaniami „získania“ výkladu toho právneho predpisu, ktorý majú vo svojej rozhodovacej činnosti aplikovať v náleze ústavného súdu.

2. Účinky nálezov vydaných v konaní o súlade právnych predpisov platia ex nunc, nie späť. Za neštandardnú potom možno uviesť interpretáciu nálezu ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 12/05 z 28. novembra 2007 uverejneného v zbierke zákonov 23. januára 2008 pod č. 15/2008 Z. z., ktorý sa týka posúdenia ústavnosti „zmrazovania“ valorizácie platov sudcov posúvaním nadobudnutia účinnosti zákonného mechanizmu tohto zvyšovania zakotveného v § 77 zákona č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediach a o zmene a doplnení niektorých zákonov ustanovené v čl. IV. tohto zákona, ktorý sa zákonmi č. 185/2002, a č. 502/2003, prijímanými na jednotlivé kalendárne roky, posúval a z tohto dôvodu ústavný súd prijal návrh na posúdenie týchto „termínovo limitovaných zákonov“ na ďalšie konanie za účelom posúdenia ich súladu s čl. 1 ods. 1, čl. 2, čl. 141 ods. 1a 2 a s čl. 144

ods. 1 ústavy. Nie neštandardná legislatívna technika, ale neštandardná interpretácia nálezu ústavného súdu týkajúca sa uplatňovania nárokov dotknutých sudcov je v pozornosti záujmu legislatívnych odborníkov.

3. V súvislosti s aplikáciou nálezu sp. zn. PL. ÚS 38/03, ktorého účinky „nastali“ jeho uverejnením 15. júla 2003 v zbierke zákonov pod č. 396/2004 Z. z., ktorým ústavný súd vyslovil nesúlad § 38 ods. 4 zákona č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení neskorších predpisov s čl. 20 ods. 1 druhou vetou a s čl. 20 ods. 1 a 4 v spojení s čl. 12 ods. 2 ústavy a s čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd v spojení s čl. 14 dohovoru sa začala rozchádzať rozhodovacia prax všeobecných súdov, ako aj rozhodovacia prax jednotlivých senátov ústavného súdu. Keďže právna interpretácia tohto nálezu zo strany jednotlivých senátov ústavného súdu nebola jednotná, ústavný súd v súlade s § 6 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov, podľa ktorého plénum ústavného súdu rozhoduje o zjednotení odchylných právnych názorov senátov, prijal uznesením č. k. PLz. ÚS 1/06-4 z 11. októbra 2006 zjednocujúce stanovisko týkajúce sa aplikácie nálezu č. k. PL. ÚS 38/03-39 zo 17. mája 2004, v ktorom uviedol v bode 2. výroku označeného uznesenia, že

„Stratou účinnosti a následne platnosti § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z. na základe nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky č. k. PL. ÚS 38/03-89 zo 17. mája 2004 o nesúlade § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z. s čl. 20 ods. 1 druhou vetou v spojení s čl. 13 ods. 3 a 4 Ústavy Slovenskej republiky, uverejneného v Zbierke zákonov Slovenskej republiky 15. júla 2004, sa obnovuje znenie § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní platné a účinné do nadobudnutia účinnosti zákona č. 138/2003 Z. z., t. j. do 1. júna 2003.“ Týmto zjednocujúcim stanoviskom nálezu ústavného súdu sa eliminovala/odstránila odlišná interpretácia nálezu ústavného súdu aj samotným ústavným súdom...

3. ZÁVERY

1. Výklad nálezov ústavného súdu vydaných v konaní o súlade právnych predpisov nesmie byť popretím ich obsahu.

2. Vyrovnanie sa zákonodarcu s nálezmi ústavného súdu má svoju legislatívne, časové a ďalšie úskalí.

3. Z časových úskalí možno uviesť

- šesťmesačnú lehotu na zosúladienie právnych predpisov s ústavou ,
- skutočnosť, že účinky nálezu nastávajú ihneď jeho vyhlásením, pričom v poradí prvým z nich je podľa čl. 125 ods. 3 ústavy strata účinnosti nesúladných ustanovení právneho predpisu,
- ignorovanie splnenia povinnosti zakotvenej v čl. 125 ods. 3 ústavy má za následok stratu platnosti nesúladných ustanovení právneho predpisu.

4. Analyzujúc reakcie zákonodarcu na nálezy ústavného súdu vydané v konaní o súlade právnych predpisov je potrebné uviesť, že nesplnenie povinnosti podľa čl. 125 ods. 3 ústavy má/môže mať fatálne dôsledky z hľadiska aplikácie takého právneho predpisu. Pokiaľ sú však za nesúladne s ústavou vyhlásené „parciálne“, autonómne pôsobiace ustanovenia, je právny predpis aplikovateľný aj po vyhlásení nálezu a pri nesplnení povinnosti ustanovenej v čl. 125 ods. 3 ústavy.

5. Reakcia zákonodarcu na nález ústavného súdu by vždy mala zodpovedať štandardnej ústavnej, právnej a legislatívnej kultúre uplatňovanej v právnom štáte.

Contact – email

gajdosikova@concourt.sk

QUAE SUNT CAESARIS, CAESARI: NÁBOŽENSKÉ ODKAZY V JUDIKATUŘE

PETR JÄGER

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá charakterem zdánlivé anebo skutečné nábožensky zabarvené argumentace v judikatuře soudů, se zvláštním ohledem na právní interpretaci v české judikatuře. V úvodu jsou pojednány obecné aspekty náboženské neutrality práva. Těžiště statě je tvořeno zhodnocením přípustnosti důrazu na náboženské hodnoty při interpretaci a aplikaci práva, zvláště pak mimoprávních odkazů v odůvodnění soudních rozhodnutí, se zaměřením na odkazy náboženské (zejm. biblické). Teoretické závěry jsou konfrontovány s vybranými případy rozhodnutí českých vrcholných soudů.

Key words in original language

Náboženská neutralita práva; hodnotově orientovaná interpretace práva; náboženské hodnoty v právu; právní argumentace; judikatura; sekulární stát; právo a náboženství.

Abstract

Article deals with problem of (actual or alleged) religious arguments in judicial opinions, especially in relation to Czech case-law. Initially, the general principles of religious neutrality are mentioned. Main part of the article focuses on relevance and permisibility of extra-legal arguments in judicial reasoning, especially religious references (biblical quotations). Theoretical conclusions are confronted with selected decisions of Czech courts.

Key words

Religious neutrality of law; religious values in law; legal reasoning; judicial opinions; case-law; secular state; law and religion.

1. ÚVOD

Předmětem zájmu této statě je interpretace práva ve světle náboženských norem a doktrín, a zejména pak odůvodňování soudních rozhodnutí, a to s přihlédnutím k české právní praxi.¹ Nic se nezdá v České republice tak vzdáleno potřebám právní vědy, než otázka teoretického zkoumání faktického či žádoucího vztahu práva a náboženských hodnot či pravidel.

¹ V podstatně rozšířené podobě je stat' součástí dizertační práce autora.

Česká sekularizovaná společnost je obvykle dávána do protikladu k západní, zejm. americké realitě, kdy je náboženský prvek ve veřejném či přímo politickém životě mnohem výrazněji zastoupen. Otázky vztahu práva a náboženství však nepovažujeme ani v našich podmínkách za téma, které je vyčerpáno odkazem na reliktní charakter vlivu náboženských hodnot toliko ve specifických oblastech práva (právní úprava svobody náboženského vyznání, svobody svědomí, uzavírání sňatků apod.).² Zdá se naopak, že společenský vývoj v západní společnosti v posledních letech stojí před novými výzvami, problémy a rovněž i konflikty, které souvisí s (kulturní) globalizací a přistěhovalectvím z především islámských zemí.

V souladu s výše uvedeným úzkým zaměřením příspěvku se hodláme věnovat v první části stanovení určitého rámce, u něhož vyvozujeme nastavení referenčních kritérií pro hodnocení (míry) náboženské angažovanosti právní argumentace. Ve druhé části se pak bude jednat o zamyšlení nad konkrétními případy české judikatury, v níž se vyskytují (skutečně či zdánlivě) náboženské odkazy.

2. NÁBOŽENSKÁ NEUTRALITA PRÁVA

Za metodologicky nezbytný krok považujeme v první řadě předložení úvah o definici samotného pojmu *náboženství*. Zdá se, že právní věda s tímto fenoménem operuje přinejmenším ve dvou různých významech.³ V prvním případě se jedná o situace, kdy stát rozpoznává subjektivní přesvědčení určitých osob o preferovaných hodnotách či preferovaném chování a z určitých pohnutek, nejčastěji liberálních právně politických pozic, takové přesvědčení předvídá, poskytuje mu prostor nebo dokonce ochranu. Tento přístup je patrný v koncepcích ústavních záruk svobody náboženského vyznání a konfesního práva,⁴ kdy se takřka bezvýjimečně jedná o normy, které samy o sobě nějaký náboženský prvek či přímo cíl nevyjadřují. Druhý přístup, který je typický pro úvahy právně teoretické, se projevuje v nakládání s náboženstvím jako s autonomním mimoprávním normativním systémem, který může být z různých pohledů v poměru konkurence, komplementarity či indiference apod. k normativnímu systému právnímu. Toto vymezení pak dává základ klasickým právně filosofickým úvahám o vztahu práva a náboženství coby systému norem, podobně jako

² Srov. Maršálek, P. *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, s. 29.

³ Stranou našeho zájmu jsou nyní přístupy dalších humanitních věd: sociologie, filosofie, antropologie, psychologie, politologie apod., z nichž se každá nepochybně vyznačuje rozdílnými přístupy.

⁴ V českých podmínkách poukážme na čl. 15 a čl. 16 Listiny základních práv a svobod, zákon č. 3/2002 Sb., o svobodě náboženského vyznání a postavení církví a náboženských společností a o změně některých zákonů (zákon o církvích a náboženských společnostech), a na řadu jednotlivých norem konfesního práva napříč právním řádem.

v případě morálky. Tento pohled je oproti prvnímu zužující a z širokého komplexu náboženské teorie i praxe vybírá toliko (abstraktní) pravidla chování. Je notorií, že metafyzický (nikoliv nutně teistický, úzce náboženský, nýbrž i toliko hodnotový) přesah práva lze nalézt u přirozenoprávních koncepcí a naopak právně pozitivistické teze právo od jakýchkoliv údajných vyšších zdrojů oddělují.

Aniž bychom se nyní chtěli blíže věnovat výkladu základních úskalí při pokusech definovat právním jazykem *náboženství*, podotýkáme, že pracujeme s *širší* definicí, které abstrahuje od zavádějící české etymologie, která v tomto slově předjímá pozitivní přesvědčení o *bohu* či *bozích*. Tento přístup se neomezuje toliko na teistické („tradiční“) věroučné systémy, které jsou vlastní historické zkušenosti occidentální civilizace, nýbrž aspiruje na univerzální platnost zahrnutím i netypických náboženských systémů. Zároveň však zahrnuje i přesvědčení, která existenci nadpřirozeného jsoucna popírají (ateismus). Jako nejvhodnější definice *náboženství* se nám proto jeví tato: Jedná se o „stanoviska týkající se metafyzické reality, a víra, pravidla chování a praxe z nich vycházející, přičemž tato stanoviska nemohou být ověřena právními prostředky, zvláště pokud jsou mimo rozum či poznání.“⁵ Z tohoto pohledu otázka náboženské neutrality práva neleží v rovině požadavku na indiferenci právní normy vůči jakémukoliv pravidlu, které je seznatelné v teorii či praxi existujících náboženských směrů. Hraničním kriteriem pro posouzení normy jako nábožensky angažované či neutrální je zohlednění vazby některého z jejích prvků na existenci či neexistenci metafyzické reality.⁶ Ne každé pravidlo, byť by bylo součástí praxe klasického teistického náboženského vyznání, je v tomto směru pravidlem, které přímo předpokládá existenci (typicky) boha. Naopak řada těchto pravidel již zcela ztratila (nebo případně nikdy neměla) religiozní charakter, neboť upravuje bezezbytku např. vztahy mezi lidmi a širší společností je internalizovala jako pravidla (hodnoty) morální či kulturní. Jinými slovy řečeno, rozlišujeme mezi náboženskými pravidly, která sledují účel výhradně religiozní a náboženskými pravidly, u nichž lze sledovat i účel sekulární.

Český ústavní pořádek obsahuje výslovný imperativ náboženské neutrality státu a nástrojů, které používá, tedy i práva a soudů, které je aplikují. Čl. 2 odst. 1 Listiny základních práv a svobod říká, že: „Stát je založen na demokratických hodnotách a nesmí se vázat ani na výlučnou ideologii, ani na náboženské vyznání.“ Povahou tohoto požadavku se i v českém právním prostředí zabývala řada akademiků, ovšem s různými výsledky.

⁵ V zásadě podle Edge, P. W. *Religion and law: An introduction*. Aldershot: Ashgate, 2006, 160 s.

⁶ Nyní pomíjíme, že samotná doktrína nábožensky neutrálního práva je v jistém ohledu dle výše uvedené definice nábožensky angažovaná, a nikoliv neutrální, neboť i ona akcentuje *určitý* vztah k metafyzické náboženské realitě, jakkoliv tu neprosazuje ani nepopírá.

V zásadě se můžeme v politické filosofii setkat se dvěma přístupy: radikálním a umírněným (plynulá škála).⁷ První vychází ze striktního požadavku, aby právo nebralo ohled na mimoprávní existenci představ kohokoliv o jakémkoliv nadpřirozeném jsoucnu, tedy aby právo zavazovalo bez výjimek všechny na bázi formální *rovnosti*. Ve zcela praktické rovině je často poukazováno na tzv. francouzský model laického státu, který je založen právě na revoluční myšlénce *rovnosti* všech občanů. Radikálním požadavkem je, aby právní řád neakceptoval žádné z hodnot, které lze označit jako náboženské a aby obsahoval i minimum norem, které tuto oblast upravují, resp. aby tyto normy neměly charakter výjimky z obecného pravidla (např. typicky normy provádějící svobodu vyznání). Naopak zvláštní (speciální) přístup státu (prostřednictvím práva) k oblasti náboženských vztahů může být považován za zpochybnění státní svrchovanosti.⁸ Častým argumentem rovněž je teze, že žádné náboženské pravidlo se nikdy nemůže stát pravidlem kulturním, morálním či jinak obecně akceptovaným, nýbrž, že si navždy ponechává svůj náboženský charakter a je tedy pro právo neakceptovatelným.⁹

Umírněný přístup k problematice je založen na východiscích *svobody* jednotlivce a vymezení maximálního prostoru, který mu stát k realizaci této svobody dává. V abstraktní rovině se stát hodnotově nezřiká své historie, kulturního vývoje,¹⁰ byť zahrnuje i elementy náboženského přesvědčení obyvatel. V této souvislosti poukážeme především na přístup reprezentovaný německým právním filosofem Ernst-Wolfgang Böckenfördem se zkušeností soudce Spolkového ústavního soudu: Z jeho prací o vzniku a sebelegitimizačních snahách státu je znám jeho tzv. paradox demokracie: *Svobodný, sekularizovaný stát žije z předpokladů, které sám nemůže garantovat*. Jinými slovy moderní sekulární (nenáboženský) stát, včetně tradice osvícenství, je úzce svázán

⁷ Např. Grimm, D. Conflicts between general laws and religious norms. In *Cardozo Law Review*, Červen 2009, s. 2373: sekularizmus militantní na jedné straně a sekularizmus respektující a ochraňující na straně druhé.

⁸ Soubor statí k doktríně laického státu, zvláště ve vztahu k uvažovanému uzavření konkordátu Pavlíček, V. O české státnosti 3. Demokratický a laický stát. Praha: Karolinum, 2009, 544 s. Srov. k tomu opačně ale i např. odlišné stanovisko soudců Pavla Holländera a Jiřího Malenovského proponující přípustnost určitých odchylek od principu rovnosti ve prospěch katolické církve (speciální úprava konkordátem by byla výjimkou z rovnosti církví a náboženských společností; ve výše uvedeném kontextu je jakákoliv speciální úprava právního postavení církví nebo dokonce jedné z církví výjimkou z rovnosti ostatních subjektů / občanů atp.).

⁹ Zgonjanin, S. Quoting the Bible: The Use of Religious References in Judicial Decision-Making, 9 *N.Y. City L. Rev.* 31, 2005, ss. 31-91.

¹⁰ Srov. např. Preambuli Ústavy či „hodnotové“ nálezy Ústavního soudu: zejm. sp. zn. Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993

s judeokřesťanskou tradicí, ze které vzešel, jakkoliv se snaží tvářit univerzálně – řekli bychom – hodnotově neutrálně.

V tradiční německé ústavní doktríně – která je rovněž často terčem kritiky – se dokonce hovoří o „ústavním předpokladu“ (Verfassungsvoraussetzung), že porozumění ústavním normám vychází rovněž z hodnot západního křesťanství.¹¹ Domníváme se, že právo (zákonodárce) nemůže odhlížet především od těch hodnot, zvyků a tradic, které sice mají původ v nějakém (dominantním) náboženství, ale různými vývojovými procesy ztratily charakter norem náboženských a jsou nyní obecnou součástí kulturního národního dědictví, sdíleného věřícími i nevěřícími. Typickou a zcela aktuální reflexí tohoto je názoru je třeba argumentace použitá Josephem H. H. Weilerem před Velkým Senátem Evropského soudu pro lidská práva ve věci Lautsi proti Itálii.¹²

Otázka nakolik a za jakých podmínek se může stát nějaké náboženské pravidlo právně závazným není v zásadě v dnešní problematizována. Hans Kelsen použil příměr k řeckému mýtickému králi Midasovi, který vše čeho se dotkl proměnil ve zlato. Stejně tak právo, na co ukáže, stává se právem.¹³ Tedy je to nakonec vždy stát (zákonodárce), který rozhoduje, jakou roli náboženským hodnotám či normám přisoudí. Náboženská pravidla jsou se sekulárním státem slučitelná pokud si nenárokují absolutní platnost (závaznost) pokud zůstávají slučitelná s veřejným pořádkem.¹⁴

Interakce náboženských norem a hodnot na jedné straně a práva na straně druhé se může projevat v mnoha rovinách: od právně politické, přes legislativní až po interpretační a aplikační rovinu – zejm. judikatorní.

3. MIMOPRÁVNÍ ARGUMENTACE V JUDIKATUŘE

Při úvahách o náboženské argumentaci v judikatuře nutno především uvést, že v odborných právně teoretických textech je obvykle zahrnuta v klasickém tématu přípustnosti citování a odkazování na literaturu, takzvanou sekundární, ať již právní či mimoprávní. Jádro problému pak tvoří případy,

¹¹ Fuchs, C. *Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, s. 23 a násl.; Ladeur, K.-H. The myth of the neutral state and the individualization of religion: The relationship between state and religion in the face of fundamentalism. In *Cardozo Law Review*, Červen 2009, s. 2445 a násl.

¹² Případ široce znám jako „krucifixy v italských školách.“ Předneseno při veřejném slyšení 30. června 2010, záznam jednání přístupný v archivu na <http://www.echr.coe.int>.

¹³ Kelsen, H. *General Theory of Law And State*. Do angličtiny přeložil Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945, s. 161.

¹⁴ Grimm, D. Conflicts between general laws and religious norms. In *Cardozo Law Review*, Červen 2009, s. 2372.

kdy soud přímo interpretuje a aplikuje normu se zřejmým odkazem na mimoprávní argumenty. Pro tyto obecnější závěry si dovoluujeme odkázat na bohatou literaturu českou i zahraniční.

Metodologicky se při zkoumání náboženské nebo nábožensky angažované argumentace v soudních rozhodnutích můžeme nejdříve zaměřit na jednotlivého soudce, jeho právní a mimoprávní názory a zkoumat jeho argumentaci v linii jeho rozhodnutí i s ohledem na podtext a kontext věci. S určitým předporozuměním hodnotám vyznávaných soudcem pak můžeme číst i tak říkajíc mezi řádky a sledovat například, nakolik psané odůvodnění skutečně odpovídá úvahám, které soudci pravděpodobně vyvstávaly na mysli. Tento přístup by svědčil především zastánců právního realismu, jejichž tezí je v zásadě, že konečné odůvodnění rozsudku je zpětně formulovaným zakrytím těch skutečných úvah, na základě kterých soudce subjektivně a skrytě ve skutečnosti rozhodl. I z těchto důvodů jsou například před jmenováním soudců amerického Nejvyššího soudu kandidáti podrobováni veřejné diskuzi a lze setkat i s analýzami judikatury Nejvyššího soudu s pohledu náboženského vyznání soudců. Tento diskurz však v současném českém právní prostředí nemá tradici. Pouze ve zcela výjimečných případech lze nalézt pokusy o veřejnou diskuzi o mimoprávním hodnotovém zakotvení soudce, zpravidla nikoliv na stránkách odborného tisku, přičemž nejčastěji sledovaným kritériem je v tomto ohledu politická (stranická) afiliace soudce. Určitou výjimkou je procedura vyslovení souhlasu se jmenováním soudce Ústavního soudu, která probíhá v Senátu Parlamentu České republiky, kde v praxi bývá prostor i pro hodnocení kandidáta nad rámec jeho čistě odborné způsobilosti, a to i s přesahy do médií.

Druhý metodologický přístup může spočívat v kvantitativní či kvalitativní analýze judikatury, zejm. analýze jazykové. Právní vědec se v takovém případě musí spoléhat toliko na skutečné slovní vyjádření přímé či nepřímé, které v textu judikátu nalezne. To má především své meze praktické. V českých právnických elektronických systémech je k dnešnímu dni již přes 100 000 tisíc rozhodnutí nejvyšších soudních instancí. Je tedy zřejmé, že systematicky analyzovat citovanou a odkazovanou literaturu – tedy jednotlivě pročítat všechna rozhodnutí – je nad rámec schopností a možností jednotlivce.¹⁵ Ze zahraničních zkušeností je nicméně patrný trend vzestupu role a významu sekundární literatury v soudních rozhodnutích. Zejména v judikátech amerických soudů pak i argumentace nábožensky orientované.

¹⁵ Pro inspiraci možno poukázat na úspěšné pokusy o takovou analýzu v zahraničí: Smyth, R. Citing Outside the Law Reports: Citations of Secondary Authorities on the Australian State Supreme Courts Over the Twentieth Century. In Griffith Law Review, Volume 18, č. 3, 2009, s. 692 a násl. V dostupných akademických zdrojích jsou nejčastěji zastoupeny analýzy judikatury federálních soudů Spojených států amerických, zejm. soudu Nejvyššího. Námi nalezené články týkající se úzce náboženské argumentace soudů jsou výhradně z amerického prostředí.

Dále poznamenejme, že obsah (šíře) odůvodnění judikátu nepochybně souvisí i s jeho rozsahem (délkou), která je různá v rozličných právních kulturách. Z nedávné konference *Odůvodnění soudního rozhodnutí*, která proběhla na Ústavním soudu České republiky,¹⁶ vyplynulo, pokud tyto závěry zjednodušíme, že např. francouzská bezmezná důvěra v zákon umožňuje soudci odůvodnění v rozsahu několika set slov, v Německu se uvádí průměrná délka odůvodnění asi 2000 slov, a nejdelší odůvodnění nalezneme právě v USA.¹⁷

Délka odůvodnění, a tedy i rozsah použité argumentace, odráží i odlišné účely, které můžeme v institutu odůvodnění sledovat. Tedy například v kontinentální kultuře neosobní a za zákon se schovávající styl argumentace má za cíl účastníka přesvědčit o autoritě zákona. V tradici *common law* jde naopak především o subjektivní názor soudce, což se rovněž projevuje v osobním přístupu a v častém institutu tzv. odlišných stanovisek, která vyjadřují menšinový osobní názor ostatních soudců. V kontinentální kultuře odlišná stanoviska soudců, vyjma nejvyšších či ústavních soudů, nemají tradici, neboť by (patrně) oslabovaly autoritu zákona a jeho aplikace soudem. Právě takový osobní (subjektivní) styl odůvodnění tenduje k vyjadřování i mimoprávních stanovisek soudce, přičemž teorií, snažících se význam odůvodnění soudního rozhodnutí podchytit, je celé řada.

V zásadě lze v této chvíli říci, že jakákoliv argumentace sekundární literaturou (komentáře k zákonům, slovníky, články, monografie, zcela mimoprávní beletrie, poezie, apod.) vždy vyvolává přinejmenším otázky ohledně soudní svévole a záruk spravedlivého procesu.

4. NÁBOŽENSKÁ ARGUMENTACE V JUDIKATUŘE

Pokud se v judikátu objeví náboženské pravidlo, v podmínkách západní civilizace typicky citace bible, vyvstávají však i otázky další, a to již zmíněná náboženská neutralita státu – tedy soudu – a rovněž i nestrannosti soudce ve vztahu k účastníku soudního řízení a případně jeho náboženskému přesvědčení.¹⁸

¹⁶ Mezinárodní konference *Odůvodnění soudního rozhodnutí*, 9. - 10. 11. 2010, kterou pořádali: Ústavní soud České republiky, Nejvyšší soud České republiky, Nejvyšší správní soud České republiky ve spolupráci s Centrem právní komparatistiky Právnické fakulty University Kalovy v Praze a Institutem pro procesní právo university Freiburg za podpory Alexander von Humboldt Stiftung a Nadace Hugo Grotius. Viz <http://www.usoud.cz/clanek/4027> [navštíveno 11. 11. 2010]

¹⁷ Dle přednášky prof. Marijana Pavčnika na výše uvedené konferenci.

¹⁸ Omezení pro formulování názoru soudu spatřujeme především v rovině ústavní a v rovině právně teoretické. Lze setkat ještě dále s názory formulujícími limity profesně etické a rovněž odkazujícími na soudcovskou *moudrost*, srov. Idlemann, S. C. The limits of

V těchto obavách o udržitelnost soudního rozhodnutí ve světle ústavních kritérií spatřujeme tyto faktory: Domníváme, se při posouzení přípustnosti takové argumentace hraje roli to, o *jaký druh* náboženského pravidla se jedná a *jakou roli* v odůvodnění hraje.

Náboženské normy, jak se domníváme, se totiž vlivem kulturních a sociálních faktorů mohou stát pravidly či hodnotami obecně akceptovanými. Takové pravidlo zpravidla nevyhází nutně z přímého předpokladu existence nějaké vyšší metafyzické síly. Obsahově takové pravidlo získalo sekulární obsah. Například v judikatuře amerických federálních soudů se ze všech biblických odkazů nejčastěji vyskytuje poučka: „Nikdo nemůže sloužit dvěma pánům.“ V českém prostředí je ještě více než ve Spojených státech zřejmé, že si pouze minimum soudců i účastníků řízení vybaví u tohoto „úsluví“ původní biblický kontext.¹⁹ Uvedené poučka bývá v praxi soudů aplikována na situace střetu zájmů u advokátů zastupujících více klientů.²⁰

S přihlédnutím ke shora vymezené definici *náboženství* si již v této fázi dovoluujeme vyslovit dílčí závěr, že otázky kolem náboženské neutrality práva vyvolávají toliko „pravé“ náboženské reference, které výslovně předpokládají existenci či neexistenci boha (či jiné metafyzické síly), u nichž ani není možný přenos významu sekulárního charakteru. V takovém případě se totiž v zásadě jedná o „běžný“ mimoprávní – a nikoliv náboženský – úsudek soudce.

Druhé dílčí pravidlo, které by dle našeho názoru mělo být respektováno, je nikoliv zásadní role náboženského (mimoprávního) argumentu v celkové konstrukci odůvodnění. Klasická teorie dělí právní závěry soudů na ty nosné (s určitou další strukturou) a na tzv. *obiter dicta*. S ohledem na vázanost soudů právem (zákonem) a povinnost v odůvodnění vyložit své právní závěry k danému případu, je zřejmé, že udržitelným je takové odůvodnění soudního rozhodnutí, kde nosné důvody rozhodnutí jsou založeny výhradně na úvahách právních a kde argumenty náboženské (mimoprávní) působí toliko nad rámec úvah právních, dotvářejí širší kontext rozhodnutí a napomáhají srozumitelnosti úvah soudce. Oprávněnou kritiku si dle

religious values in judicial decision making. In *Marquette Law Review*. Volume 81, č. 2, Winter 1998, ss. 563-567.

¹⁹ Mt 6, 24

²⁰ Zgonjanin, S. Quoting the Bible: The Use of Religious References in Judicial Decision-Making, 9 *N.Y. City L. Rev.* 31 (2005), s. 61.

našeho názoru zaslouží pouze judikáty, v nichž by právní úvahy byly těmi mimoprávními zcela zastřeny.²¹

5. NÁBOŽENSKÉ CITACE V JUDIKATUŘE ČESKÝCH SOUDŮ

Úvodem je nutno poznamenat, že při práci s dostupnými elektronickými databázemi nemá uživatel v zásadě jiný prostředek než fulltextové vyhledávání, kde na základě náhodně zvolených slov zkouší nalézt rozhodnutí, v němž se nalézají typická náboženská citace. Při nesystematické práci s dostupnou judikaturou je tedy výsledek rešerše v podstatě náhodný.²² Přesto dosavadní výsledky vypovídají alespoň o tom, že nastíněný fenomén i v české judikatuře existuje, pročež je vhodné mu věnovat odbornou pozornost. Pozitivní nález, v oblasti našeho zájmu, vykazuje dle našich zjištění judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, přičemž se jedná o přibližně jednu desítku rozhodnutí.

První kategorii judikátů tvoří rozhodnutí, v nichž určitá náboženská materie tvoří nikoliv právní, nýbrž v zásadě skutkový stav. V judikatuře Nejvyššího správního soudu to jsou zejména rozhodnutí v azylových věcech, kde státní orgán přezkušoval uchazeče o azyl, kteří tvrdili, že jsou ve své zemi pronásledovanými katolíky, ze základních otázek katolické teologie.²³ O talmudu (a jeho obsahu) se například hovoří ve skutkových okolnostech rozpuštění Dělnické strany.²⁴ Tato skupina rozhodnutí, byť se v nich může jednat o relativně obsáhlé citace z náboženských textů, však nyní stojí stranou našeho zájmu, neboť tyto zjevně nepronikají do právních úvah soudu.

Druhou (stěžejní) kategorii judikátů tvoří rozhodnutí, v nichž je explicitní náboženský (zejm. biblický) odkaz již součástí závěrů (či východisek) soudu. Zůstaneme-li u Nejvyššího správního soudu, nelze nezmínit rozsudek zabývající se povahou mešního vína.²⁵ Při výkladu účelu dotčeného ustanovení ve vinařském zákoně²⁶ si soud vypomohl citací

²¹ srov. Idlemann, S. C. The limits of religious values in judicial decision making. In *Marquette Law Review*. Volume 81, č. 2, Winter 1998, s. 560 a literaturu tam uvedenou

²² Takový výsledek např. nemá vypovídací schopnost ve vztahu k podílu rozhodnutí s náboženskou (mimoprávní) argumentací na celkovém objemu judikatury.

²³ Rozsudek NSS ze dne 19. 8. 2004, sp. zn. 4 Azs 152/2004; rozsudek NSS ze dne 28. 7. 2005, sp. zn. 2 Azs 128/2005; usnesení NSS ze dne 20. 8. 2009, sp. zn. 2 Azs 25/2009.

²⁴ Rozsudek NSS ze dne 17. 2. 2010, sp. zn. Pst 1/2009

²⁵ Rozsudek NSS ze dne 29. 1. 2008, sp. zn. 2 As 54/2007

²⁶ § 16 odst. 6 zákona č. 321/2004 Sb., o vinohradnictví a vinařství

Lukášova evangelia: „A vzav kalich, a díky činiv, řekl: Vezměte jej a dělte mezi sebou. Nebo pravím vám, žeť nebudu pít z plodu vinného kořene, ažť království Boží přijde.“²⁷ Na základě specifického náboženského významu přisuzovaného biblí i vnitřními církevními předpisy vínu používanému v křesťanské liturgii, dospěl soud k závěru, že interpretované ustanovení vinařského zákona, hovoří-li o mešním vínu, je součástí záruk ústavně zakotvené církevní autonomie, a pokud v zásadě upravuje rozhodování o producentech mešního vína (tedy vína pro úzce náboženské účely), je takové rozhodnutí vnitrocírkevního charakteru a soudy jej nepřezkoumávají.²⁸

Jedna z hlavních pasáží nálezu Ústavního soudu ve sporu o ochranu osobnosti novináře Ivana Breziny proti Miloši Zemanovi²⁹ je uvozena slovy: „B) Čest a dobré jméno osoby jsou hodnoty náležející do kulturního dědictví naší civilizace mající kořeny v křesťanství a judaismu („Vzácnější jest jméno dobré než bohatství veliké, přízeň lepší než stříbro a zlato.“ Kniha přísloví, kap. XXII v.1, Kaz. 7.1.). Jakkoliv se obsah a rozsah této hodnoty v čase mění, lze dospět k závěru, že její součástí jsou i ta pravidla, která se objevují v etických kodexech různých profesí, tj. i profese novinářů.“ V tomto případě se jednalo o uvozující úvahu k podrobným právním rozborům obsaženým v obsáhlém nálezu. První věta zjevně naznačuje výše naznačený jev společenské internalizace základních judeokřesťanských hodnot západní civilizací. Soudíme, že se zde jedná o typický případ, kdy náboženská hodnota získala i svůj sekulární charakter a není důvod její přítomnost v odůvodnění judikátu problematizovat. Obdobný postup lze dále spatřit i v usnesení týkajícím se soudní úpravy styku prarodiče s nezletilým vnoučetem.³⁰ V reakci na konfliktní mezigenerační situaci Ústavní soud uvedl: „Pro všechny generace navíc platí obecná pobídka, že dítě je povinno své rodiče ctít a respektovat (§ 35 zákona o rodině), což je nepochybně zároveň obecným mravním ideálem (Exodus 20,12; Efezským 6,1-4).“³¹ I zde se jedná o výslovně zmíněný posun náboženského významu uvedeného pravidla do roviny obecně morální.

²⁷ Lk 22, 17 - 18

²⁸ Na použitém biblickém citátu je zajímavé i to, že ačkoliv se ve věci jednalo o mešní víno pro potřeby katolické církve, archaický jazyk výňatku je převzat z překladu bible kralické, kterou, jak známo z televizního seriálu F. L. Věk, katolická církev nepoužívala.

²⁹ Nález ÚS ze dne 11. 11. 2005, sp. zn. I. ÚS 453/03

³⁰ Usnesení ÚS ze dne 27. 8. 2008, sp. zn. I. ÚS 2750/07

³¹ Citát: „Cti svého otce i matku, abys byl dlouho živ na zemi, kterou ti dává Hospodin, tvůj Bůh.“; resp. „Děti, poslouchejte své rodiče, protože to je spravedlivé před Bohem. ‚Cti otce svého i matku svou‘ je přece jediné přikázání, které má zaslíbení: ‚aby se ti dobře vedlo a abys byl dlouho živ na zemi.‘“

Mezi dalšími případy, kdy Ústavní soud použil odkaz určité biblické pravidlo (citát), uveďme náleze³² ve věci, kdy stěžovatelka záměrně správnímu úřadu nesdělila svou adresu pro doručování, správní úřad však nevyužil zákonných možností (porušil zákonnou povinnost) pro zjištění jejího pobytu a bez dostatečných důvodů jí ustanovil opatrovníka jako osobě neznámého pobytu. Ústavní soud na adresu argumentační strategie uplatněné správním úřadem kromě jiného uvedl: „Porušení vlastních povinností totiž zásadně nelze omlouvat porušením povinností ze strany jiných (srov. Mt 7, 3).“³³ Dále uveďme usnesení,³⁴ v němž se Ústavní soud zabýval důkazní situací v rozhodnutí o vině v trestním řízení: „Stěžovatel se sám znevěrohodnil díky svým vlastním teoriím o skutkovém ději, které v průběhu řízení podstatně měnil, aniž by kterékoliv z nich mělo oporu v jiných zjištěních (Mt 12, 37).“³⁵ Rovněž následující usnesení³⁶ odkazuje stěžovatele na bibli. Ve sporu advokáta o výši přiznané odměny a náhrady hotových výdajů Ústavní soud uvedl: „Podstata ústavní stížnosti nespočívá v nesouhlasu se skutečností, že stěžovateli nebyla přiznána odměna za jím poskytnuté právní služby, nýbrž v tom, že mu byla tato odměna dána jiná (Lk 10, 7a) než požadoval, neboť výše odměny za jeden úkon právní služby byla obecnými soudy posouzena odlišně, a i některé konkrétní úkony byly posouzeny odlišně.“³⁷

Ve výše uvedených případech byly k hlavní argumentaci Ústavního soudu připojeny biblické odkazy na pasáže (jejichž přiléhavost ponechám na posouzení čtenáři), bez dalšího korigujícího vysvětlení. I v těchto případech vzhledem ke kontextu věci a zejména s ohledem na charakter odkazovaných citátů považujeme uvedenou argumentaci za přípustnou, neboť i zde lze dovést nenáboženský záměr soudu. Použité odkazy mají spíše charakter literárních obrátů, zvláště pak „tříška v oku bratra“ či „právo dělníka na mzdu“ se staly součástí běžného jazyka.

Za příklad problematické argumentace, tedy *jednoznačně* náboženské, si dovoluujeme uvést usnesení³⁸ Ústavního soudu v řízení, v němž se stěžovatelka domáhala práva na spravedlivý proces ve vztahu k řízení před

³² Nález ÚS ze dne 7. 8. 2007, sp. zn. II. ÚS 1090/07

³³ Citát: „Jak to, že vidíš třísku v oku svého bratra, ale trám ve vlastním oku nepozoruješ?“

³⁴ Usnesení ÚS ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. II. ÚS 2666/08

³⁵ Citát: „Neboť podle svých slov budeš ospravedlněn a podle svých slov odsouzen.“

³⁶ Usnesení ÚS ze dne 23. 8. 2006, sp. zn. II. ÚS 435/06

³⁷ Citát: „V tom domě zůstaňte, jezte a pijte, co vám dají, neboť ‚hoden je dělník své mzdy‘!“

³⁸ Usnesení ÚS ze dne 18. 4. 2006, sp. zn. II. ÚS 150/06

obecnými soudy, které bylo zastaveno pro nezaplacení soudního poplatku. Ústavní soud uvedl, že „z argumentace stěžovatelky jednoznačně vyplývá, že příslušný soudní poplatek zaplatit nehodlala. ... Poukazem na ústavně zaručená základní práva totiž nelze zakrývat svůj vlastní nesprávný postup (srov. 1 Petr 2, 16).“ Odkazovaný citát totiž zní: „Jste svobodní, ale ne jako ti, jimž svoboda slouží za plášť nepravosti, nýbrž jako služebníci Boží.“ Ze samotného textu plyne, že citát spojuje svobodný status, v němž se měla (analogicky či přiměřeně) nacházet stěžovatelka, s existencí boha, což považujeme za jasné stanovisko úzce náboženského charakteru, dle výše nastíněných pravidel obtížně obhajitelné. Svou roli však zde hraje, stejně jako u předchozích případů, jako zmírňující element, zároveň okrajovost použitého argumentu.

V přehledu příkladů z judikatorní praxe jsme dosud poukazovali výhradně na odůvodnění soudních rozhodnutí. Že se náboženské citace v českém prostředí neobjevují jen v klasických odůvodněních dokládá *odlišné stanovisko* soudce Ústavního soudu Jiřího Nykodýma k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 32/08,³⁹ kde byla posuzována otázka připuštění soudního přezkumu kárných provinění vězňů: „Představa, že soudní přezkum je vše napravujícím řešením pro dosažení spravedlnosti je rovněž iracionální. ... Snaha po dosažení spravedlnosti proto nemůže jít do krajnosti. Prostě všeho moc škodí a jak se to docela výstižně říká v knize Kazatel ‚Spravedlivý hyne i při své spravedlnosti a svévolník dlouho žije i při své zlobě. Nebud’ příliš spravedlivý ani nadmíru moudrý; proč by ses měl zničit?‘ (Kaz 7, 15-16).“ Tímto citátem si zároveň dovoluujeme své úvahy uzavřít.

6. ZÁVĚR

Pokusili jsme se ve stručnosti načrtnout rámec problematiky náboženské neutrality práva a přípustnosti náboženské argumentace (citace) v soudních rozhodnutích. Judikatura českých soudů dosud z tohoto pohledu nebyla zpracována a zdá se, že i dosud známé případy naznačují potřebu hlubší analýzy a právně teoretického zhodnocení. Dospěli jsme k závěru, že ve většině zkoumaných případů se *náboženská* argumentace prolíná s morální či kulturní tradicí západní společnosti, avšak lze nalézt i případy, kdy soudem použitý argument již nemá jiného výkladu než úzce náboženského, nad rámec obecnějších hodnot platných ve společnosti.

Literature:

- Edge, P. W. Religion and law: An introduction. Aldershot: Ashgate, 2006, 160 s. ISBN 0-7546-3047-1

³⁹ Nález ÚS ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 32/08

- Fuchs, C. Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, 324 s. ISBN 3-16-147214-4
- Grimm, D. Conflicts between general laws and religious norms. In *Cardozo Law Review*, Červen 2009, ss. 2369-2382.
- Idlemann, S. C. The limits of religious values in judicial decision making. In *Marquette Law Review*. Volume 81, č. 2, Zima 1998, ss. 563-567.
- Kelsen, H. General Theory of Law And State. Do angličtiny přeložil Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945, reprint 2009, 516 s. ISBN 1-886-363-74-9
- Ladeur, K.-H. The myth of the neutral state and the individualization of religion: The relationship between state and religion in the face of fundamentalism. In *Cardozo Law Review*, Červen 2009, ss. 2445-2471.
- Maršálek, P. Právo a společnost. Praha: Auditorium, 2008, 260 s. ISBN 978-80-903786-8-1
- Pavlíček, V. O české státnosti 3. Demokratický a laický stát. Praha: Karolinum, 2009, 544 s. ISBN 978-80-246-1642-1
- Smith S., D. Legal Discourse and the De Facto Disestablishment. In *Marquette Law Review*. Volume 81, č. 2, Zima 1998, ss. 203-227.
- Smyth, R. Citing Outside the Law Reports: Citations of Secondary Authorities on the Australian State Supreme Courts Over the Twentieth Century. In *Griffith Law Review*, Volume 18, č. 3, 2009, ss. 692-724.
- Weinstein, J. B. Does religion have a role in criminal sentencing? In *Touro Law Review*, Vol. 23, č. 3, 2007, ss. 539-560.
- Zgonjanin, S. Quoting the Bible: The Use of Religious References in Judicial Decision-Making, 9 N.Y. City L. Rev. 31, 2005, ss. 31-91.

Contact – email

14422@mail.muni.cz

APLIKÁCIA PRÁVA A ODÔVODNENIE SÚDNYCH ROZHODNUTÍ

JAROSLAV JAKUBČO - IMRICH KANÁRIK

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika - Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language

Vstup Slovenskej republiky do Európskej únie so sebou priniesol zmeny v mnohých oblastiach spoločenského a hospodárskeho života. Jednou z výrazne dotknutých sfér bol aj právny poriadok SR spolu s doktrinálnym aparátom naviazaným na tvorbu a súdnu aplikáciu právnych noriem. Súdny dvor Európskej únie, ktorého rozhodnutia majú precedenčnú povahu a sú záväzné aj na území SR, postupne núti právnu teóriu, ale aj právnu prax, aby prispôsobila svoje dogmatické závery o formálnej nezáväznosti judikatúry. S takto zmeneným pohľadom na záväznosť súdnych rozhodnutí je organicky spojená požiadavka na tvorbu konzistentných a argumentačne dokonalých odôvodnení súdnych rozhodnutí. Cieľom príspevku je poukázať na existujúce pravidelné nedostatky v odôvodneniach súdnych rozhodnutí. Obsahom prípevku je tiež sumár súdnych rozhodnutí v spojení s relevantnými poznatkami právnej teórie.

Key words in original language

Odôvodnenie; súdne rozhodnutie; precedens.

Abstract

Membership of Slovak republic in the European Union brings with changes in many social and economical domains. One of the most touched element is legal system of the Slovak republic together with his doctrinal structure and judicial application of law rules. Court of justice of the European Union with its legally binding decisions, which has precedental character, changes doctrinal summaries about formal not binding character of judicature. With such a changed view on the binding character of judgements is joined with a request for making perfect substantiation of judgements. The main goal of the article is to point at common errors of the judgement substantiations. Object of this article is also the summary of relevant precedences combined with opinions of the law theory authorities.

Key words

Substantiation; judgement; precedent.

Úvod

Sudcovská tvorba práva sa v súčasnom kontinentálnom systéme práva javí ako nezastaviteľný a stále sa prehĺbujúci proces. V rámci tohto procesu preberajú orgány aplikujúce právo niektoré pravidlá vlastné pre angloamerický systém práva, avšak v dôsledku chýbajúcej ustálenej a všeobecne uznanej doktríny sú tieto pravidla využívané len ad hoc, pričom majú skôr podobu akýchsi vágnych odporúčaní, ktoré sa len opatrne uplatňujú v súdnom systéme.

Štáty, v ktorých boli prijaté písané ústavy, si osvojili základnú premisu ústavnosti, t.j. že zákon odporujúci ústave nemôže byť platný¹. Ústavu a ústavné zákony sú povolané vykladať všetky orgány aplikujúce právo, avšak najvyššou autoritou je v tejto oblasti Ústavný súd Slovenskej republiky. Zásadné myšlienky z rozhodovania ústavného súdu sa formujú do podoby právnych viet, ktoré predstavujú zovšeobecnené závery získané pri nachádzaní právnych noriem s potenciálnym nárokom na ich generálnu právnu záväznosť.

So vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie došlo k významným zmenám ekonomickým a rovnako významné zmeny nastali v oblasti aplikácie práva. Do slovenského právneho poriadku bolo prevzaté množstvo právnych noriem a s nimi nevyhnutne nastúpili aj zvýšené nároky na všetky orgány aplikujúce právo.

V spojení s judikatúrou Súdneho dvora Európskej únie (ďalej aj „Súdny dvor EÚ“) nevyhnutne vyvstala otázka hraníc jej záväznosti, ako aj problémy pri jej vyhľadávaní a oboznamovaní sa s jej obsahom, súčasne sa tiež znovu otvorila otázka záväznosti vnútroštátnej judikatúry.

Doktríny platné pre kontinentálnu právnu kultúru už nie je možné akceptovať v pôvodne platnej podobe, ale je potrebné ich prehodnotiť a zohľadniť pritom právny vývoj, ktorý nastal v dôsledku rozhodovacej činnosti Súdneho dvora EÚ v rámci právnych poriadkov všetkých členských štátov Európskej únie.

Judikatúra Súdneho dvora EÚ nevyhnutne smeruje k pretváraniu náuky o prameňoch práva a priamo mení doposiaľ zdanlivo nemenný rozsah formálnych prameňov vnútroštátneho práva. Pokiaľ totiž bez výhrady akceptujeme všeobecnú precedenčnú záväznosť judikatúry Súdneho dvora

¹ Ondrová, J. : Konanie o kontrole právnych predpisov pred Ústavnými súdmi Slovenskej a Českej republiky, Banská Bystrica : Právnická fakulta UMB v Banskej Bystrici, 2009, s. 10

EÚ, prečo by sme nemali rovnako nazerať aspoň na judikatúru ústavného súdu, ktorý má v súdnom systéme postavenie najvyššej authority.

Postavenie judikatúry v kontinentálnom type právnej kultúry

Na úvod tohto príspevku je vhodné ustáliť pojmy judikatúra a precedens, ktoré sú bežne v praxi používané, napriek tomu ich obsah nie je všeobecne známy a ustálený.

Judikát v širšom slova zmysle je akékoľvek rozhodnutie súdu, a to bez ohľadu nato, či sa stalo právoplatným, alebo bolo v procesnom postupe zmenené, či zrušené. Pojem judikatúra je potom možné všeobecne definovať ako súbor judikátov vydaných súdmi určitého štátu v rámci civilného procesu.²

Judikát v užšom slova zmysle je súdnym precedensom, teda rozhodnutím súdu, ktoré po prvý krát rieši právny prípad, ktorý dotedy nebol predmetom rozhodovania súdov.³

Obe vyššie uvedené definície zároveň vymedzujú pojem judikát vo formálnom slova zmysle. Materiálne poňatie pojmu judikát vyžaduje, aby odôvodnenie rozhodnutia malo určitú argumentačnú kvalitu a mohlo tak byť zdrojom právneho diskurzu.

Pojem precedens je vlastný angloamerickej právnej kultúre a v právnej praxi na Slovensku je zaužívaný pojem judikát a s tým súvisiaci pojem judikatúra.

Precedens je uznávaný ako formálne záväzný prameň práva v angloamerickej type právnej kultúry a v medzinárodnom práve. V kontinentálnom type právnej kultúry nie sú rozhodnutia vyšších súdov formálne všeobecne záväzné a vymáhatel'né, avšak kľúčové judikáty, vytvorené podľa zákonov a normatívnych právnych zmlúv majú kváziprecedenčný význam⁴.

V prísnom náhľade na judikát ho nie je možné v zmysle platných právnych noriem SR považovať za prameň práva. Naopak v praxi niet žiadnych pochyb o precedenčnej povahe a všeobecnej právnej záväznosti rozhodnutí Európskeho súdneho dvora ako aj Súdu prvého stupňa.

² Pozn. vlastná definícia autora J. J.

³ Pozn. vlastná definícia autora J. J.

⁴ Večeřa, M. a kol. : Teória práva, Žilina : Poradca podnikateľa, 2008, s. 77

Pre pochopenie historickej pozície judikatúry v kontinentálnom type právnej kultúry je vhodné citovať čl. 5 francúzskeho Code civil z roku 1804, ktorý stanovil, že „sudcom je zakázané rozhodovať spôsobom všeobecným a nariaďujúcim o prípadoch, ktoré sú im predložené“. Rovnako rakúsky všeobecný občiansky zákonník (ABGB) z roku 1811 v § 12 výslovne zakázal normatívne pôsobenie sudcovských rozhodnutí, ktoré „nikdy nemajú moc zákona“. Na tomto vzťahu bola dlho postavená celá kontinentálna právna kultúra a uvedené doktríny sú stále prítomné aj v myslení slovenských sudcov, ktorých navyše ovplyvnil aj silný právny pozitivizmus presadzovaný v našich podmienkach v období do roku 1989. Znakmi zákonného pozitivizmu sú vylúčenie normatívnej funkcie judikatúry ako aj vysoký stupeň formalizmu pri výklade zákona⁵.

Zákonný pozitivizmus ako prístup k aplikácii práva sa tak javí ako neudržateľný v podmienkach vytvorených vstupom SR do Európskej únie. Na základe čl. 220 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva Súdny dvor EÚ zabezpečuje nielen jednotný výklad a používanie zakladajúcich zmlúv, ako prameňov komunitárneho práva, ale odvodzuje z nich aj nové pravidlá prostredníctvom výkladu existujúcich prameňov práva a v rámci svojej konkrétnej rozhodovacej činnosti⁶. Prostredníctvom judikatúry Súdneho dvora EÚ tak nevyhnutne dochádza k skrytej normotvorbe prostredníctvom súdneho orgánu navonok prezentovanej ako výklad prameňov práva a vyplňanie medzier v práve. Úloha Súdneho dvora EÚ ako neformálneho normotvorcu je všeobecne akceptovaná, a to aj napriek tomu, že tento súdny orgán nebol v zmysle citovaného článku Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva splnomocnený na tvorbu, prípadne „odkrývanie“ nových pravidiel komunitárneho práva⁷. Právna povaha a všeobecná záväznosť judikatúry Súdneho dvora EÚ spolu s celoeurópskymi zmenami právnej kultúry majú značný vplyv aj na postupnú zmenu vnútroštátnych doktrín v oblasti prameňov práva a aplikácie práva. Tento zmenený náhľad bol prezentovaný vo viacerých rozhodnutiach Ústavného súdu SR, ktoré budú predmetom analýzy v ďalšom texte.

⁵ Kúhn, Z. : Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize, Praha : C. H. Beck, 2005, s. 4

⁶ Kľučka, J. - Mazák, J. a kol. : Základy európskeho práva, Bratislava : Iura Edition, 2004, s. 132

⁷ Kľučka, J. - Mazák, J. a kol. : Základy európskeho práva, Bratislava : Iura Edition, 2004, s. 132

Judikatura a medzery v zákone

Judikatura sa v našom právnom poriadku môže stať prameňom poznania práva, a to predovšetkým v pozícii nástroja na „vyplňanie“ medzier v zákone (práve). Problematika medzier v zákone (práve) je predmetom rozsiahlych polemík v právnej teórii.

Podľa názorov jednej skupiny právnych teoretikov právne medzery existujú. Pojem úplnosti právneho poriadku je „racionalistický ideál“, ktorý však nesmie byť zamieňaný s realitou. Normatívne medzery sú preto nevyhnutným znakom každého právneho poriadku existujúceho v sociálnej realite⁸.

Podľa názorov zástancov druhej koncepcie je právny systém úplný a existujú len medzery v zákone ale nie v práve. Dôkazom toho je aplikácia zákazu odmietnutia spravodlivosti v súdnej praxi. Sudca totiž musí rozhodnúť aj vtedy keď mu zákon nehovorí ako má rozhodnúť (mlčanie, nejasnosť, nedostatočnosť zákona). Musí si pomôcť interpretáciou alebo analógiou, rozhodnúť však môže len podľa práva. Ak rozhodol podľa práva, nemôže sa jednať o medzeru v práve.⁹

Každá z uvedených koncepcií tak uznáva minimálne existenciu medzier v zákone, čo vytvára nevyhnutný priestor pre tvorivú činnosť sudcov, ktorí môžu právo nachádzať a prezentovať ho spoločnosti v podobe judikatury. Tvrdenia druhej skupiny právnych teoretikov sú ľahšie udržateľné z dôvodu, že pokiaľ by sme akceptovali existenciu medzier v práve a zároveň trvali na zákaze odmietnutia spravodlivosti, potom by sudca bol nútený rozhodnúť aj prípad, o ktorom právo mlčí. To znamená, že by právo vytvoril a takýto záver je neprijateľný v právnom štáte založenom na princípe trojdelenia štátnej moci.

Je možné prijať záver, že judikatura nemusí zasahovať do zákonodarnej moci, ale môže byť prínosom pri nachádzaní právnej normy, ktorá v danej situácii neexistovala v jednoduchej písanej forme, ale bola skrytá v texte celého právneho predpisu, prípadne skrytá aj v mimoprávnych normatívnych systémoch.

⁸ Kúhn, Z. : Aplikace práva vo zložitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Praha : Karolinum, 2002, s. 4

⁹ Knapp, V. : Teorie práva, Praha : C. H. Beck, 1995, s. 66

Závaznosť judikatúry

Z vyššie uvedených záverov vyplýva, že judikatúra ako prameň poznania práva si nevyhnutne nachádza svoje miesto v právnom myslení orgánov aplikujúcich právo na vnútroštátnej úrovni. V danej súvislosti je potrebné poukázať na rámec pôsobenia, ktorý jej dávajú v súčasnosti platné právne predpisy.

Na jednej strane je tu ust. § 2 ods. 3 zák. č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podľa ktorého je sudca pri výkone svojej funkcie nezávislý a pri rozhodovaní viazaný len Ústavou SR, ústavným zákonom, medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 Ústavy SR a zákonom. Právny názor Ústavného súdu Slovenskej republiky obsiahnutý v jeho rozhodnutí vydanom v konaní podľa čl. 125 ods. 1 Ústavy SR na základe návrhu súdu je pre súd rovnako záväzný.¹⁰

Vychádzajúc len z tohto zákonného výpočtu prameňov práva by bolo možné prijať predčasný záver o tom, že vnútroštátna judikatúra je pre aplikačnú prax irelevantná a nemôže byť všeobecne záväzná.

Na strane druhej podľa § 22 ods. 1 zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov na zabezpečenie jednotného výkladu a jednotného používania zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov najvyšší súd zverejňuje súdne rozhodnutia zásadného významu a prijíma stanoviská k zjednocovaniu výkladu zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov.

Rovnako podľa § 6 zákona č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov odchyľne právne názory jednotlivých senátov sa zjednocujú uznesením pléna Ústavného súdu. Senát ústavného súdu je v ďalšom konaní viazaný uznesením pléna.

Z posledne citovaných ustanovení jasne vyplýva, že judikatúra si nárokuje pozíciu všeobecne záväzného prameňa poznania práva podporeného autoritou ústavného súdu a najvyššieho súdu. Tieto orgány súdnej moci majú vzhľadom k svojmu postaveniu v súdnom systéme k dispozícii aj zákonné prostriedky na zaistenie rešpektovania judikatúry súdmi nižšieho stupňa. Zjednocovanie a zverejňovanie judikatúry cestou ústavného súdu a najvyššieho súdu nepochybne pôsobí na celú právnickú obec a takáto judikatúra nemôže byť ponechaná bez povšimnutia, a to ani s poukazom na ust. § 2 ods. 3 zák. č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

¹⁰ čl. 144 ods. 2 Ústavy SR

V daných súvislostiach je potrebné upriamiť pozornosť na nález III. ÚS 192/06 z 3. novembra 2006, v ktorom Ústavný súd SR konštatoval: „Podľa názoru ústavného súdu, ak súd rieši právnu otázku (tú istú alebo analogickú), ktorá už bola právoplatne vyriešená podstatne odlišným spôsobom bez toho, aby sa argumentačne vyrovnal so skoršími súdnymi rozhodnutiami, nekoná v súlade s princípom právnej istoty v zmysle čl. 1 ods. 1 ústavy a môže tým porušiť aj právo účastníka súdneho konania na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy.“

Pre odôvodnenia rozhodnutí Ústavného súdu SR sa postupom času stalo typickým, že odkazujú na svoju konštantnú judikatúru tohto orgánu a závery obsiahnuté v tejto judikatúre potom patria medzi nosné dôvody rozhodnutia v prípadoch, ktoré sú v podstatných znakoch podobné veciam už rozhodnutým. Pre ilustráciu je možné uviesť Uznesenie Ústavného súdu SR č. k. I. ÚS 210/09 – 30 zo dňa 17.8.2009, kde je obsiahnutý nielen odkaz na konštantnú judikatúru ústavného súdu, ale aj priamy pokyn Najvyššiemu súdu, aby v prejednávanej veci analyzoval, vyhodnotil a zohľadnil aktuálnu judikatúru Európskeho súdu pre ľudské práva.

Právny poriadok Slovenskej republiky je svojimi právnymi, ale aj myšlienkovými základmi veľmi blízky právnemu poriadku Českej republiky, preto je namieste uviesť aj názory českej súdnej praxe na danú problematiku.

Ústavný súd ČR pod sp. zn. III. ÚS 470/97 vo svojom náleze uviedol, že bezdôvodné opomenutie rozhodnutia najvyššieho súdu môže nadobudnúť rysy jurisdikčnej ľubovôle, teda môže byť protiústavné, pokiaľ sa všeobecný súd odchýli od ustálenej rozhodovacej praxe, bez toho, aby dostatočným spôsobom vyložil dôvody, pre ktoré túto prax odmietol.¹¹ Ústavný súd tak zdôraznil význam judikatúry a poukázal tým na prekonanie tézy o normatívnej irelevancii judikatúry vyšších súdov, čím urobil ďalší krok na ceste k priblíženiu sa tradícii krajín common law. Obdobne v tejto súvislosti rozhodol aj Najvyšší súd ČR, keď v uznesení sp. zn. 29 Odo 551/2006 zo dňa 27. apríla 2006 uviedol, že pokiaľ súd bez vysvetlenia opomenie pre účastníka priaznivú judikatúru uverejnenú v zbierke súdnych rozhodnutí a stanovísk, pričom na túto judikatúru bol navyše účastníkom výslovne upozornený, táto skutočnosť sama o sebe významne oslabuje presvedčivosť jeho rozhodnutia. Ide tiež o jav, ktorý oslabuje predvídateľnosť súdneho rozhodnutia, čo nie je možné najmä v praxi odvolacích súdov tolerovať.

Nad rámec príspevku je problematika nemennosti rozhodnutí v druhovo rovnakých veciach z pohľadu odklonu od zásady stare decisis.

¹¹ Bobek, M. - Kúhn, Z. - Polčák, R. : *Judikatura a právní argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou*, Praha : Auditorium, 2006, s. 41

Rozpor vo vnútroštátnej judikatúre, teda situácie, kedy súd v dvoch obdobných veciach rozhodne odlišne predstavuje navyše aj porušenie Dohovoru o ochrane ľudských práv, čo konštatoval Európsky súd pre ľudské práva v rozsudku vo veci *Beian v. Rumunsko* (č. 1) zo dňa 6. decembra 2007¹².

Na takto predložených argumentoch sa ako dôvodný javí záver, že vnútroštátna judikatúra súdov vyššieho stupňa (Ústavný súd, Najvyšší súd, prípadne aj krajské súdy) síce nie je prameňom práva vo formálnom zmysle, má však kváziprecedenčnú povahu, je zároveň prameňom poznania práva, preto zaväzuje súdy ako orgány aplikujúce právo, aby pri riešení podobných právnych otázok postupovali rovnako a aby pri svojej činnosti neprodukovali zásadné opozitné rozhodnutia. Pokiaľ sa napriek tomu objavia pri riešení obdobnej právnej otázky navzájom protichodné rozhodnutia, je úlohou pléna najvyššieho súdu alebo pléna ústavného súdu, aby sa tento rozpor odstránil v záujme právnej istoty a predvídateľnosti rozhodovania súdov.

Zároveň však platí, že nie každé rozhodnutie súdu sa môže nazývať judikátom v materiálnom slova zmysle. Preto, aby si rozhodnutie mohlo nárokovať povahu judikátu v materiálnom zmysle slova, musí byť vydané súdom vyššieho stupňa, ktorého odôvodnenie zachováva všetky základné zásady právnej logiky a racionálnej argumentácie tak, aby boli myšlienkové postupy súdu preskúmateľné a verifikovateľné. Žiaden súdny orgán totiž nemôže implicitne používať takú autoritu, aby právne vety jeho odôvodnení mali silu zákona. Právne vety musia byť dôkladne konštruované tak, aby svoju legitimitu čerpali priamo z právneho poriadku a boli postavené na niektorej z jeho právnych noriem a boli podopreté presvedčivosťou celého odôvodnenia. Preto, aby bolo možné súdne rozhodnutie považovať za judikát, musí byť navyše publikované, teda všeobecne dostupné a poznateľné, a to buď vo forme elektronickej, alebo tlačenej. V právnej argumentácii totiž nie je možné použiť ani citovať judikatúru, ktorá nebola nikde publikovaná¹³.

¹² Wilfling, P. : Vzájomne si odporujúca judikatúra je porušením Dohovoru : *Beian v. Rumunsko*, In *Otvorené právo* [cit. 2009-10-28], Dostupné na internete : <http://www.otvorenepravo.sk/m/clanok/13/vzajomne-si-odporujuca-judikatura>

¹³ Bobek, M. - Kúhn, Z. - Polčák, R.: *Judikatura a právni argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou*, Praha : Auditorium, 2006, s. 42

Nedostatky odôvodnení súdnych rozhodnutí

Odôvodnenia súdnych rozhodnutí sa v podmienkach Slovenskej republiky zmietajú vnútorným rozporom. Na jednej strane tu existuje množstvo zbierok súdnych rozhodnutí, ktoré sú dokonca systematizované podľa jednotlivých oblastí a subjektov aplikujúcich právo (napr. Zbierka rozhodnutí vo veciach bezpodielového spoluvlastníctva manželov, Zbierka rozhodnutí Najvyššieho súdu SR) na druhej strane tu je stále daná akási nechuť všeobecných súdov dôsledne sa zaoberať publikovanou judikatúrou. Zásada *iura novit curia* by mala byť obsahovo rozšírená tak, že súd pozná nielen právo, ktoré je „na prvý pohľad“ poznateľné z textu právneho predpisu, ale aj právo, ktoré bolo nájdené v rámci procesu aplikácie práva súdom vyššieho stupňa. Práca s publikovanou judikatúrou si vyžaduje, aby orgán aplikujúci právo hľadal v tejto judikatúre podľa angloamerického vzoru podobnosti a rozdiely, prípadne dôkladnou právnou argumentáciou vyvracal prijaté závery.

Ako najväčší nedostatok súčasného procesu aplikácie práva súdmi sa tak javí vnútorná nejednotnosť pri akceptácii záväznosti judikatúry ako aj neexistencia všeobecne uznaných pravidiel pri práci s judikatúrou. Výsledkom sú potom rozhodnutia, ktoré sa vo svojom odôvodnení nijako nevyporiadajú s existujúcou publikovanou judikatúrou, ktorá podporuje vybrané riešenie prejednávaneho prípadu, alebo je naopak s týmto riešením v rozpore. V angloamerickom právnom systéme sa tieto protirečenia odstraňujú dôsledne pomocou hľadania rozdielov medzi vecou už právoplatne rozhodnutou a medzi vecou prejednanou. Pokiaľ rozdiel nie je nájdený, je možné sa od precedensu odchýliť len za prísne stanovených pravidiel, pričom základom je dôkladná práca s jazykom argumentov.

Ústavný súd ČR a Najvyšší súd ČR zašli v smere akceptácie záväznosti judikatúry omnoho ďalej ako je tomu v podmienkach SR. V predchádzajúcej časti tohto článku bolo poukázané na niektoré rozhodnutia (nález Ústavného súdu ČR sp. zn. III. ÚS 470/97, Uznesenie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 29 Odo 551/2006 zo dňa 27. apríla 2006), ktoré vyzdvihli význam judikatúry a postavili ju na úroveň písaného práva.

Chýbajúce všeobecne akceptované pravidlá pre prácu s judikatúrou majú za následok vznik nasledovných nedostatkov :

Za prvý nedostatok v odôvodneniach rozhodnutí, ktoré pracujú s judikatúrou je možné považovať neúplnú alebo nesprávnu citáciu použitej judikatúry. V angloamerickom právnom systéme prebieha citácia v skratkách. Ako príklad je možné uviesť citáciu rozhodnutia „*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)“, z ktorej vyčítame, že sa jedná o rozhodnutie z roku

1973 publikované v 410. zväzku rozhodnutí Najvyššieho súdu USA (United States Reports), pričom rozhodnutie začína na strane 113.¹⁴ V právnych systémoch, ktoré dlhodobo akceptujú záväznosť judikatúry tak prebieha citácia v skratkách, ktoré sú úsporou času a miesta, teda sú efektívne. Na druhej strane u nás zaužívaná citácia judikatúry len prostredníctvom spisovej značky znemožňuje vyhľadať jej zdroj a verifikovať miesto a spôsob publikácie.

V tomto prípade sa javí ako nevyhnutné zavedenie jednotných citačných pravidiel, napríklad po vzore angloamerických krajín.

Ďalším nedostatkom, ktorý priamo súvisí s prvým bodom je argumentácia nepublikovanou judikatúrou. V záujme preskúmateľnosti právneho diskurzu vedeného pred súdom je potrebné, aby si každý účastník súdneho konania dokázal zaobstarať judikát, ktorý má v zásadnej miere ovplyvniť výsledok jeho sporu. Pokiaľ nie je určité súdne rozhodnutie publikované, nemôže hrať žiadnu autoritatívnu ani argumentačnú úlohu v sudcovskom odôvodnení.¹⁵ V súlade s týmto pravidlom je neprípustný postup, kedy súd rozhodne v merite veci a odkazuje pritom na vlastnú nepublikovanú judikatúru.

Riešením by mohlo byť precizovanie existujúcich nástrojov elektronickej publikácie rozhodnutí (najmä precizovanie nástrojov triedenia a vyhľadávania judikatúry), čím by sa publikované judikáty stali všeobecne dostupnými, známymi a aj použitými v právnom diskurze. Tlačená podoba zbierok súdnych rozhodnutí (judikátov) by mala len podobu doplnku, nakoľko náklady na jej obstaranie, ale aj pomerne dlhý časový odstup od existencie judikátu ju vylučujú ako všeobecný zdroj poznania judikatúry.

Nedostatkom nášho rodiaceho sa systému argumentácie judikatúrou je používanie slovných spojení typu „podľa ustálenej judikatúry“ v podaniach účastníkov, ale predovšetkým v odôvodneniach súdnych rozhodnutí. Takýto bezobsažný odkaz na existujúcu judikatúru bez jej bližšej citácie by nemal zaznieť v žiadnom odôvodnení súdneho rozhodnutia, nakoľko zbavuje účastníkov konania možnosti overiť, či sa v danom prípade skutočne jedná o ustálenú judikatúru (teda pravidelne sa opakujúce rovnaké právne závery vychádzajúce z rovnakého alebo veľmi podobného skutkového stavu), či táto judikatúra skutočne dopadá na posudzovaný prípad a či jej použitie nebolo prekonané neskorším vývojom v oblasti platného práva.

¹⁴ Bobek, M. - Kühn, Z. - Polčák, R.: Judikatura a právní argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou, Praha : Auditorium, 2006, s. 114

¹⁵ Bobek, M. - Kühn, Z. - Polčák, R.: Judikatura a právní argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou, Praha : Auditorium, 2006, s. 118

Právny dosah odôvodnenia súdneho rozhodnutia

Odôvodnenie rozhodnutia nie je záväzné v celom rozsahu, tu je potrebné uplatniť prístup obdobný prístupom vlastným pre precedenčný systém práva. Zďaleka nie každá úvaha súdu obsiahnutá v odôvodnení môže slúžiť ako záväzné pravidlo pre všetky neskoršie kauzy.¹⁶ Len časť rozhodnutia nazývaná *ratio decidendi* sa považuje v angloamerickej právnej kultúre za záväznú, preto je potrebné aj v rámci odôvodnenia rozhodnutia kontinentálneho súdneho orgánu abstrahovať túto časť, pre ktorej označenie sa zaužíval pojem *právná veta*. Ostatné časti rozhodnutia je potrebné považovať za časti bez všeobecnej normatívnej záväznosti, v precedenčnom systéme označované ako *obiter dicta*. Násť právnu vetu v odôvodnení rozhodnutia je pomerne obtiažne, preto je potrebné pomôcť si pravidlami platnými pre hľadanie *ratio decidendi*. Právná veta musí byť normatívnou právnou vetou vyjadrenou s určitým stupňom všeobecnosti, ktorá je zároveň podstatnou pre rozhodnutie v konkrétnej kauze.

Argumentom hovoriacim v prospech všeobecnej záväznosti právnych viet ako prameňa poznania práva je aj rovnosť účastníkov právnych vzťahov, čo predstavuje jeden zo základných ústavných princípov. Nie je prípustné, aby výsledkom posudzovania rovnakého, alebo obdobného skutkového stavu boli diametrálne odlišné rozhodnutia. Ústavu a ostatné právne predpisy je potrebné vykladať rovnako, pričom jedným z mála legitímnych zdrojov ústavne konformného výkladu sú odôvodnenia rozhodnutí ústavného súdu v konaní o súlade právnych predpisov. Pokiaľ by sme akceptovali ako jedinú všeobecne záväznú časť rozhodnutia len jeho výrok, potom by sme aj samotný význam tohto výroku sterilizovali a v zásade mu priznali len význam v konkrétnej kauze. Výrok súdneho rozhodnutia totiž vždy musí byť svojou určitosťou vymedzený ku konkrétnemu prípadu a nemôže tak získať atribúty normatívnosti potrebné pre jeho všeobecnú aplikovateľnosť. V prospech záväznosti právnych viet sa navyše pridáva posledný argument, ktorým je pôsobenie judikatúry Súdneho dvora EÚ. Pokiaľ sme ochotní priznať bez akýchkoľvek výhrad všeobecnú precedenčnú záväznosť rozhodnutí Súdneho dvora EÚ, potom musíme byť pripravený postaviť na rovnakú úroveň prinajmenšom rozhodnutia ústavného súdu. Tento justičný orgán má totiž na vnútroštátnej úrovni rovnaké postavenie a je vybavený obdobnými kompetenciami, akými je vybavený Súdny dvor EÚ na úrovni medzištátnej (európskej). Precedenčná povaha rozhodnutí Súdneho dvora EÚ nie je striktné formulovaná v žiadnom zo zakladajúcich zmluvných dokumentov Európskej únie a napriek tomu ju všetci rešpektujú. Preto je namieste požadovať, aby boli v rovnakej miere všeobecne rešpektované právne vety z rozhodnutí ústavného súdu obsahujúce ústavne konformný výklad. Takýto prístup by nemal byť ani v rozpore s princípom trojdelenia

¹⁶ Bobek, M. - Kühn, Z. - Polčák, R.: *Judikatura a právni argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou*, Praha : Auditorium, 2006, s. 19

štátnej moci, nakoľko ústavný súd právo netvorí, ale ho len prostredníctvom výkladu ústavy nachádza. Nie všetky právne normy sú totiž zreteľné a uchopiteľné len pomocou jednoduchého gramatického výkladu textu právneho predpisu. Niektoré z nich je potrebné nájsť len pomocou komplikovaného vyvažovania právnych princípov a kombináciou viacerých metód výkladu a na takýto prístup je povolaný práve ústavný súd.

Záverom

Poznatky sumarizované v tomto článku naznačujú, že v oblasti aplikácie práva súdmi a s tým úzko súvisiacej oblasti tvorby odôvodnení rozhodnutí stále existujú pomerne vážne systémové nedostatky. Náš právny systém je zasadený do určitých vzťahov daných členstvom v Európskej únii, čo priamo vytvára rámec pre ďalší vývoj v oblasti judikatúry. Nie je možné ďalej ponechávať bez povšimnutia prinajmenšom vyššie uvedené nedostatky, pričom ich odstránenie a nastolenie jasných pravidiel si bude vyžadovať skutočne dlhú cestu.

K danej téme P. Holländer veľmi výstižne uvádza : „Právo vytvára neúplný celok. Nemôžete apriórne v zákonoch vopred opísať všetky možné životné situácie. Pokiaľ sa v dobrej viere človek obráti na súd, je povinnosťou súdu mu dať odpoveď, rozhodnúť o spravodlivosti. A to aj v prípade, pokiaľ by zákon tento prípad bezprostredne neopísal. Ako to urobiť, aby to bolo transparentné systémové premýšľanie, aby to nebola ľubovôľa, ktorá je koncepčne mimo systému, ktorý tu vybudoval zákonodarca, na to existujú metodológie. Tie by sa mali učiť a trénovať v školách. Na západe sa učí právo menej reproduktívne a viac kreatívne. Teda učí sa interpretácia“.¹⁷

Cestou k rozhodovaniu súdov, ktoré sa bude aj navonok javiť spravodlivé, je vnútorne konzistentné a argumentačne odôvodnenie rozhodnutia. To nie je možné zvládnuť bez predchádzajúcej teoretickej prípravy v oblasti metodológie aplikácie práva, bez poznania pravidiel právneho diskurzu a bez osvojenia si zásad výkladu práva (nalézání práva), ktoré boli síce dôkladne prepracované právnymi teoretikmi, ale navonok boli vyjadrené v podobe, ktorej sa väčšina právnikov môže svojím poznaním len veľmi ťažko priblížiť.

Osudom právnikov, ktorí aplikujú právo a vystupujú pritom v rôznych pozíciách, tak zostáva celoživotné vzdelávanie, avšak nie v oblasti platného práva, ktoré sa mení s vysokou frekvenciou, ale najmä v oblasti právnej argumentácie, spôsobov hľadania práva v texte právneho predpisu

¹⁷ Holländer, P. 2009. Sudcov nemožno trestať za rozsudky. In Trend [cit. 2009-05-10], <http://ekonomika.etrend.sk/svet/mozno-zijeme-v-50-rokoch-8.html>

a zrozumiteľného prednesenia nájdených výsledkov účastníkom právneho vzťahu. Pokiaľ by nezaujatý pozorovateľ preskúmal obsahy školení organizovaných pre právnické profesie zistil by, že ich predmetom boli takmer výlučne otázky platného práva vychádzajúce z prvotného náhľadu na text právneho predpisu. Tréningom v oblasti právnej teórie a právnej argumentácie sa nezaobrá takmer nikto. Nemôže byť potom prekvapením, že aj napriek akceptovanej kváziprecedenčnej povahe judikatúry sme stále na začiatku dlhej cesty k argumentačne zvládnutým odôvodneniam právnych rozhodnutí. Judikatúra sa aplikuje živelné bez existencie jasne daných pravidiel, čo nie je žiaduci a ani dlhodobu udržateľný stav.

Na základe uvedených skutočností stojí pred všetkými právnikmi veľká výzva urobiť právny diskurz prebiehajúci pred súdmi zrozumiteľným a preskúmateľným najmä pre samých seba, a to pomocou nástrojov teórie práva. Schopnosť využívať tieto nástroje si je možné osvojiť len cieľným vzdelávaním a tréningom, ktorý musí začať už na pôde právnických fakúlt. Výučba práva u nás tradične zameraná na memorovanie obsahu právnych predpisov je prežitkom a zároveň kladie brzdy do myslenia mladých právnikov, ktorý často považujú právnu normu za totožnú s textom právneho predpisu a pri aplikácii práva zostanú pri prvotnej úrovni nahliadania na právny predpis a neoboznámia sa s jeho skutočným obsahom. Takýto prístup ich pri riešení zložitejších prípadov aplikácie práva zaháňa do slepej uličky končiacej konštatovaním, že „táto situácia nie je platným právom regulovaná“ a rovnaký prístup následne vedie zákonodarcu k prijímaniu nespočetných kauzistických novelizácií právnych predpisov. Následky sú pozorovateľné v právnom systéme aj „voľným okom“, je to predovšetkým narastajúci počet právnych predpisov, ktoré zahŕňujú ich adresátov a sú písané kauzisticky, čo ich de facto vylučuje zo všeobecného pôsobenia.

Nie je možné pred popísanými nežiaducimi javmi zatvárať oči aj keď v dlhodobom horizonte zrejme vymiznú samé, bez cieľného pozitívneho pôsobenia poznatkov právnej teórie, tento prerod však bude zbytočne zdĺhavý a výsledok neistý, preto je načase pomôcť na svet skutočnému systému judikatúry so všetkými znakmi usporiadania a pravidiel, ktoré v sebe každý systém inertne obsahuje.

Literature:

- Barány, E. : *Pojmy dobrého práva*, Žilina : Poradca podnikateľa, 2007, 176 s, ISBN 978-80-88931-75-1
- Beran, K., Gerloch, A., Rudenko, S., Schlosser, H., Večeřa, M. : *Teória práva*, Žilina : Poradca podnikateľa, 2008, 344 s, ISBN 978-80-89363-21-6
- Bobek, M., Kühn, Z., Polčák, R. : *Judikatura a právní argumentace, teoretické aspekty práce s judikaturou*, Praha : Auditorium, 2006, 234 s, ISBN 80-903786-0-9
- Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. : *Teorie práva*, Praha : ASPI publishing, 2003, 323 s, ISBN 80-86395-74-X
- Čorba, J. : *Európske právo na Slovensku, právny rozmer členstva Slovenskej republiky v Európskej únii*, Bratislava : Kalligram, 2003, 566 s, ISBN 80-968886-1-7
- Hanuš, L. : *Právní argumentace nebo svévole, úvahy o právu spravedlnosti a etice*, Praha : C. H. Beck, 2008, 221 s, ISBN 978-806-7400-035-5
- Křučka, J., Mazák, J. a kol. : *Základy európskeho práva*, Bratislava : Iura Edition, 2004, 536 s, ISBN 80-8078-005-6
- Knapp, V. : *Teorie práva*, Praha : C. H. Beck, 1995, 247 s, ISBN 80-7179-028-1
- Král, R. : *Nařízení ES z pohledu jejich vnitrostátní aplikace a implementace*, Praha : C. H. Beck, 2006, 128 s, ISBN 80-7179-548-8
- Kühn, Z. : *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize*, Praha : C. H. Beck, 2005, 201 s, ISBN 80-7179-429-5
- Kühn, Z. : *Aplikace práva vo zložitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*, Praha : Karolinum, 2002, 419 s, ISBN 80-246-0483-3

- Mazák, J., Jánošíková, M. : Výber rozhodnutí súdneho dvora ES, Bratislava : IURA EDITION, 2007, 805 s, ISBN 978-80-8078-169-9
- Ondrová, J. : Konanie o kontrole právnych predpisov pred Ústavnými súdmi Slovenskej a Českej republiky, Banská Bystrica : Právnická fakulta UMB v Banskej Bystrici, 2009, 136 s, ISBN 978-80-8083-730-3

Internetové zdroje :

- Holländer, P. 2009. Sudcov nemožno trestať za rozsudky. In Trend [cit. 2009-05-10],
<http://ekonomika.etrend.sk/svet/mozno-zijeme-v-50-rokoch-8.html>
- Wilfling, P. 2009. Vzajomne si odporujúca judikatúra je porušením Dohovoru : Beian v. Rumunsko. In Otvorené právo [cit. 2009-10-28],
<http://www.otvorenepravo.sk/m/clanok/13/vzajomne-si-odporujuca-judikatura>
- Uznesenie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 29 Odo 551/2006 zo dňa 27. apríla 2006.[cit. 2009-10-28] ,
<http://www.nsoud.cz/rozhod.php?action=read&id=29747&searchstr=29+Odo+551%2F2006>
- Nález Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 192/06 z 3. novembra 2006. [cit. 2009-10-28], :
http://www.concourt.sk/result.do?rsap=I.+%DAS+192%2F06&navrhovatel=*&time_od=1.1.1993&time_do=28.10.2009®ister_rvp=*&roz_podla_cl=*&dokument=*&cl=&ods=&pism=&slovo=&ok=vyh%BEada%9D
- Uznesenie Ústavného súdu SR č. k. I. ÚS 210/09 – 30 zo dňa 17.8.2009. [cit. 2009-10-28], :
http://www.concourt.sk/result.do?rsap=I.+%DAS+210%2F09&navrhovatel=*&time_od=1.1.1993&time_do=28.10.2009®ister_rvp=*&roz_podla_cl=*&dokument=*&cl=&ods=&pism=&slovo=&ok=vyh%BEada%9D

Contact – email

imrich.kanarik@upjs.sk, jjakubco@licitor.sk

PRÁVNĚ TEORETICKÝ VÝZNAM POLITICKÝCH A STÁTNÍCH IDEJÍ PRO PRÁVNÍ INTERPRETACI

PETR KRÁTKÝ

IUDICIUM PRIVATUM, o. s., Česká republika

Abstract in original language

V rámci diskuse o místě právní interpretace v právní teorii příspěvek řeší imanentnost státních idejí v obsahu právního řádu a jejich interpretační význam. Dále se zabývá problémem vlivu politických idejí na účelové změny právní interpretace. Závěrem je zkoumán rovněž problém objektivizace právní interpretace v kontextu politických a státních vlivů.

Key words in original language

Právní teorie; právní interpretace; politické ideje; státní ideje; ovlivnění právní interpretace.

Abstract

Contribution as the part of discussion about role of legal interpretation in the theory of law is focused on legal interpreting significance of ideas of state as the immanent part of legal order. Further is contribution focused on problem of political ideas influence on teleological changes of legal interpretation. Finally is study focused on problem of objectivity of legal interpretation in context with political and state's influence.

Key words

General theory of Law; legal interpretation; Political ideas; Ideas of State; influence on legal interpretation.

1. ÚVOD

Pro správnou systematickou klasifikaci politicky a státně ideového aspektu procesu právní interpretace je třeba rekapitulovat vlastní obsah tohoto pojmu. Jak k danému problému poznamenal akademik V. Knapp: „Interpretace obecně znamená přiřkládání významu znakům, tj. vyjevování významu znaků. Interpretovat lze každý jazykový výraz... právní úkon vyjádřený jazykem... diplomatickou nótu, politický projev, atd. ... i nejazykové znaky, jako jsou konkludentní činy, event. i mlčení, ale i stopy.“¹ Právní interpretace tedy jako pojem v širším smyslu představuje výklad jakéhokoliv společenského fenomenu pomocí právních výkladových prostředků. Naproti tomu výklad práva (interpretaci práva), jako pojem užší chápeme v tradičním právně-teoretickém kontextu, slovy doc. J. Čapka „jako objasnění smyslu a obsahu právních norem, vyjádřených v

¹ Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 1995, s. 168.

normativních aktech, za účelem jejich pochopení a používání“². Vzhledem k tomu, že jak rovněž připomněl V. Knapp, není právní věda vědou axiomatickou, ale argumentační, znamená to, že „poznání práva, právních institutů atd. a důsledně ani zjištění *quid iuris* v určitém případě nelze odvozovat z axiomů, nýbrž je třeba se ho dobrat argumentací pro několik z více možností. ... Prvním úkolem a zároveň předpokladem právní argumentace je tedy poznání významu jazykových znaků vyjadřujících právní normu. Cesta k tomuto poznání je interpretace /výklad/ právního předpisu.“³ Takto uchopený pojem výkladu práva pak nauka tradičně diferencuje na výklad dle interpretujícího, čili dle subjektu, který výklad podává (např. ústavním soudem, vyšším soudem, soudem prvního stupně nebo správním orgánem, dále rozeznává výklad doktrinální čili vědecký a vedle toho i výklad interní nebo též služebně závazný), dle poměru textu ke zjišťovanému obsahu se rozlišuje výklad doslovný, restriktivní a extenzivní, vedle toho členíme výklad dle způsobu interpretace, resp. dle metody. Vlastní interpretační postupy obvykle klasifikují na metody standardní (výklad jazykový, logický a systematický), proti nimž se staví metody nadstandardní (kam patří výklad historický, teleologicko-axiologický a komparativní).⁴ Současně platí, že k postupům nadstandardních interpretačních metod, někdy souhrnně nazývaných interpretací *e ratione legis* (účelem zákona)⁵ se lze *lege artis* uchýlit jedině tehdy, pokud metody standardní nepřinášejí z pohledu interpretujícího jednoznačnou odpověď na řešenou právní otázku, nebo jsou o této odpovědi z právního pohledu dostatečně zřejmé pochybnosti, popř. je při interpretaci nutno řešit nedostatky legislativně technické či metodické povahy (např. v situaci, kdy se zákonodárce uchýlí k právní úpravě obsahově neurčité povahy⁶).

² Boguszak, J. - Čapek, J. - Gerloch, A.: *Teorie práva*, Praha: ASPI Publishing, 2003, s. 143.

³ Knapp, V.: *Opus citatum*, s. 167-168; V. Knap zde rovněž připomíná, že je nesprávné hovořit o interpretaci právní normy, neboť ta je výsledkem interpretace právního předpisu.

⁴ Srv. k tomu též Gerloch, A.: *Teorie práva*, 4 vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 146-151, ISBN 978-80-7380-023-9

⁵ *Ibidem*.

⁶ Příkladem budiž interpretace normativního ustanovení o zákazu činnosti a propagaci politických stran a hnutí ve školách a školských zařízeních, podle něž konstatuje, že: „Ve školách a školských zařízeních není povolena činnost politických stran a politických hnutí ani jejich propagace“ /v § 32 odst. 1 zákona č. 61/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon)/, což by striktním gramatickým výkladem vedlo k totální izolaci těchto vzdělávacích zařízení od politického života. Běžná skutečnost, že se politici (členové politických stran) mohou např. účastnit besed na školách, se v odborném ani všeobecném právním vědomí nevnímá jako porušení zákona, je možná zejména díky historickému výkladu tohoto ustanovení, jakož i systematické interpretaci analogické právní úpravy v zákoně o vysokých školách, podle níž: „Na vysokých školách je nepřipustné zakládat a organizovat činnost politických stran a politických hnutí“ /§ 2 odst. 10 zák. č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a

Zmíněné nadstandardní metody pak v zásadě přinášejí zajímavé problémy v rovině právně teoretické. Z doktrinálního i praktického pohledu totiž nemusí být vždy zcela zřejmé, kdy interpretátor použitím nadstandardních výkladových metod ještě vykládá původní právní úpravu a kdy již jejich použitím tvoří úpravu zcela novou od původní odlišnou a nebo dokonce úpravu vůči původní kontradiktorní. V rovině právní teorie všeobecně známo, že „i aplikátor práva neodvozuje svá rozhodnutí absolutně výlučně z pozitivního práva, ale (zejména soudce) vyplňuje práva legis vacua dotvářením platného práva odvoláním se na nepsané právní principy a překonává nepravá legis vacua interpretací opřenou o psané právní principy, resp. interpretací secundum legem.“⁷

Pokud interpretátor řeší historické, hodnotové nebo srovnávací aspekty dané právní úpravy, dostává se chtě nechtě do roviny idejí, které stály u jejího zrodu. Zkoumá tak mj. politické ideje, vnímané klasickou naukou jako legitimní zdroje přístupů k právu z pohledu de lege ferenda v aspektu právně politickém (legislativním), aby následně analyzoval normativní aspekt státně ideový - tj. myšlenkový obsah, který se do dané právní úpravy skutečně promítl v pohledu de lege lata. Takto uchopený model je typický pro tradiční kontinentální typ právní kultury s jejím důrazem na psané právo, především v podobě zákona, kde právo tvorba je svěřena zejména zákonodárci, zatímco správní či justiční orgán toto právo aplikuje. V právní kultuře angloamerické není, jak je všeobecně známo, z teoreticko-právního pohledu výhradním právo tvůrcem zákonodárce, ale kromě něj i soudce, tvořící precedens jako závazné pravidlo chování.⁸ I zde je však možné vyzorovat parametricky podobný proces politicko-ideového tlaku na opuštění zastaralého precedentu obsahujícího obsoletní státní ideu a jeho nahrazení pravidlem novým, které vyhoví aktuální sociální potřebě (z povahy věci je však anglosaský právní systém prismatem změny státní ideje rezistentnější a z pohledu akcentace aktuální ideje politické méně transparentní).

2. IMANENTNOST STÁTNÍCH IDEJÍ V OBSAHU PRÁVNÍHO ŘÁDU A JEJICH INTERPRETAČNÍ VÝZNAM

Pojem státní ideje není stricto sensu kategorií právně dogmatickou, ale státoprávně filosofickou. Pro tradiční státovědu státní ideje „představuje

doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů/. Rozumí se (historickým výkladem), že zákonodárce v obou těchto ustanoveních reagoval především na historicky existující existenci „paralelních organizačních struktur“, kdy předseda příslušného výboru „strany“ měl de facto větší rozhodovací pravomoc, příp. vzdělávací vliv než řádný akademický funkcionář nebo odborně příslušný pedagog.

⁷ Pinz, J.: Úvod do právního myšlení a státovědy, Praha - Nymburk: OPS, 2006, 2. vydání, s. 146-151, IBSN 80-903773-2-7, s. 175

⁸ Ibidem, s. 48-52.

potom úvahy o důvodu vzniku a trvání státu, o jeho zvláštním poslání nebo úkolu, který plní nebo by měl plnit v obecném životě mezinárodním. Je to vlastně otázka smyslu státu“.⁹ Jako základní myšlenka státního účelu, zahrnující mj. oblast státem a tedy právem chráněných hodnot převažujících v daném historickém a společenském kontextu je státní idea (jako pojem státovědný) do jisté míry odpovídající právovědnému termínu *ratio legis*, tedy smysl zákona.

Zdrojem státních idejí jsou především aktuálně panující ideje politické (někdy ovšem i obecně kulturní, náboženské, sociální a jiné), které jsou sice často protichůdné, ale z pohledu aktuálních společensko-mocenských poměrů se v podobě obsahu vzniklé právní normy složí vždy do konkrétního vektoru reálně uskutečňované státní ideje. Z pohledu státně ideového pak platný právní řád vždy petrifikuje státní ideje, frekventované jako nosné v době vzniku dané právní úpravy. Dokud je hodnotový základ státní ideje promítnuté do právní úpravy souladný s hodnotovým základem společensky převažujících a státním obyvatelstvem, resp. jeho politickou reprezentací uznávaných idejí politických, nevzniká zpravidla potřeba změny právní úpravy. Obsoletnost státní ideje se projevuje společenským tlakem na změnu právní úpravy nebo dokonce na změny státoprávního uspořádání státu, v extrémním případě (pokud se tak neděje z vnějšího zavinění) tlakem na zánik státu. Příkladem budiž idea československé státnosti, která se neukázala být dostatečně silnou pro zachování společného státu, resp. byla opuštěna v době, kdy se politická reprezentace (v tomto případě nikoliv bezprostředně státní obyvatelstvo) rozhodla existenci tohoto státního útvaru ukončit.

Z pohledu interpretačně-metodologického je třeba uzavřít, že státní ideje mají největší význam v rovině právní politiky, jež by měla svým posláním hledat a uskutečňovat státní ideje odpovídající v maximální míře potřebám státního obyvatelstva, popř. je nahrazovat novými, jestliže se jejich aktuálnost vyčerpá. Schopnost porozumění státní ideji je současně *conditio sine qua non* správné interpretace práva aplikačním orgánem správním či soudním.

3. PROBLÉM VLIVU POLITICKÝCH IDEJÍ NA ÚČELOVÉ ZMĚNY PRÁVNÍ INTERPRETACE

Politické ideje jako myšlenky o správném řízení společnosti a s ním spojenou ochranou těch kterých hodnot jsou z teoreticko-právního pohledu, jak bylo výše řečeno, legitimním zdrojem úvah *de lege ferenda*. Pokud k „aktualizaci“ státní ideje dochází prostřednictvím změny právní úpravy řádným legislativním procesem - tedy v rovině právní politiky nenastává

⁹ Srv. k tomu Lakatoš, M. - Pinz, J.: *Idea československého státu*, Odd. I, 1. In *Teorie právního státu*. Grantový projekt GA ČSAV 1993 (nepublikováno).

obvykle právně teoretický problém. Výjimku z výše popsaného stavu představuje účelová reinterpretace „starých“ právních předpisů, při doplňování právního řádu normotvůrcem o předpisy nové, kdy však právní předpisy staré nejsou explicitně derogovány, avšak fakticky dochází k jejich suspendování. Zde budiž zmíněn známý případ z r. 2004. V rámci implementace tzv. evropského zatýkacího rozkazu do českého právního řádu, při neochotě tehdejšího zákonodárce legislativně doplnit text Listiny základních práv a svobod,¹⁰ byl v průběhu legislativního procesu učiněn pokus o překlenutí rozpornosti nově navrhované právní úpravy s textem „listiny“ za pomoci výkladu historického.¹¹

Další problém, se kterým se v této souvislosti v rovině právní teorie setkáváme, nastane, pokud jsou aktuální ideje politické prosazovány nikoli aktualizací státní ideje formou nové právní úpravy, ale (např. z důvodu nedostatečné společensko - politické podpory nových idejí, nebo složitosti legislativního mechanismu) naopak tlakem na judiciální či správní reinterpretaci právní úpravy stávající. Zde je nad jiné vhodným příkladem ústavní nálezn ve věci Lisabonské smlouvy, v němž došlo k suspendaci státní ideje suverénního státu explicitně obsažené v Ústavě České republiky¹², a to

¹⁰ Státní „Občan nemůže být nucen k opuštění své vlasti.“ (čl. 14 odst. 4 USNESENÍ předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ústavní zákon č. 2/1993 Sb. ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.)

¹¹ Předkladatel (v osobě ministra spravedlnosti) se rozpor aktuální a nové právní úpravy pokusil interpretačně překlenout mj. takto: „My vykládáme v podstatě shodně s velkou částí naší akademické obce Listinu historicky, a to tak, že v době jejího přijímání neměl zákonodárce na mysli zákaz vydávání nebo předávání v rámci trestního řízení, ale vyhošťování vlastních občanů do ciziny, a to v přímé reakci na tzv. akci Asanace. Vzhledem k tomu, že článek 14 odst. 4 Listiny zakotvuje právo občana na svobodný vstup občana České republiky na její území, je pravděpodobné, že opuštěním vlasti, o němž hovoří věta druhá stejného ustanovení, měl zákonodárce v Listině na mysli opuštění rázu trvalého, opuštění, po kterém by bylo občanu ve vstupu na území České republiky našimi vlastními orgány bráněno. Pokud by však občan České republiky byl předán k trestnímu stíhání nebo k výkonu trestu do ciziny, nic mu samozřejmě nebrání se na území České republiky svobodně vrátit po ukončení výkonu vazby či trestu odnětí svobody, takže o opuštění vlasti v tomto případě nejde.“ Čermák, K.: prosloveno v parlamentní rozpravě při projednávání vládního návrhu ústavního zákona, kterým se mění ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. /sněmovní tisk 513/ - druhé čtení, dne 2. dubna 2004. Praha [cit. 2010-11-05]. Dostupné z WWW: <<http://www.psp.cz/eknih/2002ps/stenprot/030schuz/s030273.htm>>.

¹² Dle čl. 1 odst. 1 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů je Česká republika „svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na účtě k právům a svobodám člověka a občana.“

v zájmu prosazení politické ideje evropské hospodářsko-politické integrace.¹³

Z tohoto pohledu je krajně nešťastné, pokud státoprávní mechanismy nezaručují v dostatečné míře vzájemné oddělení jednotlivých složek státní moci (např. situaci, kdy zákonodárný sbor konstituuje moc výkonnou a ve spolupráci s hlavou státu jedna z komor parlamentu vybírá členy Ústavního soudu, lze jen obtížně považovat za dobrou realizaci Montesquiého koncepce dělby státních mocí, či za přiměřenou realizaci tradiční anglosaské doktríny Checks and Balances). Logickou skutečností, že totiž soukromý zájem osob v takto konstituovaných orgánech na výkladu práva může být v některých politicko-ideových otázkách shodný, je nutné z pohledu zájmu státního obyvatelstva považovat za vrcholně nežádoucí.

4. PROBLÉM OBJEKTIVIZACE PRÁVNÍ INTERPRETACE V KONTEXTU POLITICKÝCH A STÁTNÍCH VLIVŮ

Objektivitu právní interpretace může v rovině metodologické zajišťovat pouze obecná teorie práva. V kontextu aktuálně probíhajících procesů, jakými jsou zejména globalisace a europeisace, musí doktrína reagovat na nové právní jevy. Aktuální spor o to, zda „pánem zákona“ je jeho tvůrce, nebo interpretátor, nabývá v konkurenci normativních systémů (mezinárodní právo, právo evropských společenství, národní právní řád) nové dimenze. Požadavek na publicitu a předvídatelnost práva jako by opouštěl „veřejný prostor“ a nezávislý pozorovatel tak dospívá k otázce, zda se právní vývoj nevrací po spirále zpět do dob, kdy právo bylo „posvátnou a tajnou“ vědou určenou pouze vyvoleným (kdysi kněžím - dnes právním expertům).

Vrcholem problému je pak situace na úseku právní úpravy v rámci evropských společenství, v němž se spojují především dvě shora zmíněné velké právní kultury, přičemž, jak známo, při spojení dvou odlišných kultur ve společný celek vystupují do popředí zpravidla nevýhody obou. Všeobecně známý je rovněž problém jazyka a obsahu pramenů komunitárního práva (ať již se na něm podílí prvek čistě jazykových či prvek politických kompromisů). Současně platí, že obsahová kvalita recentních tuzemských i mezinárodních normativních textů není přímo úměrná jejich neobyčejně narůstajícímu množství ani rychlosti, s jakou jsou přijímány a měněny. Úpadek právního jazyka¹⁴ pak bezprostředně souvisí s

¹³ Blíže k tomu Krátký, P.: Lisabonská smlouva versus moderní právní stát. In Gerloch, Aleš; Wintř, Jan (eds). Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, IBSN 978-80-7380-192-2, s. 203-213.

¹⁴ Viz k tomu Pinz, J.: Obrana právního, resp. právníckého jazyka v právní teorii a v právní praxi, In: Polemiky a spory v právní vědě. Právnická fakulta UP. Olomouc: 2010 (v přípravě tisku).

úpadkem právního vědomí, kde se vytrácí představa práva coby cesty k hledání spravedlnosti, ale v rovině politicko a státně ideové ho často nahrazuje představa práva a jeho výkladu coby „bezhodnotových obchodních pravidel“ na straně jedné, nebo v horším případě na straně druhé představa práva jako kodifikaci pravidel zvuče „elit“, jejichž pomocí je ovládána masa obyvatelstva.

Ideální zdroj objektivizace přístupu k právní interpretaci by tak měl při všem shora uvedeném představovat výklad vědecký, čili doktrinální, neboť právní věda teoretická by měla být v maximální možné míře oproštěna od vlivů politických i státních. V této souvislosti lze opět zmínit slova akademika V. Knappa, který připomíná, že „výklad vědecký (doktrinální) je podáván právní vědou, zejména právní dogmatikou. Tento výklad je nezávazný, působí však na výklad soudní a vůbec na interpretační praxi“.¹⁵ Konečně disciplína právní a státní filosofie je z metodologického pohledu *locatio optimum* pro politicko i státně ideový výzkum. Praxe však ukazuje, že tento postulát není jednoduché naplnit. Nejlepším příkladem budiž doktrinální nesoulad v otázce kompetenční způsobilosti Ústavního soudu k derogaci ústavních zákonů pro jejich domnělou neústavnost.¹⁶ Je smutnou skutečností, že není v silách právní vědy všechny shora popsané problémy vyřešit. Jejím cílem a ambicí však musí zůstat jejich věcná kritika stejně jako hledání cest k nápravě.

5. ZÁVĚR

I v současnosti zůstává fenomén státního donucení význakovým prvkem práva, a to i v postmoderním státě, vyznačujícím se mj. víceúrovňovým vládnutím nebo znovuzaváděnou tzv. mocenskou pluralitou.¹⁷ Význam právní interpretace, stejně jako role obecné právní teorie ve vztahu k metodologii právního výkladu a jeho limitů tak nejen zůstává zachována, ale v kontextu dříve zmíněného střetu více normativních systémů naopak prudce vzrůstá. Nebezpečí faktického nahrazení klasické normotvorby správní či judičiální reinterpretačí (resp. rekonstrukcí) ohrožuje jak legalitu, tak legitimitu právního řádu jako nutných předpokladů uskutečnění ideje demokratického právního státu.¹⁸ Princip omezení svévole interpretátora by

¹⁵ Knapp, V.: Op. cit., s. 170.

¹⁶ Srv. k tomu např. On-line symposium Jiného práva k nálezu Ústavního soudu v kauze Melčák. [cit. 2010-11-05]. Dostupné z WWW: <<http://jinepravo.blogspot.com/2009/09/pozvanka-k-ucasti-na-on-line-symposiu.html>>.

¹⁷ Srv. k tomu Sørensen, G.: *Changes in Statehood. The Transformation of International Relations*, Palgrave Macmillan, November, 2001, ISBN: 978-0-333-96301-2. Česky: *Stát a mezinárodní vztahy*, Praha: Portál, 2005, s. 104 a násl.

¹⁸ Blíže k nebezpečí záměny právního a soudního státu viz Pinz, J.: *Přirozenoprávní teorie a moderní právní stát*. Nymburk: OPS 2010, ISBN: 978-80-87269-08-4, s. 193-194.

tak měl být základní řídicí kautelou při nalézání konkrétní právní normy v procesu výkladu práva.

Před současným českým zákonodárcem stojí v rovině právní praxe několik úkolů, které by z naznačených problémů mohly představovat východisko. V rovině stavu normativních textů je možné resuscitovat myšlenku nepolitického orgánu, který by retrospektivně zkoumal aktuální znění právních předpisů a pravidelně předkládal zákonodárci doporučení legislativně-technického a purifikačního charakteru. Druhým, avšak zásadním úkolem je depolitizace a deideologizace správních a soudních orgánů, ať již co do způsobu jejich instalace (odstranění absolutní závislosti jmenování soudních a správních orgánů na politické reprezentaci), tak i na druhé straně co do omezení možnosti bezprostředního zásahu těchto orgánů (soudních zejména) do politického boje jako střetu politických idejí, pokud není zásadně ohrožena sama podstata legitimní soutěže politických stran.

Uzavřeno a rekapitulováno má oblast analýzy politických a státních idejí interpretační význam zejména v nadstandardních interpretačních metodách - a to jak v rovině právní vědy praktické, tedy právní politiky a následně správní vědy a jurisprudence, tak i ve sféře právní vědy teoretické, jako právní metodologie, která musí určovat nezbytné limity jejich správné využitelnosti a upozorňovat na nebezpečí nesprávné a tedy i nespravedlivé právní interpretace. Zkoumané fenomény politických a státních idejí jako hodnotového zdroje právní úpravy na straně jedné a jako obsah vůle zákona na straně druhé jsou bezprostředně přítomny v celém procesu interpretace práva. Správná interpretace práva pak musí svou podstatou směřovat nejen k nalezení konkrétní normy, ale především pak v rovině finality k hledání právně filosofické ideje materiální spravedlnosti. Jak v souvislosti s podstatou, úkoly a cílem právní filosofie zmiňuje J. Pinz, „jde o koherentní jev vyúsťující ve snahu dosáhnout na základě učení o filosofických principech práva a spravedlnosti poznání ideje dobra v právu a podání pohledu na něj. Požadavkem právní filosofie je spravedlnost v právu.“¹⁹

Naposledy pak v rámci tohoto pojednání budiž opět s V. Knappem připomenuto, že „interpretace právních předpisů je specifický problém sémantický. Jako takový byl znám už v právu římském, kde byl vyjádřen dodnes platnou větou Celsovou *Scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem* (Znát zákony neznamená znát jejich slova, ale pochopit jejich význam a působení)“²⁰.

¹⁹ Pinz, J.: Úvod do právního myšlení a státovědy, Praha - Nymburk: OPS, 2006, 2. vydání, s. 146-151, IBSN 80-903773-2-7, s. 81.

²⁰ Knapp, V.: Op. cit., s. 168.

Literature:

- Boguszak, J. - Čapek, J. - Gerloch, A.: *Teorie práva*, Praha: ASPI Publishing, 2003, ISBN 80-85963-38-8
- Gerloch, A.: *Teorie práva*, 4 vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, ISBN 978-80-7380-023-9
- Knapp, V.: *Teorie práva*, 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 1995
- Krátký, P.: *Lisabonská smlouva versus moderní právní stát*. In Gerloch, Aleš; Wintr, Jan (eds). *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, ISBN 978-80-7380-192-2
- Lakatoš, M. - Pinz, J.: *Teorie právního státu*. Grantový projekt GA ČSAV 1993 (nepublikováno), Od. I, 1.
- Pinz, J.: *Obrana právního, resp. právníckého jazyka v právní teorii a v právní praxi*, In: *Polemiky a spory v právní vědě*. Právnická fakulta UP. Olomouc: 2010 (v přípravě tisku)
- Pinz, J.: *Přirozenoprávní teorie a moderní právní stát*. Nymburk: OPS 2010, ISBN: 978-80-87269-08-4
- Pinz, J.: *Úvod do právního myšlení a státovědy*, 1. Vydání, Praha - Nymburk: OPS, 2006, 2. vydání, s. 146-151, ISBN 80-903773-2-7
- Sørensen, G.: *Changes in Statehood. The Transformation of International Relations*, Palgrave Macmillan, November, 2001, ISBN: 978-0-333-96301-2. Česky: *Stát a mezinárodní vztahy*, Praha: Portál, 2005, ISBN 80-7178-910-0

Contact – email

p.kratky@email.cz

THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE IN DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS

JANA LOJKOVÁ

Faculty of Law/Masaryk university, Czech Republic

Abstract in original language

Jedním z důsledků, který provází moderní dobu a současný životní styl, je stále rostoucí počet neplodných párů. Obrovský rozvoj metod léčby neplodnosti jim na druhou stranu dává stále větší naději, což souvisí se skutečností, že poměrně snadná praktická proveditelnost léčby vede k jejímu nárokování i v případech, které nevedou k vytvoření modelu rodiny tak, jak jej chápeme v tradičním slova smyslu.

V odmítavém stanovisku lékařů, resp. právní úpravy, vidí takovíto žadatelé porušení čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Interpretace tohoto ustanovení v širší, kterou ve svých argumentech uplatňují, však v mnohém naráží na práva embrya, nenarozeného lidského života, které je zde využíváno jako prostředek bez ohledu na dopad, který na něj vše může mít.

Analýza judikátů, kde se naznačené situace staly předmětem rozhodování Evropského soudu pro lidská práva, budou v detailech představeny v příspěvku.

Key words in original language

Právo na ochranu rodinného života; Evropský soud pro lidská práva; asistovaná reprodukce; početí dítěte.

Abstract

One of wide group of consequences that go along with the modern times and present life style is increasing number of infertile couples. Huge development of methods of infertility treatment hold up hopes for them which leads to a situation where the treatment is requested by applicants that do not intend to form traditional model of family, as we still imagine today.

These applicants consider disclaimer opinion of health professionals or legal regulation as a violation of article 8 of European Convention on Human Rights. Interpretation of this article as widely on the other hand interfere with rights of emryo, unborn human life, that is perceived as a mean here no matter what impact in may have on him.

Analysis of case decided by European Court of Human Rights where the subject matter corresponded with similar situations will be described in details here.

Key words

The right to respect for family life; European Court for Human Rights; assisted reproduction; conception of child.

1. Úvod

Právo na ochranu soukromého a rodinného života je jedním ze základních lidských práv, chráněných vedle Listiny základních práv a svobod řadou mezinárodních úmluv, v čele s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen Úmluva) Rady Evropy, jež jsou následně provedeny zákonnými ustanoveními nejrůznějších odvětví práva.

Byť bychom v rámci našeho právního řádu hledali legální definici rodinného života nebo práva k jeho ochraně směřujícího marně, jisté jeho znaky vyvozuje odborná literatura, pomoci nám navíc mohou i vybrané judikáty. Vedle toho, že se jedná o vztahy partnerské, rodičovské, příbuzenské a jim podobné (např. vztahy související s náhradní rodinnou péčí)¹ se tak dozvídáme, že právo na rodinný život spočívá v udržování a rozvíjení vzájemných citových, morálních a sociálních vazeb mezi nejbližšími osobami².

Podobně Evropský soud pro lidská práva pod pojem rodinný život zahrnuje vztahy vzniklé v rámci manželství nebo mimo ně, vztahy osaměle žijícího rodiče a dítěte, dalších blízkých příbuzných, prarodičů a konečně i osob bez biologické příbuznosti, pokud mezi nimi existují faktická rodinná pouta³.

¹ Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo, 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita, Doplněk, 2006, s. 12 – 13, citováno z Bubelová, K.: Porušení práva na rodinný život. Právní fórum, 2009, č. 7, s. 253

² Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. Zn. 30 Cdo 3361/2007 ze dne 31. 1. 2008

³ Martinková, J.: Rešpektovanie rodinného života podľa čl. 8 Európskeho dohovoru o ľudských právach. Právník, 2005, č. 4, s. 360 – 382. Citováno z Bubelová, K.: Porušení práva na rodinný život. Právní fórum, 2009, č. 7, s. 253

Vzhledem k tomu, že naprostá většina všech typů vztahů, které byly v naznačených judikátech zmíněny, jejich obsah a určité tradiční modely v jejich rámci se odehrávající, prochází neustálým a poměrně dramatickým vývojem, kdy jsou dnes většinou společností poměrně běžně akceptovány nové formy vztahů a soužití, které byly ještě před několika desítkami let naprosto nepředstavitelné, k dovolávání se práv garantovaných Úmluvou dochází i v situacích, které mají vedle svého právního poněkud problematický i rozměr etický. Evropský soud pro lidská práva v řadě svých rozhodnutí⁴ dospěl k závěru, že Úmluva je živým instrumentem, který je nutné interpretovat ve světle současných podmínek, na nové trendy a postoje společnosti proto musí reagovat.

Jakkoli marnou byla snaha po nalezení legální definice rodinného života, poměrně jednoznačně nám zákon o rodině v § 1 nabízí představení hlavního účelu, k jehož dosažení směřuje manželství, a sice založení rodiny a řádná výchova dětí. Uzavření manželství však podmínkou řádné výchovy dětí není a právě jedním z trendů moderní doby je skutečnost, že stále větší procento dětí se rodí nesezdaným párům, na což ostatně reaguje i legislativa vztahovaná k dalšímu ze smutných dopadů dnešního životního stylu, a sice léčbě neplodnosti, která rovněž k plození dětí a jejich následné řádné výchově směřuje. Zákon o péči o zdraví lidu v § 27d odst. 3 uvádí, že lze asistovanou reprodukci provést na základě písemné žádosti ženy a muže, kteří tuto léčbu hodlají společně podstoupit (dále jen "neplodný pár"), uzavření manželství tedy vyžadováno není.

Legislativa upravující podmínky poskytování asistované reprodukce se v rámci zemí EU značně liší, zatímco někde se na manželském stavu žadatelů bez výjimky trvá, jinde je léčba umožněna i samotným ženám nebo lesbickým párům. Tato situace vede k rozvoji jevu, který je označován jako reprodukční turistika, kdy občané, resp. občanky zemí s přísnější právní

⁴ např. *Tyrer v. Velká Británie*, *Marckx v. Belgie*

úpravou využívají možností, které jim nabízí země liberálnější. Nejen s ohledem na vyšší finanční náklady, které jsou s reprodukční turistikou spojené, řešil Evropský soud pro lidská práva (dále jen Soud) několik případů, v kterých stěžovatelky namítaly porušení práv, jejichž ochranu poskytuje čl. 8, resp. 12 Úmluvy a která má být způsobena tím, že jim léčba byla odepřena.

Šíří práva na ochranu rodinného života ve smyslu početí vlastního dítěte v takových situacích, kterým relevantní národní právní úprava staví do cesty překážku, prověřila rozhodnutí v případě Dickson proti Spojenému království a zejména pak Evansová proti Spojenému království. Jejich rozboru bude tento příspěvek věnován, přičemž svůj význam bude mít i analýza případů, která rozhodnutím Soudu předcházela nebo na ně v nějakém smyslu navázala a která zároveň mohou naznačit směřování do budoucna.

2. Právo stát se rodičem dítěte bez souhlasu partnera

Jedním z prvních případů, které otevřeli diskusi nad problematikou oplodnění ženy spermií jejího partnera, který s tím nesouhlasí nebo není schopný souhlas udělit, byla kauza Diane Bloodové, kterou uzavřelo rozhodnutí britského odvolacího soudu v roce 1997. Diane Bloodová požádala nemocnici, v které byl hospitalizován její manžel, aby mu odebrala a uskladnila sperma pro účely jejího pozdějšího oplodnění. Vzhledem k tomu, že se pan Blood nacházel v kritickém stavu a následně zemřel, k využití svých spermií tímto způsobem nikdy nevyslovil souhlas. Nemocnice se obrátila na Human Fertilisation and Embryology Authority, orgán, který je na základě britské právní úpravy pověřen dohledem nad využíváním gamet a embryí v asistované reprodukci a výzkumu v souladu s právem, zda je uskladnění za takovýchto podmínek možné. Britská právní

úprava trvá na písemném souhlasu, nemocnici se proto dostalo zamítavého stanoviska.

Paní Bloodová nicméně tvrdila, že odmítnutím uskladnění spermií by došlo k porušení jejích práv, neboť v rámci Evropské unie existují země, které oplodnění ze spermií mrtvého muže provádí a ona jako občanka unie hodlá takovýchto možností využít na základě volného pohybu služeb, mezi které lékařská péče patří. Stát proto musí dle jejího názoru povolit export zdrojů, které jsou pro léčbu vyžadovány.

Podle názoru soudu prvního stupně nebylo možné paní Bloodové vyhovět, protože právo Evropské unie v jejím případě aplikovat nelze. Požadavky jsou v 1990 Human Fertilisation and Embryology Act stanovené jasně a v souladu s britským veřejným pořádkem a etickými hodnotami britské společnosti, což jsou okolnosti, jejichž regulace je ponechána jednotlivým státům a mohou proto sloužit zároveň i jako důvod pro zamítnutí vydání genetického materiálu mrtvého muže. Odvolací soud naproti tomu rozhodl, že právo na zdravotní služby v jiném státě unie je paní Bloodové garantováno články 59 a 60 SES, které jsou v Británii přímo vykonatelné, vývozní licence proto musí být vydána. Na základě asistence belgické kliniky se skutečně paní Bloodové děti jejího mrtvého manžela narodily.

2.1. Evansová proti Spojenému království

Tužba stát se matkou dítěte byla předmětem rozhodování i v případě paní Evansové. Natallie Evansová započala v roce 2000 se svým partnerem léčbu neplodnosti na klinice v Bathu. Po několika měsících jí lékaři oznámili, že vyšetření potvrdila rakovinotvorné nádory na obou jejích vaječnících a že bude nutné oba chirurgicky odstranit. Naději pacientce

dávala skutečnost, že se nádor zvětšoval relativně pomalu, proto bylo možné nejprve z vaječníků odebrat několik vajíček pro následné jejich in vitro oplodnění.

Během zhruba hodinové konzultace byla paní Evansová informována, že ona i její partner budou muset nejprve podepsat informovaný souhlas k léčbě a že tento souhlas mohou obě strany kdykoli v jejím průběhu před tím, než budou embrya implantována od dělohy pacientky, vzít zpět. Na dotaz, zda je možné zmrazit pouze neoplozená vajíčka, se pacientce dostalo odpovědi, že tento způsob léčby klinika vzhledem k její nízké úspěšnosti neprovádí. Partner paní Evansovou nicméně v tutéž chvíli ujistil o tom, že jiný způsob léčby není nutný, protože chce být otcem jejich dětí a že se spolu nikdy nerozejdou.

Paní Evansové bylo odebráno 11 vajíček, u 6 z nich bylo oplodnění úspěšné, vzhledem k tomu, že lékaři doporučili další využití embryí až po 2 letech od odstranění vaječníků, všechna embrya byla zamrzena a uskladněna pro další využití. V mezičase se však bohužel paní Evansová se svým partnerem rozešla s tím, že on požadoval nejen nepokračování v léčbě, ale i zničení všech embryí, což klinice díky právní úpravě obsažené v 1990 Human Fertilisation and Embryology Act založilo povinnost jeho žádosti vyhovět.

Paní Evansová soudní cestou požadovala vyslovení neplatnosti zpětvzetí souhlasu jejím partnerem na základě nesouladu ustanovení zákona, které mu to umožňovalo, s čl. 8, 12 a 14 Úmluvy a dále pro porušení práva na život náležejícího nenarozenému dítěti. Soud prvního stupně její žádost zamítl s tím, že pravidla stanovená právní úpravou musí umožňovat zpětvzetí souhlasu a že stejná práva musí být zaručena oběma stranám, kdy tak, jak ženu nemůže nikdo proti její vůli pokračovat v těhotenství nebo ji k otěhotnění přimět, stejnou možnost musí mít i muž. Obdobně se vyjádřil i odvolací soud, který vyslovil závěr, že partner paní Evansové vyslovil souhlas k tomu, že s ní podstoupí léčbu, nikoli však k tomu, aby s embryi

dále nakládala bez ohledu na jeho názor a že pokud takovou možnost neuzná zákonodárce, nikdo nemá právo jednat proti vůli genetického rodiče.

Rozhodnutí Soudu předcházela důkladná analýza britské právní úpravy i její komparace s právními úpravami jiných evropských zemí a podnětů, které přinesla rozhodnutí několika amerických a izraelského soudu v obdobných kauzách. V této souvislosti se jako zásadní jeví ta část britského 1990 Human Fertilisation and Embryology Act, která obsahuje ustanovení týkající se udělování souhlasu k nakládání s gametami a embryi. Takovýto souhlas musí mít písemnou formu a je jím zároveň možné upravit situaci, kdy pacient v důsledku úmrtí nebo ztráty způsobilosti k právním úkonům nebude nadále schopen se k jednotlivým fázím léčby vyjádřit. Podstatným pro případ paní Evansové je nicméně ustanovení, které výslovně každému přiznává možnost vzít svůj souhlas zpět, a to do té chvíle, kdy budou embrya přenesena do těla ženy nebo použita pro výzkumné účely.

Velice zajímavou je komparativní část rozhodnutí, z které plyne, že národní právní úpravy se v mnohém liší, například v Maďarsku je však možné, aby v případě, kdy neexistuje výslovná dohoda mezi partnery, s embryi nakládala žena, a to i tehdy, pokud její partner zemře nebo se spolu rozvedou. V Rakousku a Estonsku může být souhlas muže vzat zpět pouze do momentu, kdy je vajíčko oplodněno spermií, poté je opět na úvaze ženy, jak s takto vytvořeným embryem nakládat, přičemž v Německu a Itálii po oplodnění vajíčka možnost odepřít souhlas nemá už ani žena. Ve Španělsku je změně vůle partnera ženy přiznána relevance pouze pokud byli oddáni. Island přijal právní úpravu, která výslovně stanoví povinnost zničit embrya v případě, že se pár rozejde nebo rozvede.

Co se týče namítaného porušení práva na život, které bylo spatřováno v povinnosti zničit již vytvořená embrya, Soud konstatoval, že právní úprava těchto otázek je úlohou národních legislativ, mezi kterými, dokonce i v rámci evropského kontextu, zatím nebylo dosaženo konsensu.

Základní tezí, která je však evropským úpravám v mnohém společná, je skutečnost, že embryo nemůže samostatně uplatňovat žádná práva nebo zájmy, právo na život, garantované čl. 2, vůči němu proto aplikovat nelze.

V souvislosti s čl. 8 Úmluvy tak soud musel vyřešit otázku, zda existuje pozitivní závazek státu zajistit, aby ženě, která započala svou léčbu s cílem porodit geneticky příbuzné dítě, byla umožněna implantace embrya bez ohledu na zpětvzetí souhlasu jejího partnera, dárce genetického materiálu. Stěžovatelka sice uznala nutnost ponechat úpravu těchto citlivých otázek na vůli zákonodárce, dle jejího názoru však nepřipustění žádné výjimky v britské úpravě není ani nezbytné, ani vhodné. Vzhledem k tomu, že role ženy je v procesu léčby neplodnosti v mnohém náročnější, a to nejen fyzicky, ale i emocionálně, tím spíše v případech, jako je právě ten stěžovatelčin, kdy neexistuje jiná alternativa, jak počít vlastní dítě, že není spravedlivé, aby veškeré očekávání, které stěžovatelka do celého procesu vložila, mohla být zmařena jediným právním úkonem jejího bývalého partnera, který jím zároveň nebude žádným způsobem činěn odpovědným za své dřívější jednání a úmysly, o jejichž ryzosti stěžovatelku opakovaně přesvědčoval. Jedním ze základních účelů reprodukční medicíny je nabízet řešení těm, kteří by jinak byli neplodnými. Naplnění tohoto účelu bylo neumožněním žádné výjimky z právní úpravy stěžovatelce v její výjimečné situaci odepřeno.

Soud neposuzoval soulad čl. 8 v kontextu zásahu státu, který neumožnil pacientce pokračovat v léčbě, ale v kontextu správného vyvážení zájmů veřejných, tedy státu a zájmů konkrétního jedince. Soud konstatoval, že současné technické možnosti uchovávání zmrazených vajíček, spermií, ale i již vytvořených embryí, vytváří stále větší prostor mezi oplodněním v průběhu sexuálního styku a umělého oplodnění, které umožňuje dlouhé časové prodlevy mezi jednotlivými jeho fázemi, čímž lze nejen ospravedlnit, ale dokonce i doporučit legislativní úpravu situací, které v průběhu plynutí času mohou nastat.

V závěru pak Soud konstatoval, že jakkoli chápe pohnutky stěžovatelky musí rozhodnout stejně jako všechny soudy, které případ posuzovaly před ním, a že tedy právo stěžovatelky na respektování jejího rozhodnutí stát se rodičem nemůže převážit právo jejího bývalého partnera na to nemít s ní vlastní dítě. Soud uznal, že je možné, aby každý stát upravil tento problém odlišně, předmětem jeho posuzování v této kauze nicméně byla skutečnost, jestli britská právní úprava překročila rámeček, který jí stanoví čl. 8 Úmluvy. V poměru 13 soudců ku 4 bylo rozhodnuto, že k porušení čl. 8 nedošlo.

2.2. Izraelské soudy

Obdobná situace, avšak s opačným závěrem, byla předmětem rozhodování izraelského Nejvyššího soudu v případě *Nachmani v. Nachmani*. Jednalo se o manželský pár, který společně podstupoval poměrně náročnou léčbu neplodnosti, kdy vedle oplodnění *in vitro* bylo kvůli neschopnosti donosit dítě nutné dále využít i služby náhradní matky, která žila v Kalifornii. Ruthi Nachmani bylo odebráno jedenáct vajíček, posledních, které bylo její tělo schopné vytvořit, lékaři je oplodnili spermii manžela a uskladnili pro budoucí použití. Pár se bohužel opět v mezích rozešel, přičemž Ruthi požadovala vydání embryí, aby mohlo dojít k naplnění kontraktu s náhradní matkou, což její manžel odmítal. Soud prvního stupně přikázal klinice embrya vydat a rozhodl, že tak jako při oplodnění přirozenou cestou, analogicky i u umělého oplodnění po splynutí vajíček se spermii již muž nemůže vzít svůj souhlas ke zplození dítěte zpět, není to možné ani zde.

Pětičlenný senát Nejvyššího soudu se však postavil za právo muže nebýt nucen stát se proti své vůli rodičem dítěte. Rozhodl, že tak, jak nikdo nemůže k rodičovství nutit ženu, stejně tak při užití metod asistované

reprodukce není možné jakýkoli tlak vyvíjet na potenciálního otce, a že tedy do doby, kdy dojde k přemístění embryí do dělohy, je nutné trvat na souhlasném stanovisku obou stran. Jedenáctičlenný velký senát Nejvyššího soudu tento závěr přehodnotil a své rozhodnutí spíše než na zásadách závazkového práva postavil na principech „spravedlnosti, morálky a hodnoty života“, které v případě Ruthi, pro kterou zmražená embrya znamenala poslední šanci za geneticky příbuzného potomka, musí převážít nad újmou, které vynucené rodičovství může znamenat pro jejího bývalého manžela.

Ještě problematičtější žádosti vyhověl soud v případě manželů Rachel a Yaakova Cohenových, kterým palestinský voják zabil dvacetiletého syna, rovněž vykonávajícího vojenskou službu. Vzhledem k tomu, že syn zemřel v nemocnici, byli rodiče informováni o možnosti odebrat a zamrazit jeho sperma, pokud celý zákrok proběhne v řádu několika hodin po smrti. Manželé Cohenovi nechali sperma odebrat a v tisku zveřejnili výzvu s cílem najít vhodnou ženu, která by se nechala oplodnit spermiemi jejich syna a porodila jim vnouče.

Vzápětí po zveřejnění výzvy však byla vydána směrnice, která se na podobné situace vztahovala a umožňovala oplodnění ženy spermií jejího mrtvého manžela, pokud prokáže, že si narození dítěte přál. Směrnice však výslovně zakazuje, aby takovýto zákrok žádali rodiče zemřelého. Cohenovi však byli rozhodnutí svého cíle dosáhnout a spoléhali na to, že rozhodnutí izraelských soudů se v mnohém rozcházejí a těžko v nich vypořádat jednotící tendenci⁵.

- ⁵ Chabin, M.: Israeli parents unable to harvest dead son's sperm, court decides. *jweekly.com* z 5. 12. 2003, dostupné z <http://www.jweekly.com/article/full/21217/israeli-parents-unable-to-harvest-dead-son-s-sperm-court-decides/>
Autorka uvádí, že v průběhu posledního desetiletí se jednalo o zhruba deset případů

Soudu doložili videonahrávku, na které se jejich syn vyjádřil, že by jednou rád měl rodinu, přičemž tvrdili, že založení rodiny bylo jeho největším přáním. Jako svou povinnost proto cítí zajištění toho, aby jeho přání bylo splněno. Soud zároveň ujistili, že svou budoucí roli omezí pouze na tu prarodičovskou. Soud po několika letech soudních sporů povolil, aby ze zhruba čtyřiceti přihlášených žen vybrali matku pro své vnouče.

Ve všech naznačených rozhodnutích, byť z rozdílné míře, řešil soud zároveň otázku zájmů dítěte, které by se mělo v důsledku umělého oplodnění narodit. Z tohoto pohledu zásadní je ta část rozhodnutí v případě Evansová, kde soud konstatuje, že existuje rozdíl mezi přirozeným početím v průběhu sexuálního styku a oplodněním in vitro. Zatímco v prvním případě je proces zplození dítěte nezvratný, v tom druhém je významná časová prodleva, proces je tím pádem i více zranitelný vůči možnému zneužití. Zatímco v prvním případě je již embryo součástí lidského pokolení, v druhém nic víc než genetický materiál, v důsledku pokroku vědy a genetického inženýrství je však nutné bránit jeho možnému zneužití i zde.

3. Dickson proti Spojenému království

Dalším zajímavým případem, kde se Soud zabýval šíří práva na ochranu rodinného života je rozhodnutí Dickson proti Spojenému království. Pan Dickson byl v roce 1994 odsouzen za vraždu člověka v opilosti k doživotnímu trestu odnětí svobody s tím, že po patnácti letech (tedy nejdříve v roce 2009) může požádat o podmíněčné propuštění. Prostřednictvím korespondenční sítě pro vězně navázal vztah se svou pozdější, o čtrnáct let starší manželkou, která už měla tři děti z předchozích vztahů. Manželé Dicksonovi si spolu přáli mít dítě, vzhledem k věku paní

Dicksonové a nejbližšímu možnému datu propuštění jejího manžela z vězení však bylo krajně nepravděpodobné, že by se jim to mohlo podařit přirozenou cestou.

Jejich žádost o umělé oplodnění ministr vnitra v roce 2003 zamítl, přičemž v odůvodnění nastínil některé zásady politiky, podle které jsou obdobné žádosti posuzovány – mimo jiné se bral ohled na to, zda možné propuštění odsouzeného je natolik vzdálené, že čekání na něj je neúměrné a zároveň natolik blízké, aby odsouzený mohl vykonávat svou roli rodiče, zda je vztah mezi partnery natolik pevný, aby mohl vydržet i po propuštění na svobodu, dává sociální situace partnerů šanci na to, že dítě bude vyrůstat ve vhodném prostředí, splňuje minulost odsouzeného podmínku, že početí dítěte takovýmto člověkem se nebude přičít veřejnému pořádku? Vedle toho byl samozřejmě zvažován zdravotní stav partnerů a jejich možnosti počít dítě přirozenou cestou.

Ministr zamítnutí zdůvodnil tím, že vztah mezi partnery neprošel zkouškou běžného společného života, protože kontakt mezi nimi byl víceméně náhodný a udržovaný především písemnou formou. Znepokojující byla dále budoucnost dítěte s ohledem na místo pobytu jeho matky, kdy v dosahu nebyly základní podpůrné sociální sítě, větší část dětství by navíc vyrůstalo bez otce. Následně uvedl, že s ohledem na brutalitu činu, kterého se pan Dickson dopustil, by veřejnost mohla být znepokojena tím, že povolením umělého oplodnění bude účinek jeho trestu snížen.

Britské soudy odvolání pana Dicksona proti rozhodnutí ministra zamítly, protože politika ministerstva vnitra je podle nich více než korektní a jasná a nelze proti ní nic namítat. Za toto stanovisko se postavil i Soud, který doplnil, že každý trest odnětí svobody je spojen s důsledky na běžný život a tato omezení jsou v zásadě slučitelná s Úmluvou. Oba hlavní pilíře politiky ministerstva, tedy snaha o udržení důvěry společnosti v trestní systém a blaho každého dítěte, které by mělo být odsouzenými počato, jsou dle názoru Soudu legitimní. Politika navíc neobsahovala obecný zákaz

povolovat umělá oplodnění, ale umožňovala přezkum jednotlivých žádostí a jejich hodnocení. Bylo navíc prokázáno, že ministerstvo některým žádostem dříve vyhovělo.

S takovouto argumentací nebyli stěžovatelé spokojeni a obrátili se na velký senát Soudu, který se obdobnou problematikou do té doby nezabýval. Pouze u práva na osobní svobodu lze předpokládat, že bude výkonem trestu odnětí svobody omezeno. U ostatních práv zaručených Úmluvou takový předpoklad neexistuje a mají-li být také omezena, je takovéto omezení nutné zdůvodnit. Základní premisa politiky spočívající na povolování výjimek z obecného zákazu je proto nesprávná, vězni by naopak obecně měli být schopni počít dítě s výjimkou případů, kde by byl zákaz důvodný. Žádost o umělé oplodnění byla v minulosti povolena v naprosto zanedbatelném procentu případů, šance na početí dítěte touto cestou je proto spíše iluzorní. V souladu s trendy trestání v celosvětovém měřítku by vězňům měl být umožněn kontakt s jeho manželem nebo manželkou.

Podle názoru stěžovatelů je dále tvrzení, že při rozhodování o umělém oplodnění je třeba klást zvýšený důraz na blaho dítěte, „urážlivé, nemístné, paternalistické a málo přesvědčivé, neboť se zde snažíme rozhodovat o tom, kdo má právo stát se rodičem a kdo má právo narodit se“, což je v rozporu se zásadou znovuzačleňování vězňů do společnosti. Stěžovatelka jako majitelka nemovitosti a absolventka rekvalifikačního kurzu nebude odkázána na sociální dávky, není proto pravda, že by dítě mohlo finančně strádat. Co se týče argumentu nejistého budoucího vývoje vzájemného vztahu stěžovatelů, stejně nejistá je podle nich budoucnost jakéhokoli jiného vztahu, upírání možnosti založit rodinu právě v jejich případě proto není na místě.

Velký senát Soudu uznal, že při tvorbě trestní politiky hraje důvěra společnosti v systém trestní spravedlnosti svou roli, systém Úmluvy, který považuje toleranci a otevřenou mysl za základní atributy demokratické společnosti, však neumožňuje odsouzeným odpírat základní práva jen pro

to, že něco znepokojuje veřejné mínění. Stejně tak považuje Soud za legitimní snahu vlády zabývat se blahem dítěte, které se odsouzenému může narodit, stát má dokonce pozitivní závazek zajistit dítěti efektivní ochranu⁶. Takováto ochrana nicméně nemůže jít tak daleko, aby zabránila rodičům, kteří po tom touží, mít vlastní dítě. Podle názoru soudu, čím je posuzovaná otázka zásadnější pro existenci člověka a jeho identitu, což souvisí právě například s rozhodnutím stát se biologickým rodičem, tím musí být státu ponechána užší míra volného uvážení v možných zásazích do těchto práv. Na druhou stranu tam, kde neexistuje evropský konsensus, míra volného uvážení státu se naopak rozšiřuje a díky znalosti prostředí a nálad společnosti je úvaha zákonodárce či jiného vnitrostátního orgánu vhodnější, než pokud by měl rozhodnout mezinárodní soudce.

Co se týče již konkrétně politiky ministerstva vnitra, Soud ji nepovažuje za takovou, která umožňuje nacházet opravdovou rovnováhu mezi zájmy společnosti a jednotlivce. Na žadatele kladla politika neúměrně vysoké nároky, zejména pak právě v otázkách případného přezkumu rozhodnutí, kdy je nutné prokázat výjimečnost svého případu. Vhodné by navíc bylo, aby se k politice vyjádřil parlament, což vzhledem k její právní formě neproběhlo. Soud tak rozhodl, že „s ohledem na zásadní význam rozhodnutí ministra ne stěžovatele neexistence možného posouzení přiměřenosti zásahu překračuje jakoukoli míru volného uvážení, neboť nebyla nalezena rovnováha mezi konkrétními zájmy jednotlivců a společnosti jako celku“.

⁶ viz. např. *L. C. B. proti Spojenému království, Osman proti Spojenému království, Z. a další proti Spojenému království*.

4. Závěr

Ve svém příspěvku jsem se snažila zanalyzovat dvě rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, která se zabývala šíří práva na ochranu soukromého a rodinného života, ve smyslu práva na početí vlastního dítěte v případech, kdy tomu právní úprava staví do cesty jisté překážky. V obou případech se jednalo o zamítnutí žádosti o umělé oplodnění, kdy v případě Evansová proti Spojenému království bylo zásadní skutečností zpětvzetí souhlasu bývalým partnerem žadatelky, v případě Dickson proti Spojenému království pak výkon trestu odnětí svobody.

Judikatura Soudu v těchto otázkách není obsáhlá a těžko v ní hledat nějaká jednotná teoretická východiska. Co obě rozhodnutí spojuje, je nicméně skutečnost, že předmětem posuzování v nich byly otázky, v jejichž úpravě neexistuje v rámci evropských zemí konsensus, což dává jednotlivým státům širší možnosti pro volbu jejich právní regulace, samozřejmě s omezením spočívajících v principu proporcionality. Z uvedeného vyplývá, že k porušení práva garantovaného Úmluvou tak sice může dojít i pokud v dané oblasti neexistuje mezi evropskými zeměmi obecný konsensus, tato situace však na druhou stranu přináší i velkou míru právní nejistoty, co se výsledku sporu týče.

Absence systémového přístupu je to, co rovněž obě rozhodnutí spojuje. To se týká i další skutečnosti, která v rozhodování Soudu měla svůj význam, bohužel však naprosto okrajový, a sice zájem dítěte, o jehož narození stěžovatelé usilovali. Z odůvodnění judikátů se tak dozvíme, jak rozhodnutí britských orgánů nebyla, resp. byla diskriminační vůči stěžovatelům, jaký dopad by však vše mohlo mít na dítě již budeme hledat marně.

Literature:

- Boučková, P.: S.H. a ostatní v. Rakousko. Mater et pater semper incerti sunt. *Jiné právo*, 21. 4. 2010, dostupné z <http://jinepravo.blogspot.com/2010/04/pavla-bouckova-sh-ostatni-v-rakousko.html>
- Bubelová, K.: Porušení práva na rodinný život. *Právní fórum*, 2009, č. 7, s. 253 - 257
- Chabin, M.: Israeli parents unable to harvest dead son's sperm, court decides. *jweekly.com* z 5. 12. 2003, dostupné z <http://www.jweekly.com/article/full/21217/israeli-parents-unable-to-harvest-dead-son-s-sperm-court-decides/>
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. Zn. 30 Cdo 3361/2007 ze dne 31. 1. 2008
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Evansová proti Spojenému království č. 6339/05
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Dickson proti Spojenému království č. 44362/04

Contact – email

jana.lojkova@centrum.cz

POSTMODERNÍ KONCEPT VE VZTAHU K INTERPRETACI A APLIKACI PRÁVA

MILOŠ MATULA

ZČU Plzeň

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá vlivem postmoderních přístupů na rozhodovací mechanismy v souvislosti s interpretací a aplikací práva. V této souvislosti poukazuje především na důsledky degradace významu slova jako následku plurality při ekvivalenci obsahů a na relativizaci hodnot. Dále jsou sledovány důsledky uvedených faktorů na snížení předvídatelnosti a významu legitimního očekávání při rozhodování, na posílení formálních aspektů na úkor obsahových východisek, na vztah interpretace a moci, na změnu poměru mezi tvorbou a aplikací práva ve prospěch aplikace, na zvýšení pragmatizmu v rozhodování a na zvýšené pronikání angloamerického systému do kontinentálních přístupů k interpretaci a aplikaci práva.

Key words in original language

Postmoderní; pluralita; interpretace; aplikace; obsah; forma; moc; předvídatelnost; tvorba práva; kontinentální systém práva; angloamerický systém práva.

Abstract

This contribution examines the impact of postmodern conceptions on decision-mechanism in the context of interpretation and application of law. In this connection, it puts particular emphasis on consequences of degradation of the meaning of a word, as a result of pluralism where an equivalence of contents exists, and on relativisation of values. In addition, consequences of the above mentioned elements on decreasing of foreseeability and meaning of legitimate expectation during the decision-making process are followed. These elements are also examined from the point of view of reinforcing of formal aspects instead of contentual ones, relationship between the interpretation and the power, change of relationship between making and application of law, increasing the level of pragmatism in decision-making, and, finally, penetrating of the Anglo-American system into the continental approaches to interpretation and application of law.

Key words

Postmodern; pluralism; interpretation; application; content; form; power; foreseeability; making continental system of law; Anglo-American system of law.

Postmoderní přístupy ve vztahu k právní teorii lze zkoumat z různých úhlů pohledu. Nejklasičtější přístup spočívá v analýze vztahu filozofických a právních postmoderních konceptů a v komparaci nebo hodnocení přínosu různých variant postmoderního přístupu. V tomto smyslu lze z hlediska tvorby, interpretace a aplikace práva o metateorii, neboť vlastnosti postmoderních přístupů se hodnotí z pohledu jejich významu pro teorii, nikoliv pro realizaci práva.

Z hlediska čisté právní teorie se postmoderní přístup při interpretaci práva může projevit v ovlivnění právní argumentace.

Další možný aspekt postmoderního konceptu se může ukázat, pokud budeme hodnotit jeho vliv na institucionální mechanismy a rozhodovací procesy při interpretaci a aplikaci práva. Takové zkoumání se pak pohybuje na rozhraní teorie práva, státovědy, správní vědy a disciplín pozitivního práva. Z naposled uvedeného hlediska bude analyzován postmoderní přístup v tomto článku.

V úvodu je nicméně potřebné konstatovat, že postmoderní uvažování přineslo do společenských věd výrazné změny ustálených schémat a zejména ovlivnilo vnímání dosavadních (včetně právních) teorií a jejich vzájemného vztahu. Především se ukázala daleko větší slučitelnost, vzájemná ovlivnitelnost a možnost vzájemné inspirace mezi jednotlivými teoretickými koncepty než se tomu zdálo před postmoderní érou. Dovršil se tak proces, který se postupně rozvíjel již od 19. století, kdy na místo pluralismu daného pouze časovou posloupností a diferencovaností prostoru se stal samozřejmým pluralismus v totožném čase a prostoru.

Současně s touto samozřejmostí pluralismu přineslo ovšem postmoderní uvažování i dva fenomény, z nichž první je přímým důsledkem a druhý předvídatelným následkem uvedeného posunu plurality.

V prvním případě jde o jistou degradaci významu slova. K této degradaci přispívají i jiné faktory než uplatnění postmoderních přístupů. Často se v této souvislosti poukazuje na vyšší, resp. méně zpochybňované možnosti svobodného vyjádření názorů z hlediska respektování základních práv a svobod veřejnou mocí a určitou deideologizaci ve společnosti. Vidět v těchto faktorech převážnou příčinu degradace významu slova se však zdá být příliš přátelské k existujícím společenským mechanismům a v každém případě takový výklad odráží pouze jeden aspekt reality.

Na degradaci významu slova působí totiž především pluralismus v samotné intelektuální sféře v tom smyslu, že dá-li se říci zdánlivě vše a chybí pevná kritéria pro hodnocení obsahu, ztrácí to, co je řečeno, do značné míry ohlas. Tento problém je umocněn skutečností, že míra tohoto ohlasu závisí stále více nikoliv na obsahu slov, ale na okolnostech z hlediska tohoto obsahu více méně náhodné povahy, jako je způsob prezentace, jiné vlastnosti formy nebo širší společenský kontext.

Svoboda vyjadřování názorů se navíc nesporně zvýšila ve veřejném prostoru, ale tento veřejný prostor samotný do jisté míry ustupuje ve svém významu a hodnocení svobody v soukromém prostoru je zejména z hlediska vlivu na právní regulaci podstatně složitější.

Ve druhém výše uvedeném případě je následkem plurality v totožném časoprostoru relativizace hodnot a oslabení jejich hierarchie. Rozostřením bojů a relativizací hodnot se ztrácejí kritéria pro posuzování obsahu a stále obtížněji se proto uplatňuje princip objektivity i hledisko jasnosti, přesnosti a srozumitelnosti nejen v tvorbě, ale i (a především) v interpretaci a aplikaci práva.

Výklad práva tradičně vychází zejména z racionalistických premis. Nikoliv náhodou se zde stále projevují tradice antické kultury v podobě pojmového základu římského práva a v zásadě osvícenské koncepce nezadatelných práv.

Potřeba jednoznačnosti interpretace do jisté míry determinuje uplatnění teorií reflektujících výrazně iracionální přístupy. Přitom právě v možnosti kombinace racionálních a iracionálních prvků spočívá v jiných oblastech lidské kultury jeden z největších přínosů postmoderního přístupu.

Postmoderní přístupy mají tedy v interpretaci a aplikaci práva určité limity a z jejich obvykle intuitivního uplatnění vznikají určité důsledky, se kterými je potřebné při úvahách o interpretaci a aplikaci práva počítat.

V dalším textu bude pozornost zaměřena na některé z uvedených důsledků. V první řadě se větší možnosti volby interpretace dané postmoderním přístupem projevují v oblasti předvídatelnosti práva a uplatnění principu legitimního očekávání. Větší pluralita ve vztahu k interpretaci a následně i aplikaci způsobuje snížení předvídatelnosti práva bez ohledu na stále deklarované úsilí zejména vyšších soudů v tomto směru. Spíše se zdá, že mimořádná pozornost věnovaná předvídatelnosti práva a principu legitimního očekávání se snaží vyrovnat deficit uplatnění uvedených principů v realitě interpretace a aplikace práva. Ačkoliv nebyly v tomto směru realizovány konkrétní historické výzkumy, sotva lze předpokládat, že se míra předvídatelnosti v interpretaci a aplikaci práva ve srovnání např. s dobou před druhou světovou válkou zvýšila. Naopak stále častější jsou překvapivé interpretace při aplikaci práva, což nepochybně negativně ovlivňuje právní jistotu. Překvapivé interpretace mohou v konkrétním případě vyplývat ze zájmů nebo preferencí interpretujícího subjektu, ale svůj význam tu má jistě i skutečnost, že při relativizaci hodnot a tím i ekvivalenci různých obsahů se takovéto interpretace, které by byly v minulosti jednoznačně odmítnuty, jeví jako možné a přijatelné.

Důsledkem rovnocennosti obsahových přístupů je také změna vztahu obsahu a formy. V postmoderním konceptu výrazně klesají možnosti hierarchie a tím ve skutečnosti i posouzení kvality obsahu. Pokud ovšem

nelze využít náležitě obsahového kritéria, nezbývá než využít k hodnocení formálních kritérií. Rozhodování se tak stále více opírá o formální aspekt. Je to logické, neboť pokud je téměř každý obsah legitimní, nikdo nechce nebo se neodvažuje rozhodovat podle obsahu. Obsahové rozhodování je v podmínkách postmoderního přístupu podstatně snadněji napadnutelné než rozhodování podle formy. Kromě toho sehrává roli i skutečnost, že rozhodování podle formy je obvykle časově i jinak méně náročné pro rozhodovací orgán než uplatnění formálních kritérií. Uvedeným způsobem výrazně narůstají požadavky na formu ve vztahu k adresátům právních norem, na čemž se ovšem nemalou měrou podílí i tvorba práva. Dochází tak k situaci, kdy adresáti právních norem nemají šanci již ani z formálních důvodů dodržet všechny povinnosti, které jim právo ukládá. Tím spíše se to vztahuje na povinnosti uložené případně interními normativními akty.

Snížením významu slova a relativizací hodnot se současně zvyšuje pragmatičnost při interpretaci a aplikaci práva. Do rozhodování se nutně promítají i dopady na realitu, zčásti ovšem také proto, že v nepřehledné situaci dané tvorbou práva a relativizací obsahů a převaze formálních kritérií by jinak častěji mohlo docházet k absurdním důsledkům. Kombinace formální rigidity, nedostatku obsahového hodnocení a zvýšené pragmatičnosti v rozhodování je ovšem velmi nepříznivá pro právní jistotu.

Mění se rovněž vztah interpretace a aplikace práva k mocenským faktorům. V první řadě je snížení významu slova určitým způsobem výhodné pro řadu elit existující ve společnosti, neboť zvyšuje prostor pro společenskou manipulaci a pro možnost ignorovat i obsahově závažná tvrzení o společenské a dokonce i přírodní realitě bez ohledu na stupeň jejich objektivizace. Tato možnost zvýšené manipulace nutně ovlivňuje i interpretaci a aplikaci práva.

Další problém spočívá v možnosti zvýšeného uplatnění z vulgárně pragmatického hlediska. Pokud je přípustný jakýkoli obsah a na jeho základě jakákoliv interpretace, proč ne taková, která nejlépe vyhovuje držitelům moci.

Bylo by možné namítnout, že tak, jako se zvyšuje pluralita v hodnocení obsahů a následně i interpretaci a aplikaci práva, pak se také zvyšuje pluralita mocenských center, takže celkový vztah interpretace a moci se příliš nemění. To je ovšem pravda jen zčásti, neboť rozhodovací centra jsou různým způsobem propojena (klasicky je to patrné např. u jednotlivých úrovní správního řízení) a z hlediska jednoho rozhodovacího místa, resp. rozhodnutí jedné konkrétní záležitosti je pochopitelně pluralita moci jen omezená.

Vyšší pluralita ve vztahu k interpretaci a aplikaci práva vede rovněž ke změně poměrů mezi tvorbou a aplikací práva ve prospěch aplikace. Z textu právní normy lze se stále menší jistotou předvídat výsledek interpretace a aplikace práva. To má systém kontinentální právní kultury,

který nemá dlouhodobou tradici a tím ovšem v některých případech ani náležitou kultivovanost v soudcovské tvorbě práva opět důsledky na právní jistotu. Současně je tak oslabována role demokratických procesů, které se projevují především při tvorbě práva.

Postmoderní přístupy výrazně podporují, jak je již z uvedeného zčásti patrné, pronikání prvků angloamerického právního systému do evropské kontinentální právní kultury. Ke stejnému efektu vede i zvýšené uplatňování finálních norem v evropském právu, které opět zvyšuje roli interpretace a aplikace práva klade vysoké nároky na interpretující orgány a rozšiřuje sféru jejich uvážení ve vztahu k obsahu chování adresátů právních norem. Tímto způsobem je ovšem do jisté míry opět snížena předvídatelnost interpretace a aplikace práva, i když se na druhé straně přece jen poněkud snižuje závislost na formálních aspektech rozhodovacího procesu.

Na analyzovaný stav nemají pochopitelně vliv pouze postmoderní přístupy. Bylo by možné uvést další příčiny, jako je globalizace nebo změna pojetí dělby moci. Ve společenskovědním rozboru je však málokdy možné, a týká se to i tohoto případu, přesně oddělit vliv jednotlivých příčin, neboť nemáme možnost experimentálního ověření jejich působení. Nicméně z hlediska vzájemné souvislosti uvedených vlastností daného stavu věcí a obvykle uznávaných vlastností postmoderních přístupů ve filozofii i v právní teorii je snad možné vyslovit určité hypotézy, které se týkají důsledků postmoderních přístupů.

PRÁVO NA ŽIVOT V KONTEXTE UMELÉHO PRERUŠENIA TEHOTENSTVA

LUCIA NEDZBALOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstract in original language

Autorka príspevku sa zaoberá aktuálnou otázkou interrupcií ako možného zásahu do práva na život. Poukazuje na jednotlivé prelomové rozhodnutia, ako aj na názory právnej vedy, ktoré by mohli objasniť niektoré problémy v predmetnej oblasti. Interpretáciou čl. 15 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý zakotvuje právo na život, sa snaží dospieť k záverom, či je interrupcia porušením resp. obmedzením práva plodu na život.

Key words in original language

Právo na život; interrupcia.

Abstract

The article deals with currently very discussed topic of abortion as possible intervention to the right to life. The author refers to particular decisions as well as the opinions of international and slovak judicial authorities , the opinions of other authors which could clarify the problems in that objective field. The purpose of this article is to come to a conclusion whether the abortion breaks or limits fetus's rights to life by interpreting of article fifteen of the Slovakian constitution.

Key words

Right to life; abortion.

Vo svojom príspevku sa venujem neustále aktuálnej téme, ktorá sa stáva predmetom diskusií nielen v oblasti právnej, ale aj v iných oblastiach a vzbudzuje záujem širokej verejnosti. Rôzne názorové orientácie poukazujú na to, že právna úprava umelého prerušenia tehotenstva je citlivou otázkou. Autori jednotlivých článkov a štúdií právneho rozmeru tejto problematiky poukazujú na stret dvoch základných ľudských práv a to: právo na život a právo na súkromie. Je ťažké generalizovať, ktoré z týchto práv má prednosť v konkrétnych prípadoch. Avšak tým, že dochádza k nespokojnosti s aktuálnym stavom právnej úpravy v tejto oblasti, je potrebné ju neustále podrobne analyzovať v záujme upevnenia právnej istoty.

1. Charakteristika práva na život

Právo na život je najzákladnejším ľudským právom a východiskom k iným právam.¹ Pozbavenie života má za následok zánik fyzickej osoby ako subjektu práv a povinností. K základným ľudským právam ho zaradzuje Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. Patrí do skupiny práv, ktoré charakterizujú človeka ako ľudskú bytosť. Právo na život pôsobí erga omnes, teda voči ktorejkoľvek osobe, ktorá by právo na život ohrozovala. Patrí do prvej generácie ľudských práv, historicky ich vznik v dnešnom poňatí je spätý s formovaním prostriedkov odporu proti štátu, najmä v jeho policajnom vyjadrení, resp. v období absolutistickej monarchie.²

Najčastejšie kritérium delenia ľudských práv je založené na filozoficko-právnom prístupe. Poznáme dva základné prístupy k podstate a charakteru ľudských práv, a to: prirodzenoprávny a pozitívoprávny. V obsahu práva na život sa prejavuje jeho prirodzenoprávne poňatie, t.j. ľudia sa rodia slobodní a rovní, práva im patria, štát im ich nemôže dať ani vziať, môže a má ich ústavne zakotviť a ochraňovať, pričom len v záujme rešpektovania rovnakých práv iných ľudí a v záujme prežitia spoločnosti sa mu môžu tieto ľudské práva obmedziť. Ústavné zakotvenie základných ľudských práv a slobôd nemá síce vplyv na ich vznik, avšak má dôležitý význam z hľadiska ich praktickej realizácie a právnej vymožitelnosti. Taktiež má povahu legislatívneho maxima. To znamená, že budúca zákonná úprava nepôjde nad rámec ústavného zakotvenia, v prípadoch predvídaných ústavou ich môže len obmedzovať.³

V súvislosti s právom na život je potrebné riešiť aj niektoré osobitné otázky priamo alebo nepriamo spojené s týmto základným ľudským právom. Ide najmä o problematiku eutanázií, samovrážd, bioetiky (osobitne klonovania človeka) a interrupcií.

Ústava Slovenskej republiky zakotvuje právo na život v článku 15: „Každý má právo na život.“ V súvislosti s problematikou interrupcií je potrebné sa

¹ SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv)*, Bratislava, 2006, s. 149.

² PALÚŠ, I., SOMOROVÁ, E.: *Štátne právo Slovenskej republiky*, Košice, UPJŠ, 2008, s. 154

³ MAJERČÁK, T.: *Právo na život v právnom poriadku Slovenskej republiky*, In: *Právny obzor* 5/1997, s.443

zaoberať, kto spadá pod pojem „každý“ a či pod tento pojem spadá aj nasciturus. Otázka subjektov práva na život pripúšťa rôzny výklad, je preto veľmi dôležité poskytnúť jej vyriešenie. Druhá veta článku 15 odseku 1 znie: „Ľudský život je hodný ochrany už pred narodením.“ Toto ustanovenie Ústavy vyvoláva mnohé pochybnosti. Napríklad je možné z právneho hľadiska považovať slovné spojenie „pred narodením“ za ekvivalentné so slovným spojením „od počatia“? Jednotlivými autormi, ktorí sa zaoberajú otázkou umelého prerušenia tehotenstva je taktiež často spomínaným ustanovením Ústavy článok 15 ods.4 v nadväznosti na ods.2 toho istého článku. Podľa neho „nie je porušením práv, ak bol niekto pozbavený života v súvislosti s konaním, ktoré podľa zákona nie je trestné.“ Je možné zaradiť pod odsek 4 článku 15 interrupciu ako jednu z legálnych možností obmedzenia práva na život?

Prostredníctvom rozhodnutia sp.zn. PL.ÚS12/01 zo 4.decembra 2007, rozhodnutí súdov niektorých štátov, rozhodnutí Európskeho súdu pre ľudské práva, ako aj odborníkov právnej vedy by som chcela analyzovať možný výklad článku 15 Ústavy Slovenskej republiky.

2. Právna úprava umelého prerušenia tehotenstva na Slovensku

Problematika interrupcií bola riešená už počas existencie Rakúsko – Uhorska. Po jeho rozpade bol prijatý zákon o zriadení samostatného československého štátu, ktorý bol publikovaný v zbierke zákonov ako zák. č. II/1918 Zb. z. a n. a bol nazývaný tiež recepčnou normou.⁴ Tento zákon pozostávajúci len z piatich zákonných článkov, zabezpečil predovšetkým prevzatie rakúskeho a uhorského právneho poriadku. Právny postih za vykonanie interrupcie bol obsiahnutý v rakúskom trestnom zákonníku, ako aj v uhorskom trestnom zákonníku. V tomto období nebola interrupcia povolená ani v jednom z nástupníckych štátov a za jej vykonanie boli ustanovené tvrdé tresty.

Veľký pokrok priniesol Trestný zákon z roku 1950, a to nielen znížením trestných sadzieb za vykonanie interrupcie, ale aj tým, že zaviedol povolenie interrupcie z dôvodu ohrozenia života ženy a výskytu dedičnej poruchy.

Prelomovým rokom bolo prijatie zákona č.68/1957 Zb. o umelom prerušení tehotenstva. Stanovil beztrestnosť ženy, ktorá si tehotnosť sama umelo

⁴ Pozri napr. MOSNÝ, P., HUBENÁK, L.: *Dejiny štátu a práva na Slovensku*, UPJŠ, Košice, 2005

prerušila, alebo o to niekoho požiadala, alebo mu to dovolila.⁵ K zákonu boli postupne vydané aj vykonávacie predpisy, ktoré ustanovovali napríklad aj vek ženy, za ktorého mohla byť interrupcia vykonaná.

V súčasnosti platí na území Slovenskej republiky zákon č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva v znení zákona č. 419/1991 Zb. a vyhláška Ministerstva zdravotníctva SSR č. 74/1986 Zb. v znení neskorších predpisov, ktorou sa vykonáva zákon o umelom prerušení tehotenstva. Tento zákon rozlišuje dva režimy umelého prerušenia tehotenstva. Prvý režim upravuje §4 zákona o umelom prerušení tehotenstva, a to na žiadosť tehotnej ženy: „Žene sa umelo preruší tehotenstvo, ak o to písomne požiadala, ak tehotenstvo nepresahuje 12 týždňov a ak tomu nebránia jej zdravotné dôvody.“ Druhý režim upravuje §5 zákona, a to zo zdravotných dôvodov: „Žene možno umelo prerušiť tehotenstvo zo zdravotných dôvodov s jej súhlasom alebo na jej podnet, ak je ohrozený jej život alebo zdravie alebo zdravý vývoj plodu alebo ak ide o geneticky chybný vývoj plodu.“

V tejto súvislosti by som sa rada zmienila o rozhodnutí Ústavného súdu PL. ÚS 12/01 – 297 zo 4. decembra 2007, ktorým rozhodol o návrhu skupiny 31 poslancov Národnej rady Slovenskej republiky na začatie konania podľa čl. 125 ods. 1 písm. a) a b) Ústavy Slovenskej republiky o súlade niektorých ustanovení zákona o umelom prerušení tehotenstva s Ústavou, ako aj o súlade niektorých ustanovení vyhlášky s Ústavou. Tento nálež Ústavného súdu bol a neustále je diskutovaný v právnických kruhoch, ako aj v kruhoch laikov.

To, že táto otázka je naozaj problémová, potvrdil aj priebeh konania, jeho dĺžka, prerušenie a rozdielne názory a stanoviská účastníkov konania, Najvyššieho súdu a generálnej prokuratúry. Taktiež na to poukazujú odlišné stanoviská ústavných sudcov Jána Auxta, Petra Brňáka, Jána Lubyho, Lajosa Meszárosa a Rudolfa Tkáčika.

Výsledok tohto rozhodnutia je všeobecne známy. Ústavný súd nevyslovil nesúlad predmetných ustanovení s Ústavou. Jediným ustanovením, ktoré označil za nesúladné s Ústavou Slovenskej republiky je §2ods. 3 vyhlášky. Toto ustanovenie dovoľovalo vykonať interrupciu tehotným ženám do 24. týždňa tehotenstva z genetických dôvodov. Zákon o umelom prerušení tehotenstva upravuje len lehotu 12 týždňov, a to pri umelom prerušení tehotenstva na žiadosť ženy. Druhý režim interrupčného zákona neobsahuje lehotu žiadnu. Základným problémom bolo to, že Ministerstvo zdravotníctva vybočilo z medzí zákona, keďže nevydalo vyhlášku v rámci medzí ustanovených zákonom a na základe splnomocnenia v §12 zákona o umelom prerušení tehotenstva. Toto ustanovenie nesplnomocnilo

⁵ZÁVACKÁ, K.: *Právo a prerušenie tehotenstva*,
http://moznostvolby.host.sk/tp_pravo_zavacka.htm

Ministerstvo zdravotníctva na stanovenie lehoty na vykonanie prerušenia tehotenstva z genetických dôvodov, a preto Ústavný súd označil §2 ods. 3 vyhlášky za nesúladný s čl.123 v spojení s čl.13 ods. 2 ústavy. Znamená to, že ak by §12 zákona o umelom prerušení tehotenstva obsahoval toto splnomocnenie, Ústavný súd by nevyslovil nesúlad.

Ústavný súd zdôraznil, že „ úlohou Ústavného súdu v tomto konaní nie je odpovedať na filozofickú, morálnu či etickú otázku, kedy začína ľudský život, ani na otázku správnosti, či morálnosti umelého prerušenia tehotenstva a ani na otázku, ako by mala vyzerat' optimálna právna úprava umelého prerušenia tehotenstva v Slovenskej republike, ale iba na otázku, aké sú ústavné mantinely, ktoré ústava vo vzťahu k právnej úprave umelého prerušenia tehotenstva kladie zákonodarcovi.“ Súhlasím z názorom Martina Luterána v jeho úvahe „Keď ide viac než o život“, že predmetný problém sa nedá obsahovo vyriešiť bez zaujatia istého morálneho postoja.⁶ Napriek tomu je potrebné povedať, že Ústavný súd Slovenskej republiky v prvom rade skúma a v tomto prípade aj skúmal SÚLAD napadnutých ustanovení s Ústavou. Až z rozhodnutia Ústavného súdu, ktorým sa týmto súladom zaoberal, dochádza k stretu s určitým morálnym hľadiskom. Treba si uvedomiť, že Ústavný súd nie je orgánom tvorby práva, nie je zákonodarcom (ústavodarcom), ale je orgánom ochrany ústavnosti. „ Tak, ako ústavný súd nemôže v mene ústavodarcu rozhodnúť o tom, odkedy existuje nenarodený ľudský život, tak môže a v danom prípade musí rozhodnúť o tom, aký obsah má a aké účinky vyvoláva ústavná povinnosť ochrany nenarodeného ľudského života.“⁷

„Etické súdy sú v ústavnoprávnej interpretácii nelegitímne a neodôvodnené. Súčasťou ústavnoprávnej interpretácie nemôže byť vytváranie hodnotových súdov subjektu, ktorý ústavný výklad podáva. Ten musí zohľadňovať hodnoty vyjadrené v Ústave ako externe dané a ich rozsah nesmie zužovať ani rozširovať. Proces ústavnoprávnej interpretácie zo svojej povahy a podstaty nie je spôsobilý vytvárať a dospievať k hodnotovým súdom. V spoločnosti totiž existuje množstvo vzájomne protirečivých a rozporných hodnôt a hodnotových systémov, ktoré zastávajú a vyznávajú jej jednotliví členovia. Neexistuje žiaden nezávislý a neutrálny princíp, na základe ktorého môže Ústavný súd rozhodnúť o ich správnosti, resp. uprednostniť voľbu niektorého z nich, pokiaľ nie sú vyjadrené v Ústave. Vzťah ústavnoprávnej interpretácie k ústavnoprávnej normotvorbe tak možno prirovnať k vzťahu etiky a ostatných spoločenských vied.“⁸

⁶ LUTERÁN, M.: *Keď ide viac než o život*, In: Impulz 1/2009

⁷ Nález sp.zn. PL. ÚS 12/01 zo 4. decembra 2007

⁸ PETRÍK, M.: *K ústavnosti interrupcií po štvrté*, In: Justičná revue 12/2002, s.1438

3. Výklad čl.15 Ústavy Slovenskej republiky

Hlavným účelom môjho príspevku je poskytnúť možné interpretácie čl.15 Ústavy, a to vo vzťahu k umelému prerušeniu tehotenstva.

„Každý má právo na život“. Z tejto krátkej, ale pritom neskutočne dôležitej vety v Ústave vyvstáva otázka subjektov práva na život. Právo na život patrí medzi verejné subjektívne práva, nevymedzuje sa tu vzťah medzi jednotlivcami navzájom, ale vymedzuje sa tu vzťah medzi jednotlivcom a štátom. Štát má teda povinnosť, záväzok zabezpečiť realizáciu tohto práva a garantovať jeho zachovávanie.

Bez akýchkoľvek pochybností môžeme povedať, že subjektom práva na život sú všetky narodené fyzické osoby. Problém nastáva, ak uvažujeme o práve na život nenarodeného dieťaťa.

„Ľudský život je hodný ochrany už pred narodením.“ Mnohí autori túto vetu vykladajú v spojení s vetou prvou a do pojmu „každý“ zahŕňajú aj nascitura. Podľa názoru Tomáša Majerčáka v článku Právo na život v právnom poriadku Slovenskej republiky „touto vetou chcel ústavodarca zdôrazniť, že pod pojem „každý“ v prvej vete zahrnul i počaté dieťa, pretože ľudský život je hoden ochrany už od počatia.“⁹ To znamená, že podľa neho druhá veta čl.15 predstavuje posilnenie práva nenarodeného dieťaťa na život, aby nevznikli pochybnosti o tom, či mu toto právo patrí.

Je však právo na život súčasťou práva nenarodeného dieťaťa? Touto otázkou sa zaoberal aj Ústavný súd v predmetnom konaní: „Druhý okruh otázok sa týkal toho, či z ústavnoprávneho hľadiska možno vyvodiť rozdielnú úroveň ochrany alebo režimu ochrany podľa prvej a druhej vety

⁹ Pozri MAJERČÁK,T.: *Právo na život v právnom poriadku Slovenskej republiky* In: *Právny obzor*, 5/ 2007, str. 434-446

čl. 15 ústavy a či súčasťou ústavného režimu ochrany nenarodeného dieťaťa je aj právo nenarodeného dieťaťa na život.¹⁰

Inými slovami má plod právo na život? Existuje nejaký dôvod na rozdiel v stupni ochrany nenarodeného dieťaťa do 12. týždňa tehotenstva a po 12. týždni?

Ak by sme do pojmu „každý“ zahrnuli nenarodený ľudský život, znamenalo by to, že Ústava SR priznáva rovnakú právnu ochranu narodenému, ako aj nenarodenému. Podľa názoru Ústavného súdu zo znenia čl. 15 ods. 1 Ústavy zreteľne vyplýva, že ústavodarca rozlišuje medzi právom každého na život a ochranou nenarodeného ľudského života. Teda existuje rozdiel medzi právom na život ako osobným subjektívnym nárokom a ochranou nenarodeného života ako objektívnou hodnotou. Toto chápanie práva na život je označené aj ako tzv. diskriminačné kritérium chápania ľudského života zo strany tých, ktorí interrupcie považujú za protiústavné.

Aby sa mohla vyriešiť táto dilema, je nevyhnutné vymedziť, aké obdobie vývinu plodu sa vzťahuje na obdobie „pred narodením“. Interpretácia ústavnej normy môže uvažovať o pojmoch „počatý život“ a „nenarodený život“, ktoré môžu, ale nemusia byť synonymné. Ak sa oba pojmy nestotožnia, extenzívnym výkladom možno dôjsť k tvrdeniu, že ľudský život má dve potencionálne formy – je počatý, aj nepočatý, a že čl. 15 ods. 1 Ústavy sa chráni ľudský život nielen od okamihu počatia, lebo v takomto prípade by sa ústavná ochrana zúžila pomocou formulácie o počatí, ale že čl. 15 ods. 1 sa ľudský život „hodný ochrany pred narodením“ chráni ešte skôr.¹¹ V literatúre sa stretávame s rôznymi možnosťami výkladu pojmu „pred narodením“. Nachádzame stotožňovanie tohto slovného spojenia s pojmami „od počatia“ , „od okamihu nidácie“¹² , ako aj od okamihu „životaschopnosti“ plodu.

Mnohí autori opierajú svoje tvrdenia, o to, že plod má právo na život aj z toho dôvodu, že právny poriadok Slovenskej republiky priznáva právnu subjektivitu už počatému dieťaťu a od prvej chvíle počatia sa mu priznávajú určité práva (právo dediť, právo na plnenie z poistnej udalosti, právo na ochranu pred akýmkoľvek klonovaním, právo byť zamestnávateľom). Podľa môjho názoru však nie je možné opomenúť skutočnosť, že právnu

¹⁰ Nález sp.zn.PL. ÚS 12/01 zo 4.decembra 2007

¹¹ DRGONEC, J.: Ústavný rozmer právnej úpravy interrupcií, *Justičná revue* 2/2002, str. 175.

¹² Pozn. nidácia je uhniesdenie oplodneného vajíčka v sliznici maternice, prebieha 6.-7.deň po oplodnení.

subjektivitu má počaté dieťa len v prípade, ak sa narodí živé.¹³ Písomné stanovisko Ministerstva zdravotníctva v spomínanom konaní pred Ústavným súdom upozorňuje: „Ak sa nasciturus nenarodí, nemá právnu subjektivitu, preto nezodpovedá pojmu „každý“ uvedenému v čl. 15 ods. 1 prvej vety Ústavy.“

Pri výklade pojmu „každý“, by som si rada dopomohla konštatovaním Európskej komisie pre ľudské práva, ktorá uviedla, že slovo „každý“ uvedené vo viacerých článkoch Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd nemožno aplikovať prenatálne, ale podotkla, že takú aplikáciu v ojedinelých prípadoch nemožno vylúčiť. Článok 2 Dohovoru, ktorý deklaruje právo na život podľa Európskej komisie pre ľudské práva nezahŕňa nenarodeného. Na tento názor nadviazal Európsky súd pre ľudské práva v prípade *Vo v. Francúzsko*.¹⁴ Prebiehanie tohto konania pred Veľkou komorou Európskeho súdu pre ľudské práva bolo jedným z dôvodov, pre ktoré bolo odročené pojednávanie pred Ústavným súdom Slovenskej republiky v predmetnej veci. Európsky súd pre ľudské práva odmietol rozšíriť právo na život plodom v zmysle článku 2. Súd objasnil, že aj keď štáty majú určitý stupeň voľnosti v rozhodovaní o legálnej dostupnosti interrupcií, ich obmedzenia zasahujúce do základných ľudských práv žien by porušili Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd.¹⁵ V tomto prípade odmietol súd zaobchádzať s plodom ako s „osobou“, dokonca aj vtedy, keď neexistuje rozpor s právami ženy.

Nielen navrhovatelia tohto konania hovoria o tom, že za súčasného právneho stavu do 12. týždňa tehotenstva nepožíva nenarodený ľudský život žiadnu, alebo len formálnu ochranu. Pri svojom štúdiu tejto problematiky som sa dokonca stretla s prirovnaním, že myši používajú na Slovensku väčšiu právnu ochranu než nenarodený ľudský život v prvých 12 týždňoch.¹⁶

Súhlasím s názorom Ústavného súdu, že použitím systematického výkladu by sme dospeli k tomu, že právny poriadok Slovenskej republiky poskytuje určitú ochranu nasciturovi do 12. týždňa tehotenstva. Je potrebné si uvedomiť, že nenarodený ľudský život je súčasťou tela matky. A ak sa poskytuje matke zvýšená ochrana v tehotenstve, poskytuje sa zároveň aj nasciturovi, a to bez ohľadu na to, či je už viabilný (životaschopný). Takáto

¹³ §7 Občianskeho zákonníka 40/1964 Zb.: „*Spôsobilosť fyzickej osoby mať práva a povinnosti vzniká narodením. Túto spôsobilosť má aj počaté dieťa, ak sa narodí živé.*“

¹⁴ *Vo v. Francúzsko*, sťažnosť č. 53924/00, Európsky súd pre ľudské práva, 8.júl 2004

¹⁵ Pozri napr. *R.H. v. Nórsko*, *Boso v. Taliansko*, *Paton v .Spojené Kráľovstvo*, *Brugermann a Scheuten v. Nemecko*, *Evans v. Spojené kráľovstvo*.

¹⁶ PROCHÁZKA, R.: *O myšiach a ľudoch*, In: Impulz č. 2/2008.

ochrana vyplýva napríklad z Trestného zákona (trestný čin Nedovoleného prerušenia tehotenstva §150-152TZ), Zákonníka práce, a nemožno taktiež zabudnúť na často spomínanú občianskoprávnu úpravu.

Režim 12. týždňov, dokedy je možné žene prerušiť tehotenstvo na jej žiadosť, je často považovaný za svojvoľný. V tejto súvislosti je potrebné spomenúť rozhodnutie Najvyššieho súdu USA Roe v. Wade z roku 1973, v ktorom výslovne rozhodol, že plod nie je osobou oprávnenou na ústavnú ochranu a osobnosť závisí od narodenia.¹⁷ Toto rozhodnutie je založené na východisku, podľa ktorého má byť nenarodený ľudský život chránený počas tehotenstva s intenzitou rastúcou postupne od počatia po narodenie. Obdobie tehotenstva taktiež rozdeľuje do troch trimestrov. Podľa Martina Dilonga „ uvedené delenie je založené skôr na matematickom delení ako na legalistickom či vedeckom základe.“¹⁸ Ústavný súd Slovenskej republiky však lehotu 12. týždňov považuje za primeranú, pretože sa odvíja od vytvárania senzibility plodu. Taktiež súhlasím s jeho názorom, že daná lehota je v súlade s čl.15 ods. 1 druhej vety Ústavy, a to ohľadom proporcionality danej úpravy vo vzťahu k ústavnej hodnote ochrany nenarodeného ľudského života.

V prípade výkladu čl. 15 ods. 1 Ústavy sa často stretávame s argumentom, že právo na život nenarodeného dieťaťa deklaruje aj história vzniku ústavného zákona 23/1991Zb., ktorým sa uvádza Listina základných práv a slobôd.¹⁹ Na základe správy o 11. spoločnej schôdzi Snemovne ľudu a Snemovne národov z 8.-11. januára 1991 vyplýva, že viacerí poslanci navrhovali výslovne zakotviť ochranu života od počatia. Daniel Lipšic, ktorý je jedným z navrhovateľov spomínaného konania pred Ústavným súdom tvrdí, že „stenografické záznamy z ústavodarných zhromaždení nepochybne môžu napomôcť identifikácii zmyslu a cieľa ústavnej normy v čase jej prijatia“ však zároveň uznáva, že „majú obmedzený význam pre historický výklad ústavného textu.“²⁰ Súhlasím s názorom Ústavného súdu, že „metóda historického výkladu má pri výklade ústavy len subsidiárne miesto“, resp. „podstatné nie je to, čo jednotliví členovia ústavodarného zboru určitým ústavným ustanovením zamýšľali, ale to, aký text po prebiehajúcej diskusii prijali.“ Historický výklad síce zohráva úlohu pri

¹⁷ Roe v. Wade, 410 U.S. (1973).

¹⁸ DILONG,M.: *Ústavnosť umelého ukončenia tehotenstva*, In: Justičná revue, 3/2003, s.290

¹⁹ čl. 6 ods. 1 Listiny základných práv a slobôd, ktorý znie : „Každý má právo na život. Ľudský život je hodný ochrany už pred narodením“ , bol v roku 1992 doslovne prevzatý do Ústavy Slovenskej republiky.

²⁰ LIPŠIC,D.: *Ústavný rozmer právnej úpravy umelého prerušenia tehotenstva*, In: Justičná revue č.2/2002, s. 167

precizovaní zmyslu zákonov a iných právnych predpisov, avšak právna prax ho radí taktiež medzi najmenej spoľahlivé a teoreticky pochybné výklady.

Jednou z esenciálnych otázok, ktorú je potrebné vyriešiť, je vzťah práva na súkromie tehotnej ženy a práva na život plodu. Niektorí autori laicky prirovnávajú tento vzťah ako vzťah „nič“ a „niečo“. Avšak musíme sa zamyslieť nad povahou práva na súkromie. V Ústave Slovenskej republiky je upravené v článku 16 ods.1: „Nedotknuteľnosť osoby a jej súkromia je zaručená.“ Právo na súkromie teda nemôžeme chápať ako „nič“, ale ide o riadne ústavne zaručené právo, ktoré Ústava zaradzuje medzi základné ľudské práva. A možnosť ženy rozhodnúť o svojom, tehotenstve resp. jeho pokračovaní je jeho imanentnou súčasťou. Ako však vyriešiť situáciu, keď dôjde ku konfliktu týchto dvoch spomínaných práv? Ak by sme poňali vetu „Ľudský život je hodný ochrany už pred narodením“ ako základné právo a priznali právo na život nasciturovi, znamenalo by to potlačenie práva na súkromie tehotnej ženy. Bol by to logický dôsledok chápania práva na život ako najzákladnejšieho ľudského práva, od ktorého sa odvíjajú všetky ľudské práva. Takéto chápanie vzťahu týchto dvoch práv poskytuje napríklad aj tento názor: „Právo na súkromie zahŕňa možnosť ženy rozhodnúť o svojom tehotenstve – t.j. kedy a koľko detí si želá. Ale toto právo nie je absolútne. Len čo je žena preukázateľne tehotná, jej právo na súkromie je limitované. Ústava SR podľa čl.15 ods. 1 priznáva ústavnú ochranu ľudskému životu už pred narodením.“²¹

Dôsledkom takéhoto prístupu by však bolo aj neumožnenie vykonania interrupcie tehotnej žene napríklad zo zdravotných dôvodov, prípadne otehotnenia z dôvodu znásilnenia. To znamená, že do konfliktu s právom na život nascitura sa môžu dostať aj iné ústavne chránené hodnoty, ako je napríklad zdravie, ľudská dôstojnosť a pod.

Ako som uviedla vyššie, v súvislosti s právom nascitura na život, sa spomína aj článok 15 ods.4. Článok 15 ods.2 znie: „Nikto nesmie byť pozbavený života.“ Účel a rozsah ochrany práva na život, aj práva nebyť pozbavený života, je predmetom úpravy medzinárodných dohovorov a pravidelnou príčinou sporov o formulácie takých dohovorov, ako aj príčinou sporov o ich výklad a uplatnenie.²² Výnimku zo zákazu pozbavenia života predstavuje §15 ods.4: „Podľa tohto článku nie je porušením práv, ak bol niekto pozbavený života v súvislosti s konaním, ktoré podľa zákona nie je trestné.“ Toto ustanovenie Ústavy je potrebné chápať v spojení s čl. 13 ods.4 Ústavy, ktoré hovorí: „Pri obmedzovaní základných práv a slobôd sa musí dbať na ich podstatu a zmysel. Takéto obmedzenia sa môžu použiť len

²¹ DILONG,M.: *Ústavnosť umelého ukončenia tehotenstva*, In: *Justičná revue*, č. 3/2003, s.295

²² DRGONEC,J.: *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*, Šamorín, 2007, str.165

na ustanovený cieľ.“ To znamená, že Ústava Slovenskej republiky pripúšťa, aby niekto bol pozbavený života len v súlade s princípom proporcionality (princípom nevyhnutnosti, princípom opodstatnenosti). Poňatie práva na život nascitura ako absolútneho subjektívneho práva by v dôsledku princípu proporcionality vylúčilo interrupciu z objektívnych dôvodov, ako som uviedla vyššie (genetické, zdravotné, otehotnenie v dôsledku trestného činu).

Ak sa zaoberáme problematikou umelého prerušenia tehotenstva, nemôžeme ignorovať problémy, ktoré so sebou prinášajú príliš prísne právne úpravy v tejto oblasti, ako je to napríklad v Poľsku alebo Írsku. Najčastejším je zvýšenie počtu nelegálnych potratov a s tým spojené úmrtia pacientok.

V dôsledku všetkých uvedených skutočností nepovažujem nascitura za subjekt práva na život, aj napriek tomu, že mu právny poriadok Slovenskej republiky poskytuje mnohé iné oprávnenia. Napokon zodpovedá to aj ustanoveniu druhej vety čl.15. Právo na život má síce rovnakú váhu pre každý jeho subjekt, avšak nasciturus nie je typickým nositeľom práv, ale je nositeľom práv „sui generis“.

Literature:

- DILONG, M.: Ústavnosť umelého ukončenia tehotenstva, *Justičná revue*, 2003, č.3, s. 285 -295
- DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky, *Komentár*, Šamorín, 2007
- DRGONEC, J.: Ústavný rozmer právnej úpravy interrupcií, *Justičná revue*, 2002, č. 2, s. 174 -181
- LIPŠIC, D.: Ústavný rozmer právnej úpravy umelého prerušenia tehotenstva, *Justičná revue*, 2002, č. 2, s.165-173
- LUTERÁN, M.: Keď ide viac než o život, *Impulz*, 2009, č.1, http://www.pravo-medicina.sk/detail-aktuality?new_id=32&caller_site=17&caller_category=1&PHPSESSID=f8f52bd1a2d44b450c860de4f11f135e
- MAJERČÁK, T.: Právo na život v právnom poriadku Slovenskej republiky, *Právny obzor*, 2007, č.5, s. 434-446
- MOSNÝ, P., HUBENÁK, L.: *Dejiny štátu a práva na Slovensku*, UPJŠ, Košice, 2005

- PALÚŠ, I., SOMOROVÁ, L.: Štátne právo Slovenskej republiky, Košice, UPJŠ, 2008
- PETRÍK, M.: K ústavnosti interrupcií po štvrté, *Justičná revue*, 2002, č. 12, s. 1436 - 1447
- PROCHÁZKA, R.: O myšiach a ľudoch, *Impluz*, 2008, č.2, <http://www.impulzrevue.sk/article.php?306>
- SVÁK, J.: Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv), Bratislava, 2006
- ZÁVACKÁ, K.: Právo a prerušenie tehotenstva, http://moznostvolby.host.sk/rp_pravo_zavacka.htm
- Ústava Slovenskej republiky, 460/1992 Zb.
- Z.č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva
- Vyhláška Ministerstva zdravotníctva SSR č. 74/1986 Zb.
- Nález Ústavného súdu sp.zn. PL.ÚS 12/01 č. 1/2007 (zo 4.decembra 2007)
- Občiansky zákonník 40/1064 Zb.
- Vo v. Francúzsko, sťažnosť č. 53924/00, Európsky súd pre ľudské práva, 8. Júl 2004
- Roe.v.Wade, 410 U.S. (1973)

Contact – email

lucia.nedzbalova@gmail.com

INTERPRETACE LIDSKÝCH PRÁV V ISLÁMSKÉM PRÁVU

PETR OSINA

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Príspevek sa zaoberá hlavnými aspektmi koncepcie ľudských práv v islámskej právnej kultúre. Táto koncepcia vychádza z teocentrického prístupu, ktorý sa líši od sekulárneho antropocentrického prístupu.

Key words in original language

Lidská práva; Korán; Sunna; teocentrický přístup; antropocentrický přístup.

Abstract

Article deals with the main aspects of the human rights conception in islamic legal culture. This conception comes from the theocentric approach which is different from the secular anthropocentric approach.

Key words

Human rights; Quran; Sunnah; theocentric approach; anthropocentric approach.

Západní koncepce lidských práv je založena na předpokladu, že lidská práva jednotlivců jsou univerzální a tedy aplikovatelná na kohokoli na planetě Zemi. Univerzalita lidských práv odkazuje na univerzální kvalitu a globální akceptaci této ideje.¹ Podle zastánců striktního univerzalizmu musí mít lidská práva stejnou podstatu a být stejně aplikována bez ohledu na kulturní a náboženské aspekty.

Tento přístup je kritizován zastánci kulturního relativismu, jelikož vnímá lidská práva ze „západní“ perspektivy a předpokládá, že standardy zavedené na západě jsou univerzálními normami, z nichž nelze slevit v rámci jiných kultur. V ostatních (nezápadních) kulturách je to často chápáno jako pokus vnutit západní kulturu a hodnoty jiným kulturám. Kulturní relativisté jsou na

¹ Baderin Mashood A., Dialogue among civilizations as a paradigm for achieving universalism in international human rights – a case study with Islamic Law , *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, Volume 2, Number 2, 2001, str. 2

druhé straně kritizování kvůli legitimizaci režimů, které utlačují své občany a porušují lidská práva ve jménu kultury či náboženství.²

V debatě ohledně toho, zda etnické tradice, kultura či náboženství mají vliv na lidská práva, stojí islámská kultura v opozici vůči západním koncepcím. Islám (stejně jako křesťanství) vznáší požadavky na univerzalitu. Ostatní náboženské kultury (hinduismus, buddhismus, konfucianismus) nekladou podobné požadavky a mohou proto snadněji koexistovat s jinými kulturami. Křesťanství prošlo narozdíl od islámu sekularizací, přesto si západní civilizace podržela svůj univerzalistický náhled. Islám tento náhled stále zakládá na náboženství.

Jedna skupina muslimských učenců považuje koncept lidských práv za výlučně západní ideu a jakýkoli pokus prosazovat ji v jiných částech světa vnímají jako jinou formu kolonizace a „westernizace“ světa. Na druhé straně jsou zde muslimští učenci, kteří se snaží reinterpretovat náboženská pravidla a přiblížit je západním standardům lidských práv. Samotný fakt, že idea lidských práv vznikla v rámci západní kultury, nemusí znamenat, že je nepřijatelná pro ostatní kultury.³

Základní rozdíl mezi islámskou a západními právními kulturami je v tom, že islámská právní kultura je založena na teocentrickém přístupu, který za ohnisko všeho považuje Boha. V antropocentrické koncepci se za centrální bod označuje člověk. Je to tedy zároveň rozdíl mezi religiózním a sekulárním přístupem. V rámci teocentrického pohledu je Bůh původcem lidského života a tedy originálním garantem lidských práv. Bůh je vševědoucí, zatímco lidské vědění je omezené.⁴ Proto není důvod pro vytváření zákonů, které by chránily jednotlivce – božské právo je dokonalou formou ochrany zájmů jednotlivce i společnosti.

Mezinárodní lidskoprávní dokumenty vycházejí z antropocentrického přístupu, zaručují jednotlivci práva na základě jeho lidské důstojnosti. Svoboda náboženského vyznání je uznána jako jedna ze základních svobod, ale náboženství není považováno za východisko lidských práv. Právě neexistence odkazu na Boha v mezinárodních dokumentech o lidských

² Mayer A. E., *Islam and Human Rights – Tradition and Politics*, Boulder Colorado: Westview Press, 1999, str. 7

³ Tibi B., *Islam between Culture and Politics*, New York: Palgrave, 2001, str. 214

⁴ viz Korán, súra 3:66: „Hle, zde jste těmi, kteří se hádali o tom, o čem mají nějaké vědění. Proč se tedy hádáte o něčem, o čem vědění nemáte - a Bůh zná nejlépe, zatímco vy neznáte.“

právech vede některé muslimské učence k závěru o irelevantnosti a nezávaznosti těchto aktů pro islámské země.⁵

Můžeme najít několik oblastí, ve kterých tradice a náboženské standardy neumožňují dosáhnout kompromisu mezi západním a islámským pohledem na lidská práva.

Asi nejčastěji diskutovanou otázkou jsou práva žen, kdy mnohé islámské země jsou obviňovány z diskriminace vůči nim, mnohdy uplatňované systematicky (jako například v Afghánistánu za vlády Talibanu). Historie islámu ovšem není historií ponižujícího zacházení se ženami, naopak Korán věnuje ženám značnou pozornost. Islám ve skutečnosti znamenal podstatné zlepšení postavení žen a jejich životních podmínek v tehdejší arabském světě. Korán zavedl zákaz zabíjení novorozeneckých dětí ženského pohlaví, umožnil ženám dědit, omezil praktikování polygamie a přiznal ženám vlastnické právo k obvěnění, které se dříve platilo otci nevěsty. Korán tady zrušil některé dřívější formy diskriminace žen, které byly založeny zvykovým právem.

Lze se setkat s názory, že je nepřijatelné, aby náboženství, které se v počátcích snažilo odstranit znevýhodnění žen dané zvykovým právem, bylo na základě pozdějších interpretací využito jako prostředek k udržení žen v podřízeném postavení.⁶ Náboženské právo šaría samozřejmě odpovídá struktuře patriarchální společnosti, ve které muži disponují vyšším statutem, což není příliš odlišné od křesťanského pojetí. Rozdíl je ovšem v tom, že právo šaría tvoří v mnoha islámských zemích důležitou část právního systému a tudíž normy, které upravují rozdílná práva mužů a žen, jsou vynucována státní mocí. Vzhledem k obecnosti pravidel práva šaría je otázka práv žen vždy záležitostí interpretace. Rovnost mužů a žen je jednou z nejkomplicovanějších oblastí islámského práva a dokonce i liberálnější založení muslimové připouštějí, že jedinou cestou jak se přiblížit mezinárodním standardům lidských práv bez sekularizace je zásadní reinterpretace Koránu.⁷

Další významnou otázkou jsou práva příslušníků ostatních náboženství. Tyto osoby mohou být rozděleny do dvou skupin – lidé knihy (křesťané a židé) a ostatní. Lidé knihy si vždy mohli ponechat své náboženství a byla

⁵ Baderin Mashood A., Dialogue among civilizations as a paradigm for achieving universalism in international human rights – a case study with Islamic Law, *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, Volume 2, Number 2, 2001, str. 22

⁶ Mayer A. E., *Islam and Human Rights – Tradition and Politics*, Boulder Colorado: Westview Press, 1999, str. 98

⁷ Dalacoura K., *Islam, liberalism and human rights*, New York: I. B. Tauris Publishers, 1998, str. 47

jim zaručena určitá ochrana. Příslušníci ostatních náboženství byli považováni za polyteisty nebo nevěřící, kteří musí přijmout islám nebo zemřít. Přes určitou toleranci nemůže islámský stát zajistit takovou míru náboženské svobody jako stát sekulární.

Problém svobody vyznání se týká také samotných muslimů, kteří chtějí konvertovat k jinému náboženství. Jelikož šaría zakazuje přestup k jinému náboženství, hrozí jim za odpadlictví trest. V raných obdobích se podobné jednání trestalo smrtí a i dnes tento trest prosazují konzervativní muslimské autority. Liberální muslimové tvrdí, že neexistuje žádná norma, která by trestala odpadlictví.⁸ Navíc je to v rozporu přímo s Koránem, který říká: „Nebudíž žádného donucování v náboženství!“⁹

Dalším sporným momentem je, že islámské trestní právo v souboru upraveném kanonicky závaznými normami ukládá archaické tělesné tresty - bičování za opilství a křivé nařčení, amputace končetin za krádež a kamenování za cizoložství. Odporují zákazu mučení ve Všeobecné deklaraci OSN (článek 5). Mnozí liberální myslitelé je dnes vykládají jako pouhou nábožensko-etickou výstrahu a soudí, že západní veřejné mínění jejich reálný význam v islámu přeceňuje. Jednoznačnému zákazu brání skutečnost, že jsou z větší části uvedeny v Koránu.

Tak jako v jiných kulturách existují i islámské dokumenty o lidských právech. Několik dokumentů s cílem adaptovat univerzální standardy lidských práv na islámskou právní kulturu bylo vytvořeno různými organizacemi a na mezivládní úrovni.

Největší mezinárodní ohlas si zřejmě získala Všeobecná islámská deklarace lidských práv, kterou vyhlásila v září 1981 v budově UNESCO v Paříži Islámská evropská rada (se sídlem v Londýně). Přes svůj titul si sice nemůže činit nárok na všeobecně uznaný projev muslimského mínění, nicméně znamená významný mezník na cestě zprostředkování mezi islámskou tradicí a moderním liberalismem.

Pařížská deklarace hovoří o zjeveném původu a nezměnitelnosti lidských práv a o povinnosti budovat islámský řád, vyznačující se rovností a svobodou. Celkově deklarace vychází z názoru, že většina práv uvedených ve Všeobecné deklaraci OSN - u níž někteří muslimové kritizují stroze sekulární jazyk - je v zásadě v souladu se šáriou. Hlavním kamenem úrazu zůstává otázka plné náboženské svobody a rovnoprávného vztahu k jiným náboženstvím, rovnoprávnosti žen a tělesných trestů.

⁸ Steiner H., Alston P.: *International Human Rights in Context*, New York: Oxford University Press, 2000, str. 396

⁹ viz Korán, súra 2:256

Obecně lze v islámském světě ve vztahu k lidským právům rozpoznat tři odlišné postoje: nerespektování, doprovázené i otevřeným odmítáním tohoto západního „neislámského“ novotářství; protikladné liberální stanovisko, přijímající plně univerzální pojetí a zavrhuující šariú; a snahy integrovat lidská práva jako součást islámského vlastního duchovního odkazu, určitým způsobem snad i slučitelnou se šariú.

Literature:

- Baderin Mashood A., Dialogue among civilizations as a paradigm for achieving universalism in international human rights – a case study with Islamic Law , *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, Volume 2, Number 2, 2001
- Dalacoura K., *Islam, liberalism and human rights*, New York: I. B. Tauris Publishers, 1998
- Mayer A. E., *Islam and Human Rights – Tradition and Politics*, Boulder Colorado: Westview Press, 1999
- Steiner H., Alston P.: *International Human Rights in Context*, New York: Oxford University Press, 2000
- Tibi B., *Islam between Culture and Politics*, New York: Palgrave, 2001

Contact – email

petr.osina@upol.cz

MÍSTO VÝKLADU ZÁKONA V OBORU OBECNÉ TEORIE PRÁVA A OTÁZKA JEDINEČNOSTI PRÁVNÍHO VÝKLADU

JAN PINZ

Právnická fakulta University Karlovy v Praze, Česká republika

Abstract in original language

Lokace výkladu zákona v rámci disciplíny obecné teorie práva. Otázka přípustnosti jednoho nebo více právních řešení nacházejících se v mezích výkladu jedné právní normy.

Key words in original language

Výklad zákona; obecná teorie práva; jedinečnost právního řešení; meze výkladu právní normy.

Abstract

Setting of law's interpretation within the discipline of the general theory of law. Question of admissibility of one or more legal solutions being found within one percept's of law interpretation.

Key words

Interpretation of the law; general theory of law; uniqueness of legal solubility; limits percept's of law interpretation.

1. ÚVOD

Jednou z nejvýznamnějších součástí právního poznávání je interpretace zákona. Tento druh právní gnoseologie, tedy poznávání zákonů odvozuje svou významnost od skutečnosti, že se poznáním zákonných norem poznává základ státního právního řádu a jeho nejvyšší formy.

Právní poznávání má dvojí rozměr. Jednak je to nauka o poznávání práva vůbec a jednak je to poznávání práva samotného, zejména zákona. Jinými slovy právní poznávání má dimenzi jednak abstraktní – teorii právního poznávání a jednak konkrétní – praxi právního poznávání. Přičemž právní gnoseologie je jako obecná teorie poznání práva genus proximum a právní noetika jako obecná nauka o poznávání práva vůbec spolu s právní metodologií jako naukou o správném poznávání práva jsou differentia specifica.

Předmětem tohoto pojednání je především teoretická stránka výkladu zákona, jakož i umístění tohoto druhu poznávání práva v celém oboru obecné teorie práva.¹

2. MÍSTO VÝKLADU ZÁKONA V OBORU OBECNÉ TEORIE PRÁVA

Lokace výkladu zákona v rámci oboru obecné teorie práva není nesporná. Jistá shoda v právní nauce panuje v tom, že se samotný výklad normativních právních aktů pokládá za jakousi předfázi výkonu práva, tj. jeho realizace a zejména jeho aplikace. Náleží tedy část materie výkladu práva do oblastí právní praxe vedle celé složky uskutečňování a používání právních norem, která představuje především prvek volní.

Nejabstraktnější část nauky o výkladu zákona, tzn. poznávání forem, v nichž se interpretují normativní právní akty, je teorií interpretace práva. Tato část právní gnoseologie, tzn. interpretační principy a pojmy, tvoří důležitou součást obecné teorie práva. Lze proto konstatovat, že místo výkladu zákona v oboru obecné teorie práva, tedy místo teorie výkladu zákona se nachází v té části tohoto oboru, který tvoří základ vědeckého poznání práva.

Tam, kde se pomocí poznávacích forem, v nichž se interpretují normativní právní akty, tyto akty poznávají jako právní normy, jde již o vědu interpretace práva jako součást obecné právní vědy. Uplatněním poznávacích nástrojů obecné teorie práva dochází k obecně myšlenkovému poznání právních norem. Tento postup se svou pořádací, sjednocovací a argumentační složkou náleží proto již také do obsahu právní noetiky a právní metodologie.²

Aplikace poznatků právní noetiky a právní metodologie při konkrétním výkladu normativních právních aktů je pak záležitostí zvláštních právních věd (odvětvově specializované právní vědy, resp. dogmatické právní vědy), popřípadě jurisprudence. V této fázi aplikovaného poznávání práva bezprostředně spjatého se samotným výkonem práva osciluje už povaha interpretační činnosti mezi aplikovanou právní vědou, resp. naukou právní praxe a samotnou právní praxí.

Teorie interpretace práva jako nejabstraktnější část nauky o výkladu normativních právních aktů a vlastní složka obecné teorie práva, konečně

¹ Místo výkladu zákona v oboru obecné teorie práva je zde chápáno ve vlastním významu, tj. jako pojmenování části prostoru, kterou v něm zaujímá určitý právní jev, a to výklad zákona v rámci celého oboru teorie práva. nejde zde tedy o úlohu výkladu zákona jak by mohl naznačovat někde použitý anglický překlad slova „místo“ výrazem „the role“.

² Viz k tomu Weyr, F.: *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis 1936, s. 62 a násl.; Král, J.: *Československá filosofie*. Praha: Melantrich 1937, s. 74 a násl.

rozlišuje i jednotlivé etapy tohoto procesu, jehož cílem je objektivní zjištění obsahu o smyslu právních norem.³

Nauka o výkladu podzákoných právních předpisů není samostatnou kapitolou teorie interpretace práva, nýbrž je organickou součástí této právní gnoseologie, uvnitř ní a v jejích mezích se musí pohybovat. Nižší stupně nauky o výkladu podzákoných právních předpisů náleží již podle své podstaty do oboru obecné právní vědy a dogmatické právní vědy, popřípadě do oboru praktického právoznalectví.⁴

3. LOGICKÁ PODSTATA POZNÁNÍ PRÁVNÍ NORMY

Právní norma, především zákonná právní norma, je autoritativní představa o povinném nebo oprávněném chování. V tom tkví regulativní funkce právní normy. Právní norma není izolovaný právní jev, nýbrž představuje součást určitého logicky uzavřeného normového souboru, tj. právního řádu konkrétního státu.

Soubor vytvořených zákonných norem je projevem subjektivní vůle dominující toho času v určité lidské společnosti a určované jejími potřebami, jejichž objektivita je více či méně deformována v závislosti na stupni manipulace veřejného mínění panující složkou společnosti. Ovšem je tu stát, který tuto subjektivní vůli formalisuje a dává jí tak punc vůle objektivní a transformuje jí do systému norem objektivního práva. Proces poznání objektivního práva je proto procesem poznávání jeho jednotlivých právních norem. Vlastní interpretace normativního právního aktu jako důležitá součást normativního právního poznávání je poslední fází celého právního výkladu.⁵ Úkolem této interpretace je poznat pravý obsah právní normy, a to v logické souvislosti s ostatními právními normami obsaženými v právním řádu, u něhož zároveň předpokládáme logickou jednotnost.⁶ Právní norma je však vyjádřena v jazykovém textu, z něhož musí být vyvozena její logická forma včetně struktury, a to pomocí určitých myšlenkových obrátů a postupů. Logická formalisace obsahu právní normy probíhá jako vyvozování konkrétního právního vztahu z abstraktní právní normy.⁷ Jako mezihra se uplatňuje právě poznávání právní normy, kdy

³ Specifikace jednotlivých etap interpretačního postupu v nejširším smyslu, tj. problematika diplomatiky, hermeneutiky a exegese právních pramenů není předmětem této práce.

⁴ Viz k tomu Pinz, J.: Způsoby poznávání práva jako nalézání práva právní vědou, soudnictvím a právoznalectvím. In Sborník z mezinárodní vědecké konference „Dny práva, Days of Law“ 2. roč. Spisy PFMU č. 337 (řada teoretická). Brno: MU 2008, s. 1271.

⁵ Viz text sub poznámka 3.

⁶ Srv. Procházka, A.: Tvorba práva a jeho nalézání. Praha – Brno: Orbis 1937, s. 27.

⁷ Viz též Steiner, V.: Logická formalizace právních norem a vztahů. Právník, 1985, CXXIV, č. 11, s. 994 – 996.

abstraktní právní norma se cestou výkladu právního textu rekonstruuje. Zásada nepřípustnosti kontradikce abstraktních právních norem v rámci právního řádu klade velké nároky na poznání těchto právních norem, neboť jejich kontradiktornost je zároveň vyloučena i u abstraktních normativních vět jako obecně závazných podmínek v normách obsažených a jimi representovaných. Proto se při jejich interpretaci používá výroková logika a deontická logika, tj. logika normativních věd a argumentace, které slouží pro objasnění vzájemných vztahů abstraktních právních norem a normativních vět včetně výroků, které je podmiňují. Poznání abstraktní právní normy „je ve své podstatě určením subsumpčních podmínek pro použití konkrétní normy, jakož i určení *disposic* s těmito podmínkami spojených.“⁸

Interpretace právních pramenů v konstantním stavu je záležitostí právní logiky formální. Interpretace právních pramenů ve variabilním stavu, resp. v procesu plynutí času je naopak předmětem právní logiky materiální, resp. dialektické, neboť jen zde lze přizvat k účasti na poznávání obsahu a smyslu právních norem též *ratio legis* a *occasio legis*.

4. JEDINEČNOST NEBO MNOHOST PRÁVNÍCH ŘEŠENÍ V RÁMCI POZNÁNÍ JEDNÉ PRÁVNÍ NORMY

Panující nauka interpretační nepochybuje, že cílem výkladu zákona je objasnění smyslu a obsahu právního textu zpravidla v hranicích právní normy.⁹ Při výkladu podzákonných právních předpisů vyžaduje postup *lege artis* pohybovat se v mezích právních předpisů zákonných, resp. v rámci interpretovaných právních textů zákonných. Pokud jde o výklad jiných právně významných skutečností jako jsou individuální právní akty nebo právní úkony, je jejich rozsah obdobně vázán formální i materiální stránkou právních norem, které aplikují nebo realizují.

Výklad normativního právního aktu má zabezpečit přesné a úplné vyjádření státní vůle obsažené v právních normách, které jsou cestou hermeneutiky a exegese právních pramenů rekonstruovány. Ovšem o právním textu ne vždy platí, že jde o slova „*linguae certa loquentes*.“ Ba naopak mnohdy smysl slov označujících právní skutečnosti se nekryje s těmito skutečnostmi přesně, nebo se stále označují stejnými slovy, ač se samy mění v průběhu času. Konečně může být v zákoně použité slovo nebo právní věta, které

⁸ Ibidem, s. 998.

⁹ Viz Boguszak, J. a kol.: *Teorie státu a práva*. Díl I. Praha: Orbis 1967, s. 445; Veverka, V. – Čapek, J. – Boguszak, J.: *Základy teorie práva*. Praha: Aleko 1991, s. 82; Veverka, V. – Boguszak, J. – Čapek, J.: *Základy teorie práva a právní filozofie*. Praha: Codex 1996, s. 126; Boguszak, J. – Čapek, J.: *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia 1997, s. 127; Knapp, V.: *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck 1995, s. 169; Gerloch, A.: *Teorie práva*. Plzeň: A. Čeněk 2007, s. 139.

připouštějí více výkladů, popř. nedávají zcela srozumitelný smysl. Přesto je úkolem objektivní interpretace právního textu odkrýt vlastní smysl zákonodárného projevu a poznat zákonnou normu v její celistvosti výkladem skutečného významu znaků použitých k vyjádření právní myšlenky.¹⁰ Rekonstruovaná právní norma je předurčena obsahovou strukturou a formální stránkou interpretovaného zákona. Její smysl a obsah nemůže být mnohoznačný, ale jednoznačný. Tak jako je účelem zákonodárství dosáhnout jednotného postupu v regulaci společenských vztahů k zajištění rovnoprávnosti, je stejně tak účelem výkladu zákona napomoci k jednotnému postupu při uskutečňování práva v praxi. Proto výkladem poznaná právní norma musí odpovídat racionabilitě právního řádu, tzn. že každá taková rekonstruovaná právní norma nejenom souvisí s právním řádem, ale tvoří s ním axiologický celek při respektování jeho hierarchie.

Je-li předním úkolem interpretace zákona zjistit racionální rámec rekonstruované právní normy, pak se nutně klade otázka, zda-li z více různých jazykových významů právního textu lze také dospět k více právním řešením nacházejícím se uvnitř této normy. Jinými slovy, zda-li je právně konformní, aby v mezích výkladem poznané právní normy se připouštělo i více právních řešení při její realizaci nebo aplikaci. Interpretace vede k objektivnímu poznání platného práva, tj. k odkrývání skutečného smyslu a obsahu právní normy. Je tomu tak proto, že interpretace ve své vrcholné poloze je součástí soustavy vědeckého poznání práva, která je způsobilá podat objektivní obraz práva. Řešení otázky *quid iuris?* nelze zodpovídat tak, že po právu je stejně tak řešení A jako B nebo C. *Ius* zná jen buď, anebo.¹¹ Interpretace práva je nikoliv procesem libovůle, který se často zakrývá tzv. tvůrčím přístupem umožňujícím vystoupení z nepříjemného krunýře zákona, nýbrž je procesem determinovaným zásadou legality. Soudobé módní úvahy o mnohosti právních řešení nacházejících se v rámci jedné výkladem poznané právní normy patrně vznikají z nelichotivé skutečnosti, že nynější úroveň tuzemské legislativy je zřejmě nejhorší od dob Přemyslovců, a že se právní řád stal obtížným více pro odborníky než pro laiky. Druhým aspektem je nekritické velebení cizorodého prvku interpretační nauky tzv. volného nalézání práva,¹² jehož podstatou je soudní dotváření práva, event. soudní tvorba práva, přinejmenším *praeter legem* nebo *extra legem*, popř. i *contra legem*. To je ovšem cesta nejen k účelové desinterpretaci práva, ale i k jeho falsifikaci, jejíž první obětí jsou právní jistoty jako formální spravedlnost, jakož i rovnost hodnocení subjektů právních vztahů jako materiální spravedlnost. Vztah interpretace práva

¹⁰ Srv. Procházka, A.: *Opus citatum*, s. 27 a 118.

¹¹ Není libovůlí interpretačního aktu, jestliže věrně vykládá varianty aplikačního prostoru tam, kde zákonodárce ponechává na vůli orgánu aplikujícího právo více možností.

¹² To souvisí s odsuzováním kognitivní teorie v oboru interpretace práva, viz např. Kubů, L. – Hungr, P. – Osina, P.: *Teorie práva*. Praha: Linde 2007, s. 113 – 114.

k jeho existenci tedy nemůže být předmětem voluntaristické záliby interpretátora. Takto je třeba posuzovat pojmání interpretace práva některými úředníky a soudci, kteří se patrně vzhledli v dávných privilegiích kněžských sborů římských pontifiků z patricijských rodin – autoritativně vykládat právo určené plebejcům, tedy vnímat manipulaci s výkladem práva jako zdroj politické moci bez demokratického mandátu. Proto lze u novodobých hledačů takových kastovních výsad spatřovat snahu pokládat svévolný výklad zákona za zvlášť cenné mysterium jejich osobní důležitosti.¹³

5. ZÁVĚR

Právní realita přináší nekonečné množství nejrůznějších právních jevů, přičemž žádný z nich neexistuje izolovaně sám pro sebe, mimo vztah s jiným, ale také žádný z nich není absolutně shodný s jiným právním jevem. A právě tak přináší i interpretace práva řadu právních problémů, neboť poznávání práva má stejně jako láska tisíc tváří, ale jen jedna z nich je ta pravá. Z mnoha interpretačních právních problémů lze vybrat tři nejaktuálnější.

První z nich se týká frekventované otázky, zda je interpretace práva jeho dotvářením, resp. zda-li je – jak se rádoby moudře říká - dovyprávěním příběhu, který začal zákonodárce,¹⁴ tedy zda je proces interpretace práva finální částí procesu tvorby práva? Pak jde zároveň o otázku, zda do pojmu poznání práva patří i prvek tvorby práva. V poslední době se dokonce častěji objevuje tvrzení, které se tváří jako *communis opinio doctorum*, že výklad práva je jakési dotváření práva.¹⁵ Pojem interpretace práva však není amfibolní, má jen jeden význam, a to pouze ten, že je to soubor úvah, kterými se určuje přesný smysl právního textu. Není to ani doplnění právního textu, ani jeho oprava, ani jeho přetvoření. Poznání práva jako činnost intelektuální není tvorbou práva a stejně tak není ani částí této tvorby, tzn. jakýmsi dotvářením práva. Interpretace práva také není jeho interpolací, tzn. není procesem, kterým se k pramenům práva něco přidává. Stejně tak interpretace není vydáváním prováděcích právních předpisů, ani novelizací interpretovaných právních předpisů. Interpret zákona je tlumočnický zákonodárce nikoliv sám.

¹³ Nejvíce prostoru pro interpretační libovůli skýtá výklad teleologický, následuje výklad historický včetně *argumentum e ratione legis*, tzn. výklad *e ratione legis*, dále výklad tzv. funkcionální a výklad systematický. Srv. Knapp, V.: *Opus citatum*, s. 171.

¹⁴ V této souvislosti se leckdy idolatricky cituje R. Dworkin, viz např. Kubu, L. – Hungr, P. – Osina, P.: *Opus citatum*, s. 114.

¹⁵ Viz též *Ibidem*, s. 114. Nelegálnost tzv. dotváření práva se někdy, byť zcela ojediněle obhajuje údajnou jeho legitimitou, viz např. Melzer, F.: *Metodologie nalézání práva*. Praha: C.H.Beck 2010, s. 218.

Ani druhý interpretační problém není neznámý. Jeho podstata tkví v otázce, zda se interpretace má řídit vůlí zákonodárce nebo vůlí zákona? V interpretační praxi se nejednou pátrá po vůli zákonodárce za použití historického výkladu. Tento postup je jednak teoreticky mylný a jednak odporuje požadavku legality výkladu práva. K tomu se ve stěžejní literatuře uvádí: „Účel normativního aktu, resp. úmysl normotvůrce je třeba respektovat, pakliže tento účel či úmysl jednoznačně vyplývá ze samého textu normativního aktu. Nelze tedy přihlížet např. k tomu, upravit-li normotvůrce omylem věc jinak, než bylo jeho úmyslem. Není-li úmysl normotvůrce jednoznačně zřejmý ze smyslu textu a k jeho osvětlení by bylo zapotřebí historického výkladu, pak tento historický výklad není rozhodující... a to v zájmu zákonnosti a právní jistoty... Výklad úmyslu zákonodárce by nemohl změnit výklad smyslu podle textu normy... Organizace a občané mohou činit právní úkony jen vycházejíce ze smyslu textu právní normy a na něj spoléhající v dobré víře nemají možnost ani povinnost zkoumat normotvůrcův úmysl jinak než na základě textu normativního aktu. Eventuální omyl normotvůrce ve formulaci je pro interpretaci irelevantní, směrodatný je smysl textu normy.“¹⁶ Je zřejmé, že motivy zákonodárce a jeho úmysly nejsou pro interpretaci zákona rozhodné, jejich prosazování by vlastně mohlo vést k volnému uvážení při uplatňování zákonných norem a de facto i k porušování zákonnosti.¹⁷ Proto lze konstatovat, že úmysl zákonodárce platí jen potud, pokud dostal svůj objektivně zjistitelný výraz v textu právní normy. Legální interpretace práva sleduje to co zákonodárce skutečně vyjádřil v právním textu, tj. bere do úvahy jen jaký význam má skutečný jazykový projev. Objektivní obsah právní normy je dán formulací textu v normativním právním aktu, neboť jeho výklad musí být vždy v souladu s touto formulací.¹⁸ „Konkretizace právní normy musí ovšem probíhat v rámci vymezeném textem normativního aktu. Jiné chápání konkretizace právní normy by vedlo k narušení zásad zákonnosti.“¹⁹ Vůle zákonodárce zřetelně vyjádřena v jazykem formulovaném textu zákona je tzv. vůlí zákona, která je závazná pro všechny druhy výkladu práva.²⁰

Třetí interpretační problém – z mnoha dalších – se vztahuje na otázku zda výklad slovních znaků (jazykových termínů a výrazů) uvedených v zákoně

¹⁶ Boguszak, J. a kol.: *Teorie státu a práva*. Díl I. Praha: Orbis 1967, s. 445 – 446.

¹⁷ Při výkladu svatého písma jako písemných památek se naopak přihlíží k smyslu, který mu jeho původci dali v dávnověku, v době jeho vzniku. Exeget hledí při exegesi do minula.

¹⁸ Srv. Boguszak, J. a kol.: *Opus citatum*, s. 449. Otázce zákonnosti je dosud v odborné literatuře věnována malá pozornost. Světlou výjimkou je dílo Harvánek, J. a kol.: *Teorie práva*. Plzeň: A. Čeněk 2008, s. 364 – 366.

¹⁹ Veverka, V. – Boguszak, J. – Čapek, J.: *Základy teorie práva a právní filozofie*. Praha: Codex 1996, s. 126 – 127.

²⁰ Srv. k tomu Boguszak, J. a kol.: *Opus citatum*, s. 449.

má vycházet z jejich významu z doby tvorby návrhu zákona nebo z doby výkladu zákona? Tedy zda-li se má použít interpretace *ex tunc* nebo *ex nunc*? Není neznámo, že slovesný obsah právních předpisů, který tvoří vnější stavbu právních norem, způsobuje četné nejasnosti při své funkci označovat právní skutečnosti v průběhu času. Řešení problému interpretace *ex tunc* nebo *ex nunc* je třeba spatřovat v tom, že výklad zákona bere za základ význam slov v době interpretace, ale přitom zároveň musí promítnout význam slov z doby tvorby zákona do doby jeho výkladu. Pouze v případě výkladu syntaktických větných spojení musí interpretace zákona setrvat na významu slov z doby zákonotvorby.

6. APPENDIX

Poslední poznámka patří tzv. mocensko-organisačnímu výkladu, o kterém se občas hovoří s příděchem potřeby sjednocovat výklad právních předpisů. Nechceme-li vědomě zaměňovat činnost intelektuální (poznání) s činností volní (chtění), pak do pojmu výklad práva nepatří výklad autoritativní. Takový druh výkladu je vlastně *contradictio in adiecto*, neboť žádný druh poznávání nikoho nezavazuje. Z toho lze dovodit indebitnost a zpravidla i predestinovanost každého tzv. mocensko-organisačního výkladu. Autorita výkladu práva musí plynout pouze z odborné přesvědčivosti a úrovně podaného výkladu, nikoliv z násilné povahy interpretačního aktu. Uznání přednosti výkladu závisí na tzv. vnitřní pravdě tohoto aktu, který se jako takový vžil *cum opinione necessitatis*. Ostatně ani naopak výklad zákona nemůže způsobit nikomu újmu „*Constructio legis non facit iniuriam*.“

Literature:

- Boguszak, J. - Čapek, J. - Gerloch, A.: *Teorie práva*, Praha: ASPI Publishing, 2003, ISBN 80-85963-38-8
- Boguszak, J. a kol.: *Teorie státu a práva. Díl I.* Praha: Orbis, 1967
- Boguszak, J. – Čapek, J.: *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia 1997
- Gerloch, A.: *Teorie práva*. Plzeň: A. Čeněk 2007
- Harvánek, J. a kol.: *Teorie práva*. Plzeň: A. Čeněk 2008
- Knapp, V.: *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck 1995
- Král, J.: *Československá filosofie*. Praha: Melantrich 1937
- Kubů, L. – Hungr, P. – Osina, P.: *Teorie práva*. Praha: Linde 2007
- Melzer, F.: *Metodologie nalézání práva*. Praha: C.H.Beck 2010

- Pinz, j.: Způsoby poznávání práva jako nalézání práva právní vědou, soudnictvím a právoznalectvím. In Sborník z mezinárodní vědecké konference „Dny práva, Days of Law“ 2. roč. Spisy PFMU č. 337 (řada teoretická). Brno: MU 2008
- Procházka, A.: Tvorba práva a jeho nalézání. Praha – Brno: Orbis 1937
- Steiner, V.: Logická formalizace právních norem a vztahů. Právník, 1985, CXXIV, č. 11
- Veverka, V. – Boguszak, J. – Čapek, J.: Základy teorie práva a právní filozofie. Praha: Codex 1996
- Veverka, V. – Čapek, J. – Boguszak, J.: Základy teorie práva. Praha: Aleko 1991
- Weyr, F.: Teorie práva. Brno-Praha: Orbis 1936

Contact – email

jan.pinz@centrum.cz

PRÁVNÝ VÝKLAD V SÚDNEJ APLIKÁCII PRÁVA A SUDCOVSKÉ DOTVÁRANIE PRÁVA¹

MAREK PIPA

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstrakt

Právny výklad je integrálnou súčasťou procesu aplikácie práva, čo sa najzreteľnejšie prejavuje v súdnej aplikácii práva. V tomto smere predstavuje predovšetkým proces objasňovania zmyslu, obsahu a významu textov prameňov práva ako nosičov právnych pravidiel. Samotný výklad v niektorých prípadoch značne presahuje rozsah textu prameňov práva a je výsledkom právnikokreatívnej činnosti sudcov. V dôsledku tejto skutočnosti možno skúmať problematiku dotvárania práva sudcom. Autor sa teda v príspevku zaoberá aj rozsahom viazanosti sudcu zákonom ako základným prameňom práva v európsko-kontinentálnom type právnej kultúry.

Kľúčové slová

Aplikácia práva; právny výklad; právna norma; zákon; dotváranie práva sudcom.

Abstract

Legal interpretation is an integral part of the application of law which is most clearly reflected in the judicial application of law. In this way it features first of all a process of clarifying the aim, content and meaning of texts of sources of law as media of legal rules. A very interpretation in some cases goes far beyond the scope of the text of sources of law and it is the result of the law-creative activity of judges. As a result of this fact, it is possible to examine the issue of the molding of law by judge. The author therefore in this paper deals with the extent of commitment of judge by the law as a fundamental source of law in the European-continental type of legal culture.

Key words

Application of law; legal interpretation; legal norm; the law; molding of law by judge.

¹ Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia grantovej úlohy VEGA č. 1/0325/08 („Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore“).

1. ÚVOD

Aplikácia práva ako forma realizácie práva je v prípade orgánov verejnej moci súčasťou ich každodennej činnosti. Vzťahuje sa to nielen na súdy a na nich pôsobiacich sudcov, ale sú to ich rozhodnutia, ktoré sú pre subjekty práva častokrát poslednou inštanciou pre potvrdenie ich práv.

Na európskom kontinente ešte stále pretrváva dogamticky poňaté chápanie zákona spočívajúce v jeho stotožňovaní s právom, resp. s právnymi normami. Z tradičného poňatia deľby moci, majúceho svoj pôvod v dobách (z dnešného pohľadu) dávno minulých rezultuje aj koncepcia, podľa ktorej je výlučným tvorcom práva zákonodarný orgán ako reprezentant suverenity ľudu a súdna moc reprezentovaná sudcami je len "ústami zákona". Sudcovia majú aplikovať právo, ktoré možno nachádzať v zákonoch, ktoré sú "naprojektované" na akúkoľvek situáciu, ktorá v reálnom živote nastane.

Poňatie systému práva, vychádzajúce z osvietenských ideálov ako uzavretého systému, poskytujúceho úplnú odpoveď na akúkoľvek právnu otázku je prekonané. Právny poriadok je medzerovitý a sudcovia, pokiaľ nechcú konať v rozpore so zákazom zásady *denegatio iustitae* sú povinní a oprávnení právo v prípade potreby konkretizujúco dotvoriť.

Samotná formulácia právnych pravidiel obsiahnutých v prameňoch práva je taktiež problematická (nemožnosť zachytiť všetky situácie, ktoré môžu v budúcnosti nastať jazykovými prostriedkami), nakoľko jazyk, ako komunikátor má taktiež svoje hranice.

V tejto súvislosti sa dostáva do popredia problematika právnej interpretácie, ako súčasti procesu aplikácie práva. Práve jej prostredníctvom možno odhaliť nedostatky právnej regulácie a pristúpiť k dotváraniu práva sudcom.

Všetky tri okruhy tvoriace predmet tohto príspevku (aplikácia práva, právny výklad a sudcovské dotváranie práva) predstavujú zložitý komplex otázok s nimi spojenými, preto nebude možné podať komplexný pohľad na zvolenú problematiku. Mojou snahou je však poukázať, resp. priblížiť sa k základným aspektom predmetnej témy, ako aj poukázať na základné súvislosti medzi týmito tromi základnými pojmami.

2. APLIKÁCIA PRÁVA

Aplikácia práva predstavuje významnú formu realizácie práva. Prostredníctvom rozhodnutí, ktoré sú jej výsledkom dochádza častokrát k významným zásahom do práv a povinností subjektov práva. Je možné rozlíšiť niekoľko druhov procesov aplikácie práva. Medzi najvýznamnejšie možno zaradiť civilný, trestný a správny proces (aplikácie práva). Osobitný druh právno-aplikačných procesov predstavujú rozhodovacie procesy ústavných súdov, ktoré vystupujú ako nezávislé súdne orgány ochrany ústavnosti. V procese súdnej aplikácie práva sa rozhoduje najmä o právach

a povinnostiach fyzických a právnických osôb, predovšetkým v prípadoch vzniku sporu o právo/povinnosť.

Aplikácia práva predstavuje použitie všeobecných právnych štandardov na určitý konkrétny prípad, t. j. na právne relevantný dej, či objektívne nastalú právne relevantnú skutočnosť, ktorej výsledkom je vyvodenie právnych dôsledkov tejto skutočnosti či deja, a to vo forme autoritatívneho rozhodnutia, ktoré pre subjekty príslušného právneho vzťahu predstavuje záväznú úpravu ich vzájomných práv a povinností.¹ Podstatným a nevyhnutným predpokladom toho, aby sme proces použitia všeobecných právnych štandardov na konkrétne právne prípady mohli označiť ako proces aplikácie práva je verejnomocenský atribút príslušného orgánu aplikácie práva. Autoritatívne rozhodnutie disponujúce istými kvalitatívnymi vlastnosťami, schopné vyvolať príslušné účinky predpokladané právnymi pravidlami môže byť vydané len orgánom verejnej moci.

Podstatou aplikácie práva je podriadenie (subsumpcia) právne relevantných skutočností pod právne pravidlá dopadajúce, vzťahujúce sa na skúmaný (prejednávaný) prípad a vyvodenie príslušných záverov v podobe autoritatívneho rozhodnutia.

Aplikáciu práva prevádzajú predovšetkým súdy, ako orgány verejnej moci. V skutočnosti, t.j. z hľadiska sociologického ju prevádzajú sudcovia.² V prípade súdnej aplikácie sú to teda sudcovia, ktorí rozhodujú o sporoch o právo/povinnosť (v prípade civilnoprávných sporov), o vine a treste (trestný proces), vydávajú rozhodnutia v správnom súdnictve (napr. o nezákonnom zásahu, či nečinnosti správneho orgánu).

Proces aplikácie práva pozostáva z operácií (procesov) rozmanitého druhu – poznávacích, interpretačných, hodnotiacich, rozhodovacích, či argumentačných (v následnom odôvodnení rozhodnutia).

Vnútorne možno proces aplikácie členiť na jeho jednotlivé štádiá, fázy. V rámci tohto členenia sa možno stretnúť s viacerými klasifikáciami, ktoré sa odlišujú v tom, ktoré všetky procesy zahŕňajú v rámci týchto fáz, resp. aké je ich vymedzenie začiatku a konca procesu aplikácie práva. V dôsledku toho možno rozlišovať širšie a užšie poňatie procesu aplikácie práva z hľadiska členenia na jeho jednotlivé fázy.

Za širšie možno považovať to, ktoré sa v našich podmienkach stalo všeobecne prijímaným a akceptovaným a ktoré sa v takejto podobe pertraktuje v učebniciach teórie práva. V rámci tohto prístupu možno proces aplikácie rozdeliť na nasledujúce fázy:

¹ GERLOCH, A.: Teorie práva, 3., rozšírené vydanie. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, s. 203.

² KNAPP, V.: Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 188.

1. zisťovanie skutkového stavu,
2. riešenie právnych otázok,
3. rozhodnutie vo veci.

V nemeckej právnej teórii³ sa možno stretnúť s takýmto členením:

1. zistenie právnej normy, ktorá bude prichádzať do úvahy na riešenie právneho skutkového stavu;
2. skúmanie, či zistený skutkový stav zodpovedá skúmanému stavu, predpokladanému právnou normou, z ktorého na základe subsumpcie bude možné odvodiť právny následok;
3. stanovenie zo subsumpcie vyplývajúceho právneho následku, čím dochádza k právnickému rozhodnutiu konkrétneho prípadu.

Pri porovnaní týchto dvoch prístupov možno badať, že v prípade užšieho vymedzenia procesu aplikácie práva dochádza k stotožňovaniu procesu aplikácie práva a procesu subsumpcie, resp. s myšlienkovými procesmi s ňou spojenými.

Bez ohľadu na to, či sa prikloníme k užšiemu alebo širšiemu vymedzeniu aplikácie práva, tieto predstavujú teoretické modely a sú akýmsi „návodom“ k tomu, ako by mal sudca postupovať v procesoch aplikácie práva.

Ak však chceme spoznať proces aplikácie práva a následne ho hodnotiť, sú nevyhnutné iné myšlienkové operácie. V tomto kontexte J. Wróblewski uvádza, že opísať súdnu aplikáciu práva znamená podať popis definovanej praxe súdneho rozhodovania. V závislosti od toho, že je niečo opísané a od spôsobu, ako je to opísané, rozlišuje tri druhy opisu⁴:

1. opis materiálu prípadu uzavretého súdneho rozhodnutia,
2. opis psychických procesov rozhodovacieho procesu,
3. funkčný opis rozhodnutia v spoločensko-politickom kontexte ich tvorby a pôsobenia.

Tieto tri prvky sú vzájomne prepojené. Výsledok súdnej aplikácie práva je konečným rozhodnutím, ktoré vzniká v psychickom procese. Rozhodnutie a

³ SCHLOSSER, H.: Výklad v práve, aplikácia práva a sudcovská tvorba práva. In: VEČEŘA, M. et al.: Teória práva, 3. vydanie. Bratislava: EUKÓDEX, s. r. o., 2009, s. 155.

⁴ WRÓBLEWSKI, J.: The Judicial Application of Law. Dordrecht: Kluwer, 1992, s. 11.

proces jeho tvorby sú súčasťou fungovania celého spoločensko-politického kontextu.⁵

Aplikáciu práva, v rámci ktorej sudca postupnosťou krokov dospieva k rozhodnutiu jednotlivých prípadov možno ponímať cez prizmu rôznorodých teroretickoprávnych prístupov, či „ideológií“.

J. Wroblewski rozlišuje v zásade dva hraničné prístupy ideológie sudcovskej aplikácie práva: model viazanej sudcovskej aplikácie a model voľnej sudcovskej aplikácie práva. Ako modernú alternatívu voči týmto extrémnym prístupom stavia model legálnej a racionálnej aplikácie práva.

V prípade ideológie viazaného sudcovského rozhodovania sa jedná o zjednodušený popis sudcovského procesu vysvetľujúceho sudcovskú činnosť ako aplikáciu vopred daných štandardov (hmotnoprávných či procesných noriem obsiahnutých v právnych predpisoch, resp. precedentov v angloamerickom prostredí), ktorý je produktom racionalizmu a pozitivizmu 18. storočia. Táto koncepcia stojí na dvoch predpokladoch: predovšetkým je to téza, že sloboda je najlepšie chránená tým, že sudcovské rozhodovanie je pevne viazané zákonmi; druhý predpoklad stavia na ochrane právnej istoty, ktorá sa najlepšie dosiahne pevným spojením sudcovských argumentov so zákonom, prípadne s inými apriórными faktormi. Táto ideológia je v súčasnosti problematická predovšetkým z dôvodu, že v súčasnej právnej vede panuje jednoznačný názor, že právo nie je jednoduchým spôsobom vyvoditeľné z textu právneho predpisu.⁶

Ideológia voľného sudcovského rozhodovania síce nevyklučuje úlohu sylogizmu v práve, priznáva mu však veľmi malú úlohu a zdôrazňuje predovšetkým voľné úvahy sudcu pri rozhodovaní výkladových problémov. Zdroje (či pramene práva) pre sudcove rozhodovanie majú v ideológii voľného sudcovského rozhodovania najrôznejšiu povahu. Patrí k nim napríklad právna prax, právna veda (Gény, Kohler), extralegálne spoločenské normy ako pravidlá správnosti alebo morálky, prípadne obyčaje (Ehrlich) a iné zvyklosti, sociálna dynamika (Wurzel), hodnotenie faktov, život alebo životné vzťahy (Rumpf), záujmy a ich hodnotenie (Heckova záujmová jurisprudencia), kolektívne svedomie alebo sociálne svedomie (Mayer, Heck, Rumelin), zmysel pre právo (Heck, Rumelin, Rumpf), osobnosť právnik (Ehrlich, Rump, Kantorowicz, Gény) a mnohé ďalšie.⁷

⁵ WRÓBLEWSKI, J.: Cit. dielo, s. 11.

⁶ KÜHN, Z.: Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 232-237.

⁷ Tamtiež, s. 237-238.

Odmietnutie viazanej ideológie aplikácie práva nemôže viesť k návratu k starým koncepciám voľného sudcovského rozhodovania. Namiesto toho je potrebné voliť určitý kompromis, vystihujúci najviac sociálnu realitu, ktorého podstatou by bola reflexia toho, že každé rozhodnutie možno odôvodniť racionálnym spôsobom na základe platného práva. Pri akýchkoľvek úvahách interpretácie a aplikácie práva v zložitých prípadoch je nutné vziať v úvahu hodnotové súdy. Týmto kompromisom je ideológia legálnej a racionálnej aplikácie práva. Východiskom tejto ideológie aplikácie práva nie je voľné sudcovské rozhodovanie, ale ontologická rekonštrukcia reálneho fungovania základných postulátov ideológie viazanej aplikácie práva. Táto ideológia zároveň zachováva rozdiel medzi normotvorbou a aplikáciou práva (aj keď vo výrazne posunutej a realistickej podobe oproti ideológii viazanej aplikácie práva) tým, že dáva novú racionálnu kvalitu starej koncepcii „nachádzania práva“, ktorá nie je v rozpore s klasickou koncepciou tzv. „dotvárania práva“.⁸

3. INTERPRETÁCIA V PRÁVE

Interpretácia v práve má svoje nezastupiteľné miesto⁹. V rámci procesu aplikácie práva ju nemožno zužovať len na výklad právnych pravidiel obsiahnutých v textoch, prostredníctvom ktorých sú oznamované ich adresátom (recipientom), pričom tu patria ako fyzické osoby a právnické osoby, tak aj štátne orgány, resp. orgány verejnej moci, ktoré sú jednak sami viazané pravidlami stanovenými zákonodarcom, ktoré ale na druhej strane na základe týchto pravidiel rozhodujú o právach a povinnostiach fyzických a právnických osôb, najmä v prípadoch vzniku sporov o právo.

Možno konštatovať, že interpretácia sa vinie celým procesom aplikácie práva, dokonca je nevyhnutné použiť ju aj pri spätnom hodnotení výsledku procesu aplikácie práva, ako aj jej celého priebehu. Je totiž nevyhnuté interpretovať aj skutočnosti a dôkazy preukazujúce, či vyvracajúce jednotlivé časti skutkového stavu. Interpretácia výstupu (súdno)aplikačného procesu, súdneho rozhodnutia je súčasťou aj pokračujúceho súdneho

⁸ KÜHN, Z.: Cit. dielo, s. 241-242.

⁹ V dôsledku celkového významu právnej interpretácie, je nevyhnutné venovať jej pozornosť už v začiatkoch štúdia na právnických fakultách, pripravujúcich študentov predovšetkým pre právnu prax. (Nielen) povolanie sudcu patrí medzi tie, na ktoré sú kladené osobitné kvalifikačné požiadavky, ktoré sa nadobúdajú najmä štúdiom práva daného štátu. Ako uvádza A. Scalia: prvý rok na právnickej škole vytvára obrovský vplyv na myseľ. Mnoho študentov podotýka tento fenomén. Potom, aj keď ešte nepoznajú veľa (z) práva - ako sa hovorí - "myslia ako právnici". Cit. podľa: SCALIA, A.: *A Matter of Interpretation*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997, s. 3.

procesu¹⁰. Interpretovať súdne rozhodnutia môže ktokoľvek, je to však predovšetkým doménou advokátov a právnej doktríny.

Otázky právnej interpretácie neostávajú bez povšimnutia ani v právnej vede a praxi v USA. Problematika právneho výkladu sa dostáva do popredia aj v právnej praxi Najvyššieho súdu USA. Sudcovia tohto súdu sa čoraz viac dostávajú voči sebe do neľútostných a často nactiutračných diskusií nad otázkami právneho výkladu.¹¹ V najširšom zmysle kríza odráža stratu viery v dostupnosť objektívnych kritérií, ktoré umožňujú pripísať právnym textom zreteľný a jasný význam. Navyše, táto strata viery sa prejavuje v intenzifikácii konfliktu medzi komunitou účastníkov právneho života, v zániku akýchkoľvek zhôd v týkajúcich sa dôležitých hodnôt, zdanlivo neodvratnej neurčitosti právnych predpisov a vo viere, že všetky usporiadania právnych záležitostí sú v konečnom dôsledku politické a negatívne.¹² Ďalej uvádza, že korene tejto krízy ovplyvňujúce právny výklad možno vystopovať späť ku kritikom právneho formalizmu, akými boli napr. Cohen, Pound, Yablon a komplexný výklad mnohostranných rozmerov tejto krízy možno nájsť v spisoch predstaviteľov spojených s hnutím Critical Legal Studies (CLS), reprezentovaných menami Kelmana, Kennedyho, či Ungera.

Právny výklad je racionálna činnosť, ktorá dáva zmysel právnemu textu.¹³ Požiadavka racionality je kľúčová - hodenie mince nie je interpretačnou činnosťou. Výklad je intelektuálnou činnosťou, týka sa určenia (vymedzenia) normatívneho posolstva, ktoré vyplýva z textu. Aký text je a či je platný, to sú otázky týkajúce sa výkladu, ale sú od neho odlišné.¹⁴

V tejto súvislosti sa vynára otázka, aký význam prikladať textu, ktorý tvorí objekt interpretácie. Podľa A. Baraka, právna interpretácia dáva konečnú podobu obsahu normy "uviaznutej" vnútri textu. Text, ktorý je predmetom výkladu môže byť všeobecný (v ústave, zákone, case law, judikatúre, alebo obyčaji) alebo individuálny (špecifický, napríklad v zmluve alebo záвете). Môže byť napísaný (ako v písanej ústave alebo názore súdu) alebo ústny (v prípade ústne vyjadrenej vôle alebo konkludentne uzavretej zmluvy). Slovo

¹⁰ V prípade rozhodovania vyššej súdnej inštancie o opravnom prostriedku, hlavne v závislosti od právnej úpravy, pokiaľ ide o rozsah a formu preskúmania.

¹¹ ROSENFELD, M.: *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*. University of California Press, 1998, s. 13.

¹² Tamtiež.

¹³ BARAK, A: *Purposive interpretation in law*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2005, s. 3.

¹⁴ Tamže.

"text" nie je obmedzené na písaný text. Na účely výkladu je „textom“ akékoľvek správanie vytvárajúce právnu normu.

Takéto východisko, podľa ktorého nemožno stotožňovať právne normy s textami právnych predpisov nie je v právnej teórii neznámym, avšak napriek tomu v súdnoaplikačnej praxi dochádza častokrát k nekritickému stotožňovaniu textu zákona (ako "exkluzívneho" prameňa práva v európsko-kontinentálnom type právnej kultúry) s právnymi normami, regulatívmi určujúcimi subjektom práva ich práva a povinnosti. V tomto smere je výstižným konštatovanie, podľa ktorého: "Dané (pozitívne) zákony nie sú nič viac alebo nič menej než komunikáciou od tvorcov práva ostatným ohľadom toho, čo zákonodarcovia určili ohľadom toho, čo by ostatní mali robiť."¹⁵ Zároveň sa týmto konštatovaním dostáva do popredia význam právnej interpretácie v procese aplikácie práva, kedy je potrebné tieto (všeobecné) ustanovenia aplikovať na konkrétny právny prípad, najmä z dôvodu, že nie vždy sú jednoznačné subsumpčné podmienky, resp. právna úprava je neúplná.

Podobne konštatuje H. Ávila, keď uvádza, že normy nie sú textom, ani súborom textov, ale významy konštruované zo systematického výkladu normatívnych textov. Preto možno povedať, že ustanovenia sú predmetom interpretácie a normy sú jeho výsledkom. Dôležité je, že neexistuje žiadna súvzťažnosť medzi normou a ustanovením v tom zmysle, že tam, kde je ustanovenie, tam je norma alebo že tam, kde je norma, tam je ustanovenie, ktoré ju podopiera.¹⁶

Významnou otázkou je otázka, či každý text je potrebné podrobiť výkladu. V tomto smere možno rozlišovať dva prístupy. Jeden považuje interpretáciu za nevyhnutnosť iba v prípade nejasného textu, kedy môže dochádzať k rozličným názorom, výkladom. Podľa druhého prístupu je nevyhnutné vykladať každý právny text. Aj text, ktorého význam je nesporný vyžaduje výklad, pretože neprítomnosť sporu o obsahu a význame textu je možné identifikovať až výsledkom interpretačného procesu.

4. SUDCOVSKÉ DOTVÁRANIE PRÁVA

Dotváranie práva nastupuje tam, kde sa končí proces výkladu práva. Proces interpretácie naráža na svoje hranice v okamihu, keď ani znenie zákona, ani účel a cieľ právnej normy nevedú ku konečnému riešeniu. V takomto prípade ten, kto právo aplikuje, zisťuje, že zákon má medzery – a keďže na

¹⁵ ALEXANDER, L. – SHERWIN, E.: *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008, s. 131.

¹⁶ ÁVILA, H.: *Theory of Legal Principles*. Springer, 2007, s. 5.

vyriešenie situácie už nebude postačovať výkladový kánon, je na sudcovi, aby právo v konečnom dôsledku dotvoril.¹⁷

Nevyhnutnosť dotvárania práva sudcom vyplýva z toho, že v právnej realite neexistuje zákon, ktorý by na každú mysliteľnú právnu otázku dával uspokojivú odpoveď a vždy nachádzal záujmovu spravodlivé riešenia. V tejto súvislosti Nemecký najvyšší súd už v r. 1889 uviedol nasledovné¹⁸: „ ... pre zákonodarcu je nesplniteľnou úlohou každý všeobecný zákonný princíp vyjadriť vo vete s takou jasnosťou, aby bolo možné odvodiť z tejto vety jednoduchým úsudkom dôsledky pre všetky osobitne usposobené, dotknutým princípom ovládané prípady. Ďalej, nie je úlohou zákonodarcu prijať zvláštnu normu pre každý utvárajúci sa životný vzťah. Napokon nie je vecou zákonodarcu myslieť na všetky juristicky technické formy, ktoré by mohli zmariť ciele zákona (v rozpore so súdnou aplikáciou, ktorá lipne na písmenkách zákona). Omnoho viac je to vecou jurisprudencie a predovšetkým povinnosťou ... judikatúry.“

To, čo zákon ponechá otvoreným, musí sa preto vyplniť tzv. sudcovským právom. V zmysle vyjadrenia nemeckého Spolkového ústavného súdu, ak zákonodarca nevyriešil centrálnu právnu otázku, musí súdna moc túto otvorenosť konkretizujúco uzavrieť.¹⁹

Pojem sudcovské právo, týka sa sudcami vytvorených právnych zásad, ktoré vo všeobecnosti vznikli za účelom riešenia jednotlivého prípadu a sú záväzné len pre zúčastnené strany.²⁰ Tieto pravidlá sú produktom právo dotvárajúceho procesu nachádzania práva, pretože sudca by nedokázal zdôvodniť svoje rozhodnutie na základe znenia zákona, pričom v kontinentálnom type právnej kultúry sa sudcovia už po stáročia riadia zásadou zákazu odmietnutia spravodlivosti (*denegatio/abnegatio iustitiae*). Pozitívnoprávne zakotvenie práva na spravodlivý proces²¹ býva zakotvené aj priamo v ústavách štátov patriacich do európsko-kontinentálneho typu právnej kultúry.

Prostredníctvom sudcovskej tvorby práva nikdy nedochádza k vzniku nových právnych noriem. Sudcovské právo nemôže byť v dôsledku princípu deľby moci nikdy postavené na roveň zákonným ustanoveniam. Dotváranie

¹⁷ SCHLOSSER, H.: Cit. dielo, s. 183.

¹⁸ HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 156.

¹⁹ SCHLOSSER, H.: Cit. dielo, s. 183.

²⁰ Tamtiež.

²¹ Napríklad čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.

práva má vždy len účinky *inter partes*, teda vzťahuje sa na konkrétny, individuálny prípad.²²

Sudcovská tvorba práva sa vždy spája s úvahou sudcu ohľadne množstva faktov a právne významných prvkov pre ich spravodlivé právne vyhodnotenie. Táto činnosť neznamená vytváranie nových pravidiel *ad hoc*, čo zdanlivo nahráva argumentácii o neexistencii príčin pre všeobecnú záväznosť rozhodnutia súdu, avšak z hľadiska tvorby práva treba pripomenúť, že tvorba práva výkonnou mocou sa tiež nespája s tvorbou originálnych pravidiel správania, lebo úlohou podzákonných všeobecne záväzných právnych predpisov je iba spresnenie noriem zákona, aj to pod podmienkou, že zákon orgánu výkonnej moci splnomocnením dovoľuje vydať všeobecne záväzný predpis na vykonanie zákona.²³

Z hľadiska požiadavky právnej istoty je skôr dôležité určiť pravidlá, ktorých sa súdna moc musí pridržať pri dotvorení zákona, aby nepoprela obsah a účel zákona, než odmietat' súdne dotváranie práva z dôvodu, že zákon nesplnomocnil súd na to, aby vytvoril všeobecne záväzné právne pravidlo s inou právnou silou, než akú má zákon. Táto podmienka dotvárania písanej právnej úpravy súdom je totiž nevyhnutná: súdne rozhodnutie ako prameň práva musí mať povahu podzákonnej právnej úpravy významnej len do okamihu, keď účinnosť nadobudne právna úprava zhodnej otázky v zákone.²⁴

Medzi základné predpoklady dotvárania práva sudcom patrí existencia časti právnej úpravy, ktorá ostala po zákonodarnom procese „otvorená“, možno teda hovoriť o (normatívnej) medzere v práve.²⁵ Medzery sú pritom nachádzané v procese interpretácie práva, resp. po jej závere, kedy nemožno dospieť k uspokojivému výsledku z hľadiska právnoaplikačného.

Ak nastane v praxi takáto situácia, nastupuje možnosť sudcovského dotvárania práva, a to v dvoch podobách²⁶:

²² Inou otázkou je pôsobenie konštantnej judikatúry a teda otázka jej záväznosti.

²³ Drgonec, J.: Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty. In: *Justičná revue*, roč. 60, 2008, č. 5, s. 721.

²⁴ Tamtiež.

²⁵ F. Melzer uvádza, že sudca je oprávnený dotvárať právo aj v prípade ak je zákonodarstvo nedokonalé v zmysle hodnotovej rozpornosti, pričom nie každá nedokonalosť právnej úpravy je vyvolaná len nedokonalosťou všeobecného jazyka. MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, s. 216.

²⁶ SCHLOSSER, H.: Cit. dielo, s. 197 - 198.

1. zákonne imanentné dotváranie práva²⁷ - hovoríme o ňom v prípade, ak sudca vyplní medzeru normy, či zákona v súlade s celkovým kontextom zákona, prípadne na základe normatívneho úmyslu zákonodarcu. Postupuje teda uvedomele v súlade s vôľou zákonodarcu. Pri vyplňaní medzery je sudca vedený nadradeným nariadeným nariadeným cieľom a hodnotami, ktoré sú už v platnom práve „imanentne“ konkrétne a preukázateľné.
2. zákon presahujúce dotváranie práva (dotváranie práva nad rámec zákona) - ak sudca zamýšľa vyplniť medzeru napriek tomu, že platné právo k tomuto kroku neobsahuje buď žiadne alebo žiadne vyhovujúce orientačné kritérium. V týchto prípadoch tak vystupuje ako kvázi-zákonodarca ("náhradný zákonodarca"/"modo legislatoris").

V súvislosti s vyplňaním medzier vyvstáva otázka, či vyplňanie medzery v právnom texte zakladá interpretačnú činnosť? Nemecká právna tradícia rozlišuje medzi bežným výkladom (einfache Auslegung) a doplňujúcim výkladom (ergänzende Auslegung). Zaiste, odpoveď na túto otázku závisí aj od právnej tradície. A. Barak rozlišuje medzi interpretáciou v úzkom slova zmysle - výkladom, ktorý dáva význam právnemu textu a výklad v širokom slova zmysle, ktorý zahŕňa vyplňanie medzier v neúplnom texte.²⁸ Odôvodnenie nazývania druhej aktivity výkladovou – aj keď len v širokom slova zmysle – pramení z faktu, že v konečnom dôsledku dáva význam textu, zisťujúc normatívne posolstvo, ktoré z neho vyplýva.

Aplikácia práva na prípady, ktoré nie sú upravené v žiadnom ustanovení právneho predpisu, tj. nachádzanie práva v oblasti mimo rozsah pojmu je tiež označované ako nachádzanie práva *praeter legem*, či lepšie povedané *praeter verba legis*; nástrojom tohto nachádzania práva je analógia. Naproti tomu odopretie aplikácie práva na prípady, ktoré sa nachádzajú v jadre pojmu, býva nazývané nachádzanie práva *contra legem*, presnejšie *contra verba legis*; nástrojom tohto postupu je teleologická redukcia.²⁹

Pre nachádzanie práva *secundum legem* (teda výkladom) a pre dotváranie práva *praeter verba legis*, resp. *contra verba legis* existujú odlišné dôvody legitimacy a tým aj odlišné predpoklady. Je preto potrebné odlišovať tieto dve oblasti nachádzania práva aj terminologicky³⁰:

²⁷ Založené na princípe analógie, resp. na využití tohoto inštitútu.

²⁸ BARAK, A.: Cit. dielo, s. 5 - 6.

²⁹ MELZER, F.: Cit. dielo, s. 211.

³⁰ MELZER, F.: Cit. dielo, s. 212.

1.

a) rozširujúci (extenzívny výklad)

b) analógia (potrebné odlišovať oblasti, kde je dovolená – súkromné právo a oblasti, kde je zakázaná – napr. v prípade trestného práva hmotného in malam partem, či v prípade rozširovania kompetencií orgánu verejnej moci analógiou)

2.

a) zužujúci (reštriktívny výklad)

b) teleologická redukcia

Sudcovské dotváranie práva sa musí prejavovať ako nevyhnutná, neopomenuteľná potreba právneho styku, ktorá vyžaduje úpravu právnej situácie v prípade, ak ju nerieši existujúca zákonná úprava. Tento proces sa však musí riadiť hodnotovým rámcom právneho poriadku, ktorý je vyvoditeľný aj interpretáciou textu ústavy. Sudca musí takéto svoje počínanie presvedčivým spôsobom zdôvodniť na základe špecifických právnych úvah.

Justifikácia v tvorbe práva sa týka predovšetkým vzťahov zákonodarná moc – výkonná moc a zákonodarná moc – súdna moc. Na justifikáciu sudcovskej tvorby práva, či sudcovského dotvárania práva sú kladené osobitné požiadavky vzhľadom k tomu, že kým pre zákonodarnú a výkonnú moc vyplýva možnosť tvorby práva priamo z ústavy alebo na základe zmocnenia v zákone, pre súdnu moc takéto oprávnenie vyplýva len výnimočne. Príklady možno nájsť v čl. 1 ods. 2 a 3 švajčiarskeho Občianskeho zákonníka, v § 7 rakúskeho ABGB, v čl. 12 talianskeho Občianskeho zákonníka, či v § 853 slovenského Občianskeho zákonníka.

Justifikácia sudcovského dotvárania práva spočíva vo vyvažovaní princípov, ktoré sú voči sebe v konfliktnom postavení. V tomto prípade ide na jednej strane o demokratický princíp, princíp právnej istoty a princíp del'by moci. Na druhej strane stoja legitimitačné dôvody, ktoré hovoria v prospech dotvárania práva – princíp účelnosti, najmä však princíp bezrozpornosti právneho poriadku, ktorý je veľmi úzko spätý s princípom rovnosti, resp. formálnej spravodlivosti.³¹

Pri hľadaní, či určovaní medzí (hraníc) sudcovského dotvárania práva, aj v tomto prípade správne, resp. legitímne riešenie vyplýva z vyvažovania dotknutých v kolízii stojacich právnych princípov. Pre F. Bydlinskeho je hranicou pre dotváranie práva jasný text príslušného ustanovenia s jasne

³¹ MELZER, F.: Cit. dielo, s. 215.

preukázaným úmyslom historického zákonodarcu.³² Z tohto následne, s ohľadom na princíp del'by moci rezultuje záver, podľa ktorého sudca nemôže vyplňať vedomú medzeru v zákone.

Justifikáciu a uvádzanie legitimizačných dôvodov pre sudcovské dotváranie práva nemožno považovať za uzavretú kapitolu právnej teórie. Uvedené konštatovanie možno vzťahovať aj na predpoklady sudcovského dotvárania práva a na ďalšie s tým súvisiace otázky. Zhoda panuje zatiaľ v tom, že dotváranie práva sudcami je možné len vyššími a najvyššími súdmi (vrátane súdov ústavných) vo výnimočných prípadoch, to znamená v prípadoch zlyhania výkladových metód, kedy možno objaviť mezdery v práve.

Literature:

- ALEXANDER, L. – SHERWIN, E.: *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 253 s., ISBN 978-0-521-87898-2
- ÁVILA, H.: *Theory of Legal Principles*. Dordrecht: Springer, 2007, 150 s., ISBN 978-1-4020-5878-3
- BARAK, A.: *Purposive Interpretation in Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005, 423 s., ISBN 0-691-12007-2
- DRGONEC, J.: *Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty*. In: *Justičná revue*, roč. 60, 2008, č. 5, s. 711-727
- GERLOCH, A.: *Teorie práva*, 3., rozšírené vydanie. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, 343 s., ISBN 80-86473-85-6
- HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s., ISBN 80-86898-96-2
- KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha: C. H. BECK, 1995, 247 s., ISBN 80-7179-028-1

³² MELZER, F.: *Cit. dielo*, s. 232.

- KÜHN, Z.: Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 419 s., ISBN 80-246-0483-3
- MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. Praha: C. H. Beck, 2010, 304 s., ISBN 978-80-7400-149-9
- ROSENFELD, M.: Just Interpretations. Law between Ethics and Politics. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1998, 298 s., ISBN 0-520-21097-2
- SCALIA, A.: A Matter of Interpretation. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997, 159 s., ISBN 0-691-02630-0
- SCHLOSSER, H.: Výklad v práve, aplikácia práva a sudcovská tvorba práva, 3. vydanie. In: VEČEŘA, M. et al.: Teória práva. Bratislava: EUROKÓDEX, s. r. o., 2009, 344 s., ISBN 978-80-89447-04-6
- TRYZNA, J.: Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva. Praha: Auditorium, 2010, 332 s., ISBN 978-80-87284-01-8
- WRÓBLEWSKI, J.: The Judicial Application of Law. Dordrecht: Kluwer, 1992, 376 s., ISBN 0-7923-1569-3

Contact – email

marek.pipa@student.upjs.sk

PRÁVO A LITERATURA VE VÝUCE PRÁVNÍ INTERPRETACE

TEREZIE SMEJKALOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno

Abstract in original language

Schopnost interpretovat právní texty je komplexní dovedností, nezbytnou pro základní porozumění odbornému diskursu i pro jeho praktické uplatnění. V procesu seznamování studentů právnických fakult s metodami právní interpretace se jeví jako vhodné začít nikoli od interpretace specifického odborného právního jazyka, ale od interpretace jazyka prosého. Tento příspěvek diskutuje roli práva a literatury (law and literature) jako možné didaktické metody při výuce právní interpretace.

Key words in original language

Právo a literatura; krásná literatura; právní interpretace; metoda.

Abstract

The ability to interpret legal texts is a complex skill, necessary for both: the basic understanding of the specialized legal discourse as well as its practical application. In the process of teaching legal interpretation and its specific methods, it may seem more natural to proceed from the interpretation of a plain text to the more specialized legal text. This paper discusses the role of law and literature as one of the possible didactic means to be used when teaching legal interpretation.

Key words

Law and literature; legal interpretation; method.

Úvod

Právo jako vědní disciplína i jako společenská praxe se neobejde bez úzké spolupráce s dalšími vědními disciplínami. Studenti právnických fakult se setkávají s předměty jako jsou právní psychologie a sociologie, nevyhnou se ani základům ekonomie. Právní normy vznikají a existují ve velice úzkém vztahu jak s těmito společenskými vědami, tak i s nejrůznějšími vědami přírodními. Právo je ale také otázkou jazyka a významů. Přesto, že pojem práva nelze limitovat pouze na to, co je zachyceno psanou formou,¹

¹ Zde narážím na postmoderní představu práva jako textu (v návaznosti na Jaquesa Derridu) i na další, širší pojetí práva.

právo se na psané texty spoléhá a jejich prostřednictvím je jeho obsah komunikován adresátovi.

Právo a právní texty se neobejdou bez interpretace: jen interpretovaný právní text lze použít, jen interpretovanou právní normu lze aplikovat. Právo a jeho jednotlivé části je možné považovat z velké části za práci s jazykem. A je to mimo jiné tento aspekt práva, kterého si je laická veřejnost vědoma především. Právníci jsou považováni za osoby, které ohýbají a překrucují literu práva do nejrůznějších a mnohdy i (ať už zdánlivě či skutečně) nesmyslných tvarů. Může tedy překvapit, že problematika jazyka a praxe interpretace představují otázky při studiu práva pouze okrajové.

Právní texty jsou druhem odborného textu; právní jazyk má svá specifika (slovní zásobu, ustálené jazykové obraty apod.),² která jej vzdalují běžnému jazyku a zvykům ve vyjadřování. Porozumění právnímu textu a jeho interpretace jsou dovednosti, které je těžké si osvojit, pokud interpretující neovládá dovednost správně číst a vykládat běžný, neprávní text. Předpokládá se, že základní schopnost kriticky číst a interpretovat text by si měl student jakékoli vysoké školy přinést už ze školy střední, a to především z hodin českého jazyka a literatury. Je tomu ale skutečně tak? Zkušenosti vysokoškolských pedagogů poskytují až příliš často negativní odpověď na tuto otázku.

Student prvního ročníku právnické fakulty často právní text (tedy například text zákona nebo soudního rozhodnutí) ještě nikdy nečetl (také systém přijímacích zkoušek napovídá, že znalost práva není podmínkou pro přijetí ke studiu práva), předpokládá se však, že četl jiné druhy textů: novinové a časopisecké články, odborné texty a v neposlední řadě také krásnou literaturu. Právo a krásná literatura mají jednoho společného jmenovatele: jazyk.³ Přestože jsou obě založeny na přirozeném jazyce, právní jazyk je jazykem specializovaným, jazyk krásné literatury je možné považovat za přístupnější porozumění právě pro svou povšechnou přístupnost laikovi.

Právo a literatura je jedním z interdisciplinárních hnutí, která se v rámci právní teorie objevila v posledních čtyřiceti letech a kterému se

² Pro analýzu českého právního jazyka viz např. Knapp, V. Právní pojmy a právní terminologie. In Státní správa: Bulletin Ústavu státní správy 4, 1978, p. 5-67; pro anglický právní jazyk viz např. Tiersma, P.: *Legal Language*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999.

³ U práva je možné zajít ještě dál a tvrdit, že právo samo je jazykem, protože se jedná o specifický způsob čtení, psaní a řeči a jejich prostřednictvím se tvoří a udržuje kulturní komunita – a to komunita argumentační. Viz White, J. B.: *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*. In 60 *Tex. L. Rev.* 1981-1982, s. 415.

podářilo zachovat si především svou edukativní hodnotu, s důrazem na niž vznikalo. Právo se s literaturou prolíná na několika různých úrovních. Tento článek se ovšem zaměří na tu z úrovní, která se týká interpretace: abychom mu porozuměli, musíme právní text i text krásné literatury interpretovat (jakkoli k této interpretaci v případě krásné literatury může docházet nevědomky).

Právní interpretace a literatura

Ronald Dworkin ve svém textu *Právo jako interpretace* přirovnává právní praxi ke cvičení v interpretaci a tvrdí, že „můžeme prohloubit své porozumění právu tak, že budeme srovnávat právní interpretaci s interpretací dalších oblastí poznání, zvláště literatury.“⁴ Právnick i literární kritik jsou v první řadě čtenáři textů: jejich čtení (pokud má obstát) je vždy komplexní aktivitou, která vytváří specifickou interpretační kulturu (obsahující způsoby porozumění textu, nejrůznější koncepty, procesy apod.).⁵ V tomto ohledu jsou si role a úkoly právníka i literárního kritika podobné.

Problematika interpretace se točí kolem otázky, zda mají texty nějaké objektivní, absolutní významy, ke kterým je možné dospět a nebo je jejich „význam“ tvořen společenstvím interpretujících?⁶ V odpovědi na tuto otázku se teoretikové různí. Tento článek se nebude zabývat odpovědí na tuto otázku, ale vydá se pouze jedním směrem, a sice tím, který naznačuje White, když říká (a posléze vysvětluje): „...domnívám se, že otázka po objektivnosti významů textu, ať v právu nebo v literatuře je ve skutečnosti zrádná...a vzniká na základě špatného pochopení aktivit čtení a psaní textů.“⁷

Proto na tomto místě přijmeme představu, že literatura nemá jeden jediný „správný“ výklad, ke kterému je možné dojít na základě aplikace jednoho „správného“ postupu a že je pro ni typická interpretační otevřenost, která obvykle vyžaduje určitou interpretační kreativitu. Jsou to právě tyto její vlastnosti, které činí z krásné literatury bohatý výukový zdroj.⁸ I právní texty často umožňují určitou interpretační flexibilitu, ať už záměrně nebo

⁴ Dworkin, R. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1985, s. 146.

⁵ Viz White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 415.

⁶ Podobnou otázkou začíná své úvahy i James Boyd White *supra*, s. 416.

⁷ Viz White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 416.

⁸ Ward, I.: *From Literature to Ethics: The Strategies and Ambitions of Law and Literature*. In *14 Oxford J. Legal Stud.* 1994, s. 398.

nedopatřením.⁹ Jsem ovšem přesvědčena, že není třeba považovat za chybu, že právní systémy umožňují právníkům a soudcům prostor při interpretaci, že poskytuje soudcům prostor pro uvážení; je to spíše pozitivum,¹⁰ se kterým je ale nutné nakládat „zodpovědně“ ve Dworkinovském smyslu.

Richard Posner v rámci své argumentace proti některým tendencím v law and literature zdůrazňuje, že interpretace je a bude vždy relativní a účelová.¹¹ Toto tvrzení (se kterým nelze než souhlasit) ale nemusí být vůbec chápáno pejorativně. Relativita a křehkost při interpretaci literárního díla automaticky nutí čtenáře / studenta ke komplexnější a preciznější argumentaci na podporu jím navrhovaného výkladu. Ať už vykládáme literární nebo právní text, vždy je třeba podepřít svá tvrzení a závěry relevantními argumenty, jinak neobstojí.

Následující text se bude zabývat třemi oblastmi, ve kterých může krásná literatura a její čtení přispět k ovládnutí dovedností právní interpretace:

1. porozumění textům obecně;
2. interpretace textů;
3. precizní argumentace.

Ad 1.

V tomto ohledu zřejmě nebude sporu: Čtením si rozšiřujeme slovní zásobu a chápání jazyka jako celku. Při výkladu krásné literatury pracujeme s typem textu (jednodušším i složitějším), se kterým se setkáváme prakticky od základní školy.

Ad 2.

Výklad textu krásné literatury může znamenat přínos pro výuku jednotlivých interpretačních metod, které se využívají i při právní

⁹ Zde narážím na problematiku úmyslu autora (v tomto případě zákonodárce) a účelu právního textu ve společnosti. Používám-li výraz „nedopatřením“, narážím na skutečnost, že úmyslem zákonodárce je často upravit konkrétní společenský problém tak, aby případné spory bylo možno rozhodovat jako „jednoduché případy“, tedy aplikací právní normy za použití prosté subsumpce. Tento úmysl se často nepodaří promítnout do textu zákonného ustanovení, ať už vinou nedostatečné techniky nebo povahou upravovaného společenského problému.

¹⁰ Viz White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 444.

¹¹ Viz Posner, R. Law and Literature (1998), citováno podle Boyer, M. L. Contract as Text: Interpretive overlap in Law and Literature. In Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 12, s. 169.

interpretaci, a to právě proto, že text krásné literatury je současnému čtenáři bližší. Na výkladu literatury je možné demonstrovat všechny metody výkladu (jazykovou, logickou, historickou, účelovou, systematickou i komparativní):

1. gramatický/jazykový výklad: zde platí to, co již bylo zmíněno. Literatura je bohatá jak na jednoduché věty, tak na složitá souvětí, které poskytují vhodný materiál pro uvědomění si významu interpunkce a dalších gramatických jevů a pravidel.

2. logický výklad: zde opět platí to, co již bylo zmíněno o přístupnosti jazyka literatury.

3. historický výklad: tato metoda nás zavede nejen do historie zkoumaného literárního díla, podobně, jako by to udělali literární teoretikové 19. století, ale také i k autorovi samotnému. Kdo to byl? V jaké době a za jakých okolností napsal a vydal svou knihu? Dokonce se dostaneme i k tak zpochybňované otázce¹² „Co tím chtěl básník říci?“.

4. účelový výklad: Jak při výkladu práva, tak při výkladu literatury existuje určitá tendence zaměňovat úmysl autora textu za smysl textu. Při výkladu literatury dochází ke klasické chybě, omezíme-li se na hledání odpovědi na otázku: Co tím chtěl básník říci?. Hledání úmyslu zákonodárce může být pouze jednou z možných metod, jak se pokusit dospět k porozumění právnímu textu. Nikoli však jedinou a určitě ne konečnou. Právní text je textem (jakkoli normativní povahy) a jako takový „si může žít vlastním životem“ a nabírat na sebe nejrůznější významy podle svého právního a společenského kontextu (společenské a právní změny, další právní předpisy atd.).¹³ White je přesvědčen, že význam/smysl textu, výpovědi není možné plně přeformulovat – zopakovat jinými slovy.¹⁴ Plný význam je vždy obsažen v původní výpovědi samotné a jakékoli převyprávění význam původního textu vždy změní. To, co chtěl básník (zákonodárce atd.) říci, je ve skutečnosti to, co řekl (napsal...) pomocí jazyka, který použil v básni (zákonu, románu atd.).¹⁵ Text představuje jednotu formy a obsahu a při použití jazyka pro jakékoli sdělení je často

¹² Viz kritika tzv. intencionalistického omylu (intentional fallacy) v literární teorii.

¹³ Pro diskusi tohoto tvrzení viz Smejkalová, T. Zneužití výkladu práva. In COFOLA 2010 The Conference Proceedings. Brno: Masarykova Univerzita.

¹⁴ Paradoxní je, že přesně o to se často snaží právní jazyk (viz například Šejvl, M. Jak udělat spravedlnost slovy. In Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 183-194)

¹⁵ Viz White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 439.

nemožné určit, kde končí forma a začíná obsah a naopak.¹⁶ Jak v básni, tak i v textu nálezu Ústavního soudu může i ta nejmenší jazyková nuance představovat rozdíl mezi jedním a druhým významem.¹⁷ Správně položená otázka by tedy podle Whitea měla znít: „Jaký je význam tohoto jazyka tohoto konkrétního mluvčího v tomto konkrétním kontextu?“¹⁸

5. systematický výklad: tuto metodu výkladu lze v kontextu literatury vysledovat jako otázku žánru nebo také i národnosti autora, případně jazyka, ve kterém je originál díla psán apod. Všechny tyto vlastnosti odkazují od jednotlivého díla k nějaké širší skutečnosti. Pokud lze dílo nějak žánrově klasifikovat, naše znalosti o daném žánru obecně zpětně napomůžou k porozumění zkoumaného díla. Pokud například víme, z jaké země autor pocházel a známe její kulturu, můžeme lépe porozumět jednotlivostem a specifikům díla. A naopak. Tato tvrzení mají samozřejmě své limity dané povahou díla: někdy se autor snaží překračovat žánrové hranice, někdy záměrně ohýbá kulturní specifika. Nicméně analogie systému jako celku a jednotlivosti jako součásti systému je použitelná jak pro literaturu, tak pro právní texty.

6. komparativní výklad: tento výklad, ne-výklad, či spíše argumentační technika je vlastní jak literatuře, tak právu. Srovnáním s jinými texty (jinými právními / literárními texty) můžeme dospět k určitému úhlu poznání interpretovaného textu, podepřít konkrétní interpretaci apod.

Ad 3.

White o práci právníka říká, že je „kontinuální argumentací, jejíž významy se v procesu interakce mezi konkrétním textem a vnějším světem neustále mění.“¹⁹ Text má pevnou formu, ale v okolním světě dochází ke změnám a jejich důsledku k významovým posunům použitých výrazů. Lze souhlasit s Whitem, který na základě svého vymezení práva dospívá k závěru, že v centru právního vzdělávání by neměla být suchopárná výuka seznamů pravidel, ale ovládnutí dovednosti právní argumentace.²⁰ Přestože

¹⁶ Viz např. Sprafkin, A. Language Strategy and Scrutiny in the Judicial Opinion and the Poem. In 13 *Cardozo Stud. L. and Literature*, 2001, s. 271-272 nebo podobně White *supra*.

¹⁷ Srov. Sprafkin *ibid*, s. 283.

¹⁸ Viz White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 440.

¹⁹ White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 435

²⁰ White *supra*, poznámka pod čarou č. 3, s. 437. Pro Whitea je právo nikoli souborem právních norem, byrokratickým systémem, nebo systémem společenské kontroly, ale argumentační kulturou, jazykem v nejširším slova smyslu. Viz tamtéž, s. 441.

White činí tento argument na pozadí common law, není na něm nic, co bychom v rámci kontinentálněprávního vzdělávání mohli odmítnout. Bez precizního odůvodnění a sofistikované argumentace se neobejde ani právníkovo podání, ani soudní rozhodnutí.

Literární interpretace a právo

Podobné závěry lze vyvodit také pro vztah literární teorie a jejich přispění k porozumění právu.²¹ Na tomto místě bude za všechny uveden pouze příklad. Formalistická literární teorie klade důraz na text samotný; pro interpretaci není třeba hledat „úmysl autora“, ani zjišťovat nic o kulturních a historických okolnostech vzniku textu. Vyjdeme-li z tohoto pojetí, je naše chápání textu omezeno na text samotný. Jakkoli můžeme s tímto přístupem nesouhlasit, pro výuku interpretace představuje jednu velkou výhodu: vymezuje nám prostor, ve kterém je třeba hledat důkazy na podepření vlastních argumentů. Pro právní interpretaci je takové vymezení vlastní: pohybujeme se v prostoru vymezeném konkrétním ustanovením, konkrétním zákonem, právním systémem. Zákon je navíc komplexním textem s provázanostmi a hypertexty.

„Čtení krásné literatury a snahu o její porozumění je také možné považovat způsob, jakým nasměrovat pozornost právníka k faktu, že jak právní, tak literární interpretace vyžaduje naši aktivní účast, která by měla následně podnítit vědomí naší vlastní role v procesu tvorby významu.“²²

Závěr

Právní text je specializovaný druh textu. Studentu prvního ročníku je mnohem bližší text románu, povídky, novinového článku nebo filmu. Jistě, při výkladu těchto textů se setkáváme se symboly nebo metaforami, jevy, se kterými se v právních textech²³ nesetkáváme. Ale právě tyto jazykové jevy nám otevírají široké pole pro nejrůznější výklady a příslušnou argumentaci. Literární texty obsahují koncepty a myšlenky, které jsou pro běžného člověka uchopitelnější než například problematika materiální stránky trestného činu. Toto porozumění usnadňuje práci s textem, a tedy i snadnější přístup k jeho možným významům. Umožňuje nacvičit si určitou „techniku“, která potom může být použitelná i při práci s právním textem.

²¹ Přispění literárních teorií a postupů literární interpretace zdůrazňují i oba již zmínění autoři: White i Ian Ward Viz From Literature to Ethics: The Strategies and Ambitions of Law and Literature. In 14 Oxford J. Legal Stud. 1994, s. 389.

²² Viz IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law. Jeanne Gaakeer: Law and Literature. Dostupné z http://ivr-enc.info/index.php?title=Law_and_Literature.

²³ Nebo alespoň v českých právních textech ne. (pokud ano, tak zřejmě omylem) V anglosaském právním světě se především v textech „opinions“ může objevit ledacos.

Navíc je v literárních textech možné čerpat inspiraci pro pozdější právní úvahy.²⁴

Při výkladu je pro právníka správný takový závěr (například v soudním rozhodnutí), který je náležitě podepřen relevantními důkazy (jejichž rozsah je dán povahou konkrétního právního systému), zatímco pro literárního vědce je to takový závěr, který může být analyzován zkoumáním konkrétních narativních technik, díky kterým je text vystavěn.²⁵ Pokud tato vysvětlení ale vztáhneme pouze na texty, není mezi nimi zásadní rozpor: i literární vědec musí podepřít svá tvrzení důkazy (například konkrétními citacemi nebo vysvětlením nějakého symbolu) a i právník se při výkladu právního textu musí zaměřovat na text samotný, jeho gramatickou a logickou strukturu a jeho místo v daném právním systému.

Krásná literatura však bez ohledu na svůj obsah zůstává textem, který je možno číst a interpretovat. Texty jsou hry se slovy, koncepty a asociacemi. Všechny diskursivní praktiky tvoří své druhy textu. A tak i právo může být považováno za druh literatury. A podobně jako bude čtenář, který si pouze nastuduje jaká díla autor napsal, ošizen o požitek a obohacení, které plyne ze čtení literatury, tak ani právo se nelze pouze učit, ale je nutné i o něm přemýšlet – něco, k čemu by právnické fakulty měly své studenty systematicky vést a cesta skrze krásnou literaturu je jednou z možných.

Literature:

- Boyer, M. L. Contract as Text: Interpretive overlap in Law and Literature. In Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 12, s. 169.
- Dworkin, R.: A Matter of Principle. Oxford: Clarendon Press, 1985 (2001 reprint).
- Dworkin, R.: Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History. Lecture on Jurisprudence in the Coolidge Auditorium of the Library of Congress. Dostupné z <http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>.

²⁴ Jak tvrdí například Solove, literatura může hrát podstatnou roli v tom, jak soudci / zákonodárci rozumí určitému konceptu. Viz Solove D. J.: Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking. 9 Cardozo Studies in Law & Literature, 1997, s. 2.

²⁵ Stern, S.: Literary Evidence and Legal Aesthetics. Dostupné z <http://ssrn.com/abstract=1378337>, s. 13.

- IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law. Jeanne Gaakeer: Law and Literature. Dostupné z http://ivr-enc.info/index.php?title=Law_and_Literature.
- Knapp, V.: Právní pojmy a právní terminologie. In Státní správa: Bulletin Ústavu státní správy 4, 1978, s. 5-67.
- Smejkalová, T.: Zneužití výkladu práva. In COFOLA 2010 The Conference Proceedings. Brno: Masarykova Univerzita, 2010. ISBN 978-80-210-5151-5.
- Solove D. J.: Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking. 9 Cardozo Studies in Law & Literature 1997.
- Sprafkin, A.: Language Strategy and Scrutiny in the Judicial Opinion and the Poem. In 13 Cardozo Stud. L. and Literature 271, 2001.
- Stern, S.: Literary Evidence and Legal Aesthetics (April, 13 2009). TEACHING LITERATURE AND LAW (MLA Approaches to Teaching Series), Austin Sarat, Matthew Anderson, & Cathrine Frank, eds., New York: Modern Language Association, 2010. Dostupné z SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1378337> (1. 11. 2010).
- Šejvl, M. Jak udělat spravedlnost slovy. In Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, (2002 : Milovy, Sněžné, Žďár nad Sázavou, Česko). Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 183-194.
- Tiersma, P.: Legal Language. Chicgo and London: The University of Chicago Press, 1999.
- Ward, I.: From Literature to Ethics: The Strategies and Ambitions of Law and Literature. In 14 Oxford J. Legal Stud. 389/1994.
- White, J. B.: Law as Language: Reading Law and Reading Literature. In 60 Tex. L. Rev. 1981-1982.

Contact – email

smejkalova@mail.muni.cz

PLATONIZM KONSTITUCYJNY I JEGO POSTMODERNISTYCZNA KRYTYKA

ADAM SULIKOWSKI

Uniwersytet Wrocławski, Święta Katarzyna, Polsko

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

N/A

Abstract

N/A

Key words

N/A

Rozpoczynając, wypada zaproponować jakieś użyteczne określenie platonizmu w kontekście konstytucjonalizmu. Oczywiście pisząc o platonizmie nie mam na myśli jakiegoś syntetycznego odwołania do całości spuścizny antycznego racjonalisty. Jego filozofia nawet w ujęciach nowoczesnych uwikłanych w deleuzowskie kłącze wielowiekowych multicytrycznych tradycji interpretacyjnych nie jest kompatybilna z teorematami nowoczesności. Wydaje się jednak, iż pewne ważne dla Platona i charakterystyczne dla jego dominujących odczytań elementy narracyjne funkcjonują w nowoczesnych paradygmatach różnorodnych praktyk, w tym praktyk związanych z określaniem i uzasadnianiem praw jednostki. Oczywiście nazwanie platonizmem obecności konstrukcji analogicznych do pewnych tez przypisywanych greckiemu filozofowi może budzić kontrowersje i z pewnością jest tendencyjne i opresywne, wydaje się jednak, iż może służyć jako propozycja pewnej konwencji, za którą się opowiadam, czerpiąc zresztą garściami z myśli R.Rorty'ego, który wiele nowoczesnych *idées fixes* identyfikował z tzw. tradycją platońską. Wprawdzie owa tradycja nie jest w opinii amerykańskiego pragmatysty wyróżnikiem jedynie nowoczesności, lecz niekwestionowanym fundamentem intelektualnej aktywności w ciągu co najmniej kilkunastu ostatnich wieków, jednakże została mocno wzbogacona przez Oświecenie i dzięki postulatam urzeczywistnienia wymogów rozumu przez rekonstrukcję społecznego status quo została wzmocniona i rozpowszechniona, przestając być założeniem wyłącznie filozoficznych dywagacji. To przecież w myśli zachodniej Europy doby wieku świateł ukonstytuowała się w pełni wizja rozumu pod którą Platon położył podwaliny – wizja rozumu jako zwierciadła natury, które odbija elementy prawdziwych obrazów, umożliwiając tym samym zdobywanie „czystymi” pozaempirycznymi metodami prawdy o rzeczywistości. Takie założenie o rozumie stanowi

warunek sine qua non prawomocności wszelkich dedukcji normatywnych, analiz pojęciowych, redukcji fenomenologicznych, wyjaśniania znaczeń czy ustaleń logiki języka¹. A te ostatnie przecież odgrywają kluczową rolę w humanistycznych dyskursach nowoczesności, w tym także w myśleniu, mówieniu i sądzeniu, w kontekście praw jednostki.

Podstawowym wyznacznikiem platońskiego stylu myślenia jest zdaniem Rorty'ego wiara w możliwość rozumowego dotarcia do istoty Rzeczywistości, odkrycie Prawdy, zidentyfikowanie Dobra i uchwycenie natury Ja. Wielkich liter używa Amerykanin po to by podkreślić jedyność, czy też jedyną słusność celów i w konsekwencji osiągnięć rozumnego namysłu². Taki sposób myślenia składający się na tzw. korespondentyzm wydaje się ważnym składnikiem intelektualnym modernizmu.

Szeroko rozumiany platonizm jest wyznacznikiem modelu myślenia, w którym człowiek jest kimś na miarę bogów – jedną stopą stojącym poza naturą, upatrującym w rozumie źródeł swej wyjątkowości i zawzięcie poszukującym prawdy³.

Nowoczesność w znacznej mierze ten pogląd zaakceptowała, wraz z platońskim rozróżnieniem na wiedzę uważaną za prawdziwą czyli wiedzę mniemaną doxa oraz wiedzę prawdziwą episteme nie dla wszystkich dostępną. Jak pisze autor polskiej monografii o rorty'owskich wizjach platonizmu i nowoczesności A.Szahaj, W modernistycznym ujęciu poznania i nauki język poznania, choć zmienny „pasuje” zawsze do rzeczywistości jako, że istnieje odpowiedniość pomiędzy wyrażeniami języka a przedmiotami ze świata. (...)Przy czym [język] jest tym lepszy, im bardziej staje się precyzyjny i przejrzysty, im mniej przeszkadza temu, aby prześwitywała przezeń rzeczywistość sama, której zresztą uchwycenie w poznaniu powinno być tylko kwestią czasu. Podejście modernistyczne traktuje procedury naukowe jako racjonalne na mocy prawideł ustalanych wewnątrz nauki. Prawidła te wyznaczają autonomiczną sferę rozumu zarówno w morzu nierozumnych przekonań żywionych przez ludzi w ich codziennym życiu jak i (...) fantazji i wyobrażeń (...). Naukowiec w tej perspektywie to jednostka specjalna, która niezależna od wpływów świata zewnętrznego (...) mocą swojego oświeconego umysłu dociera do istoty rzeczywistości i odkrywając jej niezmiennie (żelazne) prawa poczyna odgrywać rolę nauczyciela ludzkości – świeckiego kapłana. Jeśli pracuje na terenie nauk społecznych, potrafi (...) oddzielić przekonania ideologiczne

1 R.Rorty, *Filozofia a zwierciadło natury*, Warszawa 1994, s.16 i n.

2 Por. A.Szahaj, *Ironia i miłość. Neopragmatyzm Richarda Rorty'ego w kontekście sporu o postmodernizm*, Wrocław 2002, s.15.

3 Tamże, s.87.

od nieideologicznych, istotę od pozoru, przedstawić uniwersalistyczny projekt urządzenia życia społecznego, wyznaczyć racjonalne cele⁴.

Podobnie platońskie ślady w strukturze nowoczesnego myślenia dostrzega i komentuje inny teoretyk i krytyk modernizmu J.Derrida, zauważając iż tak platonizm, jak i nowoczesność są nadzwyczaj logocentryczne, preferując poznanie rozumowe i wyjaśniającą moc pojęcia (w którym objawiają się idee zakorzenione w uniwersalnym logosie). Wiedza jest odkrywana przez uprzywilejowanych poznawczo mędrców, a jej odkrycie wiąże się z ustaleniem niezmiennych praw rzeczywistości, różnych od pozornie logicznych i zdroworozsądkowych mniemań ludzi, zaangażowanych w społeczne tu i teraz. Co ważniejsze, dla nowoczesności, to rozum jako stworzony do poznawania rzeczy prawdziwie istniejących jest najważniejszym wyznacznikiem nie tylko właściwych dróg poszukiwań naukowych, lecz także metod urządzenia gospodarki i społeczeństwa⁵. Jak słusznie zauważa M.Pokropski, skutkiem przyjętych przez Platona założeń jest zamknięcie metafizyki w strukturze rozumności pytającej o to, co jest, a więc w strukturze obecności. Jednocześnie jest to wykluczenie, wyrzucenie na margines zapytywania o zdarzeniowość doświadczania świata, o zewnętrżność, inność, hetronomiczność⁶.

Innymi słowy, uprzywilejowany poznawczo mędrzec, o ile tylko właściwie posługuje się rozumem uwalnia się od wikłających go zdarzeniowości i przygodności od wszystkiego co jest na zewnątrz od innych, nierozumowych prawideł i dociera do prawdy.

Ważnym elementem tak pojmowanego nowoczesnego platonizmu jest pewien zespół założeń obejmujących trzy następujące twierdzenia: Po pierwsze, że istnieją obiektywne „dobro” i „prawda”. Po drugie, że są one w jakiś sposób pojmowalne, choć ich poznanie wymaga uczestnictwa uprzywilejowanych epistemologicznie podmiotów. Po trzecie w końcu, jeżeli coś logicznie wynika z „dobra” lub „prawdy” musi być też „dobre” i „prawdziwe”. Taki zestaw bywa też określany w myśli filozoficznej jako tzw. „mentalność ateńska” i uznawany wręcz za fundament myślenia nowoczesnego⁷.

4 Tamże, s.140.

5 Por. J.Derrida, *O gramatologii, passim*

6 M.Pokropski, *Utopia obecności a obecność utopii*, [w:] T.Sieczkowski, D.Misztal *Utopia wczoraj i dziś*, Toruń 2010, s.231.

7 H.Kiereś, *Kto się boi postmodernizmu – Kto wiąże z nim nadzieję*, [w:] T.Rakowski (red.) *U źródeł tożsamości kultury europejskiej*, Lublin 1994, s. 50.

W moim przekonaniu, na gruncie dyskursu o prawach człowieka zagospodarowanego, by nie rzec zdominowanego przez sposoby myślenia o konstytucji nowoczesny platonizm jest bardzo mocno widoczny. Tkwił on bardzo głęboko już we wczesnonowoczesnych koncepcjach prawa natury, których dyskurs, jak słusznie zauważył Ch. Taylor, powstał w niszy specjalistów. Wyposażył filozofów i teoretyków prawa w [z założenia obiektywny] język, którym posługują się mówiąc o prawomocności rządu, jak też regułach wojny i pokoju⁸. Od Locke'a po dziś dzień –pisze Taylor – podstawowa idea społeczeństwa jako istniejącego dla (wzajemnych) korzyści jednostek i obrony ich praw zyskuje coraz bardziej na znaczeniu (...) idea ta nie tylko staje się poglądem dominującym spychając (...) konkurencyjne teorie na margines (...), lecz także rodzi coraz dalej idące żądania wobec życia politycznego⁹. (...) W teoriach wywodzących się z platonizmu wzajemne usługi, które świadczą sobie poszczególne klasy (...) zakładają przywiedzenie tych grup do najwyższej cnoty. (...) W ideale nowoczesnym wzajemne poszanowanie i usługi kierowane są na osiągnięcie zwykłych celów: życia, wolności, utrzymania rodziny i siebie¹⁰.

Przyczyną utrzymywania się „mentalności ateńskiej” w nowoczesności jest także apologetyczne nastawienie teorii, ślepa wiara w słuszność zasadniczych fundamentów epistemy; oczywiście są i krytycy (choćby F.Nietzsche), jednakże stanowią oni margines filozofowania aż do czasów poważnych kryzysów moderny (reakcje na totalitaryzmy, Szkoła Franfurcka). Jak zauważa J.Gray, Milczącym bądź otwarcie formułowanym celem [nowoczesnej] refleksji filozoficznej jest racjonalne usprawiedliwienie (...) moralności politycznej: innymi słowy racjonalna dedukcja nas samych. W stopniu większym niż inne gałęzie filozofii współczesna filozofia polityczna stała się tym, co Wittgenstein nazywał filozofią „mieszczańską” – filozofią, która poszukuje „podstaw” praktyk danej społeczności¹¹. Zwłaszcza w tryumfującym liberalizmie demokratycznym, lecz także w projektach lewicowych chodzi o to, by uzasadnić prawdziwość czy jedyną słuszność pewnych kulturowanych praktyk i sposobów identyfikacji siebie wobec innego. Praktyki zgodnie z odplatońskim przekonaniem na pewno mają jakieś uzasadnienie obiektywistyczne, które powinno być ujawnione/spreparowane, by uzasadnić ekspansję i w konsekwencji homogenizację społeczną wokół odpowiednio przygotowanego wzorca.

8 Ch.Taylor, *Nowoczesne imaginaria społeczne*, Kraków 2010, s.14.

9 Tamże s.13. Wprawdzie Taylor uważa, iż nowoczesność odchodzi od platonizmu (s.24 i 25) jednakże platonizm jest inaczej rozumiany, niż w rozważaniach niniejszych.

10 Tamże, s.24.

11 J.Gray, *Ślad Oświecenia*, [w:] tegoż, *Po liberalizmie*, Warszawa 2001, s.262.

Genealogii takiego stanu rzeczy należy upatrywać w sile dawnych przyzwyczajęń tkwiących w strukturach religijnych, które mimo radykalizmu niektórych oświeceniowych postulatów formułowały silne roszczenie do ważności i oddziaływały głęboko na myślenie. Trafnie ujmuje ten mechanizm A.MacIntyre, wszyscy [najbardziej wpływowi nowocześni moralisci i filozofowie polityczni] w zaskakującym stopniu zgadzali się co do charakteru nakazów składających się na to, co uważali za prawdziwą moralność (...) Skąd wzięły się te wspólne (...) przekonania? Wywodzą się one oczywiście ze wspólnej chrześcijańskiej przeszłości (...) Wszyscy (...) którzy zgadzają się co do charakteru moralności, zgadzają się zarazem co do tego, na czym ma polegać racjonalne uzasadnienie moralności. Zasadnicze przesłanki tego uzasadnienia powinny ujmować pewną cechę lub cechy natury ludzkiej; zasady moralności można byłoby wówczas wyjaśnić i uzasadnić jako zasady, które akceptowałaby istota ludzka o takiej właśnie naturze¹².

Nowoczesny racjonalizm wtargnął do dyskursów konstytucjonalistycznych podejmując procesy kolonizacyjne wspólnie z myśleniem pozytywistycznym. W konsekwencji pojawiła się podstawowa sprzeczność nowoczesna związana z relacją konstytucji względem rozumu: Z jednej strony konstytucja jako punkt odniesienia dla przebudowy, czy szerzej sterowania, stała się protezą rozumu. W konstytucji, mimo, iż miała ona przybrać postać ustawy, niczym w uniwersalnym rozumie zaczęto szukać odpowiedzi na każde pytanie, nawet jeżeli jej tekst jest skromny. Tekst, jak pisał R.Rorty, stał się pretekstem. Z drugiej zaś strony to, co można wyczytać w ustawach zasadniczych musiało ustępować przed wymogami racjonalnego sterowania, zwłaszcza od czasu pojawienia się aktywnych sądów konstytucyjnych – inżynierów konstytucji, o których szerzej napiszę w następnym rozdziale. Wiele przepisów konstytucji zniekształcano, modyfikowano, osłabiano w imię rzadko wprowadzanych nazywanych po imieniu, lecz dostrzegalnych wymogów jakiejś wizji racjonalności. Wbrew dominującemu w tym zakresie stanowisku nie uważam jakoby przyczyną takiego stanu rzeczy był język konstytucji¹³. Język raczej skutkiem pozytywizacji, która nie mogła się udać; był swoistym instrumentem legitymizującym działanie¹⁴. Nie zawsze zresztą legitymizował skutecznie. Czasem wręcz, stanowił przeszkodę dla działania, wywołując konieczność wykonywania kontrowersyjnych operacji takich jak odraczanie wejścia w życie orzeczeń o

12 A.MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty*, Warszawa 1996 s.110.

13 Pogląd taki wyraża m.in. L.Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, Przegląd Sejmowy 4/2009, s.67.

14 jak pisze W.Sadurski, „mit obiektywnego znaczenia konstytucji, do którego nieuchronnie ma prowadzić wykładnia, to standardowy argument retoryki autolegitymizacyjnej używany przez sądy konstytucyjne na całym świecie” W.Sadurski, *Prawo przed sądem*, Warszawa 2008 s.60.

niekonstytucyjności¹⁵, czy neutralizacja jednych postanowień konstytucji przez karkołomne interpretacje innych¹⁶. Podobne operacje pojawiają się po obu stronach oceanu, chociaż w refleksji amerykańskiej rozumne korektury przedstawia się jako konieczność stosowania niepisanych i nieformalnych konwencji stanowiących mocniejsze ogniwo diady, której drugą, słabszą część stanowią teksty konstytucyjne¹⁷.

Co oczywiste platonizm konstytucyjny spotyka się z mocną krytyką filozofów postmodernistycznych. Pierwszym kierunkiem krytyki jest platońska apoteoza reguły. program Wieków Świata umieścił regułę na sztandarach, czyniąc z regulacji, normalizacji i standaryzacji Świata i prawa swój podstawowy cel. Pisał o tym, w moim przekonaniu, świetnie w swoich licznych pracach francuski poststrukturalista M.Foucault. Podmiot nowoczesny jego zdaniem to podmiot znormalizowany, czyli wpisywalny i wpisujący sam siebie w określone kategorie i struktury oraz określone systemy reguł, które nigdy wcześniej nie oddziaływały tak mocno¹⁸. W nowoczesności reguły prawne sprzęgają się z normami medycznymi, psychiatrycznymi, przemysłowymi, a nawet z regułami tworzenia prawdy czyniąc z człowieka narzędzie pasujące w określone miejsca systemu władzy i produkcji i jednocześnie zastępowalne innym człowiekiem - narzędziem¹⁹. Znormalizowana i zmodernizowana edukacja, w tym zwłaszcza edukacja prawnicza, z powodzeniem zastępuje konkretne osoby o określonej rasie, przynależności klasowej, preferencjach, dążeniach politycznych itp. „bezdusznymi” symbolami. Dzieje się tak po to, by wyeksponować wirtualną regułę, którą wskazuje się studentom jako pewną i nieskorelowaną z żadnymi osobniczymi właściwościami stron procesu. Ludzi sprowadza się do abstrakcyjnych pojęć „sędziów”, „dłużników”, „pokrzywdzonych” itp., co maskuje ich osobowości. Powstaje w ten sposób wrażenie istnienia porządku obiektywnych reguł niezależnych od ludzi i władzy²⁰.

15 O genezie i racjonalizacyjnym charakterze tej instytucji pisze J.Porowski, *Skutki orzeczeń o niekonstytucyjności ustaw w prawie i orzecznictwie sądów konstytucyjnych*, PiP 11/1984, s.34 i n.

16 Por. L.Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s.217.

17 R.Hardin, *Why a Constitution?* [w:] B.Grofman, D.Wittman (red.) *The Federalist Papers and The New Institutionalism*, New York 1989, s.100 i n.

18 M. Foucault, *Podmiot i władza*, *Lewą nogą* 1998 nr 10

19 M. Foucault, *Nadzorować i karać*, Warszawa 1998, s. 189 i n., oraz tegoż , *Porządek dyskursu*, Gdańsk 2002, s. 6 i n.

20 Por. W.O.Weyrauch, *Law as Mask. Legal Ritual and Relevance*, California Law Review 1978,s .700 i n., oraz powołana tam literatura, zwłaszcza

Nowoczesność w miejsce świadomości funkcjonowania reguł wprowadziła przekonanie o konieczności objęcia nimi jak największej przestrzeni egzystencjalnej. Postmodernizm, co oczywiste, kwestionuje odwoływanie się do systemu dedukcyjnych reguł wyprowadzonych rzekomo z jakichś niekwestionowanych normatywów o językowym bądź racjonalistycznym (naukowym) charakterze. Jak pod koniec lat sześćdziesiątych pisał postmodernizujący filozof włoski, F.Rossi-Landi Nie ma żadnej nieideologicznej strefy rzeczywistości, której przysługiwałoby miano strefy realistycznej; nie jest nią strefa wyznaczona i chroniona przez stosunek epistemologiczny ustanowiony za pośrednictwem nauki opartej na sądach postrzegawczych – co więcej to jest właśnie jedna z najbardziej typowych ideologii filozoficznych, które wciąż jeszcze krążą po kulturze współczesnej. (...) Nie istnieje nauka, która dawałaby nam ostateczne gwarancje, istnieje tylko pozytywistyczny mit takiej nauki; co więcej, mówić o nauce w liczbie pojedynczej właściwie nie ma sensu 21.

Wewnątrz wszystkich nauk, które się dotąd rozwinęły, jest obecna ideologia klas i narodów panujących (...) Dyscyplin wolnych od ideologii w ogóle nie ma. Nawet logika formalna (...) jako krańcowe usystematyzowanie pewnego typu abstrakcyjnego racjonalizmu jest pewną funkcją wyzysku, to znaczy przedstawia w sobie właściwy sposób interesy narodów i klas (...) [które] zbudowały abstrakcyjny racjonalizm, pseudo-universalność, za pomocą której zasłaniają i usprawiedliwiają rabunkową gospodarkę²².

W tych strukturach panowania znajduje się w opinii postmodernistów interpretacja konstytucji. Postmoderniści przekonująco argumentują, iż to co jawi się konstytucją nie jest apriorycznie istniejącym prawem, lecz jest wciąż dynamicznie kreowane przez ludzi mających władzę nad interpretacją. Ludzie ci z kolei są przedmiotem uświadamianych sobie, bądź nieuświadamianych oddziaływań grup i myśli które fundują ich zmienną tożsamość. Innymi słowy obiektywne znaczenia to nic innego, jak retoryczne narzędzia używane przez różne (najczęściej większościowe) wspólnoty interpretacyjne dla osiągnięcia określonych celów. Dyscyplinowanie interpretatorów przy pomocy „lepszyc i gorszych odczytań” tekstu prawnego to nic innego, jak projekcja skapilaryzowanej władzy²³. Władza nie czuje się zresztą związana „uznanymi” odczytaniem, dysponując możliwościami uwolnienia się od nich. Można w ten sposób

21 F.Rossi-Landi, *Semiotyka a ideologia*, [w:] A.Nowicki (red.) *Współczesna...*, s. 161.

22 F.Rossi-Landi, *Semiotyka a ideologia*, [w:] A.Nowicki (red.) *Współczesna...*, s.163.

23 D.Kennedy, *Legal Education as a Training in Hierarchy*, www.duncankennedy.net

interpretować takie zjawiska jak odraczanie wejścia w życie orzeczeń o niekonstytucyjności czy tzw. „żyjąca” wykładnia konstytucji. Trzeba przyznać, iż dotychczasowy dogmatyczny i zmodernizowany konstytucjonalizm nie jest zdolny wyjaśnić interpretacyjnej praktyki bez podważenia własnych założeń.

Tezę o związku wykładni z zapleczem, tudzież myśli z bazą, wspólną wielu postmodernistom można, co oczywiste, genealogicznie wywodzić z marksizmu. To, co jednak znacznie różni modernistycznego Marksa od myślicieli ponowoczesnych, jest bardzo ważne także dla pozytywistycznych dogmatyk. Chodzi mi tutaj o akcentowanie kwestii identyfikacji. Emfaza identyfikacji – narodowej, klasowej, politycznej, religijnej, seksualnej łączy tradycyjnych marksistów i pozytywistów (także prawniczych); stanowi natomiast przedmiot ataków ze strony postmodernistów. W ich opinii jednostki współczesne są wielożądniowe, multifreniczne – tym samym ich kategoryzacja, zakłęcie w binarne opozycje jest opresyjnym uproszczeniem. Założenie o stabilnym zespole poglądów i cech ludzkich jaźni, które mogą podlegać indukcyjnej generalizacji, jest po Darwinie, Nietzschem, Freudzie, nie do utrzymania. Skutki kategoryzacji są przy tym zawsze niebezpieczne. Z jednej strony może wystąpić reidentyfikacja, to znaczy dostosowywanie się do wyabstrahowanych ról społecznych, co wiąże się z nieuzasadnioną przemocą, z drugiej zaś strony praktyka rozwiązywania problemów in abstracto, (np. konstrukcja logiczna: „większość Polaków to katolicy, więc uzasadnionym jest zakazanie aborcji i eutanazji, która dla katolika jest nie do przyjęcia”) co suponuje tzw. emancypację reguły. Oba z pewnością dość hermetycznie opisane skutki postaram się ująć prościej.

W przypadku pierwszym chodzi o to, iż konstruując pewne kategorie bierze się pod uwagę tzw. paradygmatyczne, czyli wzorcowe przypadki. Wzorce te są zawsze zrelatywizowane względem tego, kto władny jest je ustanowić. Identyfikacja z pojęciami, a tym samym dostosowanie do wzorców może wiązać się ze społecznymi profitami. W konsekwencji pragnąc być „dobrym sędzią”, „porządnym obywatelem”, czy „uczonym konstytucjonalistą” wbrew własnym przekonaniom dostosowujemy się do arbitralnie ustanowionych pojęć, których dekonstrukcyjne (Derrida), archeologiczne (Foucault) czy po prostu podejrzliwe (D.Kennedy, McIntyre, Critical Legal Studies) zbadanie ujawnia u ich źródeł przygodność, akceptację problematycznych, najczęściej metafizycznych założeń, czy mniej lub bardziej świadomą manipulację.

W przypadku drugim, emancypacja reguły polega na tym, iż oddziela się ona od złożonej zewnętrzności, którą miała reprezentować i zaczyna być zestawiana wyłącznie na gruncie językowym z innymi abstrakcyjnymi regułami, co może prowadzić do rozwiązań wprawdzie konstrukcyjnie spójnych, ale nieludzkich, bądź przynajmniej dziwnych. Pozytywizm prawniczy w jego dogmatycznym i formalistycznym wydaniu niewątpliwie sprzyja takim operacjom – vide wyprowadzenie z zasady demokratycznego

państwa prawnego traktowanej jako podzielana niejako przez wszystkich koncepcja, zasady ochrony życia od poczęcia do śmierci.

Nie będę wgłębiał się tutaj w bardziej skomplikowane dyskusje wokół tak ważnych dla współczesnej dogmatyki koncepcji języka, które w wersjach przyjętych przez pozytywizm są dzisiaj raczej nie do obrony²⁴. Kontrowersyjny jest zwłaszcza tzw. fundacjonizm, wywodzony z platońskiej tradycji w filozofii. Obecność tego sposobu myślenia we współczesnym dyskursie konstytucjonalistycznym jest raczej oczywista. Fundacjonizm opiera się na założeniu o związkach języka z zewnętrznymi dlań kategoriami (w tym wartościami), których obiektywny byt jest niekwestionowany i niezależny od woli a nawet świadomości jednostek i grup. Fundacjonistyczne są, co oczywiste, tradycyjne, zachodnie systemy metafizyczne, w szczególności te mające charakter religijny. Cechę tę można jednakże przypisać także dominującym w ramach nowoczesnej episteme nurtom filozofii politycznej takich jak liberalizm, czy tradycyjny marksizm, oddziałującym z całą mocą na dyskurs konstytucjonalistyczny. Interesującą diagnozę tego stanu rzeczy postawił w latach 30-tych XX, w czasach prowokujących do pierwszych rozliczeń nowoczesności, niemiecki filozof krytyczny W. Benjamin. Użył on metafory słynnego u progu moderny automatu szachowego, w którym widoczna z wierzchu kukła przesuwająca figury na szachownicy i zdaje się prowadzić grę, jednakże jej ruchami steruje karłowaty mistrz szachowy, ukryty przed wzrokiem publiczności. Tą kukłą ma być nowoczesny konglomerat sekularyzmu, materializmu, scjentyzmu, w końcu areligijnego konstytucjonalizmu, zaś karłowatym mistrzem pociągającym za sznurki ukryta judeochrześcijańska tradycja²⁵.

Postmodernizm jest głęboko uwrażliwiony na metafizyczne założenia, żądając od nich z założenia niemożliwych uzasadnień, a przynajmniej jawności.

Postulowana przez ponowoczesnych myślicieli depozytywizacja może polegać na zwiększeniu podejrzliwości względem rzekomo pozytywnych, czyli obiektywnych kategorii. Na zadawaniu pytań, w stylu tych, które onegdaj A.McIntire uczynił tytułem swojej ważnej pracy „Czyja równość?, Czyja sprawiedliwość? Na ujawnianiu przekonań zaklętych w reguły, na tropieniu przygodności dominujących teorii. Na demaskacji związków wiedzy i władzy. Taki namysł byłby dziś, w moim przekonaniu, wielce

²⁴ Odeślę w tym zakresie do literatury. Dobrym przeglądowym tekstem w tym zakresie jest artykuł A.Szahaja, *Teksty na wolności (strukturalizm-poststrukturalizm-postmodernizm)*[w:] tegoż *Zniewalająca moc kultury*, Toruń 2004, s.123.

²⁵ W.Benjamin, *O pojęciu historii*, [w:] tegoż, *Anioł historii: eseje, szkice, fragmenty*, Poznań 1996, wersja internetowa <http://filozofiauw.wdfiles.com>

przydatny, zwłaszcza w konstytucjonalizmie, będących chcąc nie chcąc, dyskursywnym otoczeniem aktywistycznego i zdecydowanie fundacjonistycznego orzecznictwa konstytucyjnego, w którym nie trudno znaleźć wartościujące binaryzacje i wielopiętrowe konstrukcje dedukcyjne oparte na mocno czasem kontrowersyjnych generalizacjach²⁶.

Postmodernizm wraz z jego tendencją do tropienia spetryfikowanych w odczuciach jednostek i grup binarnych preferencji i podważania ich często nakazuje przyjmować perspektywę Innego, czyli tego, który w binaryzacji został uznany za gorszego. Czasem z taką postawą wiąże się postulat odwrócenia procesów wykluczenia (reorganizacji społecznej). Niektórzy filozofowie ponowocześni wprawdzie przestrzegają przed absolutyzacją Inności. Przykładowo R.Rorty propaguje postawę umiarkowanie etnocentryczną (przy czym etnocentryzm oznacza tutaj miękką preferencję dla dominujących w obrębie danej kultury twierdzeń, w imię tzw. ekologii kulturowej²⁷) a J.Derrida zarzuca radykalnym przedstawicielom Krytycznych Studiów nad Prawem, w tym feministycznej jursprudencji chęć zamiany jednej totalności na inną²⁸. Niemniej jednak myśliciele ponowocześni są na ogół przynajmniej za uwrażliwieniem na inność. Uznają, iż obserwowalna jednorodność społeczeństw i pozorna jedność wartości są wynikiem normalizującego dyskursu nowoczesności, który za sprawą takich instrumentów jak scjentystyczne, lecz głęboko zakorzenione w metafizyce: medycyna, psychiatria, czy ekonomia ustanowił rzekomo obiektywne i uniwersalne kategorie, które powinny być rozprzestrzeniane i gwarantowane przy pomocy edukacji oraz technicznie traktowanego prawa. W opinii postmodernistów binaryzujące nauki są konstruktami centrycznymi, akceptującymi bezkrytycznie i zazwyczaj apriorycznie pewne twierdzenia, np. o właściwej roli kobiety, o wyższości jednych wersji ekonomii nad innymi, o większej obiektywności zachodniej refleksji nad „zacofanymi” poglądami innych nacji, o zdrowszym charakterze jednych odmian seksualności względem innych.

Otwarcie na innego może przyjmować różne postaci. Np. krytyczny feminizm prawniczy, który tłumaczy, iż całe dominujące pojęcie prawa i wymiaru sprawiedliwości jest skutkiem akceptacji dominujących w zachodniej kulturze fallocentrycznych (męskocentrycznych) kryteriów oglądu²⁹. Teoria postkolonialna ukazuje z kolei, jak zachodnioeuropejskie

²⁶ Por. W.Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy środkowej i wschodniej*, Warszawa 2008, s.56 i n.

²⁷ Por. P.Kaczmarek, *O przydatności postawy UZUPEŁNIJ*

²⁸ J.Derrida, J.Derrida, *Force of Law: Mystical Foundation of Authority*, Cardozo Law Review, 1989-1990, s.942.

²⁹ Por. teksty publikowane w: B.Baines, D.Barak-Erez, T.Kahana (red.) *Feminist Constitutionalism*, Cambridge 2010 (w druku).

przekonanie o prawdziwości lokalnych i przygodnych standardów wiedzy zostało narzucone innym jako prawdziwe, co staje się widoczne choćby w procesach sądowych, czy decyzjach sądów konstytucyjnych, w których w grę wchodzi wielokulturowość³⁰.

Uważam, iż postmodernizacja namysłu nad wykładnią konstytucji, a nawet postmodernizacja konstytucjonalizmu otworzyłaby tę refleksję na nowe problemy, uczyniłaby pragmatycznie bardziej użytecznym. W pewnym sensie (paradoksalnie) przywróciłaby mu status, który posiadał przed zwycięstwem modernistycznej epistemy – status filozofującej i zaangażowanej refleksji, otwartej na krytykę i uwrażliwionej na praktykę. Umożliwiłaby przez to lepsze zrozumienie kwestii, które wymykają się oglądowi przy pomocy dominującej obecnie metodologii. Może się bowiem okazać, iż dominujące kanony rodzimego konstytucjonalizmu są żółkowską naszą rzeczą, czyli bytem, który istnieje tylko o tyle, o ile jego wyznawca wierzy, iż inni myślą tak samo.

Contact – email

sulikowski@prawo.uni.wroc.pl

30 Szerzej na ten temat L.Gandhi, *Teoria postkolonialna*, Poznań 1998, passim.

PRÁVNÁ HERMENEUTIKA A JEJ SMERY

DENISA SOUKENÍKOVÁ - ŽANETA SURMAJOVÁ

Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Slovenská republika

Abstract in original language

Náuka, ktorá sa zaoberá teoretickými otázkami výkladu, sa nazýva hermeneutika. Teoretickými otázkami a metódami výkladu práva sa zaoberá právna hermeneutika. Cieľom tohto príspevku upriamiť pozornosť na právnu hermeneutiku, ktorá je s ňou často stotožňovaná. Keďže k rozvoju modernej právnej hermeneutiky prispela filozofická hermeneutika, zameriavame sa aj na kategóriu predporozumenia, ktoré je centrálnym pojmom právnej hermeneutiky. Obsahom príspevku je taktiež exkurz do jej hlavných smerov a ich stručná charakteristika.

Key words in original language

Právna interpretácia; hermeneutika; predporozumenie; smery právnej hermeneutiky.

Abstract

Science, which deals with theoretical issues of interpretation is called hermeneutic. Legal hermeneutic deals with theoretical issues and methods of interpretation of the law. The aim of this paper is to concentrate attention to legal hermeneutic, which is often assimilated with the interpretation. As the philosophical hermeneutic contributed to the development of modern legal hermeneutic, we focus also on the category of prior-understanding, which is a central concept of legal hermeneutic. The content of this paper is also excursion into her main trends and their brief description.

Key words

Legal interpretation; hermeneutic; prior-understanding; trends of legal hermeneutic.

Úvod

Interpretácia práva predstavuje širokú tému právnej filozofie i právnej teórie. Vzhľadom na dôležitosť poznania obsahu práva, a teda porozumeniu textov právnych predpisov, interpretáciou práva sa zaoberajú nielen právní teoretici, ale aj praktickí právnici, a sudcovia, ktorí svojou rozhodovacou činnosťou, a práve prostredníctvom právnej interpretácie právo dotvárajú.

Prvoradá úloha interpretácie v odbore práva je daná tým, že zdôvodňuje existenciu, či neexistenciu konkrétnych subjektívnych práv či povinností konkrétnych osôb v konkrétnych právnych situáciách a vzťahoch.¹

Právna teória sa interpretáciou práva zaoberá odpradáva a jej dôležitosť je zvýraznená tým, že právnej interpretácii sú venované samostatné časti v učebných textoch teórie práva. S prihliadnutím na súčasnú vysokú „produkciu“ legislatívnej činnosti, ktorej výsledkom sú často nezrozumiteľné a mnohovýznamové texty, je práve ich interpretácia často diskutovanou témou. Kvôli neustálej potrebe právnej interpretácie na rôznych úrovniach je nevyhnutné uvedenú problematiku ďalej rozpracovávať.

Cieľom tohto príspevku je odhliadnuc od právnej interpretácie upriamiť pozornosť na právnu hermeneutiku, ktorá je s ňou často stotožňovaná. Keďže k rozvoju modernej právnej hermeneutiky prispela filozofická hermeneutika (predovšetkým hermeneutika Hansa-Georga Gadamera), zameriavame sa aj na kategóriu predporozumenia, ktoré je centrálnym pojmom právnej hermeneutiky. Obsahom príspevku je taktiež exkurz do jej hlavných smerov a ich stručná charakteristika.

K právnej interpretácii

Skôr, ako prejdeme k samotnej právnej hermeneutike, je potrebné si niektoré pojmy, ktoré jej predchádzajú, stručne objasniť.

Pojem interpretácia pochádza z latinského slova „interpretari“, čo znamená „rozumieť“, „vysvetľovať“, z toho vyplýva aj synonymum slova interpretácia, a to výklad. Ak nazrieme hlbšie do histórie, zistíme, že interpretácia plnila na počiatku prekladateľskú funkciu a skôr bola potrebná v medziľudskom styku na dorozumievanie s odlišnými jazykovými znalosťami.

Pri definovaní pojmu právnej interpretácie sa z hľadiska významu dostávame k jej základu, ktorým je objasnenie významu a zmyslu právnej normy.

¹ Novák, F. Interpretace – „správnosť“, závažnosť, komparatistika. In *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*, 2003, s.43. ISBN 80-86432-12-2

Najstaršiu vedeckú definíciu právnej interpretácie uviedol rímsky právnik Celsus „Scire leges non hoc est, verba tenere, sed vim ac potestatem“ (Poznať zákony neznamená pamätať si ich slová, ale poznať ich silu, moc a pôsobenie.) Teda interpretácia práva je duševná činnosť, ktorá smeruje k zisteniu obsahu právnych noriem, vyjadrených v prameňoch práva.²

F. Weyr interpretáciou rozumie stručne výklad normového obsahu, ktorý predpokladá poznanie normy. Interpretáciu kvalifikuje ako činnosť intelektuálnu.³

Podľa Sedláčka interpretácia znamená predovšetkým rekonštrukciu normy z príslušných právnych prameňov a stanovenie jej obsahu.⁴

V právnej vede a praxi je interpretácia chápaná ako proces spojený s poznaním práva v súvislosti s objasnením zmyslu jazykových termínov a výrazov, používaných v normatívnych aktoch. Procesy interpretácie sú objektívne nutnou súčasťou procesov právnej regulácie.⁵

Podľa V. Knappa právna norma je ako predmet poznania výsledkom interpretácie právneho predpisu.⁶

Proces interpretácie je procesom poznávacím, teda interpretáciu môžeme chápať aj ako určitú myšlienkovú poznávaciu činnosť, pričom súčasťou právnej interpretácie je aj rovina hodnotiaca, porovnávanie objektu s hodnotovými východiskami interpreta alebo celému interpretačnému spoločenstvu.

Cieľom interpretačného procesu je dosiahnutie porozumenia interpretovaného objektu. Samozrejme nie je možné poznať objektívne konečné „porozumenie“, ale v danej situácii a za daných podmienok to možné je. Toto konečné „porozumenie“ sa označuje dvomi termínmi „význam“ a „zmysel“.

² Harvánek, J. a kolektív. *Teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008. 362s. ISBN 978-80-7380-104-5

³ Weyr, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 62.

⁴ Sedláček, A.: *Problém interpretace normy*. Praha, Englišův sborník, 1930, s. 414.

⁵ Veverka, V.- Boguszak, J.- Čapek, J. *Základy teorie práva a právní filozofie*. Praha: Codex, 1996, s. 126. ISBN 80-85963-06-X

⁶ Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 168. ISBN 80-7179-028-1

Subjektom právnej interpretácie je človek ako myslíaca bytosť, ktorá je schopná poznávania a porozumenia právnych informácií. Subjektom môže byť jednak osoba, ktorá zastáva určitú spoločenskú úlohu ako sudcovia, advokáti... a taktiež môže ísť o osoby, ktoré interpretujú právo pre svoje súkromné potreby, teda laická verejnosť.

Môžeme konštatovať, že subjektom je entita, ktorá je vybavená právnou subjektivitou, teda osoba, ktorá má spôsobilosť na práva a povinnosti.

Objekt právnej interpretácie tvoria jazykové skutočnosti, nakoľko právna komunikácia prebieha prostredníctvom znakových systémov, aj keď za každým symbolom sa ukrýva normatívny text. Primárnym objektom interpretácie v kontinentálnom právnom systéme je písané právo, ktorého jadro tvoria zákony a všeobecne záväzné právne predpisy (skúma či je dostatočná formulácia textu právnej normy, aby ju bolo možné aplikovať na konkrétny prípad). Sekundárny objekt kontinentálneho právneho systému tvoria napr. štatúty, zmluvy...

V priebehu historického vývoja právnej interpretácie sa vyvíjajú dve odlišné poňatia právnej interpretácie, pričom toto delenie je založené na celi výkladu a tým je vôľa zákonodarca alebo rozumný zmysel interpretovaného textu.

Subjektivismus: tvoria ho predstavitelia historicko-právnej školy reprezentovanej F.C.von Savignym a predstavitelia pojmovej jurisprudencie, ktorej zakladateľom bol G. Puchta. Pre týchto predstaviteľov je spoločným rysom to, že sa venujú výhradne vymedzeniu interpretácie práva a nezaoberajú sa výkladom skutkových okolností právnych prípadov. Predstavitelia tohto smeru sa pri definovaní interpretácie sústreďovali na zistenie vôle zákonodarcu.

Zájmová jurisprudencia vychádzala z pojmu účel a jej predstavitelia vychádzali z domnienky, že účel je tvorca práva a úlohou právnej interpretácie je tento účel odkrývať. Predstaviteľom tohto smeru je R. von Ihering, ktorý napísal príznačné dielo „Účel v práve“.

Objektivismus: predstavitelia tohto smeru sa od subjektivistov odlišovali najmä zmenou chápania objektu právnej interpretácie, nezameriavali sa na vôľu zákonodarcu, ale na iné kategórie ako rozumový význam textu. Taktiež rozumnosť pre nich predstavovala prepojenie práva a hodnôt. Základným princípom tohto smeru je myšlienka, že zákon má byť rozumnejší ako tvorca. Predstaviteľom bol aj G. Radbruch, nemecký právny

filozof, v ktorého dielach cítiť návrat prirodzenoprávnych teórií po II. svetovej vojne. Podľa neho interpretácia je proces domyslenia už raz mysleného. Podľa Radbrucha „Vůle zákonodárce není metodou výkladu, nýbrž cílem a výsledkem výkladu, výrazem pro apriorní nezbytnost systémově nerozporného výkladu celého právního řádu. Je proto možné konstatovat jako vůli zákonodárce to, co nikdy jako vědomá vůle autora zákona nebylo přítomno. Interpret může rozumět zákonu lépe, než mu rozuměl jeho tvůrce, zákon může být moudřejší, než jeho autor-on právě musí být moudřejší než jeho autor.“⁷

Právna hermeneutika

Náuka, ktorá sa zaoberá teoretickými otázkami výkladu, sa nazýva hermeneutika. Teoretickými otázkami a metódami výkladu práva sa zaoberá právna hermeneutika. Podľa Weinbergera je hermeneutika ako veda o chápaní a výklade ľudských prejavov zameraná na výskum jazykových prejavov a iných duchovných alebo kultúrnych produktov. Hermeneutika je učením o interpretácií.⁸ Hermeneutika je technikou a umením oznamovania, vysvetľovania a vykladania. Jej cieľom je objektívne odhalenie skutočného a správneho zmyslu textu. Tento má byť primárne zistený zo znenia a účelu textu, podmienených aktuálnymi hodnotovými predstavami.⁹ Ako však upozorňuje Doležal, pojem právnej hermeneutiky nebol a ani nie je nijako jednoznačný a taktiež predstavitelia právnej hermeneutiky netvorila „jednotný“ právno-filozofický smer.¹⁰

Korene právnej hermeneutiky spadajú do obdobia antického myslenia. Jej názov je odvodený od gréckeho boha Herma, ktorý bol nielen bohom obchodníkov a zlodejov, ale ktorý slúžil aj ako „posol bohov“, ktorý ľuďom zvestoval ich vôľu. Grécke slovo hermeneuein zahŕňa v sebe podľa Ebelinga tri roviny- vyjadrovať, vykladať, prekladať.¹¹ Hermeneutika sa

⁷ Holländer, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o, 2006, s.227. ISBN 80-86898-96-2

⁸ Weinberger, O. *Norma a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 151. ISBN 80-210-1123-8

⁹ Večeřa, M.- Gerloch, A.- Schlosser, H.- Beran K.- Rudenko, S. *Teória práva*. Žilina: Eurokodex, 2008, s. 156. ISBN 978-80-89363-21-6

¹⁰ Doležal, T. Právni hermeneutika a problematika tzv. předporozumění. In: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 71. ISBN 80-86432-12-2

¹¹ Grondin, J. *Úvod do hermeneutiky*. Praha: Oikoymenh, 1997, s. 36. ISBN 80-86005-43-7

rozdvíjala u jednotlivých duchovných disciplín, najdôležitejšia bola teologická hermeneutika, ktorá sa rozvíjala najmä pre stanovenie interpretačných pravidiel pri výklade Písma svätého a ďalšími boli hermeneutika literárna, filologická a tiež právna hermeneutika, hlavne po rozmachu exegézie právnych textov.

Ako sme už vyššie uviedli, k rozvoju právnej hermeneutiky výrazne prispela filozofická hermeneutika. Preto právna hermeneutika používa rovnaké pojmy ako hermeneutika filozofická, a to pojmy rozumenie, predporozumenie, hermeneutický kruh a hermeneutický rozhovor; pričom v právnej hermeneutike došlo k podrobnejšiemu prepracovaniu pojmu predporozumenie. Keďže kategória predporozumenia sa stala jednou zo základných kategórií rovnako filozofickej, ako aj právnej hermeneutiky, pre účely pochopenia jednotlivých smerov právnej hermeneutiky, považujeme za účelné sa týmto pojmom aspoň stručne zaoberať.

Problém predporozumenia bol predmetom záujmu mnohých autorov, najmä Gadamera, ktorý sa ním zaoberal z filozofického hľadiska. V právnej rovine k autorom, ktorý pojem porozumenia rozpracovali, patria predovšetkým Esser, Weinberger, Studnicki, Larenz a Holländer.

Podľa Weinbergera predporozumením chápeme znalosti interpretácie o predmete oznámenia a o spôsobe a podstate toho, ako interpret tento predmet chápe. Predporozumenie teda určuje postoj interpreta, jeho selektívny zreteľ a očakávanie vo vzťahu k prejavom a/alebo predmetu oznámenia. Predporozumenie je sčasti chápané ako kategoriálny rámec porozumenia, sčasti ako predvídateľný prístup k interpretovanému prejavu.¹²

Studnicki v súvislosti s pojmom predporozumenie zdôrazňuje, že je podmienené dejinnosťou nášho bytia na svete, pričom túto dejinnosť chápe ako spoločnú a individuálnu. Preto rozčlenil pojem predporozumenie na:

- a) Predporozumenie v globálnom zmysle – takto chápané porozumenie nie je individuálnou vlastnosťou interpreta, ale charakterizuje ho ako člena určitej kultúrnej spoločnosti. Toto porozumenie sa nevzťahuje na porozumenie jednotlivého textu, predstavuje všeobecnú podmienku pre porozumenie všetkých textov. Táto podmienka je daná tradíciou, t.j. interpret musí disponovať týmto

¹² Weinberger, O. *Norma a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 158. ISBN 80-210-1123-8

predporozumením, teda patriť k určitej tradícii, inak nemôže porozuomiť textu, ktorý je podmienený touto tradíciou.

- b) Predporozumenie v individuálnom zmysle – ide o konkrétne a individuálne predporozumenie interpretá. Toto predporozumenie je podmienkou, ktorá umožňuje porozumenie jednotlivého interpretá konkrétnemu textu.¹³

Podľa Holländera predporozumenie zahŕňa znalosť prirodzeného jazyka, pojmov jednotlivých oblastí práva, znalosť prameňov práva, pravidiel formulovania právnych noriem, postup právnej interpretácie, zahŕňa ale taktiež všeobecné znalosti, skúsenosti a hodnotovú orientáciu, ako aj povahu (temperament) interpretá.¹⁴

Ak si teda predporozumenie premietneme z tejto teoretickej roviny do roviny praktickej, zistíme, že problém predporozumenia sa týka všetkých subjektov aplikujúcich konkrétny právny text. To, ako bude predporozumenie pôsobiť, je závislé na konkrétnej situácii a v neposlednom rade aj na subjekte predporozumenia. V danom kontexte právna hermeneutika určuje podmienky, za ktorých istý právny text môže byť porozumený.

Smery právnej hermeneutiky

V rámci právnej hermeneutiky možno rozlíšiť štyri základné koncepcie. Každá z nich sa vyznačuje určitými špecifickými znakmi, avšak tieto koncepcie neexistujú samostatne, často dochádza k ich prekryvaniu a zmiešavaniu. Toto delenie uskutočnil Studnicki. Právna hermeneutika sa teda vnútorne typologizuje ako:

- a) Transcendentálna filozofia interpretácie – ide o Gadamerovu filozofickú hermeneutiku.
- b) Deskriptívna teória interpretácie – skúma faktický priebeh interpretačného procesu. Môže sa vzťahovať na interpretáciu ľubovoľného práva, práva určitého typu, práva určitého právneho poriadku alebo aj časti právneho poriadku.

¹³ Porov. Doležal, T. Právní hermeneutika a problematika tzv. Předporozumnění. In: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 73. ISBN 80-86432-12-2

¹⁴ Holländer, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o, 2006, s.231. ISBN 80-86898-96-2

- c) Analytická teória interpretácie – nezaujíma sa o spôsob, akým interpret dospel k porozumeniu, podstatný je pre ňu výsledok interpretácie; snaží sa nájsť faktické, alebo iné možné zdôvodnenie výsledkov interpretácie. Neusiluje sa o logické súvislosti a zdôvodnenia, na rozdiel od iných analytických teórií.
- d) Normatívna teória interpretácie – vytvára metodické pravidlá pre interpretáciu, nadväzuje na filozofickú hermeneutiku.¹⁵

Nakoľko právna hermeneutika bola ovplyvnená viacerými filozofickými smermi ako analytická filozofia, filozofia jazyka, pozitivizmus a existenciálna filozofia, môžeme v právnej hermeneutike vymedziť tri základné smery právnej hermeneutiky:

1. Hermeneutika metodologická

- bola inšpirovaná pozitivizmom v prírodných vedách 19.storočia, najvýznamnejšími predstaviteľmi boli F.D.E. Schleiermacher, W. Dilthey, bol Schleiermacherovým nástupcom, ovplyvnený najmä romanistickou hermeneutickou školou, na ktorú naviazal, a zanedbával dejinnú povahu skúseností na ktorej sú postavené humanitné vedy a pokúšal sa o ich objektivizáciu. Podľa Schleiermachera sa hermeneutika stala univerzálnou teóriou poznania duchovných výtvorov vyjadrených jazykom.

V právnej hermeneutike sa značne prejavuje aj vplyv metodologického poňatia. Medzi jej moderného zakladateľa môžeme zaradiť F.C.von Savignyho¹⁶, ktorý popísal a definoval prijímané inštrumentárium metód interpretácie práva, pokúšal sa vytvoriť ustálenú metodológiu jurisprudencie, ktorá je nezávislá, autonómna a objektívna. Savigny uviedol, že pri interpretácii je potrebné rozlišovať štyri elementy výkladu a to gramatický, systematický, logický a historický. Je nutné pri interpretácii použiť všetky štyri elementy, aby bola interpretácia úspešná. Tieto elementy sa nemôžu používať samostatne, ale len vo vzájomnom prepojení.

Metodologická hermeneutika dáva dôraz na objekt právneho rozumenia, teda na spôsob akým má k nemu interpret pristúpiť, aby

¹⁵ Porov. Doležal, T. Právní hermeneutika a problematika tzv. Předporozumnění. In: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 71-72. ISBN 80-86432-12-2

¹⁶ Niekedy je považovaný za „otca modernej právnej hermeneutiky“.

dosiahol objektívne porozumenie. Preto metodologická hermeneutika prináša hlavne vymedzenie určitých myšlienkových nástrojov interpretov práva, pričom ale neprináša konečnú modelovú voľbu správneho nástroja na určitý právny prípad.

2. Hermeneutika fenomenologická

- tento smer vychádza zo skúmania ontologických otázok, spojovaných s menom E.Husserla. Ontologický aspekt vyplýva z toho, že fenomenologická hermeneutika nehľadá metódy vedúce k správne právnemu porozumeniu, ale kladie dôraz na samotnú štruktúru právneho porozumenia.

Najvýznamnejším predstaviteľom tohto smeru bol Hans-Georg Gadamer, hermeneutiku vníma ako vedu zaoberajúcu sa rozumením. Gadamer kritizuje neokantovskú filozofiu. Podľa Gadamera subjekt je najdôležitejším prvkom rozumenia, pretože každý rozumie inak. Z toho vyplýva, že interpret vykladá niektoré skutočnosti odlišne ako autor a pritom porozumenie môže byť rovnako platné a správne v danom hermeneutickom horizonte. Podľa Gadamera právna hermeneutika plní teoreticko-praktickú úlohu. Gadamer kladie dôležitý význam na model hermeneutického kruhu, ktorý je vyjadrením vzájomného vzťahu medzi celkom a časťou, pričom čo sa skrýva za týmito slovami, je závislé vždy na konkrétnom prípade. Pokračovateľ jeho teórie bol J. Grondin, P. Ricoeur, či R. Rorty.

Fenomenologická hermeneutika kladie dôraz na rozdiel od metodologickej na subjekt právneho rozumenia.

3. Analytická hermeneutika

- sa zúžuje na otázky jazykovej analýzy a ich využitiu pri výklade textov.

Hlavnou úlohou analytickej právnej hermeneutiky je exegézia právnych textov ako jazykových prejavov s využitím filozofie jazyka a analytickej filozofie. Významnými predstaviteľmi boli G.H.von Wright, Aarnio, O.Weinberger. Práve Weinberger bol jedným z hlavných predstaviteľov tohto smeru. Právna hermeneutika, ktorú nazýva juristická hermeneutika, predstavuje pre neho aplikáciu všeobecných princípov hermeneutiky.¹⁷ Prispel taktiež k objasneniu hermeneutických kategórií,

¹⁷ Weinberger, O. *Norma a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 160. ISBN 80-210-1123-8

akými sú hermeneutický horizont, predvedenie, predporozumenie a hermeneutický kruh z pohľadu analytickej hermeneutiky. Predvedenie považuje za obsah interpretovho vedomia a nová správa prináša potvrdenie vedomostí, ich konformné doplnenie alebo rozpor. Na základe toho prebieha asimilácia v rámci vedomostí. Čím väčší je rozsah predvedenia, tým je jednoduchšie porozumenie novým prameňom informácií.¹⁸

4. Diskurzívny smer právnej hermeneutiky

- vnáša kritiku do všetkých troch predchádzajúcich smerov. Východiskom tohto smeru sa stáva diskurz, alebo argumentačná reč, ktorá obsahuje určité komunikatívne podmienky. Tento smer sa zaoberá procedurálnou stránkou, nerieši čo je pravda. Rieši aké má mať diskurz pravidlá, aby sme cez neho mohli dospieť k pravde a správnym argumentom. Hlavnými predstaviteľmi sú R. Alexy a J. Habermas. V právnej teórii sa diskurzívna právna hermeneutika považuje za kompromis, alternatívu medzi hermeneutikou vo fenomenologickom chápaní a striktné logickým poňatím interpretácie.

Z hľadiska právnej teórie dôležitosť právnej hermeneutiky vystupuje do popredia predovšetkým v oblasti interpretácie a aplikácie právnych noriem, ktoré sú obsahom právnych textov. Jej zásadný prínos podľa Doležala¹⁹ je potrebné vnímať predovšetkým v:

1. Odmietnutí subsumcie skutkovej podstaty pod normu. Norma a skutková podstata musia byť v rámci interpretácie brané spoločne, vyvíjajú sa vzájomnou konkretizáciou a navzájom sa predpokladajú.
2. Zmene pohľadu na záväznosť pravidiel výkladu. Tieto pravidlá výklad iba štrukturujú, ale nevytvárajú ho. Pravidlá výkladu neurčujú výsledok, ale sú iba prostriedkom výkladu.
3. Náhlade na použiteľnosť argumentov právnej logiky.
4. Prenesení pozornosti na problematiku tzv. scénického rozumenia, t.j. keď je popri záujme o písané texty venovaná značná pozornosť aj sudcovskému rozhodovaniu a komunikácii subjektov práva.

¹⁸ Tamtiež, s. 157.

¹⁹ Doležal, T.: Právní hermeneutika a problematika tzv. Předporozumnění. In: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 74. ISBN 80-86432-12-2

Záver

Preniknutie do podstaty právnej hermeneutiky predpokladá nie celkom jednoduché pochopenie hermeneutických kategórií, predovšetkým kategórie predporozumenia. Napriek tomu je význam hermeneutiky pri riešení niektorých otázok interpretácie nepochybný. Pri kontakte interpreta s konkrétnym právnym textom dochádza k myšlienkovému procesu, a práve tu zohráva dôležitú úlohu predporozumenie a následne porozumenie obsahu tohto textu. Aktuálnou sa stane právna hermeneutika vždy, keď je určitá časť textu nejasná. Právna hermeneutika si kladie za cieľ a odporúča, aby osoba uskutočňujúca výklad, bola v procese porozumenia schopná svojho predporozumenia a vyjadrila a zdôvodnila ho vo svojom rozhodnutí.²⁰

Literature:

- Doležal, T.: Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění. In: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. ISBN 80-86432-12-2
- Grondin, J. Úvod do hermeneutiky: Praha: Oikoymenh, 1997. ISBN 80-86005-43-7
- Harvánek, J. a kolektiv: Teorie práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008. ISBN 978-80-7380-104-5
- Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o, 2006. ISBN 80-86898-96-2
- Weinberger, O.: Norma a instituce. Brno, Masarykova univerzita, 1995. ISBN 80-210-1123-8
- Knapp, V.: Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995. ISBN 80-7179-028-1
- Novák, F.: Interpretace – „správnost“, závaznost, komparatistika. In: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. ISBN 80-86432-12-2
- Sedláček, A.: Problém interpretace normy. Praha, Englišův sborník, 1930.

²⁰ Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S.: Teória práva. Žilina: Eurokodex, 2008, s. 157. ISBN 978-80-89363-21-6

- Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S.: Teória práva. Žilina: Eurokodex, 2008. ISBN 978-80-89363-21-6
- Veverka, V, Boguszak, J, Čapek, J.: Základy teorie práva a právní filozofie. Praha: Codex, 1996. ISBN 80-85963-06-X
- Weyr, F.: Teorie práva. Praha: Orbis, 1936.

Contact – email

kovacova.denisa@azet.sk - zaneta.surmajova@centrum.sk

INTERPRETACE PRÁVA JAKO LITERÁRNÍ INTERPRETACE

MARTIN ŠKOP

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno

Abstract in original language

Lze se setkat s pohledy, které považují interpretaci práva za zvláštní druh literární interpretace. Ačkoli se v některých bodech oba interpretační postupy mohou lišit, jejich podstata je stejná – udělování významu znakům. Příspěvek se proto pokusí načrtnout základní institucionální prostředí, které zkoumá tento způsob interpretace práva, jakož i samotné možnosti uplatnění literární interpretace ve sféře práva.

Key words in original language

Interpretace; literatura; kritika práva.

Abstract

We can find approaches to law reflecting the interpretation of law as specific kind of legal interpretation. However there are some differences in methods of interpretation they are the same in essence - giving the signs the significance. The contribution will focus draw the basis institutional environment exploring this kind of interpretation of law as well as the very possibilities of exercise of literary interpretation in the sphere of law.

Key words

Interpretation of law; Literature, Critique of Law.

Hledíme-li na interpretaci práva a pátráme-li po jejím smyslu je pro nás důležitý vztah příjemce normativního textu a jeho tvůrce. Tento vztah je podstatný nejen pro pochopení toho, co interpretace je, ale také toho, jak právo ve společnosti působí. Relevantní je tak nejen normotvůrce a jeho vůle, ale také samotný příjemce textu – v našich podmínkách nejčastěji čtenář. Ba dokonce je pro existenci práva a jeho **fakticitu** mnohem důležitější onen příjemce, protože je na něm (na jeho rozhodnutí), aby právu vdechl život a začal jím poměřovat skutečnost a jednat podle něj.

Nemůžeme proto pominout **kontext**, ve kterém se příjemce – adresát – pohybuje. Ten je jedním z rozhodujících činitelů, které ovlivňují příjemce při hledání smyslu normativní věty. Na jedné straně stojí čtenář, který je vybaven zkušeností, interpretačním kontextem a pragmatickou potřebou, která jej vede k procesu interpretace a na straně druhé vystupuje autor (normotvůrce), jehož záměrem je zformovat text tak, aby adresátovi nezbyla ani nejmenší skulinka, kterou by mohl uniknout z normotvůrcova záměru –

navzdory obecnosti normativního textu. Tím vzniká napětí mezi zkušeností adresáta a něčím, co lze nazvat formálními strukturami textu.¹ Normotvůrce ve chvíli, kdy je normativní text publikován, ztrácí nad ním jakoukoli sílu a vydává jej napospas interpretaci. Normotvůrce vykonal svou práci, zbytek je podroben aplikaci. Stejně jako jakýkoli jiný autor, i tvůrce normativního textu může již jen velmi slabě ovlivnit svět, který kolem jeho textu vytvoří příjemci. V případě právního textu musí normotvůrce věnovat intenzivní péči přípravě takového textu, aby následná aplikace soudy, správními orgány, fyzickými nebo právníckými osobami byla taková, jakou zamýšlel. Každopádně již na ni nemá žádný vliv – než ten, který založil slovy textu, který je obsažen například v právním předpise.

Jak blízko zde má právo ke krásné literatuře. Jak patrná je zde souvislost mezi právem a literaturou – právo z tohoto úhlu pohledu působí zcela jako specifický druh literatury. Právo je druhem literatury. Právo je jazyk.² „Právo je v plném významu jazyk, protože je to způsob čtení a psaní a mluvení a při provádění těchto věcí je to způsob udržování kultury, převážně kultury argumentu, která má svůj vlastní charakter.“³ Můžeme sledovat, jak i mnohý spisovatel se brání desinterpretaci svého díla, můžeme vidět, jak kolem mnoha děl spisovatelů dávno mrtvých vzniká kult a snad i svět, jeho vytvoření se sotva dá vytušit jenom ze slov literárního díla. A uvažovat zde o záměru autora je pak již jen velmi imaginární – je-li mrtvý, slyšet nelze, je-li živý, jeho názor je vyslovován velice tiše. Autor nemusí dokázat žít mimo své dílo. Hledání významu v místech, kde žádný není, kombinování a vytváření až spikleneckých teorií, to je také součást literatury. A ano, snad i součástí práva – pouze s tím rozdílem, že v tomto případě se tváříme, že nevyhnutelně jednáme objektivně a metodologicky správně. I tak ale lze nalézt vztahy, které normotvůrce nezamýšlel, ale které jsou spojeny s jeho textem.

*"K objevení Uqbaru mi dopomohla konjunktce zrcadla a encyklopedie. Zrcadlo znepokojovalo konec chodby ve vile v Gaonově ulici v předměstské čtvrti Ramos Mejía. Encyklopedie má ošidný název The Anglo-American Cyclopedia (New York 1917) a je doslovným, ale také nedbalým přetiskem Encyclopedia Britannica z roku 1902."*⁴

Hříčka, kterou Jorge Luis Borges rozehrává, se otevírá Britskou encyklopedií. Jistě nebylo záměrem jejich tvůrců působit na objevení místa Uqbar. Zvláště, když Borges používá celou řadu důkazů, které vyvolávají dojem snad až spiknutí a chyb, které vznikly snahou toto místo odstranit z lidské paměti. Paradoxně, tvůrci encyklopedie jistě nezamýšleli působit

¹ Fish, S. Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities. Cambridge : Harvard University Press, 1980, str. 2.

² White, J. B. The Legal Imagination. London : University of Chicago Press, 1985, str. xiii.

³ White, J.B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 415.

⁴ Borges, J.L. Nesmrtelnost. Praha : Hynek, 1999, str. 89.

tímto směrem. Jistě, je pošetilé dávat literatuře význam normativního textu, zvláště, pokud – jako v tomto případě – se jedná o fikci. Ale I například Umberto Eco se k jádru svého příběhu Foucaultovo kyvadlo přibližuje prostřednictvím literatury – aniž by se ptal na to, zdali to její autor skutečně jejím sepsáním zamýšlel. Jiný autor, přes svůj záměr, zapříčinil vznik celého světa obepínajícího jeho dílo. Franz Kafka nezamýšlel se svým dílem nic jiného, než naprosté zničení. To, co potom vzniklo, je jistě něco, co být snad ani nemuselo. Včetně mýtů, které i samotnému autorovi začaly kolovat.

Podobně lze interpretovat i interpretaci v právní sféře. Ústavní soud v nálezu III. ÚS 671/02 ze dne 16. ledna 2003 uvádí: *"Ze srovnání znění ustanovení § 2 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím, ve znění zákona č. 39/2001 Sb., a důvodové zprávy k zákonu č. 39/2001 Sb. lze tudíž dovodit toliko ten závěr, že bylo účelem zákonodárce mezi subjekty povinné poskytovat informace a označené termínem "veřejné instituce hospodařící s veřejnými prostředky" podřadit rovněž Českou televizi a Český rozhlas; jelikož ale předmětné ustanovení nebylo doplněno výslovně o subjekty "Českou televizi a Český rozhlas", nýbrž o obecně vymezenou množinu "veřejných institucí hospodařících s veřejnými prostředky", z této skutečnosti pak plyne závěr, dle něhož do této množiny subjektů kromě České televize a Českého rozhlasu patří všechny subjekty naplňující definiční znaky pojmu "veřejné instituce hospodařící s veřejnými prostředky"."*

Adresáty – jak deklaruje Ústavní soud – nezajímá, co normotvůrce zamýšlel. Nedokáže to objektivně a s dostatečnou jistotou zjistit – relevantní je pouze text. Normotvůrce může omezit, co příjemce s textem učiní. Jeho nástrojem je v tomto ohledu pouze samotný text. Nic jiného k dispozici nemá, leda by popřel principy demokratického právního státu. Velice blízko je zde pozice subjektu právní interpretace tomu, kdo interpretuje drama nebo notový zápis. Nemá k dispozici nic jiného, pouze zápis.⁵ Přesto je nucen předvést v živém vystoupení hudbu či divadelní hru. Je nucen vložit do procesu přípravy své vize a svou interpretaci. Nejinak je na tom ten, kdo interpretuje právní text. Nemá nic jiného než tento text a z něj je vy budovat pokyny, jak se v určitých situacích chovat. Je na subjektu, aby v textu našel účely, ke kterým má daná právní úprava sloužit. Ovšem pouze v mezích, které mu dává interpretovaný objekt. Ota Weinberger v této souvislosti poznamenal: *„Je žádoucí [...], abychom představily, které máme o účelu práva (jeho jednotlivých ustanoveních) dokládali na pozitivním (platném) právním materiálu.“*⁶ Nemáme nic jiného k dispozici.⁷

⁵ Balkin, J.M., Levinson, S. Interpreting law and music: Performance notes on „The banjo serenader“ and „The Lying crowd of Jews“. *Cardozo Law Review*, 1999, roč. 20, str. 1513 - 1572.

⁶ Weinberger, O. Norma a instituce. Úvod do teorie práva. Brno : Masarykova univerzita, 1995, str. 165.

Ani v právu ani v literatuře nejsme schopni hovořit o ztotožnění popisu, který zamýšlel autor, a popisu, který si s toho odnesl čtenář. O tom nám dosti napovídá nejen literární teorie, ale i doslov, který Hermann Hesse připojil ke svému románu „Stepní vlk“. „Literární díla se dají chápat i nechápat různým způsobem. Ve většině případů není autor díla instancí, jíž náleží rozhodovat o tom, kde čtenář přestává chápat a začíná rozumět. Nejedna autor již našel čtenáře, jimž bylo jeho dílo jasnější než jemu samému. Navíc mohou být podle okolností nedorozumění i plodná.“⁸ Hesse se vzdává pokusů usměrnit čtenáře k tomu, aby Stepnímu vlkovi porozuměli, jak on zamýšlel. Ty pokusy jsou marné od samého začátku. Podobně je na tom i normotvůrce. I on je vystaven svodům dát adresátům jasné pokyny, jak se chovat. Přesně vyjádřit meze jejich vztahů a jednání. K tomu má však velmi omezené nástroje a musí proto nechat adresáty manipulovat s jeho výtvoř, jak se jim zamane.

Pokud akceptujeme to, že právo lze interpretovat stejnými postupy, jako se interpretuje literatura, pak můžeme využít techniky interpretace práva z jazykového pohledu, avšak mnohem širším způsobem, který připomíná další metody interpretace práva. Tím vlastně zjistíme, že aniž bychom to považovali za nutně zřejmé, obvykle ti, kteří chtějí právo interpretovat, k němu přistupují jako k textu, jako k literatuře. Právo a právní kultura tak v sobě zahrnují postupy, které je nevědomky řadí vedle dalších literárních žánrů. Je to proces, který vyžaduje rozhodování a tvůrčí přístup.⁹ Stále však nezapomínejme, že tento přístup je ryze demokratický, neboť každý je oprávněn v textu hledat souvislosti dle své zájmu a uvážení, dle své potřeby. Normotvůrce již není schopen regulovat tyto interpretace a omezuje se pouze na vydání závazného obecného textu. Nikoli na jeho aplikaci v konkrétním případě. Procesy, které následují, už nejsou v kompetenci tvůrce. Pouze na okraj zde lze podotknout, že pak mohou nastoupit mechanismy, které rozebírají např. Berger a Luckmann.¹⁰

1. TEXTUALISMU NAVZDORY

Textualismus lze charakterizovat jako teorii „interpretace právních předpisů, která zdůrazňuje dělbu státní moci, a proto odmítá, aby soudci pod různými záminkami ignorovali, že zákonodárce něco explicitně stanovil,

⁷ Rovněž k tématu viz Holländer, P. Ústavněprávní argumentace – ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha : Linde, 2003, str. 31.

⁸ Hesse, H. Stepní vlk. Praha: Argo, 2009, str. 248.

⁹ White, J.B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 415.

¹⁰ Berger, P.L., Luckmann, T. Sociální konstrukce reality. Brno : Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999.

*a aby si tak sami hráli na zákonodárce.*¹¹ Tento důvěřivý přístup nepochybně směřuje ke ztotožnění normotvůrce s právem a nehodlá respektovat interpretaci nad rámec textu. S tím lze souhlasit: normotvůrce je zde skutečně od toho, aby vytvářel právo a vtěloval jej do textové podoby. Navzdory tomu, však nemůžeme zapomenout, že pak již opravdu nad ním ztrácí moc. Nedokáže kontrolovat, zda text se interpretuje skutečně tak, jak zamýšlel. Můžeme proto zůstat zcela pohlčení v textu, který máme v aplikaci práva interpretovat. Avšak hranice tohoto textu jsou vždy natolik volné, otevřené a nejasné, že interpretující subjekt svázat prostě nelze. Textualismu navzdory je každý svým vlastním normotvůrcem, byť v hranicích daných normotvůrcem. Opačný názor by zcela popíral vůli interpretujících subjektů.

Stejně v právu, jako v literatuře se lze setkat s **originalismem**, či originalistickým přístupem k textu, nebo s prostým jazykovým výkladem. V případě originalismu zkoumáme záměry normotvůrce, které měl ve chvíli tvorby právní normy. Frederick Schauer definuje originalismus takto: „*Nařizovací jazyk má být chápán prostřednictvím odkazů na doklady o skutečném, současném duševním stavu toho, kdo zkoumaný jazyk vytvořil.*“¹² To, co nás zajímá, je tedy tvůrce a jeho mysl. Již Savigny vnímá slovo – jako předmět gramatické metody výkladu – jako médium, jímž se mysl normotvůrce přenáší do mysli adresáta. „*Objektem gramatického výkladu je slovo, které je médiem, kterým mysl normotvůrce přechází do naší.*“¹³ Obvyklé výtky, které směřují vůči originalismu (jak v právu, tak v literatuře) uvádějí obtíže metodologické, případně nedostatky ve schopnosti porozumět autorovi z jiného společenského a kulturního prostředí. V případě normotvůrce se však můžeme dostat do situace, kdy tvůrce již dávno neexistuje. Rekonstruujeme jeho vůli či aktualizujeme jeho vůli, jako by stále existoval a snažíme se porozumět právním textům minimálně s ohledem na to, proč je současný normotvůrce nezrušil. Argumenty, které tento přístup používá „*čelí nikoli pouze obtížím při vysvětlování, proč by nás měly ovlivňovat záměry lidí, kteří jsou již dlouho mrtví, a kteří pocházejí z odlišného sociálního světa, ale také, a snad i podstatněji, obtížím spojeným se zjišťování cílů určitého spolčení jednotlivců a institucí, kteří jsou nezbytní pro to, aby vtiskli právní platnost Ústavě.*“¹⁴ Tyto nesnáze významně diskvalifikují takovýto pietní přístup k textu, ať již se jedná o text právní nebo o báseň. Do obou se interpretací pokoušíme vtisknout jakýsi význam, avšak rigorózním lpěním na záměrech

¹¹ Sobek, T. Argumenty teorie práva. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, str. 283.

¹² Schauer, F. Defining Originalism. Harvard Journal of Law and Public Policy. 1995, str. 343.

¹³ Savigny, F.C. System of the Modern Roman Law. Madras: J. Higginbotham, 1867, str. 172.

¹⁴ Levinson, S. Law as Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 379.

autora jsme příliš svázáni. Objektivizovat náš předpoklad, co autor skutečně zamýšlel je opravdu obtížné.

Stejně, jako může být nedostatkem vyjít pouze z prostého významu slov nehledíc k jejich systémovému řazení a k jejich logickým vazbám, můžeme i v případě originalismu dospět k řešení, které je nesmyslné, a které je navíc nepoužitelné v naší situaci. Vždyť ta může být velmi vzdálená situaci tvůrce. Právo – v čemž můžeme najít určitou odlišnost od literatury – je přeci jen obvykle koncipováno jako obecný zdroj pravidel, která mají být používána na časově neohrazenou dobu v budoucnosti. Posun významů, společného kontextu atp. je tím, co může měnit naši interpretaci. Vidíme, že originalismus je schopen zničit nejen literární dílo, ale přímo zabít právní normu. Příkladem, který podporuje tento přístup je paradoxně limitování významu jazykového výkladu. Tento výklad je velmi omezený stejně jako v případě literatury. I tam se musíme soustředit na to, co je takřikajíc "za textem". Připomeňme, že se dotýkáme postupu, který nebývá plně akceptován – totiž že skutečným tvůrcem textu je až příjemce, čtenář, a nikoli ten, koho jsme navykli označovat jako autora. „Význam je tvořen spíše, než že by byl objeven, ačkoli zdroj tvůrčí energie je určitá komunita, v rámci které se nalézáme.“¹⁵ Jen připomeňme, že se opět nejedná o nic, co by mělo za cíl narušit právní text a v oblasti práva zavést hodnoty nihilismu a anarchie, ale text otevřít a vyloučit pokusy o nalezení konečnosti interpretace. Je to opětovná snaha být pokorný vůči textu samotnému s ohledem na toho, kdo jej interpretuje.

Právu je zde velmi podobná poezie. Přestože jazyk je v obou případech naprosto odlišný a odlišný je i cíl, za kterým jsou vydávány, v básni jakož i v normativním textu se zrcadlí oddělení tvůrce od textu a následně podmíněnost čtení textu čtenářem. Evokovat pocit, nebo evokovat pravidlo jsou záměry, se kterými tvůrce přistupuje k tvorbě textu (básně, předpisu). Když Alan Badiou rozebírá otázku subjektu, nemůže pominout Stephana Mallarmé: „*Vyvolávat, se záměrem neurčitosti, němý objekt, užívaje narážky, někdy přímo redukuje všechno na úroveň ticha, je úsilí velmi blízké tvorbě.*“¹⁶ Ale jako v poezii potřebujeme i v právu klíč k nalezení významu. Klíč, který nám napomůže v interpretaci. Hledání takového kódu je nepochybně součástí procesu interpretace práva.

2. KULTURA JAKO KLEC

Tím, co nás omezuje v otevřeném přístupu k právnímu textu je v tomto případě právní kultura (či kultura obecně vzhledneme-li obecně k literatuře), která nás omezuje v postupu interpretace. Otázkou, kterou si v této souvislosti klademe, je zda nám text sám o sobě dává jakási omezení, jakési návody na to, jak jej interpretovat. White sám vystupuje proti přílišnému

¹⁵ Levinson, S. Law as Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 383.

¹⁶ Badiou, A. Theory of the Subject. London: Continuum, 2009, str. 72

determinismu. Dle jeho soudu v textu nacházíme až příliš nejistých a obecných prvků, bez ohledu na to, zda se jedná o právní text nebo o text krásné literatury. Vzhledem ke svému umírněnému přístupu je však také dalek toho konstatovat, že by text sám o sobě byl zcela prostý významu. Spíše se přiklání k tomu, že text vytváří kolem sebe jakousi komunitu a tím omezuje své možné interpretace. Již výše jsme uvedli Bergera s Luckmannem¹⁷, použit lze však také teorie Louise Althussera¹⁸ či Michela Foucaulta. Ve všech těchto případech je interpretující subjekt vydán mechanismům, které potlačují jeho svobodu při volbě interpretačních východisek, a tím determinují interpretaci samotnou. Jak podotýká Foucault, a jak se plně projevuje v právním diskursu: „... v každé společnosti je produkce diskursu současně kontrolována, vybírána, organizována a předělována určitým počtem procedur, jež mají za úkol odvrátit jeho moc a nebezpečí, zvládnout jeho nahodilý výskyt, uklidit z cesty jeho těžkou, obavu vzbuzující hmotnost.“¹⁹ Nejinak musí fungovat procedury omezování diskursu také v právu a právní vědě.

Shrneme-li, co jsme uvedli výše, pak to, co omezuje interpretaci je způsob, jakým daná komunita určitý výklad akceptuje, či nikoli. Toto omezení přitom není dáno pouze samotným textem, ale promítají se do něj další prvky, které z normativního textu vytvářejí součást společnosti a kultury. V tomto bodě se dostáváme blízko k sociologickým pojetím práva a zejména právní vědy. Právní věda se pak stává – stejně jako jakákoli jiná disciplína – způsobem, jak interpretující subjekty omezit v možnostech interpretace textu. Některé interpretace jsou považovány za přijatelné, některé za špatné, jiné za směšné atp. Svou roli v tomto označování však text sám o sobě hraje velmi málo. Podstatné je, jak celá komunita – v našem případě právní komunita – na takovou interpretaci pohlíží, a jaká autorita je schopna ji zaštitit. Text sám o sobě ustupuje do pozadí. Tento rys není však pouze negativní v tom smyslu, že ustupujeme od objektivnosti interpretace směrem k jejímu nutně subjektivnímu založení, ale nabízí i pozitiva ve smyslu vývoje textu a přes konservativnost blízkou právnímu prostředí představuje dynamickou složku právního textu.

Interpretace je vždy individuální. Vztahuje se k individuálnímu případu a je prováděna individualitami, z nichž každá se liší minimálně svým předveděním či předporozuměním. V ideálním případě by nebylo lze zajistit, aby každý výsledek interpretace nebyl zcela odlišný. Text sám na to nestačí. Proto je působení kultury vhodné a ovlivňuje jednotné chápání a vnímání významu textu. Vytanou-li tam přesto jakési rozdíly, pak je podle

¹⁷ Berger, P.L., Luckmann, T. Sociální konstrukce reality. Brno : Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999.

¹⁸ Althusser, L. Essays on Ideology. London: Verso, 1984.

¹⁹ Foucault, M. Diskurs, autor, genealogie. Praha: Svoboda, 1994, str. 9

James B. Whitea nutné tyto rozdíly spíše oslavovat, než je kritizovat a zatracovat.²⁰

Tím se nám rýsuje poněkud pozměněná definice práva, než jsme o ní pojednali výše. Podle Whitea se nyní nejedná o „*sadu příkazů či pravidel, byť se skupinou opětovně ustavitelných principů a hodnot za nimi, ale jako kulturu argumentu a interpretace prostřednictvím operací, kterými pravidla získávají svůj život a konečný význam.*“²¹ K definici práva proto můžeme přistoupit teprve s ohledem na kulturu, ve které se právo uskutečňuje a prostřednictvím které získává svůj význam. Nejedná se pouze o text, ale o význam textu, který vyvstává v souvislosti s kulturou. A i snad proto lze právo a zejména právní vědu vnímat nikoli jako vědu v pravém slova smyslu, ale spíše jako rétorické umění, které spočívá v tom, předat někomu jinému určité významy textu a přesvědčit jej o specifickém čtení textu.²² Proto můžeme právo přibližovat více literatuře, neboť obojí je uměním a obojí se věnuje textu. Opět tedy můžeme uzavřít tím, že právo je umění.

Zasazením čtenáře²³ do kontextu, ve kterém se pohybuje a jehož pravidla a hodnot musí sdílet s ostatními, se současně odbourává subjektivismus. Rozhodující význam zde bude mít komunita, ve které se čtenář pohybuje, či chce pohybovat. Proto stejně jako kvalitu literárního díla rozpozná teprve čas a schopnost díla přežít většinový vkus určitou dobu²⁴, stejně tak tyto prvky hrají rozhodující úlohu v procesu uznání komunitou jakožto základu legitimacy právních institutů. Kolektivní rozhodnutí zařadí dílo mezi literaturu stejně, jako kolektivní rozhodnutí justice určí, co skutečně je a co není právo.²⁵ V obou případech se setkáváme se společností, jejíž pravidla, sdílené hodnoty a další prvky determinují výslednou interpretaci. Člověk a jeho zkušenost jsou sice schopni rozbít text a vytěžit z něj libovolnou interpretaci, ale nikdy se jim to nepodaří.

²⁰ White, J.B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 436.

²¹ White, J.B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 436.

²² White, J.B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. Texas Law Review, č. 3, 1982, str. 437.

²³ Fish, S. Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities. Cambridge : Harvard University Press, 1980, str. 4.

²⁴ Orwell, G. Lear, Tolstoy, and the Fool. http://www.george-orwell.org/Lear_Tolstoy_and_the_Fool/0.html [staženo 21. 9. 2009]. Podobně také Posner, R.A. Law and Literature: A misunderstood relation. Cambridge : Harvard University Press, 1988, str. 71.

²⁵ Ball, M.S. The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater. Stanford Law Review, č. 1, 1975, str. 109. Ball v této souvislosti zmiňuje rozhodnutí Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

3. LZE BÝT OBJEKTIVNÍ?

Při vztahu práva a literatury vystupuje do popředí problém objektivit. Literární interpretace bývá označována jako subjektivní, ač i zde působí mechanismy její objektivizace. Jinak by literární věda nemohla být vědou. Vztah subjektu a objektu je podstatný v obou případech – v literatuře i v právu. Podle Owena M. Fisse²⁶ můžeme v extrémním, případě dospět k závěru, že pokud budeme prosazovat myšlenku o nekonečnosti možností interpretace jakéhokoli textu, budeme k němu přistupovat nihilisticky a popřeme jakoukoli snahu o komunikaci a porozumění. Fiss se sám řadí k těm, kteří přijímají možnost otevřít text naprosto jakékoli interpretaci, avšak stanovuje vůči tomuto postupu výhrady. Tím odlišuje literární interpretaci – která je neomezená, a právní – která by měla omezená.

S tímto přístupem lze souhlasit, avšak absolutní otevření textu je nutno chápat jako iluzorní a teoretickou možnost. Ani teoretická možnost neznamená, že prakticky by takový postup dospěl k jakémukoli relevantnímu výsledku. V případě textu se Fiss domnívá, že interpretace směřující k otevření je příliš ovlivněna literaturou, a svůdností myšlenka chápání práva jako politiky. Přestože tím buduje obranu zejména proti hnutí Critical Legal Studies, které prosazuje chápání práva jako politiky, pracuje v tomto případě s ideálním, obrazem, jehož napadení není až tak komplikované. Právo může být uměním, ale nemělo by být chápáno jako politika.

Pro takové chápání otevřené interpretace tedy Fiss postuluje termín nihilismus. Dle něj se jedná o přístup, kdy *„existuje jakýkoli počet možných významů [a] interpretace spočívá ve zvolení jednoho z těchto významů, přičemž v této selekci soudce nevyhnutelně vyjadřuje své vlastní hodnoty.“*²⁷ Patrný je zde příklon jak k právnímu realismu, vnímajícímu primát do jisté míry subjektivních hodnot pro proces soudního rozhodování, tak k neohrazenosti možností, jak může soudce nejen interpretovat normativní ustanovení, tak rozhodnout případ. Otázkou ovšem zůstává, proč bychom po takovém pojetí nemohli vnímat právo jako politiku.

Vzhledem k tomu, že Fiss přijímá tezi absolutního otevření textu a současně směřuje k žádoucímu omezení potenciálu interpretace, sleduje množné meze interpretace. Soustředí se na disciplinační postupy, které zapřičiňují přijatelnost určitých výsledků interpretace a přiznávají jim status správnosti. Je zde patrná určitá inspirace Michelelem Foucaultem a jeho pojetí disciplinace.²⁸ Pohybujeme-li se v prostředí právní vědy, pak je zřetelné, že již v procesu právního vzdělávání jsou určité postupy přijímány, zatímco

²⁶ Fiss, O.M. Objectivity and Interpretation. Stanford Law Review, č. 4, 1982, str. 739 – 763.

²⁷ Fiss, O.M. Objectivity and Interpretation. Stanford Law Review, č. 4, 1982, str. 741.

²⁸ Foucault, M. Dohlížet a trestat: Kniha o zrodu vězení. Praha : Dauphin, 2000.

jiné jsou odmítány. Stejně tak, určité bariéry konstruuje samotný jazyk a způsoby jeho používání. Procesy ospravedlňování určitých postupů mohou čerpat jak z racionálního přístupu, tak ze sféry přijetí autorit. Vrátime-li se k pojetí interpretace jako vztahu mezi textem a subjektem, pak tím, co je determinováno, nebude text sám o sobě, ale subjekt, který je pomocí pravidel a vhodných postupů limitován v dosažení přijatelného výsledku. Projevuje se tím nemožnost absolutního otevření textu v praxi. Nejenže by nebyl možná jakákoli domluva, celý systém, na kterém je založena lidská společnost, by se rozplynul. Obavy z otevření textu jsou proto opravdu pouze teoretické.

Na rozdíl od Whitea, Fiss nepracuje s kontextuálním omezením textu. Dle něj je významným limitem interpretace realita.²⁹ Právní texty se musí vztahovat vůči realitě, a tím pádem tato jejich jediná možná přítomnost musí reflektovat skutečný svět – což vylučuje v případě literární interpretace. Soudce se vždy pohybuje v reálném světě a jeho interpretace má dopady do tohoto světa. Fiss předpokládá, že pokud opustí tento rámec, začne postrádat autoritu, která je s právem nezbytně spojena a jeho interpretace nebude relevantní. Otázkou v této souvislosti zůstává, zda opravdu je omezujícím prostředím realita, či skutečně komunita, v níž se soudce pohybuje. Lze totiž předpokládat, že soudce může vystavit rozhodnutí zcela nezávisle na realitě, ale jeho přijetí komunitou (soudců, právníků) zajistí autoritativnost takové interpretace. Přestože by soudce v takovém případě vystupoval jako ten, kdo realitu konstruuje, místo toho, kdo ji popisuje, je takový případ možný a Fissova orientace směrem k realitě by se ukázala jako nesprávná.

I přes subjektivní přístup bude interpretace vždy stížena pravidly společnosti, a proto do určité míry objektivní. Interpretační postupy neplynou z textu, ale naopak jsou do textu vnášeny již při (případně před) čtením.³⁰ Společnost, ve které se čtenář – adresát – pohybuje, zajistí dostatečnou objektivitu interpretace. Nelze pochybovat o tom, že by snad takováto společenská vazba interpretace k textu nebyla subjektivní. Společnost je složena z mnoha zájmů, není přísně racionální či logická a má své vášně, touhy a další subjektivní prvky. Na druhou stranu však také nemůže být subjektivní, neboť tato vlastnost je vyhrazena pouze individuu.³¹ Opět se k nám vrací hodnoty, které, jsou-li akceptovány společností a pevně v ní zakořeněny, ovlivňují výsledek interpretačního procesu. K jejich poznání nám však často nestačí pouze právní texty. Pro jejich skutečné poznání je nepochybně nezbytné vstoupit i do sféry krásné literatury. V každém případě se však ukazuje, že text nebude rozmetán ani v případě použití dekonstrukce, ani v případě přesunutí autorství na čtenáře.

²⁹ Fiss, O.M. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, č. 4, 1982, str. 746.

³⁰ Viz Fish, S. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge : Harvard University Press, 1980, str. 13.

³¹ Fish, S. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge : Harvard University Press, 1980, str. 14.

Kreativita a uvolnění fantazie čtenáře, které nabízí dekonstrukce, se pouze přizpůsobí zvnitřněným pravidlům a výsledek bude plně korespondovat s tím, co společnost vyžaduje. V tomto zjištění se také skrývá ona kritika – cílem není narušit zažitá postupy, ale pouze je vykreslit v co nejpodrobnější podobě. Nejde tedy o to vnutit člověku svobodu za každou cenu, pouze jej upozornit na jeho společenskou podmíněnost.

Z omezování možných významů textu plyne i spojení práva a politiky (v širším smyslu). Pouze uznané důvody mohou podmínit interpretaci a být vodítkem pro nalezení relevantní právní normy, či jakéhokoli normativního obsahu. Vzhledem k systematickému uspořádání společnosti a právního systému se tak lze setkat i s odkazem na přirozené právo, spravedlnost, či dobro.³² Pojmy jako dobro a spravedlnost také podléhají interpretaci, leckdy z politických hledisek.³³ Ovšem právě ona hierarchická systematická vede k závěru, že obsah těchto pojmů je sjednocován podle mínění nejvyšších soudních institucí. Nedomnívám se, že by tyto subjekty byly zcela svobodné ve svém rozhodování, ale také jsou podmíněny politickou kritikou, a částečně i kritikou odborné veřejnosti. Avšak jejich činností je také naplňovat tyto pojmy obsahem – dobro je pak to, co konstatuje tento subjekt. Nikoli v obecné rovině, ale především v rovině právní, což je pro interpretaci práva dostatečné.³⁴

4. A PŘECE NENÍ PRÁVO JAKO LITERATURA

Vzhledem k takové pozici významů v právu – ve světě, který kolem nás a s naší pomocí právo vytváří – je nepochybné a jednoduše představitelné, že panuje boj o to, kdo vytvoří a zejména definuje významy. Boj o určení významu právních pojmů a významů právních sdělení obecně charakterizuje právní kulturu. Ten, kdo je opanuje, ovládá nejen právo, ale vzhledem k povaze působení práva na své okolí, také prostředí, do kterého je právo zasazeno. Proto jsou interpretace práva či právní hermeneutika, které se podílejí na naplňování norem významy a umožňují jim ovlivňovat společenskou realitu, spojeny s určitými problémy, které proti sobě staví ty, kteří s právem nakládají, a ty, kteří z toho chtějí těžit a nebo chtějí sami

³² Viz spor mezi iusnaturalistickou a iuspozitivistickou doktrínou. V této souvislosti lze poznamenat, že např. dle Oty Weinbergera „přirozenoprávní nauky neskýtají žádní zvláštní výhody pro právní argumentaci“. Weinberger, O. Norma a instituce. Úvod do teorie práva, Brno: Masarykova univerzita, 1995, str. 60.

³³ Např. Zamboni, M. Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory. Heidelberg: Spring Verlag, 2008, str. 6.

³⁴ Velmi působivě vyznívá vzájemné ovlivňování přírodovědců nebo historiků a právníků při interpretaci důkazů. Peter Burke k tomu poznamenává: Někteří historikové o sobě prohlašovali, že píšou se soudcovskou nestranností, například Gottfried Arnold ve svých Nestranných dějinách církve a kacířů (1699 – 1770).“ Burke, P. Společnost vědění. Od Guttenberga k Diderotovi. Praha: Karolinum, 2009, str. 235.

právo, či alespoň ty, kteří jim disponují, ovládat.³⁵ V tomto směru se Robert Cover silně opírá o teorii sociální konstrukce reality. Definice, které nám umožní lépe poznat okolní svět a zdůraznit v něm určité prvky, také umožní, že se s tímto světem může manipulovat pouze ve smyslu daných definic.

„Slovy zákona“ ovládáme skutečný svět a podřizujeme jej utopickým ideálům. Všimněme-si, že podstatné nejsou samotné právní texty – právní předpisy, smlouvy, rozhodnutí, ale vyprávění, která je obepínají a uvádějí do skutečného života. Tato vyprávění Cover popisuje částečně jako mýty, jejichž cílem je propojit normativní svět se světem materiálním. „Mýtus je část reality, kterou vytváříme a vybíráme si, abychom si zapamatovali a mohli znovu opakovat.“³⁶ Je to velmi blízké tomu, jak mýtus chápe Roland Barthes, pro něhož je mýtus v první řadě promluvou. Mýtus podle něj „přeměňuje dějiny na přirozenost.“³⁷ To, co po mýtické transformaci považujeme za přirozenost je tím, co si snáze zapamatujeme a co můžeme snadněji sdělovat. Okolní svět se přizpůsobuje přirozeně chápaným právním pravidlům.

A v tomto bodě je snad patrná odlišnost mezi interpretací práva a literatury. Literatura se nevěpisuje primárně do lidských těl, životů, osudů, majetků ... Právo ano. Cílem práva je zasáhnout ještě více a plně si podmanit své adresáty. Proto při jeho interpretaci musíme dle Covera dbát na to, abychom si uvědomili tyto dopady. Byť právo pro ty, kteří se jím profesionálně zabývají, pouze hra, která se jich nedotkne, měli by si být vědomi tíživých důsledků, které tato hra má pro jiné. Přestože tedy lze právo interpretovat jako literaturu, neboť právo je součástí literatury a platí zde mnoho z toho, co literární vědě, nesmíme opomenout bolest, kterou právo může přinést.

Literature:

-

- Althusser, L. *Essays on Ideology*. London: Verso, 1984.
- Badiou, A. *Theory of the Subject*. London: Continuum, 2009.
- Balkin, J.M., Levinson, S. *Intepreting law and music: Performance notes on „The banjo serenader“ and „The Lying crowd of Jews“*. *Cardozo Law Review*, 1999, roč. 20, str. 1513 - 1572.

³⁵ Viz Cover, R. *Foreword: Nomos and Narrative*. *Harvard Law Review*. 1983, č. 4, s. 6.

³⁶ Cover, R. *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*. *Capital University Law Review*. 1985, č. 1, s. 190.

³⁷ Barthes, R. *Mytologie*. Přeložil Josef Fulka. Praha : Dokořán, 2004, s. 128.

- Ball, M.S. The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater. *Stanford Law Review*, č. 1, 1975.
- Barthes, R. *Mytologie*. Praha: Dokořán, 2004.
- Berger, P.L., Luckmann, T. *Sociální konstrukce reality*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999.
- Borges, J.L. *Nesmrtelnost*. Praha: Hynek, 1999, str. 89.
- Burke, P. *Společnost vědění. Od Guttenberga k Diderotovi*. Praha: Karolinum, 2009.
- Cover, R. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, 1983, č.4.
- Cover, R. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. *Capital University Law Review*. 1985, č. 1, s. 190.
- Ecco, U. *Lector in fabula. Role čtenáře aneb Interpretační kooperace v narativních textech*. Praha: Academia, 2010.
- Fish, S. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Fiss, O.M. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, č. 4, 1982, str. 739 – 763.
- Foucault, M. *Dohlížet a trestat: Kniha o zrodu vězení*. Praha: Dauphin, 2000.
- Hesse, H. *Stepní vlk*. Praha: Argo, 2009.
- Holländer, P. *Ústavněprávní argumentace – ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003.
- Levinson, S. Law as Literature. *Texas Law Review*, č. 3, 1982.
- Orwell, G. *Lear, Tolstoy, and the Fool*. http://www.george-orwell.org/Lear,_Tolstoy_and_the_Fool/0.html [staženo 21. 9. 2009].
- Posner, R.A. *Law and Literature: A misunderstood relation*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

- Savigny, F.C. *System of the Modern Roman Law*. Madras: J. Higginbotham, 1867.
- Schauer, F. *Defining Originalism*. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 1995.
- Sobek, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008.
- Weinberger, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1995.
- White, J. B. *The Legal Imagination*. London: University of Chicago Press, 1985.
- White, J.B. *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*. *Texas Law Review*, č. 3, 1982.
- Zamboni, M. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Heidelberg: Springer Verlag, 2008

Contact – email
skop@law.muni.cz

INTERPRETÁCIA PRÁVA A PRÁVNY JAZYK

MARTA TÓTHOVÁ

Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok pojednáva o otázkach právneho jazyka v procese interpretácie práva. Venuje sa najmä základnej charakteristike jazyka práva, jeho členeniu, funkciám a požiadavkám, ktoré sú naň kladené. Zaoberá sa aj problematikou cudzojazyčných právnych textov a ich interpretáciou a tiež aj otázkou prekladov v rámci práva Európskej únie a mimo neho.

Key words in original language

Právny jazyk; právnický jazyk; paradox právneho jazyka; preklad právnych textov.

Abstract

The text deals with the problem of legal language in the process of interpretation of law. It deals especially with the basic issues of the language of law - its nature, its functions and requirements. It shows also some problems connected to the translation of the legal texts in the law of European Union and beyond it.

Key words

Legal language; language of legal practice; paradox of legal language; translation of legal texts.

1. ÚVOD

Obsah právnej regulácie a jej zmysel je objasňovaný v procese výkladu práva za účelom jeho správnej praktickej aplikácie. Proces interpretácie je však proces viacozmerný a v takýchto prípadoch hrozí, že výsledok daného myšlienkového postupu sa naopak, so zmyslom a obsahom interpretovaného právneho textu rozchádza. Problematika diskrepancií medzi textom právnej normy a jej podobou v aktoch aplikácie práva a napokon jej realizáciou v konkrétnom právnom vzťahu je skutočnosťou, ktorá súvisí aj s otázkami právneho jazyka. Právne texty sú formulované v právnom jazyku, poznanie a poznávanie ktorého je jedným z predpokladov správnej interpretácie týchto textov. Vážne pochybenia v realizácii práva sú preto aj dôsledkom neovládania, či nerešpektovania pravidiel interpretácie práva, vrátane pravidiel gramatických, ale môžu byť spôsobené aj nedôsledným a nepresným vyjadrením pravidla v priebehu legislatívneho procesu, čo je o to kritickejšie, že sa to deje v období, keď je v krátkom čase prijímaných množstvo nových právnych predpisov. V dôsledku európskej

integrácie sa rozširuje aj cezhraničná právna komunikácia, čo na používanie právneho jazyka kladie ďalšie nároky.

Právny jazyk má povahu odborného jazyka, pre ktorý je charakteristické, že každé slovo v ňom musí mať účelovo presne vymedzený význam, aby mohlo byť presným nástrojom regulácie. Špecifikom právneho jazyka je však, že napriek tomu, že má charakter odborného jazyka, sú právne normy, ako aj akty aplikácie práva a jednotlivé právne úkony vyjadrované jazykom spisovným a bežne sa právny jazyk, napriek odlišnej štylistike a lexike, predsa len nelíši od prirodzeného jazyka do takej miery ako napr. odborný jazyk informatikov, elektrotechnikov, chemikov a pod. Je to pochopiteľné, keďže právo je adresované neurčitému počtu adresátov, rozmanitého vzdelania, profesie a spôsobu myslenia, teda najširším spoločenských vrstvám, pričom popri regulatívnej funkcii plní právny jazyk aj funkciu informačnú, keďže je aj nástrojom na vyjadrenie právnej informácie. Vzťah slovníka právneho jazyka a jazyka spisovného je vyjadriteľný ich prienikovou množinou, ktorá obsahuje pojmy vyskytujúce sa v jednom i druhom jazyku. Okrem toho oba systémy obsahujú pojmy, ktoré sa v druhom nevyskytujú. Napr. právny jazyk nepozná citoslovčia, pojmy popisujúce city a pocity, expresívne výrazy, atď., a jazyk prirodzený neobsahuje pojmy, ktoré sú vlastné len právnemu jazyku, napr. umorenie listín a pod. V rámci spisovného jazyka je právny jazyk súčasťou jeho odborného štýlu, ktorý sa od prirodzeného jazyka predsa odlišuje, ako bolo vyššie uvedené štylistikou a slovnou zásobou.¹

Viktor Knapp uvažuje o tom, že v rámci jedného právneho jazyka rozoznávame rôzne úrovne, resp. ďalšie jazyky – jazyk právnych predpisov, používaný v legislatívnej praxi ale aj vydávaní individuálnych právnych aktov, jazyk odbornej právnickej literatúry, jazyk uplatňovaný v procese realizácie práva v rámci právnych úkonov, atď. Podobne Aleš Gerloch, rozlišuje právny jazyk zákonodarcu, ktorý je v našom type právnej kultúry rozhodujúci pre používanú právnu terminológiu, ďalej jazyk používaný v rozhodovacej činnosti orgánov aplikujúcich právo, na ne nadväzujúci jazyk advokátov a jazyk právnej vedy², ale napr. aj Katarína Valová uvádza, že právny jazyk má niekoľko foriem (jazyk právnych predpisov, jazyk súdneho rozhodovania, jazyk právnej vedy, jazyk právneho zastupovania, jazyk právnických učených textov) a dodáva, že jazyk používaný v právnych predpisoch, by sa mal správne nazývať jazyk právnych predpisov a nie právny jazyk.³

1 Knapp, V.: *Vedecká propedeutika*. Bratislava 1993, s. 83 an.

2 Gerloch, A.: *Teorie práva*. Dobrá Voda 2000. s. 68. ISBN 80-86473-01-5

3 Valová, K.: *Právny jazyk*. In: *Právny obzor*, Ročník 83, 2000, č. 1, s. 63

Väčšina súčasných štúdií však rozlišuje právny jazyk a právnický jazyk. Termín právny jazyk je v nich účelne obmedzovaný na jazyk, ktorým sú vyjadrené normatívne právne akty a akty aplikácie práva. Ako uvádza P. Holländer je to jazyk štátnomocenskej regulácie na všeobecnej a individuálnej úrovni.⁴ Je ním vyjadrené najmä platné pozitívne právo. Keďže je to druh odborného jazyka, mal by sa vyznačovať pojmovou celistvosťou, gramatickou zhodnosťou a jednoznačnosťou, tiež stručnosťou, jasnosťou, tak aby dokázal naplniť preskriptívnu funkciu právneho jazyka.

Pre jazyk právnej praxe a právnej vedy, ale aj pre právny slang sa používa označenie právnický jazyk.⁵ Takéto rozdelenie zvýrazňuje rôzne funkcie jazyka práva. Právnický jazyk má povahu metajazyka, nakoľko slúži najmä na výklad textov vyjadrených pomocou právneho jazyka a je jazykom osôb, ktoré používajú a interpretujú právo. Jeho povaha je deskriptívna.⁶

2. POŽIADAVKY KLADENÉ NA PRÁVNY JAZYK

Ako vyjadril aj Ústavný súd Slovenskej republiky v rozhodnutí sp. zn. I.ÚS 30/99 slovný text právnej normy je primárnym objektom výkladu. V rovine právneho jazyka je jednotnosť právneho poriadku, okrem iného, spojená s konštantnosťou významov prisudzovaných jazykovým výrazom. Špecifickosť práva vyplýva aj z miery možnosti formálne presne, jednoducho a jednoznačne vyjadriť oprávnenia a povinnosti predpokladaných účastníkov právnych vzťahov. Prostriedkom na to sú syntaktické, sémantické a pragmatické vlastnosti právneho jazyka.

V rámci právneho jazyka, ako uvádza Viktor Knapp, je potrebné základnú pozornosť venovať právnym pojmom. Účelné je pritom využívať poznatky jazykovedy a jej ponuku systému pojmov. Významná je z toho hľadiska aj medziodborová špecializácia právnej lingvistiky, ktorá pre legislatívu pojmy upresňuje a modifikuje. Právna lingvistika poskytuje moderný a aktuálny slovník jazyka, vrátane kvalitného právneho slovníka. Katalóg právnych pojmov poskytnutý týmto slovníkom pre účely legislatívy, by mal byť overený aj z kontextového hľadiska.⁷

4 Napr. Holländer, P.: Paradox právneho jazyka. In: www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html

5 tamtiež

6 <http://umenieprava.blogspot.com/2010/09/pravo-jazyk-prolegomena-k-vlastnym.html>

7 Knapp, V. a kol.: Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde Praha, 1998. s. 229 ISBN 80-7201-140-5

Právny jazyk plní ako to aj z vyššie uvedeného vyplýva funkciu regulatívnu a informatívnu. Aby naplnil najmä svoju regulatívnu funkciu musí spĺňať niekoľko základných požiadaviek. Predovšetkým požiadavku jednoznačnosti, presnosti a zrozumiteľnosti. Ďalšími nárokmi na právny jazyk sú požiadavky aby sa v ňom používala štylisticky neutrálna lexika, platná odborná terminológia, aby jeho pojmy neboli v rozpore s kodifikáciou slovenčiny a nenarúšali ustálenú terminológiu právneho jazyka. Jednoznačnosť terminológie prikazuje vylúčiť používanie synonym, homonym a polysémov. Vždy to samozrejme nie je možné a preto v prípade ak sa zákonodarca domnieva, že text právnej normy môže byť nejednoznačný je účelné použiť legálne definície. Nejednoznačnosť textu právnej normy môže byť dôvodom pre jej napadnutie z dôvodu nesúlady takejto právnej regulácie s postulátom právneho štátu, vyjadreným v čl. 1 ods. 1 ústavy. Napr. v rozhodnutí sp. zn. PL. ÚS 19/05 sa ústavný súd zaoberal návrhom na začatie konania o súlade príslušných ustanovení zákona č. 360/1990 Zb. o obecnom zriadení. V tejto súvislosti vyslovil:

„Ústavný súd podčiarkuje význam právneho pojmoslovia a právnej terminológie pri tvorbe právnych predpisov. Je toho názoru, že základným princípom právneho jazyka je jednoznačné, nespochybniteľné vyjadrovanie vecí, skutočností, javov a procesov, ktorý kladie veľký dôraz na použitie takých právnych termínov, aby tieto označovali iba jeden právny pojem, ktorému by nemal chýbať reálny obsah, t. j. mal by byť definovaný, ak sa má v právnych vzťahoch aplikovať.“

Napriek tomu sa stretávame so stavom, že legislatíva používa neostré až vágne výrazy (ako napr. značná škoda) a klišé výrazy (napr. dobré mravy), ktoré sú v podstate neodstrániteľné a potrebné pojmy. V tomto svetle má podpornú funkciu pre spresnenie rozsahu týchto pojmov judikatúra a právna veda. Tento názor ilustruje napr. aj rozhodnutie ústavného súdu sp. zn. III. ÚS 274/07, v ktorom sťažovateľ namietal nesprávny výklad § 19 ods. 1 zákona o strelných zbraniach a strelive všeobecnými súdmi upravujúce podmienky bezúhonnosti držiteľa zbrojného pasu. Sťažovateľ argumentoval, že ak chcel zákonodarca v zákone o strelných zbraniach a strelive vyjadriť tzv. nulovú toleranciu, mal ju výslovne zakotviť tak, ako je to v niektorých iných zákonoch. Ústavný súd síce pripustil, že z pohľadu jednoznačnosti právneho jazyka by bolo lepšie keby bola podmienka bezúhonnosti definovaná jednoznačne, analogicky ako napr. v § 5 ods. 5 zákona č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich. Ďalej však uviedol, že k záveru o nulovej tolerancii v predmetnom ustanovení možno dospieť aj ústavne konformným výkladom.

Informačná funkcia právneho jazyka súvisí s požiadavkou jeho zrozumiteľnosti. Skutočnosť, že bez porozumenia jazyka práva, by právo nemohlo napĺňať svoju regulačnú funkciu je všeobecne známa aj z minulosti. P. Holländer, aj J. Svák citujú v tejto súvislosti Gizberta-Studnickeho, ktorý poukazuje na inštitucionálne vytvorenú funkciu „buta

ember“ z čias panovníčky Márie Terézie v Uhorsku. Bol ním človek priemernej inteligencie a základného vzdelania, ktorý čítal projekty všetkých právnych textov, ktoré vzápätí pred špeciálnou komisiou prerozprával. Ak sa v jeho podaní obsah právneho textu rozchádzal s predlohou, návrh bol vrátený na prepracovanie ako nezrozumiteľný.⁸ Podobne napr. pri prípravách slávneho Codu Civil, bola jednou zo základných požiadaviek na jeho kvalitu popri presnosti aj jednoduchosť, v zmysle jeho zrozumiteľnosti. Historici v tejto súvislosti oceňujú prínos samotného Napoleona, ktorý významne ovplyvňoval konečné formulácie textu zákonníka, ktorý má takto veľmi blízko k prirodzenému jazyku. Nepochybne bola jednoduchá, resp. ľahko zrozumiteľná formulácia jeho pravidiel jedným z dôvodov obľúbenosti tohto kódexu. Dôvera adresátov práva v takýto „ľudový zákonník“, bola určite vyššia ako v prípade BGB, pre ktorý je naopak príznačný nemecký právnický jazyk. Jednoduchým prirodzeným jazykom je vyjadrená aj väčšina noriem systému Common Law v Anglicku, o ktorom medzi jeho adresátmi prevažuje konsenzus, že je to dobré právo spojené so životom. Naopak, v tomto systéme rozšírená nedôvera k písanému právu je zdôvodňovaná aj všeobecným presvedčením, že legislatíva je neurčitá a nezrozumiteľná. V tejto právnej kultúre to pripisujú postulátu všeobecnosti, keďže sú presvedčení, že požiadavka všeobecnosti ide na úkor jasnosti a presnosti. Legislatíva teda nevyhnutne obsahuje neurčitosti, odstránenie ktorých je úlohou súdnej interpretácie.⁹ Napokon toto presvedčenie viedlo na britských ostrovoch k vytvoreniu svojského jazyka právnych predpisov, so špecifickou, až kauzistickou formuláciou právnych noriem. Bežne zákon spravidla nevytvára a nedefinuje vlastné pojmy ale používa výrazy, pojmy a koncepcie vytvorené súdnou praxou v procese tvorby a dotvárania práva, čo vedie k zvýšeniu jasnosti a zrozumiteľnosti textov právnych predpisov.

Samotná zrozumiteľnosť je komplexný fenomén, pretože nezávisí len od povahy textu, ale súvisí aj s jeho predporozumením, ktoré spočíva v znalosti prirodzeného jazyka, znalosti práva a závisí aj od úrovne všeobecných poznatkov, najmä z oblasti spoločenských vied, tiež od skúseností, atď.¹⁰ Zákonodarca so skutočnosťou, že nie každý je rovnako schopný porozumieť textu zákona napokon počítá a ukladá v § 5 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku súdom povinnosť poskytovať pri plnení svojich úloh účastníkom v občianskom súdnom konaní poučenia o ich procesných právach a povinnostiach.

⁸ Holländer, P.: Paradox ..., cit. v pozn. č. 4

Svák, J.: Teória a prax legislatívy. Bratislava, 2009. ISBN 978-80-89363-16-2

⁹ Slapper, G. – Kelly, D.: English Law. Abingdon, 2006. s. 50. ISBN 1-85941-898-8

¹⁰ Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň 2006. s. 217. ISBN 80-86898-96-2

So zrozumiteľnosťou je však spojený paradox právneho jazyka, keď zvyšovanie jednoznačnosti a presnosti vedie k exaktnosti a tak k nezrozumiteľnosti a k zníženiu informačnej funkcie práva a napokon aj k poklesu dôvery v právo. Naopak zvyšovanie zrozumiteľnosti vedie k znižovaniu presnosti, čo oslabuje regulatívnu funkciu práva. Riešením je, ako uvádza P. Holländer vo vyššie citovanom diele, nájsť optimálny vzájomný pomer, vyváženosť oboch funkcií právneho jazyka a z nich vyplývajúcich vlastností právneho jazyka. Ale nielen v tom. Riešenie paradoxu právneho jazyka je spojené súčasne s právnou kultúrou spoločnosti, s odmietnutím vulgarizácie práva a s úrovňou právneho poznania.

3. PROBLEMATIKA INTERPRETÁCIE CUDZOJAZYČNÝCH POJMOV

Keďže jazyk je kľúčovým nástrojom práva a právnikov, má jazykoveda, ako už bolo vyššie uvedené kľúčové miesto pri udržiavaní tohto nástroja. Týka sa to aj cudzojazyčných textov a prekladov. Napriek jednoznačným prínosom spolupráce právnikov a jazykovedcov pri skvalitňovaní právneho a právnického jazyka sa niekedy zdá, že vo vzájomnom vzťahu oboch skupín odborníkov sa vyskytuje aj napätie a nedôvera. V súvislosti s cudzojazyčnými textami jazykovedci dodnes vyčítajú slovenským právnikom, že používajú bohemizmy (napr. dielčí, cezčas, východzí, zahájenie, a pod.).¹¹ Nepochybne je to dôsledok dlhodobého koexistovania v rámci jedného štátu, čo ovplyvnilo aj tvorbu práva, resp. právny jazyk, ale predovšetkým to malo dodnes pretrvávajúci vplyv na právnický jazyk (najčastejšie v dôsledku štúdia z českých učebníc a na českých univerzitách a pod.) Nemožno poprieť, že v právnickom jazyku sa bohemizmy ešte sporadicky objavujú, frekvencia ich používania však jednoznačne klesá. V právnom jazyku je ich používanie teoreticky vylúčené. V zmysle Legislatívnych pravidiel vlády Slovenskej republiky (schválené uznesením vlády SR z 8. apríla 1997 č. 241) v platnom znení, musí zákon dbať na jazykovú a štylistickú správnosť a všeobecnú zrozumiteľnosť textu. Nemožno v ňom používať slová alebo slovné spojenia, ktoré nezodpovedajú kodifikovanej podobe štátneho jazyka. Cudzie slová možno použiť len výnimočne, ak sú už súčasťou používanej právnej terminológie, ak sa bežne používajú v upravovanom odvetví a ak ich nemožno nahradiť vhodným, rovnocenným slovenským termínom. V záujme jazykovej správnosti má predkladateľ vyžiadať si k nemu z tohto

¹¹ Napr. Hegerová, K.: O jazykovej kultúre v právnických textoch. In: www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html

hľadiska vyjadrenie odborných slovakistických jazykovedných pracovísk, najmä Jazykovedného ústavu Ľudovíta Štúra Slovenskej akadémie vied.

Podobne negatívne sa jazykovedci stavajú k používaniu iných cudzojazyčných termínov (t. j. iných ako českých). Súčasnosť je však charakterizovaná integračnými procesmi, ako aj celkovou globalizáciou, v ktorej je vzájomná odborná komunikácia posunutá na inú úroveň. Otázky odborného jazyka sa stávajú dôležitou témou, o ktorej diskutujú nielen právnici a jazykovedci, ale často aj odborníci z iných vedných odvetví. Samostatnou kapitolou, ktorá vyvoláva skutočne zmiešané reakcie je otázka prekladov právnych textov. Túto otázku možno pritom rozčleniť, na problémy prekladov práva Európskej únie a problematiku prekladov iných cudzojazyčných právnych a právnických textov.

Európska únia vytvorila ojedinelý právny systém, v ktorom mnoho inštitútov a konštrukcií nemá ekvivalent v národných právnych systémoch. Nové inštitúty sú označované novými termínmi, ktoré pred prekladateľov kladú úlohy hľadania vhodných ekvivalentov týmto termínom v materinskom jazyku. Keďže v mnohých prípadoch ide o nové pojmy, môže sa zdať, že situácia je jednoduchšia. Európska právna terminológia sa tvorí spôsobom, keď tvorcovia záväznej právnej terminológie sú v podstate autonómni a nemusia riešiť otázku, aký význam má daný termín v národnej právnej terminológii. Komunitárne a úijné právo je vo všetkých členských štátoch rovnaké. Terminológia práva Európskej únie, by vzhľadom na požiadavky jednoznačnosti a presnosti mala mať postavenie samostatnej terminologickej sústavy, ktorej jednotlivé právne pojmy by sa mali opierať o právnu terminológiu jednotlivých členských štátov, rozšírenú o vlastné pojmy označujúce nové javy a procesy. Takto vzniká nová terminologická sústava a to spôsobom, ktorý je uvedený vyššie (čerpá z národných právnych jazykov a je doplnená novotvarmi). Interpretácia komunitárneho a úijného práva v praxi má svoje špecifiká, ktoré vyplývajú z povahy tohto systému práva. Doslovný výklad je spravidla nahrádzaný výkladom podľa účelu zmyslu textu, zohľadňujúcim logiku a systematiku komunitárneho a úijného práva. Problémom je, ako uvádza Zdeněk Kühn a kol., že texty komunitárneho práva sa rodia metódou kompromisu, niekedy veľmi ťažko, čo sa podpisuje aj na zrozumiteľnosti samotného textu. Text je následne prekladaný z jazyka, v ktorom sa zrodil do jazykov ostatných členských štátov EÚ, podobne sa prekladá judikatúra európskych súdov. V procese aplikácie práva sa často v prípade nejasností a nepresností objavuje nutnosť porovnávacieho jazykového výkladu, teda interpretácia nejasnej verzie komunitárneho práva v domácom jazyku na základe jeho porovnania s verziou anglickou, francúzskou, či nemeckou, keďže v týchto verziách bol dokument najčastejšie vypracovaný. Povinnosť porovnávacieho jazykového

výkladu v procese aplikácie práva kladie značné nároky najmä na sudcov všeobecných národných súdov.¹²

Problematika prekladu iných cudzojazyčných právnych a právnických textov (mimo práva EÚ) nadobúda v dnešných časoch čoraz väčší význam. Podľa štúdií vykonaných Komisiou okolo desať miliónov osôb je v súčasnosti dotknutých cezhraničným občianskym súdnym konaním. Tento pomer sa pravdepodobne bude zvyšovať z dôvodu intenzívnejšieho pohybu osôb vo vnútri Európskej únie. Najväčšie problémy v týchto vzťahoch spôsobujú tzv. nepreložiteľné termíny, nepreložiteľné najmä z dôvodu, že inštitúty, ktoré označujú sa v právnom systéme jazyka, do ktorého sa prekladajú, jednoducho nevyskytujú. Pravidlom v tejto súvislosti je, že termíny sa neprekladajú ale substituujú vhodnými ekvivalentmi, ktorých nachádzanie je často nemožné.¹³ Riešenie problematiky si vyžaduje nielen jazykové znalosti, poznanie terminológie, bohaté skúsenosti s prekladaním textov, ale aj odborné znalosti práva, vyžaduje teda, ako uvádza citovaná autorka symbiózu jazykovej kompetencie s odbornou kompetenciou prekladateľa. Pri riešení problémov neexistencie vhodného ekvivalentu na ponúkajú nasledovné možnosti - ponechať termín v pôvodnom znení, opis, zavedenie neologizmu. Všetky tieto možnosti majú svoje úskalia. Použitie nepreloženého výrazu je nevyhnutné presne definovať. Takýmito nepreložiteľnými výrazmi sú mnohé anglické výrazy, označujúce inštitúty, ktoré kontinentálne právo nemá, ako trust, tort, consideration a ďalšie. Vytvorenie neologizmov ako zverenstvo a pod. vnáša do procesu interpretácie len chaos a nepochopenie. Našťastie aj jazykovedci považujú zavedenie neologizmov za krajné riešenie, pričom za neologizmus treba považovať aj slovo z iného odborného jazyka, ktoré sa použije na označenie novej právnej skutočnosti.¹⁴ Ľahšiu úlohu dokonca nemusia mať ani v krajinách, v ktorých sa používa rovnaký štátny jazyk, napr. v nemecky, resp. anglicky hovoriacich krajinách. Je známym faktom, že právny a aj právnický jazyk týchto krajín sa spravidla líši, napr. rôznym pojmoslovím, ale aj stylistickými, syntaktickými a lexikálnymi rozdielmi – ako klasické príklady sa uvádzajú rozdiely v právnom jazyku Nemecka, Rakúska a Švajčiarska. Na pomoc najmä justície sa objavujú rozmanité programy a aktivity, väčšina z nich na pôde orgánov Európskej únie. Dominujú najmä plány podporujúce vytváranie elektronických systémov, využívanie informačných a komunikačných technológií v oblasti justície, najmä prostredníctvom vytvorenia európskeho portálu. To však, ako prvý krok predpokladá

12 Kühn, Z. a kol.: *Judikatura a právní argumentace*. Praha 2006. s. 125 a nasl. ISBN 80-903786-0-9

13 Škrlantová, M.: *Niektoré aspekty právnej terminológie EÚ v porovnaní s národnou právnou terminológiou*. In: <http://ec.europa.eu/dgs/translation/sts/files/skrlantova.pdf>

14 *tamtiež*

vytvorenie porovnateľnej viacjazyčnej právnej terminológie. Vyžaduje si to aj zvýšené financovanie prekladateľských nástrojov, vytváranie právnych glosárov, vypracovanie tabuliek sémantickej zhody v jednotlivých oblastiach, atď.

V tejto súvislosti je chvályhodnou aktivitou príklad z Holandska, kde bola vytvorená zvláštna komisia, tzv. pin-yin komisia, hľadajúca ekvivalentné právne termíny na vyjadrenie holandských právnych termínov vo viacerých európskych jazykoch. Tvoria ju uznávaní právnici a jazykovedci a ich úlohou je stanoviť záväzné ekvivalenty domácich právnych pojmov vo vybraných jazykoch členských krajín Európskej únie. Názov pin-yin si Holanďania požičali z čínštiny, keďže podobná aktivita je známa z Číny. Tamojšia komisia mala za úlohu najmä vytvoriť pravidlá na zachytenie čínskych znakov latinkou.

Pri preklade cudzojazyčných právnych textov upozorňujú niektorí právnici aj na problém tzv. „faux amis“, resp. na tzv. interlingválne homonymá. Ide o pojmy, ktoré znejú rovnako, alebo veľmi podobne v rôznych jazykoch, ale označujú niečo iného, a na ich preklad treba použiť iné výrazy. Napr. Terezie Smejkalová uvádza anglický termín *magistrate* (sudca nižšieho súdu) a porovnáva ho s českým výrazom *magistrát*, v zmysle municipiálnej autority.¹⁵ Príklady z iných jazykov uvádza aj Viktor Knapp, ktorý upozorňuje na tieto právne výrazy, ako na úskalía, ktoré sa vyskytujú v procese porovnávania práva¹⁶.

V komparatistickej literatúre sa v poslednej dobe objavujú názory, ktoré preferujú potrebu vytvorenia spoločného právnického jazyka, ako predpokladu európskej právnej unifikácie. Na úrovni právnej teórie sa uvažuje o vypracovaní vedeckého metajazyka, ako nástroja porovnávania práva. Pojmový aparát tohto jazyka by mohol presiaknuť do národných právnych systémov a stať sa bežným právnickým jazykom, nakoľko sa potreba spoločného jazyka objavuje nielen na úrovni teórie ale aj na úrovni praxe. Ide pritom o problematiku širšiu, zasahujúcu aj právny jazyk a legislatívnu prax v rámci európskej integrácie, nakoľko orgány tvoriace nadnárodné európske právo potrebujú pojmový aparát, ktorý by bol prijateľný vo všetkých členských štátoch. Zdá sa, že zárodky takéhoto spoločného jazyka sa už vytvárajú a legislatívcia sa pri jeho vypracovaní opierajú najmä o rímskoprávnu terminológiu, ako aj o pojmy jednotlivých národných právnych poriadkov (predovšetkým francúzskeho, nemeckého,

¹⁵ Smejkalová, T.: Translation of legal texts.

In: http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2009/files/contributions/Terezie%20Smejkalova%20_842_.pdf

¹⁶ Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha, 1996. s. 46.

anglického). Popritom vytvárajú, ako už bolo vyššie uvedené aj úplne nové pojmy, označujúce nové zatiaľ nepoznané právne inštitúty.

Literature:

- Gerloch, A.: Teorie práva. Dobrá Voda 2000. ISBN 80-86473-01-5
- Hegerová, K.: O jazykovej kultúre v právnických textoch. In: www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html
- Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň 2006. ISBN 80-86898-96-2
- Holländer, P.: Paradox právneho jazyka.
In.: www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html
- Knapp, V.: Vedecká propedeutika. Bratislava 1993.
- Knapp, V. a kol.: Tvorba práva a její současné problémy. Praha, Linde 1998. ISBN 80-7201-140-5
- Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha 1996. ISBN 80-7179-089-3
- Kühn, Z. a kol.: Judikatura a právní argumentace. Praha 2006. ISBN 80-903786-0-9
- Slapper, G.- Kelly, D.: English Law. Abington 2006. ISBN 1-85941-898-8
- Smejkalová, T.: Translation of legal texts. In: www.law.muni.cz/sborniky/cofola2009/files/contributions/Terezie%20Smejkalova%20_842_.pdf
- Svák, J.: Teória a prax legislatívy. Bratislava 2009. ISBN 978-80-89363-16-2

- Škrlantová, M.: Niektoré aspekty právnej terminológie EÚ v porovnaní s národnou právnou terminológiou.

In: <http://ec.europa.eu/dgs/translation/sts/files/skrlantova.pdf>

- Valová, K.: Právny jazyk. In: Právny obzor, Ročník 83, 2000, č. 1

Contact – email

marta.tothova@upjs.sk

VYUŽITELNOST JEDNOTLIVÝCH METÓD INTERPRETÁCIE PRI VÝKLADE KULTÚRNE PODFARBENÝCH NORIEM¹

MARTIN TURČAN

Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovakia

Abstract in original language

V tomto príspevku sa autor na konkrétnom príklade zaoberá využiteľnosťou jednotlivých metód interpretácie pri výklade právnych noriem, ktoré sú relatívne jednoznačným výsledkom kultúrnej podmienenosti ich vzniku. V danom prípade sa jedná o ustanovenie § 47 Občianskeho zákonníka, ktoré je potrebné konfrontovať s niektorými ďalšími ustanoveniami a právnymi princípmi a hodnotami uznávanými v slovenskom práve.

Key words in original language

Metódy interpretácie; kultúra; hodnoty; právne princípy.

Abstract

On a particular example presented in this paper, author deals with issue of applicability of specific methods of interpretation in interpretation of those legal norms which seem to be a relatively clear outcome of their cultural dependence. In this sense the author deals especially with provision of § 47 of Slovak Civil Code, which needs to be confronted with some other provisions and with legal principles and values recognized by Slovak law.

Key words

Methods of interpretation; culture; values; legal principles.

Je bežným javom, že pozitívno-právne normy sú poznačené vplyvom prostredia, v ktorom vznikli. Niektoré sú síce značne univerzálne a odolné voči kultúrnym zmenám, no mnohé, hoci aj nenápadné, rozhodne predstavujú produkt konkrétneho spoločenského vývoja, politického trendu či jednoducho právnej kultúry. V určitých situáciách môže byť rozpoznanie tejto ich povahy osobitne významné. Bude sa totiž uchádzať o svoje miesto pri ich interpretácii. V tomto príspevku by som chcel venovať pozornosť konkrétnemu problému tohto druhu, s ktorým sa stretávame v Občianskom zákonníku.

V § 47 ods. 1 Občianskeho zákonníka (ďalej len "OZ") sa uvádza, že "ak zákon ustanovuje, že k zmluve je potrebné rozhodnutie príslušného orgánu,

¹ Tento príspevok bol spracovaný v rámci riešenia grantu VEGA č. 1/0676/08 s názvom "Metodológia právnej vedy".

je zmluva účinná týmto rozhodnutím." Je to pomerne jednoduché ustanovenie vymedzujúce začiatok účinnosti zmluvy. V praxi som sa stretol s názorom, že sa týka zmlúv o prevode nehnuteľností, ktoré je v zmysle OZ a zákona č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností potrebné zavkladovať. Rozhodnutie príslušnej správy katastra o vklade vlastníckeho práva by teda malo byť tým, čo OZ v § 47 nazýva "rozhodnutím príslušného orgánu", na ktoré sa viaže moment účinnosti zmluvy o prevode nehnuteľnosti (či už kúpnej, zámennej, darovacej alebo inominátnej). Ak sa však zmluva stáva účinnou až rozhodnutím katastra, tak bude napríklad dojednanie, podľa ktorého má byť kúpna cena zaplatená ešte pred podaním návrhu na vklad, prípadne ešte pred vydaním rozhodnutia o vklade, neúčinné a predávajúci nebude môcť od kupujúceho zaplatenie kúpnej ceny v dojednanom čase požadovať. Čo s tým? Počul som o správe katastra, ktorá mala problém so zmluvami, v ktorých bolo uvedené, že nadobúdajú platnosť a účinnosť (už) dňom podpisu oboma zmluvnými stranami. V takomto dojednaní totiž videla rozpor práve so spomínaným ustanovením § 47 ods. 1 OZ.

Odborná literatúra a judikatúra má však u nás aj v Českej republike iný názor. Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len "NS SR") v odôvodnení svojho rozhodnutia č. 2 Cdo 124/2003 uviedol: Rozhodnutie správy katastra o povolení vkladu vlastníckeho práva k nehnuteľnosti nie je rozhodnutím, s ktorým by zákon spájal vznik účinnosti zmluvy o prevode vlastníckeho práva k nehnuteľnej veci. Účinky vkladu podľa ustanovenia § 133 ods. 2 OZ spočívajú v nadobudnutí vlastníckeho práva k nehnuteľnosti, t.j. vo vecnoprávných následkoch, a nie v obligačnoprávných následkoch (v účinnosti) zmluvy, ktoré nastali platným prijatím návrhu na uzavretie zmluvy (§ 44 ods. 1 OZ)." Podobne sa vyjadril aj Ústavný súd Českej republiky (ďalej len "ÚS ČR") vo svojich rozhodnutiach č. IV. ÚS 201/1996 a I. ÚS 331/1998. A aby sme z tohto zorného uhla zareagovali na nastolenú otázku týkajúcu sa povinnosti zaplatiť kúpnu cenu pred podaním návrhu na vklad, resp. pred zavkladovaním, zacitujme z prvého zo spomínaných rozhodnutí ÚS ČR: "Uzavretím zmluvy vznikol kupujúcim obligačný nárok na prevedenie vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam a predávajúcemu rovnako obligačný nárok na zaplatenie dohodnutej kúpnej ceny. Ak teda kupujúci zaplatili predávajúcemu kúpnu cenu, splnili svoju záväzkovú povinnosť z uzavretej zmluvy, je ľahostajné, v akom štádiu sa nachádza vecnoprávny aspekt veci, lebo v prejednávacom prípade nejde o záväzky zo synalagmatickej zmluvy, pre ktorú je typická vzájomná viazanosť plnení." Dodajme ešte, že v redakčnej poznámke k citovanému rozhodnutiu NS SR č. 2 Cdo 124/2003 v ZSP sa uvádza: "Vklad nemá žiaden vplyv na účinnosť zmluvy, tým menej na jej vznik; na rozhodnutie o povolení vkladu sa nevzťahuje ustanovenie § 47 OZ. V tejto súvislosti si treba uvedomiť, že v demokratickej spoločnosti štát nezasahuje do súkromnoprávných zmluvných vzťahov. Jeho funkcia spočíva len v tom, že zaisťuje, aby okamih vzniku práva k nehnuteľnosti, ktorá je predmetom evidencie v katastri, bol presne stanovený a každý si vďaka verejnosti katastra mohol zistiť, kto je v katastri zapísaný ako vlastníak nehnuteľnosti."

Črtá sa pointa. Ustanovenie § 47 zrejme nenájde veľké uplatnenie v "demokratickej spoločnosti". V tomto duchu sa celkom jednoznačne vyjadruje prof. Švestka s kolektívom autorov vo svojom komentári k Občianskemu zákonníku: "Po novele občianskeho zákonníka z roku 1991, ktorá v dôsledku podstatne širšieho uplatnenia zmluvnej autonómie odstránila z občianskoprávnej oblasti (najmä z oblasti pozemkovej a bytovej) rad cudzorodých administratívnych prvkov, ktorými predchádzajúci systém dirigisticky zasahoval neústrojne i do vlastného zmluvného procesu (...) sa stalo ustanovenie § 47 ods. 1 a v dôsledku toho i ustanovenie § 47 ods. 2 obsolentné (...)." ² § 47 hodnotí ako pozostatok pôvodného znenia Občianskeho zákonníka "a jeho nesprávnej zmluvnej koncepcie". ³

Celá záležitosť teda stojí na zmene spoločensko-politickej a právnej (sub)kultúry. Do roku 1989 sa štát snažil o direktívnu kontrolu súkromnej sféry, nakladanie s nehnuteľnosťami malo trochu iný charakter než dnes, platili iné zásady občianskeho práva a nerobil sa rozdiel medzi verejným a súkromným právom. Do roku 1983 bolo podľa § 47 rozhodnutie príslušného orgánu podmienkou platnosti zmluvy. V roku 1983 nadobudla účinnosť novela, ktorá z neho spravila podmienku účinnosti zmluvy. V dôvodovej správe k tejto novele sa explicitne uvádza, že "účinnosťou sa rozumie možnosť domáhať sa podľa práva plnenia zo zmluvy." To znamená, že až do novely z r. 1991 štátne orgány rozhodovali o obligačných právnych účinkoch zmluvy. K záveru, že dnes existuje rozdiel medzi obligačnými a vecnými účinkami, a teda, že § 47 sa zmlúv o prevode nehnuteľností netýka, musíme prísť interpretáciou.

Akú metódu interpretácie NS SR a ÚS ČR použili, aby k tomuto záveru dospeli? Jazykový sémantický výklad zrejme riešením nebude – ustanovenie hovorí o "príslušnom orgáne", pod ktorý je možné principiálne (z hľadiska jazyka) subsumovať aj katastrálny úrad ako orgán štátnej správy. Syntaktický a gramatický jazykový výklad sú tu úplne nevyužiteľné. Ani logický výklad zo zákonodarcom naformulovanej implikácie nič nevyvodí. Potrebuje totiž najprv rozumieť, čo znamená, že "k zmluve je potrebné rozhodnutie príslušného orgánu". Tu sa dostávame k otázke rozsahu významu týchto slov, ktorú podľa všetkého môžu zodpovedať len teleologický výklad ⁴ (operujúci s právnymi princípmi a hodnotami) a systematický výklad (hľadajúci určitý systém v príslušnom právnom predpise).

² Švestka, J. a kol.: Občianský zákoník I – komentár. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 385, ISBN 978-80-7400-004-1.

³ Tamtiež.

⁴ Rozumejme mu teraz tak, že je v ňom obsiahnutý aj historický výklad, ktorý býva niekedy chápaný ako určitá podoba teleologického výkladu.

Už sme povedali, že právne princípy a hodnoty sa po r. 1989 zmenili. Znenie normy však ostáva rovnaké. Zo súčasného pohľadu teda súdy vyvodzujú, že norma je odrazom spoločenskej a právno-kultúrnej podmienenosti svojho vzniku a že ju treba vykladať s ohľadom na túto skutočnosť. Teleologický výklad však musí byť pri vymedzovaní rozsahu slov, podľa ktorých k zmluve je potrebné rozhodnutie príslušného orgánu dostatočne silný na to, aby odolal výkladu systematickému. V § 149a OZ sa totiž uvádza: "Pokiaľ sa dohody medzi manželmi podľa ustanovení § 143 a 149 týkajú nehnuteľností, musia mať písomnú formu a nadobúdajú účinnosť vkladom do katastra." Tu je účinnosť zmluvy o prevode nehnuteľnosti explicitne viazaná na vklad do katastra nehnuteľností. Prostredníctvom systematického výkladu je teda možné dospieť k záveru, že na to aby obe normy tvorili homogénny systém, je potrebné vyložiť znenie ustanovenia § 47 vo svetle výslovného znenia § 149a. Súčasnú znenie § 149a sa v OZ objavilo až v roku 1992. Nemôže teda ani predstavovať pozostatok socialistickej právnej kultúry. Práve naopak, táto formulácia sa v OZ objavila v súvislosti so zriadením katastra nehnuteľností – teda v súvislosti s jednou so zmien po roku 1989. Teleologicky orientovaný vykladač § 47 ods. 1 teda musí ísť pri interpretácii § 149a tak ďaleko, že tu zvolí nie výklad zužujúci, ale dokonca opravný. Ak by totiž chcel použiť zužujúci výklad, teda, že pod pojmom "účinnosť" sa rozumejú len "vecnoprávne účinky"⁵, tak ho mal použiť už v § 47 ods. 1, čo neurobil a § 47 vylúčil úplne ako obsolentný. Uplatnením opravného výkladu však dôjde k porušeniu jednej so základných interpretačných zásad - zásady zákazu výkladu "contra legem". Je to celkom odvážny krok, no v prospech uplatnenia opravného výkladu ustanovenia § 149a možno použiť poukaz na skutočnosť, že zákonodarca sa v tomto paragrafe na inom mieste zjavne pomýlil. Stalo sa tak pri odkaze na § 143 (ktorý má hovoriť o zmluve medzi manželmi, no nič takého nehovorí) namiesto evidentne potrebného odkazu na § 143a. Ak tu teda došlo k jednej nedôslednosti, mohlo k viacerým.

Teleologicky orientovaný vykladač teda bude súhlas príslušného orgánu potrebný k zmluve z § 47 ods. 1 vykladať ako súhlas nevyhnutne potrebný pre existenciu zmluvného vzťahu (čomu nasvedčuje aj znenie ods. 2, ktorý koncipuje fikciu odstúpenia od zmluvy v prípade nepodania návrhu na rozhodnutie príslušnému orgánu). Teda skôr užšie. Bude ho chápať ako osobitný druh súhlasu, ktorým štát zasahuje do zmluvného vzťahu. Keďže zásada zmluvnej autonómie, v súčasnosti charakteristická pre občianskoprávne vzťahy, by bola takýmto "štátnym dirigizmom"

⁵ Profesor Vojčík v komentári k § 149a uvádza, že "vkladom do katastra zmluva nadobúda účinky a nie účinnosť"; on však zrejme pojem "účinnosť" nevykladá zužujúco ale skôr opravne, pretože explicitne uvádza, že "nie je správna formulácia § 149a, kde sa uvádza, že vkladom do katastra zmluvy (dohody) nadobúdajú účinnosť; platí to aj pre ustanovenie § 151k" a že "ide len o redakčnú chybu v texte § 149a". (Vojčík, P.: Občiansky zákonník - stručný komentár, Bratislava : Iura edition, 2009, s. 170 a 387, ISBN 978-80-8078-249-8)

obmedzená, vyvodí z toho teleologicky orientovaný vykladač, že súhlas príslušného orgánu potrebný k zmluve, sa už v súčasnosti neudeľuje, v dôsledku čoho je celá norma obsolentná.

Pre teleologický výklad budú teda dôležité právne princípy a hodnoty, ktoré v súčasnosti zohrávajú v našom právnom poriadku svoju rolu. Z čoho sa však vyvodzujú? Zrejme z ďalších kultúrne podmienených noriem. V danom prípade sú to najmä normy z úvodných ustanovení OZ, ktoré formulujú zásadu rovnosti, ekvity a tiež spomínanú zásadu zmluvnej autonómie (§§ 1-3 OZ). Tá je síce naformulovaná čiastočne problematcky (pokiaľ ide o kogentnosť a dispozitívnosť jednotlivých ustanovení OZ - §2 ods. 3), no v otázke vzťahu štátu a fyzických a právnických osôb by sa o nej dalo povedať nasledovné: V zmysle § 1 ods. 2 OZ vystupuje aj štát v občianskoprávných vzťahoch. Keďže v zmysle § 2 ods. 2 OZ majú všetci účastníci občianskoprávných vzťahov rovnaké postavenie, nemôže štát v týchto vzťahoch vystupovať ako nadradený orgán. Principiálne teda nemôže ako nadradený orgán zmluvnú autonómiu obmedzovať. To je v podstate to, čo tvrdia aj citovaní komentátori. V tomto sa v princípe líšila predchádzajúca právna úprava, ktorá prvú občianskoprávnú zásadu formulovala tak, že "základom občianskoprávných vzťahov je socialistické spoločenské zriadenie" (čl. I pôvodného znenia OZ), ktoré, ako vieme, bolo postavené na etatistickom princípe, a v ktorom "všetky oblasti práva nadobúdajú charakter verejného práva"⁶.

V prípade, že sa javí predchádzajúca úvaha ako nepresvedčivá je potrebné siahnúť hlbšie – do aplikácie princípov a hodnôt na základe Ústavy. Podľa čl. 144 Ústavy SR "sudcovia sú pri výkone svojej funkcie nezávislí a pri rozhodovaní sú viazaní ústavou, ústavným zákonom, medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 a 5 a zákonom". O princípoch a hodnotách sa tu nepíše. Možno ich však vyvodiť z nadpozitívneho poňatia pojmu právo. Praktickým príkladom tu môže byť rozhodnutie nemeckého ústavného súdu z r. 1973, v ktorom odobril postup Spolkového najvyššieho súdu, ktorý napriek výslovnému rozporu so znením občianskeho zákonníka priznal navrhovateľovi náhradu imateriálnej škody v peniazoch (opravný výklad?). Ústavný súd sa vyjadril, že: "Tradičná viazanosť sudcu zákonom, táto nosná súčasť zásady delby moci a tým i právneho štátu, je však v Základnom zákone modifikovaná formuláciou, podľa ktorej je aplikácia práva viazaná "zákonom a právom" (čl. 20 ods. 3). Tým je podľa všeobecnej mienky odmietnutý úzky zákonný pozitivizmus."⁷ Náhrada nemateriálnej škody v peniazoch teda nebola v tomto prípade priznaná na základe "zákona" ale na základe "práva", na ktoré odkazoval čl. 20 ods. 3 nemeckej ústavy. Slovenská Ústava síce explicitne nehovorí o viazanosti sudcu "právom",

⁶ Prusák, J.: Teória práva, Bratislava: VOPraF UK, 2001, s. 253, ISBN 80-7160-146-2.

⁷ Alexy, R.: Pojem a platnosť práva, Bratislava : Kaligram, 2009, s. 30-31, ISBN 978-80-8101-062-0.

pozná však pojem "prirodzené právo" (viď preambula a čl. 134 Ústavy SR) rovnako ako Listina základných práv a slobôd (§ 7 Listiny), ktorá je naďalej platnou súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky. Z akceptácie prirodzeného práva vyplýva, že súčasťou pojmu "právo" sú aj hodnoty a právne princípy, čím sa vytvára priestor pre uplatnenie hĺbkovej teleologickej interpretácie. Z jusnaturalistickej perspektívy nemusí byť v Ústave explicitne uvedené, že sudca má konať na základe "práva", pretože sa to vlastne predpokladá. Hodnoty a princípy, ktoré sú v práve obsiahnuté potom vytvárajú určitú právnu (sub)kultúru, ktorá sa spätne odráža aj v konkrétnych pozitívno-právnych normách.

Z toho, čo som uviedol vyplýva, že vďaka zohľadňovaniu kultúrneho aspektu právnych noriem bude pri ich interpretácii zohrávať dôležitú úlohu teleologický výklad. Samozrejme, ostatné metódy nie sú vylúčené, no určité osobitné postavenie teleologického výkladu je podľa môjho názoru z takejto perspektívy zrejme. V prípade aktuálne nežiaducej existencie určitej právnej normy poznačenej protikladnou kultúrou (ako napr. rozoberaného § 47 OZ), je možné ju teleologickou interpretáciou eliminovať, rovnako, ako je možné kultúrne aktuálnu právnu normu s nedostatkami (ako napr. § 149a OZ) týmto spôsobom uviesť na správnu (želanú) mieru (opravný výklad).

Na záver považujem za vhodné povedať, že uvedené myšlienky predstavujú moje pochopenie problematiky a nemusia sa nevyhnutne kryť s názormi NS SR a ÚS ČR. Prípúšťam, že sa vo svojich úvahách pohybujem na hrane, a podotýkam, že ich nemožno chápať ako definitívne stanovisko.⁸ Skôr ich chcem ponúknuť ako vhodný podnet na zamyslenie.

⁸ V otázke obsolentnosti § 47 OZ zrejme ešte stále existujú aj v odborných kruhoch opačné názory. Napríklad Jaromír Svoboda s kolektívom autorov v komentári k OZ z r. 2004 (teda už po existencii spomínaných súdnych rozhodnutí; pričom je však možné, že autor si bol v tomto čase vedomý len existencie českých rozhodnutí) uvádza: "Vyskytuje sa názor (najmä v ČR), že ustanovenie § 47 je obsolentné a že rozhodnutie o povolení vkladu do katastra nehnuteľností nemá žiaden vplyv na účinnosť zmluvy, ktorou sa nehnuteľnosť prevádza. Uvedený názor však prehliada, popri zatiaľ platnom § 47, predovšetkým § 133 ods. 2 a v ňom uvedený odkaz na zákon o katastri nehnuteľností, t. č. platný zákon č. 162/1995 Z. z. Podľa § 28 ods. 2 tohto zákona: "práva k nehnuteľnostiam vznikajú, menia sa alebo zanikajú vkladom do katastra." Teda zmluvou zamýšľaný právny následok z takej zmluvy nastane až vkladom do katastra nehnuteľností. Právne účinky vkladu vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia o jeho povolení (§ 28 ods. 3 cit. zákona). Tento platný stav (pokiaľ nebude zmenený) zrejme treba rešpektovať." (Svoboda, J. A kol.: *Občiansky zákonník - komentár a súvisiace predpisy*, Bratislava: Eurounion, 2004, s. 115, ISBN 80-88984-64-5). Imrich Fekete zas vo svojom komentári k OZ z r. 2007 poukazuje na skutočnosť, že "zákon podmieňuje nadobudnutie účinnosti niektorých zmlúv rozhodnutím príslušného orgánu. Tak je tomu napr. v prípade dohody medzi oprávnenou a povinnou osobou o vydaní nehnuteľnosti, ktorú schvaľuje pozemkový úrad. V tomto prípade nastáva účinnosť zmluvy s určitým časovým odstupom od jej vzniku. Osobitným spôsobom dochádza k prevodu vecí na základe kúpnej zmluvy, ktoré sú vo vlastníctve štátu. V prípade, ak je predmetom kúpnej zmluvy nehnuteľnosť, prevod nehnuteľnosti sa vykoná vkladom vlastníckeho práva do katastra nehnuteľností (§ 34 a nasl. ZKN). Na účinnosť

Literature:

- Švestka, J. a kol.: Občanský zákoník I – komentář. Praha : C. H. Beck, 2008, ISBN 978-80-7400-004-1, 1221s.
- Vojčík, P.: Občiansky zákonník - stručný komentár, Bratislava : Iura edition, 2009, ISBN 978-80-8078-249-8, 1234 s.
- Prusák, J.: Teória práva, Bratislava: VOPraF UK, 2001, 80-7160-146-2, 331 s.
- Alexy, R.: Pojem a platnosť práva, Bratislava : Kaligram, 2009, ISBN 978-80-8101-062-0, 171 s.
- Svoboda, J. A kol.: Občiansky zákonník - komentár a súvisiace predpisy, Bratislava: Eurounion, 2004, ISBN 80-88984-64-5, 1345 s.
- Fekete, I.: Občiansky zákonník - komentár, Bratislava: Epos, 2007, ISBN 978-80-8057-688-2, 1064 s.

Contact – email

martin.turcan@flaw.uniba.sk

kúpnej zmluvy, na základe ktorej dochádza k prevodu nehnuteľnosti vo vlastníctve štátu, je potrebný súhlas ministerstva financií SR. V prípade prevodu hnutel'nych vecí vo vlastníctve štátu sa na účinnosť kúpnej zmluvy vyžaduje súhlas zriadovateľa." (Fekete, I.: Občiansky zákonník - komentár, Bratislava: Epos, 2007, s. 172, ISBN 978-80-8057-688-2) Tu treba však poukázať na vyjadrenie prof. Vojčíka, ktorý zas uvádza opačné: "Nie je to ani úkon pozemkového úradu podľa § 9 zákona č. 229/1991 Zb. v znení neskorších predpisov, ktorým sa schvaľuje dohoda o vydaní pozemku. Nie sú to totiž rozhodnutia, ktoré treba ku zmluve a k jej obligačnoprávnym účinkom. Takýmito rozhodnutiami nastávajú len vecnoprávne účinky. Neobstojí preto názor, že rozhodnutím o vklade vznikajú (právo tvornosť rozhodnutia) nielen vecnoprávne účinky, ale aj obligačnoprávne účinky. Tieto obligačnoprávne účinky jednoznačne nastali podpísaním napríklad kúpnej zmluvy, ktorej predmetom je nehnuteľnosť. Niet zákonného podkladu tvrdiť, že na podpísanie platnej kúpnej zmluvy potrebuje subjekt občianskoprávneho vzťahu rozhodnutie príslušného orgánu. (...) Rovnako k takým veciam nepatrí ani súdne rozhodnutie o schválení právnych úkonov maloletého. Aj keď sa na niektoré zmluvy vyžaduje súhlas iných orgánov, takisto nejde o rozhodnutie podmieňujúce účinnosť, ale len platnosť zmluvy. Pôjde najmä o súhlas Fondu národného majetku SR alebo zriadovateľa pri prevode podniku alebo jeho časti podľa zákona č. 92/1991 Zb. v znení neskorších predpisov, súhlas Ministerstva financií SR udeľovaný podľa zákona č. 278/1993 Z.z. o správe majetku štátu." (Vojčík, P.: Občiansky zákonník - stručný komentár, Bratislava : Iura edition, 2009, s. 170, ISBN 978-80-8078-249-8) Pokiaľ by v prípadoch, kedy sa prevádza vec vo vlastníctve štátu, išlo v súvislosti s rozhodnutím daného orgánu o platnosť zmluvy, malo by to určité ráco. Išlo by totiž o súhlas štátu ako predávajúceho, nie ako nadradeného subjektu.

K POJMU SVOBODA SVĚDOMÍ

BOHUMIL VÍTEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Obecně uznávané katalogy základních lidských práv hovoří vždy též o svobodě svědomí. Ta je zahrnuta i v naší Listině základních práv a svobod nebo Listině základních práv Evropské unie.

Svědomí je bezpochyby velice cennou institucí. Nicméně odpověď na otázku svědomí člověka není vůbec jednoduchá. Každý má svědomí jinak formované a co jeden považuje za špatné, jiný takto chápat nemusí. Existuje univerzální svědomí motivované všeobecně přijímaným dobrem?

Key words in original language

Lidská práva; svědomí; svoboda svědomí.

Abstract

Generally accepted catalogues of human rights always contain the freedom of conscience. It is included also in our Charter of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The conscience is without any doubt very precious phenomenon, but to answer on the question of man's conscience is not easy. Everybody has his conscience formed differently and what one considers for bad does not have to be felt so by others. Is there a universal conscience influenced by the good as generally accepted?

Key words

Human rights; conscience; freedom of conscience.

1. ÚVOD

Základní lidská práva jsou v dnešním světě mimořádně závažnou otázkou. S největší pravděpodobností tvoří jediný společný základ politického myšlení.¹

¹ Sokol, J. *Jsou lidská práva přirozená?* dostupné z <http://www.jansokol.cz/cs/h-v-prava.php>

Lidská práva představují v právním státě základní hodnotovou kategorii, která tvoří nepřekročitelnou legislativní mez ústavního a běžného zákonodárství. Listina základních práv a svobod je základním vnitrostátním aktem zakotvujícím v České republice základní lidská práva a svobody. Ústavní zákony, běžné zákony a další právní předpisy – jejich výklad a používání – musí být s touto Listinou v souladu.

Listina v preambuli hovoří o **přírozených** právech člověka a právech občana. Tím dochází k odlišení práv, která má člověk od státu (např. právo petiční) a práv, která má nezávisle na jakémkoliv státu a platném pozitivním právu (např. právo na život). Rozlišování základních práv lidských (resp. práv člověka) a práv občanských, historicky pochází z pařížské Deklarace lidských a občanských práv z roku 1789 a jde ve své podstatě o **přírozenoprávní** koncepci.² V jejím smyslu jsou základní práva a svobody:

-nezadatelná – jsou zde nezávisle na státní moci a stát je musí pozitivovat

-nezcizitelná – jejich nositel se jich nemůže vzdát nebo je převést na jiného

-nezrušitelná – nelze je zrušit žádným aktem státní moci

-nepromlčitelná – náleží člověku bez ohledu na běh času

Jejich podstatným atributem je, že náleží každému bez ohledu na jeho státní příslušnost nebo společenské postavení. Úkolem státu jako právního státu je tedy zakotvit základní práva a svobody člověka do právního řádu a zabezpečit jejich naplňování, kontrolu a ochranu, a to bez zasahování orgánů veřejné moci nebo jiných právních subjektů do těchto práv a svobod v rozporu se zákonem.³

Nicméně představa „přírozeného“ může činit i určité obtíže. Podívejme se blíže například na problematiku svobody svědomí. Zde k otázce "přírozeného" přistupuje i to, jak svobodě svědomí vůbec rozumět, jak ji chápat a vykládat.

2. SVOBODA SVĚDOMÍ

Právě špatné svědomí

funguje správně.

Jiří Žáček

² Knapp, V. *Teorie práva, 1.vydání*. Praha: C.H.Beck, 1995, s.198

³ Večeřa, M. *Právní a sociální stát*. In Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s.148

Listina základních práv a svobod, jež je součástí ústavního pořádku České republiky v čl.15 stanoví:

1.Svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání je zaručena. Každý má právo změnit své náboženství nebo víru anebo být bez náboženského vyznání.

2.Svoboda vědeckého bádání a umělecké tvorby je zaručena.

3.Nikdo nemůže být nucen vykonávat vojenskou službu, pokud je to v rozporu s jeho svědomím nebo s jeho náboženským vyznáním. Podrobnosti stanoví zákon.

Navazující čl.16 se pak podrobněji zabývá náboženskými svobodami a jak je zřejmé, svoboda svědomí s náboženskou svobodou úzce souvisí, resp. s náboženskou svobodou je především spojována. Avšak náboženskou svobodu nelze se svobodou svědomí zaměňovat. Na rozdíl od ní je rozhodnutí diktované svědomím vždy konkrétní, neboť jeho předmětem je konkrétní chování v konkrétní situaci.

Obdobně je svoboda svědomí zakotvena v čl.10 Listiny základních práv Evropské unie:

1.Každý má právo na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání. Toto právo zahrnuje svobodu změnit své náboženské vyznání nebo přesvědčení, jakož i svobodu projevat své náboženské vyznání nebo přesvědčení sám nebo společně s jinými, ať veřejně nebo soukromě, bohoslužbou, vyučováním, prováděním úkonů a zachováváním obřadů.

2.Právo odmítnout vykonávat vojenskou službu z důvodu svědomí se uznává v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva.

Otázkami svědomí se zabývá řada vědních oborů, zejména pak filozofie, psychologie, sociologie nebo teologie. Ale například i H.L.A.Hart ve svém slavném díle Pojem práva, v kapitole Spravedlnost a morálka, uvádí: "Charakteristickými a nejvýraznějšími rysy nátlaku v zájmu podpory společenské morálky je to, že důrazně připomíná, co pravidla vyžadují, odvolává se na svědomí a spoléhá na působení pocitu viny a na výčitky svědomí. To, že je morálku třeba podporovat jen těmito způsoby, je prostým důsledkem přijímání morálních pravidel a norem jako něčeho, co je vrcholně a zcela zjevně důležité udržovat. Normy, jež by nebyly podloženy

těmito způsoby, by nemohly zaujímat to místo ve společenském a osobním životě, které je typické pro morální závazek."⁴

Podle Immanuela Kanta lidská svoboda vyžaduje jisté pravidlo jednání, které si člověk jako autonomní bytost nutně sám ukládá. *"Poněvadž obecnost zákona, podle něhož dochází k následkům, vytváří to, co se vlastně nazývá přírodou v nejobecnějším smyslu (co do formy), tzn. jsoucno věcí, pokud je určeno podle obecných zákonů, mohl by obecný imperativ povinnosti znít i takto: jednej tak, jako by se maxima tvého jednání měla na základě tvé vůle stát obecným přírodním zákonem.*"⁵

Sigmund Freud svědomím rozumí soubor morálních a estetických postojů jednotlivce. Vzniká interpretací výchovných vlivů, zvláště rodičů. Tvoří onu psychickou strukturu, která je v opozici vůči výrazu instinktivního jednání. Ve vývoji jednotlivce je svědomí jako superego součástí nevědomí; později, když se dospívající člověk začíná srovnávat s druhými a soupeřit s nimi, vytváří si nové svědomí jako ideální ego. Mezi superego a ego se předpokládá jistá souvislost.⁶

Podstata **svědomí** bývá obecně chápána jako schopnost člověka pohlížet na sebe jinak, než pouze z úhlu vlastního zájmu. Jde o vážné, mravní, na kategorie dobro a zlo orientované rozhodnutí, které jednatelce prožívá jako závaznou povinnost. Podstata **svobody svědomí** pak spočívá v tom, že tento znak lidské osoby (tedy svědomí) vyžaduje respekt ze strany druhých, že např. v určitých věcech se může jednatelce řídit zásadou, která je v rozporu s míněním většiny, přičemž porušení této zásady by pro něho znamenalo výrazný zásah do jeho identity a integrity (např. odpírači vojenské služby z důvodu svědomí, neúčast lékaře na provádění interrupce nebo euthanasie, odmítnutí úřední osoby oddávat homosexuální páry, apod.)

⁴ Hart, H.L.A. *Pojem práva*, Praha: Prostor, 2004, s.180

⁵ Kant, I. *Základy metafyziky mravů*, Praha: Svoboda, 1976, s. 62

Kant k tomu uvádí mimo jiné i tento příklad: Jiný cítí pod tlakem bídy, že si musí vypůjčit peníze. Ví dobře, že je nebude moci vrátit, ale vidí rovněž, že mu nikdo nepůjčí, nezavázeli se pevně, že je v určité době vrátí... Dejme tomu, že se k tomu přece jenom rozhodne, pak by jeho maxima jednání zněla takto: domnívám-li se, že jsem ve finanční tísní, pak se rozhodnu vypůjčit si peníze a zavázat se, že je vrátím, ačkoli vím, že se to nikdy nestane. ...Proměním tedy tento požadavek sebelásky či vlastního prospěchu v obecný zákon a upravuji otázku takto: jak by tomu pak bylo, kdyby se má maxima stala obecným zákonem? Tu ovšem hned vidím, že se tato má maxima nemůže nikdy stát obecně platným přírodním zákonem, ...nýbrž že musí být nutně sama se sebou v rozporu. Neboť obecnost zákona, že každý poté, co se domnívá nacházet se v bídě, může slíbit, co mu napadne, ale s úmyslem, že to nedodrží, znemožnila by i samotný slib i účel, jež by se s ním mohl spojovat, protože by nikdo nevěřil, že mu bylo něco slíbeno, nýbrž každému takovému vyjádření by se vysmál jako planému předstírání. (s. 64)

⁶ Převzato od: Cvekl, J. *Sigmund Freud, 1.vydání*. Praha: Orbis. 1965. s. 236

Joseph Ratzinger v knize *Pravda, hodnoty a moc* říká: „*Svoboda vyžaduje obsah, který staví na společenství a který bychom mohli definovat jako zajištění lidských práv. Jinak vyjádřeno: Pojem svobody podstatně vyžaduje doplnění dvěma dalšími pojmy, jimiž jsou právo a dobro. Mohli bychom říci, že ke svobodě patří schopnost svědomí vnímat základní hodnoty lidskosti, jež se týkají každého člověka.*“⁷

Přítom není přípustné ztotožňovat svědomí člověka s vědomím vlastního já, s jeho subjektivní jistotou o sobě a o svém morálním chování. Toto vědomí může být na jedné straně pouhou reflexí sociálního okolí a mínění v něm rozšířených. Na druhé straně může také ukazovat na nedostatek sebekritiky a naslouchání hlubinám své duše.⁸

Pojem svědomí zahrnuje dvě roviny, které je třeba rozlišovat, ale také je k sobě navzájem vztahovat. První (ontologická) vrstva fenoménu svědomí spočívá v tom, že je v nás něco jako praupamatování na to, co je dobré a pravdivé (obojí je identické). Svatý Augustin říká: Smysl pro dobro je nám vštípen. Druhá rovina mívá svědomí jako trvalou kvalitu lidského bytí a představuje jej jako dění, tedy jako to, co se děje. Jde o akt svědomí (aplikaci první vrstvy) v jednotlivých situacích.⁹ Tomáš Akvinský rozčleňuje toto svědomí do tří prvků: opětovné rozpoznání (*recognoscere*), vydání svědectví (*testificari*) a nakonec usuzování (*iudicari*). To, zda se něco pozná nebo ne, závisí vždy i na vůli, která poznání zabraňuje nebo k němu vede. Závisí to tedy na už daných morálních vlastnostech, jež jsou pak buď dále deformovány nebo dále očišťovány.¹⁰

3. VÝCHOVOU KE SVĚDOMÍ

Otázkou zůstává poměr mezi tím, co je člověku dáno, resp. vrozeno, jako jakýsi pomyslný základ a tím, co se osvojuje a rozvíjí výchovou. Pro Freuda je svědomí vyvíjející se veličinou, která se vytváří během dětství v konfliktu dítěte se svým prostředím a se sebou samým. Rodiče a další silnější osobnosti včetně starších sourozenců slouží jako vzory životních úloh a učitelé, a přitom utvářejí svědomí tím, že dítě chválí nebo odsuzují.

⁷ Ratzinger, J. *Pravda, hodnoty a moc, Prubířské kameny pluralitní společnosti, 1.vydání*, Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury (CDK), 1996, s.13

⁸ Ratzinger, J. *Opus cit. sub 7, s.25*

⁹ Pozn. Jinými slovy: lze rozlišovat obecné svědomí (*syntheresis*) a svědomí zvláštní (*conscientia*). Například, obecné: je třeba pomáhat rodičům, zvláštní: jak?, kdy?, kde? Zvláštní svědomí pak lze dále dělit na svědomí před skutkem (*conscientia antecedens*) a svědomí po skutku (*conscientia subsequens*).

¹⁰ Ratzinger, J. *Opus cit. sub 7, s.39*

Tak zhruba popisuje Freud vytváření superega, které v jeho představách zahrnuje svědomí.¹¹ Carl Gustav Jung naopak zaujímá příznivější postoj ke klasickému výkladu svědomí. Podle něho se jedná o vrozené archetypické představy, které jsou společné pro všechny lidi s tím, že nepudí pouze k dobrému, ale i ke zlému. K tomu je pak třeba připočíst obecnou skutečnost, že to, co je v jedné kultuře považováno za dobré (hodnotné), v jiné může být naopak odmítáno. Pak se zdá, že univerzální svědomí motivované všeobecně přijímaným dobrem neexistuje, ale je formováno tím, co daná kultura za dobro přijímá. Na druhé straně je zde ale mnoho společného: např. povinnosti rodičů vůči dětem, dětí vůči rodičům apod. Rozdíly by neměly zastřít skutečnost, že základní mravní měřítka jsou všem kulturám společná. Robert Wright k tomu dodává: *"Na odměnách a trestech, které svědomí přiděluje, je velice nápadný nedostatek smyslovosti. Svědomí nás netrápí stejně jako hlad, nepřináší radost jako sex. Cítíme, že jsme udělali něco dobře, nebo špatně. Cítíme se vinni, nebo nevinni. Je pozoruhodné, že přirozený výběr (ve smyslu Darwinovy teorie přirozeného výběru), takový amorální a hrubě pragmatický pochod, mohl vytvořit mentální orgán, který v nás vyvolává pocit, že se dotýkáme nějaké vyšší pravdy. To je opravdu nestydatý podvod."*¹²

Vraťme se nicméně zpět na půdu práva. Viktor Knapp si v této souvislosti klade otázku, zda existuje morální povinnost dodržovat právo. Uvádí, že tato otázka bývá formulována jako otázka tzv. civilní neposlušnosti, přičemž touto neposlušností se rozumí vědomé porušení práva z důvodu rozporu zákonem uložené povinnosti s vlastním svědomím. Vznikne-li konflikt mezi příkazem práva a příkazem individuální morálky (svědomím), má adresát právní normy dilema, zda se zachovat podle práva a v rozporu se svým svědomím, nebo neuposlechnout příkazu práva (dopustit se civilní neposlušnosti) a chovat se podle svého svědomí. *"Učiní-li tak, neomlouvá ho to před právem, tzn. že za porušení práva bude postižen sankcí."*¹³

Z nálezu Ústavního soudu se pak dovídáme, že je-li individuální svědomí v rozporu s určitou právní normou, pak tato skutečnost nemůže mít za následek nezávažnost takové právní normy, byť i jen ve vztahu k osobě, jíž svědomí velí konkrétní právní normu nerespektovat. Svoboda svědomí však může mít vliv na uplatnitelnost či vynutitelnost takové právní normy ve vztahu k těm, jejichž svědomí se přičí. V případě konfliktu právní normy s konkrétně uplatňovanou svobodou svědomí je třeba zvážit, zda prosazení se

¹¹ Wright, R. *Morální zvíře. Proč jsme to, co jsme*. Praha: Nakladatelství lidové noviny, 1995, s.226

¹² Wright, R. Opus cit. sub 11, s.224

¹³ Knapp, V. Opus cit. sub 2, s.213

svobody svědomí nezasáhne do základních práv třetích osob, anebo zda prosazení svobody svědomí nebrání jiné hodnoty či principy obsažené v ústavním pořádku ČR (ústavně imanentní omezení základních práv a svobod).¹⁴

4. ZÁVĚR

Svědomí je velice cennou institucí. Vystupuje jako bašta svobody proti zužování existence autoritou a zejména pak poskytuje mravní hodnocení skutku. Projevuje se v rozhodnutích jednotlivce učiněných v konkrétních situacích, pociťovaných jako hluboce prožitá povinnost.

Nicméně jde o „interní“ záležitost, která se dá jen těžko prověřit zvenčí. Dá se jen věřit tomu, když se člověk dovolává svého svědomí. Může být tedy i zneužito.

Svědomí je rovněž náchylné k omylu. Jedinec může žít ve falešných představách, může být negativně ovlivněn prostředím, výchovou i vlastním psychickým stavem. Důležitá je tedy výchova svědomí i konfrontace svědomí s vnějšími objektivními normami.

Literature:

- Cvekl, J. Sigmund Freud, 1.vydání. Praha: Orbis, 1965, 244s. 11-065-65 02/9
- Hart, H.L.A. Pojem práva, Praha: Prostor, 2004, 316s. ISBN 80-7260-103-2
- Harvánek, J. a kol.. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 501s. ISBN 978-80-7380-104-5
- Kant, I. Základy metafyziky mravů. Praha: Svoboda, 1976, 135s. 73/509-21-8.2
- Knapp, V. Teorie práva, 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, 247s. ISBN 80-7179-028-1

¹⁴ Blíže nález Ústavního soudu ze dne 26.3.2003, sp.zn. Pl.ÚS 42/02

- Ratzinger, J. Pravda, hodnoty a moc, Prubířské kameny pluralitní společnosti, 1.vydání. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury (CDK),1996, 68s. ISBN 80-85959-16-X
- Wright, R. Morální zvíře. Proč jsme to, co jsme. Praha: Nakladatelství Lidové noviny (NLN), 1995, 478s. ISBN 80-7106-127-1

Další zdroje:

- Listina základních práv a svobod (č.2/1993 Sb.)
- Listina základních práv Evropské unie (Úřední věstník EU C 303 ze dne 14.12.2007)
- Sokol, J. Jsou lidská práva přirozená? *dostupné z [http:// www. jansokol. cz/cs/h-v-prava.php](http://www.jansokol.cz/cs/h-v-prava.php) (18.10.2010)*
- Nález Ústavního soudu ze dne 26.3.2003, sp.zn. Pl. ÚS 42/02

Contact – email

vitek@node.mendelu.cz

**VÝZNAM SOFT LAW V
OBCHODNĚPRÁVNÍM KONTEXTU**

***SIGNIFICANCE OF SOFT-LAW IN
COMMERCIAL LAW CONTEXT***

CODE OF CONDUCT V ROZHODOVACÍ PRAXI (NEJEN) SOUDŮ

LENKA DOUBRAVOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Různé etické kodexy či kodexy chování (souhrnně v textu označovány jako "codes of conduct") se staly nedílnou součástí současného hospodářského života. Nejčastěji jsou spojovány s nadnárodními společnostmi nebo vymezují žádoucí chování určité profesní skupiny. Cílem tohoto příspěvku je analyzovat etické kodexy z právního pohledu v duchu zastřešujícího tématu sekce konference, tedy významu soft law v obchodněprávním kontextu. Pokusím se tedy zmapovat codes of conduct v různých oblastech hospodářství, a to nejen v českém či evropském kontextu, a poté zobecnit jejich shodné znaky či objasnit vývojové tendence. Významnou částí práce bude i snaha o vymezení právní povahy těchto kodexů. Podkladem pro tyto závěry bude analýza konkrétních případů soudů a jiných, zejména správních orgánů, díky nimž se pokusím o komplexnější pohled na danou problematiku. Cílem příspěvku ale na druhou stranu není jakkoli význam codes of conduct přeceňovat, ale jen poukázat na jejich (možný) vliv na rozhodovací praxi (nejen) soudů.

Key words in original language

Code of conduct; rozhodovací činnost; soud; etický kodex; soft law.

Abstract

Different ethics codes or codes of conduct (hereinafter "codes of conducts") have become an integral part of actual economy. In most cases they are associated with multinational companies or they determine desirable comportment of particular professional group. The aim of the present conference paper is to analyze codes of conduct from the juridical point of view according to the theme of this conference section: "Significance of Soft-law in Commercial Law Context". I will try to describe codes of conduct in different domains not only of Czech and European economy but also to generalize their similar characters and to clarify the development trends. A substantial part of my contribution will be aim for the legal nature of the soft law codes. The basis to these conclusions will be an analysis of particular decisions of courts and other, mainly administrative, authorities. The concrete cases will manage to present more complex point of view at this theme. On the other hand the aim of the conference paper is not to overestimate the importance of codes of conduct, but I want to point out their (possible) influence upon decision making (not only) of courts.

Key words

Code of conduct; decision making; courts; soft law.

Úvod

Velká část nadnárodních společností dnes disponuje různými etickými kodexy či kodexy chování (souhrnně je v textu označuji jako „codes of conduct“), které definují jejich hodnoty ve vztahu ke skupině a obchodní síti. Tyto společnosti přijímají ještě určité „principy“ ve vztahu k zaměstnancům a dodavatelům a často jim vnucují svá pravidla chování. Tyto texty jsou tedy přirozeně jakýmsi jejich vstupem do obchodních vztahů a zavazují dodavatele a distributory.¹

U etických kodexů můžeme pozorovat jeden velký paradox. Na jedné straně jsou jen částečně uskutečňovány a kontrolovány, ale na straně druhé jsou stále častěji součástí obchodních smluv.

Forma a obsah codes of conduct je klade na pomezí etiky, marketingu a práva. Předně je totiž třeba zmínit, že nadnárodní společnosti se často u spotřebitelů netěší velké oblibě a jsou nezdárka terčem kritiky například od neziskového nevládního sektoru. Etické kodexy jsou tedy dobrým nástrojem na změnu této jejich negativní reputace. Dále se často uvádí, že vlivem globalizace jsou stále více a více zakládány pobočky společností v zahraničí a je tedy nutné vytvořit texty, které by svou povahou překračovaly hranice států a staly se nadnárodní. I proto jsou etické kodexy postaveny právě na etice jako svébytném systému a ta se poté stává na jednu stranu účelem i prostředkem předmětných textů². V takto naznačeném schématu se společnosti stávají tedy vedle státu dalším normotvůrcem a tvoří si vlastní, svébytný systém norem.

Vývoj

Nadnárodní společnosti začaly přijímat codes of conduct právě jako reakci na vzrůstající kritiku na konci 80. let³. Mezi nejčastěji evokovaná témata patřily zejména nerovné (či neférové) praktiky na pracovním trhu u

¹ Etre, C.: Valeur juridiques des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution. Avignon, 2007. [online] <http://iut.univ-avignon.fr/mini_site/group/223/COMINDUS/Etre.pdf> [cit. 5.11.2010].

² Tamtéž.

³ O tom např. viz Rubin, S.: Transnational corporations and international codes of conduct: a study of the relationship between international legal cooperation and economic development. Am. U. J. Intel.l. & Pol'y. [online] <<http://www.auilr.org/pdf/10/10-4-4.pdf>> [cit. 5.11.2010].

dodavatelů z Třetího Světa⁴. Za první kodexy tohoto typu bývají označovány:

- *Sullivan Statement of Principales*: z roku 1976, zabývající se obchody s Jižní Afrikou během doby apartheidu.
- *Levi Strauss's Terms of Engagement nad Guidelines*: z roku 1991, je postaven na pěti oblastech, a to etických standardech, dodržování zákonných požadavků, ochraně životního prostředí, společenské spoluodpovědnosti a standardech zaměstnanosti týkajících se práce dětí, vězňů, svobody sdružování, mzdy, pracovní doby, zdraví a bezpečnosti.
- *Nike's Code of Conduct*: byl přijat jako reakce na kritiku společnosti Nike zejména ve vztahu k nerovným pracovním podmínkám a zapojení dětské práce v dodavatelských vztazích v Indonésii. Často kritizovaným nedostatkem tohoto kodexu je absence svobody sdružování.

Jak uzavírá k této problematice Ishikawa, společnosti nepřijímají daná pravidla z „čistoty srdce starat se o zaměstnance u zahraničních subdodavatelů“, ale je nesporné, že pomáhají zvyšovat standardy týkající se zejména zaměstnanosti a pracovních podmínek a zvyšují odpovědnost managementu.

Právní povaha kodexů

Nemyslím si, že je na tomto místě nutné zdůrazňovat, že codes of conduct mají velmi nejasnou právní povahu z pohledu pozitivního práva a proto je řadíme mezi soft law. Jedná se totiž nejen o dokumenty napříč několika právními odvětvími (jako závazkové právo, pracovní právo, spotřebitelské právo, právo hospodářské soutěže, právo životního prostředí apod.), ale jsou také nástrojem politiky společnosti, jelikož definují její strategii. Obsahují proto i jakousi myšlenku diplomacie.

Do kategorie soft law⁵ řadí codes of conduct zejména jejich nejednoznačné formulace, skutečnost, že jejich text umožňuje nezřídka několik možných výkladů, nekonkrétnost závazků, používání podmiňovacího způsobu či užití deklaratorních obrátů.

⁴ Ishikawa, K.: The Rise of the Code of Conduct in Japan: Legal Analysis and Prospect. Loy L.A. Int'l & Comp. L. Rev. [online] <<http://ilr.lls.edu/issues/27/27.IISHIKAWA.pdf>> [cit. 5.11.2010].

⁵ Přičemž se držím koncepce viz Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit s'applique?. Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats.

Podle Madame Moreau⁶ značí soft law „*pravidla chování, jež jsou právně nezávazná, ale která mají být brána dle záměru jejich autora jako relevantní v právní oblasti*“. V duchu práce Céline Etre si dovoluji podtrhnout, že soft law je na jedné straně „soft“, ale pořád ještě „law“. O té první straně mince, tedy části „soft“, si myslím, že není třeba více uvádět. Je nepochybné, že etické kodexy společností jsou obecné, neobsahují konkrétní závazky, lhůty ani prostředky k dosažení avizovaných cílů. I přesto mohou etické kodexy překvapit a například analýzou případu společnosti Carrefour je možné dospět k závěru, že některé jsou velmi propracované a i překvapivě konkrétní, zejména co se týče kontrolních mechanismů.

Rozhodovací praxe

Když se již dostanu k druhé části sousloví, tedy k právu, musím nejprve přiznat, že daná problematika je soudy či jinými orgány obecně řešena pouze marginálně. V českých podmínkách se mi navíc nepodařilo najít žádný judikát (myslím tím veřejně přístupný v některé z databází), který by se právní povahou etických kodexů obchodních společností zabýval.

Některé střípky se dají najít v oblasti regulaci reklamy, jelikož jsou k dispozici četná (a poměrně zajímavá) rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamu ve věcech, kde se operuje s Kodexem reklamy. Další dílčí oblastí jsou soudní či stavovská rozhodnutí, kdy je napadán člen některé z profesních komor za nedodržení etického kodexu své profese.

I přes výše uvedené se nyní pokusím představit pár konkrétních případů, kdy došlo ve vztahu k etickým kodexům společností v Evropě⁷ (i ve světě⁸) k nějaké právní kvalifikaci.

- První je případ posuzování *frančízové smlouvy společnosti Jeff de Bruges*. Etický kodex této sítě byl připojen k frančízové smlouvě a rozhodnutím Conseil de la Concurrence ve Francii bylo v roce 2007 konstatováno, že je nedílnou součástí smlouvy a má proto stejnou sílu závaznosti. Navíc předmětný kodex stanovil ceny pro příjemce frančízy a

⁶ Moreau, M.: Nouvelles configurations normatives européennes. 2005. In Etre, C.: Valeur juridiques des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution. Avignon, 2007. [online] <http://iut.univ-avignon.fr/mini_site/group/223/COMINDUS/Etre.pdf> [cit. 5.11.2010].

⁷ Převzato z Etre, C.: Valeur juridiques des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution. Avignon, 2007. [online] <http://iut.univ-avignon.fr/mini_site/group/223/COMINDUS/Etre.pdf> [cit. 5.11.2010].

⁸ Ishikawa, K.: The Rise of the Code of Conduct in Japan: Legal Analysis and Prospect. Loy L.A. Int'l & Comp. L. Rev. [online] <<http://ilr.lls.edu/issues/27/27.1ISHIKAWA.pdf>> [cit. 5.11.2010].

měl tedy za cíl (mimo jiné) omezení hospodářské soutěže a byl proto shledán ze strany francouzského regulátora neplatným.

- Dalším zajímavým případem je soudní spor se společností *Camaieu International*, která ve svém etickém kodexu konstatovala závazek „*ne pas copier les produits commercialisés par Créations Nelson*“⁹. Francouzský Cour de Cassation v této věci důkladně zkoumal předmětný text kodexu a snažil se zjistit skutečný záměr jeho autora. Společnost Camaieu International namítala, že její závazek je čistě morální. Soud naproti tomu dospěl k závěru, že úmyslem společnosti byl jednostranný a záměrný závazek ve vztahu ke konkurenční společnosti a toto ustanovení je právně závazné pro společnost Camaieu International a je proto možné domáhat se soudní ochrany.

- V případě *FNAS* (Fédération Nationale des négociants en Appareils Sanitaires) byla situace skutkově odlišná v tom, že šlo o kodex týkající se členů tohoto sdružení. V daném případě bylo francouzským soutěžním orgánem konstatováno, že pro rozhodnutí, zda jsou uvedené praktiky protisoutěžní, nestačí bez dalšího skutečnost, že kodex obsahoval ustanovení, že daná deklarace je pouhým nezávazným záměrem.

- Další příklad pochází ze Spojených států amerických. Jde o společnost *Nike*, jež byla zmíněna již výše. Tato společnost publikovala své etické kodexy, které vnucovala svým subdodavatelům. Součástí kodexů byl i závazek respektovat základní práva, k čemuž ale ve skutečnosti nedocházelo. Společnost Nike poté rozesílala rektorům univerzit a vedoucím sportovních klubů letáčky, ve kterých zdůrazňovala, že její subdodavatelé respektují etické kodexy. Soud v Kalifornii toto její jednání posoudil jako klamavou reklamu ve vztahu ke spotřebitelům.

- V poslední řadě bych chtěla představit dva případy z Japonska. Byť dle Ishikawa není tradice etických kodexů této zemi vlastní, i tak se musí její společnosti podnikající i v dalších zemích daným trendům přizpůsobit. Etické kodexy společnosti *Nippon Foods, Inc.* a *Yukijirushi Foods, Co., Ltd.* v době nemoci šílených krav deklarovaly, že hovězí pochází výlučně z domácí výroby. Později se ale ukázalo, že dovážené maso je smícháváno s domácím. Obě společnosti utrpěly značné ztráty vlivem nedůvěry spotřebitelů. Yukijirushi Foods, Co., Ltd. Navíc tři měsíce po zveřejnění této informace jako společnost zapsaná na Tokijské burze, zbankrotovala.

Závěr

Závěrem si tedy dovoluji shrnout, že codes of conduct mohou být v konkrétních případech spojovány jazykem pozitivního práva:

⁹ Tedy nenapodobovat výrobky společnosti Créations Nelson, která je konkurentem dané společnosti na trhu dámské konfekce.

- se smlouvou: mohou tedy být její nedílnou součástí
- s jednostranným závazkem: podmínkou ovšem je, aby byl etický kodex dostatečně konkrétní a určitý
- s quasi-kontraktem

Ať jsou již etické kodexy v konkrétních případech kvalifikovány jakkoli, je nepochybné, že je není možné jen slepě přehlížet. Byť jsem osobně k jejich významu skeptická a považuji je (v duchu svého úvodu) spíše za marketingové či morální závazky, je zřejmé, že v některých případech ovlivňují práva a povinnosti (nejen) účastníků, a proto je nutné vývoj judikatury v této oblasti sledovat.

Literatura:

- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha:C.H.Beck, 2003, 603 stran, ISBN 80-7179-746-4.
- Etre, C.: Valeur juridiques des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution. Avignon, 2007. [online] <http://iut.univ-avignon.fr/mini_site/group/223/COMINDUS/Etre.pdf> [cit. 5.11.2010].
- Hendrych, D.; Fiala, J.: Právní slovník. 3. podstatně rozš. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009, 1459 stran, ISBN 9788074000591.
- Ishikawa, K.: The Rise of the Code of Conduct in Japan: Legal Analysis and Prospect. Loy L.A. Int'l & Comp. L. Rev. [online] <<http://ilr.lls.edu/issues/27/27.1ISHIKAWA.pdf>> [cit. 5.11.2010].
- Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit s'applique?. Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats.
- Rubin, S.: Transnational corporations and international codes of conduct: a study of the relationship between international legal cooperation and economic development. Am. U. J. Intel.l. & Pol'y. [online] <<http://www.auilr.org/pdf/10/10-4-4.pdf>> [cit. 5.11.2010].
- Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, 385 stran, ISBN 3-7255-4843-9.

Contact – email

lenkadou@seznam.cz

TREND ZJEDNODUŠOVÁNÍ FUNGOVÁNÍ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ

KATEŘINA HAJNÁ

Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita,
Česká republika

Abstract in original language

Autorka se v příspěvku zaměřuje na vliv soft law pramenícího v evropském právu na české právo obchodních společností. Cílem příspěvku je nastínit očekávaný obecný trend ve vývoji práva obchodních společností, a to zejména trend liberalizace a modernizace právní regulace obchodních společností. Vliv evropského soft law a jeho "přeměnu" na tzv. "hard law" autorka spatřuje zejména ve vládním návrhu nového zákona o obchodních korporacích, který byl připraven v rámci snahy o rekodifikaci českého občanského a obchodního práva.

Key words in original language

Obchodní společnost; liberalizace; správa obchodních společností.

Abstract

In the contribution, the author focuses on the impact of soft law which originates in European law on Czech company law. The aim of the contribution is to show the expected general trend in liberalization and modernization of companies' legal regulations. The author considers the impact of European soft law and its "transformation" to so called "hard law", in particular, in the governmental bill on business corporations which has been created as a part of project of recodification of Czech civil and commercial law .

Key words

Company; liberalization; corporate governance.

Evropská komise si v rámci širšího kontextu snahy o tzv. "Better Regulation" (česky "*lepší právní úpravy*")¹ klade za cíl, ve spolupráci s Evropským parlamentem a členskými státy, zásadně zjednodušit právní prostředí pro podnikatelské aktivity v rámci EU. V roce 2003 uveřejnila Evropská komise tzv. Akční plán na modernizaci práva obchodních

¹ K tomu blíže srovnej internetové stránky Evropské komise http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm.

společností a podporu „corporate governance“² v rámci Evropské unie.³ Tento záměr od té doby Evropská komise realizuje mj. svých doporučení, konzultací a veřejných projednávání⁴, konzultačních materiálnech, zprávách předkládaných Evropskému parlamentu a prostřednictvím pravidelných setkání (the European Corporate Governance Forum), kterým Evropská komise předsedá (dále také jen "Fórum").⁵ Některá doporučení navrhují přijetí evropské směrnice, případně zjednodušení stávajících směrnic v oblasti práva obchodních společností a některá doporučují vytvořit úpravu založenou na principu přizpůsob se, nebo vysvětlit". Prvními vlaštovkami na cestě ke zjednodušení evropského právního rámce a v konečném důsledku také práva obchodních společností v jednotlivých členských zemích EU, bylo přijetí směrnice⁶, na základě které došlo ke zjednodušení třetí a šesté směrnice upravující vnitrostátní fúze a rozdělení. V roce 2007 také Evropská komise přijala Sdělení o zjednodušeném podnikatelském prostředí pro společnosti v oblasti práva obchodních společností, účetnictví a auditu⁷. Evropská komise se v rámci svých snah o modernizaci práva obchodních společností zaměřuje mj. na právní regulaci v oblasti corporate governance, přeshraničních fúzí a přeměn, přeshraničního "přemísťování" sídla obchodních společností, politiky odměňování členů statutárních orgánů a managementu obchodních společností, práv společníků obchodních společností (mj. otázce "squeeze outu" a "sell outu"), právní regulaci základního kapitálu obchodních společností a jeho potřebnosti v současných ekonomických podmínkách, právní regulaci nabídek převzetí, tzv. evropské společnosti ("Societas Europaea") a další aktuální otázky.

² „Corporate governance“ je chápána jako systém, kterým je společnost vedena a kontrolována, a to nejen směrem dovnitř společnosti, ale také směrem ven, tj. ve vztazích s partnery, zákazníky apod.

³ Tzv. „the Commission Action Plan“, COM(2003)284, http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/index_en.htm#statements).

⁴ Také například „a Roundtable discussion on Directors' remuneration“.

⁵ První setkání Fóra se konalo už v lednu roku 2005. Od roku 2008 se zaměření Fóra mírně změnilo, když se začalo soustředit zejména na analýzu pokroku v oblasti práva obchodních společností a corporate governance.

⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/63/ES ze dne 13. listopadu 2007, kterou se mění směrnice rady 78/855/EHS a 82/891/EHS, pokud jde o požadavek na zprávu nezávislého znalce v případě fúze nebo rozdělení akciových společností, Úř. věst. L 300, 17.11.2007, s.47. V roce 2009 byla dále přijata směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/109/ES ze dne 16. září 2009, kterou se mění směrnice Rady 77/91/EHS, 78/855/EHS a 82/891/EHS, a směrnice 2005/56/ES, pokud jde o požadavky na předkládání zpráv a na dokumentaci v případě fúzí a rozdělení.

⁷ (COM(2007)394), http://ec.europa.eu/internal_market/company/simplification/index_en.htm.

Zřejmým příkladem, kdy se ze „soft law“ stává (nebo by se brzy mělo stát) „hard law“, je návrh nového zákona o obchodních korporacích (dále jen „Návrh“).⁸ Liberalizace regulace obchodních společností je jedním z hlavních principů promítajících se v navrhované právní úpravě obchodních společností.

S jakými konkrétními proměnami "evropského soft law" v "české hard law" se v Návrhu setkáváme?

Jak jsem již zmíněla výše, Evropská komise mj. předsedá Fóru, které se zabývá správou obchodních společností a vyjadřuje se (nejen prostřednictvím svých doporučení) také k dílčím otázkám, které s corporate governance úzce souvisí.⁹ Návrh do jisté míry reflektuje doporučení Evropské komise ohledně správy obchodních společností, a to cestou zohlednění základních prvků doporučení. Úprava správy obchodních společností je poměrně detailní a přísnější, než úprava v současném obchodním zákoníku.

Mezi otázky v popředí zájmu nejen Evropské komise patří například v současné době odbornou veřejností živě diskutovaná právní úprava odměňování výkonných členů statutárních orgánů a vůbec systém politiky odměňování obchodních společností¹⁰, zejména (avšak nikoliv výlučně) v kótovaných společnostech¹¹ působících ve finančním sektoru.¹² Pravidla odměňování klíčových výkonných členů statutárních orgánů jsou podstatnou součástí celkového systému vedení a řízení každé obchodní společnosti. Nastavení proměnlivé odměny podle výsledků společnosti by tedy mělo teoreticky pomáhat "sladit" zájmy členů statutárních orgánů se

⁸ Jak je tento návrh spolu s důvodovou zprávou uveřejněn na internetových stránkách <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/koncepci-zmeny.html>.

⁹ K tomu blíže například: „Statement of the European Corporate Governance Forum on Director Remuneration“ z 23. března 2009; a „Report on the Application by Member States of the EU of the Commission Recommendation on Directors' Remuneration, Commission Staff Working Document“ ze 13. července 2007 (SEC (2007) 1022).

¹⁰ Mezi související oblasti zvýšeného zájmu Evropské komise patří také právní úprava vztahující se k tzv. „nevýkonným“ a dozorovým orgánům společnosti (anglicky „Independent Directors“) a odpovědnosti členů statutárních orgánů.

¹¹ Pod tímto označením jsou míněny společnosti, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu v některém z členských států EU a které mají sídlo v některém z členských států EU.

¹² Evropská komise zaměřuje svá doporučení v této oblasti zejména na společnosti kótované na některém regulovaném trhu v členském státě EU a výslovně se také v některých případech zmiňuje o „finančních institucích“. Nadále však budu v této souvislosti pro zjednodušení odkazovat obecně na obchodní společnosti.

zájmy společníků. V praxi však, (nejen) podle závěrů Fóra ¹³, dochází k nepřiměřenému odměňování výkonných členů statutárních orgánů. Za stěžejní závěry Evropské komise k otázce odměňování v kótovaných obchodních společnostech v považují zejména:

(i) nutnost uveřejnění jak politiky odměňování tak pravidel pro konkrétní odměnu jednotlivých výkonných členů statutárních orgánů;

(ii) svěření procesu nastavení politiky odměňování a stanovení konkrétních odměn mimo pravomoc výkonných členů statutárních orgánů a zapojení společníků, resp. akcionářů ¹⁴; a

(iii) zaměření systému odměn na dlouhodobé cíle, namísto cílů krátkodobých ¹⁵. Tato pravidla, která Evropská komise doporučila provést buď ve směrnici, či v tzv. kodexu správy a řízení společnosti (založených na systému "přizpůsob se, nebo podej vysvětlení") by jednoznačně měla přispět k větší transparentnosti a kontrolovatelnosti celého systému odměňování.

K otázce odměňování současný obchodní zákoník ¹⁶ obecně stanoví, že vztah mezi obchodní společností a osobou, která je statutárním orgánem, resp. členem statutárního orgánu ¹⁷ může upravovat smlouva o výkonu funkce, která musí být schválena valnou hromadou. V zásadě tedy obchodní zákoník předvídá (dobrovolné) zapojení společníků, resp. akcionářů, do rozhodování o odměňování členů statutárních orgánů. ¹⁸

¹³ Srov. „Statement of the European Corporate Governance Forum on Director Remuneration“ z 23. března 2009.

¹⁴ A zároveň vyjádření požadavku na nezávislost poradců společnosti, kteří ovlivňují nastavení systému odměňování. Evropská komise doporučuje svěřit tyto pravomoci nevýkonným (nebo také tzv. nezávislým) členům statutárních orgánů a zdůrazňuje zároveň nutnost zapojení společníků, resp. akcionářů (tj. investorů).

¹⁵ A to včetně podmínění výplaty mimořádných ročních odměn dlouhodobějšími výsledky společnosti (řádově v období jednoho až dvou let), přehodnocení praxe „benchmarkingu“ k systému založenému na proporcionalitě odměn výkonných členů statutárních orgánů k politice odměňování nastavené pro celou společnost. V neposlední řadě je také zajímavý podnět k zakotvení práva společnosti žádat zpět odměnu vyplacenou na základě výsledků dosažených zneužitím pravomoci či jiným nekalým jednáním.

¹⁶ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění (dále také jen „obchodní zákoník“).

¹⁷ Dále pro zjednodušení příspěvek odkazuje jen na člena statutárního orgánu.

¹⁸ Obchodní zákoník předpokládá, je-li uzavírána smlouva o výkonu funkce, vyhotovení smlouvy v písemné podobě, schválení smlouvy valnou hromadou, příp. schválení všemi neomezeně ručícími společníky. Není-li uzavřena smlouva o výkonu funkce, na vztah mezi členem statutárního orgánu a společností se přiměřeně použijí ustanovení o mandátní

Návrh se také zaměřuje na otázky odměňování a na otázky odpovědnosti za škodu při správě obchodních společností, resp. obchodních korporací. Tato problematika se stala jednou z nejdiskutovanějších ve světle událostí v době tzv. "finanční krize". Odborná veřejnost široce diskutuje potřebu regulace správy a řízení obchodních společností a systému odměňování managementu zejména ve finančních institucích a veřejně obchodovaných společnostech.¹⁹ Stimulace managementu, resp. výkonných členů statutárních orgánů společností systémem vysokých odměn vázaných na krátkodobý zisk byla označena za jednu z příčin současné "finanční krize". Je proto podle mého názoru namístě, aby Návrh obsahoval přísnější pravidla pro corporate governance, resp. smlouvy o výkonu funkce. Smlouva o výkonu funkce by mezi společností a členem statutárního orgánu by podle návrhu měla vzniknout ex lege jmenováním do funkce, a to jako smlouva příkazní (není-li stranami dohodnuto jinak). Nově Návrh mj. motivuje strany smlouvy o výkonu funkce, aby si dohodly odměnu přesně a předem, neboť taxativně umožňuje výplatu odměny pouze na základě zákona, smlouvy o výkonu funkce či vnitřních předpisů společnosti, popřípadě na základě speciálního souhlasu společnosti, resp. osob, které rozhodovaly o smlouvě o výkonu funkce. Návrh dokonce stanoví, že není-li odměna sjednána v souladu se zákonem, "považuje se výkon funkce za bezplatný"²⁰.

V souvislosti s výše uvedeným ještě zbývá zodpovědět otázku, kterou nemohu nechat bez povšimnutí, a to: Nejde ale vlastně o zkomplikování a zpřísnění právní úpravy, namísto zjednodušování a liberace? Musím přiznat, že má odpověď nebude zcela jednoznačné ano či ne.²¹ Domnívám se, že i přes zpřísnění právní regulace přispěje stanovení jasnějších pravidel a přísnějších standardů pro nastavení systému odměňování k transparentnosti odměňování a větší přehlednosti a důvěryhodnosti obchodních společností pro věřitele a třetí osoby, a tedy větší stability evropského trhu.

Další oblastí, která byla významně ovlivněna evropským soft law, je právní úprava podnikatelských seskupení. Úprava smluvního a faktického koncernu v platném obchodním zákoníku je na evropské úrovni často kritizována. Je jí vytýkano zejména to, že nedostatečně chrání

smlouvě. Odměna by v tom případě byla stanovena jako odměna obvyklá. K tomu blíže srov. ustanovení § 66 odst. 2 obchodního zákoníku.

¹⁹ K tomu blíže sdělení Komise Communication accompanying Commission Recommendation complementing Recommendations 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies and Commission Recommendation on remuneration policies in the financial services sector (dále jen "Sdělení").

²⁰ K tomu srov. ustanovení § 60 a 61 Návrhu.

²¹ Jak je to u právníků zvykem, jak by jistě poznamenal „laik“.

poškozovanou společností a zároveň její společníky a věřitele. Obecnou úpravu podnikatelských seskupení v obchodním zákoníku obsahuje ustanovení § 66a obchodního zákoníku. Konkrétnosti, tj. úprava faktického a smluvního koncernu, je obsažena v ustanoveních § 190a a násl. obchodního zákoníku. Na první pohled se může současná právní úprava zdát nepřehledná, neboť většina pravidel je systematicky zařazena mezi ustanovení o akciové společnosti, avšak aplikuje se i na další typy obchodních společností, neboť v ustanovení § 66a jsou definovány pojmy, vztahující se obecně ke všem typům obchodních společností, a nejen ke společnosti akciové

Právní úprava podnikatelských seskupení je v Návrhu, narozdíl od současné úpravy v obchodním zákoníku, zařazena do obecné části obchodních korporací, a to i s ohledem na vazbu této právní úpravy na corporate governance, tedy správu obchodních společností a odpovědnosti.²² Návrh pak upravuje dvoustupňovou strukturu koncernů - ovlivnění a koncern. Podle navrhované úpravy bude koncern proměnlivou funkční entitou bez právní subjektivity.²³

Další z oblastí, ve které lze ocenit význam soft law pro právní úpravu obchodních společností je právní úprava přemístování sídla obchodních společností. Základním principem pramenícím z evropského práva je princip svobody usazování obchodních společností. Promítnutí tohoto principu do právních řádů jednotlivých členských států vede k vyvolání soutěže právních řádů. Tato soutěž umožňuje obchodní společnosti vybrat si, který právní řád je pro ni a její podnikatelské aktivity²⁴ nejpříznivější. Obchodní společnosti jako přímí adresáti právních norem právních řádů členských států EU pak nepřímo ovlivňují také legislativní činnost zákonodárců. Tento efekt bývá označován také jako tzv. "efekt Delaware" (podstatou je soutěž právních řádů jednotlivých států, který jim poskytne výhodnější podmínky), nebo také „race to the bottom“.

V současné době je také odbornou veřejností diskutována otázka v mezinárodním právním žargonu označována jako tzv. empty voting, tedy hlasování, které není spojeno s ekonomickými zájmy hlasujícího. Podstatou hledání řešení problému "empty voting" je střet teorie ekonomického vlastnictví obchodních podílů, resp. akcií versus hlasování osob bez

²² Mj. se v Návrhu projevuje princip, že statutární orgán obchodní společnosti rozhodující v rámci koncernu, musí rozhodovat podle pravidel corporate governance, které zákon stanoví.

²³ K tomu podrobněji: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny_mce-storage/files/DZ_zakona_o_obchodnich_korporacich_komplet.pdf.

²⁴ Za účelem zjednodušení se podrobněji nezabývám obchodními společnostmi, které jsou založeny za nepodnikatelskými účely.

ekonomické motivace v konkrétní obchodní společnosti. V současném obchodním zákoníku se promítá teorie ekonomického vlastnictví obchodních podílů v obchodních společnostech, jejíž podstatou je, že zákon svěřuje pravomoc rozhodovat o osudu a zásadních otázkách fungování obchodní společnosti do rukou společníků, resp. akcionářů, kteří mají ekonomický zájem na prosperitě a dlouhodobém úspěšném fungování obchodní společnosti. Obecně probíhá hlasování společníků v obchodních společnostech proporcčně, podle velikosti podílu každého společníka na obchodní společnosti (ač odchylná úprava ve společenské smlouvě je samozřejmě v zásadě možná).²⁵ Avšak v praxi dochází²⁶ k tomu, že tato proporcionalita je porušena a na valné hromadě obchodní společnosti fakticky rozhoduje buď osoba, jejíž vklad do obchodní společnosti neodpovídá váze jejích hlasovacích práv, nebo dokonce třetí osoba, nikoliv sám společník, a to např. na základě prezentace akcií na majitele (typicky to dokládá fungování tzv. "hedge funds"²⁷). Tato teorii "nechtěná" situace je také považována za jednu z příčin současné "finanční krize". K řešení problému na finančním trhu by měla vést Evropskou komisí iniciovaná diskuse k modernizaci tzv. transparentní směrnice.²⁸ V roce 2010 Evropská komise uveřejnila několik dokumentů k modernizaci transparentní směrnice, které se také vyjadřují k problému "empty voting". Konzultační materiál Komise z května 2010 mimo jiné klade otázku, zda lze nežádoucí jev "empty voting" eliminovat úpravou zvláštní povinnosti držitelů hlasovacích práv, kteří zároveň nejsou vlastníky cenných papírů v rozhodném období. Avšak je nutné poznamenat, že jev "empty voting" není typický jen pro finanční instituce, a bude proto potřeba najít komplexnější řešení.

Trend liberalizace právní úpravy vzniku, fungování, řízení a správy obchodních společností, resp. v souladu s terminologií Návrhu "obchodních korporací", a v některých odůvodněných případech také zpřísnění právní regulace a stanovení transparentních pravidel, lze podle mého názoru vřele uvítat. A to i s ohledem na současné proměnlivé ekonomické podmínky nejen pro podnikání prostřednictvím obchodních společností. V posledních letech se ukázalo, že evropské soft law reaguje na praktické potřeby trhu a

²⁵ Viz. například ustanovení § 114 odst. 1 obchodního zákoníku.

²⁶ Typicky v rámci tzv. „securities lending schemes“.

²⁷ K tomu také srovnej např. Henry T.C. Hu, Bernard Black: The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership. Southern California Law Review. Svazek 79. 2006.

²⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/109/ES o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu, a o změně směrnice 2001/34/ES, Úř. Věst. L 390, 31.12.2004, s. 38 (Transparentní směrnice).

přispívá ke zefektivnění fungování obchodních společností. Na druhou stranu, v rozhodovací praxi českých soudů, zejména Nejvyššího soudu lze vysledovat spíše trend opačný, a to zejména snahu o formalizaci pravidel a častou aplikaci principu absolutní neplatnosti.

Avšak v návrhu nového zákona o obchodních korporacích lze najít mnoho ustanovení, které reflektují "nenormativní"²⁹ snahy Evropské Komise a Evropského parlamentu o zjednodušení pravidel pro podnikání, poskytnutí rovnocenné ochrany jak společníkům obchodních společností tak věřitelům a třetím osobám, zajištění fungování svobody usazování obchodních společností a posílení přeshraniční spolupráce mezi obchodními společnostmi z různých členských států.³⁰

Tento příspěvek bych ráda zakončila citací tvůrců Návrhu, kdy vyzdvihují: „Cílem není bezbřehá volnost, ale systém, který na jedné straně neomezuje podnikání, na druhé straně chrání ty, kteří nemají dostatečný vliv nebo dostatečné informace...“³¹ Je otázkou, jak se tyto idee prosadí v každodenní praxi a judikatuře soudů.

Literature:

- Dědič, J., Štenglová, I., Čech, P., Kříž, R.: *Akciové společnosti*. 6. přepracované vydání, Praha: C.H.Beck, 2007.
- Čech, P. - Dědič, J. *Obchodní právo po vstupu ČR do EU*. 2. vydání. Praha: Bova Polygon, 2005.
- Bartošíková, M. - Štenglová, I. *Společnost s ručením omezeným*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006.
- Dvořák, T. *Společnost s ručením omezeným*. 3. přepracované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, 2008.
- Eliáš, K. - Bartošíková, M. – Pokorná, J. a kolektiv. *Kurs obchodního práva: právnické osoby jako podnikatelé*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005.

²⁹ Rozuměj „nenormativní“ v pravém slova smyslu.

³⁰ K tomu podrobněji: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm.

³¹ Citováno z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/koncepcni-zmeny.html>

- Štenglová, I. – Plíva, S. – Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006.
- Henry T.C. Hu, Bernard Black: The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership. Southern California Law Review. Svazek 79. 2006.

Other resources:

- http://ec.europa.eu/internal_market/company/
- http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/com_2010_0543_en.pdf
- <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/text-navrhu-zakona.html>
- <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/duvodova-zprava.html>
- http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/en/supervision_financial_market/legislation/banks_credit_unions/download/20100602_EK_Green_paper_on_CG_284.pdf

Contact – email

katerina.hajna@gmail.com

SAMOREGULACE JAKO OHROŽENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ONDŘEJ HRUDA

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Brno, Česká Republika

Abstract in original language

Ve svém příspěvku na příkladu stavovských předpisů České lékárnické komory ukazují, že i pravidla přijatá (v dobré víře) k ochraně soutěže mohou paradoxně tuto soutěž ohrožovat.

Key words in original language

Hospodářská soutěž; nekalá soutěž; stavovské předpisy.

Abstract

In my contribution I demonstrate that even the rules adopted (in good faith) to protect the competition may paradoxly threaten. For the purpose of this demonstration I use the example of professional provisions of Czech Pharmaceutical Chamber.

Key words

Competition; unfair competition law; professional provisions.

Mohlo by se zdát, že dodržování norem, které mají za cíl ochranu soutěže a které adresátům přikazují chovat se slušně a čestně, povede k čistší a otevřenější soutěži. Že tento na první pohled zřejmý předpoklad nemusí platit, se pokusím ukázat, a za pomoci judikatury i dokázat, v tomto příspěvku. Za pomoc mi poslouží trocha historie, stavovské předpisy České lékárnické komory a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, sp. zn. 7 Afs 86/2007

V roce 1149 byl v Kolíně nad Rýnem založen první (historicky doložený) cech sdružující tkalce příkrývek. Cechy jako stavovské spolky řemeslníků k ochraně společných zájmů jejich členů pak v některých oblastech existovaly až do 19. století. Na členy cechů byly stanoveny vysoké požadavky, což mělo zaručit vysokou kvalitu řemeslné práce. Samotné schopnosti však členství v cechu nezaručovaly, protože počet mistrů v jednotlivých městech byl omezen. Omezení mělo zajistit, aby konkurence nebyla příliš vysoká. Tovaryši, kteří se chtěli stát mistry, museli kromě výše uvedeného splnit i další podmínky lišící se dle místa, času a typu cechu, pravidlem však byly vstupní poplatky nebo další poplatky související s členstvím. Překážkou pro členství v cechu mohl být i chybějící kapitál nebo počestný původ. Mimo cech nesmělo být řemeslo samozřejmě vykonáváno. Jednotlivé cechy měly vlastní pravidla, jejichž dodržování bylo kontrolováno, regulována byla např. pracovní doba, kvalita nebo cena produktů, členové jednotlivých cechů se každoročně scházeli. Pro členy

cechů platil také etický kodex, při jehož porušení mohli být mistři z cechu vyloučeni. Je možno shrnout, že existence cechů garantovala jejich členům přiměřený (dnes bychom možná řekli spravedlivý¹) příjem a spotřebitelům určitou kvalitu řemeslných výrobků, nutno však podotknout, za vysoké ceny.

Dnes, 860 let po založení prvního cechu a více než sto let po zániku posledního z nich, platí výše uvedené s nepatrnými změnami pro celou řadu komor a hospodářských sdružení. Ačkoliv se jako první ke srovnání nabízí notáři, jsou to lékárníci, kteří dle mého názoru často pod závojem morálky a dobrých úmyslů zneužívají své privilegované postavení. V tomto textu proto budu kritiky nahlížet právě na jejich stavovské předpisy. Povahou těchto předpisů, tedy především otázce, zda se jedná o předpisy právní (prameny práva), či nikoliv, se věnují jiní autoři², a proto jí nebudu věnovat pozornost. Zodpovězení této otázky není ostatně s ohledem na téma textu důležité, protože stavovské předpisy jsou závazné minimálně fakticky.

Každý lékárník, chce – li vykonávat své povolání, musí být v souladu se zákonem č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře (dále jen zákon č. 220/1991 Sb., členem Lékárnické komory.³ Každý člen Lékárnické komory (dále i „Komora“ nebo ČLK) má mimo jiné povinnost vykonávat své povolání odborně, v souladu s jeho etikou a způsobem stanoveným zákony.⁴ Jedná – li lékárník v rozporu se stavovskými předpisy, může být v krajním případě z Komory vyloučen.⁵ Stavovské předpisy samozřejmě obsahují ustanovení čistě proklamativní (Lékařník je povinen stavět prospěch pacientů na první místo, zásadně nad své vlastní zájmy⁶), které mohou mít maximálně výkladový význam, i celou řadu ustanovení, o jejichž správnosti v nejmenší míře nepochybuji (Lékařník zachovává mlčenlivost o záležitostech pacientů⁷).

1 Srov. např. usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. září 2010 o spravedlivých příjmech zemědělců.

2 Srov. např. Sládeček, V. Ještě k povaze předpisů zájmové samosprávy. Právní rozhledy. 2008, č. 4, s. 130.

3 § 3 odst. 3 zákona č. 220/1991 Sb.

4 § 9 odst. 2 písm. a) zákona č. 220/1991 Sb.

5 § 18 odst. 3 písm. c) zákona č. 220/1991 Sb.

6 Srov. čl. 1 Etického kodexu České lékárnické komory

7 Srov. čl. 3 Etického kodexu České lékárnické komory

Některá ustanovení však vzbuzují pochybnosti. Podle Čl. 8 Etického kodexu České lékárnické komory (dále i „Etický kodex“) se lékárník neúčastní hospodářské soutěže, která by mohla být posuzována jako nekalá. I na lékárníky se jako na soutěžitele vztahuje obchodní zákoník a jeho § 44 a ustanovení Etického kodexu proto působí na první pohled neúčelně a jako pouhé opakování zákonného zákazu. Zamysleme – li s však nad textem ustanovení hlouběji, je možno dojít k závěru, že zákaz se vztahuje i na mezní jednání, tedy soutěžní jednání, která by jako nekalá mohla, ale také nemusela být (soudem) posouzena (by mohla být posuzována jako nekalá). Vyjdeme – li z generální klauzule nekalé soutěže, přicházejí v úvahu především jednání, která jsou na hranici s dobrými mravy soutěže. ČLK tedy prostřednictvím svého etického kodexu rozšířila neurčitou množinu jednání, kterých by se lékárníci měli zdržet.

Takový zákaz může mít své opodstatnění, jednání na hraně nekalé soutěže může vést ke zdivočení soutěže a soudním sporům mezi členy stavu, což ve svém důsledku může narušovat důvěru veřejnosti v lékárnický stav jako celek.⁸ Na druhé straně, citované ustanovení může omezovat hospodářskou soutěž více, než by bylo zapotřebí a než vyžaduje obchodní zákoník, což dle mého názoru může být zvláště škodlivé zvláště v oboru, ve kterém jsou jinde běžné prostředky hospodářské soutěže značně omezeny již z podstaty této soutěže (velmi omezený sortiment produktů) nebo na základě předpisů veřejného práva (reklamní omezení).

Ustanovení je však významné zvláště z procesního hlediska. Dle § 53 se osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena, mohou proti rušiteli domáhat, aby se tohoto jednání zdržel a odstranil závadný stav. Dále mohou požadovat přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení. Dle § 54 odst. 1 ObchZ právo, aby se rušitel protiprávního jednání zdržel a aby odstranil závadný stav, může (mimo případy uvedené v § 48 až 51) uplatnit též právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů. Česká lékárnická komora tedy je sice je aktivně legitimována k tomu, aby podávala žaloby z nekalé soutěže na své členy, je však omezena pouze na odstraňovací a zdržovací nárok. Vzhledem k těžkostem spojeným s žalobami z nekalé soutěže⁹

⁸ Analogicky je možno odkázat na spory mezi nejvyššími představiteli české justice. I když kárná žaloba nebo snahy o odvolání mohou být prvním krokem k zlepšení fungování justice, veřejnosti jsou vnímány spíše negativně.

⁹ Srov. Hruša, O. Zdržovací nárok ve věcech nekalé soutěže – nenastal čas „přítvrdit“? Právní rozhledy, 2010, č. 18, s. 656 – 661.

tudíž není ze zákona aktivně legitimována k tomu, aby podávala žaloby z nekalé soutěže na své členy. ČLK komora však může zahájit disciplinární řízení s členem, o kterém se domnívá, že se proti tomuto ustanovení provinil a je to opět ona, kdo rozhoduje o vině a případném trestu. Neschovává se tak za tímto a obdobnými pravidly spíše než snaha o čistou soutěž touha soutěž paralyzovat a zakonzervovat dosavadní status quo, které vyhovuje všem (v současné době) zúčastněným?

Že se nejedná o obavy teoretické, je možno ukázat na rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, sp. zn. 7 Afs 86/2007. Předmětem sporu se stala vybraná ustanovení stavovských předpisů stěžovatelky České lékárnické komory a dopis předsedkyně představenstva Okresního sdružení lékárníků. Dle stavovských předpisů nesměl lékárník rozmisťovat označení lékárny mimo budovu, v níž je umístěna, dovoleny byly pouze šipky nebo jiné ukazatele nepřekračující velikost 50 x 100 cm umístěné maximálně 50 metrů od lékárny a to způsobem, který by od jiné lékárny neodpoutával pozornost pacientů.¹⁰ Nejvyšší správní soud popsané ustanovení posoudil jako v rozporu s ustanovením § 3 odst. 2 písm. c) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen zákon o ochraně hospodářské soutěže), dle kterého jsou z dohod zakázaných podle odstavce 1 zakázány zejména dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže proto, že obsahují ujednání o rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů. Dle soudu přijetím uvedeného interního předpisu a jeho aplikací bylo znemožněno lékárnám informovat zákazníky o svém umístění, došlo k vytvoření určitého „bezpečného prostoru“, v němž je lékárna chráněna před konkurenčním působením ze strany jiných lékáren a omezení informování vytvořilo bariéru pro aktivní soutěžní působení lékáren v prostoru, kde již působí jiná lékárna. Dle Nejvyššího správního soudu je zřejmé narušení vzájemného soutěžního vztahu soutěžitelů provozujících lékárny i ze znění profesního řádu „...by od jiné lékárny odpoutával pozornost pacientů...“

Soud posoudil v rozporu se zákonem, resp. s ustanovením § 3 odst. 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže, dle kterého jsou z dohod zakázaných podle odstavce 1 zakázány zejména dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže proto, že obsahují ujednání o přímém nebo nepřímém určení cen, popřípadě o jiných obchodních podmínkách, článek Profesního řádu stěžovatelky, kterým bylo stanoveno, že předmětem oznámení o zahájení provozu a informací v telefonním seznamu, tisku, elektronických médiích včetně internetu nesmí být nabídka

¹⁰ V současné době upravuje označování lékáren Řád České lékárnické komory pro označování lékáren a jejich propagaci, z jehož původních pěti paragrafů byly tři zrušeny.

a ceny konkrétních léčiv. Takové omezení bylo nad zákonný rámec,¹¹ a tedy i zakázaným a neplatným rozhodnutím sdružení soutěžitelů, který mohl vést k narušení hospodářské soutěže.

Nejvyšší správní soud se v rozsudku sp. zn. 7 Afs 86/2007 zabýval také Závazným stanoviskem stěžovatelky k používání zákaznických slevových karet, ve kterém označila poskytování slev na základě slevových karet, naturálních plnění a obdobných nadstandardních úkonů za neetické a odporující profesnímu řádu, a dopisem předsedkyně představenstva Okresního sdružení lékárníků Uherské Hradiště, ve kterém označila za nevhodné a pro lékárenskou obec neakceptovatelné metody manipulující s cenou léčivých přípravků na úkor lékárenské přírážky s tím, že je nutno přijmout společné řešení přijatelné pro všechny zúčastněné a tímto se bezvýhradně řídit, a do data dalšího jednání doporučila lékárnám manipulujícím s cenou léčivých přípravků ukončení těchto aktivit. Nejvyšší správní soud posoudil Závazné stanovisko jako cenové doporučení, které je nutno hodnotit jako nebezpečné protisoutěžní jednání bez ohledu na to, zda je, či není závazné. Z jednání stěžovatelky vyplývá záměr sjednotit chování lékárníků a tím ustálit cenovou hladinu na určité výši. Obdobně posoudil Nejvyšší správní soud i dopis předsedkyně představenstva Okresního sdružení. Jde o doporučení, které směřuje k odstranění nejistoty členů sdružení ohledně jejich budoucí cenové strategie a které je tak nepochybně způsobilé ovlivnit budoucí soutěžní chování provozovatelů lékáren.

Stěžovatelka se mimo jiné obhajovala tím, že nenaplnila podmínky pro zakázané jednání ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o hospodářské soutěži. Řády stěžovatelky jsou rozhodnutími, která vyjadřují vůli členů a směřují k jejím členům. Uvedené řády stanoví pravidla etiky výkonu profese lékárníka. Jelikož stěžovatelka je oprávněna k jejich vydávání, může jimi stanovit i pravidla, jež nejsou obsahem obecně závazných právních předpisů, a to i pravidla přísnější, pokud jsou odůvodněna právě uvedenou etikou výkonu profese lékárníka, na niž jsou obecně kladeny vyšší nároky než v klasickém podnikání či povolání. Pokud pak zákon č. 220/1991 Sb. přenesl kompetence ohledně etiky výkonu profese na stěžovatelku, je zcela zřejmé, že její členové musí v případě etiky výkonu povolání dodržovat přísnější pravidla než ta, která jsou stanovená zákonem. Právě omezení informací

¹¹ Zákon o regulaci reklamy, ve znění účinném do 31. 5. 2002, zakazoval uvádět v reklamě na léčivý přípravek či prostředek zdravotnické techniky cenu léčivých přípravků a prostředků zdravotnické techniky (§ 5 odst. 1 písm. e) citovaného zákona). Změnou tohoto zákona (zákonem č. 138/2002 Sb.) s účinností od 1. 6. 2002 však bylo uvedené omezení odstraněno. Podle ustanovení § 5 odst. 4 zákona o regulaci reklamy, ve znění účinném od 1. 6. 2002, musí jakékoliv informace obsažené v reklamě na humánní léčivý přípravek odpovídat údajům uvedeným v souhrnu údajů tohoto přípravku.

o zahájení činnosti lékárny, stejně tak pravidla pro umístění orientačních prvků (směrové cedule a šipky) brání nekalé soutěži.

Nejvyšší správní soud obhajoba stěžovatelky nepřesvědčila, přijetí vnitřních předpisů na sjezdu delegátů stěžovatelky je dle jeho názoru možné považovat za skutečné úkony sdružení osobou k takovým úkonům oprávněnou, které navíc směřují k členům sdružení se snahou o určitou unifikaci jejich soutěžního jednání. Je zřejmé, že předpisy ukládají členům stěžovatelky, aby na poli hospodářské soutěže jednali konkrétním způsobem, a tedy dochází k nahrazení jejich uvážení závaznými pravidly. Stěžovatelka je sice na základě zákona č. 220/1991 Sb. oprávněna vydávat vnitřní předpisy, jimiž stanovuje pravidla etiky výkonu profese lékárníka a tato pravidla mohou být bezpochyby i přísnější než obsah obecně závazných právních předpisů, vždy však při jejich stanovení musí respektovat zákonná omezení, v tomto případě stanovená zákonem o ochraně hospodářské soutěže. Nejvyšší správní soud stejně nahlížel i na obsah dopisu předsedkyně představenstva Okresního sdružení.

Obhajoba stěžovatelky se sice zdá jako velmi účelová, osobně bych se však vůbec nedivil, pokud stěžovatelka považuje rozsudek Nejvyššího správního soudu za nespravedlivý. Myslím si tak, že skutečně jednala v souladu se svým nejlepším svědomím a chránila zájmy značné části členů Komory. Dopustím se jistého zjednodušení, ale dle mého názoru stěžovatelka pokládá soutěž a konkurenci, která může ohrozit živobytí současných lékárníků, za něco nemorálního. Dle jejich představ by si lékárníci měli rozdělit trh, vzájemně si nekonkurovat a prodávat zboží za stejnou (dostatečně vysokou) cenu. S jistou nadsázkou se dá říci, že středověká cechovní pravidla jí jsou velmi blízká. Jak jinak si vysvětlovat její stanovisko, že poskytování slev nebo upozorňování na svůj podnik je neetické? Předsedkyně představenstva Okresního sdružení lékárníků dokonce označila prodej zboží za nižší cenu na úkor marže za cenovou manipulaci. Osobně jsem si pod spojením cenová manipulace představoval spíše pravý opak, tedy snahu kontrolovat ceny.

Stavovské předpisy České lékárnické komory dnes výše zmíněná ustanovení samozřejmě neobsahují, pro většinu členů Komory (nejen Lékárnické) však jistě stále zůstává lákavá vidina jistého živobytí. Ti, kteří by před ním dali přednost volné soutěži, jsou ve složité pozici. Pokud se totiž rozhodnou pravidla omezující soutěž nerespektovat, v krajním (a asi spíše teoretickém) případě by mohli být z Komory vyloučeni.

Domnívám se proto, že veškeré snahy o regulaci soutěže (byť vedeny dobrým úmyslem) je nutno sledovat s velkou obezřetností. Stejně kriticky je dle mého názoru nutno nahlížet i na celou řadu pravidel, která jsou představiteli (nejen) České lékařské komory prezentována jako prostředek k ochraně zákazníků. Pokud se mnou nesouhlasíte, prosím, zkuste mi vysvětlit, jaký prospěch mi přináší, že si nemohu koupit paralen přes internet nebo u benzínové pumpy.

Contact – email

ondrej.hruda@seznam.cz; ondrej.hruda@nsoud.cz

PROLOMENÍ KORPORÁTNÍHO ŠTÍTU ANEB "KONEC NEZÁVISLOSTI OSOB TVOŘÍCÍCH KORPORÁTNÍ SESKUPENÍ

TOMÁŠ HÜLLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje stručnému upozornění na jednotlivé teorie prolomení korporátního štítu pomocí překročení oddělení jednotlivých právnických osob založené na jejich samostatné právní subjektivitě. Tento problém ve velké míře v současnosti zatěžuje praxi, jelikož se dá pomocí důmyslné korporátní struktury záměrně omezit, popř. se i vyhnout přímé odpovědnosti za protiprávní jednání. V České republice není v současnosti tento problém dostatečně pomocí zákonné úpravy vyřešen. Je tak třeba hledat inspiraci především v zahraničí, kde již byl tento problém v minulosti řešen. Tento příspěvek by tak měl poukázat na základní judikaturu a srovnat několik zahraničních právních řádů, které se k této otázce již v minulosti vyjádřily.

Key words in original language

Propíchnutí korporátního vějíře; korporátní struktura; korporátní seskupení; korporátní odpovědnost; srovnávací přístup; zákonná úprava; podstatné okolnosti.

Abstract

The contribution is focused on brief introduction into individual theories of piercing of the corporate shield as a result of separability of corporate entities. This problem causes substantial difficulties to practical sphere, because it is possible to limit or even exclude direct liability for illegal conduct by use of sophisticated corporate structure. There is no statutory regulation which sufficiently solves this problem in Czech Republic. It is therefore necessary to seek for a solution in the foreign countries where has been this problem addressed and solved in the past. This contribution should draw attention to basic courts ruling and compare several legal orders and their regulation on this matter.

Key words

Piercing of the corporate veil; corporate structure; group of companies; corporate liability; comparative approach; statutory regulation; substantial circumstances.

1. ÚVOD DO PŘÍSPĚVKU ANEB STANOVENÍ ZÁKLADÍCH PREMIS

Příspěvek je primárně zaměřen na popsání a analýzu aktuální problematiky odpovědnosti podnikatelských skupení, které se někdy účelově snaží svou odpovědnost ukrýt za důmyslně sestavenou korporátní strukturu.

Ještě dříve než se však dostaneme k samotnému tématu příspěvku je nutné si vymezit několik premis na kterých je tento příspěvek založen a jakým směrem se bude celý ubírat. V první řadě je třeba upozornit na skutečnost, že navzdory tomu, že je příspěvek součástí sekce soft law, což by mohlo indikovat, že je tato problematika upravena vnitřními předpisy či nezávaznými ustanoveními, tomu tak není, ale s problematikou soft law je úzce spojený. Budeme-li zkoumat definici soft law, tak zjistíme, že se jedná o kvazi-právní instrument, který nemá závaznou právní sílu nebo jehož závaznost je slabší než závaznost běžného práva¹. Často je v kontrastu s pojmem závazného práva či formálního právního pramene, kterým jsou v České republice normativní právní akty či normativní smlouvy. Budeme-li zkoumat pojem soft law podrobněji, tak samozřejmě zjistíme, že základy na kterých jsou vybudovány doktríny prolomení korporátního štítu samozřejmě nejsou soft law v úzkém slova smyslu. Současně je však třeba upozornit, že úprava doktrín pro prolomení korporátního štítu i z pohledu právních nástrojů se liší stát od státu. Právě z toho důvodu považuji za vhodné zařadit tuto problematiku i do konference věnující se soft law a to navzdory skutečnosti, že není na soft law přímo založena.

Dále je třeba upozornit na skutečnost, že tento příspěvek je spíše příspěvkem sumarizujícím, který má zájemce o problematiku prolomení korporátního štítu navést k příslušné judikatuře a neklade si za cíl důkladnou analýzu institutu s ohledem na všechny možné koncepty, jak je možné odpovědnosti dosáhnout. V navazujících částech tak bude nejvíce odkazováno na zahraniční úpravy a velice stručně poukázáno na jejich specifika, ale nebude se jednat o nikterak obsáhlé komentáře a spíše bude ponecháno na úvaze čtenáře, zda-li bude mít zájem jednotlivé úpravy zkoumat podrobněji.

2. VYMEZENÍ PROBLÉMU ANEB PROČ JE TŘEBA SE PROBLÉMU VŮBEC VĚNOVAT?

Již na počátku minulého století prohlásil Ambrose Birce, že společnost (resp. korporace) je důmyslným mechanismem k získávání zisku bez

¹ The term "soft law" refers to quasi-legal instruments which do not have any legally binding force, or whose binding force is somewhat "weaker" than the binding force of traditional law, often contrasted with soft law by being referred to as "hard law" z Wikipedie online zdroj [citováno dne 9.11.2010]. Dostupný ke stažení z: http://en.wikipedia.org/wiki/Soft_law

individuální odpovědnosti. Tento citát krásně představuje současný neutěšený stav, který na jedné stranu navazuje ještě na historickou situaci v období *laissezfaire*², ale již za zcela změněných podmínek na trhu. V popisované době existovaly korporace, které byly svým majetkem stejně jako dnes nesmírně rozsáhlé, ale současně byly ve vlastnictví tisíců společníků. Při takovém stavu samozřejmě dává smysl zachovávat, jak bude později uvedeno, právní fikci samostatnosti právnických osob. V takto strukturované společnosti se navíc nedá mluvit o úmyslu jakýmkoliv způsobem skrývat svou identitu, protože jednání kteréhokoliv společníka se nemůže promítnout do rozhodnutí či dokonce jednání celé společnosti.

Jinak je tomu naneštěstí v dnešní době, kdy se zakládají velice často společnosti jen pro vytvoření určité ochranného štítu či masky pro jejich společníky. Vše je založeno na myšlence samostatné právní subjektivity právnické osoby, kdy společníci mohou z její činnosti plně profitovat, ale ve chvíli vzniku odpovědnosti jsou zcela logicky skryti za štítem nezávislosti společníků. To samozřejmě platí v českých poměrech zejména pro společnosti kapitálové, jelikož u společností osobních nemá větvení struktury žádný význam s ohledem na možnost dožadovat se splnění závazků po společnících i přímo. Budu-li tedy níže mluvit o společnostech, tak mám na mysli zejména kapitálové společnosti či jejich zahraniční obdoby, kde společníci neručí za závazky těchto společností³.

Výše popsaná situace se projevuje dokonce natolik intenzivně, že některé fyzické osoby, podnikatelé, si zakládají společnosti a veškeré své podnikání provádějí následně jménem této společnosti a čerpají zisk s cílem omezení případné vzniklé odpovědnosti. Celá situace je pak zcela absurdní, jelikož se na trhu vyskytuje spousta subjektů, které podnikají pouze na oko a za jejich působením vyskytují zcela odlišné osoby. Celá situace je navíc umocněná prostřednictvím možnosti participovat na akciových společnostech ve formě akcií na majitele. V této situaci tak nejsou známi dokonce ani společníci a případní obchodní partneři společnosti se tak vystavují obrovskému riziku v podobě existence prázdné společnosti odpovídající za jím vzniklou škodu. V této situaci následně i při uznání jejich nároku soudem bohužel není kde tento nárok vymáhat, jelikož společnost je již pouze prázdnou schránkou a veškeré zisky jsou převedeny mimo její dispozice a tedy i dispozice insolvenčních správců. Samotné rozhodnutí soudu však směřuje proti společnosti a není ho tak možné ani vymáhat po odlišné osobě.

² Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. *Právní rozhledy*, 2003, č.11, s.542

³ K obecným otázkám koncernového práva odkazují kupř. na článek Havel, B.: Předpokládané změny obchodního práva při rekonstrukci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona, *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 1, s. 5

Celá tato situace je pak vyvedena ještě do mnohem větších rozměrů v případech velkých nadnárodních korporací, které se rovněž tímto způsobem skrývají za další korporace. Může tak vzniknout struktura kupříkladu 100 společností, kdy všechny mají totožný předmět podnikání, ale každá vykonává jen odlišnou činnost v řetězci a jsou si navzájem společníky. Na vrcholu tohoto propleteného řetězce společností stojí následně jedna společnost, která může být ve spoustě případů ještě vlastněna jedinou fyzickou osobou. Za takové situace je prakticky nemožné domáhat se přímé odpovědnosti po této osobě stojící na vrcholu celého řetězce.

Otázkou tak zůstává, zda-li je tato situace skutečně zamýšlená a zda-li se jí nedá čelit prostřednictvím určitých právních postupů či institutů? Současně s tím je třeba říci, že v současné době není a a v minulosti nebyla podobná otázka v České republice zatím dostatečně řešena a čeká se tak, jaké stanovisko zaujmou české soudy, popř. zákonodárce. Soudy zatím dle mých znalostí korporátní štít přímo nikdy neprolomily, ale je možné, že k tomu nebyly v jednotlivých případech dostatečně silné důvody.

3. ZÁKLADNÍ PŘÍSTUPY A STANOVENÍ ZÁKLADNÍCH KOMPARAČNÍCH OBLASTÍ

Podíváme-li se do současného právního světa, tak zjistíme, že většina trendů v této oblasti přichází stále ze Spojených států amerických, popř. Evropy. V právě řešeném případě dokonce není nutné ani natolik zvažovat situaci současnou, jelikož právě řešené doktríny a přístupy k řešené problematice se začaly vyvíjet již na počátku minulého století. Postupem času se následně výklad a způsob použití postupů sjednotil na řešeních současných.

Jako základní zdroj pro tento příspěvek tak bude použit na jedné straně přístup americký a v návaznosti celého common law založeného na judikatuře spojené s doktrínou prezentovanou zejména prostřednictvím tzv. propíchnutí korporátního vějíře (piercing of the corporate veil). Na druhé straně bude upozorněno i na přístup evropský, který ani v nejmenším v současnosti nevykazuje jednotnost. V tomto případě bude prezentováno Německo a několik základních způsobů dovození odpovědnosti, ale současně budou prezentovány i postupy ve Francii, Španělsku či Švýcarsku. S tímto bude upozorněno na poměrně významnou výkladovou judikaturu Evropského soudního dvora (dále jen "ESD") k nařízení Rady (ES) č. 44/2001, o příslušnosti a uznání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

Poslední otázkou tak zůstává, proč se vůbec problematice z pohledu zahraničních úprav vůbec zabývat a nepokusit se vyřešit situaci nezávisle na okolních právních rádech. Dalo by se konstatovat, že zahraniční úpravy se od českého právního řádu významně odlišují a je tudíž nutné se zaměřit a zkoumat pouze práva vnitrostátní. To by však bylo chybou, jelikož v českém právním řádu schází výslovná úprava této problematiky a již klasicky slouží další právní řády jako nejlepší inspirační zdroj. Je nutno

podotknout, že co je nového pro právní řád České republiky, může již po dlouhá léta fungovat jinde a jedná se tak již o vyzkoušené a osvědčené řešení. Současně s tím je nutno dodat, že zahraniční právní úpravy mohou být i na území České republiky aplikovány prostřednictvím volby práva, mezinárodního práva soukromého nebo v případě rozhodčího řízení kupř. při rozhodování *amiable compositeur*, *ex aequo et bono*. resp. při rozhodování dle obecných zásad spravedlnosti.

4. SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ A DALŠÍ STÁTY COMMON LAW ANEB JE ROZHODOVÁNÍ SKUTEČNĚ NEPŘEDVÍDATELNÉ

Z pohledu Spojených států amerických existují dva základní přístupy a judikatura na základě které lze dospět k rozšíření odpovědnosti, event. obdobně i pravomoci soudu nad určitou entitou. Prvním je známý *piercing of the corporate veil*, jež je použit v drtivé většině případů. Vedle toho však existuje i teorie tzv. *estoppelu* neboli zákonné překážky, jejíž jeden z druhů lze pro tyto účely rovněž použít. Obě doktríny jsou založeny na působení soudů a jejich tvorbě práva.

Stáří obou přístupů je patrné zejména u *piercingu*, jehož základ je postaven na judikatuře z počátku minulého století a to konkrétně případu *Cannon Manufacturing Co. vs. Cudahy Packing Co.* z roku 1925. V tomto případě se jednalo o dvě společnosti, kdy mateřská byla založena dle práva státu Mai a prodávala své produkty v Severní Karolíně skrz dceřinou společnost založenou v Alabamě. Tuto společnost kompletně vlastnila a ovládala skrz svůj podíl, ale jinak se jednalo o zcela nezávislou entitu. Mezi společnostmi nebyl žádný smluvní vztah podobný zastoupení, ale i navzdory tomu prodávala dceřiná společnost zboží společnosti mateřské dalším prodávajícím subjektům. Toto zboží bylo přepravováno přímo od mateřské společnosti. V rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států byla respektována nezávislost obou subjektů a to navzdory skutečnosti, že byly oba ve velké míře majetkově provázány. Pravomoc soudů i nad mateřskou společností tak nebyla rozšířena.

Tento přístup byl s postupem času oslaben a v dnešní době by již zřejmě ve Spojených státech došlo na základě navazující judikatury k *piercingu*. Obdobně se dá prohlásit i o navazujícím rozhodnutí ve věci *Volkswagenwerk A.G. vs. Klippan GmbH* z roku 1980. K rozhodnutí došlo tentokrát na odlehlé Aljašce, ale i zde se stejným výsledkem jako tomu bylo v případě *Cannon Manufacturing*. V tomto případě však došlo alespoň k vymezení základních skutečností, které mohou umožnit rozšíření pravomoci soudu nad mateřskou společností. Rovněž se zde hovoří i o vytvoření tzv. *alter ega* v podobě dceřiných společností za předpokladu naplnění všech rozhodných a popsanych skutečností. V tomto případě byla dceřiná společnost opět plně ve vlastnictví společnosti mateřské a bylo vymezeno, že mateřská společnost může být odpovědná za situace, kdy využití oddělené formy může přispět ke zmaření výhod pro veřejnost, ospravedlnit bezpráví, spáchání podvodu nebo zabránění trestného činu. Je však nutné

současně dovodit zacházení s dceřinou společností jako s pouhou loutkou společnosti mateřské. V tomto případě se soud pustil do nesmírně podrobného vymezení jednotlivých faktorů dovozujících tuto jednotu. Pro jejich aktualizovaný pozdější výčet však odkazují spíše na rozhodnutí Silicon Breast citované níže. V případě Volkswagenwerk se však nepodařilo prokázat tento vztah mezi oběma společnostmi. Bylo to zejména z toho důvodu, že Volkswagen kupovala auta přímo na základě smluv a dále je prodávala dalším distributorům prostřednictvím zcela odlišných a oddělených smluv a stejně tak docházelo k prodeji i od zcela odlišného dodavatele než mateřské společnosti. Zejména tato skutečnost je velice přesvědčivá, jelikož jsou dceřiné společnosti často zakládány pouze za účelem služeb pro své mateřské společnosti, k čemuž v tomto případě nedošlo. Současně bylo zmíněno, že došlo i k inkorporaci dceřiné společnosti v odlišné jurisdikci, vedení oddělených korporátních záznamů, vlastnění odděleného majetku oběma společnostmi atd., což považují za faktory relevantní, ale spíše sekundárního rázu. Celkově tak tento případ demonstruje spíše negativní postoj soudů k prolomení korporátního štítu v případě existence pochybností.

Již o rok později však již došlo k prolomení korporátního štítu ve známém případě *Bulova Watch Co. Inc. vs. K. Hattori & Co., Ltd.*⁴ V tomto sporu vystupovala na straně žalované japonská společnost Hattori prostřednictvím své dceřiné společnosti Seiko Corporation of America, podnikající ve státě New York. Mateřská společnost měla na území spojených států takto založeno za účelem svého podnikání několik společností. Žalobním důvodem bylo porušení nekalé soutěže ze strany společnosti Hattori a to prostřednictvím její celistvé korporátní struktury, zejména však její dceřiné společnosti. Celé toto seskupení však bylo, jak je to obvyklé, propojeno velice důkladně majetkově i personálně. V tomto případě nedošlo ke zkoumání druhého z obvyklých znaků nutných pro piercing, ale byla zkoumána pouze jednotu obou společností. Při zkoumání bylo zdůrazněno, že je třeba brát v potaz kdo podnikatelskou činnost provozuje, kdo získává zisky, kdo jmenuje statutární orgány a kdo je samotným zakladatelem a reálnou rozhodovací silou ve společnosti. V tomto případě soud odpověděl na položené otázky pozitivně a prolomil tak korporátní štít mateřské společnosti a prohlásil dceřinou společnost za pouhé alter ego společnosti mateřské. Došlo tak k opomenutí formální samostatnosti obou společností.

Obdobně bylo judikováno i v rozhodnutí ze šedesátých let *Walkovszky vs. Carlton* z roku 1966. V tomto případě bylo zdůrazněno, že samostatná právní subjektivita právnických osob je spíše právní konstrukcí, tedy používanou fikcí, která by za určitých specifických okolností neměla být

⁴ Lasák, J.: Soumrak formální samostatnosti osob tvořících podnikatelská seskupení v otázce jurisdikční. *Právní rozhledy*, 2008, č. 18, s. 665

slepě respektována. Budeme-li citovat překlad Richarda Glückseliga⁵ z tohoto rozhodnutí, tak zjistíme, že soudy obecně prolomí právní autonomii společnosti, resp. nadzvednou korporátní závoj⁶, kdykoliv je nutné, aby zabránily podvodnému jednání, či aby dosáhly spravedlivého výsledku. Současně je ale nutné, aby došlo k zohlednění veškerých okolností daného případu a to jak mezi sebou navzájem, tak i v jejich celkovém souhrnu. V daném případě se tak soud zejména vyjádřil k druhé z podmínek prolomení korporátního štítu, tj. podmínce protiprávního jednání, které je ale současně podmíněno nerozlišitelností obou subjektů.

Z výše popsaného je patrné, že výklad soudní judikatury se v otázkách rozšíření odpovědnosti, resp. pravomoci soudů jeví poměrně neuspořádaně. Je možné dozajista konstatovat, že se jedná spíše o vývoj v čase než nepředvídatelnost, ale pro lepší a přesnější výklad je nutné se podívat i na judikaturu z počátku 90. let, na které se ustálilo i současné rozšíření odpovědnosti.

Jedním z nejpodstatnějších rozhodnutí v této věci je zejména rozhodnutí *Sea-Land Services, Inc. vs. Pepper Source* z roku 1991. V tomto rozhodnutí soud stanovil, že použije dvoustupňový test. Jeho prvním krokem je dovození, že dochází k takové jednotě zájmů a vlastnictví, že oddělení subjektivity společnosti a jedince nadále nikterak neexistuje. Druhým krokem je následně dovození, že respektování právní fikce samostatnosti právnické osoby by vedlo k podvodu nebo dopomohlo ke spáchání nespravedlnosti. Soud zde citoval zejména rozhodnutí *Van Dorn Co. vs. Future Chemical and Oil Corp.* z roku 1985 z jehož testu vycházel a které podrobil kritické analýze. V tomto rozhodnutí byly vymezeny pro kritérium jednotnosti následující kritéria: a) selhání vedení korporátních záznamů a nedodržení formálních postupů, b) splynutí prostředků a majetku, c) podkapitalizace a d) zacházení jedné z korporací s majetkem druhé jako s vlastním. V případě *Sea-Land* opět vystupovalo korporátní seskupení, kde všechny dceřiné společnosti byly "pouhou hračkou" jediného společníka Marchese. Žádná z těchto společností nikdy nekonala žádné setkání statutárních či obdobných orgánů, žádná ze společností nevytvořila zakladatelské či obdobné interní dokumenty (zejm. s poukazem na společenskou smlouvu), všechny společnosti byly řízeny ze stejného jednoho místa prostřednictvím stejné telefonní linky, stejnými výdajovými účty atd. Současně si Marchese půjčoval bezúročně významné množství prostředků od společností a stejně tak jedna společnost od druhé kdykoliv to bylo třeba, což ponechávalo některé ze společností podkapitalizovanými.

⁵ Glückselig, R.: Průlom do právní autonomie obchodních společností. *Právní rozhledy*, 2002, č.5, s.219

⁶ Pod pojmem nadzvednutí korporátního závoje je pro účely citovaného článku myšleno to stejné jako prolomení korporátního štítu. Stejně jako tento příspěvek je to z důvodu zavedení individuální terminologie.

Marchese současně využíval účty společností na hrazení svých čistě soukromých výdajů. Soud tak na základě i dalších skutečností konstatoval, že jednota společností je v tomto případě neoddiskutovatelná.

V druhé části rozhodnutí Seal-Land přistoupil soud i ke druhému testu a to prokázání podvodu či nespravedlnosti. Zde se soud pustil do kritického diskurzu se soudem nižší instance, kdy se snažil vyhodnotit, co tyto pojmy mají ve světle problematiky tohoto příspěvku znamenat. Nejdříve konstatoval, že prokázání nespravedlnosti je dle jeho názoru na stupnici o něco níže než podvod, ale položil si otázku, jak mnoho? Zejména to potom analyzoval na základě argumentace žalobce, který nespravedlnost spatřoval v nemožnosti vymoci své pravomocné rozhodnutí. Jak bylo ostatně výslovně řečeno soudem: "Některé prvky nespravedlnosti, něco blízkého podvodu, klamání či existence neúprosného veřejného zájmu, musí být přítomné v každém rozhodnutí pro odhalení korporátního závoje". Soud tak přistoupil k analýze některých z precedenčních rozhodnutí, jmenovitě *Perivoliotis vs. Pierson*, *Gromer, Wittenstrom & Meyer, P.C. vs. Strom, B. Kreisman & co. vs. First Airlington Natl Bank of Airlington Heights* a konečně i samotného rozhodnutí *Van Dorn*. Na základě této analýzy přednesl v bodě 28 rozhodnutí výčet situací, kde lze podvod či nespravedlnost shledat. V argumentu žalobce však nikoliv a zamítnul tak rozšíření odpovědnosti. Soud tak požadoval k prokázání "něco více", než mu bylo poskytnuto žalobcem a musel tak v tomto bodě vyhovět žalovanému.

Poslední rozhodnutí, které je třeba zmínit pro uzavření kapitoly věnující se piercingu v zemích common law je rozhodnutí *In re Silicone Gel Breat Implants Products Liability Litigation* z roku 1995, které zřejmě nejpřesněji ze všech dokázalo vypočítat nutné znaky pro dovození jednoty obou korporací. V tomto případě byla žalovaným společnost *Bristol-Myers Squibb Co.*, která obhajovala nemožnost piercingu s její dceřinou společností *Medical Engineering Corporation*. Z pohledu faktické stránky je nutno zmínit, že dceřiná společnost byla plně vlastněná ze strany společnosti mateřské a současně byla i výrazně poskytnuta možnost společnosti dceřinou ovládat ze strany mateřské společnosti. Kromě toho viceprezident mateřské společnosti byl členem představenstva dceřiné společnosti a nemohl být současně v dceřiné společnosti přehlasován. Dceřiná společnost užívala služeb marketingového, právního a výzkumného oddělení a současně i dalšího personálu mateřské společnosti. Dceřiná společnost rovněž potřebovala schválení rozpočtu společností mateřskou a mateřská společnost určovala výše platů pro zaměstnance společnosti dceřiné. Jako poslední z indikátorů následně sloužila skutečnost, že dceřiná společnost dokonce užívala i označení společnosti mateřské pro zvýšení své věrohodnosti. V tomto se soud při rozhodování s ohledem na specifika amerického práva věnoval pouze podmínce jednoty, jelikož podvod či nespravedlnost nebylo třeba prokazovat. Soud zde konstatoval, že dovození jednotnosti je otázka zvažování všech okolností a skutečností přednesených stranami. V této

souvislosti rovněž zmínil, že za klíčové pro rozšíření odpovědnosti formou piercingu považuje následující skutečnosti: a) podstatnou kontrolu nad dceřinou společností; b) stejnost členů statutárních orgánů; c) společné obchodní vedení obou společností; d) podávání vzájemně harmonizovaných daňových příznání; e) způsob financování dceřiné společnosti; f) iniciace vzniku a založení dceřiné společnosti ze strany společnosti mateřské; g) podnikání dceřiné společnosti s hrubě neodpovídajícím kapitálem (tj. tzv. podkapitalizace); h) hrazení platů a dalších výdajů dceřiné společnosti; i) podnikání obou společností v totožných oborech; j) používání majetku dceřiné společnosti jako vlastního společností mateřskou; k) nedůsledné oddělení každodenního podnikání; l) nedodržování základních povinností dceřinou společností (tj. oddělené vedení záznamů a účetnictví, svolávání valných hromad a schůzí představenstva).

Z posledního případu se dá velice dobře inspirovat a poukázat na základní spojitosti nutné pro dovození vztahu mezi oběma společnostmi. Stejně jako americké soudy se v tomto případě domnívám, že není třeba analýzy určitých specifických podmínek, ale jde spíše o působení obou společností a to zejména na třetí osoby. Je tak třeba vnímat hospodářskou realitu a vyhodnotit, nakolik jsou obě společnosti propojené a na tomto základě případně rozšiřovat odpovědnost. Klíčový je prvek propojenosti, resp. unity a následně se dá uvažovat o připojení ještě některého z dalších kritérií, jako je tomu ve Spojených státech v kritériu spáchání podvodu nebo nespravedlnosti.

Jedna z dalších možností pro rozšíření odpovědnosti v zemích common law je rovněž i tzv. reverse piercing, který rozšiřuje odpovědnost nikoliv pouze o stupeň výše, ale současně na veškeré společnosti a subjekty vlastněné mateřskou společností. V citovaném případě Bulova by tak došlo kupř. k rozšíření na všechny dceřiné společnosti Hattori ve Spojených státech amerických a nejenom na mateřskou společnost. Pro více informací o reverse piercingu odkazují na podrobnější zahraniční literaturu⁷. Domnívám se, že není třeba se reverse piercingu věnovat podrobněji s ohledem na skutečnost, že kromě rozdílu z pohledu dotčených subjektů se jedná o prakticky totožnou proceduru, jakou je i klasický piercing of the corporate veil.

Potenciální řešení problému odpovědnosti mateřských společností pro oblast common law lze spatřovat i v tzv. institutu estoppelu (tj. zákonné překážce)⁸. V zemích common law existuje spousta různých druhů estoppelů a každý se aplikuje odlišným způsobem. Společným

⁷ Vanderkerckhove, K.: *Piercing of the Corporate Veil*. Kluwer Law International, 2007

⁸ K problematice estoppelu bylo více publikováno kupř. v knize Cooke, E.: *The Modern Law of Estoppel*. Oxford University Press, 2000.

jmenovatelem pro všechny je zřejmě skutečnost, že představují právní zásadu chránící stranu před neplněním smlouvy a bránící protistraně určitých nároků. Řečí amerického soudnictví se jedná o situaci, kdy zjištění překážky brání straně, aby mohla využít některého práva nebo výhody vyplývající ze smlouvy proto, že tím současně omezuje rozsah plnění svých povinností z téže smlouvy vyplývající. S ohledem na mnoho různých forem estoppelů je však nutno podotknout souladně s prof. Bělohlávkem a doktrínou, že estoppel může vést touto cestou i k zakládání hmotně-právních nároků, tj. pozitivního práva⁹ V souladu s níže popsanou situací v Německu a doktrínou culpa in contrahendo vystupuje kupř. tzv. promisory estoppel, který zakládá odpovědnost určitého subjektu i za pouhý příslib plnění. Domnívám se, že ve světle níže citovaného rozhodnutí Architecten Spolkového soudu v Německu by bylo možné na základě promisory estoppel dovést rozšíření odpovědnosti na další členy koncernu i v zemích common law majících tento institut ve svých právních řádech. I v této souvislosti se opakuje spojení zásad rozumného očekávání a vzájemné důvěry jednotlivých stran závazkových vztahů. Obdobně jako v případě teorie group of companies, zmíněné v následující části tohoto příspěvku, se domnívám, že lze na tyto případy aplikovat judikatura a zejména argumentace v ní obsažená vztahující se k rozšiřování rozhodčí smlouvy¹⁰.

5. EVROPSKÝ KONTINENTÁLNÍ PŘÍSTUP ANEB PROČ STUDOVAT PRÁVNÍ PRINCIPY

Budeme-li zkoumat postupy rozhodování o rozšiřování odpovědnosti či jen pouze dovození jurisdikce v zemích Evropské unie (dále jen "EU"), tak musíme dospět ke dvěma možným způsobům. Je možné jednat postupovat na úrovni "evropské", kdy bude našim zájmem právo Evropské unie nebo se můžeme zaměřit na právní řády jednotlivých členských států a jejich postupy. Navzdory skutečnosti, že zřejmě podstatnější část doktríny k řešené problematice pochází ze Spojených států amerických, jsem se rozhodl se krátce věnovat oběma částem. V první části této kapitoly se tak zaměříme na úpravu na úrovni EU a následně se stručně přesuneme k řešení z pohledu práva německého, francouzského, švýcarského a španělského.

Na úrovni práva Evropské unie v tuto chvíli schází jakákoliv komplexní úprava a to navzdory snaze o její úpravu v tzv. deváté směrnici¹¹. Dle

⁹ Bělohlávek, A.J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 1004 a násl.

¹⁰ Např. rozhodnutí U.S. Court of Appals, Fourth Circuit ve věci J.J. Ryan & Sons, Inc. vs. Rhone Poulenc Textile S.A.

¹¹ Havel, B.: Předpokládané změny obchodního práva při rekonstrukci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona, Obchodněprávní revue, 2009, č. 1, s. 5

odborné literatury je prohlašováno, že by mělo docházet pro účely celoevropské k následování francouzského postupu založeného na soudním rozhodování a tzv. Rosenblum konceptu a doplnit tyto postupy o pravidla wrongful trading. Tento postup by měl sledovat převážně zájmy dvou skupin subjektů a to na jedné straně věřitelů a současně na straně druhé minoritních akcionářů. Otázkou zůstává, jakým způsobem nastavit postupy za předpokladu, že tyto zájmy nejsou v souladu a je třeba zvolit podstatnější. Na druhé straně této možné koncepci potom stojí zejména postup založený na německé doktríně, obecných právních principech a odstraňující pouze překážku nezávislosti jednotlivých právnických osob v koncernu (tj. Durchgriff). Tento přístup by se následně velice podobal ve svém základu přístupu americkému. Jako hlavní rozdíl by sloužila především nutnost argumentace prostřednictvím obecných principů ve srovnání s pouhou prezentací faktů v případě přístupu amerického a současně v některých případech zdůvodnění podvodu či existence nespravedlnosti. S ohledem na skutečnost, že schází obecná shoda, co ve Spojených státech je oním podvodem či nespravedlností, je možné se rovněž domnívat, že právě toto kritérium by oba přístupy mohlo ještě více přiblížit s ohledem na obecnou regulační funkci tohoto kritéria.

Současně s výše řečeným je nutné podotknout, že v této kapitole se nebudeme věnovat tolik odpovědnosti a náhradě škody uvnitř podnikatelských seskupení, resp. koncernů, ale půjde výlučně o vztahy vně a tedy odpovědnost členů seskupení vůči věřitelům, tj. třetím osobám. Vnitřní úprava koncernového práva je kupříkladu v německém právu poměrně podrobně upravena.

S ohledem na prezentovaný fakt, že na úrovni celé Evropské unie schází výslovná úprava, je nutno se zaměřit na rozhodnutí Evropského soudního dvora (dnes Soudního dvora Evropské unie, dále jen ESD) a jediný alespoň analogicky aplikovatelný případ SAR Schotte GmbH vs. Parfums Rotschild SARL. a odpověď na předběžnou otázku v tomto případě řešenou. Jednalo se o výklad čl. 5 odst. 5 úmluvy Brusel I12 (dnes již nařízení Brusel I) o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, přesněji o skutečnost, zda-li se může toto ustanovení použít pro určení příslušnosti i pro dceřiné společnosti a to navzdory tomu, že tento pojem v jeho znění není nikde obsažen. V řešeném případě se jednalo o situaci, kdy spor byl zažalován v Německu u soudu v Düsseldorfu na základě právě čl. 5 odst. 5 úmluvy Brusel I. Jednalo se o poměrně běžný

12 Článek 5:

Osoba, která má bydliště na území některého členského státu, může být v jiném členském státě žalována...

5. jedná-li se o spor vyplývající z provozování pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny, u soudu místa, kde se tyto složky nacházejí;

spor založený na vadně dodaném zboží ze strany Parfums Rotschild, francouzské společnosti. Příslušnost soudu v Düsseldorfu byla určena dle dceřiné společnosti Rotschild GmbH. V úvodní části sporu byla žalována dceřiná společnost přímo, ale to bylo záhy napraveno kvůli zpětvzetí žaloby Schotte z důvodu dodávky parfémů právě francouzskou společností. Schotte ve svém podání zejména argumentovalo tím, že příslušnost je určena jako "místo jiné provozovny". V první instanci soud v Düsseldorfu odmítnul svou příslušnost a tak došlo k odvolání, kde na základě stejné argumentace Oberlandgericht položil řešenou předběžnou otázku, zda-li lze tímto způsobem příslušnost založit a to i navzdory skutečnosti, že se nejedná žádným způsobem o závislou provozovnu, ale současně s tím, že obě společnosti mají stejné obchodní jméno, management a postupují při jednáních a činnosti jménem francouzské společnosti a dceřiná společnost je prodloužením společnosti mateřské?

ESD ve svém rozhodnutí analyzoval čl. 5 odst. 5 úmluvy s odkazem na minulé rozhodnutí ve věci Somafer vs. Saar-Ferngas z roku 1978 a na tomto případě demonstroval, že i národní soud může aplikovat čl. 5 odst. 5 a dovodit svou příslušnost i v situacích, kdy společnost slouží jako prodloužení mateřské společnosti založené v dalším smluvním státě a není pobočkou, ale zcela nezávislou společností. Jako odůvodnění pro toto rozhodnutí mu sloužil zejména princip právní jistoty, jelikož neshledává příliš velkého rozdílu mezi instituty vypočtenými v úmluvě Brusel I a způsobem fungování nezávislé společnosti jako jisté formy prodloužení společnosti mateřské do dalšího státu. Zástupně poté rovněž konstatuje, že toto prodloužení kromě jiného vykazuje veškeré charakteristické rysy pobočky. Zcela v tomto bodě s ESD souhlasím, jelikož rovněž neshledávám jediný důvod, proč ve výjimečných případech situaci takto neposuzovat. Závěrem tak ESD zopakoval veškeré výše popsané skutkové znaky (tj. a) totožné obchodní jméno; b) společný management; c) vystupování v obchodech jménem druhého (participace jak při jednání, tak i plnění smluv) a d) korespondence dceřiné společnosti působila jako adresovaná pobočkou mateřské společnosti). Dle ESD musí podnikatelé mít možnost se spolehnout na skutečnosti v takové podobě, v jaké se jeví navenek. Jeví-li se tedy společnost jako pobočka společnosti mateřské, tak je třeba v tomto chránit podnikatele spoléhající se na to, jak vztah působí vůči třetím osobám. ESD tak uzavřel, že článek 5 odst. 5 úmluvy Brusel I se musí použít i na společnosti nemají dle práva přímou vazbu na společnost mateřskou z jiného členského státu.

Navzdory odlišnému skutkovému i právnímu základu ve srovnání se Spojenými státy americkými se tak i evropský přístup jeví jako poměrně podobný. V tuto chvíli sice neexistuje žádný jednotný přístup k rozšiřování odpovědnosti vůči dalším společnostem, ale současně je nutné ve světle rozhodnutí Rotschild konstatovat, že případná kritéria budou vystavěna s největší pravděpodobností obdobně jako ve Spojených státech amerických. K tomuto přesvědčení mne vede zejména odůvodnění ESD, který

nehodnotil případ na základě jakéhokoliv práva, ale rovněž spíše zohlednil skutkový základ a konstatoval, že se jednalo o prodloužení společnosti mateřské a je nutné na ni tudíž hledět obdobně jako na pobočku. Samozřejmě je však nutné vzít zřetel i na argumentaci s ohledem na dobrou víru a působení vůči třetím osobám. To se ale snaží nepřímou chránit i doktrína a postupy americké. Odlišnosti jsou tak zatím spíše systematického rázu, než-li přímo právní.

Budeme-li hovořit o jednotlivých právních rádech EU, tak je nutné začít u Německa, které poskytuje několik možností, jakým způsobem se domáhat odpovědnosti po třetích osobách. S ohledem na skutečnost, že přístup německý představuje největší protiváhu americké doktríně piercingu si dovolím věnovat více prostoru právě způsobům rozšíření odpovědnosti v této zemi a následně pouze krátce shrnu dva případy umožňující rozšíření odpovědnosti i ve Španělsku, Francii, resp. Švýcarsku.

V Německu existují obecně dva různé způsoby, jak rozšířit odpovědnost vůči třetím osobám i na další členy koncernu. Je to možná zejm. v souladu a) s ustanovením o náhradě škody (§826 BGB) nebo b) doktrínou culpa in cotrahendo. Na jedné straně tak lze situaci řešit za pomoci obdobných prostředků koncernového práva jako v případě České republiky a současně je ale na místě vůči třetím osobám aplikovat obecné principy obsažené v kodexech soukromého práva. Jako vůdčí lze přitom brát zejména §826 BGB stanovující, že osoba, která způsobí jinému úmyslně škodu způsobem rozporným s dobrými mravy, je zavázána k náhradě škody¹³. Pod tento případ se dají dle názoru citovaného autora a judikatury rovněž zařadit i případy, kdy dochází k míšení jednotlivých struktur a v návaznosti jejich majetku. Jako další případy pak uvádí podkapitalizaci, která tak v německé doktríně představuje další z důvodů pro rozšíření a to nezávisle na skutečnosti, zda-li k ní došlo při vzniku společnosti nebo až v průběhu její existence. K podmínce podkapitalizace je však nutné s ohledem na znění § 826 BGB připojit i vůli poškodit věřitele společnosti. V tomto ohledu je nutné upozornit rovněž na skutečnost, že posuzování se děje na objektivní bázi, jelikož společník musí být dle německého modelu korporátního práva informován statutárními orgány společnosti o její situaci a předpokládá se, že tak ví o nedostatku finančních prostředků. Autor citovaného článku navíc připojuje k dovození odpovědnosti i možnost pokračování v podnikání s vědomím neživotaschopnosti společnosti, popř. pragmatické nevyhlášení konkurzu na společnost za situace, kdy je to již nevyhnutelné. Tuto situaci následně demonstuje na případě Architekten Spolkového soudního dvora z roku 1978. V tomto případě komanditní společnost byla silně podkapitalizována a nesla současně veškerá rizika podnikání, ale na druhé straně veškeré zisky plynuly jejím společníkům. Není snad třeba připomínat,

¹³ Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy, 2003, č.11, s.4.

že právě tato situace je tou, na kterou se snaží dopadnout citát A. Bierce z úvodu tohoto příspěvku. Podstatné je na situaci zdůraznit silnou disproporci mezi činností společnosti (výstavba bytového komplexu) a pouze minimálním základním a obligatorně stanoveným kapitálem společnosti. Tato myšlenka a role základního kapitálu byla ostatně výrazně kritizována i při diskuzi k příspěvku Aleny Pokorné z tohoto sborníku při jejím vystoupení na Dnech práva. V řešeném případě se navíc postupem času ukázalo ještě zřetelněji, že finance poskytnuté společníky nebudou postačovat pro krytí nákladů vůči třetím osobám a Spolkový soudní dvůr tak rozhodil, že komanditisté jsou odpovědní dle §826 BGB.

Druhou z možností pro dovození odpovědnosti je doktrína culpa in contrahendo (předsmluvní odpovědnosti)¹⁴, jež není do této chvíle dostatečně v českém právu popsána a řešena, ale jež právě v Německu nalezla velkého rozšíření. Podle této doktríny mohou vzniknout závazky stran ještě před uzavřením určitého úkonu a to na základě vzniku jistého paktu důvěry mezi oběma stranami. Tato teorie se aplikuje dle Spolkového soudního dvora na koncernové právo tím způsobem, že společník společnosti, člena koncernu, musí uvědomit protistranu o možných budoucích finančních potížích společnosti. Není-li této povinnosti dostatečně vyhověno, tak společník neinformující své obchodní partnery odpovídá za škodu, která vznikne třetí straně s ohledem na důvěru mezi stranami vzniklou. K této podmínce se občas připojuje i další a to vystupování společníka jako by jednal ve svých vlastních záležitostech, což bylo v minulosti potvrzeno i Spolkovým soudním dvorem¹⁵.

Nezůstává než tedy uzavřít, že obdobně jako v případě Spojených států amerických je i doktrinální přístup v Německu založený spíše na kazuistice a individuálním posuzování jednotlivých skutkových stavů. Problematické na této situaci je, že je zcela nepředvídatelná z pohledu konečného rozhodnutí pro adresáty práva a zcela jistě by bylo vhodnější zanést do kodexů v Německu přesnější řešení, které by vymezovalo co nejpřesněji jednotlivá kritéria. Otázkou na druhou stranu zůstává, zda-li to je v těchto situacích a situacích obdobných zneužívání práva vůbec možné. Jak často říká ostatně Petr Hajn na svých přednáškách, lidská tvořivost k obohacování se nekalým způsobem je nekonečná. Právě z toho důvodu nebylo možné po dobu delší než jednoho století přijít s koncepcí přesného vymezení nekalé soutěže a právě toto může být i důvodem selhání v oblasti rozšíření odpovědnosti v Německu.

¹⁴ Pro podrobnější informace o této doktríně odkazují na publikaci Hrádek, J.: Předsmluvní odpovědnost: Culpa in contrahendo. Praha: Auditorium, 2009

¹⁵ Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy, 2003, č.11, s.6.

Půjdeme-li Evropou dále, tak zjistíme, že obdobná kritéria se používají i pro účely rozhodčího řízení a rozšíření rozhodčí smlouvy i na další subjekty, které rozhodčí doložku nepodepsali, ale jsou nějakým způsobem propojeny s původními stranami. K této problematice však zaujímá většina států EU negativní postoj (viz. např. rozhodnutí OGH v Rakousku sp. Zn. 6 Ob 1512/88 z roku 1988 nebo sp. Zn. 7 Ob 221/98w z roku 1998)¹⁶. Není tomu však z důvodů vymezených kritérií, jež však mohou být považována za příliš slabá, ale spíše o specifickou problematiku rozhodčího řízení, jež vyžaduje výslovný souhlas účastníka rozhodčího řízení s rozhodnutím ve věci rozhodčím soudem. Při opačném postupu by došla na úhonu zásada zákonného soudce a práva na spravedlivý proces, protože by rozhodování o právním sporu určité osoby byla bez její výslovné vůle odňata zákonnému soudci a předána do rukou nestátního subjektu, tj. rozhodčího soudu nebo dokonce rozhodce ad hoc¹⁷.

Jako základ pro rozšíření účinků rozhodčí smlouvy se považuje rozhodnutí Cour d' appeal v Paříži z roku 1988 ve věci Isover - Saint-Gobain vs. Dow Chemical France, které založilo novou teorii group of companies¹⁸. V tomto rozhodnutí soud rozhodl, že mateřská společnost koncernu Dow Chemical je vázána rozhodčí doložkou a to z toho důvodu, že asistovala podpisu, plnění a ukončení smlouvy. Na tomto rozhodnutí je velice často kritizováno, že nastavil kritéria pro rozšíření jako příliš mírná. Zda-li se dá s tímto souhlasit je zřejmě otázkou, kterou bude posuzovat každý budoucí rozhodce a soudce při inspiraci tímto rozhodnutím, ale je třeba minimálně podotknout, že i toto rozhodnutí ukazuje na skutečnost, že z pohledu předvídatelnosti práva je situace nesmírně kritické a žádná společnost si nemůže být jistá tím, zda-li se na ni na základě některého jejího minulého jednání nebude možné dovolávat nároku vůči někomu zcela jinému. Obdobně jako ve Francii byla tato teorie přijata i ve Švýcarsku a uvažuje se o její možné akceptaci i v dalších státech světa¹⁹. V této věci se obdobně kupř. ve Španělsku Nejvyšší soud vyjádřil v rozhodnutí Interactive Television, S.A. vs. Banco Bilbao Vizcaya, S.A. et Satcom Nederland BV z roku 2005. V této věci sice Nejvyšší soud Španělska nerozhodl o rozšíření, ale při vrácení případu níže se vyjádřil k vztahu vázanosti smluv,

¹⁶ Bělohlávek, A.J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 1011

¹⁷ Pro podrobnější pojednání o specifikách rozhodčího řízení doporučuji knihu: Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.

¹⁸ Další uvozovací judikatura k teorii group of companies je uvedena v Bělohlávek, A.J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 1016 a násl.

¹⁹ Bělohlávek, A.J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 1012 a násl.

zajišťovacího institutu a vzájemné propletenosti smluv až do takové míry, že nebylo možné jednotlivé vztahy od sebe dostatečně rozpoznat.

Shrneme-li tedy přístup zemí EU k otázce rozšiřování odpovědnosti, tak můžeme učinit obdobný závěr jako tomu bylo v případě Německa. Schází obecné pojednání a jakákoliv výslovná úprava a vše je založeno primárně na ad hoc kazuistickém posouzení případu, které je dle mého názoru zcela nevhodné. Poslední nezodpovězenou otázkou tedy zůstává, jaké mají výše zmíněné teorie důsledky na Českou republiku?

6. DŮSLEDKY PRO ČESKOU REPUBLIKU A SOUVISEJÍCÍ ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Nahlédneme-li pod pokličku českého právního řádu, tak zjistíme prakticky totožnou situaci, jaká právě panuje ve světě. Jediným výrazným rozdílem je fakt, že do této chvíle nebyla žádným způsobem nejenom vyřešena, ale současně i jakýmkoliv způsobem tato otázka řešena v její praktické rovině. Jako jediný rozdíl by se snad dala brát snaha obsáhnout řešení tohoto problému Bohumilem Havlem a dalšími autory do textu navrhovaného nového zákona o obchodních korporacích, který by měl nahradit v otázkách korporátního práva současný zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen ObZ)²⁰.

Za současného stavu by se dalo sice poznamenat, že výslovná úprava tohoto problému je obsažena v ustanoveních §§ 66a-66c ObZ, ale při podrobnějším zkoumání úpravy zjistíme, že tato ustanovení upravují pouze náhradu škody uvnitř koncernového seskupení a vůbec přitom neřeší, jakým způsobem se může hojit věřitel nepocházející z koncernu příslušných společností. Navazujícím způsobem na výše popsané mohou působit i ustanovení §§ 79a, 190b odst. 2. či 194 odst. 5, jak je předkládáno některými autory²¹, ale ani tato ustanovení žádným způsobem neřeší situaci vně koncernu. Dle mého názoru tedy nezůstává jiné možné řešení než postupovat obdobně jako v Německu a případnou odpovědnost dovozovat na základě generálních ustanovení ObZ, popř. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen OZ). Jako nejpříjemnější se mi jeví zejména ustanovení upravující povinnost péče řádného hospodáře u obchodních korporací či obecné náhrady škody či bezdůvodného obohacení. Je nepopiratelné, že vznikne-li působením mateřské společnosti jako společníka ve společnosti dceřiné škoda třetí osobě, tak musí za tuto škodu odpovídat mateřská společnost a to

²⁰ Plné znění návrhu zákona lze najít na oficiálních stránkách připravované reformy soukromého práva: Nový občanský zákoník online zdroj [citováno dne 20.11.2010]. Dostupný ke stažení z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/obecna-vychodiska-navrhu-obchodniho-zakoniku.html>

²¹ Glückselig, R.: Průlom do právní autonomie obchodních společností. Právní rozhledy, 2002, č.5, s.223

nezávisle na formálním oddělení obou společností. Opačný názor se mi jeví jako absurdní a to zejména s odkazem na nutnost prokazování úmyslu a tím pádem i vědomosti či zanedbání povinnosti společníka společnosti (např. ve formě často zmiňované podkapitalizace).

Současně jsem přesvědčen, že obdobně jako v Německu by se mělo dát i v České republice použít doktrínu *culpa in contrahendo*. Problematické na tomto způsobu je ale fakt, že není zcela jisté, jakým způsobem a na základě kterých ustanovení doktrínu aplikovat. Současně není ani jasné, z jakého postavení a jakým způsobem ji chápat a zda-li by se mělo jednat o odpovědnost smluvní či naopak zákonnou. Zde je spousta otázek, které by bylo nutné vyjasnit, ale dojde-li k jejich vysvětlení, tak nebude existovat žádné překážky, proč odpovědnost na základě tohoto institutu nepoužít.

Kromě dvou výše zmíněných postupů možného řešení dle současné právní úpravy nelze opomenout ani připravovaný Zákon o obchodních korporacích (dále jen Zákon), který je však v tuto chvíli stále v připomínkování a nevypadá to, že by měl být v tomto nebo v příštím roce přijat a vstoupit v platnost. Navzdory tomu to ale vypadá, že právě tato úprava má největší šanci na přijetí po více než půl století se současným OZ, resp. dvaceti letech s ObZ. V Zákoně je situace již výslovně řešena v úpravě podnikatelských seskupení, tj. přesněji §75 a násl., kde je stanoveno, že každý kdo pomocí svého vlivu v obchodní korporaci, bez zřetele k tomu, jaký vztah k ní má, ovlivní její chování nebo chování jejích společníků, odpovídá za újmu, která v souvislosti s jeho jednáním této obchodní korporaci nebo jejím společníkům vznikla. Výslovně je potom úprava vůči věřitelům společnosti obsažena v druhém odstavci, jež stanovuje, že vlivná osoba (tj. mateřská společnost) ručí věřitelům ovlivněné osoby za splnění těch jejich pohledávek, které ovlivněná osoba nemůže v důsledku ovlivnění podle odstavce 1 zcela nebo zčásti splnit. Tato úprava poměrně jasně stanovuje odpovědnost vůči věřitelům pro mateřskou společnost v koncernu. I tak zde však zůstává stále několik otázek, jejichž řešení bude nutné do úpravy obsáhnout. Jedná se o otázku výkladu první části § 75 Zákona a to konkrétně otázky vlivu a schopnosti jakýmkoliv způsobem ovlivnit jednání ovlivněné osoby nebo jejích společníků²² Jak si vykládat toto ovlivnění? Je možné zde použít kupř. kritéria obsažená v americké doktríně a sledovat provázanost nebo postačí pouhá rozhodovací a tedy hlasovací způsobilost? Co když nemá mateřská společnost schopnost ovlivnit společnost dceřinou, ale společnosti stále působí na další subjekty jako jedna a totožná? Závěrem

²² Pro účely tohoto ustanovení považují obě alternativy za totožné, jelikož společník by měl v návaznosti na toto ustanovení být chápán pouze z pozice "majitele" společnosti. A pakliže bude takto chápán, tak se jedná de facto o nepřímé ovlivňování určité části dceřiné společnosti. Domnívám se tak, že pouhý odkaz na ovlivnění společnosti by měl být pro účely tohoto ustanovení postačující.

bych rád rovněž dodal, že bude nutno popsat, jaká forma ručení v tomto případě jako důsledek odpovědnosti bude založena.

Všechno výše zmíněné jsou však spíše jen úvahy, kam by se úprava koncernového práva mohla v budoucnu ubírat. Obecně se dá říci, že navrhované změny jsou jistě pozitivní, ale bude významným způsobem záležet na tom, jak si s nimi poradí praxe a zejména výklad soudů. Na druhou stranu je nutné kvitovat obsažení alespoň základní úpravy do formálního pramene práva. Ostatně i některé další oblasti práva jsou upraveny obdobně obecně a až soudní výklad z nich učinil komplexní úpravy (nekalá soutěž, ochranné známky, ustanovení o náhradě škody, směnečná přísnost atd.).

Budeme-li hodnotit úpravu současnou, tak shledáme, že vykazuje znaky neúplnosti, jelikož sice obsahuje úpravu podnikatelských seskupení, ale zcela opomíjí regulovat otázku náhradu škody vůči třetím osobám. Přijmeme-li ale právní teorii o komplexním právním systému, tj. všeznalosti práva, tak musíme zohlednit obecné právní principy, které na otázky odpovědnosti v této oblasti pamatují. Zde je však problém opět absence judikatury. Nezůstává tedy než očekávat nějaké rozhodnutí, popř. novou zákonnou úpravu, která by situaci dokázala dostatečně vysvětlit a pro budoucí případy popsat.

7. ZÁVĚREČNÉ ZHODNOCENÍ ANEB PROLOMIT ČI NEPROLOMIT? UPRAVIT ČI NEUPRAVIT?

Vezmeme-li v potaz výše popsané, tak dospějeme k závěru, že současná situace není příliš lichotivá. Neexistuje prakticky žádná jurisdikce, kde by problematika rozšíření odpovědnosti na další členy podnikatelského seskupení byla výslovně upravena a současně zde byly vymezeny přesně podmínky za kterých jí bude použito. Popsaná situace je následně nesmírně obtížně čitelná pro konečné adresáty práva, jelikož si nemohou být jistí tím, zda-li nebudou odpovědni za jednání některé ze společností ve kterých jsou společníky, ale současně je jejich subjektivita oddělena od subjektivity těchto společností na základě právní fikce existence právnických osob.

Je-li třeba tedy ve světle tohoto příspěvku vyhodnotit a odpovědět na položené otázky, tak se kloním spíše k prvním možnostem. Zcela jistě je třeba korporátní štít prolomit, je-li to třeba, tj. v evidentních případech. Není možné slepě zastávat teorii právní nezávislosti právnických osob a chránit mateřské společnosti za předpokladu, že zcela evidentně zneužívají práva. Současně je nutno však podotknout i to, že je třeba brát v potaz samostatnou právní subjektivitu a oddělenost společníků od společnosti.

Na druhou s položených otázek se pro účely České republiky dá odpovědět velice snadno. S ohledem na skutečnost, že zdrojem práva v České republice je normativní právní akt, je zcela nezbytné alespoň obecně problematiku upravit. Navrhovaný zákon o obchodních korporacích tak činí v §75

základní úpravou chvályhodnou činnost. Zůstává však otázkou, zda-li je tato úprava dostatečná. Osobně se domnívám, že nikoliv a bude třeba rozpracovat ještě detaily popsané v tomto článku a zohledňující problémy, kterým čelí zahraniční právní řády, tj. např. definovat ovládání, připojit určité právně hodnotící kritérium a další. Je možné se samozřejmě vypravit i vlastní cestou, jak tomu v současnosti činí český zákonodárce, ale je nutné pamatovat na fakt, že některé problémy budou řešeny až praxí.

Doufejme, že se nebudeme muset řídit ve vztahu k možnosti výslovné úpravy zakotvené Zákonem citátem W. Benjamina: "Kdo žije z naděje, zemře hladu" a úpravy řešené problematiky se skutečně jednou dočkáme.

Literature:

- Bělohávek, A.J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008
- Cooke, E.: The Modern Law of Estoppel. Oxford University Press, 2000
- Glückselig, R.: Průlom do právní autonomie obchodních společností. Právní rozhledy, 2002, č.5
- Havel, B.: Předpokládané změny obchodního práva při rekodifikaci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona, Obchodněprávní revue, 2009, č. 1
- Hrádek, J.: Předšmluvní odpovědnost: Culpa in contrahendo. Praha: Auditorium, 2009
- Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy, 2003, č.11, s.6.
- Lasák, J.: Soumrak formální samostatnosti osob tvořících podnikatelská seskupení v otázce jurisdikční. Právní rozhledy, 2008, č. 18
- Vanderkerckhove, K.: Piercing of the Corporate Veil. Kluwer Law International, 2007
- Nový občanský zákoník online zdroj [citováno dne 20.11.2010]. Dostupný ke stažení z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-obchodnich-korporacich/obecna-vychodiska-navrhu-obchodniho-zakoniku.html>

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- Wikipedie online zdroj [citováno dne 9.11.2010]. Dostupný ke stažení z:
http://en.wikipedia.org/wiki/Soft_law

Contact – email

hulle.tomas@gmail.com

VYUŽITIE DOLOŽIEK PRI FORMOVANÍ OBSAHU OBCHODNÝCH ZMLÚV

JÁN HUSÁR

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovensko

Abstract in original language

V obchodných vzťahoch je veľmi často využívaný inštitút doložiek, ktorými sa dotvára obsah zmlúv medzi účastníkmi obchodných vzťahov. Doložky majú rozdielny charakter, avšak ich využívanie je realizované za účelom uľahčenia obchodovania a zvýšenia právne

Key words in original language

Doložky; obchodné zmluvy; obchodníci.

Abstract

In trade relations is very often used by the Institute clauses, which completes the content of agreements between the parties business relationship. Clauses have a different character, but their use is implemented to facilitate trade and increase legal ce

Key words

Endorsements; commercial contracts; participants in trade relations.

Záujmom obchodníkov pri uskutočňovaní ich obchodných aktivít je okrem iného aj minimalizácia rizika, ktorým sa sleduje dosiahnutie vyššej pravdepodobnosti úspešného zavŕšenia obchodu. Ďalším záujmom obchodníkov je čo najrýchlejšie uskutočnenie obchodu, v čo najkratšom čase, od zámeru uskutočniť obchod až po jeho realizáciu. Obchodníci usilujú tiež o zníženie transakčných nákladov, využitím rôznych právnych inštitútov, ktoré racionalizujú (ale nezneisťujú) uzavieranie zmlúv, precizujú ich obsah bez potreby rozsiahleho a podrobného formulovania jednotlivých zmluvných dojednaní. V záujme racionalizácie a zvýšenia právnej istoty využívajú obchodníci okrem iného aj doložky.

Doložky sú charakterizované ako doplnkové ustanovenia v zmluvách upresňujúce obsah zmluvy a používané v ustálenej alebo typizovanej forme. Marek K., a Žváčková L. zaraďujú doložky medzi nepriame zmluvné dojednania, ktoré majú zásadný význam pre obsah obchodných záväzkových vzťahov¹. Nepriame zmluvné dojednania sú, podľa Mareka K., a Žváčkovej L., pravidlá, ktoré nie sú formulované v zmluve, ale ktoré

¹ MAREK, K., ŽVÁČKOVÁ, L.: *Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla*, ASPI, Wolters Kluwer, 2008, Praha, 296 s., ISBN: 978-80-7357-33-1, s. 16

určujú vzájomné práva a povinnosti zmluvných strán, pretože strany prejavili vôľu sa nimi riadiť.² V slovenskom právnom poriadku je pojem doložka používaný napr. v Obchodnom zákonníku v ust. § 473 v spojení "cenová doložka" či v ust. § 744 v spojení "menová doložka". Zásadný význam má však ust. § 274 Obchodného zákonníka, podľa ktorého *ak strany použijú v zmluve niektorú z doložiek používaných vo vykladacích pravidlách, predpokladá sa, že strany zamýšľali dosiahnuť touto doložkou právne účinky určené vykladacími pravidlami, na ktoré sa strany v zmluve odvolali, inak vykladacími pravidlami, ktoré s prihliadnutím na povahu zmluvy sa obvykle používajú.*

Doložky

- predstavujú inštitút zmluvného práva,
- sú nepriamymi zmluvnými dojednaniami,
- sú používané v ustálenej podobe,
- plnia najmä racionalizačnú funkciu.

Pojem "doložka" sa niekedy používa ako synonymum pojmu dojednanie, resp. osobitné dojednanie, (napr. dojednania v súvislosti s kúpnu zmluvou podľa § 471 a nasl. Obchodného zákonníka, či osobitné dojednania napr. v diele III., hlavy III., tretej časti Obchodného zákonníka - v ktorom je upravený zákaz ďalšieho vývozu - § 739 a nasl., v literatúre nazývaný často ako doložka o zákaze reexportu, resp. dojednanie o obmedzení predaja - § 742 a nasl.).

Doložky možno kategorizovať podľa viacerých kritérií. Z hľadiska funkcie, ktorú doložky plnia možno rozlišovať doložky, ktoré plnia:

- zabezpečovaciu funkciu,
- racionalizačnú funkciu,
- funkciu precizácie práv a povinností zmluvných strán.

Z hľadiska regulácie možno rozlišovať doložky:

- a) upravené v normatívnych právnych aktoch (napr. cenová doložka - § 473 - 475 Obchodného zákonníka, menová doložka § 744 Obchodného zákonníka, kúpa na skúšku § 471 - 472 Obch. z., zákaz ďalšieho vývozu

² tamtiež, s. 16

§ 739 - 741 Obch. z. dojednanie o obmedzení predaja § 742 - 743 Obch. z., rozhodcovská doložka - zákon 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní),

- b) upravené v neprávnych pravidlách vypracovanými neštátnymi inštitúciami, tuzemskými či medzinárodnými (napr. doložky obsiahnuté v pravidlách INCOTERMS, vypracovaných Medzinárodnou obchodnou komorou v Paríži.
- c) normatívne neregulované, ale v praxi používané, ktoré možno označiť za rozvíjajúce sa, či doposiaľ nevykryštalizované, napr. doložka cross default.

Z hľadiska ich využitia v obchodovaní možno rozlišovať doložky využiteľné len v medzinárodnom obchode a doložky využiteľné tak v medzinárodnom ako aj vnútroštátnom obchode.

Z hľadiska väzby na konkrétny zmluvný typ možno rozlišovať doložky vzťahujúce sa na konkrétny zmluvný typ a univerzálne doložky.

Na konkrétny zmluvný typ, napr. na kúpnu zmluvu sa viaže cenová doložka či doložka o obmedzení predaja. Na úverovú zmluvu sa viaže napr. doložka cross default a na zmluvu o otvorení akreditívu sa viaže doložka červená či zelená.

Medzi univerzálne doložky (bez väzby na konkrétny zmluvný typ) možno zaradiť rozhodcovskú doložku či Salvatorskú doložku.

Možno tiež rozlišovať medzi doložkami, ktoré sú využívané v medzinárodných zmluvách medzištátnej povahy, či doložkami využívanými obchodníkmi v obchodných zmluvách medzi nimi.

Presný výpočet doložiek je ťažko vymedziť, pretože tak v odbornej literatúry ako aj v praxi sa niektoré doložky označujú rozdielne, hoci ide o obsahovo identické alebo takmer identické doložky, resp. niektorí autori považujú za jednu doložku celý súbor doložiek, napr. v prípade INCOTERMS.

Napr. Rozehnalová, N. uvádza, že v medzinárodných zmluvách medzištátnej povahy sa uplatňujú tieto doložky (režimy):

- režim najvyšších výhod, ktorým sa rozumie situácia, kedy sa štát zaväzuje priznať subjektom (službám, tovaru, kapitálu) patriacim k druhému štátu, rovnaké zaobchádzanie, ktoré priznal či v budúcnosti prizná subjektom patriacim ku ktorémukoľvek tretiemu štátu. Tento režim, obsiahnutý v zmluvnej doložke, zabezpečuje rovnaké nakladanie so všetkým cudzím tovarom osobami či kapitálom bez rozdielu;

- národný režim, ktorý označuje takú úpravu právneho postavenia štátnych príslušníkov (resp. tovaru atď.) iného štátu, keď sa s nimi zaobchádza rovnako ako s vlastným občanom (označuje sa rovnako aj ako asimilačný režim, tzn. že cudzinci sa asimilujú k vlastným občanom), niekedy sa označuje ako paritná doložka;
- recipročný režim, v rámci ktorého sú priznané príslušníkom, resp. tovaru z dvoch štátov navzájom rovnaké výhody, resp. výhody považované obidvomi stranami za rovnaké;
- preferenčný režim, ktorým sú priznávané príslušníkom druhého štátu výhody, ktoré nie sú priznávané príslušníkom iných štátov.³

V medzinárodných zmluvách medzištátnej povahy sa niekedy používa tiež pohraničná doložka, ktorá ustanovuje, že táto medzinárodná obchodná zmluva sa nevzťahuje na určité práva, úľavy alebo výsady poskytované v rámci uľahčenia pohraničného styku so susedným štátom v pásme spravidla od 5 do 15 km z každej strany štátnej hranice. Táto doložka predstavuje jednu z povolených výnimiek z doložky najvyšších výhod.

Bystrický, R. k pohraničnej doložke ďalej uvádza, že v niektorých zmluvách sa rozlišuje medzi malým pohraničným stykom a veľkým pohraničným stykom a rozlišuje tiež oblastné doložky, ktoré spočívajú na dojednaní dvoch alebo viacerých štátov v tej istej oblasti, podľa ktorého si tieto štáty poskytujú colné alebo iné výhody, ktoré zostanú obmedzené na zmluvné štáty a ktorých sa nemôžu dožadovať mimooblastné štáty podľa doložky najvyšších výhod.⁴

Marek, K., Žváčková, L. uvádzajú - okrem iných - tieto doložky, ktoré sú používané vo vnútroštátnom a medzinárodnom obchode:

- čistiaca klauzula - ktorej cieľom je vylúčiť tzv. predzmluvnú zodpovednosť strán za konania urobené pred uzavretím danej zmluvy;
- včleňovacia doložka - ktorou sa do textu zmluvy zahrnie, že neoddeliteľnou súčasťou tejto zmluvy sú konkrétne zmluvné alebo dodacie podmienky;

³ ROZEHNALOVÁ, N.: Právo medzinárodného obchodu, ASPI, Wolters Kluwer, 2006, Praha, s. 34 a nasl.

⁴ BYSTRICKÝ, R.: Právo medzinárodného obchodu, Svoboda, Praha 1967, s. 147

- doložky INCOTERMS - pričom je potrebné označiť jednu z doložiek a prípadne uviesť miesto a dátum plnenia a odkaz na verziu INCOTERMS - od 1. 1. 2011 nadobudne účinnosť verzia INCOTERM 2010;
- Salvatorská klauzula - je dojednanie obsiahnuté spravidla v závere zmluvy, podľa ktorého ak sa niektoré ustanovenie zmluvy stane neplatné alebo neúčinné, nedotýka sa táto neplatnosť či neúčinnosť iných ustanovení zmluvy a strany sa zaväzujú rokovať o nahradení takýchto neplatných či neúčinných ustanovení tak, aby nové ustanovenie bolo v súlade s účelom zmluvy;
- doložka o výhrade vlastníckeho práva - znamená, že vlastnícke právo k tovaru prechádza z predávajúceho na kupujúceho v okamihu zaplatenia celej kúpnej ceny za dodaný tovar;
- doložka o okolnostiach vylučujúcich zodpovednosť (tzv. doložka vyššej moci) - ktorej dôsledkom je vylúčenie zodpovednosti za škodu počas trvania prekážky. Ak je nemožnosť plnenia v dôsledku prekážky trvalá, je trvalo vylúčená aj zodpovednosť za škodu;
- hardship doložka - ktorá sa používa v prípade, ak sa v dôsledku vonkajších okolností stane plnenie jednej zo zmluvných strán ťažké alebo nevýhodné, čím dôjde k podstatnému vychýleniu zo zmluvnej rovnováhy, pričom účelom tejto doložky je uvedenie záväzkového vzťahu opäť do rovnováhy;
- cenová doložka - patrí medzi doložky právne upravené; touto doložkou možno dohodnúť dodatočnú úpravu ceny s prihliadnutím na zmenu výrobných nákladov;
- menová doložka - reaguje na zmenu kurzov dvoch mien a to meny kontraktu a zabezpečujúcej meny;
- zákaz reexportu - spočíva v záväzku kupujúceho, že kúpený tovar nevyvezie do inej krajiny, resp. mimo dohodnutého územia;
- zákaz ďalšieho predaja tovaru - znamená obmedzenie pre kupujúceho v možnosti predaja tovaru, ktorý je predmetom zmluvy ďalším osobám;
- doložka o povinnosti obstaráť úradné povolenie - predstavuje povinnosť predávajúceho obstaráť potrebné úradné povolenie na vývoz tovaru, napr. veterinárne, rastlinolekárске či iné;
- doložka o voľbe práva - spočíva vo výbere právneho poriadku, ktorým sa bude riadiť konkrétny zmluvný vzťah;

- doložka o použití Viedenského dohovoru - ktorou sa strany môžu dohodnúť na tom, že Viedenský dohovor o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru sa použije ako tzv. externá súčasť zmluvy;
- doložka o vylúčení použitia Viedenského dohovoru - podľa čl. 6 Viedenského dohovoru sa môžu strany dohodnúť, že Viedenský dohovor o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru sa na ich vzťah nepoužije;
- dodatočná voľba práva - dáva stranám možnosť dohodnúť sa dodatočne na právnom poriadku podľa ktorého sa bude rozhodovať v ich spore;
- rozhodcovská doložka - možno dohodnúť, že spory z danej zmluvy či zo zmlúv medzi zmluvnými stranami bude rozhodovať konkrétny rozhodcovský súd;
- zmluva o rozhodcovi - predstavuje dojednanie strán, že ich spor rozhodne konkrétna osoba ako rozhodca.⁵

V obchodných vzťahoch sa používajú ešte aj tieto doložky:

- kĺzavá doložka - sa nazýva tiež fluktuálna doložka; ide o druh cenovej doložky ktorou sa uvádzajú do vzájomného pomeru výška výrobných nákladov a kúpna cena;
- valorizačná doložka - obsahuje zmluvné zabezpečenie v kúpnej zmluve voči riziku znehodnotenia meny v čase úhrady kúpnej ceny;
- doložka "cross - default" - býva obsiahnutá v syndikátnych úverových dohodách na základe ktorej účastníci dohody postupujú voči všetkým veriteľom rovnako;
- doložka červená - sa vzťahuje na dokumentárny akreditív; na jej základe banka v ktorej je akreditív splatný je prikazujúcou bankou splnená, aby za podmienok uvedených v akreditíve poskytla oprávnenému zálohu do určenej čiastky ešte pred predložením dokumentov uvedených v akreditíve;
- doložka zelená - - sa vzťahuje na dokumentárny akreditív; touto doložkou splnomocňuje banku oprávneného, aby za podmienok uvedených v akreditíve mu poskytla zálohu do určenej čiastky ešte pred

⁵ MAREK, K., ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, ASPI, Wolters Kluwer, 2008, Praha, ISBN: 978-80-7357-33-1, s. 207 a nasl.

predložením predpísaných dokladov, teda napr. už v čase prípravy tovaru na dodanie;

- doložka arestačná - predstavuje spôsob zabezpečenia splnenia zmluvných záväzkov hrozbou arestácie, t.j. zadržania lode ku ktorému dôjde pri nesplnení povinností;
- dokovacia doložka - predstavuje výhradu v zmluvách na stavbu lodí a tiež v zmluvách na predaj lodí z druhej ruky, ktorou si objednávateľ prevádzky lode alebo kupujúci vyhradzuje schválenie nájmu alebo kúpy lode po prehliadke v suchom doku, kontrole alebo konzervácie lodného spodku;
- doložka á fortait - je typom obchodnej doložky pri ktorej sa odberateľ vopred zaväzuje, že nebude reklamovať kvalitu tovaru, ktorý mu bude dodaný; dodávateľ môže dodať i tovar, ktorý je nekvalitný, avšak tento tovar musí byť použiteľný na dohodnutý účel;
- doložky AFTD - American Foreign Trade Definition, ktoré sú obdobou doložiek INCOTERMS, avšak ich obsah je odlišný;
- konkurenčná doložka - sa používa napr. v zmluvách o obchodnom zastúpení a predstavuje záväzok obchodného zástupcu voči zastúpenému, že nebude vyvíjať konkurenčnú činnosť pri rovnakom druhu tovaru a na rovnakom území na ktorom pôsobí, touto doložkou sa môže chrániť aj obchodný zástupca, a to tým, že zastúpený sa zaviazal, že na danom území a v obchode s určitým druhom tovaru nezverí zastupovanie inému obchodnému zástupcovi.
- doložka S. E. & O. - s výhradou omylu, je doložka, ktorá poukazuje na možné omyly, chyby a nepresnosti vo výpisoch z účtov, v obchodných informáciách a prevzatých správach; ak materiál obsahuje túto doložku, má len charakter nezáväznej informácie a zbavuje osobu ktorá túto informáciu poskytla zodpovednosti za správnosť a úplnosť danej informácie.

Inštitút doložiek nemožno skúmať izolovane, ale len vo väzbe na zmluvné vzťahy.

Pri skúmaní inštitútu doložiek možno vystopovať najmä tieto tendencie:

1. tendencia rozširovania právnej regulácie doložiek - táto tendencia sa prejavuje ako menej výrazná;
2. tendencia rozširovania regulácie doložiek v neprávnych pravidlách - táto tendencia sa prejavuje výraznejšie;

3. tendencia rozširovania "palety" doložíek, ako dôsledok prehlbujúcich sa osobitostí jednotlivých druhov obchodov - pri súčasnom zániku používania doložíek prekonaných obchodnou praxou;
4. tendencia stabilizácie obsahu jednotlivých doložíek na základe ustálenosti obchodnej praxe.

Vo vzťahu k 1. a 2. tendencii, ktoré sa javia ako protikladné, možno uviesť, že ide v podstate o to, či preferovať právnu reguláciu doložíek alebo či má viac predností mimoprávna regulácia doložíek a teda táto by mala byť preferovaná. Pri posudzovaní výhod či nevýhod právnej a mimoprávnej regulácie doložíek má byť rozhodujúci pohľad obchodníkov, resp. všeobecnejšie povedané, účastníkov zmluvných vzťahov.

Právna regulácia doložíek má prevažne dispozitívny charakter. Legislatívna technika je založená na formulovaní právnych noriem ako záväzných pravidiel a nevyužíva výklad normatívnej úpravy, resp. dôvody takejto úpravy ako súčasť normatívneho textu. Vymedzenie dôvodov normatívnej úpravy tak zostáva skryté, resp. je obsiahnuté len v dôvodovej správe k navrhovanej normatívnej úprave. Normatívna úprava doložíek je spravidla stručná a všeobecná, neuchýľuje sa ku kazuistike. Z hľadiska vyššej miery právnej istoty účastníkov zmluvných vzťahov je tak pri využívaní doložíek, ktoré sú normatívne regulované, dôležitý výklad právnej úpravy týchto doložíek. Výklad právnej úpravy (výklad práva) v zásade nie je právne záväzný. Aby účastníci zmluvného vzťahu mali istotu, že obsah použitej doložky ponímajú rovnako, mali by výklad použitej doložky zahrnúť do textu zmluvy, čím by sa v zmluve obsiahnutý výklad doložky stal pre účastníkov zmluvy záväzný a mal by tiež prednosť pred dispozitívnymi ustanoveniami zákona. Pri tradičných doložkách, ktoré sú už dlhšiu dobu regulované v normatívnych právnych aktoch, by sa mohli spoliehať na ustálenú súdnu judikatúru. takýto prístup, t. j. spoľahnutie sa zmluvných strán na to, že obsah doložky je ustálený konštantnou judikatúrou, je pomerne zložitý, pretože predpokladá odbornú právnu kvalifikáciu účastníkov zmluvného vzťahu, čo pri bežných obchodoch realizovaných malými obchodníkmi a v malých objemoch predstavuje zbytočne vysoké transakčné náklady. V medzinárodnom obchode k tomu pristupuje ako ďalší faktor zníženia miery právnej istoty účastníkov zmluvného vzťahu rozdielna právna úprava v právnych poriadkoch štátov, v ktorých majú sídlo, bydlisko alebo miesto podnikania účastníci zmluvného vzťahu a jazykové rozdiely a tiež často ani právne kvalifikovaným osobám neznáma judikatúra, či už všeobecných súdov alebo rozhodcovských súdov. Vzhľadom na uvedené tendencie normatívnej právnej regulácie doložíek sa v súčasnosti prejavuje menej výrazne. Menej výrazný prejav tejto tendencie súvisí aj s tradičným konzervativizmom zákonodarcov pri úprave záväzkových vzťahov.

Výraznejšie sa prejavuje druhá z naznačených tendencií regulácie doložíek, a to regulácia neprávnyimi pravidlami, ktorá sa oproti právnej regulácii vyznačuje viacerými prednosťami. Zásadný rozdiel spočíva v tom, že v

neprávnych pravidlách možno využiť a aj sa využíva výklad takejto úpravy ako súčasť regulácie. Typickým príkladom je regulácia dodacích doložiek INCOTERMS, vydávaných Medzinárodnou obchodnou komorou v Paríži ktorej súčasťou sú vykladacie pravidlá. Použitie konkrétnej doložky v zmluve a odkaz na výklad týchto doložiek poskytuje stranám potrebnú mieru istoty, že použitú doložku si budú vykladať rovnako účastníci zmluvy a že tento výklad bude záväzný aj pre súd (rozhodcovský či všeobecný) pri súdnom rozhodovaní sporu.

Pri skúmaní obchodovania, obchodných praktík využívaných v obchodovaní a postupov obchodníkov, možno postrehnúť, že pri používaní doložiek, prebieha určitý vývoj. Pribúdajú nové doložky a naopak, prestávajú sa používať doložky, ktoré sú obchodnými praktikami prekonané. Doložky a ich používanie prechádza môžu prechádzať týmito etapami (fázami):

1. použitie doložky a jej výklad v samotnej zmluve, v ktorej je doložka použitá, teda v konkrétnej realizačnej zmluve;
2. použitie doložky a jej výklad v rámcovej zmluve, pričom v realizačných zmluvách strany odkážu na doložku a jej výklad v rámcovej zmluve resp. doložka sa stáva súčasťou obchodných či dodacích podmienok;
3. vypracovanie pravidiel zahŕňajúcich doložku a jej výklad a publikácia týchto pravidiel neštátnou inštitúciou;
4. využívanie doložky v obchodnej praxi s odkazom na konkrétne neprávne pravidlá.

Vývoj doložiek začína ich prvým použitím v konkrétnej zmluve medzi zmluvnými stranami, vrátane výkladu použitej doložky. Druhá etapa, v ktorej sa doložka dostáva do rámcovej zmluvy, ktorá vymedzuje obsah realizačných zmlúv medzi zmluvnými stranami rámcovej zmluvy, nastáva vtedy ak sa doložka ustálila v doterajšej praxi realizačných zmlúv. V tejto etape sa môže doložka šíriť na základe jej preberania do rámcových zmlúv a dodacích podmienok iných subjektov.

Na základe záujmu či podmetov obchodníkov neštátne inštitúcie typu napr. Medzinárodnej obchodnej komory vypracujú pravidlá používania danej doložky a jej odporúčané znenie a výklad. Na základe autority takýchto neštátnych inštitúcií a osôb, ktoré sa podieľali na vypracovaní pravidiel používania doložiek sa doložky začnú využívať v širokej obchodnej praxi.

Z naznačeného prehľadu vývoja doložiek možno vyvodit', že "doložkové právo" sa vyvíja spontánne, nie koordinovane či premyslene alebo koncepcne, a to podľa potrieb obchodnej praxe a obchodníkov.

Literature:

- CSACH, K.: Štandardné zmluvy, Vydavateľstvá a nakladateľstvá Aleš Čeněk, s. r. o, 2009, Plzeň, 331 s., ISBN: 978-80-7380-199-1
- MAREK, K., ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, ASPI, Wolters Kluwer, 2008, Praha, 296 s., ISBN: 978-80-7357-33-1
- SUCHOŽA, J., HUSÁR, J.: Obchodné právo, IURA EDITION, 2009, Bratislava, s. 1062, ISBN: 978-80-8078-290-0

Contact – email

jan.husar@upjs.sk

LENIENCY PROGRAM JAKO JEDEN Z PROJEVŮ SPFT LAW V OBLASTI HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

PETRA JELÍNKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá soft law jak v oblasti komunitárního práva tak i v oblasti právní úpravy jednotlivých členských států. Předně se autor věnuje výkladu soft law a jeho pramenům. Potom se autor zaměřuje na Leniency program, který je využíván v hospodářské soutěži a patří to oblasti soft law. Leniency program je v tomto příspěvku interpretován jak v oblasti komunitárního práva, tak i v oblasti českého právního řádu. Autor se snaží definovat cíl Leniency programu a jeho nedostatky a vliv na právní řád České republiky, zejména na hospodářskou soutěž. Na závěr autor navrhuje různé způsoby zlepšení efektivity Leniency programu.

Key words in original language

Soft law; Leniency program; Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy; Marker systém; Hypotetická žádost; modelový program.

Abstract

This paper deals with the soft law both in the area of the European Community law in the area of the individual member's state. Primarily the author devotes the interpretation soft law and its source. Then the author aims at the Leniency Programme that is applied in the competition law and belongs to the soft law. The Leniency programme is in this paper interpreted both in the European Community law and in the Czech legal order. The author attempts to define the aim of the Leniency programme and its defects and its influence over the Czech legal order, over the competition law. At the close the author proposes the various ways of the improvement of the effectiveness of the Leniency programme.

Key words

Soft law; Leniency Programme; Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 Decemer 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty; Marker system; ECN Model Leniency Programme.

Leniency Program jako jeden z projevů soft law v oblasti hospodářské soutěže

Soft law představuje soubor dokumentů Rady či Komise, které udávají doporučující směr výkladu a aplikace ať už primárního či sekundárního komunitárního práva.

Nejde tedy o direktivní stanoviska, kterými se musí ať už Komise či v rámci decentralizace jednotlivé členské státy řídit, neboť nejsou právně závazná. Rozhodování kontrolních Úřadů jednotlivých členských států a Komise v souladu s těmito stanovisky a doporučeními, tedy v souladu se soft law, lze doporučit.

Důvodem tohoto doporučení je především nutnost konformního výkladu primárního a sekundárního práva společenství a to jak na poli rozhodování Komise, tak i v rámci decentralizace na poli jednotlivých členských států.

Tato potřeba konformity a rozvoj soft law vzrostl v rámci modernizace nastalé účinností Nařízení č. 1/2003¹. Jedním z důsledků tohoto Nařízení byla již zmíněná decentralizace, kdy i antimonopolní úřady jednotlivých členských států mohou namísto Komise rozhodovat o porušení komunitárního práva na poli hospodářské soutěže, a tak jednotnost výkladu komunitárního práva stanovením interpretačních vodítek, byť právně nezávazných, je namístě.

V rámci decentralizace pak subjektem vydávajícím soft law již není pouze Rada a Komise, nýbrž i antimonopolní úřady jednotlivých členských států, které se staly Nařízením č. 1/2003 pro potřeby prošetřování a rozhodování o otázkách možného porušení komunitárního práva na poli hospodářské soutěže kompetentními.

Jelikož Česká republika je členským státem Evropské unie, projevuje se i v rámci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže trend soft law, kdy i tento Úřad pro ochranu hospodářské soutěže vydává různá oznámení a pravidla, kterými jednotí výklad pravidel pro ochranu hospodářské soutěže, samozřejmě v souladu s komunitárním právem.

Mezi nejvýznamnější otázky spadající do oblasti soft law patří Program shovívavosti – Leniency program, kterým bych se ráda v tomto příspěvku zabývala.

Leniency program

¹ Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy

Program shovívavosti – Leniency program, který zjednodušeně řečeno umožňuje soutěžitelům setřást ze sebe hrozbu potrestání za uzavření zakázané dohody způsobilé narušit hospodářskou soutěž za předpokladu jejího vyzrazení antimonopolnímu úřadu má svou krátkou tradici u nás zhruba od roku 2001, avšak tak jak například de minimis jako jeden z dalších projevů soft law, započala jeho historie na poli komunitárního práva.

Vzhledem pak k tomu, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v mnohém soft law a tedy i v případě vývoje Leniency programu následuje komunitární právo, se kterým musí rozhodovat v souladu, pokládám efektivnější zmínit stručně vývoj a aktuální stav tohoto Leniency programu na komunitární úrovni a následně vývoj a stav Programu shovívavosti – Leniency programu propagovaný v České republice a učinit své závěry o prozatímní efektivnosti tohoto programu.

Leniency program na komunitární úrovni

Na komunitární úrovni se historie programu shovívavosti neboli programu Leniency, započala Oznámením Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů z roku 1996² a Oznámením Komise o ochraně před pokutami a snížením pokut v případech kartelů z roku 2002³.

Aktuální program Leniency na komunitární úrovni byl vytvořen na základě Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů, OJ 2006/C 298/11⁴. Tento program rozeznává dvě jeho úrovně:

žadatel tenduje získat plnou imunitu a situaci, kdy

žadatel získá jen částečnou imunitu.

Pro získání plné imunity je třeba, aby žadatel o tento druh imunity v rámci Leniency programu sdělil Komisi či teď již i antimonopolnímu úřadu členského státu, takové informace, které cíleně povedou k odhalení daného protiprávního chování na poli hospodářského práva komunitární úrovně.

Pro získání druhého stupně Leniency programu pak je třeba sdělit podstatné informace, které budou stěžejní pro prokázání daného protiprávního jednání.

² Oznámením Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů z roku 1996 .

³ Oznámením Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů z roku 2002 (2002/C 45/03).

⁴ Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů, OJ 2006/C 298/11.

Aktualizace tohoto Leniency programu na komunitární úrovni z roku 2006 je obohacena o nové instituty jako marker systém a hypotetická žádost.

Marker system

Marker systém je zajištění prvního místa v pořadí prvnímu žadateli o imunitu po určitý čas. Je to institut, který chrání prvního žadatele před předběhnutím jiným z důvodu toho, že ten druhý by třeba shromáždil dříve nezbytné informace o porušení pravidel hospodářské soutěže, které by postačovaly k imunitě.

Skutečnost, že je třeba být prvním a navíc není třeba hned u žádosti sdělit stěžejní informace k získání imunity, neboť Komise poskytne čas na jejich shromáždění, může být podle mého názoru poměrně značná motivace pro potenciální zájemce o Leniency program.

Ačkoliv, jak jsem uvedla výše marker systém má předpoklady být významným motivujícím faktorem, jeho síla k přesvědčení porušitelů je oslabena. Důvod leží na straně samotné Komise, která si stanovuje takové podmínky pro udělení této výsady prvnímu žadateli, že málokterý žadatel je splní.

Motivace v případě marker systému by tu tedy na straně žadatelů byla, avšak mnohem efektivnější by byl tento institut v odhalování zakázaných kartelových dohod, kdyby Komise zmírnila a blíže konkretizovala podmínky, za kterých výsadu prvnímu žadateli udělí. Domnívám se tak, že soft law, které by zpřesnilo pravidla udělování této výsady v této oblasti, je zde velice žádoucí.

Na druhou stranu však nelze podle mě zapřít morální či etický aspekt tohoto institutu stejně jako níže uvedené hypotetické žádosti a vůbec celého programu shovívavosti. Žadatelé o imunitu, tedy i ti, kteří se dožadují uplatnění marker systému či hypotetické žádosti jsou pořád těmi, kdo se účastní zakázaného kartelu, nebo jsou dokonce jeho iniciátorem. Je pak otázkou, zda odhalení kartelu dostatečně zhojí skutečnost, že daný žadatel o imunitu je ve skutečnosti jedním z tvůrců dané zakázané dohody.

Hypotetická žádost

Hypotetická žádost je institut, který má sloužit jako další motivátor k využití Leniency programu. Spočívá v podání anonymní žádosti na Komisy spolu s danými informacemi, kdy Komise následně šetří, zda jsou dané informace pro udělení imunity dostačující či nikoliv a daný žadatel se pak na základě

tohoto stanoviska Komise rozhodne buď se jako žadatel identifikovat či nikoliv.

Hypotetická žádost stejně jako shora uvedený marker system má veliké předpoklady pro to být efektivním motivujícím faktorem, avšak stejně jako u marker systému trpí nejistotou ze stran těch, co tento institut zamýšlejí využít, neboť nejsou výkladově blíže vymezeny hranice toho, co je dostačující informace a co ještě nikoliv. Nehledě na to, že informace, které musí žadatel v hypotetické žádosti, byť anonymní, uvést, jsou takové povahy, že Komisi pak nečiní příliš potíží dohledat, o jakého potenciálního porušitele se jedná a nic ji pak nebrání dané šetření zahájit z vlastní iniciativy.

V dané anonymní žádosti musí totiž žadatel uvést o jaký produkt či službu se jedná a dále i vymežit území, které má být danou dohodou ohrožující existenci hospodářské soutěže dotčeno.

Na základě těchto informací v anonymní žádosti tak Komise mnohdy může odhalit porušitele, kterého by jen stěží odhalila, jak je již uvedeno výše. Tato skutečnost může být pak pro anonymního žadatele nepříjemná zejména v situaci, kdy dané jím poskytnuté informace nepostačí k získání imunity. Komise totiž na základě těchto informací, byť nestačí pro zbavení se povinnosti platit pokutu za uzavřenou kartelovou dohodu, tedy nestačí k udělení imunity, může sama z vlastní iniciativy na základě této anonymní žádosti zahájit šetření, které v případě zjištění porušení, nedopadne, co se udělené sankce týče dobře ani pro anonymního žadatele. S odkazem na právě uvedené jsem tak toho názoru, že byť hypotetická žádost může být významným motivačním faktorem žadatele aplikovat program shovívavosti, je třeba vidět i nedostatky, které tento institut nese a snažit se nalézt cestu zamezení těchto nedostatků.

Nedostatek Leniency programu na komunitární úrovni je shledáván i v nejednotnosti Leniency programu v jednotlivých členských státech, které účinností Nařízení č. 1/2003 rozhodují nyní i o porušení pravidel hospodářské soutěže na úrovni komunitárního práva.

Tento fakt nekonformity tudíž nejeví dobré světlo na účinnost daného programu ve prospěch soutěžitele, který dané informace vyzradil, neboť tak nemá zaručeno, že i kdyby mu Komise udělila imunitu, kontrolní úřad některého z členských států by ho za porušení pravidel hospodářské soutěže nesankcioval. Úřad každého z členských států totiž může Leniency program aplikovat odlišně, nemusí mít zaveden ani institut marker systém ani hypotetickou žádost, a může mít i instituty jiné. Nehledě na to, že Úřad daného členského státu vůbec nemusí Leniency program aplikovat.

S odkazem na to se mi jeví jako vhodné, aby byl Leniency program spolu s těmito instituty aplikován ve všech členských státech a aby se instituty

napomáhající využívání Leniency programu zvýšily svoji efektivnost, kdy jednou z cest může být právě jednotný přístup členských států k tomuto.

Modelový program

Danou nekonformitu se Komise pokouší zmírnit tzv. Modelovým programem shovívavosti⁵, který vychází z institutů uvedených z Oznámení Komise z roku 2006 a má sjednotit daná pravidla pro úspěšné posouzení žádosti o Leniency program.

Nedostatkem tohoto Modelového programu je však to, že vychází z Oznámení Komise a tudíž není právně závazný. Bude tedy záležet vždy na konkrétním členském státě, zda bude Modelový program uplatňovat či nikoliv.

Největší hrozbu, kterou spatřuji při využití Leniency programu je to, že žadatel se stane spolu s dalšími účastníky dohody snadným terčem civilních řízení, zejména o náhradu škody, která jiným soutěžitelům mohla v důsledku daného jednání v rozporu s pravidly hospodářské soutěže vzniknout.

K tomu, aby bylo žádosti vyhověno, je totiž zapotřebí, aby žadatel Komisy poskytl nejrůznější informace, u kterých však není jistota, že se nedostanou ke třetím osobám, které v důsledku nich budou mít cenné informace, na základě kterých mohou být v rámci civilních sporů o náhradu škody úspěšnější.

Leniency program na území České republiky

Historie Leniency programu započala v České republice v roce 2001. Většího rozmachu se tento program dočkal na našem území až v roce 2007, kdy Úřad vyhlásil Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut (Leniency program)⁶.

Jak jsme uváděli shora ohledně Modelového programu, ten není závazný a tak plně záleží na každém jednotlivém členském státě, zda jej

⁵ Srov. Modelový program shovívavosti. ECN Model Leniency Programme [cit. 24.10. 2010]. Dostupný z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf

⁶ Srov. Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut (Leniency program)⁶ [cit. 24.10. 2010]. Dostupný z: <http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuzeni-dominance/leniency-program/>.

přijme a bude jednat spolu s ním v souladu v rámci uplatňování Leniency programu či nikoliv. Česká republika je tou členskou zemí, která Modelový program uplatňuje i spolu s Oznámením Komise z roku 2006.

Leniency program uplatňovaný aktuálně v České republice totiž z Modelového programu a Oznámení Komise z roku 2006 vychází. Na rozdíl od Leniency programu z roku 2001.

Stejně jako Leniency program stanovený Komisí je Leniency program aplikovaný Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže rozdělen do dvou skupin získání imunity, a to do skupiny IA a IB, kdy první skupina představuje proces pro získání plné imunity a druhá pro získání imunity částečné.

Rozdíl tohoto aktuálního českého programu shovívavosti oproti předchozí podobě je to, že se zaměřuje pouze na horizontální dohody, kdy program z roku 2001 mohl být aplikován i na dohody vertikální.

Náš český program shovívavosti zaznamenává také odlišnost v porovnání s aktuálním programem stanoveným Komisí, neboť na rozdíl od programu Komise, český program shovívavosti neumožňuje poskytnout imunitu iniciátorovi dotčeného kartelu⁷.

Domnívám se, že tímto tak český program shovívavosti projevil mnohem více etického hlediska, když shledal nesprávným, aby se iniciátor, který do kartelu navedl jiné, sám zbavil břemena jeho potrestání či své potrestání výrazně snížil vyzrazením dané tajné dohody.

Leniency program byl již několikrát využit účastníky kartelu a několikrát již i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže žadateli o imunitu plně vyhověl, když jej zbavil povinnosti platit pokutu za uzavření a dodržování zakázané dohody.

První případem, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže využil plně svého práva a udělil žadateli o imunitu plnou imunitu, byl případ uzavření zakázané kartelové dohody v oblasti prodeje energetických nápojů. Zde společnost PINELLI poskytla úřadu potřebné informace o kartelu včetně uzavřené dohody.⁸

⁷ Srov. RUDOLECKÝ, K. *Nový Leniency program*. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Informační list č. 3, 2007, s. 5-6. [cit. 24.2. 2010]. Dostupné z: http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Informacni_listy/2007/Infolist2007_03_leniency_final0.pdf.

⁸ Srov. [cit. 20.2. 2011]. Dostupné z: <http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/pokuta-mohla-dosahnout-temer-dvaceti-milionu-korun-spoluprace-s-uradem-se-firme-vyplatila/>.

Důvod zavedení Leniency programu v České republice

Uzavírání kartelů představuje pro samotnou existenci hospodářské soutěže ohromnou hrozbu, neboť dané zakázané dohody mohou natolik ochromit hospodářskou soutěž na poli daného konkrétního zboží a relevantního trhu, že to může mít dopad i na hospodářství jednotlivých členských států a tak i samotné Evropské unie.

Tuto hrozbu podtrhuje dále fakt, že odhalení takovýchto utajených dohod je velice obtížné, neboť jednotlivá šetření trpí většinou nedostatkem důkazního materiálu. O to více jsou tak jakékoliv metody či taktiky, které mohou napomoci odhalení těchto zakázaných jednání, velice žádoucí.

Jedním z nich je právě shora představený Program shovívavosti, který však k tomu, aby se stal skutečně účinným nástrojem v boji proti kartelům, je třeba jej uvést do souladu s právní úpravou.

Domnívám se, že současná česká právní úprava podryvá základní smysl samotného programu shovívavosti, který je založen na tom, že informace, které žadatel o imunitu sdělí, budou neveřejné a že bude zachována navenek anonymita žadatele, zejména vůči jeho kartelovým spojencům, ale i vůči případným poškozeným.

Domnívám se však, že český právní řád dosud nedospěl k tomu, aby zde mohl být Leniency program efektivně aplikován, a to předně v důsledku nesouladu tohoto programu se správním řádem. Poté, co totiž Úřad zahájí šetření na základě žádosti jednoho z účastníků kartelu, je toto šetření správním řízením. S tím je spojeno mnoho úskalí, které výrazně oslabují efektivnost daného Programu shovívavosti, což potvrzuje i V. Glatzová⁹.

Jedním z problémů je právě skutečnost, že šetření Úřadu je správním řízením, neboť správní řízení umožňuje účastníkům nahlížet do spisu. Jelikož Úřad po podané žádosti začne s šetřením u ostatních účastníků, ti pak se mohou dle svého práva, které jim poskytuje správní řád, náhlednou do spisu, čímž samozřejmě zjistí veškeré podklady, které byly Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže poskytnuty a vyzrazeny a i identifikaci jejich „zrádce“.

Tato skutečnost je pro žadatele velice nebezpečná, neboť není nic jednoduššího pro ostatní aktéry kartelu než se spolčit proti jejich kolegovi, který využil Program shovívavosti, a svorně jej v rámci šetření prohlásit za

⁹Srov. GLATZOVÁ, V. *kladivo na kartely: omilostnění*. Hyde park. Hospodářská kriminalita. EURO 2009, 13.7. 2009. [cit. 24.10. 2010]. Dostupné z: http://www.glatzova.com/files/download/euro_leniencyVG_13072009.pdf

iniciátora. Tímto pak tento žadatel, pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže usoudí, že svorné prohlášení zbylých účastníků kartelu je dostatečné, bude zbaven možnosti požit ochrany v rámci využití Leniency programu, neboť jako iniciátor nemá na ochranu v rámci českého programu shovívavosti nárok.¹⁰

Navíc Program shovívavosti naráží i na jiný rozpor v rámci správního řízení. Důvodem zainteresovanosti některých aktérů kartelu v tomto programu je jejich snaha vyhnout se placením vysokých pokut či danou pokutu výrazně snížit. Jednou ze zásad správního řízení je však to, že Úřad musí ke všem prověřovaným účastníkům vystupovat stejně. Jak může být pak v souladu s touto zásadou to, že jeden z aktérů kartelu by v důsledku zapojení se do Programu dostal nižší pokutu či pokutu žádnou?

K naplnění účinku Leniency programu by tedy bylo zapotřebí, aby se upravily právní předpisy České republiky tak, že šetření Úřadu zahájené na základě udání žadatele o imunitu by nebylo správní řízením, a tak by neměli ostatní účastníci kartelu právo nahlížet do podkladů poskytnutých žadatelem ani možnost zjistit daného „zrádce“. Tento postup se uplatňuje v některých zemích EU, což se projevuje zvýšeným využíváním tohoto programu.

Morální aspekt programu shovívavosti

Morální aspekt programu shovívavosti, stejně jako jeho doprovodné instituty jako marker system a hypotetická žádost poměruje s účelem těchto institutů i Z. Bouda¹¹, který uvádí: „Neustále je nutno připomínat, že žadatelé o imunitu zůstávají porušiteli práva. Lze tak uvažovat o některých vyšších požadavcích na tyto subjekty např. v průběhu vyšetřování. Naopak lze doporučit transparentnější a příznivější podmínky pro skutečně aktivně spolupracující podniky, což by podle mě efektivitu programu posílilo.“

Dle mého názoru se na výhody žadatele o imunitu může uplatnit, že nikdo nemůže ničeho nabýt z porušení právních předpisů. Toto je nezanedbatelným, při nejmenším, morálním konfliktem v případě, kdy hovoříme o úplné či částečné imunitě žadatele coby jednoho z účastníků kartelu. Žadatel o imunitu se totiž obohatí, neboť nezmenší svůj majetek nebo ne v takovém rozsahu, v jakém by se mu zmenšil, kdyby antimonopolní úřad či Komise kartel odhalila, aniž by žadatel k odhalení

¹⁰Srov. GLATZOVÁ, V. *kladivo na kartely: omilostnění*. Hyde park. Hospodářská kriminalita. EURO 2009, 13.7. 2009. [cit. 24.10. 2010]. Dostupné z: http://www.glatzova.com/files/download/euro_leniencyVG_13072009.pdf.

¹¹ **BOUDA, Z.** *Analýza programu shovívavosti v právu ES*. Právní fórum, 2009, č. 8, str. 341.

přispěl. Žadatel, který dopomůže k odhalení kartelu, tedy protiprávního jednání, kterého se sám dopouštěl, tak dle uplatnění Leniency nemusí být za dané protiprávní jednání Komisí či antimonopolním úřadem nijak postížen, což je i motivační efekt daného Leniency programu.

Na druhou stranu je nutné zvažovat i míru veřejného prospěchu, který přinese odhalení kartelu v důsledku využití Leniency programu. Otázka toho, zda je či není morální odpustit porušiteli pokutu v případě, kdy napomůže k odhalení kartelu, je otázkou poměření míry prospěchu, který veřejnosti přinese odhalení kartelu a míry narušení morálního aspektu osvobozením porušitele nebo jednoho z nich od sekundární povinnosti.

Dle mého názoru, následky těchto zakázaných dohod mohou být natolik fatální pro existenci hospodářské soutěže v určité oblasti, že odpuštění sekundární povinnosti tomu, kdo byl je porušitel, napomůže kartel odhalit, což by se bez jeho součinnosti pravděpodobně nepodařilo, nevnímám jako morálně nepřekonatelné. Důsledky trvajících neodhalených kartelů mohou být pro veřejnost, respektive hospodářskou soutěž, mnohem více zásadní a mohou tak ovlivnit celou řadu subjektů, což si myslím, že je mnohem více nemorální, pokud by se obětovala možnost zabránit poškození ostatních soutěžitelů a celé hospodářské soutěže pro potrestání jednoho porušitele, tedy jednoho subjektu.

Literature:

- GLATZOVÁ, V. kladivo na kartely: omilostnění. Hyde park. Hospodářská kriminalita. EURO 2009, 13.7. 2009. [cit. 24.10. 2010].
Dostupné z:
http://www.glatzova.com/files/download/euro_leniencyVG_13072009.pdf
- RUDOLECKÝ, K. Nový Leniency program. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Informační list č. 3, 2007, s. 5-6. [cit. 24.2. 2010].
Dostupné z:
http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Informacni_listy/2007/Infolist2007_03_leniency_final0.pdf
- Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut (Leniency program)¹ [cit. 24.10. 2010]. Dostupný z:
<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/leniency-program/>.

- Modelový program shovívavosti. ECN Model Leniency Programme [cit. 24.10. 2010]. Dostupný z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf
- cit. 20.2. 2011]. Dostupné z: <http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/pokuta-mohla-dosahnout-temer-dvaceti-milionu-korun-spoluprace-s-uradem-se-firme-vyplatila/>.

Contact – email

petra.jelinkova.lawpartners@gmail.com

NORMATIVNOSTĚ PŘÁVNEHO DOKUMENTU ZÁSADY UNIDROIT 2004

LUBOMÍR KLČO

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Pozícia právnych dokumentov Zásady UNIDROIT 2004 v rámci hierarchie právnych predpisov a ich vzájomnej interakcie a normativity je veľmi komplikovaná. Argumentačným riešením možnej názorovej dichotómie v otázke normativity týchto dokumentov je spojitosť so spôsobom riešenia potenciálne vzniknutých sporov. Tým sa eliminujú a vyhrania možné legislatívne vplyvy a určí konkrétna pozícia v normatívosti právnych dokumentov.

Key words in original language

Zásady UNIDROIT 2004; právo rozhodné; všeobecný súd; voľba práva; Nariadenie Rím I

Abstract

The position of the legal documents - Principles UNIDROIT 2004 in the hierarchy of the legal norms and their interaction and normativity is very complicated. The logical solution of the possible dichotomy in the question of the normativity of these documents lies down with the connection to the type of possible rising dispute solutions.

Key words

Principles UNIDROIT 2004; applicable law; general court; choice of law; Regulation Rome I.

Zásady UNIDROIT 2004 sú vo svojej podstate súborom medzinárodne uznávaných právnych princípov, ktoré sa vyskytujú v oblasti medzinárodnej obchodnej kontraktácie. Sféra ich aplikácie je obmedzená normatívnym charakterom a ich rozsahom. Je možné uvažovať o ich normatívosti? Sú spôsobilé priamo a nepriamo regulovať obchodno-právny vzťah? Je nevyhnutným predpokladom ich aplikácie existencia medzinárodného prvku? Môžu byť výsledkom aplikácie kolíznych noriem? Toto sú základné a kľúčové otázky, ktoré je potrebné následnou argumentáciou doriešiť. Preto je nevyhnutné stanoviť medze normatívosti a právnej záväznosti tohto dokumentu. A to aj z dôvodov ich praktickej aplikácie, ako zmluvných ustanovení a prediktability prípadne vzniknutých sporov.

Je však veľmi obtiažne identifikovať presnú pozíciu Zásad UNIDROIT 2004 v širokej škále normatívnych textov. Samotné predurčenie

v Preambule k textu uvažuje len o situáciách, kedy zmluvné strany odkázali na ich použitie¹. Práve toto majú Zásady UNIDROIT 2004 spoločné so štandardizovanými zmluvnými formulármi. Je však preto možné uzavrieť, že Zásady UNIDROIT 2004 nie sú nič viac ako prosté zmluvné ustanovenia? Ostatné ustanovenia Preambuly k textu Zásad nepodávajú jednoznačnú odpoveď. Stanovujú len možné použitie bez akýchkoľvek pravidiel, ktoré by ho regulovali. Teda Zásady UNIDROIT 2004 môžu byť použité práve vtedy, ak strany na ich použitie odkázali, ako interpretačná pomôcka, náhrada pre medzinárodné unifikované dokumenty a model pre národných a medzinárodných legislátorov.

Tradičný prístup kontinentálnych právnych systémov (ako aj ostatných právnych systémov) charakterizuje tieto princípy, ako tvorivú časť určitej skupiny právnych noriem, akými sú napríklad: zákony, konvencie, obyčajové právo, obchodné zvyky a praktiky. Od samého počiatku ich existencie je však jasné, že nezapadajú do klasického modelu právnych noriem. Na zhodnotenie ich normatívnosti je nevyhnutné využiť nové teoretické postupy. Dôležité je odstrániť tradičnú hranicu medzi právom a realitou a prekonať pozitivistický prístup štátneho vytvárania všeobecnoprávne záväzných noriem. Takýto pozitivistický etatizmus však aj naďalej pretrváva u väčšiny právnych teoretikov².

Normatívnosť tohto dokumentu nie je možné skúmať vo všeobecnej rovine, nakoľko jeho charakter sa bude vzhľadom na okolnosti jednotlivých prípadov meniť. V zásade je možné rozdeliť sledovaný jav do šiestich skupín, ktoré predpokladá aj samotná Preambula Zásad UNIDROIT 2004, ktorá stanovuje pre ich aplikáciu šesť rozličných kontextov, a to³: (i) prípad, kedy si strany priamo inkorporovali Zásady UNIDROIT 2004 do textu zmluvy; (ii) prípad, kedy si strany stanovili Zásady UNIDROIT 2004 za právo rozhodné pre zmluvu; (iii) prípad, kedy strany podriadili svoj kontrakt „všeobecným právnym princípom“, *lex mercatoria*, alebo podobne; (iv) prípad, kedy sa javí nemožné stanoviť relevantné pravidlo práva rozhodného pre zmluvu; (v) prípad, kedy dochádza k interpretácii prípadne nahrádzaniu

¹ „they shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them“.

² Rozehnalová, N., Střelec, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, *lex mercatoria* a odvaha k ich aplikaci. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1, strana 48.

³ „These Principles set forth general rules for international commercial contracts. (i) They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. (ii) They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. (iii) They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. (iv) They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. (v) They may be used to interpret or supplement domestic law. (vi) They may serve as a model for national and international legislators.“

medzinárodných uniformovaných právnych inštrumentov; alebo (vi) prípad, kedy Zásady UNIDROIT 2004 slúžia ako model pre národnú alebo medzinárodnú legislatívu.⁴ Už z uvedeného je zrejmé, že pri vytváraní tohto dokumentu sa predpokladalo, že bude vhodne zastávať úlohy, ktoré mu boli zverené pracovnou skupinou.

Posledná z menovaných možností aplikácie vo svojej podstate neobsahuje žiadnu výpovednú hodnotu o normatívnosti dokumentu. Bude teda závisieť jedine od legislátorov, či už národných alebo medzinárodných, či Zásady UNIDROIT 2004 vezmú do úvahy pri kodifikácii nových právnych predpisov. Bez ohľadu na túto možnosť, aplikabilita Zásad UNIDROIT 2004, závisí na aplikabilite národného právneho poriadku rozhodného pre zmluvný záväzok alebo aplikabilite etatického, medzinárodno-právneho inštrumentu. Inými slovami povedané, ciele a zámery na ktoré boli Zásady UNIDROIT 2004 vytvorené je možné dosahovať len v intenciách národných a medzinárodných právnych poriadkov etatického pôvodu.

Prvou z možností aplikácie Zásad UNIDROIT 2004 je prípad, kedy sú priamo implikované do textu zmluvy ako konkrétne zmluvné podmienky. Vtedy nemá zmysel uvažovať o normatívnom charaktere tohto dokumentu. Vo svojej podstate ide o materiálnu voľbu práva, kedy si zmluvné strany dohodli, že Zásady UNIDROIT 2004 sú neoddeliteľnou súčasťou zmluvných ustanovení, a tak charakterizujú práva a povinnosti jednotlivých zmluvných strán. V tom prípade sa na ne nazerá ako na systém zmluvných podmienok priamo včlenených do ustanovení zmluvy, neexistujú separátne od zmluvy a ich charakter sa dá prirovnať k formulárovým podmienkam alebo všeobecným obchodným podmienkam. V tomto ponímaní je ich režim rovnaký, ako režim akejkoľvek inej zmluvnej podmienky dohodnutej stranami. Tieto sú pre zmluvné strany záväzné, avšak len v intenciách kogentných noriem rozhodného práva. Z uvedeného vyplýva, že v prípade, ak by znenie Zásad UNIDROIT 2004, ako materiálna súčasť zmluvy, odporovalo právu inak rozhodnému, resp. jeho kogentným ustanoveniam, boli by všetky rozporné ustanovenia ex lege neplatné. A to len na základe použitia zásadného princípu „*ab abusu ad usum non valet consequentia*“.

Druhou z uvedených možností je situácia, keď si strany zvolia Zásady UNIDROIT 2004 za právo rozhodné pre zmluvu. Charakter normatívnosti v tomto prípade nie je odlišný, a teda pre ďalšiu argumentáciu nemá zmysel uvažovať o limitovanej voľbe práva alebo absolútnej voľbe práva. Inými slovami povedané, záväznosť dokumentu nezávisí na rozsahu v akom strany podriadili svoj zmluvný záväzok práve Zásadám UNIDROIT 2004. Tu je dôležité uvedomiť si rozdiely medzi konaniami pred všeobecnými súdmi

⁴ Basedow, J The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law [citované 7. marca 2009]. Dostupné z www.gfr.uni-freiburg.de/Bristol/Basedow/basedow.PDF.

a pred rozhodcovskými tribunálmi. Aj tento rozdiel však bude postupnou argumentáciou čiastočne odstránený. Pri identifikácii pozície Zásad UNIDROIT 2004 v systéme právnych noriem oplývajúcej normatívnosťou je nevyhnutné pridfzať sa tzv. etatického pozitivizmu. Nejde tu len o prehnané zdôrazňovanie funkcie štátu pri vytváraní právnych noriem. Ak uvažujeme o aplikácii *lex mercatoria* a teda aj Zásad UNIDROIT 2004 v rámci mechanizmov medzinárodného práva súkromného, tak potom, ako hovorí Rozehnalová „nie je možné nebyť etatistom a pozitivistom“⁵. Keďže medzinárodné právo súkromné je vo svojej podstate čisto etatický spôsob riešenia kolízií, vznikajúcich pri konflikte dvoch alebo viacerých právnych poriadkov, je hľadanie argumentov pre aplikáciu Zásad UNIDROIT 2004 značne komplikované. Prijatie Rímskeho dohovoru o práve rozhodnom pre zmluvné záväzky absolútne zastavilo možné špekulácie smerujúce ku kolíznej voľbe neštátneho systému právnych pravidiel a takisto vylúčilo akúkoľvek inú možnosť regulácie právnych vzťahov s medzinárodným prvkom iným než štátnym právom, aspoň pokiaľ pôjde o konanie pred všeobecnými súdmi.

O čosi rozdielne by bol prípad riešený pred rozhodcami, resp. rozhodcovským tribunálom. V tomto prípade považujem voľbu Zásad UNIDROIT 2004 ako *lex contractus* za progresívnu, a teda umožňujúcu odpútať sa od striktného etatizmu. Na druhej strane však môžu nastať komplikácie v súvislosti s výkonom a uznávaním takýchto rozhodnutí. Z pragmatického hľadiska je teda možné byť zásadným odporcom právneho etatizmu, ale tak ako uvádza Rozehnalová, nie je možné sa mu vyhnúť. Rovnako aj prostredie rozhodovania rozhodcov a rozhodcovských tribunálov v rámci medzinárodného práva súkromného je „len“ výsledkom fungovania etatického pozitivizmu.

Na základe uvedeného je možné uzavrieť, že Zásady UNIDROIT 2004 nie je možné zvoliť ako právo rozhodné v prípadoch, kedy bude spor riešený pred všeobecnými súdmi. Samozrejme uvažujeme v intenciách kontinentálnych právnych poriadkov a Rímskeho dohovoru. Ak by takáto voľba predsa len nastala, musela by sa považovať za absolútne neplatnú. Pri určovaní konkrétnych práv a povinností vyplývajúcich z takéhoto zmluvného záväzku by sa postupovalo v zmysle rozhodného práva, určeného na základe štátom stanovených kolíznych noriem, najčastejšie *lex fori*, resp. *lex arbitri*. Z toho možno vyvodit', že Zásady UNIDROIT 2004 v rámci konaní pred všeobecnými súdmi nemajú normatívny charakter, nemôžu byť samotným regulátorom právneho vzťahu aj napriek výslovnej voľbe zmluvných strán, avšak nemožno vylúčiť ich interpretačnú a doplňujúcu funkciu, avšak len v intenciách práva rozhodného.

⁵ Rozehnalová, N., Střelec, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, *lex mercatoria* a odvaha k ich aplikaci. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1, strana 48.

Použitie Zásad UNIDROIT 2004 však v konaniach pred všeobecnými súdmi nie je absolútne vylúčené, a to v prípade, že ide o použitie obchodných zvyklostí na základe zákona⁶, podobne, ako v § 1 odsek 2 Obchodného zákonníka.⁷ Vtedy by bol takýto postup úplne legitímny. Je však potrebné zdôrazniť, že takisto je aplikácia možná len v intenciách kogentných noriem rozhodného práva. Obchodné princípy a zásady sú teda pravidlá, ktorými sa riadime na základe zákonnej úpravy. Podľa Marka⁸ obchodné zvyklosti nie sú právnou obyčajou a z toho dôvodu ich nemôžeme považovať za prameň práva ale za faktický prameň⁹. Ak ich akceptujeme ako prameň práva, nemusel by zákon¹⁰ na ne odkazovať, pretože by platili samostatne. Obchodné zvyklosti teda nie sú právnou normou, svoju regulatívnu schopnosť neuplatňujú samostatne, ale len na základe splnomocnenia daného zákonom.

Obchodné zvyklosti obsahujú pravidlá správania, ktorých dodržiavanie má právne dôsledky, avšak realizácia pravidiel aj vznik následkov nevyplýva zo zvyklostí samotných, ale z ich spojenia s textom zákona. Zásadám UNIDROIT 2004 je v podstate možné priznať kvázi-normatívny charakter, ale len v intenciách v akých na ne odkazuje zákon, resp. medzinárodná zmluva. Rovnako je tiež možné akceptovať ich podpornú funkciu hlavne pri interpretácií unifikovaných noriem a vyplňaní ich medzier.

Na základe uvedeného možno uzavrieť, že využitie Zásad UNIDROIT 2004 v rámci aplikácie kolíznych noriem nebude prípustné. To všetko však za striktného predpokladu riešenia vzniknutých sporov pred všeobecnými súdmi. Konfliktom je v sledovanom prípade konflikt dvoch a viacerých právnych poriadkov, resp. právnych pravidiel, ktoré by potenciálne boli na obchodno-právny vzťah aplikovateľné. Kolízna norma následne mechanizmom v nej zakotveným (rozsah – naviazanie – hraničný určovateľ) vyhodnotí sledovaný právny vzťah a určí právo rozhodné, ktorým nemôže byť súbor pravidiel ne-etatického pôvodu.

⁶ Pre prípad, že ide o použitie zvyklostí na základe zmluvy, bude sa postupovať podľa argumentácie uvedenej v predchádzajúcom odstavci. Takéto ustanovenia majú rovnaký charakter ako akékoľvek iné zmluvné ustanovenia, a teda musia byť v súlade s kogentnými normami práva rozhodného.

⁷ „Nelze-li některé otázky řešit podle těchto ustanovení, řeší se podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit ani podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad na kterých spočívá tento zákon.“

⁸ Marek, K., Žváčková, L. Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, strana 65.

⁹ Pokorná, J., Marek, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2, strana 8.

¹⁰ V tomto prípade § 1 ods. 2 Obchodného zákonníka.

Literature:

- Rozehnalová, N., Střelec, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lex mercatoria a odvaha k ich aplikaci. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1.
- Basedow, J The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law [citované 7. marca 2009]. Dostupné z www.gff.uni-freiburg.de/Bristol/Basedow/basedow.PDF.
- Marek, K., Žváčková, L. Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.
- Pokorná, J., Marek, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2.

Contact – email

lubomirklco@gmail.com

NOVÝ BRITSKÝ KODEX CORPORATE GOVERNANCE

JAROMÍR KOŽIAK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra obchodního práva

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá novým britským kodexem corporate governance vydaným v létě 2010. Britský systém corporate governance patří k nejlepším na světě a nový kodex vzbudil velký zájem mezi odbornou veřejností. Příspěvek shrnuje hlavní změny, které kodex nakonec přinesl a kriticky je hodnotí.

Key words in original language

Corporate governance; správa a řízení společností; britský kodex corporate governance; obchodní právo; právo obchodních společností.

Abstract

This contribution is focused on the new UK Corporate Governance Code, which has been issued during summer 2010. The British system of corporate governance is among the best and this raised and the new code raised high expectations in corporate governance experts. This treatise summarizes major changes incorporated in the code and examines them critically.

Key words

Corporate Governance; UK Corporate Governance Code; Commercial Law; Company Law.

1. ÚVODEM

Nový britský kodex corporate governance¹ (v originále název zní "The UK Corporate Governance Code 2010") je ve Velké Británii účinný od června 2010. Jedná se o jeden z prvních podobných dokumentů vydaných v reakci na události finanční krize a jeho příprava, včetně rozsáhlého připomínkového řízení probíhala v roce 2009 v období nesilnější ekonomické deprese.

Samotná změna názvu kodexu z "The Combined Code on Corporate Governance", což je označení užívané pro předchozí verzi byla odůvodněna lepší výstižností nového názvu, jeho snazší srozumitelností pro zahraniční

¹ V České republice se někdy používá termín "správa a řízení společností", v tomto příspěvku ovšem budu používat původní výraz "corporate governance".

společnosti a investory a potřebou Kodex na první pohled identifikovat jako základní dokument britské soft law úpravy corporate governance².

Autorem kodexu je Financial Reporting Council (FRC), organizace, která se zabývá mimo jiné také kodifikační a dohledovou činností v oblasti účetních a auditorských standardů.

FRC nevnímá obsah kodexu corporate governance ani termín "dobrá corporate governance" jako časově stálé. Kodex podléhá neustálému vývoji a častým periodickým obměnám (poslední předcházející verze jsou z roku 2005 a 2008³). Činnost FRC je tak nekončící snahou o jeho zdokonalení, s tím koresponduje také skutečnost, že bezprostředně po vydání aktuálního kodexu započalo sbírání podkladových informací pro vytvoření jeho další verze, která je předběžně plánována na rok 2010.

Při tvorbě kodexu se jeho tvůrci museli samozřejmě i s hospodářskou situací, formulovali si tedy dvojici základních otázek - zda je potřeba adaptovat pravidla corporate governance na změněnou společenskou situaci během a po skončení krize a zda dobrá corporate governance mohla/může ovlivnit její průběh.

Druhá uvedená otázka postavila FRC do nepříjemné situace, kdy nemohla říci ani, že mohla (a tím nepřímo říci, že velmi nákladný britský systém nefunguje), ani že toto není v silách modelů corporate governance (a tím nepřímo říci, že investice do podobných systémů jsou zbytečné). Nakonec FRC odpověděla velmi prozíravě v duchu: děláme, co můžeme, máme jeden z nejlepších systémů corporate governance, který pomáhá společnostem, které jej správně aplikují, takové společnosti budou mít konkurenční výhody i v prostředí hospodářské krize a po ní, nicméně zejména význam kodexu samotného je limitovaný, nelze od něj čekat zázraky. Systémy corporate governance směřují k vytvoření kvalitního managementu korporací a nemohou řešit makroekonomické problémy trhu, to není a z povahy věci ani nemůže být jejich cílem.

K potřebě změn kodexu zaujala pracovní skupina stanovisko, podle kterého je třeba jít cestou evoluce předcházející úpravy, jejím doplněním o nová pravidla nebo zpřísněním pravidel stávajících. Celkově však dosavadní úpravu lze považovat za aplikovatelnou i nadále, navržené změny byly spíše dílčího charakteru. Nedostatky v corporate governance jsou totiž spíše

² Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), str. 1, dostupná na <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation3.pdf>.

³ The Combined Code on Corporate Governance, dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagewriter/frc/Combined_Code_June_2008/Combined%20Code%20Web%20Optimized%20June%202008%282%29.pdf.

spatřovány v nedokonalostech správy a řízení jednotlivých společností než v obsahových nedostatcích kodexu - palčivějším problémem je tedy jeho nedostatečná nebo špatná aplikace. Je tedy třeba se zaměřit výrazně též na prosazování zásad corporate governance v praxi. Toto stanovisko je možné považovat za vcelku racionální, kodexy corporate governance stojí na víceméně nadčasových zásadách a nejsou s jistou nadsázkou ničím jiným, než mnohastránkovým přepisem příkázání nepokradeš⁴ nebo zásady, že management má být efektivní a loajální. Ač tedy kodex není vhodné petrifikovat jednou pro vždy, je očekávatelné, že nebude častěji procházet radikálními proměnami.

FRC tak setrvala na konzervativním přístupu, který spočívá ve vytvoření a udržování soft law systému corporate governance tak. V současnosti ovšem zaznívají často otázky, zda je tento systém nadále udržitelný, když od jeho první formulace uplynula dvě desetiletí a zda drobné obsahové modifikace mohou stačit k tomu, aby systémy corporate governance zůstaly efektivní i v době, kdy nejdůležitější trhy a subjekty na nich působící prošly výraznou proměnou (jednoduchý trh, kde investoři byli spojeni společným zájmem na návratnosti investice podle některých autorů již neexistuje a současné prostředí je zmítáno konfliktními zájmy akcionářů)⁵.

2. ZÁKLADNÍ ZMĚNY V NOVÉM KODEXU

Co se týče koncepce kodexu, tak došlo k jedné základní systémové změně a to ke zvětšení významu obecných principů na úkor specializovaných ustanovení stanovících přesně formulovaná práva a povinnosti a to předřazením general principles a supporting principles v samostatné textaci uvedené před článkovaným textem. Z mého pohledu jde částečně o cyklický jev, který se často v normativních systémech objevuje - když se ukáže, že obecné principy jsou pro praxi příliš vágní, přechází normotvůrci k detailně formulovaným pravidlům, která je ale zase obtížné vymezit tak, aby je nebylo možné obejít a aby se vztahovala na všechny možné situace. Když pak selže tato úprava, vrací se autoři zpět k obecným právním pojmům, právním zásadám a principům a kruh se uzavírá. Ke cti FRC je nutno dodat, že se snaží vytvořit optimální mix obecného a konkrétního a že prostředí corporate governance je velmi nesnadně regulovatelné psanými normativními systémy.

3. ZPŘÍSNĚNÍ REŽIMU PRO FTSE 350 SPOLEČNOSTI

Mezi nejvýznamnější změny, které nový kodex přináší, patří zpřísnění režimu pro 350 nejvýznamnějších společností obchodovaných na londýnské

⁴ Příspěvek J. Kotáska na téma Několik hostilných poznámek ke kodexům corporate governance, na konferenci Dny Práva 2010, v době odevzdání dosud nepublikovaný.

⁵ Klířová, J., Česká ulička corporate governance, Finanční management 10/2008, s. 3-9.

burce cenných papírů (FTSE 350). Jednou z novinek je, že tyto společnosti nově musí podrobit členy vrcholných orgánů každoročnímu znovuzvolení⁶. Toto pravidlo, které se původně mělo vztahovat i na ostatní společnosti bylo v připomínkovém řízení podrobena velmi silné kritice ze strany kótovaných společností s tím, že to povede k preferenci krátkodobých cílů, jejichž výsledky se projeví v takto krátkém období na úkol dlouhodobé strategie. Naopak ze strany investorů a FRC bylo argumentováno tím, že takto bude management podroben pravidelné každoroční kontrole a že nelze očekávat větší množství případů, kdy by došlo k hodnocení práce managementu na základě období jediného roku, přičemž argumentovali statistikou ukazující, že za uplynulý rok jen 19 vrcholových managerů monitorovaných společností neobhájilo svou pozici ve vedení společnosti⁷. Přesto byla nakonec úprava omezena pouze na společnosti FTSE 350.

Obdobným vývojem prošel také návrh na začlenění povinnosti provádět periodicky externí audit corporate governance - po silné kritice (zvýšení administrativních nákladů, nedostatek kvalifikovaných poskytovatelů těchto služeb) se do finálního znění dostalo pouze pravidlo předepisující externí audit společnostem FTSE 350 nejméně jednou za tři roky⁸. Externí audit skýtá bezpochyby lepší záruky hodnocení corporate governance než interní hodnocení (byť i to by mělo alespoň nominálně být nezávislé) a byť s sebou nese zvýšení nákladů, lze do budoucna očekávat, že pracovní skupina FRC bude usilovat ve střednědobém horizontu o rozšíření kategorie společností, na které se povinnost zajistit externí přezkum corporate governance bude vztahovat.

4. DIVERZITA SPRÁVNÍ RADY

Velmi kontroverzní byla změna dotýkající se jmenování členů správní rady a požadavku na zachování diverzity v jejím složení. Požadavek na rozmanitost v rámci správní rady je do jisté míry nepochybně legitimní, důvodová zpráva hovoří především o potřebě zabránit jednotnému skupinovému myšlení (group thinking) a učinit ze správní rady fórum ve

⁶ The UK Corporate Governance code (june 2010), str. 17, čl. B.7.1., dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

⁷ Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), str. 4, dostupná na <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation3.pdf>.

⁸ The UK Corporate Governance code (june 2010), str. 17, čl. B.6.2., dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

kterém se budou setkávat rozdílné názorové proudy a přístupy⁹. Cílem této úpravy je tedy tvorba synergického efektu, díky kterému správní rada bude fungovat efektivněji a vymaní se myšlenkovým stereotypům.

Formulace tohoto pravidla je ovšem diskutabilní. Zájem na diverzifikaci správní rady má být postaven před objektivní kritéria výběru a tedy uchazeč, který je pro danou pozici nejvhodnější z hlediska svých osobních vlastností a personálních kvalit, tedy nemusí být vybrán a takový postup bude v souladu s kodexem corporate governance. Ustanovení obsahuje dokonce i výslovnou poznámku o diverzifikaci dle pohlaví¹⁰. V tomto případě již nejde jen o snahu dosáhnout co nejefektivnějšího složení správní rady, ale o přímou pozitivní diskriminaci žen při volbě do funkce v těchto orgánech, kdy hodnota diverzity správní rady je z důvodu snahy o genderovou korektnost postavena před hodnotu jejího efektivního fungování. Takové uvažování považují v corporate governance za zcela scestné, systémy corporate governance mají sloužit k vytvoření efektivních modelů správy a řízení korporací, nikoli k iniciaci sociokulturních změn za účelem prosazení většího počtu žen ve vedoucích funkcích. Je otázkou, zda naopak nedojde k zhoršení korporátní kultury (a postavení žen), když budou ženy jmenovány do správních rad jen jaksi do počtu na non-executive pozice, aby si společnost mohla ve zprávě o corporate governance odškrtnout políčko a nebudou brány jako jejich plnohodnotní členové (a tím se zhorší i pozice žen, které se do vedení společností dostaly přirozenou cestou). Tato změna vyvolala na veřejnosti velmi bouřlivou diskusi a lze spekulovat o tom, zda se nejedná do jisté míry o mediální tah, který by měl odpoutat pozornost od palčivějších otázek, které corporate governance neumí vyřešit, čemuž by napovídalo i to, že se bezprostředně po vydání kodexu nemluvilo skoro o ničem jiném a téma se dostalo do tisku i mimo odborné kruhy¹¹.

5. MANAGEMENT RIZIK

Kodex se dále podrobněji věnuje managementu rizik. Nově klade na správní radu odpovědnost za vytvoření a udržování efektivního managementu rizik, který by měl sloužit k vyhledávání, hodnocení a překonávání

⁹ Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), str. 5-6, dostupná na <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation3.pdf>.

¹⁰ The UK Corporate Governance code (june 2010), str. 13, čl. B.2 Supporting principles, dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

¹¹ Corporate Governance Code: a woman's place is in the boardroom, The Sunday Times, dostupný na http://business.timesonline.co.uk/tol/business/industry_sectors/banking_and_finance/article7138598.ece.

podnikatelských rizik, které korporace ohrožují¹². Tvůrci kodexu a značná část odborné veřejnosti¹³ vnímají dosavadní absenci podobného výslovného ustanovení jako významný nedostatek předchozí verze kodexu. V zásadě nelze proti začlenění tohoto principu do textu kodexu nic namítat, management rizik si jistě zaslouží samostatnou úpravu. Již během připomínkového řízení ovšem někteří jeho účastníci poukazovali na omezený dosah tohoto ustanovení a také na určitou bezzubost podobných systémů, když poukazovali na to, že drtivá většina velkých korporací systémy řízení rizik měla a má, ty se ovšem neukázaly být během finanční krize příliš efektivní. Úprava v kodexu přitom nepřináší nic víc než povinnost managementu zajistit takový systém a hodnotit jeho fungování, nelze tedy očekávat, že povede v praxi k nějaké změně a neřeší rovněž základní problém většiny systémů řízení rizik - koncentraci na známá rizika a rizika s vysokou pravděpodobností vzniku (byť třeba s menšími následky).

6. INFORMAČNÍ POVINNOST

V neposlední řadě kodex nově stanoví povinnost publikovat ve výroční zprávě srozumitelným způsobem základní informace o obchodním modelu společnosti a o její obchodní strategii¹⁴. Toto ustanovení vzbudilo určitou kritiku, neboť některé korporace poukazovaly na to, že tak budou nuceny zveřejňovat informace, které lze proti nim na trhu využít, FRC ovšem trvala na tom, že se jedná jen o základní informace podané laikovi srozumitelnou formou, které by si profesionál mohl dohledat v ostatních částech výroční zprávy nebo jiných publikovaných dokumentech¹⁵. Kodex také nově pro lepší dostupnost údajů preferuje publikaci na webu společnosti před zveřejněním ve výroční zprávě, neboť internetovou prezentaci společnosti

¹² The UK Corporate Governance code (june 2010), str. 19, čl. C.2., dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagmanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

¹³ Summary of the main points raised in responses to the March 2009 call for evidence (July 2009), str. 24, dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagmanager/frc/Combined_Code_2009/Web_changes_to_2009_REview_of_the_Combined_Code_July_2009/FRC%20Summary%20of%20responses%20to%20March%202009%20consultation.pdf.

¹⁴ The UK Corporate Governance code (june 2010), str. 18, čl. C.1.2., dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagmanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

¹⁵ Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), str. 7-8, dostupná na <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation3.pdf>.

považuje v současnosti za nejsnáze dostupnou publikační platformou a také pro společnost neznamená zvýšení nákladů¹⁶.

7. SHRNU TÍ

Změny obsažené v novém kodexu corporate governance jsou již na první pohled spíše drobnými úpravami (shora uvedených několik základních změn lze jen těžko považovat za hlubší proměnu). Celkový duch kodexu zůstal stejný, jen zesílil důraz na obecné principy a řada konkrétních ustanovení byla přeformulována bez valného vlivu na jejich obsah. Tato změna dobře odráží současnou pozici corporate governance, kdy podobné systémy musejí čelit tvrdé kritice zpochybňující potřebu jejich existence a jejich tvůrci jsou velmi rozpačití, co se týče směru jejich dalšího vývoje a reakce na současnou hospodářskou situaci. Britský kodex není výjimkou, nedokáže nemožné, nevyřeší sám o sobě ekonomické problémy, ale může napomoci vytvořit dobré a efektivní korporátní prostředí. Je nutné také stále pamatovat, že nástroje kodexu stimulující k zajištění kvalitního řízení korporací jsou značně omezené (byť britský systém spočívající ve spolupráci s London Stock exchange při registraci na regulovaný trh¹⁷ jde výrazně dál, než český systém, kdy byl kodex prakticky pouze umístěn na vládní web a od zániku komise pro cenné papíry se o něj nikdo příliš nestará). Kodex tak bezpochyby přispívá k zajištění dobré corporate governance, je ovšem otázkou, nakolik tento přínos odpovídá nákladům vynaloženým na jeho dosažení.

Literature:

- Klírová, J., Česká ulička corporate governance, *Finanční management* 10/2008, s. 3-9.
- FSA Handbook dostupný na <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook>.
- The UK Corporate Governance code (june 2010) dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf.

¹⁶ Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), str. 9, dostupná na <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation3.pdf>.

¹⁷ FSA Handbook, články 9.8.1 až 9.8.13, dostupný na <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook>.

- The Combined code on Corporate governance (june 2008) dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/frc/Combined_Code_June_2008/Combined%20Code%20Web%20Optimized%20June%202008%2082%29.pdf.
- Zpráva Financial Reporting Council nazvaná Revisions to the UK Corporate Governance Code (formerly the Combined Code), dostupná na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/May%202010%20report%20on%20Code%20consultation.pdf.
- Corporate Governance Code: a woman's place is in the boardroom, The Sunday Times, dostupný na http://business.timesonline.co.uk/tol/business/industry_sectors/banking_and_finance/article7138598.ece.
- Summary of the main points raised in responses to the March 2009 call for evidence (July 2009) dostupný na http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/frc/Combined_Code_2009/Web_changes_to_2009_REview_of_the_Combined_Code_July_2009/FRC%20Summary%20of%20responses%20to%20March%202009%20consultation.pdf.

Contact – email

jkoziak@seznam.cz

OBCHODNÍ PODMÍNKY, VYKLÁDACÍ PRAVIDLA A OBCHODNÍ ZVYKLOSTI

KAREL MAREK¹

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Pojednání se věnuje obchodním podmínkám, vykládacím pravidlům a obchodním zvyklostem. Používání obchodních podmínek, obchodních zvyklostí a vykládacích pravidel, a to na úkor dřívější podrobné předpisové úpravy, považujeme za správné. Jak obchodní zvyklosti, tak obchodní podmínky či vykládací pravidla se přitom mohou měnit bez nároků na novelizace právních předpisů. Je přitom třeba počítat s rozšiřujícím se výčtem mezinárodních úmluv i rozvíjející se mezinárodní úpravou. Současně je třeba počítat i s některými obchodními zvyklostmi a obchodními podmínkami, které se používají shodně jak v mezinárodních, tak i tuzemských vztazích (např. u akreditivů či inkas, bankovních záruk apod.). Dosavadní právní úpravu umožňující tedy v obchodních závazkových vztazích odkázat na obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, hodnotíme kladně.

Key words in original language

Obchodní zákoník; obchodní smlouvy; obchodní zvyklosti; obchodní podmínky; vykládací pravidla.

Abstract

Concerning concluding and execution of commercial contracts, it is considered to be accurate to apply business conditions, business practices and interpretation rules at the expense of former, detailed regulations. Business conditions, business practices as well as interpretation rules can be changed without claim on amendment of legal regulations. It is necessary to calculate on dilative enumeration of international agreements together with blooming international adjustment. Simultaneously it is essential to calculate on some business conditions and practices which are used identically in international as well as in national relations (e. g. for credit letters or cash-ins, bank guarantees etc.). Standing legal regulations which allow referring to business conditions, business practices and interpretation rules in commercial contractual relationships is positive valued.

¹ Autor je učitelem Katedry obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

Key words

Commercial Code; Commercial Contracts; Business Practices; Business Conditions; Interpretation Rules.

1. VÝCHODISKA

Uzavírání smluv je v obchodním zákoníku upraveno v ustanovení § 269 až 275 pod nadpisem Některá ustanovení o uzavírání smlouvy, z čehož jasně vyplývá, že v obchodním zákoníku nalezneme jen část úpravy. **Základ právní úpravy je v ustanoveních § 43 až 51 občanského zákoníku** a pro obchodněprávní vztahy přitom platí to, co je v ustanoveních § 269 až 275 obchodního zákoníku stanoveno jinak.

Smluvní strany mohou

- v obchodněprávních vztazích **použít smluvního typu uvedeného v obchodním zákoníku** (např. uzavřít smlouvu kupní, jejímž předmětem plnění je zboží, smlouvu o prodeji podniku, smlouvu o dílo atd.)
- **použít smluvní typ z občanského zákoníku** (viz § 261 odst. 6 obchodního zákoníku), a to tehdy, pokud takový smluvní typ obchodní zákoník neobsahuje (např. smlouvu příkazní, smlouvu kupní na nemovitosti, obecnou smlouvu nájemní atd.)
- **uzavřít smlouvu nepojmenovanou** (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku), tj. takovou, která není zákonným smluvním typem (např. smlouvu o spolupráci, smlouvu o spolupůsobení, o společné činnosti apod.)
- **použít smluvního typu podle zvláštního zákona** (např. o cenných papírech).

Smluvní strany však **nemohou použít v obchodněprávních vztazích smluvní typ z občanského zákoníku** (viz § 1 odst. 2 obchodního zákoníku), pokud obchodní zákoník tento smluvní typ upravuje (např. smlouvu o dílo).

Základním pravidlem, které musí strany splnit, chtějí-li uzavřít smlouvu, je **zásadní dohoda o celém obsahu smlouvy**. Výjimku zde tvoří vznik smluv vyjádřením souhlasu s návrhem smlouvy provedením určitého úkonu.

Zvláštní způsob vzniku smlouvy pro obchodněprávní vztahy přitom upravuje § 275 odst. 4 obchodního zákoníku. Toto ustanovení uvádí dvě skupiny podmínek. Splní-li se přitom z každé skupiny podmínka alespoň jedna, pak rovněž vznikne smlouva.

První skupina podmínek je vyjádřena taxativně těmito podmínkami:

1. s přihlédnutím k obsahu návrhu na uzavření smlouvy nebo
2. v důsledku praxe, kterou strany mezi sebou zavedly,
3. s přihlédnutím ke zvyklostem rozhodným podle tohoto zákona.

Druhá skupina podmínek je uvedena demonstrativně (osoba, které je návrh určen, může vyjádřit souhlas s návrhem provedením určitého úkonu):

1. např. odesláním zboží
2. např. zaplacením kupní ceny.

Jak je zřejmé, ustanovení § 275 odst. 4 obchodního zákoníku se nevztahuje na případy vzniku smlouvy v písemné formě, ale jen na vznik smlouvy konkludentním jednáním.

Může to tedy být takové jednání, při splnění jedné z podmínek z 1. skupiny, které naplní podmínku 2. skupiny. Za souhlas (naplnění podmínky 2. skupiny) lze považovat každé jednání, z něhož přímo či nepřímo akceptace návrhu vyplývá.

Pokud jde přitom o smlouvy uzavírané podle smluvního typu z občanského zákoníku (viz § 261 odst. 6 obchodního zákoníku), musí tyto smlouvy obsahovat tzv. podstatné náležitosti předepsané zákonem pro tyto jednotlivé smlouvy. Současně je třeba přesně určit smluvní strany.

U tzv. smluv nepojmenovaných (podle § 269 odst. 2 obchodního zákoníku) **je nutno, aby** kromě přesného určení smluvních stran **byl dohodnut obsah závazku**, tj. byla přesně vymezena práva a povinnosti stran. Na smlouvy obchodněprávní nepojmenované se použijí ustanovení hlavy I. třetí části (tj. obecná závazková úprava), nikoli však (vzhledem k textu § 269 odst. 1 obchodního zákoníku), bez případného smluvního ujednání, ustanovení z některého (obsahově blízkého) smluvního typu. Vzhledem k zásadě smluvní volnosti lze však použití některé takové úpravy výslovně ujednat.

Jde-li o použití smluvního typu podle obchodního zákoníku, potom musí konkrétní smlouvy obsahovat tzv. podstatné části smluv (viz § 269 odst. 1) **vymezené v základních ustanoveních smluvních typů.** Základní ustanovení vymezuje podstatné části smlouvy a nezáleží na tom, zda je jako základní nadepsáno (např. u Kupní smlouvy či Smlouvy o dílo), nebo nikoli (např. u Mandátní smlouvy či u Smlouvy o obchodním zastoupení). Základní ustanovení jsou prvními ustanoveními příslušných smluvních typů v hlavě II. třetí části obchodního zákoníku (např. pro kupní smlouvu jsou stanoveny tyto podstatné části: určení prodávajícího, jeho závazek dodat zboží, určení zboží, závazek prodávajícího převést vlastnické právo ke zboží, určení kupujícího, jeho závazek zaplatit kupní cenu a dohoda o ceně -

tj. buď uvedení ceny pevné, či způsobu stanovení ceny, ledaže z jednání o uzavření smlouvy vyplývá vůle strany, že chtějí uzavřít smlouvu i bez určení kupní ceny) nebo i v hlavě III. třetí části (viz Smlouvu o výhradním prodeji).

Připomeňme jen, že nepojmenovaná smlouva uzavíraná podle § 51 občanského zákoníku v obchodněprávních vztazích nemůže být realizována (obchodní zákoník totiž má svoji úpravu nepojmenované smlouvy a odporovalo by to tedy ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku).

Část obsahu smlouvy lze určit také odkazem na obchodní podmínky (§ 273 obchodního zákoníku) a lze použít i doložek upravených v užívaných vykládacích pravidlech (§ 274 obchodního zákoníku).² Využít je možno i obchodních zvyklostí.

2. OBCHODNÍ PODMÍNKY

Obchodní podmínky lze charakterizovat uvedením jejich obvyklých znaků jako:

Nepřímá smluvní ujednání - obchodní podmínky nejsou obsaženy v textu smlouvy samé, nýbrž jsou otištěny na jejím rubu či tvoří samostatný dokument. Teoreticky si lze představit i obchodní podmínky sjednané ústně, nicméně potenciální problémy spojené s prokazováním jejich obsahu tuto možnost prakticky vylučují.

Vedlejší smluvní ujednání - v obchodních podmínkách jsou řešena vedlejší práva a povinnosti účastníků závazkového vztahu, např. dohodnuté zkoušky, odpovědnost za vady apod., kdežto hlavní práva a povinnosti tvořící tzv. podstatné části smlouvy, bez jejichž sjednání smlouva platně nevznikne (např. vymezení předmětu smlouvy o dílo, stanovení ceny), bývají obsaženy v přímém smluvním ujednání.

Abstraktnost - obchodní podmínky jsou abstraktnější než konkrétní smlouvy o plnění. Jsou to v podstatě všeobecně formulované smluvní

² Blíže viz např. BEJČEK, J.; ELIÁŠ, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Praha, C. H. Beck, 4. vydání. BEJČEK, J.; HAJN, P.: Jak uzavírat obchodněprávní smlouvy, Linde Praha, 2004. OVEČKOVÁ, I. a kol.: Obchodný zákoník, Komentář, Iura Edition, Bratislava, 1995. PATAKYOVÁ, M.; MORAVČÍKOVÁ, A.: Obchodný zákoník, Ekonomický a právní poradce podnikatele, č. 5 - 6/2002. ŠTENGLOVÁ, I.; PLÍVA, S.; TOMSA, M. a kol.: Obchodní zákoník, Komentář, Praha, C. H. Beck, 12. vydání, 2009. SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo, IURA EDITION, Bratislava, 2009.

šablony, které doplňují smlouvu a racionalizují a typizují zejména opakované a hromadné obchody.³

Srozumitelnost a jednoznačnost - text obchodních podmínek by měl být srozumitelný. Obsahují-li obchodní podmínky víceznačné formulace, nemělo by to znamenat výhodu pro jejich tvůrce; v případě sporu by se nejednoznačné formulace měly interpretovat v jeho neprospěch.

Jasnost a bezrozpornost - problémy působí, když se smluvní partneri někdy zaváží k obchodu podle nákupních podmínek kupujícího a současně podle prodejních podmínek prodávajícího, ač jsou v určitých bodech neslučitelné. Takový konflikt různých obchodních podmínek znamená neurčitost projevu vůle, a není-li možné zjistit skutečnou vůli stran z vlastní smlouvy, je třeba provádět výklad podle okolností případu s využitím ustanovení § 266 obch. zák.

Souhlasný projev obou (všech) smluvních partneru, s použitím obchodních podmínek - na existenci obchodních podmínek by měl být obchodní partner výslovně upozorněn a mělo by mu být umožněno seznámení se s jejich textem. Obchodní podmínky se stanou součástí smlouvy v okamžiku, kdy s tím strany projeví svůj souhlas. Tento souhlas nemusí být vždy písemný, učiněný formou odkazu na text obchodních podmínek ve vlastní smlouvě. Je-li totiž zásadně možné uzavřít určitou smlouvu ústně, může být i odkaz na další obsah smlouvy obsažený v obchodních podmínkách učiněn ústně. Souhlas musí být výslovný, aby byl naplněn požadavek určitosti projevu vůle, v opačném případě by se jednalo o neplatný právní úkon. Měli však být dohoda stran o použití obchodních podmínek nesporná a prokazatelná, je velmi vhodné tuto skutečnost písemně deklarovat. Přípustné je například i takové řešení, že zhotovitel uvede v nabídce formulaci: „*Objednávkou provedení díla u zhotovitele vyslovuje objednatel souhlas se zněním obchodních podmínek uvedených na rubu nabídky* (na kterou v objednávce odkazuje) *jakožto se součástí smlouvy o dílo.*“

Soulad s kogentními normami, dobrými mravy a zásadami poctivého obchodního styku - ta ustanovení obchodních podmínek, která jsou v rozporu s kogentními právními ustanoveními, jsou neplatná.⁴

3. VYKLÁDACÍ PRAVIDLA

V obchodním styku se ke stručnému vyjádření podmínek vztahu a vzájemných práv a povinností běžně používají různé doložky, a to zejména

³ HAJN, P., BEJČEK, J.: Jak uzavírat obchodní smlouvy, 2. vydání, Praha, Linde, 2003, s. 133.

⁴ Blíže viz MAREK, K.; ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, ASPI Wolters Kluwer Praha, 2008, s. 28 a násl.

u kupních smluv (např. o odeslání zboží a způsobu přepravy, o hrazení přepravného, o povinnosti pojistit zboží a hrazení příslušných nákladů). Přesný výklad často užívaných doložek se mezinárodně sjednocuje (např. Incoterms, jejichž výklad publikuje Mezinárodní obchodní komora v Paříži).

Možnost použití vykládacích pravidel je zakotvena v ustanovení § 274 obch. zák., nicméně vyplývá i ze zásady smluvní volnosti. Použijí-li strany ve smlouvě některou z doložek upravených v užívaných vykládacích pravidlech, má se za to, že zamýšlely dosáhnout touto doložkou účinku stanovených vykládacími pravidly. Přímá smluvní ujednání však mají před vykládacími pravidly přednost.

Zvláštní význam mají doložky zejména v mezinárodním obchodu. Mezi nejvýznamnějšími nepochybně patří Incoterms, které se v mezinárodní praxi zcela vžily. Poprvé byly vydány v roce 1936, poslední verze pochází z roku 2000. V tuzemských vztazích je využití doložek omezenější, avšak není pojmově vyloučeno a doložky se používají. Bude se ovšem jednat jenom o některé doložky, neuplatní se zejména podmínky týkající se námořní dopravy.⁵

Doložky Incoterms 2000 lze rozdělit do čtyř skupin (níže uvádíme jen výňatky z textu, v praxi je třeba užívat originální text):

Skupina E

První skupinu představuje doložka, podle které připraví prodávající zboží ve svém závodě.

EXW - Ex Works (... named place) ze závodu (... ujednané místo)

Jedinou povinností prodávajícího je dát k dispozici zboží kupujícímu ve svém závodě. Prodávající není zodpovědný za nakládku zboží na dopravní prostředek opatřený kupujícím, jedině pokud by bylo dohodnuto jinak.

Kupující nese veškeré výlohy a rizika spojená s přepravou zboží z tohoto místa až do místa určení. Tato doložka představuje minimální závazek pro prodávajícího.

Skupina F

⁵ Blíže viz též MAREK, K.; ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, ASPI Wolters Kluwer Praha, 2008, s. 75 a násled.

Druhou skupinu představují doložky, u kterých je prodávající vyzván dodat zboží dopravci jmenovanému kupujícím.

FCA - Free Carrier (... named place) vyplaceně dopravci (... ujednané místo)

"Vyplaceně dopravci" znamená, že zboží je celně odbaveno. Proávající splní svou povinnost dodání, když předá zboží odbavené pro vývoz do péče dopravce jmenovaného kupujícím na sjednaném místě nebo bodě. Pokud kupující neudal přesný bod, prodávající může volit mezi místem nebo stanoveným pásmem, kde dopravce převezme zboží do své péče.

Pokud je podle obchodní praxe potřebná spolupráce prodávajícího při uzavření smlouvy s dopravcem (jako např. v železniční a letecké dopravě), prodávající může jednat na nebezpečí a náklady kupujícího.

Tato doložka může být použita pro každý druh dopravy včetně kombinované (s různými navazujícími druhy dopravy).

"Dopravce" je každá osoba, která se přepravní smlouvou zavazuje provést nebo zajistit provedení přepravy železniční, silniční, námořní, letecké, vnitrozemské, vodní nebo v jejich kombinaci. Pokud kupující přikáže prodávajícímu dodat zboží osobě, např. zasílateli, který není "dopravce", pak prodávající splnil svou povinnost dodání zboží jeho předáním do péče této osoby.

Kupující musí obstarat na vlastní nebezpečí a náklady veškeré dovozní licence a vyřídit celní formality, pokud přicházejí v úvahu pro dovoz zboží nebo průvoz jinou zemí.

FAS - Free Alongside Ship (... named port of shipment) vyplaceně k boku lodi (... ujednaný přístav nalodění)

"Vyplaceně k boku lodi" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, když zboží dodá k boku lodi na nábřeží nebo ve člunu v ujednaném přístavu nalodění. Kupující musí nést všechny náklady a nebezpečí ztráty nebo poškození zboží od tohoto okamžiku.

Zboží pro vývoz celně odbavuje prodávající. Tato doložka může být použita pouze pro námořní nebo vnitrozemskou vodní dopravu.

FOB - Free on Board (... named port of shipment) vyplaceně na loď (... ujednaný přístav nalodění)

"Vyplaceně na loď" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, když zboží přešlo zábradlí lodi v ujednaném přístavu nalodění. Kupující nese od tohoto okamžiku všechny náklady a nebezpečí ztráty nebo

poškození zboží. Doložka FOB vyžaduje, aby prodávající odbavil zboží pro vývoz.

Tato doložka může být použita pouze pro námořní nebo vnitrozemskou vodní dopravu. Jestliže zábradlí lodi nemá praktický význam (tak jako v případě přepravy kontejnerové), je výhodnější použít doložku FCA.

Skupina C

Třetí skupina zahrnuje doložky, u kterých musí prodávající zajistit uzavření přepravní smlouvy, aniž by na sebe vzal nebezpečí ztráty nebo poškození zboží nebo dodatečné náklady způsobené okolnostmi po nalodění a odeslání.

CFR - Cost and Freight (... named port of destination) výlohy a dopravné (... ujednaný přístav určení)

"Výlohy a dopravné" znamená, že prodávající musí zaplatit výlohy a dopravné potřebné k přepravě zboží do ujednaného přístavu určení, ale nebezpečí ztráty nebo poškození zboží, jakož i jakékoliv dodatečné náklady vzniklé po dodání zboží na palubu lodi, přechází z prodávajícího na kupujícího přechodem zábradlí lodi v přístavu nalodění. Doložka CFR vyžaduje, aby prodávající odbavil zboží pro vývoz.

Tato doložka může být použita pouze pro námořní a vnitrozemskou vodní dopravu. Jestliže zábradlí lodi nemá praktický význam tak jako v případě přepravy kontejnerové, je vhodnější použít doložku CPT.

CIF - Cost, Insurance and Freight (... named port of destination) výlohy, pojistné a dopravné (... ujednaný přístav určení)

Prodávající je povinen obstarat na vlastní nebezpečí a náklady vývozní licenci nebo jiné úřední povolení a vyřídit veškeré celní formality potřebné pro vývoz zboží, pokud přicházejí v úvahu.

Prodávající musí obstarat námořní pojištění kryjící kupujícího proti nebezpečí ztráty nebo poškození zboží během přepravy. Prodávající uzavírá pojišťovací smlouvu a platí pojistné. Kupující si musí být vědom toho, že podle doložky CIF prodávající je pouze povinen obstarat pojištění s minimálním krytím. Prodávající je povinen poskytnout kupujícímu na jeho žádost potřebné informace pro sjednání dodatečného pojištění.

Tato doložka může být používána pouze pro námořní dopravu a pro vnitrozemskou vodní dopravu. Jestliže zábradlí lodi nemá praktický význam jako v případě přepravy kontejnerové, je vhodnější použít doložku CIP.

CPT - Carriage Paid to (... named place of destination) přepravné placeno do (... ujednaný bod určení)

"Přeprava placena do ..." znamená, že prodávající zaplatí přepravné za dopravu zboží do ujednaného místa určení. Nebezpečí ztráty nebo poškození zboží, jakož i jakékoliv dodatečné náklady, vzniklé po dodání zboží dopravci, přechází z prodávajícího na kupujícího předáním zboží do péče dopravce.

"Doprovce" je kterákoliv osoba, která se přepravní smlouvou zaváže provést nebo obstarat provedení přepravy železniční, silniční, námořní, letecké, vnitrozemské vodní dopravy nebo v jejich kombinaci. Je-li při přepravě do ujednaného místa určení zapojen další dopravce, přechází nebezpečí předáním zboží prvnímu dopravci.

Doložka CPT vyžaduje, aby prodávající odbavil zboží pro vývoz. Tato doložka může být použita pro všechny druhy dopravy včetně kombinované.

CIP - Carriage and Insurance Paid to (... named place of destination) dopravné a pojistné placeno do (... ujednaný bod určení)

"Přeprava a pojištění placeny do ..." znamená, že prodávající má stejné povinnosti jako podle doložky CPT, ale navíc musí obstarat pojištění zboží kryjící kupujícího proti nebezpečí ztráty nebo poškození zboží během přepravy. Proávající uzavírá pojišťovací smlouvu a platí pojistné.

Kupující si musí být vědom toho, že podle doložky CIP je prodávající pouze povinen obstarat pojištění s minimálním krytím.

Prodávající je povinen vyřídit na svůj náklad vývozní formality a licence, pokud přicházejí v úvahu. Tato doložka může být používána pro všechny druhy dopravy včetně kombinované.

Skupina D

Čtvrtá skupina obsahuje doložky, u kterých prodávající musí nést všechny náklady a nebezpečí až do dodání zboží.

DAF - Delivered At Frontier (... named place) s dodáním na hranici (... ujednané místo)

"S dodáním na hranici" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, jakmile zboží bylo dáno k dispozici odbavené pro vývoz v ujednaném bodě a místě na hranici, ale před "celní hranicí" sousední země.

Pojem hranice může být použit pro kteroukoliv hranici včetně hranice země exportu. Proto je velmi důležité, aby tato hranice byla definována přesně, v každém případě jmenováním bodu a místa. Tato doložka je především

určena pro přepravu zboží v železniční nebo silniční dopravě, ale může být použita pro každý druh dopravy.

Pokud to kupující požaduje, může prodávající souhlasit s uzavřením přepravní smlouvy za obvyklých podmínek na riziko a náklady kupujícího za následnou přepravu zboží od jmenovaného místa na hranice až do místa určení v zemi dovozu. Proávající může uzavření takové smlouvy odmítnout, musí však o tom ihned uvědomit kupujícího.

Prodávající je povinen pro kupujícího opatřit na vlastní náklady neprodleně obvyklý dopravní doklad nebo jiný důkaz o dodávce zboží v ujednaném místě až na hranice.

Pokud se strany ve smlouvě dohodly o následné přepravě, je prodávající povinen obstarat kupujícímu na jeho žádost, nebezpečí a náklady průběžný dopravní dokument, běžně vydávaný v zemi odeslání, znějící na obvyklé podmínky přepravy z místa odeslání do místa konečného určení v zemi dovozu.

DES - Delivered Ex Ship (... named port of destination) s dodáním z lodi (... ujednaný přístav určení)

"S dodáním z lodi" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, když dá zboží k dispozici na palubě lodi neodbavené pro dovoz v ujednaném přístavu určení.

Tato doložka může být použita pouze pro námořní nebo vnitrozemskou vodní dopravu.

DEQ - Delivered Ex Quay (Duty Paid) (... named port of destination) s dodáním z nábřeží (clo placeno) (... ujednaný přístav určení)

"S dodáním z nábřeží (clo placeno)" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, jakmile dá zboží odbavené pro dovoz k dispozici kupujícímu na nábřeží v ujednaném přístavu určení.

Formality spojené s vývozem vyřizuje prodávající a dovozní formality naopak kupující. Tato doložka může být použita pouze pro námořní nebo vnitrozemskou vodní dopravu.

DDU - Delivered Duty Unpaid (... named place of destination) s dodáním bez placení cla (... ujednané místo určení v zemi dovozu)

"S dodáním clo neplaceno" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, jakmile dá zboží k dispozici v ujednaném místě v zemi dovozu. Proávající nese všechny náklady a nebezpečí spojené s dodáním zboží (s výjimkou cla, daní a jiných úředních poplatků placených při dovozu, jakož i nákladů a nebezpečí spojených s vyřízením celního odbavení).

Kupující musí zaplatit všechny dodatečné náklady a nést všechna nebezpečí způsobená jeho opomenutím odbavit zboží včas pro dovoz. Jestliže si strany přejí, aby prodávající vyřídil celní odbavení a nesl náklady a nebezpečí s tímto spojená, musí toto být výslovně takto stanoveno.

Jestliže si strany přejí zahrnout do povinností prodávajícího některé náklady placené při dovozu zboží (jako daň z přidané hodnoty), mělo by toto být vyjasněno doplněním doložky takto: "S dodáním clo neplaceno, daň z přidané hodnoty placena (... ujednané místo určení)."

Tato doložka může být použita pro každý druh dopravy.

DDP - Delivered Duty Paid (... named place of destination) s dodáním clo placeno (... ujednané místo určení v zemi dovozu)

"S dodáním clo placeno" znamená, že prodávající splní svou povinnost dodání, jakmile dá zboží k dispozici v ujednaném místě v zemi dovozu. Proávající nese všechna nebezpečí a náklady včetně cla, daní a jiných poplatků spojených s dodáním zboží do tohoto místa a s odbavením pro dovoz.

Zatímco doložka EXW představuje minimum povinností pro prodávajícího, doložka DDP představuje pro něho maximum závazků. Tato doložka by neměla být používána, jestliže prodávající nemůže přímo nebo nepřímo obdržet dovozní licenci.

Jestliže si strany přejí, aby kupující odbavil zboží pro dovoz a zaplatil clo, měla by být použita doložka DDU.

Jestliže si strany přejí vyloučit z povinností prodávajícího některé z nákladů placených při dovozu zboží (jako daň z přidané hodnoty), mělo by toto být vyjasněno doplněním znění doložky takto: "S dodáním clo placeno, daň z přidané hodnoty neplacena (... ujednané místo určení)." Tato doložka může být použita pro každý druh dopravy.

Úplné znění platných Incoterms vydává pro uživatele Hospodářská komora ČR.

K INCOTERMS vydala Mezinárodní obchodní komora v Paříži tzv. zlatá pravidla. Mj. je zde upozorněno, že **vykládací pravidla jsou určena pro kupní smlouvu a nemohou být zaměňována pro související přepravní smlouvu s dopravcem**. Subjekty kupní smlouvy musí však sdělit svým dopravcům jaké doložky byly zvoleny, aby byla přepravní smlouva ve shodě s kupní smlouvou.

Protože nejsou doložky všeobsažné, je k doložkám ještě vhodné sjednat:

- kdo bude zboží nakládat a vykládat,

- rozsah pojištění (časový, územní),
- vymezení dopravy (např. mrazírenský kontejner, nepřepřevážet na palubě).

Pokud smluvní strana zajišťuje celní odbavení nebo je odpovědná za dodávku do místa určení ve vnitrozemí cizího státu, je vhodné smluvně počítat se situacemi, kdy celní odbavení nebo vnitrozemská doprava řádně neproběhne z důvodů, které nemají původ v činnosti této smluvní strany.

Kromě Incoterms se počínají uplatňovat i nové Intraterms (International Trade Terms), které na Incoterms navazují a vycházejí z nich.⁶

Mezinárodní obchodní komora přitom dokončila revizi standardních dodacích podmínek a vydává nové INCOTERMS 2010, které by měly s platností od příštího roku nahradit INCOTERMS 2000. Celkový počet standardních dodacích podmínek se sníží na 11, z toho devět zůstane de facto beze změny, čtyři budou zrušeny a dvě budou nové.

Je zřejmé, že dodací podmínky určují, do jakého okamžiku (místa) nese rizika a náklady na dodání zboží prodávající, a kde tato rizika a náklady přecházejí na kupujícího. Neupravují okamžik přechodu vlastnictví, který je spíše spojen s platebními podmínkami nebo jiným smluvním ujednáním.

Z hlediska dovozního celního řízení hrají dodací podmínky klíčovou roli při určování celní hodnoty, neboť vypovídají o tom, jaké náklady jsou zahrnuty v ceně zboží a jaké je naopak třeba připočítat. Například dodací podmínka „FCA Hanoi“ znamená, že kromě fakturované ceny zboží je nutno připočítat i náklady na přepravu a pojištění z Hanoje po místo vstupu zboží do EU; při použití podmínky „CIP Olomouc“ je naopak zřejmé, že v ceně zboží jsou zahrnuty veškeré náklady související s dopravou do Olomouce a při určení celní hodnoty je tudíž možno odečíst prokazatelné náklady na přepravu v rámci EU.

Změny v INCOTERMS 2010

Od roku 2011 budou používány následující standardní dodací podmínky:

- **EXW** - Ex Works - všechny druhy dopravy
- **FCA** - Free Carrier - všechny druhy dopravy
- **CPT** - Carriage Paid To - všechny druhy dopravy

⁶ Viz HERMANN, A. H.: International Trade Terms, Mezinárodní obchodní podmínky, RADIX Praha 1997, 164 s.

- **CIP** - Carriage and Insurance Paid - všechny druhy dopravy
- **DAT** (nová dodací podmínka) - Delivered At Terminal - všechny druhy dopravy
- **DAP** (nová dodací podmínka) - Delivered At Place - všechny druhy dopravy
- **DDP** - Delivered Duty Paid - všechny druhy dopravy
- **FAS** - Free Alongside Ship - lodní doprava (námořní i říční)
- **FOB** - Free On Board - lodní doprava (námořní i říční)
- **CFR** - Cost and Freight - lodní doprava (námořní i říční)
- **CIF** - Cost, Insurance and Freight - lodní doprava námořní i říční).

Ve srovnání se současnou praxí nebudou nadále existovat standardní podmínky **DDU** (Delivered Duty Unpaid), **DAF** (Delivered At Frontier), **DES** (Delivered Ex Ship), **DEQ** (Delivered Ex Quay). Pokud je obchodní partneri budou chtít nadále využívat, neměli by se odvolávat na platné INCOTERMS 2010.

Při sjednávání obchodních smluv na rok 2011 mějte na paměti, že budou platit nové standardy obchodních podmínek INCOTERMS 2010.

Mezinárodní obchodní komora vydá publikaci s aktuálními standardy obchodních podmínek.⁷

Lze však pochopitelně kontrahovat i s využíváním doložek 2000, a to tak, že u příslušné doložky uvedeme, že se jedná o doložku INCOTERMS 2000.

4. OBCHODNÍ ZVYKLOSTI

Obchodní zvyklosti nejsou právními obyčeji,⁸ můžeme je v souladu s prof. R. Dominikem (který působil na brněnské právnické fakultě před 2. světovou válkou) považovat za faktický pramen.

⁷ Blíže viz <http://www.iccwbo.org/incoterms/>.

⁸ POKORNÁ, J., MAREK, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2, s. 8.

V případě, že bychom snad obchodní zvyklosti považovali za pramen práva, nemusel by na ně obchodní zákoník v ustanovení § 1 odst. 2 odkazovat, jelikož by tato pravidla platila samostatně. Správným názorem shledáváme, že obchodní zvyklosti jako takové nejsou právní normou; svoji regulativní schopnost neuplatňují samy, nýbrž na základě příslušného ustanovení obchodního zákoníku. Lze tedy shrnout, že obchodní zvyklosti obsahují pravidla chování, jejichž dodržování má právní důsledky, avšak realizace pravidel i vznik následků nevyplývá ze zvyklostí samotných, nýbrž z jejich spojení s textem zákona. **Obchodní zvyklosti tak nelze považovat za prameny práva.**⁹

Od těchto zvyklostí – obchodních zvyklostí, které mají normativní obsah, je však nutné odlišit zvyklosti, jež se dodržují v obchodním styku, avšak tuto normativní povahu nemají. Například se ustálilo pravidlo, že podepisují-li smlouvu za účastníka dvě fyzické osoby, signuje se osoba významnější na dokumentu vlevo. Nebude-li však tato zvyklost dodržena, nemá to žádné právní důsledky. Nejde o obchodní zvyklost.

4.1 OBCHODNÍ ZVYKLOSTI POUŽITELNÉ PODLE SMLOUVY

Úprava obchodních zvyklostí použitelných podle smlouvy je zakotvena v ustanovení § 264 odst. 2 obch. zák. Použití obchodních zvyklostí podle tohoto odstavce se liší od použití podle odstavce prvního § 264 obchodního zákoníku. V tomto případě se totiž obchodní zvyklosti stávají součástí smluvního ujednání, mají tedy stejný právní význam jako smluvní ustanovení. Smlouva musí obsahovat výslovný odkaz na tyto zvyklosti; ty pak mají přednost před dispozitivními ustanoveními právních předpisů. Zvyklosti mohou být ve smlouvě výslovně uvedeny. Postačí však i prostý odkaz na zvyklosti. Přesto je takový odkaz možný, i jde-li o smlouvu povinně uzavíranou v písemné formě. Obchodní zvyklosti, na něž strany ve smlouvě odkáží, mohou být formalizovány v písemné formě.

Smluvní strana, která v souladu s ustanovením § 264 odst. 2 ujednala s druhou smluvní stranou odkaz na obchodní zvyklosti, se může pak těžko dovolávat toho, že tyto obchodní zvyklosti nezná.

4.2 VZTAH OBCHODNÍCH ZVYKLOSTÍ PODLE USTANOVENÍ § 1 A § 264 OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU

Ze systematiky obchodního zákoníku je patrné, že ustanovení § 1, které též obchodní zvyklosti uvádí, je obecné pro celý obchodní zákoník, kdežto ustanovení § 264 odst. 1 se týká jenom závazkových vztahů. Vzhledem k § 1 je § 264 speciálním ustanovením.

⁹ POKORNÁ, J., MAREK, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2, s. 9.

Je otázkou, v jakém vzájemném vztahu je aplikace obchodních zvyklostí podle § 1 a podle § 264 obch. zák. Obchodní zvyklosti, které se použijí podle § 1 odst. 2, jsou podle našeho názoru širší množinou obchodních zvyklostí stanovených v § 264 odst. 1. Ustanovení § 264 odst. 1 je pouze konkrétnější, jelikož zmiňuje jen obchodní zvyklosti zachovávané v příslušném obchodním odvětví. Ustanovení § 1 však mluví o obchodních zvyklostech zcela obecně – bez ohledu na to, zda se zachovávají jenom v určitém odvětví, obecně nebo jen v užším rozsahu. Vzhledem k tomu, že § 264 odst. 1 zřejmě nevylučuje aplikaci § 1, bylo by možno soudit, že obsah závazkového vztahu může být spoluurčen nejenom zvyklostmi, které mají znaky § 264 odst. 1, ale také dalšími zvyklostmi podle § 1 odst. 2.

4.3 VZTAH OBCHODNÍCH PODMÍNEK A OBCHODNÍCH ZVYKLOSTÍ

V praxi se vyskytují různé názory na vztah mezi obchodními zvyklostmi a obchodními podmínkami. Rozpor spočívá zejména v tom, zda obchodní zvyklosti, jež mají přednost před dispozitivními ustanoveními obchodního zákoníku, platí přednostně i před obchodními podmínkami nebo tomu tak není, či zda je to naopak. Z výkladu ustanovení § 264 odst. 2 a ustanovení § 273 obch. zák. vyplývá, že jak obchodní zvyklosti, tak obchodní podmínky neslouží jen k výkladu smlouvy, ale spoluurčují její obsah. Smlouva může tedy odkázat jak na obchodní zvyklosti, tak na obchodní podmínky, popř. i na vykládací pravidla podle ustanovení § 274 obch. zák. Tyto prvky pak mají po našem soudu souřadné (stejně) postavení. Tento názor považujeme za správný; odkáže-li totiž smlouva na obchodní podmínky, mají i ony přednost před dispozitivními ustanoveními obchodního zákoníku. Z tohoto hlediska tak mezi obchodními podmínkami a obchodními zvyklostmi není žádný rozdíl.

Naproti tomu podle jiných názorů mají obchodní zvyklosti uvedené ve smlouvě podřadné postavení vůči obchodním podmínkám. Tento názor se vyvozuje z formulace § 264 odst. 2, podle níž se ke zvyklostem smluvně předvídaným pouze přihlíží a tyto odvětvové zvyklosti nesmějí být v rozporu s obsahem smlouvy, jenž je utvářen i obchodními podmínkami, které jsou součástí smlouvy. Tento názor nesdílíme.

V odborné veřejnosti však v tomto směru nepanuje shoda.¹⁰ Je to dáno právní úpravou (viz § 1, § 264, § 273, § 274 obchodního zákoníku), která v příslušných ustanoveních používá různá slovní vyjádření („řeší se“, „posoudí se“, „řídí se“, „přihlédne se“ ...). V tomto ohledu lze de lege ferenda doporučit, aby zákonodárce nedával přednost stylistické pestrosti na úkor jednotnosti pojmů.

¹⁰ K těmto otázkám podrobněji viz BEJČEK, J. Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva). 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 43.

Smluvním stranám nic nebrání, aby si pojmy, které nejsou stanoveny obchodním zákoníkem, definovaly (pro účely smlouvy) ve smlouvě. To považujeme za velmi vhodné. Stanovení obsahu pojmu přitom může být pochopitelně různé. Z vymezení obsahu pojmu pak může vyplývat i povinnost smluvní strany (např. zhotovitele, provádí-li definovaný zkušební provoz). Ze smluvní praxe (i mezinárodní) se pak ukazuje, že by normování pojmů měla být věnována značná část smlouvy.

Pokud ovšem obsah použitých pojmů nebude stanoven smlouvou, pak tam, kde se tento pojem vytvořil a kde jde o obchodní zvyklost, bude použita obchodní zvyklost. Obchodní zvyklosti se přitom vytvářely a vytvářejí postupně.

5. ZÁVĚR

Co se týká uzavírání a realizace obchodněprávních smluv, pak používání obchodních podmínek, obchodních zvyklostí a vykládacích pravidel, a to na úkor dřívější podrobné předpisové úpravy, považujeme za správné. Jak obchodní zvyklosti, tak obchodní podmínky či vykládací pravidla se přitom mohou měnit bez nároků na novelizace právních předpisů.¹¹

Je přitom třeba počítat s rozšiřujícím se výčtem mezinárodních úmluv i rozvíjející se mezinárodní úpravou. Současně je třeba počítat i s některými obchodními zvyklostmi a obchodními podmínkami, které se používají shodně jak v mezinárodních, tak i tuzemských vztazích (např. u akreditivů či inkas, bankovních záruk apod.). Dosavadní právní úpravu umožňující tedy v obchodních závazkových vztazích odkázat na obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, hodnotíme kladně.¹²

Literature:

¹¹ PELIKÁNOVÁ, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006, s. 343-354.

¹² Náměty ke změnám ve III. části obchodního zákoníku viz mj. ve BEJČEK, J. ve ELIÁŠ, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2003.; BEJČEK, J.: Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva), MU Brno, 2. aktualizované a doplněné vydání, 1994, s. 217 a násl.; Ke změnám jednotlivých ustanovení ve PELIKÁNOVÁ, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999, 959 s., 600 s., 687 s.; ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M.: Obchodní zákoník, Komentář, 10. rozšířené a přepracované vydání, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006. SUCHOŽA, J.: Úvahy o dimenziích obchodních závazků, ve Pocta Miloši Tomsovi, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 374-380. SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.: Obchodné právo, IURA EDITON, Bratislava, 2009.

- BEJČEK, J. Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva). 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1994.
- BEJČEK, J. ve ELIÁŠ, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2003.
- BEJČEK, J.; ELIÁŠ, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Praha, C. H. Beck, 4. vydání.
- BEJČEK, J.; HAJN, P.: Jak uzavírat obchodněprávní smlouvy, Linde Praha, 2004.
- HERMANN, A. H.: International Trade Terms, Mezinárodní obchodní podmínky, RADIX Praha 1997.
- MAREK, K.; ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla, ASPI Wolters Kluwer Praha, 2008.
- OVEČKOVÁ, I. a kol.: Obchodný zákoník, Komentár, Iura Edition, Bratislava, 1995.
- PATAKYOVÁ, M.; MORAVČÍKOVÁ, A.: Obchodný zákoník, Ekonomický a právny poradca podnikateľa, č. 5 - 6/2002.
- PELIKÁNOVÁ, I.: Komentár k obchodnímu zákoníku, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999.
- PELIKÁNOVÁ, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006.
- POKORNÁ, J., MAREK, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2.
- SUCHOŽA, J.: Úvahy o dimenziích obchodních závazků, ve Pocta Miloši Tomsovi, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2006.
- SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.: Obchodné právo, IURA EDITON, Bratislava, 2009.
- ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M.: Obchodní zákoník, Komentár, 10. rozšířené a přepracované vydání, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006.

Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010
<http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>

- ŠTENGLOVÁ, I.; PLÍVA, S.; TOMSA, M. a kol.: Obchodní zákoník, Komentář, Praha, C. H. Beck, 12. vydání, 2009.

Contact – email

kmarek@law.muni.cz

THE FIDIC SUITE OF CONTRACTS: SELECTED ISSUES

PETRA NOVOTNÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá vybranými otázkami súvisiacimi s používaním smluvných podmienok FIDIC v medzinárodnom obchode. Zrejme sa zameriava na nejspornější body tzv. Stříbrné knihy upravující investiční dodávky na klíč ve srovnání s ostatními "smluvními typy" FIDIC. Kritika ze strany odborné veřejnosti namířená proti přenesení rizik na dodavatele v kontextu mezinárodních investičních dodávek je hlavním předmětem rozboru za účelem zhodnocení použitelnosti Stříbrné knihy obecně.

Key words in original language

FIDIC; Stříbrná kniha; Červená kniha; Žlutá kniha; Oranžová kniha; projekty na klíč; právo mezinárodního obchodu; soft law.

Abstract

The author focuses on selected issues related to use of FIDIC model contracts in international business transactions. The aim of this article is to present the most controversial point of using the FIDIC Silver Book for EPC/Turnkey Projects in comparison to previous FIDIC books. In particular, the shift of risks to the Contractor is discussed in the context of criticism directed to use of Silver Book by professionals in the area of construction industry and international investments.

Key words

FIDIC; Silver Book; Red Book; Yellow Book; Orange Book; EPC/Turnkey; international business transactions; soft law.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Právo mezinárodního obchodu a mezinárodní obchodní transakce jsou v dnešní době neoddělitelně spjaty se stále rozšířenější regulací prostřednictvím nestátních právních prostředků.¹ Standardizace smluvních podmínek (ať už prostřednictvím obchodních podmínek či formulářových smluv apod.) se stala předmětem činnosti mnohých mezinárodních organizací a dalších subjektů s významným postavením v mezinárodním

¹ K pojmu viz dále Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Praha: ASPI, a. s. 2006, s. 220 an.

obchodě. Za jednoho z nejrespektovanějších "tvůrců" těchto nestátních právních prostředků je považována i organizace FIDIC (*Fédération internationale des ingénieurs-conseils*) sídlící v Ženevě.²

Organizace FIDIC za dobu své existence stála za vznikem celé škály kodifikací smluvních podmínek společně s průvodci a vzorovými dokumenty, jejichž cílem bylo primárně usnadnění kontraktace při uzavírání mezinárodních obchodních smluv vážících se k realizaci dodávek stavebních, projektových a investičních celků. V závislosti na velikosti výstavbového projektu, jeho povaze či rozvržení odpovědnosti mezi smluvní strany apod. byly připraveny jednotlivé knihy podmínek. První vydání smluvních podmínek FIDIC lze datovat do roku 1957³, kdy světlo světa spatřila tzv. Červená kniha (*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* neboli *Red Book* podle barvy obálky) upravující podmínky realizace výstavbových projektů. Červenou knihu postupně doplnily mezi těmi nejznámějšími kniha Žlutá (*Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works - Yellow Book*), Oranžová (*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey - Orange Book*), Zelená (*The Short Form of Contract - Green Book*), Stříbrná (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - Silver Book*) a nejnověji Zlatá (*Conditions of Contract for Design, Build and Operate Project - Gold Book*).⁴ Tyto podmínky se dnes používají např. i v projektech financovaných Světovou bankou, Asijskou a Africkou bankou pro rozvoj, Evropskou bankou pro obnovu a rozvoj či Evropskou investiční bankou.⁵

Předmětem tohoto příspěvku však nebude rozbor povahy smluvních podmínek FIDIC jako nestátního právního prostředku, ale spíše důsledky související s autoritou, již organizace vytvářející tyto kodifikace požívá a s tím spojená rizika vyplývající z používání takových kodifikací při realizaci

² Pro bližší informace o organizaci FIDIC viz <http://www1.fidic.org/federation/> [dostupné k 21. 11. 2010].

³ Více k historii jednotlivých knih viz v Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed.

⁴ Více k jednotlivým knihám a jejich aktuálním vydáním či revizím viz na http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp#collection [dostupné k 21. 11. 2010]. V textu budou dále používány anglické názvy, zejména i z toho důvodu, že k smluvním podmínkám FIDIC stále neexistuje oficiální české znění. Veškerá česká terminologie používaná v tomto příspěvku proto vychází z vlastního překladu autorky. Pro účely předejít pochybnostem vzhledem k zažití terminologii v českém právním prostředí a možným odlišnostem, bude za mnohými termíny v příspěvku uvedeno jejich původní znění v angličtině.

⁵ Viz např. *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf [21. 11. 2010], či Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed., s. 112.

mezinárodních obchodních transakcí. Pro ilustraci typického problému vyvstávajícího při používání smluvních podmínek FIDIC si autorka zvolila problém dodávek velkých investičních celků, resp. dodávek na klíč na příkladu úpravy přenesení rizik na dodavatele v *Silver Book* ve srovnání s ostatními knihami podmínek FIDIC. Příspěvek se zaměří zejména na otázku vhodnosti používání *Silver book* pro účely realizace smluv na klíč.

2. CESTA K SILVER BOOK

Vlna liberalizace v ekonomikách Asie a Jižní Ameriky s sebou přinesla i deregulaci a privatizaci energetického sektoru a následný vstup nezávislých producentů energie na tyto nové trhy. Tyto země umožnily soukromým investorům získání koncesí k provozování elektráren, takže rozvoj hospodářství se stal možným za jejich podpory. Velké investiční projekty související s výstavbou zahrnovaly často množství stran a širokou síť smluvních vztahů.⁶ Oblíbeným způsobem realizace mezinárodních dodávek investičních celků se staly smlouvy o dodávce na klíč (*turnkey*).

Podstata dodávky na klíč spočívá v mnohonásobné roli dodavatele, který dodává plány a projekty, technickou dokumentaci, sám zajistí dodávku materiálů a prací, strojů a dalšího zařízení (odtud i anglický pojem *EPC – engineer, procure, construct*, který je používán vedle pojmu *turnkey*). Po dokončení pak dodavatel dílo jako celek odevzdá zadavateli. Klíčovým rizikem pro dodavatele jsou pak samozřejmě rizika týkající se dodržení celkové dohodnuté ceny, dodržení časového harmonogramu dokončení díla a dodržení požadavku na kvalitu díla.⁷

Právě rozvržení odpovědnosti smluvních stran při uzavírání smluv na klíč se stalo diskutovaným problémem v souvislosti s používáním smluvních podmínek FIDIC. Před vydáním *Silver Book*, která byla cíleně určena pro dodávky na klíč, strany používaly upravené stávající podmínky FIDIC (*Orange a Yellow Book*, či dokonce *Red Book*).⁸ Tradiční princip vyváženého sdílení rizik smluvními stranami vzal při úpravách podmínek FIDIC nevhodících se pro dodávky na klíč mnohdy za své.⁹ Odborná

⁶ Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 152-153.

⁷ Podrobněji k pojmu obecně i v kontextu FIDIC viz Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s., str. 1-40, resp. str. 37-40.

⁸ K úpravám obchodních podmínek mimo rámec FIDIC viz např. Gould, N.: Standard Forms: Standardisation, Bastardisation and the Virtual Contract. 2006. Dostupné z <http://www.fenwickelliott.co.uk/articles/contract-issues/archives> [21. 11. 2010].

⁹ Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep's Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 1. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp [21. 11. 2010].

veřejnost tedy s velkým zájmem očekávala, zda *Silver Book* naplní jejich očekávání a vyřeší tento problém.

3. SILVER BOOK A ROZVRŽENÍ RIZIK

Reakce na *Silver Book* však byly přinejmenším rozporuplné. Ve srovnání s *Yellow* a *Orange Book* došlo k minimu změn, avšak relativně zásadních.¹⁰ Mezi nejdiskutovanější změny patří např. přenesení rizik souvisejících s nepředvídatelnými podmínkami v místě plnění (*unforeseeable ground conditions, site data*) na dodavatele.

Dodavatelé velkých investičních projektů obecně jen velmi neradi podstupují rizika a možné následky související s nepředvídatelnými podmínkami v místě plnění. Nepředvídatelné riziko lze z povahy věci velmi těžko ocenit a možné spory se řadí mezi nejkomplikovanější a nejnákladnější. Přenesení rizik na dodavatele nevyhnutelně vede ke značnému zvýšení ceny díla.¹¹

Podle článku 4.10 *Silver Book* má zadavatel povinnost zpřístupnit pro dodavatele všechna data týkající se podpovrchových a hydrologických podmínek, dodavatel je pak odpovědný za ověření a interpretaci těchto dat vyjma dat v rozsahu, ve kterém je nemohl ověřit:

"4.10 The Employer shall have made available to the Contractor for his information, prior to the Base Date, all relevant data in the Employer's possession on subsurface and hydrological conditions at the Site, including environmental aspects. The Employer shall similarly make available to the Contractor all such data which come into the Employer's possession after the Base Date.

The Contractor shall be responsible for verifying and interpreting all such data. The Employer shall have no responsibility for the accuracy, sufficiency or completeness of such data, except as stated in Sub-Clause 5.1 [General Design Responsibilities]."

Silver book tedy oproti *Red* a *Yellow book* (podle kterých objednatel nese riziko za fyzikální podmínky, které nemohl zkušený dodavatel rozumně předvídat k datu podání nabídky) váže dodavatele nejenom interpretací

¹⁰ Pro podrobné srovnání viz Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed., s. 581 an.

¹¹ Henchie, N.: *FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store?* Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

údajů, ale i jejich ověřením. Zadavatel nijak neručí za úplnost a dostatečnost informací, které poskytuje dodavateli. Riziko nepříznivých podmínek nese dodavatel, ledaže údaje nemohly být ověřeny. Ověřitelnost údajů je přitom velmi neurčitým pojmem.¹² Navíc bez opačného ujednání ve smlouvě nemůže být toto riziko odraženo v ceně:

"4.12 Except as otherwise stated in the Contract

(a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works;

(b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and

(c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs".

Vedle návratu k původnímu pojetí rozvržení rizik se dodavatel může chránit pouze tak, že rizika převezme pouze poté, co měl možnost se plně seznámit se stavem v místě plnění. Nabízí se možnost, aby dodavatel provedl vlastní průzkum staveniště během výběrového řízení. Bez záruky, že v řízení uspěje, však k této variantě málokdo přistoupí.¹³

Další možností navrhovanou komentátory je dvoufázové výběrové řízení, kde je dodavatel vybrán v soutěži na základě údajů poskytnutých zadavatelem. Po tomto výběru pak může dojít k úpravě ceny navazující na průzkum vedený vybraným dodavatelem. Zprávy a průzkumy pak slouží k sestavení seznamu předpokládaných podmínek v místě plnění. Strany by si měly ujasnit mechanismy zajištění plateb a prodloužení lhůt pro případ, že se některá informace ukáže nepřesnou. Definování informací, které strany považují za ověřitelné přímo ve smlouvě, resp. vymezení neověřitelných informací, pomůže předejít mnohým problémům. V případě, že se skutečnost liší od předpokládaného údaje a má vliv na cenu a dobu plnění, nese následky zadavatel. V praxi zadavatelé často využívají třetí stranu k provedení průzkumu s tím, že případný regres závisí na splnění podmínek provedení průzkumu a pojištění odpovědnosti. Konečné vyčíslení nákladů

¹² Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

¹³ Id.

po provedení průzkumu však může být v rozporu s tím, co dodavatel původně očekával.¹⁴

4. KDE LEŽÍ SKUTEČNÝ PROBLÉM?

Tento příklad změny zavedené *Silver Book* reprezentuje poměrně jednoznačně, jakým směrem se ubíraly komentáře odborné veřejnosti poté, co se *Silver Book* začala používat. Většina komentátorů se zabývá hledáním řešení a jakýmsi znovunastolením rovnováhy, kterou *Silver Book* údajně narušila. V úvodních poznámkách *Silver Book* FIDIC uvádí, tento typ není vhodné používat v projektech, ve který se dodavatel nemůže dostatečně seznámit s potřebnými údaji a pokud lze očekávat, že podstatná část díla bude realizována pod zemí či v těžko dostupných místech. Velké infrastrukturní projekty se však málokdy obejdou bez práce pod zemí, a proto se jeví toto doporučení jako poněkud paradoxní. Lze totiž tvrdit, že ani dostatek času na průzkum nebude postačovat dodavatelům k tomu, aby rizika převzali.

Z úst komentátorů se ozývá kritika, že rozvržení rizik ve prospěch zadavatele a potažmo investorů, díky jejichž kapitálu se projekt realizuje a kteří sami nejsou stranami smlouvy, odráží spíše jejich obchodní sílu než zájem o co nejúčelnější realizaci projektu.¹⁵ Ve srovnání s *Red* a *Yellow Book* je zadavatel chráněn více v oblasti rizik týkajících se výsledné ceny, kvality a času plnění.¹⁶

Obhájci *Silver Book* naopak tvrdí, že problémem není přenesení většího rizika na dodavatele. Ten se ostatně může vždy rozhodnout po podrobném seznámení se s podmínkami, zda a za jakou cenu jsou pro něj taková rizika přijatelná. Myšlenka, že smlouva na klíč umožňuje zadavateli (a potažmo investorům) jednostranně konstruovat odpovědnost, může vést k závěru, že případné spory nebudou zhoršovány spory v rámci dodavatelského řetězce. Toto však nebude platit u projektu s větším počtem dodavatelů a u projektů, kdy generální dodavatel není zároveň dodavatelem technologie a nebude

¹⁴ Id. a Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 6 [21. 11. 2010].

¹⁵ Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 4 [21. 11. 2010].

¹⁶ Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s., str. 37.

proto ochoten převzít plnou záruku za funkčnost díla (typicky u petrochemického průmyslu, kde dochází často k použití technologií na základě licencí poskytnutých třetí stranou).¹⁷

Nebezpečí tedy spočívá spíše ve skutečnosti, že kodifikace FIDIC používají značné autority a dávají mnohým dodavatelům falešný pocit jistoty, že o dalších podmínkách smlouvy není třeba vyjednávat ad hoc.¹⁸ Řádná analýza rizik by však měla napovědět, zda je pro konkrétní projekt spíše vhodnější použití smlouvy na klíč s pevně danou cenou (tj. smlouva navržená dodavatelem jako je *Silver Book*), jiná forma smlouvy na míru (navržená objednatel) či kombinace obojího.¹⁹ Hodnocení přijatelnosti či nepřijatelnosti rizik v obecné rovině poněkud postrádá smysl bez přihlédnutí ke specifikům daného projektu. Obecně by měla rizika nést ta smluvní strana, která je k tomu lépe uzpůsobena jak finančně tak technicky.²⁰ Vysoká cena projektu odrážející ocenění rizik může pro některé projekty automaticky znamenat konec.²¹

5. ZÁVĚREM

Otázkou zůstává, zda *Silver Book* není v podstatě nepřijatelná jako výchozí bod pro vyjednávání pro většinu stavebních a projektových dodavatelů, protože potenciálně povede k dlouhodobým sporům a bude tak odrazovat investory od jejího používání (zejména v situaci, kdy by byla omezována možnost jejich modifikace). V praxi se reakce na *Silver Book* projevila výskytem projektů na klíč, byly dodány na základě upravené *Yellow Book* s

¹⁷ Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 1, 3-4 [21. 11. 2010].

¹⁸ Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep's Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 2-3. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp [21. 11. 2010]. Podobně Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 156.

¹⁹ Loots, P.: A Wolf in Sheep's Clothing? Meeting the Needs of the Employer? Or Sorting the Wheat from the Chaff? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 4. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp, [21. 11. 2010].

²⁰ Id.

²¹ Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

odůvodněním, že *Silver Book* je pro dodavatele nepřijatelná.²² V zásadě tedy došlo k návratu do předchozího stavu. Dalším důvodem určitého neúspěchu *Silver Book* může být celková situace na mezinárodních trzích, jelikož nechuť mezi dodavateli podstupovat rizika vede k tomu, že myšlenka jednostranné odpovědnosti není jednoduše uskutečnitelná. Za zmínku stojí závěrem i varování FIDIC, které se v nedávné době objevilo v nabídce na koupi podmínek na webových stránkách FIDIC a které upozorňuje na vysoká rizika spojená s používáním *Silver Book*.²³ Jen budoucnost ukáže, zda problémy vytykané *Silver Book* povedou k postupnému upuštění od používání tohoto kodexu smluvních podmínek. Používání *Silver Book* jako formulářové smlouvy se však na základě výše uvedeného nadále nejeví příznivě. V kontextu velkých mezinárodních investorů bude zřejmě tlak na používání *Silver Book* větší, nicméně častěji alespoň v jejich modifikované podobě.²⁴

Literature:

- Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd Ed., 833, ISBN 10: 1-4051-2031-2.
- *Conditions of Contract for Construction*, Geneva: FIDIC, 1999, 120, ISBN 2-88432-022-9. (Red Book).
- *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, Geneva: FIDIC, 1999, 150, ISBN 2-88432-021-0. (Silver Book).
- *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf.

²² Henchie, N.: *FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store?* Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010]

²³ Viz http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp : "*EPC/Turnkey Contract: not advised for high unforeseen risk.*" [dostupné k 21. 11. 2010].

²⁴ Viz např. *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf [21. 11. 2010].

- Gould, N.: Standard Forms: Standardisation, Bastardisation and the Virtual Contract. 2006. Dostupné z <http://www.fenwickelliott.co.uk/articles/contract-issues/archives>.
- Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369>.
- Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369>.
- Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep`s Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp.
- Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>.
- Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s.
- Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 152.
- Loots, P.: A Wolf in Sheep`s Clothing? Meeting the Needs of the Employer? Or Sorting the Wheat from the Chaff? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp.
- Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Praha: ASPI, a. s. 2006, s. 556.
- Všechny internetové prameny jsou dostupné k 21. 11. 2010.

Contact – email

Petra.Novotna@law.muni.cz

SOFT LAW NA POSLEDNÍ CESTĚ

DANA ONDREJOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou "law", "soft law" a "case law" v oblasti pohřebnictví. Příspěvek se zaměřuje na časté otázky v oblasti reklamy a nekalé soutěže v pohřebnictví.

Key words in original language

Soft; law; case law; law; pohřebnictví; nekalá soutěž; reklama; soutěžní právo.

Abstract

The contribution deals with the "law", "soft law" and "case law" in the area of funeral. The contribution specialise in the often questions of advertising and unfair competition aspects of funeral.

Key words

Soft law; case law; law; unfair competition; funeral; advertising; competition law.

1. Je soft law skutečně „law“?

V souvislosti se soft law („měkké právo“ či „poloprávo“) jsou často používány pojmy jako samoregulace a koregulace. Samoregulace je zaměřena na oblasti, v nichž různá zájmová či profesní sdružení dobrovolně vytvářejí pro ně a jejich členy závazné kodexy (např. Etický kodex advokáta, Etický kodex reklamy apod.), které nikoliv výjimečně stanoví náročnější regulační požadavky než právní předpisy. Na jejich dodržování dohlíží příslušné orgány daných sdružení a sankce bývají různého charakteru, nezřídka se jedná až o vyloučení z příslušného sdružení či komory. Koregulace se uplatňuje tam, kde má na regulaci zájem stát a dochází tak k nahrazení tradiční právní regulace. V těchto případech tak obvykle soft law posiluje činnost zákonodárce.

Tzv. soft law tedy nelze považovat za „law“, tedy právo, ale toliko za jakési návody či pokyny, které nejsou obecně či formálně právně závazné a tedy ani v obecné rovině vynutitelné státem. To však neznamená, že nejsou vynutitelné vůbec, jak již bylo uvedeno výše, ale na jejich dodržování dohlíží příslušné komory a obchodní sdružení. Rozdíl v jejich vynutitelnosti a sankcionovanosti může být odlišný v závislosti na tom, zda je členství v těchto sdruženích povinné či nikoliv. Je-li členství v určitém sdružení

nepovinné, spočívají sankce obvykle v nezbytnosti zdržet se určitého závadného jednání, případně ve vyloučení příslušného člena. Je-li členství v určitém sdružení povinné, bývají sankce širšího i výraznějšího charakteru, tedy kromě sankcí zdržovacího charakteru přistupují sankce charakteru omluvného či zasahujícího majetkovou stránku, samozřejmě rovněž s možností vyloučení příslušného člena, což ovšem za situace, kdy bez členství v takovém sdružení nemůže vykonávat svoji činnost, může být sankcí opravdu znatelného charakteru.

Otázkou je, zda lze soft law označit za obchodní zvyklost, jež by v oblasti obchodního práva bylo možné považovat za pramen práva na základě ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku¹. Lze se přiklonit k závěru, že soft law nenaplnuje definiční znaky obchodní zvyklosti ve všech případech obecně, neboť se vždy nejedná o ustálené a dlouhodobě zachovávané pravidlo v určitém odvětví, protože se může jednat také o nové pravidlo, jehož dodržování se považuje za žádoucí. Příklad od případu (tedy po posouzení okolností každého jednotlivého případu) by však soft law mohlo být za obchodní zvyklost považováno, zejména tehdy, zakotví-li určitý subjekt pravidla, která jsou v daném oboru obecně uznávaná a dodržovaná, přímo do určitého metodického pokynu či jiného pramene soft law. Soft law by tak mohlo být v jednotlivých případech považováno také za jeden z psaných zdrojů obchodních zvyklostí.

Uvažovat lze podle mého názoru také v intenci toho, že by se za soft law dala považovat zahraniční judikatura (vnitrostátní judikatura se označuje jako tzv. case law), zejména členských států Evropské unie (ale samozřejmě také jiných států), neboť tato judikatura není mimo konkrétní účastníky daného sporu závazná a není ani závazná v případě rozhodovací praxe tzv. vyšších soudů napříč jurisdikcí různých států, nicméně může být jakýmsi „vodítkem“ aplikace určitých právních norem, zejména těch, které vznikly v důsledku implementace evropských směrnic, pro zahraniční soudy, případně jiné subjekty práva. Vytvoření jakési striktní linie mezi case law a soft law tak není ani možné, ani účelné.

V následující části se budu zabývat stručným nástinem tzv. law, soft law a case law v oblasti pohřebnictví.

2. „Law“ a „case law“ v oblasti pohřebnictví

¹ Zákon č. 513/1992 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

2.1 Zákon o pohřebnictví

Základním právním předpisem regulující oblast pohřebnictví, je zákon č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o pohřebnictví“). Tento právní předpis stanoví podmínky pro zacházení s lidskými pozůstatky a s lidskými ostatky, práva a povinnosti související s provozováním pohřební služby, prováděním balzamací a konzervací lidských pozůstatků a s provozováním krematorií a pohřebišť (§ 1).

Provozování pohřební služby je koncesovanou živností podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a jsou na ni kladeny zákonem o pohřebnictví speciální požadavky (§ 6 až 9 zákona o pohřebnictví). Zákon o pohřebnictví výslovně (§ 7 písm. b) stanoví, že v prostorách zdravotnického zařízení nebo ústavu sociální péče je provozovatel pohřebních služeb povinen se zdržet sjednávání pohřbení, a to i prostřednictvím jiné osoby.

Podrobnější rozbor zákona o pohřebnictví je nad rámec tohoto příspěvku.

2.2 Nekalá soutěž

Subjekty činné v oblasti pohřebnictví se mohou dopouštět řady deliktů v oblasti veřejného i soukromého práva. Například v oblasti nekalé soutěže se mohou tyto subjekty dopustit pro ně signifikantní „nepojmenované“ („soudcovské“) skutkové podstaty nekalé soutěže podle § 44 odst. 1 obchodního zákoníku (generální klauzule nekalé soutěže) označované jako zneužití informací či zneužití lidských citů, případně skutkové podstaty porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem (typicky by se jednalo o porušení zákona o pohřebnictví či zákona o regulaci reklamy – zde ustanovení § 6a).

Skutková podstata „zneužití informací či lidských citů“ vznikla v důsledku častých praktik pohřebních ústavů, které používaly jistou formu „direct marketingu“, kdy jejich pracovníci „číhali“ v ústavech sociální péče a v nemocnicích, zejména na odděleních ARO (anesteziologicko-resuscitační oddělení) a v případě úmrtí oslovovali u lůžka zemřelého přímou formou pozůstalé, jimž nabízeli poskytnutí jejich služeb (v současné době je taková praktika výslovně zakázána ustanovením § 6a zákona o regulaci reklamy a důsledku toho lze takové jednání podřadit pod již výše uvedenou soudcovskou skutkovou podstatu „porušení norem veřejného práva se soutěžním dopadem“).

Takové praktiky byly zavrhovány již prvorepublikovou judikaturou - Nejvyšší soud ČSR dospěl ve svém rozhodnutí ze dne 13. října 1934, sp. zn. Rv II 761/34, Vážný č. 13.845, k následujícímu závěru: „Přemlouvání rodin zemřelých osob v jejich bytech bezprostředně před úmrtím nebo po úmrtí v rodině majitelem pohřebního ústavu, by mu byly svěřeny pohřební výkony, nabízení jízdy autem zdarma při vyhledávání objednávek pohřebních úkonů jakož i poskytování nepřiměřeně vysokých slev, - příčí se dobrým mravům soutěže.“

Za myšlenkově „cenné“ a inspirativní lze považovat také odůvodnění uvedeného rozhodnutí:

„Ucházení se o zadání pohřbů jest nekalé, děje-li se těsně po úmrtí nebo těsně před úmrtím, a nelze je omlouvatí nutností, aby pohřeb co nejrychleji byl ujednáán, poněvadž při dnešní organizaci pohřebních ústavů, jsoucích vždy pohotově k vypravení pohřbu, není třeba, by pozůstali byli agenti pohřebního ústavu vyhledávání a obtěžování ve chvílích vzrušení nad blízkou smrtí nebo smrtí již nastalou. V žalobní žádosti klade se hlavně důraz na ucházení se o pohřeb v době těsně před úmrtím nebo po úmrtí, které jest nevhodným a obtížným právě v takových pohnutých chvílích. Je samozřejmé, že nemíní se tím návštěva zástupce ústavu, když byla vyžádána, ta se žalovanému nezakazuje. Vyhledávání pozůstalých bez předchozího vyzvání v bytě v takových okamžicích jest pokládati za vnucování se a za nerespektování způsobu konkurenčního boje proto, že lidskost a pieta žádá, by pozůstali byli ušetřeni obchodování a přemlouvání, když mysl je zaujatá bolem a lítostí. Agentování takto provozované nelze schvalovati proto, že by při jeho připuštění a zevšeobecnění pozůstali mohli býti přímo přepadáni více agenti současně a pod pláštěm účinné pomoci a pohotovosti provozováno by mohlo býti využitkování pozůstalých a nechutné kramaření nad mrtvolou, téměř ještě nevychladlou.“

„...Vtírání se osob činných při zprostředkování pohřbu v okamžicích citového rozechvění osob, často těžce duševně sklíčených a nevzpamatovavších se dostatečně z duševního otřesu způsobeného ztrátou drahé jim osoby, jest hrubou bezohledností a vypočítavostí a musí vzbuditi u každého slušného člověka odpor. Z povahy věci vyplývá, že nedovolenost „bezprostředního“ zákroku nelze vymeziti přesným udáním hranice časové, zejména snad určité hodiny před či po úmrtí, jak si to asi přeje dovolatel. To záleží na okolnostech případu a musí býti zůstaveno jemnocitu a slušnosti majitele a zřízenců pohřebního ústavu.“

„...Zvláštní povahu tohoto podnikání vyžaduje nad jiné zvláště postupu co nejrigorosnějšího, dbalého úzkostlivě všech zřetelů slušnosti a ohledů na city příslušníků zemřelého, i celé veřejnosti. Že tudíž i prostředky, které by u jiných odvětví obchodních a živnostenských jevíly se při získávání zákazníků snad nezávadnými a u nichž zjevně uplatňování zřetelů výdělečných jeví se zcela přirozeným, mohou se jevíti zde při

nejmenším nevhodnými a proto býti v rozporu s dobrými mravy soutěže (srov. sb. n.s. čís. 11 742).“

Ačkoliv rozhodovací praxe českých soudů není v dané oblasti příliš „výživná“ a častá, zejména s ohledem na poměrně malou reklamní agresivitu subjektů poskytujících pohřební služby (což může být ovlivněno přísnou právní regulací jejich činností zákonem o regulaci reklamy), danou problematikou se zabýval Nejvyšší soud ČR ve svém rozhodnutí ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006, které vycházelo z následujícího skutkového stavu:

V daném případě se žalobce, poskytovatel pohřebních služeb, domáhal po žalované, zdravotnickém zařízení, zdržení se používání letáku „Informace pro pozůstalé k vyřízení pohřbu“, tj. nabídky pohřebních služeb způsobem omezujícím se toliko na dva jí vybrané subjekty (zde nebyl uveden žalobce), aniž by stejným způsobem informovala o ostatních subjektech poskytujících služby v oblasti pohřebnictví. Výčet poskytovatelů pohřebních služeb byl však demonstrativní (v letáku bylo uvedeno, že „další pohřební služby je možné vyhledat např. v indexu Zlatých stránek“).

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že se jedná o nekalosoutěžní jednání a kromě povinnosti zdržet se nekalosoutěžního jednání uložil žalované povinnost zveřejnit na své náklady omluvu žalobkyni ve třech denících (tj. nepeněžitá forma přiměřeného zadostiučinění).

U první podmínky - jednání v hospodářské soutěži - soud prvního stupně konstatoval, že je zcela nesporné, že žalobkyně a žalovaná podnikají v rozdílných předmětech činnosti, že v zařízení žalované čas od času dochází k úmrtí jejích pacientů a že dochází k nepřímému střetu jejich činností, neboť pozůstalí zemřelých pacientů žalované se dostávají do situace, kdy musí řešit další otázky s úmrtím svých blízkých spojené, tj. i otázku pohřebních služeb. Žalovaná dle rozhodnutí soudu prvního stupně splnila první podmínku generální klauzule tím, že poskytovala informace, v nichž byly doporučovány dvě konkrétní pohřební služby a upřednostňována pouze jedna, čímž zasáhla fakticky do podnikatelského trhu subjektů působících v oblasti pohřebních služeb.

Při zkoumání druhé podmínky - rozpor s dobrými mravy soutěže - soud prvního stupně uzavřel, že žalovaná nikoli z dobré vůle, vedena humanitárními účely, podává informace pozůstalým svým klientům, ale naopak má za to, že je fakticky morální povinností žalované, aby byla ku pomoci pozůstalým zemřelých osob ve chvíli, kdy toto zřejmě nejvíce potřebují. Soud konstatoval, že žalovaná si musí být vědoma, jak její doporučení v daném směru na pozůstalé osoby působí, tj. faktu, že informace, kdy doporučuje pouze jednu jedinou osobu podnikající v oblasti pohřebních služeb, je informací, která může být pro pozůstalé osoby

včasnou a potřebnou, avšak pro subjekty působící na tomto trhu, které takto doporučovány nejsou, informací, která je určitým způsobem na tomto trhu podnikání znevýhodňuje, tedy je způsobilá je poškodit.

Při bližším zkoumání třetí podmínky generální klauzule - způsobilosti přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům - soud prvního stupně vyzdvihl zejména skutečnost, že žalovaná pravidelně informovala pozůstalé osob u ní zemřelých o tom, že pohřeb je možno vyřídit jen u jedné osoby, což bylo na úkor jiných subjektů na tomto trhu působících, tedy i žalobkyně. Soud dovedl, že pokud žalovaná neposkytovala obecné informace s odkazem kupř. na všechny pohřební služby uvedené ve Zlatých stránkách a fakticky upřednostňovala pouze jediný subjekt, způsobila tímto jednáním stav, kdy potenciální zákazníci žalobkyně byli směřováni právě na tento jediný subjekt a takové jednání bylo způsobilé přivodit žalobkyni újmu.

Nárok žalobkyně na přiznání přiměřeného zadostiučinění formou peněžní i nepeněžní byl posuzován v souladu s dikcí ustanovení § 53 obchodního zákoníku, která upřednostňuje formu nepeněžní. Soud konstatoval, že požadavek na zveřejnění omluvy v textu, který žalobkyně navrhla, ve třech denících v jednom vydání, je přiměřeným zadostiučiněním k újmě, která mohla být nekalosoutěžním jednáním žalované způsobena; zveřejněním omluvy zcela nepochybně dojde k nápravě případné dotčené pověsti žalobkyně, k očištění jejího obchodního jména a pověsti, a to v dostatečném rozsahu časovém i regionálním.

Vrchní soud v Olomouci se se závěrem o nekalosoutěžním charakteru jednání a s argumentací prvoinstančního soudu ztotožnil, dospěl však k odlišnému závěru ohledně nepeněžité formy přiměřeného zadostiučinění, když upřednostnil přiměřené zadostiučinění v penězích, konkrétně v částce 100.000,- Kč.

Odvolací soud považoval za zcela nepochybné, že práva žalobkyně svobodně rozvíjet svou soutěžní činnost byla nekalosoutěžním jednáním žalované porušena. Za adekvátní právní prostředek ochrany proti konkrétnímu nekalosoutěžnímu jednání žalované však odvolací soud, na rozdíl od soudu prvního stupně, nepovažuje žalobkyni požadované přiměřené zadostiučinění formou uveřejnění omluvy v tisku. Odvolací soud dospěl k závěru, že úvahu o vhodnosti té které formy zadostiučinění je třeba vést vzhledem ke konkrétním okolnostem případu - v daném případě by masivní omluvná kampaň v tisku zcela nepřiměřeným způsobem poškodila dobré jméno žalované - zdravotnického zařízení a ve svém důsledku též samotné pacienty. Podle odvolacího soudu medializace jakéhokoli zdravotnického zařízení ve spojení s pohřebními službami by byla velmi nešťastná, když by ve vědomí široké laické i odborné veřejnosti mohla vzniknout představa o zainteresovanosti zdravotnického zařízení na ekonomické prosperitě subjektu poskytujícího pohřební služby, což by ovlivnilo názor veřejnosti na kvalitu poskytovaných lékařských služeb. Vzhledem k těmto okolnostem je proto třeba upřednostnit přiměřené

zadosti učinění v penězích, které by mělo být pro žalovanou dostatečnou výstrahou a na druhé straně též satisfakcí přiměřenou újmě žalobkyně. S ohledem na všechny okolnosti případu považuje odvolací soud za přiměřené zadosti učinění částku 100.000,- Kč.

S posouzením věci odvolacím soudem se Nejvyšší soud ČR neztotožnil. Podle Nejvyššího soudu ČR je nutno řádně prozkoumat, zda mezi žalobkyní a žalovanou v daném případě skutečně existuje soutěžní vztah (první podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Aby bylo možno hovořit o účasti subjektu na hospodářské soutěži, je třeba dovodit zájem nekalosoutěžně jednajícího na úspěchu soutěžitele na úkor druhého soutěžitele, tedy na výsledku soutěže, tj. konkurenčního boje dvou soutěžitelů, v daném případě tedy zájem žalované na konkurenčním boji osob podnikajících v oblasti pohřebních služeb s žalobkyní. Nutno prvořadě odpovědět na otázku, zda lze v jednání žalované spatřovat soutěžní záměr či účel (nikoli úmysl!), tedy zda jejím jednáním jsou objektivně sledovány soutěžní, konkurenční cíle. K tomu viz např. rozhodnutí NS ČR z r. 1935 (Vážný č. 14742): „Účel soutěžní je tehdy vyloučen, jestliže projev byl učiněn bez jakéhokoli vztahu k soutěži a jestliže od toho, kdo jej vnímá, nemůže být ani na účel soutěžní vztahován.“ Soutěžní záměr či účel, resp. soutěžní orientace jednání však nebudou dány např. tehdy, když jednání je zaměřeno na informaci spotřebitelů, objektivní testování výrobků apod. Soutěžní orientace žalované, jako základní předpoklad první podmínky generální klauzule nekalé soutěže, totiž „jednání v hospodářské soutěži“, v daném případě nebyla ničím a nikým prokázána.

Rovněž v daném konkrétním případě nelze podle soudu s jistotou tvrdit, že jednání žalované je možno považovat za jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže (druhá podmínka generální klauzule nekalé soutěže). Pokud by soud zvážil všechny okolnosti případu, mohl by dospět ke zcela jinému závěru: žalobkyně vůbec neprokázala, že by žalovaná ve více případech, tj. opakovaně či dlouhodobě, poskytovala svým klientům informační leták; došlo k tomu prokazatelně jen v jednom jediném případě. V letáku byly sice uvedeny dva subjekty podnikající v oblasti pohřebních služeb, avšak v demonstrativním výčtu (viz sdělení na letáku „další pohřební služby je možné vyhledat např. v indexu Zlatých stránek“), což klienty žalované v žádném případě nemohlo omezit v jejich svobodě výběru pohřební služby. O jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže by mohlo jít s určitostí např. v takovém případě, v němž by se prokázalo, že se jednalo o jednání soutěžitele (nemocnice), které vychází z podplácení tohoto subjektu jiným soutěžitelem nebo jinou osobou z oblasti pohřebních služeb, příp. které by výrazně narušovalo možnost svobodné volby spotřebitelů (klientů pohřební služby), např. při přemlouvání klientů nebo činění nátlaku na klienty, aby si vybrali určitou potřební službu. Nic z uvedeného se však v konkrétním jednání žalované neprokázalo. Dovolací soud jednání žalované označil za jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Pokud jde o způsobilost přivodit újmu žalobkyni nekalou soutěží žalované (třetí podmínka generální klauzule nekalé soutěže), v daném případě nebylo v řízení prokázáno, že by jednání žalované (informační leták pro pozůstalé prokazatelně zachycený v jednom případě) směřovalo k možnému úbytku objednatelů služeb žalobkyně, nebyl prokázán ani jakýkoliv prospěch či zvýhodnění jejích konkurentů. Naopak bylo prokázáno, že zákazníci žalobkyně sami přišli s informačním letáčkem, který získali u žalované, k žalobkyni, aby ji požádali o její služby, čímž prokázali, že se dokáží sami svobodně rozhodnout, k jakému subjektu půjdou poslední záležitosti vyřizovat. Hledisko „průměrného spotřebitele“, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory (jak je vykládáno Soudním dvorem EU), je rozhodně nutno brát v úvahu také v daném případě. V reklamě zboží či služeb běžné potřeby již téměř každý spotřebitel očekává určité reklamní přehánění a nadsázku, jimž neuvěří; v případech vyhledávání pohřební služby bude úsudek současného „průměrného zákazníka“ podobný, přestože se spotřebitel nachází v poněkud citlivější situaci. Nároky spotřebitelů na pohřební služby se mohou v konkrétních případech lišit, např. někteří zákazníci se budou rozhodovat při své volbě pohřebních služeb pouze podle nízkých cenových hladin (v daném případě by tedy mohla být zvýhodněna žalobkyně a nikoli subjekt uvedený příkladmo v letáku žalované, tj. její konkurent), jiní zase na základě sdělení či doporučení od jiného pozůstalého (i v takovém případě by mohla být zvýhodněna žalobkyně, pokud své služby této doporučující osobě dříve poskytla), příp. podle jiných kritérií. V řízení nebylo prokázáno, že by jednáním žalované došlo k jakékoliv nekalé obchodní praxi, která by spotřebiteli bránila v tom, aby uskutečnil informovanou, a tedy účelnou volbu, nebo která by používala obtěžování, donucování včetně použití fyzické síly nebo nepatřičné ovlivňování, čímž by výrazně narušila možnost svobodné volby spotřebitelů (ve smyslu směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách; pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě musí vnitrostátní soudy vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora EU).

Dovolací soud proto věc vrátil Vrchnímu soudu v Olomouci k dalšímu řízení.

2.3 Zákon o regulaci reklamy

Specifika poskytování pohřebních a souvisejících služeb jsou vyjádřena přísnější regulací ve vztahu k reklamě na tyto služby obsaženou v ustanovení § 6a zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o regulaci reklamy“). Podle § 6a odst. 1 tohoto zákona reklama poskytování pohřebních služeb, provádění

balzamace a konzervace, provozování krematoria a provozování veřejného pohřebiště (dále jen „činnosti v pohřebnictví“) může obsahovat pouze následující údaje: a) název obchodní firmy nebo jméno, příjmení nebo název provozovatele činností v pohřebnictví, b) vymezení předmětu činností v pohřebnictví, popřípadě dalších navazujících poskytovaných služeb, c) adresu pracoviště určeného pro styk se zákazníky, d) telefonní a faxové číslo, adresu elektronické pošty nebo internetovou adresu, e) provozní dobu pro veřejnost, f) firemní logo nebo jiný grafický motiv.

Podle § 6a odst. 2 téhož zákona reklama činností v pohřebnictví nesmí být a) užitá v prostorách zdravotnického zařízení nebo ústavu sociální péče, b) doručována prostřednictvím dopisů, letáků, elektronickou poštou nebo jinou adresnou formou.

Podle § 6a odst. 3 téhož zákona v souvislosti s oznamováním úmrtí nelze uplatňovat jakékoli formy reklamy.

Tato přísnější reglementace se však týká pouze reklamy (podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy se reklamou rozumí „oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky“), nikoliv obecně sdělování informací o podmínkách poskytování služeb, například již v rámci probíhajícího kontraktačního jednání.

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 6. října 2006, sp. zn. 2 As 40/2006, výslovně uvádí, že „výčet povolených údajů v § 6a odst. 1 zákona o regulaci reklamy je taxativní. To znamená, že není-li uvedena cena služby, která je předmětem reklamního textu, mezi povolenými údaji, jedná se o údaj nepovolený.“

Otázkou je, zda se uvedená omezení vztahují rovněž na webové stránky příslušných poskytovatelů pohřebních služeb. To bude záviset na posouzení charakteru webových stránek, tedy zda je možné tyto označit za „reklamu“ podle zákona o regulaci reklamy. Lze mít za to, že samotnou podstatou webových stránek je „prezentace šířená komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podpory poskytování služeb či prodeje zboží“. Webové stránky tak mají podle mého názoru výlučně reklamní charakter, a to i v případě, že se na nich nacházejí části na první pohled vyznívající jako „čistě informační“ (například informace pro pozůstalé k vyřízení pohřbu), když i tyto informace mají za cíl nikoliv pouhé „informování“ spotřebitelů, ale „informování spotřebitelů za účelem jejich získání pro poskytnutí právě jejich služby“, a to například právě (či mimo jiné) na základě vlivu jimi poskytovaných informací o vyřízení pohřbu na spotřebitele a následně na jím učiněnou volbu poskytovatele

pohřebních služeb. V každém případě se však v případě reklamy učiněné prostřednictvím webových stránek nedá hovořit o "adresné formě", vyjma případů, kdy budou odkazy na tyto webové stránky činěny formou nevyžádaných e-mailů.

Právní důvody pro přísnější regulaci reklamy v oblasti činností v pohřebnictví potvrzuje také rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 6. října 2006, sp. zn. 2 As 40/2006, podle něhož „právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost garantované v článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod není právem absolutním a může být zákonem omezeno. Důležitý veřejný zájem na zachování etických pravidel při nabízení a poskytování služeb v oboru pohřebnictví dovoluje zákonodárci příslušným právním předpisem omezit, resp. vymezit způsoby prezentace těchto služeb tak, aby nebyly v rozporu s dobrými mravy.“

„Pohřební služby zůstávají malé, neglobalizované, natož aby v nich vznikaly mezinárodní sítě s pečlivě budovanými značkami. Asi proto, že spotřebu těchto služeb nelze vyvolávat a zvyšovat. A přesto právě pohřební služby mají svoji reklamu a propagaci mimořádně svázanou zákonem a čelí... tlaku dozorových orgánů v oblasti reklamy. Důvod úředního zájmu lze asi snadno pochopit: najít chybu v reklamě místního živnostníka a příslušně jej ztrestat není z úředního hlediska těžké...“²

V souvislosti s reklamou poskytovatelů pohřebních služeb vyvstávají konstantně například následující problematické otázky:

Lze za reklamu považovat informaci obsaženou v dolní části oznámení o úmrtí (parte) vyhotovenou malým písmem o tom, kdo parte vytiskl, za reklamu, a tudíž za zakázanou praktiku?

V této otázce se přikláním k závěru, že takovou praktiku je nutno považovat za reklamu, a to jak v případě, že je toto oznámení o tisku učiněno poskytovatelem pohřebních služeb (tj. pokud daný tisk uskutečnil tento subjekt) či pouze tiskárnou. Lze si jen těžko představit jiný důvod umístění takové „informační doložky o tisku“ než za účelem informace spotřebitele o službách poskytovaných právě daným poskytovatelem pohřebních služeb a snahou o získání spotřebitele jako jeho budoucího zákazníka (zde ve smyslu zadavatele pohřebních služeb, nikoliv adresáta jeho služeb), případně služeb příslušné tiskárny. Protiargument spočívající

² Winter, F. Právo a reklama v praxi. Praha: Linde Praha a.s., 2007, str. 237.

v nezbytnosti uvedení takového údaje z důvodu případné reklamace chyb v textu parte by asi v kontextu výše uvedeného neuspěl.

Lze za reklamu považovat kontakt obsažený v prosklených nástěnkách poskytovatelů pohřebních služeb vedle oznámení o úmrtí (parte)?

Rovněž v této otázce se přikláním k závěru, že takovou praktiku je nutno považovat za reklamu, neboť také v tomto případě je zcela zřejmý motiv umístění takového kontaktu na poskytovatele pohřebních služeb.

Lze mít za zakázanou reklamu poskytovatelů pohřebních služeb neadresné letáky (letáky, které nejsou vhazovány do schránek, ale vylepovány na různých reklamních plochách, obchodech apod.)?

V tomto případě se přikláním k závěru, že taková forma prezentování subjektu poskytujícího pohřební služby nebude zakázaná, a to právě z důvodu, že ustanovení § 6a odst. 2 zákona o regulaci reklamy zakazuje reklamu učiněnou „adresnou formou“ (viz výraz „nebo jinou adresnou formou“), přičemž v demonstrativním výčtu je obsažen také „leták“, to je ovšem dle mého názoru nutno vztáhnout toliko k výrazu „adresnou formou“, nikoliv formou „letáku“, není-li tento prezentován adresným způsobem.

Z uvedeného ustanovení však rovněž vyplývá, že není zakázána reklama pohřebních služeb uskutečněná formou billboardů s ohledem na neadresný charakter takové reklamy.

Lze považovat za nedovolené ukázky oznámení úmrtí (parte) při výběru typu parte zákazníkem pohřební služby?

Domnívám se, že na naznačenou otázku je nutno odpovědět záporně, neboť v daném případě se nejedná o „oznamování úmrtí“, jak má na mysli ustanovení § 6a odst. 3 zákona o regulaci reklamy, ale o ukázky dřívějších oznámení o úmrtí (tzv. reference). Podle logického výkladu daného ustanovení tak lze mít za to, že se „oznamování úmrtí“ rozumí toliko „aktuální“ oznámení úmrtí.

2.4 Nedovolená dohoda omezující hospodářskou soutěž podle zákona o ochraně hospodářské soutěže

Sdružení pohřebnictví v ČR zveřejnilo v materiálech spadajících do soft law své rozhodnutí o cenové politice, jež bylo posouzeno Úřadem pro

ochranu hospodářské soutěže jako kartelová dohoda. Toto rozhodnutí bylo potvrzeno Krajským soudem v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 1. listopadu 2010, sp. zn. 62 Ca 22/2009.

V daném případě bylo žalobcem Sdružení pohřebnictví v ČR, žalovaným Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Žalovaný dospěl ve svém rozhodnutí k závěru, že žalobce přijal a uplatňoval zakázané a neplatné rozhodnutí sdružení soutěžitelů, které vedlo k narušení hospodářské soutěže na trhu pohřebních a souvisejících služeb, čímž porušil § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže³ tím, že:

valná hromada žalobce přijala Kodex cti obsahující pravidlo motivující členy žalobce nepožadovat za své služby ceny nižší, než jsou obvyklé,

valná hromada žalobce přijala Zásady určující základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ propůjčovaný žalobcem obsahující v části Směrnice pro marketing v pohřebním oboru zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty,

žalobce vydal metodický materiál „Jak postupovat při kopání hrobů“, který obsahoval návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy,

žalobce vydal metodický materiál „Jak postupovat při určení výše cen nájmu hrobových míst a služeb s nájmem souvisejících“, který obsahoval návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy,

žalobce vydal metodický materiál „Předloha (i) smlouvy o nájmu hrobového místa, ceník nájmu a služeb s nájmem spojených“, který obsahuje návod stanovení ceny za služby poskytované žalobcovými členy.

Žalobci byla za shora uvedená porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže uložena pokuta ve výši 500 000,- Kč.

Krajský soud v Brně žalobu zamítl (potvrdil tak rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ohledně „kartelového“ charakteru uvedených metodických materiálů). V této části se zaměřím toliko na tu část rozhodnutí Krajského soudu v Brně, v níž se zabýval posouzením soutěžní závadnosti Zásad určujících základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ propůjčovaný žalobcem obsahující v části Směrnice pro marketing v pohřebním oboru zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty.

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že „jestliže žalovaný za protisoutěžní považoval pravidlo, podle něhož se má subjekt vyhnout informacím srovnávajícím ceny v případech, kdy si zákazník nemůže opatřit dostatečné

³ Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

informace o cenách a nabídce konkurence, pak jde o jednání žalobce, které míří na odstranění konkurence mezi poskytovateli pohřebních a souvisejících služeb v oblasti cenové. Toto pravidlo skutečně omezovalo podávání informací srovnávajících ceny a žadatele a držitele „Znaku kvality“ v jejich jinak možném soutěžním chování omezovalo.“

Podle Krajského soudu v Brně „pravidlo podávané ze Zásad určujících základní pravidla práce subjektů ucházejících se o „Znak kvality“ (tj. zákaz podávání informací srovnávajících ceny mezi konkurenty – pozn. aut.) tedy omezuje soutěžní prvek ve sdělování informací o cenách konkurence nad omezení vyplývající ze zákona o regulaci reklamy, přitom není ani objektivního důvodu, aby mezi provozovateli pohřebních a souvisejících služeb bylo ohledně jimi nabízených služeb vyloučeno cenové soupeření do té míry, jak je vyžadováno pro získání a udržení „Znaku kvality“. I tento, jistě specifický trh, zůstává trhem, na němž se podniká a hospodářsky soutěží. Tato restrikce, byť nebyla přímo zaměřena na dodržování konkrétních cen či na způsob její tvorby, omezila efektivní soutěž založenou na dostupnosti informací o ceně zboží potenciálním zákazníkům, neboť fakticky umožňuje žadateli, resp. držiteli „Znaku kvality“, aby v rámci kontraktace argumentoval cenou fakticky výlučně v závislosti na tom, zda zákazník má opatřeny dostatečné informace o cenách a nabídce konkurence, resp. aby cenou „pro jistotu“ neargumentoval. Ve shodě se žalovaným má soud za to, že porovnávání cen respektující zákonný rámec (tu tedy mimo reklamu) je jedním ze znaků konkurenčního prostředí na vymezeném relevantním trhu, a tedy pravidlo o vyhnutí se informacím srovnávajícím ceny působí protisoutěžně. Vzhledem k tomu, že toto pravidlo museli dodržovat všichni zájemci i držitelé „Znaku kvality“, ve vztahu k nim se nejednalo o fakticky nezávazně doporučené pravidlo, jak namítá žalobce, nýbrž o pravidlo závazné. Lze přisvědčit žalobci v tom, že cílem tohoto pravidla bylo zabránit podle něj neetickému jednání v případech, kdy ani držitel „Znaku kvality“ ani zákazník neměli dostatečné informace o nabídkách konkurence, a tedy zabránit tomu, aby držitel „Znaku kvality“ na úkor ostatních konkurentů zákazníkovi tvrdil, že „jeho nabídka je nejlepší“, nicméně jde o pravidlo, které (pro získání nebo udržení „Znaku kvality“) motivuje neužívat jinak velmi efektivní nástroj soutěžení. Adresát tohoto pravidla mohl být navíc veden úvahou, podle níž „raději nebude cenové srovnání provádět pro případ, že by měl on i zákazník nedostatečné informace“. Třeba ovšem dodat, že pokud by docházelo k neobjektivnímu srovnávání i mimo rámec reklamy (typicky v rámci popisu služeb a podmínek jejich poskytování ze strany jiných soutěžitelů při samotné kontraktaci), mohlo by se jednat o protiprávní jednání např. z pohledu § 50 obchodního zákoníku, aniž by to byl žalobce, kdo by takové jednání měl prohlašovat za zakázané.“

Krajský soud v Brně se zabýval mj. zajímavou otázkou vymezení geografického relevantního trhu v souvislosti s poskytováním pohřebních služeb. Žalobce namítal, že služby pohřební, kremační i hřbitovní jsou

zákazníky poptávají v rámci samostatných, geograficky omezených území. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže však dovodil geografické vymezení relevantního trhu celorepublikové, když akcentoval fakt, že různí spotřebitelé poptávají dodavatele pohřebních, kremačních a hřbitovních služeb v různě širokých okruzích a výchozím bodem těchto okruhů je bydliště zesnulého nebo pozůstalých. Krajský soud v Brně tomuto závěru přisvědčil a dále uvedl, že „ke střetu konkrétní poptávky s nabídkou může docházet na různých vzájemně se překrývajících územích a na těchto územích probíhá soutěž mezi poskytovateli jednotlivých typů služeb. Konkrétní poptávka se tedy nemusí střetnout s nabídkou výlučně uvnitř konkrétně vymezeného území. To platí i ve vztahu k provozování pohřebišť. I mezi nimi není zcela vyloučen konkurenční vztah; spotřebitel má možnost volby pohřebiště, přitom není podstatné, podle jakých kritérií tak činí. Mohou to být jiné – osobní důvody, nicméně nejsou vyloučena ani jiná kritéria rozhodná pro spotřebitelovu volbu. I ve vztahu k této části služeb lze tedy dovozovat možnost spotřebitele vybrat si konkrétní pohřebiště, tedy akceptovat nabídku konkrétního provozovatele pohřebiště bez geografického omezení.“

Z uvedeného tak vyplývá, že soft law, které je obecně právně nezávazné a právně nevynutitelné, může být považováno za projev protiprávního jednání, které je následně právně postižitelné.

3. „Soft“ law v oblasti pohřebnictví

V oblasti pohřebnictví existuje značné množství materiálů spadajících do oblasti soft law, z nichž některé se staly předmětem postihu Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jak již bylo uvedeno výše.

Mezi tyto materiály patří zejména následující metodické příručky vydané Sdružením pro poradenství při poskytování pohřebních, kremačních a hřbitovních služeb i příbuzných oborů v ČR:

Kodex cti (zabývá se základními atributy chování každého podnikatele v pohřebnictví a souvisejících oborech)

Vsypová a rozptylová loučka (zabývá se např. rozptyly, vsypy, úkoly obřadníků a jejich oblečením, úpravou popela, údržbou loučky apod.)

Kopání hrobů na veřejných pohřebištích a technologický postup (zabývá se technologickým postupem kopání hrobů, hlavními zásadami bezpečnosti práce a hygienickým minimem)

Dohoda o provozování veřejného pohřebiště (vzor dohody)

Hrobky (zabývá se dělením hrobek, použitím rakví v hrobkách, tlecí dobou v hrobkách, projektovou dokumentací hrobek apod.)

Jak postupovat při kopání hrobů (zabývá se postupem práce při kopání hrobů, hygienickým minimem, návodem na stanovení ceny za kopání hrobů apod.)

Jak postupovat při určení výše cen (zabývá se určením výše cen za hrobová místa a služeb spojených a předlohou ceníku na kopání hrobů)

Předloha smlouvy o nájmu hrobového místa (vzor smlouvy a ceník)

Základním pramenem soft law v posuzované oblasti je Kodex cti, který upravuje mimo jiné v článku III bod 1 formu nabídky služeb a reklamu. Kodex kromě opakování zákoné úpravy obsažené v zákoně o regulaci reklamy výslovně uvádí, že v rozporu s kodexem je:

umístování letáků, vizitek, nabídek atd., jednotlivých subjektů podnikajících v oblasti pohřebnictví, propagujících pohřební, kremační a hřbitovní služby, ve zdravotnických a léčebných zařízeních, domovech sociální péče, v léčebnách dlouhodobě nemocných a podobných zařízeních, kde k úmrtí může častěji docházet,

předávání reklamních letáků vizitek, nabídek atd. třetími osobami, zejména pracovníky výše uvedených zařízení za účelem šíření reklamy mezi pozůstalými nebo dokonce za účelem zprostředkování služeb konkrétní pohřební služby,

návštěvy pracovníků pohřebních služeb v rodinách, jejichž blízcí příbuzní zemřeli, a nabízení provedení pohřbu, aniž k tomu byli vyzváni,

návštěvy a nabídky zaměstnanců pohřebních služeb v rodinách, jejichž blízcí příbuzní jsou ve vážném zdravotním stavu,

vyhledávání zákazníků pro zajištění pohřebních služeb jiným způsobem nebo

jestliže poskytovatel služeb zveřejňuje nebo poskytuje informace, které mohou poškodit druhého podnikatele ve smyslu ustanovení obchodního zákoníku.

V souvislosti s první odrážkou v části zákazu propagace pohřebních služeb v „podobných zařízeních, kde k úmrtí může častěji docházet“ vyvstává otázka, zda by nebylo možné rozšířit tento zákaz také na jakákoliv „místa“, tedy nikoliv pouze na „zařízení“, kde může k úmrtí častěji docházet, což by

mohlo vést k závěru, že reklama poskytovatelů pohřebních služeb umístovaná typicky podél české „silnice smrti“, tedy dálnice D1, je zakázána. V případě takového závěru by však bylo namístě uvažovat také v tom smyslu, proč by měla být na takovém místě zakázána pouze reklama poskytovatelů pohřebních služeb a ne jakýchkoliv subjektů, a to z důvodu možné nepozornosti řidičů zaměstnaných působením reklamy, ať už šokujícího, vzrušujícího či jiného charakteru či pouze studováním malých písmen, jimiž jsou některé billboardy psány, či jinými informacemi, nad nimiž může takový adresát reklamy přemýšlet a ztrácet tak koncentraci potřebnou k řízení (typicky telefonní čísla, konkrétní data či odkazy na webové stránky).

V oblasti reklamy je použitelný Etický kodex reklamy 2008, který se, na rozdíl od zákona o regulaci reklamy, výslovně nezabývá problematikou právní regulace reklamy v oblasti pohřebnictví, jeho obecná ustanovení jsou však aplikovatelná také na tento druh reklamy. Tento kodex nemá za cíl nahrazovat právní regulaci reklamy, ale toliko ji doplňovat o etickou regulaci.

Poměrně nedávno se Arbitrážní komise Rady pro reklamu (dále rovněž „Arbitrážní komise“) zabývala případem z posuzované oblasti (rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamu ze dne 24. května 2010, č.j. 022/2010):

Stěžovatelem byla soukromá osoba, která podala stížnost proti reklamě České pojišťovny a.s., kdy byla prostřednictvím „direct“ marketingu rozesílána klientům České pojišťovny a.s. poštou obálka, která obsahovala průvodní dopis, návrh pojistné smlouvy Pojištění pohřbu Pieta a složenkou. Stěžovatel (71 let) se domníval, že je pojišťovnou „posílán do hrobu“.

Arbitrážní komise Rady pro reklamu stížnost zamítla a označila reklamu za etickou.

Ve svém odůvodnění uvedla, že pojištění pohřbu je produkt, který byl zadavatelem tradičně nabízen a o jehož existenci panuje, zejména mezi lidmi vyšší věkové kategorie, obecné povědomí. V posledních letech zadavatel zaznamenal zvýšený zájem klientů o sjednání tohoto typu pojištění a tak vznikl produkt Pieta, který klientům nabízí zhodnocení vložených finančních prostředků a současně jistotu, že budou osobě, která obstará jejich pohřeb, uhrazeny ve sjednané výši náklady s pohřbem spojené. Korespondenční formou uzavření pojistné smlouvy nabízí zadavatel svým klientům s cílem maximálně zjednodušit proces uzavření smlouvy bez nutnosti, aby se klient dostavil na obchodní místo.

Korespondence je klientům formulována jako návrh na uzavření smlouvy. Jedná se o nabídku, jejíž přijetí závisí zcela na vůli klienta a jeho

dobrovolném rozhodnutí, zda konkrétní pojistnou smlouvu zaplacením pojistného uvedeného v návrhu pojistitele uzavře.

Arbitrážní komise konstatovala, že pohřebnictví – přes kontroverzní psychologický efekt – je standardním produktem, který může být předmětem služeb pojišťoven. Je pouze otázkou volby forem a citlivosti při oslovení potenciálních zákazníků takových produktů tak, aby nedocházelo k reakcím, které vedly stěžovatele k podání stížnosti vůči předmětné komunikaci. Arbitrážní komise dospěla k závěru, že – jakkoliv je obsahově taková komunikace přijatelná – otázka formy je základní. Výhrady k formě byly nesený v duchu doporučení, celkově byla tato reklama označena za etickou.

4. Závěrem

S reklamou poskytovatelů pohřebních služeb se nesetkáváme příliš často, tím spíše s reklamou výrazně neetickou. Avšak také v této oblasti lze zaznamenat úsměvné, trefné či méně vydařilé pokusy o získání zákazníků.

Příkladem může být vtipná reklama znění: „Nikdo vás nemá rád? Nikdo vás nepochová? My vás pochováme!“

Za nevhodnou považuji reklamu jednoho poskytovatele pohřebních služeb, který ve své výloze zobrazoval fotografie v typických rámečcích umístěvaných na hroby, zobrazující šťastné a usmívající se malé děti a mladé lidi.

V reklamě pohřebních služeb se tak mohou objevit jen určité, zákonem (§ 6a zákona o regulaci reklamy) stanovené údaje. Takto omezená reklama může být šířena prakticky všemi druhy médií, tedy také televizí, billboardy a jinými médii se širokým publikem, s výjimkou „adresné formy“ reklamy a reklamy učiněné v souvislosti s oznamováním úmrtí.

V oblasti pohřebnictví existuje množství materiálů, nazývaných jako soft law. Jak vyplývá z výše uvedeného, také tyto materiály, ačkoliv nejsou právně závazné, mohou však být důkazem o protiprávním postupu a jednání subjektů poskytujících činnosti v oblasti pohřebnictví a toto soft law, jakkoliv je právně nevymahatelné, může být v konečném důsledku právně postižitelné.

Contact – email

dana.ondrejova@seznam.cz

SKRYTÝ VĚCNÝ VKLAD V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ NĚMECKÉ GMBH

ALENA POKORNÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Reforma GmbH, která vešla v účinnost 1. listopadu 2008, přinesla do německého práva společnosti s ručením omezeným uvolnění právní úpravy tvorby a zachování základního kapitálu. Jedním z nově upravených institutů je tzv. skrytý věcný vklad. Jde o situaci, kdy je formálně smluven a společníkem poskytnut peněžitý vklad, ve výsledku od něj však společnost získá věcný majetek, aniž by byl dodržen zákonný postup pro poskytnutí věcného vkladu. Nová právní úprava obsahuje legální definici skrytého věcného vkladu a zmírňuje jeho tvrdé právní důsledky.

Key words in original language

GmbH; společnost s ručením omezeným; základní kapitál; věcný vklad; skrytý věcný vklad.

Abstract

The reform of German GmbH (i.e. private limited company), that entered into force on 1st November 2008, liberalized the GmbH legal regulation of registered capital. One of the new elements is the „undisclosed non-cash capital contribution“. It basically means that a company receives a material asset although formally a cash contribution is agreed and made. The new legal regulation includes the legal definition of the undisclosed non-cash capital contribution and abates its hard legal consequences.

Key words

GmbH; private limited company; registered capital; non-cash contribution; undisclosed non-cash contribution.

1. Reforma GmbH

Dne 1. listopadu 2008 vstoupila v účinnost v Německu dlouho očekávaná a diskutovaná reforma GmbH. Od roku 1982, kdy právní forma společnosti s ručením omezeným v Německu vznikla, se jedná o její nejrozsáhlejší reformu. Cíle reformy právní úpravy GmbH tvořily tři oblasti - modernizace, zvýšení konkurenceschopnosti a potírání zneužívání právní formy GmbH. Reforma přinesla mimo jiné uvolnění právní úpravy tvorby a zachování základního kapitálu. Jeden z nových institutů představuje tzv. skrytý věcný vklad, německy "verdeckte Sacheinlage".

2. Věcný vklad

Mají-li být podle § 5 odst. 4 zákona o GmbH¹ poskytnuty věcné vklady, musí být předmět věcného vkladu a jmenovitá hodnota obchodního podílu, ke kterému se věcný vklad vztahuje, stanoveny ve společenské smlouvě. Společníci jsou povinni ve zprávě o založení společnosti věcnými vklady vyložit podstatné okolnosti pro přiměřenost plnění na věcné vklady. Pro ocenění věcného vkladu se nevyžaduje znalecký posudek, jako pojistka proti nadhodnocení vkladů slouží § 9c odst. 1 zákona o GmbH, podle kterého rejstříkový soud odmítne zapsat společnost do obchodního rejstříku, pokud byly věcné vklady podstatně nadhodnoceny. K tomu zákon o GmbH v § 8 odst. 1 č. 5 stanoví, že k žádosti o zápis společnosti do obchodního rejstříku musí být přiloženy podklady prokazující, že hodnota věcných vkladů dosahuje jmenovité hodnoty vkladů, na které se věcné vklady započítávají. To umožňuje rejstříkovému soudu přezkoumání hodnoty věcného vkladu před zápisem společnosti do obchodního rejstříku. Pokud nedosahuje hodnota věcného vkladu v momentě podání žádosti o zápis společnosti do obchodního rejstříku jmenovité hodnoty převzatého obchodního podílu, musí podle § 9 odst. 1 zákona o GmbH společník doplatit rozdíl v penězích.

3. Skrytý věcný vklad

Neboť je poskytnutí věcného vkladu spojeno s povinnostmi navíc, jejichž dodržení často stojí peníze a čas, mají společníci tendenci zákonná pravidla o poskytnutí věcného vkladu obcházet. To je možné činit více způsoby a jednou z cest je tzv. skrytý věcný vklad.² Definice skrytého věcného vkladu se vyvinula v judikatuře, podle které jde o situaci, kdy jsou zákonná pravidla o poskytnutí věcného vkladu obejita tím, že je formálně smluven a poskytnut peněžitý vklad, společnost má však z hospodářského hlediska na základě dohody související s převzetím vkladu získat věcnou hodnotu.³ Svůj peněžitý vklad tak získá společník zpět jako kupní cenu za poskytnutou věc.⁴ Nově je skrytý věcný vklad upraven v zákoně o GmbH.

¹ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), in der Fassung vom 20. 4. 1892, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509).

² HAACK, H., CAMPOS NAVE, J. *Die neue GmbH*. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008. s. 19.

³ Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 11. 2. 2008, II ZR 171/06.

⁴ HAACK, H., CAMPOS NAVE, J. *Die neue GmbH*. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008. s. 20.

Podle dřívější úpravy v § 19 odst. 5 zákona o GmbH plnění na vklad, které není peněžité nebo kterého je dosaženo započtením poskytnuté odměny za přenechání věci, osvobozuje společníka od jeho povinnosti splatit vklad jen tehdy, pokud byly dodrženy podmínky poskytnutí věcného vkladu podle § 5 odst. 4 věty první téhož zákona. Pokud zákonné podmínky dodrženy nebyly, považuje se vklad společníka za nesplacený. Toto ustanovení bylo zrušeno.

Podle § 19 odst. 2 zákona o GmbH původní i nové právní úpravy nemůže být společník zproštěn povinnosti ke splacení vkladu. Započtení je podle nového znění výslovně připuštěno v případě pohledávky z přenechání věci, jejíž započtení bylo dohodnuto podle § 5 odst. 4 věty první téhož zákona, tedy v případě řádně sjednaného věcného vkladu.

Legální definici skrytého věcného vkladu obsahuje § 19 odst. 4 zákona o GmbH. Lze-li peněžitý vklad společníka z hospodářského hlediska a na základě ujednání, které proběhlo v souvislosti s převzetím peněžitého vkladu, plně nebo částečně vyhodnotit jako věcný vklad, neosvobozuje toto plnění společníka od jeho vkladové povinnosti. Dohody o věcném vkladu a právní úkony k jejich provedení však nejsou neúčinné. Na trvajícím povinnost společníka splatit peněžitý vklad se započítá hodnota věci v okamžiku podání návrhu na zápis společnosti do obchodního rejstříku nebo v okamžiku jejího přenechání společnosti, pokud proběhne později. Započtení neproběhne před zapsáním společnosti do obchodního rejstříku. Důkazní břemeno ohledně hodnoty věci nese společník.

Jedním z definičních znaků je dohoda mezi společníkem a společností. Aby se mohla taková dohoda předpokládat, musí existovat věcná a časová souvislost mezi převzetím peněžitého vkladu a následným vrácením vkladu a poskytnutím věci.⁵ Věcná souvislost je dána, je-li cena poskytnuté věci velmi blízká věcnému vkladu nebo jedná-li se o věc, kterou společník mohl poskytnout společnosti již při jejím založení jako věcný vklad nebo jde-li o věc, kterou mohl poskytnout pouze konkrétní společník a bývá předmětem věcného vkladu.⁶ Časovou souvislost představuje lhůta mezi převzetím peněžitého vkladu a přenecháním věci za úplatu. Její délku zánodárce úmyslně nestanoví a přenechává ji judikatuře.⁷ Před reformou byla její maximální délka judikaturou stanovena na šest měsíců.⁸

⁵ KARSTEN, F. *GmbH-Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009. s. 93.

⁶ KARSTEN, F. *GmbH-Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009. s. 93.

⁷ BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

⁸ Rozhodnutí Vrchního zemského soudu v Kolíně ze dne 2. 2. 1999, 22 U 116/98.

4. Právní důsledky

Jak se lze dočíst v důvodové zprávě, byla právním důsledkem skrytého věcného vkladu dříve neúčinnost závazkové části i věcného plnění analogicky k § 27 odst. 3 větě první akciového zákona.⁹ Povinnost poskytnout peněžitý vklad trvala nadále a společníku hrozilo, že bude muset splatit svůj vklad dvakrát, jednou ve formě věcného plnění, jednou v penězích. Společník měl sice nárok na vrácení věci, jelikož ale existence skrytého věcného vkladu byla často zjištěna až v době insolvence, společník ji zpět nezískal.¹⁰ Změna skrytého věcného vkladu na řádný věcný vklad byla možná, nikoliv však v době insolvence.¹¹

Stejně jako v případě řádně ujednaných věcných vkladů je v současné době následkem skrytého věcného vkladu ručení společníka za rozdíl. Hodnota poskytnuté věci se započítá na vklad společníka. Pokud hodnota skrytého věcného vkladu v okamžiku podání návrhu na zápis společnosti do obchodního rejstříku, případně v okamžiku jeho přenechání společnosti, proběhne-li toto později, dosáhne hodnoty převzatého vkladu, je vkladová povinnost splněna. Nedosáhne-li hodnota skrytého věcného vkladu hodnoty převzatého vkladu, pak se jedná o částečné splnění a zbytek musí společník doplatit v penězích.¹²

Zákonodárce tak zareagoval na kritiku tvrdých právních důsledků skrytého věcného vkladu. Co je a co není skrytým věcným vkladem, není vždy jednoduché určit. Kromě toho je právní forma GmbH využívána převážně malými a středními podniky a právní vědomí společníků často není dostatečné. Odhalení skrytého věcného vkladu pro ně tak někdy bývá překvapivé a jeho následky příliš tvrdé.¹³

Hodnotu skrytého věcného vkladu prokazuje společník. Jelikož je prokázání hodnoty skrytého věcného vkladu s odstupem času stále složitější, je ve vlastním zájmu společníka ujednat převzetí věcného vkladu řádným způsobem. Kromě toho ručí společníci podle § 9a odst. 1 zákona o GmbH a jednatelé podle § 43 zákona o GmbH za škodu, která společnosti v důsledku skrytého věcného vkladu vznikla. Tyto sankce jsou podle důvodové zprávy

⁹ Aktiengesetz (AktG), in der Fassung vom 6. 9. 1965, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 31. 7. 2009, BGBl. I S. 2509ff.

¹⁰ BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

¹¹ BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

¹² BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

¹³ BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

dostatečné a není třeba stanovovat zvláštní sankce pro případ úmyslného obcházení pravidel o poskytnutí věcného vkladu.¹⁴

5. Závěrem

Poslední reforma práva německé GmbH přinesla zákonné zakotvení institutu skrytého věcného vkladu, který vytvořila judikatura jako reakci na obcházení zákonných pravidel o poskytnutí věcného vkladu. Bylo zavedeno ručení za rozdíl, hodnota skrytého věcného vkladu se započítává na vklad společníka, přičemž je na společníkovi samém, aby hodnotu prokázal. Podle dřívější právní úpravy vedl skrytý věcný vklad v krajním případě až k tomu, že společník musel splatit svůj vklad dvakrát. Jednalo se o tvrdou a nepřiměřenou sankci, uvážíme-li, že skrytý věcný vklad nemusí být vždy úmyslným obcházením zákona, nýbrž důsledkem nedostatečných právních znalostí. Liberalizaci právní úpravy skrytého věcného vkladu tak lze uvítat.

Literature:

- Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), in der Fassung vom 20. 4. 1892, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509.
- Aktiengesetz (AktG), in der Fassung vom 6. 9. 1965, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 31. 7. 2009, BGBl. I S. 2509ff.
- Begründung der Regierung vom 23. Mai 2007 – Bundestagsdrucksache Nr. 16/6140, str. 27 a násl.
- Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 11. 2. 2008, II ZR 171/06.
- Rozhodnutí Vrchního zemského soudu v Kolíně ze dne 2. 2. 1999, 22 U 116/98.
- Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008. 143 s. ISBN 978-3-482-58571-5.
- Karsten, F.: GmbH-Recht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009. 472 s, ISBN 978-3-8329-3326-5.

Contact – email

134531@mail.muni.cz

¹⁴ BT-Ds. 16/6140, s. 39 a násl.

ZÁKLADNÍ KAPITÁL A ROZDĚLOVÁNÍ ZISKU V AKCIOVÉ SPOLEČNOSTI

JARMILA POKORNÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek vychází z teorie základního kapitálu, která je podstatou dosavadní právní úpravy ochrany věřitelů v právu kapitálových společností. Promítá se do právní regulace soustavou kogentních norem, kterým se musí podřizovat rozhodování valných hromad o rozdělování zisku, zvyšování a snižování základního kapitálu, přijímání finanční asistence a v dalších otázkách, které se týkají majetkové situace společností. Příspěvek si klade otázku, zda by nebylo efektivnější svěřit tyto otázky rozhodovací autonomii společníků.

Key words in original language

Základní kapitál; zásada vytvoření a zachování základního kapitálu; ochrana věřitelů; právní pravidla pro ochranu základního kapitálu; pravidla pro rozdělování zisku.

Abstract

The conference paper bases on the theory of subscribed capital which is the essential part of existing legal regulation of creditors protection in the company law. This theory is reflected in legal regulation by a system of mandatory rules which the general meeting's decision making has to conform to. This rules have so an influence on decisions about dividing of profit, increase and reduction of subscribed capital, accepting of financial assistance and about other problems which concern the property situation of a company. The paper is asking question if the partners would not decide this questions more efficient being free from the mandatory rules.

Key words

Subscribed capital; principle of formation and conservation of subscribed capital; protection of creditors; legal rules of the protection of subscribed capital; rules for dividing of profit.

Úvodem

Pokud zmiňujeme v oblasti práva obchodních společností soft law, bude asi naše první úvaha náležet kodexům Corporate Governance, které představují dobrovolně přijímaný a zachovávaný regulační mechanismus. Jedná se o doporučení odborníků a komisí složených ze zástupců zájmových hospodářských skupin, která se týkají standardů správného vedení a kontroly společností, tedy o regulační systém, který není vytvářen státní

moci, nýbrž soukromými iniciativami.¹ Jeho závaznost není závazností právní, nýbrž je založena na přístupu “comply or explain”. Vzhledem k tomu, že kodexy jsou chápány jako “Codes of Best Practice”, a jejich obsahem jsou zásady, které by měly zajišťovat potřebnou míru právní jistoty investorů, pokud jde o způsob řízení a kontroly společností, jejichž akcie jsou obchodovány na regulovaném trhu, znamená závaznost “comply or explain”, že je jejich adresáti buď budou dodržovat nebo se od nich mohou odchýlovat, avšak v tom případě musí vysvětlit, jak tato odchylka vypadá.²

Tento příspěvek se nechce věnovat kodexům Corporate Governance, využívá jich spíše jako výchozí inspiraci k úvaze o tom, zda by se termín “soft law” nemohl používat v širokém smyslu pro úvahy o prolínání, vzájemném doplňování a případných střetech regulačních systémů vytvářených autonomními volnými projevy soukromých subjektů (typicky obchodních společností) a práva jako regulačního systému formovaného státem a garantovaném jeho donucovacími prostředky.

Vzhledem k tomu, že jednotlivé typy obchodních společností představují právní rámec pro podnikatelské aktivity jejich společníků, jsou úvahy o právní a dobrovolné regulaci vnitřních poměrů ve společnostech i jejich vnějších vztahů o to zajímavější, neboť zde právní normy nehrají primární roli. I kdyby šlo o normy kogentní povahy, tedy normy “nejtvrdší”, od nichž se jejich adresáti nemohou odchýlit, nebude jejich dodržování prvotním cílem společností, pokud by takové normy bránily jejich podnikatelské činnosti. I když tedy bude právní regulace s pomocí norem kogentní povahy opodstatněná a žádoucí, protože prosazuje určité společenské priority, chrání veřejné statky, popř. nastupuje tam, kde selhávají tržní mechanismy³, budou ji její adresáti ignorovat, v lepším případě obcházet, pokud budou výsledky aplikace práva nepřátelské jejich podnikatelským aktivitám a záměrům.⁴ Ve sférách upravovaných dispozitivními normami budou společnosti využívat prostor ponechaný právní úpravou jejich autonomii vůle a budou sledovat výhradně vlastní ekonomický zájem. Problematická může být interpretace dispozitivní normy a respektování hranic, které norma pro autonomní projevy vůle svých adresátů stanoví.

¹ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts/hrsg. von Theodor Baums. Köln: O. Schmidt, 2001, ISBN 3-504-31711-6, str. 47

² Tamtéž, str. 53 - 54

³ Dílo citované v pozn. 1 uvádí v souvislosti s kodexy Corporate Governance tři základní důvody, proč zákonodárce přijímá právní pravidla pro řízení a kontrolu podniků: úspora transakčních nákladů, neboť dispozitivní normy představují určité vzorové řešení, regulace v těch oblastech, kde nefunguje regulace trhem, a prosazování autonomních politických cílů, pokud jde o určité uspořádání společenských vztahů (viz str. 45).

⁴ V tomto vyjádření odhlížíme od skutečnosti, že hospodářské záměry mohou být u různých skupin společníků, popř. u společníků a členů orgánů rozdílné. Podrobnější rozbor této otázky překračuje téma tohoto příspěvku.

V tomto konfliktu ekonomické užitečnosti a hodnot prosazovaných právem dochází čas od času k revizi toho, co by mělo právo jako prioritní hodnotu prosazovat, a v důsledku toho se mění zejména kogentní právní normy, u nichž dochází k jejich uvolňování a regulace je přenechávána dispozitivním normám nebo přechází ze sféry práva do oblasti dobrovolně vytvářených a zachovávaných pravidel. Na počátku takového vývoje stojí dnes patrně právní úprava základního kapitálu obchodních společností. Úvahy o možných směrech uvolnění by měly být předmětem tohoto příspěvku.

Zásady dosavadní právní úpravy základního kapitálu

Myšlenkovým základem platné právní úpravy základního kapitálu je vzájemný vztah omezeného ručení společníků kapitálových obchodních společností, jež je jedním z konstrukčních znaků těchto společností, a potřeby ochrany věřitelů, kteří zde nemají zákonné ručitele v podobě společníků. Výhoda omezeného ručení je tak kompenzována povinností tvorby garanční majetkové masy, přičemž vytváření zajišťovacího majetku je uloženo společníkům, resp. zakladatelům společnosti. Z finančních částek, které poskytli společnosti, popř. z předmětů jejich nepeněžitých vkladů, vzniká majetek náležející společnosti (v účetní rozvaze aktiva). Z hlediska způsobu financování jde o zdroje, které se považují za vlastní zdroje společnosti a v účetní rozvaze se vykazují v pasivech jako základní kapitál, jenž je jednou ze složek vlastního kapitálu. Nutnost majetek reálně vytvořit a chránit jej před zmenšením je vyjádřena v zásadách, na nichž spočívá právní úprava celého tohoto procesu, zásadě vytvoření a zachování základního kapitálu.

Zásada vytvoření základního kapitálu požaduje, aby věřitelé byli zabezpečeni majetkem společnosti alespoň v minimální míře. S vklady do základního kapitálu je však spojena též představa, že je jejich poskytnutím vyjádřena též určitá vážnost podnikatelského záměru zakladatelů společnosti. Zakladatelé mají sice privilegium omezeného ručení, současně jsou však pomocí vkladové povinnosti nuceni zvážit si, zda je jejich podnikatelský záměr tak nadějný, že mohou podstoupit riziko případné ztráty svého vkladu.⁵ Reálné vytvoření majetku krytého základním kapitálem je zabezpečeno celou řadou kogentních ustanovení ukládajících společníkům (zakladatelům) povinnost vytvořit základní kapitál v minimálním rozsahu předepsaném zákonem a splatit jejich vklady z určité části již před vznikem společnosti, zbytek potom v určité lhůtě po jejím vzniku, přičemž si společníci nesmí v zakladatelských dokumentech určit lhůtu delší, než stanoví zákon. K vytvoření reálně existujícího majetku společnosti směřují i pravidla o oceňování nepeněžitých vkladů, úprava

⁵ HEINE, K., RÖPKE, K., Die Rolle von Qualitätssignalen - eine ökonomische und juristische Analyse am Beispiel der deutschen Kapitalschutzvorschriften, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 70, 2006, č. 4, str. 143

povinnosti doplatit v penězích hodnotu znehodnoceného nepeněžitého vkladu i povinné splácení peněžitých vkladů při zakládání společnosti na předem vytvořené bankovní účty, z nichž se nesmí provádět žádné úhrady.

Zásada zachování základního kapitálu má především bránit tomu, aby se majetek shromážděný z vkladů společníků k nim po vzniku společnosti nebo kdykoli později zase nevracel. K tomuto účelu směřuje zákaz vracení vkladů a úpravy omezující převody majetku společnosti na společníky. Nejvýznamnějším projevem zásady zachování základního kapitálu, resp. majetku krytého základním kapitálem, jsou v akciových společnostech kogentní pravidla pro rozdělování zisku, která dovolují přiznat společníkům podíl na zisku pouze tehdy, pokud si na rozdělování společnost vytvořila volné zdroje. Konkrétně musí být splněny následující podmínky (§ 178 odst. 2 a 6, § 65a ObchZ):

- pokud společnost vykazuje zřizovací výdaje jako dlouhodobý majetek, musí být tento majetek účetně odepsán nejpozději do pěti let po vzniku společnosti. Dokud není tento majetek odepsán, je zakázáno vyplácení podílů na zisku, ledaže společnost má volné zdroje, které jsou minimálně rovny neodepsané části zřizovacích výdajů,
- vlastní kapitál společnosti musí být po rozdělení zisku větší než základní kapitál, k němuž se přičítá upsaná jmenovitá hodnota akcií při zvyšování základního kapitálu, pokud zvýšený základní kapitál nebyl v den sestavení účetní závěrky zapsán v obchodním rejstříku, a ta část rezervního fondu, která nesmí být rozdělena mezi společníky,
- částka určená k výplatě podílu na zisku nesmí být vyšší, než je hospodářský výsledek účetního období snížený o povinný příděl do rezervního fondu a neuhrazené ztráty z minulých let a zvýšený o nerozdělený zisk minulých let a fondy vytvořené ze zisku, které může společnost volně použít.

Rozdělení zisku, které by porušovalo uvedená pravidla, je spojeno se sankcemi vůči společníkům a představenstvu: společníci jsou povinni vyplacené podíly na zisku vrátit a členové představenstva, ručí společně a nerozdílně za splnění tohoto závazku. Představenstvo akciové společnosti navíc nesmí rozhodnout o výplatě podílu na zisku v rozporu se zmíněnými zákazy, i když výplatu podílu schválila valná hromada. Pokud by členové představenstva překročili tento zákaz, nemohou se zprostit odpovědnosti za škodu, která tím společnosti vznikla (§ 179 odst. 1 ObchZ). Úprava tedy neponechává společníkům ani výkonným orgánům společnosti žádný manévrovací prostor a nepřipouští jejich rozhodnutí, která by nerespektovala omezující právní pravidla, i když by tato rozhodnutí mohla společnosti přinést hospodářský prospěch. Pravidla preferují kompenzaci případných pohledávek věřitelů, a to i v situaci, kdy je společnost v dobrém

ekonomickém stavu, je plně solventní a výplata podílu na zisku by její schopnost plnit závazky nijak neohrozila.⁶

Teorie základního kapitálu se stala též východiskem harmonizované úpravy ochrany věřitelů v členských státech EU. Jako základní ochranný standard tvoří obsah Druhé směrnice⁷ sjednocující ochranná pravidla u akciových společností. Druhá směrnice obsahovala donedávna velmi rigidní pravidla ochrany základního kapitálu, v rámci reformního úsilí Komise EU⁸ však byla úprava částečně uvolněna směrnicí č. 2006/68/ES, která druhou směrnicí novelizovala. I když novelizace přinesla změny zejména pokud jde o oceňování nepeněžitých vkladů, zásad vytyčení a zachování základního kapitálu se ještě nijak podstatně nedotkla.

Pochybnosti o ochranné funkci základního kapitálu a směry možného uvolnění úpravy

Pokud by měla být zcela odstraněna koncepce ochrany věřitelů založená na základním kapitálu, muselo by se takové rozhodnutí opírat o průzkum a přesné vymezení významu, který základní kapitál pro společníky, společnosti i věřitele má, abychom se nezbavovali jeho případného pozitivního působení.

Zajímavá studie na toto téma byla uveřejněna v roce 2006 v časopise *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*⁹, jejíž autoři si položili tři otázky¹⁰:

⁶ Tento přístup se liší od americké koncepce ochrany věřitelů - viz např. PAYNE, J., *Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies*, *European Company Law* 2008, č. 5, str. 224, ČERNÁ, S., *Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu ?*, *Právní rozhledy*, 2005, č. 22, str. 820

⁷ Druhá směrnice Rady č. 77/91/EHS z 13. prosince 1976 o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmů společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu článku 58 druhého pododstavce Smlouvy při zakládání akciových společností a při udržování a změně jejich základního kapitálu, za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření. Směrnice byla několikrát novelizována, nejdůležitější obsahové novelizace byly učiněny směrnicí Rady č. 92/101/EHS a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2006/68/ES

⁸ Závěrečná východiska reformy jsou uvedena ve Sdělení Komise Radě a Evropskému parlamentu ze dne 21. 5. 2003, KOM(2003) 284

⁹ HEINE, K., RÖPKE, K., *Die Rolle von Qualitätssignalen - eine ökonomische und juristische Analyse am Beispiel der deutschen Kapitalschutzvorschriften*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 70, 2006, č. 1, str. 138 - 160

¹⁰ Dílo citované v předchozí poznámce, str. 151 - 152

1. ovlivňuje nějak kapitálová struktura hodnotu podniku - pokud by tomu tak nebylo, nemělo by význam zabývat se vztahem financování vlastním a cizím kapitálem a regulovat jej právem,
2. nakolik je významný vzájemný vztah mezi financováním z vlastních a cizích zdrojů pro finanční možnosti podniku, existuje nějaký poměr těchto zdrojů, který by potencionálním investorů signalizoval vysokou kvalitu podniku a ulehčoval tak rozhodnutí o tom, kterou cestu financování zvolit,
3. může být pro společnost výhodné, pokud se podvolí rigidním předpisům chránícím základní kapitál.

Autoři odpovídají na první otázku kladně, podle jejich názoru ovlivňuje způsob financování hodnotu podniku, a proto i právní regulace, která se týká této oblasti není pro hodnotu podniku bezvýznamná.

Rovněž na druhou otázku dávají autoři odpověď kladnou. Vzájemný poměr vlastních a cizích zdrojů financování dává investorům odpověď na otázku pravděpodobnosti budoucích výnosů, které z podniku vyplynou. Jako příklad autoři volí zvýšenou míru zadlužení, která podle jejich názoru signalizuje, že podnik očekává dobrý hospodářský vývoj, jinak by jeho vrcholoví vedoucí riskovali, že ztratí svá místa i dobrou pověst. Takové signály mají pro investory svůj význam a zmenšují jejich informační deficit.

Státní zásahy do smluvní svobody subjektů hodnotí autoři jako opodstatněné v takovém případě, kdy existuje mezi stranami smlouvy informační asymetrie a jedna z nich potřebuje signalizovat druhé, že s ní může vstupovat do obchodních vztahů bez rizika. Podřízenost právní úpravě a splnění jejích požadavků jsou oním signálem, který poskytuje informaci o vlastnostech smluvního partnera. Pokud je právní úprava pro všechny účastníky podnikatelských vztahů totožná (např. totožný model vnitřní organizace společnosti), není zde sice žádný zvláštní informační přínos, právo zde však alespoň poskytuje pro všechny jeden model pro utváření pravidel chování, jehož používání šetří náklady všech zúčastněných. Širší možnost volit různá právní řešení dovolují poskytování diferencovaných informací, které mohou využít všichni smluvní partneři, musí však počítat se zvýšenými náklady, které s sebou možnost volby přináší. Autoři proto upozorňují na to, že hledání vhodných cest ochrany věřitelů pomocí smluvních nástrojů může být příliš nákladné, předpisy o základním kapitálu tak mohou být dobrým nástrojem, který signalizuje bonitu druhé smluvní strany. Společnosti, které se jim podřídí, tím naznačují, že si vysoce cení kvality svých podniků, a jsou schopny splnit požadavky věřitelů. Informační význam při tom nemají ustanovení o ochraně kapitálu jako taková, nýbrž skutečnost, že jejich dodržování vyžaduje určitou prozíravost a úsilí, což nepříliš seriózní podnikatele od volby těchto ustanovení spíše odrazuje.

Volba přísných předpisů je tak indikátorem vážnosti podnikatelských úmyslů.¹¹

Proti této argumentaci je možno oponovat již tím, že si uvědomíme, jak základní kapitál ve společnosti funguje. Jako pasivní položka rozvahy zůstává neměnný a jako takový je uváděn i v rejstříkovém zápise. Aktivní strana rozvahy vyjadřující majetek se však neustále mění podle toho, zda společnost nakupuje či prodává, v závislosti na sjednané době splatnosti faktur a plnění uzavřených smluv. Míra zisků a ztrát, velikost majetku společnosti a jeho struktura jsou proto proměnlivé a k porovnání s výší základního kapitálu dochází jen tehdy, pokud je účetní závěrkou zachycen určitý časový okamžik, k němuž se porovnání provede. Základní povinností společnosti je proto sestavit účetní závěrku na konci účetního období, provést toto srovnání, zjistit výsledný zisk nebo ztrátu a podle výsledku tohoto zjištění buď rozhodnout o rozdělení a užití zisku nebo o způsobu náhrady ztráty, popř. přijetí mimořádných opatření k sanaci majetkových poměrů společnosti.

Popsaný mechanismus v sobě skrývá z hlediska našeho zkoumání vnitřní rozpor - nemůže fungovat jinak, ale současně se nemůže zbavit limitů, které přímo souvisejí s povahou účetních výkazů a účetního pohledu na majetek a financování společnosti. Přísná pravidla pro rozdělování zisku mají např. chránit soubor majetku společnosti jako garanci pro pohledávky věřitelů a zabránit tomu, aby majetek, který kryje základní kapitál, odplynul ve formě dividendy k akcionářům. Ochranné působení základního kapitálu je však relativní, pokud si uvědomíme některé další souvislosti:¹²

- velikost základního kapitálu nemá žádný vztah k rozsahu dluhů, které na sebe společnost při svém podnikání vzala a které jsou též výsledkem podstoupených podnikatelských rizik,
- koncepce základního kapitálu nevypovídá nic o tržní hodnotě akcií společnosti, pro potencionální investory nemá proto z hlediska perspektiv jejich investice žádný význam,
- oceňování nepeněžitých vkladů má zajistit, že jejich hodnota je v souladu s emisním kursem akcií, které budou vydány vkladatelům. Ocenění je ale vázáno na určitý časový okamžik (okamžik založení společnosti nebo okamžik, kdy byly nepeněžité vklady určené ke zvýšení základního kapitálu schváleny valnou hromadou), který není totožný s okamžikem,

¹¹ Tamtéž, str. 158

¹² PAYNE, J., Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies, *European Company Law* 2008, č. 5, str. 224 - 226

kdy se věřitelé budou domáhat úhrady svých pohledávek. Oceňovací proces je pro společnost nákladný, ale ve vztahu k věřitelům má jeho výsledek jen malou vypovídací hodnotu. Pro věřitele je mnohem významnější aktuální hodnota majetku společnosti než jeho historická hodnota v okamžiku, kdy jej společnost získala,

- zákaz rozdělování zisku, pokud nejsou splněny určité požadavky zákona, vychází z hospodářských výsledků, které jsou uvedeny v rozvaze a výsledovce. Tyto účetní výkazy ale neinformují věřitele o skutečné finanční situaci společnosti. Vycházejí z účetního ocenění na základě historických nabývacích cen, nikoli z aktuální hodnoty majetku při běžném hospodaření. Nemohou též zabránit, aby si společníci skrytě rozdělili zisk jinými cestami (např. formou tantiémy, pokud jsou současně členy orgánů společnosti¹³).

Pokud jde o jednotlivé argumenty, je nutno konstatovat, že již zmíněnou novelizací druhé směrnice došlo ke zmírnění režimu oceňování nepeněžitých vkladů. V české praxi se toto uvolnění např. promítá do postupu, kdy nepeněžitý vklad oceňuje znalec (ve vztahu k požadavkům ust. § 59a odst. 2 ObchZ jde o osobu nezávislou a dostatečně odborně erudovanou), nikoli ale znaleckým posudkem ve smyslu zákona o znalcích a tlumočnících. Protože se takový postup může uplatnit na jakýkoli nepeněžitý vklad s výjimkou cenných papírů obchodovaných na regulovaném trhu, je otázka, zda má ještě vůbec smysl přísná úprava požadující posudek znalce jmenovaného soudem (§ 59 odst. 3 ObchZ). Za účelnější bychom považovali spíše režim opačný - obecnou přípustnost jednoduššího postupu při oceňování s tím, že přísná pravidla budou vyhrazena pro výjimečné případy nepeněžitých vkladů vysoké hodnoty, složitosti nebo rozhodujícího významu pro společnost.

Nemůže být též pochybností o tom, že základní kapitál jako jedna ze složek vlastního kapitálu patří k vlastním zdrojům financování. Je však otázka, zda významnějším zdrojem v rámci vlastního kapitálu nemůže být zisk vytvořený podnikáním společnosti, který není rozdělen mezi společníky, nýbrž akumulován pro potřeby společnosti. Jak bude naloženo se ziskem, který společnost v účetním roce vytvořila, není problém právní, nýbrž jde o podnikatelské rozhodnutí společníků. Jejich úvaze a obezřetnosti by mělo být ponecháno, zda se rozhodnou pro rozdělení zisku nebo jeho akumulaci, popř. jaký poměr obou možností zvolí. Kogentní normy určující podmínky takového rozhodování nepovažujeme proto za příliš efektivní. Výsledná částka vlastního kapitálu, do níž se rozhodnutí společníků promítne, umožňuje tak jako tak realizovat řadu výpočtů analyzujících hospodářskou situaci společnosti a poskytujících věřitelům

¹³ Rozbor takového případu viz HOLEJŠOVSKÝ, J., Vztah práva akcionáře na dividendu k rozhodování o použití zisku akciové společnosti, *Právní rozhledy* 2010, č. 3, str. 86. Též rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 5 Cmo 271/2008-106

informace užitečnější než je sama hodnota základního kapitálu. Úroveň právní jistoty věřitelů by proto podle našeho názoru neutrpěla, pokud by byly uvolněny přísné limity týkající se rozdělování zisku.

Domníváme se, že funkce, které jsou dnes spojovány se základním kapitálem, zejména ochrana věřitelů, by bylo docela dobře možno realizovat kombinací různých přístupů, které by byly přesněji zaměřeny na jednotlivé dílčí oblasti.

Kogentními normami by nepochybně bylo nutno upravovat postup řešení insolvence. Situaci, kdy se společnost dostane do úpadku, však považujeme za výjimečnou, preference zájmu věřitelů je zde zcela zřejmá a prostor pro podnikatelská rozhodnutí společníků nulový. Ačkoli předpisy insolvenčního práva souvisejí s problematikou ochrany věřitelů a tím nepřímo i s nástroji, kterými se ji snažíme realizovat, stojí svým charakterem a posláním mimo dosah problematiky, kterou se v tomto příspěvku zabýváme.

Hledáme-li místo pro kogentní normy při regulaci běžné podnikatelské činnosti společnosti, která je stabilizovaná a nemá výraznější ekonomické problémy, potom by v souvislosti s financováním společnosti a ochranou jejího majetku mohlo být nalezeno v úpravě některých způsobů nakládání s majetkem, kdy hrozí střetání zájmů a hlediska prosperity společnosti mohou ustupovat do pozadí. Může se např. jednat o převody majetku ze společnosti na společníky nebo členy orgánů společnosti. Kogentní normy by měly řešit i základní rozdělení kompetencí vnitřních orgánů společnosti, aby rozhodnutí zásadní povahy byla vždy svěřována valné hromadě jako orgánu investorů. Kromě schvalování hospodářských výsledků uplynulého účetního období a rozhodování o rozdělení zisku, popř. úhradě ztráty, by sem měla patřit i rozhodnutí o majetkových dispozicích zásadní povahy, která se mohou promítnout do podnikatelské strategie společnosti - např. rozhodnutí o prodeji podniku společnosti.

Na rozdíl od dnes platné právní úpravy, která kogentními normami realizuje zásady vytvoření a zachování základního kapitálu, by měl být pro řešení způsobu financování společností ponechán prostor pro uplatnění autonomie vůle společníků, popř. zakladatelů společností. Podle našeho názoru je nutno respektovat specifické podmínky každé společnosti, z nichž může vyplývat odlišná strategie jejich společníků, pokud jde o vytváření majetkových podmínek podnikání. Obecná doporučení dávají např. bilanční pravidla, avšak i zde velmi záleží na druhu podnikatelské činnosti společnosti a na tom, která kritéria budou společníci preferovat. V této oblasti může mít podle našeho názoru právní regulace jen omezené místo. Rozhodující roli by zde mělo hrát právě soft law v podobě vnitřních pravidel, která si společnost sama pro financování vytvoří, popř. pravidel obdobného charakteru jako jsou kodexy Corporate Governance. Při regulaci chování společností jako dlužníků by se též mohly uplatnit smluvní nástroje. Poskytování úvěrů by takto mohlo být spojeno s ujednáními o způsobech

použití zisku nebo majetkových dispozicích, kterými by si věřitel zajišťoval návratnost svých finančních prostředků. Tyto cesty však budou přístupné zejména velkým a významným věřitelům.

Rozvinutí smluvní svobody a autonomního rozhodování však vyžaduje dostatek informací. Právní úprava by mohla pomoci při rozšiřování prostoru pro autonomii vůle rozsáhlou úpravou povinnosti zpřístupňovat informace veřejně dostupnými kanály. Mohla by určovat obsah informačních výstupů, jejich periodicitu i míru podrobnosti, zakazovat informace klamavé nebo zkreslující a stanovit sankce za neposkytnutí informací nebo porušení zákazů. Tato úprava by vyrovnávala informační deficity věřitelů i společníků a dovolovala by přesnější rozhodování o uzavření smluv, koupi akcií nebo podílů na společnostech, popř. volbě zajišťovacích nástrojů pro obchodní závazkové vztahy. I zde by se muselo využívat kogentních norem, které však lze chápat jako prostředek vytvářející potřebné zázemí pro využití autonomního postavení a smluvní svobody subjektů soukromého práva.

Závěry

Teorie základního kapitálu založená na “hard law” kogentních právních norem upravujících vytváření základního kapitálu a zakazujících zmenšování majetku, který je jím financován, má sice svoje opodstatnění, pokud jde o majetkový základ pro podnikání společností, avšak rozhodování o způsobu financování obchodních společností by mělo být ponecháno jejich společníkům, popř. výkonným orgánům, jestliže jde již o otázky každodenního rutinního řízení podniku náležejícího společnosti. V tomto prostoru může efektivně působit soft law jako regulace založená na dobrovolně přijímaných pravidlech obsažených ve vnitřních předpisech společností nebo ujednaných ve smlouvách s jejich obchodními partnery.

Výhody tohoto řešení by spočívaly především v tom, že regulační pravidla by nebyla pocíťována jako něco vnuceného společností zvenčí, byla by přijímána dobrovolně a po uvážení všech výhod i nevýhod. Zajišťovalo by to též dobrovolné dodržování takových norem a zvýšení právní jistoty, neboť jednání společností by se stalo čitelnějším a lépe odhadnutelným. Autonomně vytvářené normy by mohly též přihlížet ke konkrétní hospodářské situaci každého podnikatele a překonat tak abstraktnost právních pravidel, která musí působit na všechny situace určitého druhu a potlačovat jejich osobitost, i nepružnost danou složitým způsobem tvorby a schvalování právních předpisů.

Kogentní právní normy by měly působit jen tam, kde se snaha o ekonomickou efektivnost a prosperitu společnosti může dostat do konfliktu se soukromým zájmem společníka nebo člena orgánu. Významné místo mají též při vytváření příznivého prostředí pro prosazování autonomních regulačních mechanismů, zejména ukládají-li povinnosti zpřístupnit potřebné informace.

Literature:

- Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts/hrsg. von Theodor Baums. Köln: O. Schmidt, 2001, ISBN 3-504-31711-6
- ČERNÁ, S., Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu ?, Právní rozhledy č. 22/2005, č. 22, str. 816 - 823
- HEINE, K., RÖPKE, K., Die Rolle von Qualitätssignalen - eine ökonomische und juristische Analyse am Beispiel der deutschen Kapitalschutzvorschriften, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 70, 2006, č. 1, str. 138 - 160
- HOLEJŠOVSKÝ, J., Vztah práva akcionáře na dividendu k rozhodování o použití zisku akciové společnosti, Právní rozhledy, 2010, č. 3, str. 86 - 95
- PAYNE, J., Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies, European Company Law, 2008, č. 5, str. 220 - 228

Contact – email

pokorna@law.muni.cz

POVINNOST PÉČE V KONTEXTU OECD PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE

FILIP REJLEK

Právnická fakulta MU, katedra obchodního práva

Abstract in original language

Povinnost péče je v českém právním řádu definována toliko souslovím "péče řádného hospodáře". Při posuzování konkrétních případů je proto zapotřebí vykládat tento pojem. Kodexy Corporate Governance jsou typickým příkladem soft law. Tuzemský kodex vychází z OECD Principles of Corporate Governance. Příspěvek se zabývá otázkou zda a v popřípadě jak je možno využít tento kodex v konkrétních případech.

Key words in original language

Kodexy Corporate Governance; povinnost péče.

Abstract

Duty of care is in Czech law defined as "care of dutiful manager (householder)". While judging concrete cases it is necessary to interpret this term. Codexes of Corporate Governance are representative examples of soft law. Czech codex is base on OECD Principles of Corporate Governance. This contribution is focussed on the question if and how to use this codex in concrete cases.

Key words

Codexes of Corporate Governance; duty of care.

Povinnost péče je jedním z nejdůležitějších nástrojů ochrany akcionářů. Prikazuje členům statutárního orgánu jak se mají chovat při správě majetku akcionářů. Ač neprávem praxí poněkud opomíjena, nabízí povinnost péče zajímavé a účinné metody, jak docílit toho, že představenstvo společnosti nebude preferovat svoje zájmy na úkor zájmů akcionářů.

Pro akciovou společnost je povinnost péče zakotvena v ustanovení § 194 odst. 5 obchodního zákoníku, a to slovy "členové představenstva jsou povinni vykonávat svou působnost s péčí řádného hospodáře". Toto ustanovení je poměrně hodně obecné. Důvodem je, že není možné vyčerpávajícím způsobem popsat veškeré varianty nežádoucího chování představenstva. Rozmanitost, kterou s sebou život obchodní společnosti nese, vyžaduje značné zobecnění. Množství kombinací, které mohou nastat, je nekonečné.

Čeští právníci nejsou zvyklí pracovat s obecnými pojmy v právní úpravě; je-li to alespoň trochu možné, snaží se jim vyhnout. Je to pochopitelné - o úspěchu či neúspěchu rozhoduje často jen diskreční právo rozhodujícího

orgánu a rozhodnutí tedy může být velice subjektivní. To se týká zejména těch případů, kdy neexistuje dostatek relevantní judikatury, kterou lze při aplikaci použít jako berličku místo vlastní invence. A právě zde se kruh uzavírá: Pokud je možno vyhnout se aplikaci neurčitých pojmů, snažíme se jim vyhnout. Vzhledem k tomu judikatura, která by obecné pojmy alespoň částečně vyplňovala, vzniká jen velmi pomalu.

Není-li k dispozici jasná právní úprava ani relevantní judikatura, je na místě sáhnout do oblasti formálně nezávazných pramenů. Jedním z pramenů, které se těší mimořádné vážnosti, jsou kodexy Corporate Governance. V našich podmínkách se jedná zejména o český kodex, jehož autorem je Komise pro cenné papíry. Jak deklaruje už ve svém podtitulu, zakládá se na principech kodexu OECD Principles of Corporate Governance.

Základní principy obsažené v kodexu OECD¹ zdůrazňují co možná největší efektivitu podnikání při současném zachování jeho transparency a odpovědnosti vůči akcionářům a třetím osobám. Cílem mého příspěvku je poukázat na možnosti aplikace principů obsažených přímo v (originálním) kodexu OECD na povinnost péče obsaženou v tuzemském obchodním právu. Dvě hlavní východiska, která kodex obsahuje, jsou (1) transparency a (2) povinnosti představenstva.

Transparence

Jak bude uvedeno dále, kodex vyžaduje po společnostech, potažmo představenstvu v oblasti transparency průběžné plnění mnoha povinností. K tomu, abychom v konkrétním případě zjistili, zda můžeme v rámci tuzemské právní úpravy do povinnosti péče tyto požadavky kodexu včlenit, je zapotřebí hodnotit dvě kritéria. Jedná se o (a) velikost společnosti a charakter jejího zaměření a (b) počet akcionářů a stabilitu vlastnické struktury. Tato kritéria směřují k tomu, aby použití kodexu nebylo šikanózní a kodex byl aplikován tehdy, kdy je to odůvodnitelné. Zcela jednoduše řečeno - musí být koho chránit, aby kodex mohl být opodstatněně použit pro specifikaci povinnosti péče.

Proto, aby mohl být kodex aplikován, musí být společnost střední až větší velikosti. Kodex není možno aplikovat na takové společnosti, jejichž charakter činnosti je velmi konzervativní (například správa majetku). Počet akcionářů a stabilita vlastnické struktury je rovněž důležitým kritériem. Není možné aplikovat kodex tam, kde je jen jediný nebo několik málo akcionářů, jejichž struktura se dlouhodobě nemění.

¹ Wiggers, J. H. W., *International Commerce Law. Source Materials*. 2. vydání. Alphen aan den Rijn: 2007, s. 465 - 483

Transparence podle kodexu je tvořena zejména zveřejňováním všech podstatných informací týkajících se společnosti, zejména pak informací o finanční situaci společnosti, efektivity produkce, struktury vlastnictví a způsobu řízení společnosti. Tyto údaje by měly být zveřejňovány minimálně jednou ročně.

Nároky, které klade kodex na zveřejňování informací, se mohou jevit jako neúměrně vysoké. Na druhou stranu je zapotřebí si uvědomit smysl existence akciové společnosti jako typu právnické osoby. Ta směřuje zpravidla k velkým projektům, a proto, jsou-li splněna kritéria aplikace transparence, nebude problém splnění těchto požadavků. Bude však zapotřebí posuzovat každý jednotlivý případ s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem. Tak například u akciové společnosti, jejíž hlavní činností je pouhá správa majetku a která má všeho všudy deset zaměstnanců a prakticky neměnnou strukturu akcionářů, nebude možno s odkazem na kodex vyžadovat splnění všech kritérií. Naopak vyžadovat zveřejnění údajů nad rámec výslovně zákonem vyžadovaných informací by vedlo k neúměrnému administrativnímu zatížení společnosti. V případě společností velkých a s často se měnící až nepřehlednou strukturou akcionářů je tato administrativní zátěž zcela zanedbatelná proti přínosu, který s sebou nese. Je to zejména vyšší poptávka potenciálních investorů po akciích a mnohem vyšší ochrana investic akcionářů stávajících. V tom případě je tedy taková péče žádoucí, a proto je možno ji po členech představenstva vyžadovat s odkazem na kodex.

Pokud chce představenstvo akciové společnosti zachovat povinnost péče, musí se zasadit o zveřejňování těchto údajů v co možná nejvěrnější podobě. Vedle obecně závazné úpravy, která zveřejnění části těchto informací na roční bázi výslovně vyžaduje, může být součástí povinnosti péče i zveřejňování dalších, rozšiřujících údajů. Vede to k vyšší jistotě potenciálních investorů (akcionářů) a zvyšuje tak šance společnosti na získání dalšího kapitálu. Naplňuje se tím jedna ze základních funkcí akciové společnosti, kterou je shromažďování velkého kapitálu². Platí to v případech, kdy s přihlédnutím ke všem okolnostem, které vzhledem k povinnosti péče členové představenstva znali nebo měli znát, jim muselo být zřejmé, že společnost bude muset oslovit potenciální investory, kteří přinesou do společnosti nové zdroje. Stejně v situaci, kdy je počet akcionářů vysoký, a proto je zapotřebí dbát zvýšené jejich zvýšené ochrany. Naopak v případě společností, u nichž se nedá předpokládat vzhledem k jejich stabilní vlastnické struktuře a hospodářským výsledkům (typicky například společnosti dlouhodobě vlastněné jediným akcionářem), lze tolerovat i zveřejňování pouze těch informací, které jsou zákonem výslovně vyžadovány.

² Eliáš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva. Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2005, s. 264

Obsah zveřejňovaných informací by podle kodexu měl být tvořen informacemi o finančním výsledku hospodaření (typicky výsledovka, výkaz zisků a ztrát, cash-flow - to vše s doplňujícím komentářem), cílech společnosti, údajích o majoritních akcionářích, informacích o představenstvu a vedení společnosti, a to včetně jejich odměňování a konkrétního personálního obsazení, informace o transakcích s propojenými subjekty, upozornění na předvídatelná rizika, informace o problémech s personální politikou a strukturu vedení společnosti, stejně jako důležité vnitřní předpisy. Společnost by minimálně jednou ročně měla projít auditem, který provede nezávislý auditor. Navíc by měla zveřejňovat i výsledky různých analýz poradenských společností, které si představenstvo objednalo a které jsou relevantní pro případné investory. Zveřejňované informace by měly být veřejně dostupné způsobem, který to efektivně umožňuje³.

Povinnosti členů představenstva

Kodex OECD obsahuje vymezení dalších klíčových povinností pro členy představenstva, která lze použít při naplnění obsahu povinnosti péče dle české právní úpravy. V případě povinností představenstva není pojem nijak rámcově definován, a proto není na místě uplatňovat je jen na některé případy nesplňující kritéria naznačená u transparency.

Členové představenstva by měli vždy činit jednotlivé úkony na základě dobré víry, dostatku informací, s dostatečnou péčí a v zájmu akcionářů společnosti. To vyžaduje od představenstva a jednotlivých jeho členů aktivní přístup; nepostačí pasivně příkyvující představenstvo, třebaže plně profesionálů s vysokou odborností⁴.

Představenstvo se musí chovat rovněž ke všem skupinám akcionářů, nesmí některou upřednostňovat na úkor jiné⁵. I přesto může dojít k situaci, kdy jedno rozhodnutí představenstva povede k tomu, že vyvolá rozdílně příznivé důsledky pro jednotlivé skupiny akcionářů. V takovém případě, nelze-li

³ V době masového rozšíření internetu se toto médium samozřejmě samo nabízí, protože dokáže zprostředkovat přístup k těmto informacím bez omezení za prakticky nulových nákladů.

⁴ To ostatně koresponduje s objektivním modelem pojetí odpovědnosti představenstva.

⁵ Může se jednat o rozdíly právní - například o akcionáře, kteří mají akcie různých druhů, se kterými se pojí odlišná práva (prioritní nebo tzv. zlaté akcie), ale stejně tak i o faktické rozdíly – např. může být určitá skupina zahraničních akcionářů fakticky znevýhodněna konáním valné hromady na pro ně obtížně dostupném místě a (při zachování minimálních zákonných požadavků) zároveň v krátkém časovém intervalu, čímž dojde k faktickému znemožnění výkonu hlasovacích práv.

docílit rovného zacházení, je nezbytné, aby takové rozhodnutí bylo řádně odůvodnitelné a v souladu s dobrými mravy.

Představenstvo podle kodexu musí postupovat za použití vysokých etických standardů. V případě naší právní úpravy se upřednostní korektiv dobrých mravů, popř. zásad poctivého obchodního styku. Takové pojetí je našemu právnímu řádu přirozené, a proto není důvod na tom něco měnit. V tomto bodě se tedy kodex nepoužije.

Představenstvo by se dle kodexu mělo minimálně podílet na: (i) nastavení a kontrole obchodní strategie (ii) vyhodnocování rizik (iii) výročních zprávách a rozpočtu (iv) dohledu nad zásadními transakcemi. Dále by mělo sledovat (v) efektivitu správy společnosti a přijímat potřebná opatření (vi) personální politiku klíčových vedoucích pozic (vii) zajišťovat transparentní proces volby představenstva (viii) hledat případné vzniknuvší konflikty zájmů (ix) dohlížet nad finančními výkazy (x) dohlížet jako celek na to, aby všichni členové představenstva měli vždy dostatečně předem relevantní a pravdivé informace potřebné k plnění svých úkolů. To v zásadě odpovídá představám tuzemské právní úpravy, když ta například ve svém ustanovení § 192 odst. 1 obchodního zákoníku svěřuje do rukou představenstva obchodní vedení společnosti, řádné vedení účetnictví, předkládání účetních závěrek valné hromadě a další.

Za konkretizaci v oblasti obchodního vedení lze považovat požadavek na nastavení a kontrolu obchodní strategie. Je samozřejmé, že představenstvo může pro společnost najmout celou řadu odborníků, kteří budou obchodní strategii uvádět do praxe, avšak představenstvo se nemůže vzhledem ke své povinnosti péče zprostit účasti na její tvorbě (což odpovídá požadavku na nastavení obchodní strategie) a zároveň odpovědnosti za její dodržování (odpovídá požadavku kontroly).

V oblasti vyhodnocování rizik se jedná o rizika strategického významu a opět platí, že i tuto činnost může představenstvo částečně delegovat, avšak odpovědnost mu zůstává zachována. Vyjádřením povinnosti péče v tomto případě je opět aktivita, avšak nikoliv vyčerpávající. Představenstvo se tak musí o proces vyhodnocování rizik aktivně zajímat, avšak nemusí jej nutně vytvářet od začátku až do konce.

Požadavek na zveřejňování výročních zpráv je v našich podmínkách již konkretizován dříve citovaným ustanovením, a proto ani v tomto případě není zapotřebí jej dále rozvádět nad rámec zákonné úpravy.

Zbývající je konkretizací obchodního vedení společnosti. Představenstvo by tedy mělo projevovat aktivní zájem o zásadní transakce, které mají zásadní význam pro společnost. Povinnost péče pochopitelně zahrnuje i neustálou (aktivní) kontrolu efektivitu správy společnosti - ta je efektivní tehdy, když prostředky na správu jsou vynakládány účelně - parafrází tuzemské právní úpravy tak, jak by je vynaložil řádný hospodář. Představenstvo se rovněž

musí zajímat o obsazení klíčových pozic ve vedení společnosti. Je to logický průnik požadavků na informovaně učiněná rozhodnutí zásadního charakteru.

Závěrem

Kodexy Corporate Governance jako zástupce soft-law mohou být cenným pomocníkem zejména tehdy, je-li třeba vyložit obecnou právní normu z aplikace na konkrétní případ. Druhou situací, kdy mohou dobře posloužit, je stanovení obecných mantinelů široce formulované právní úpravy, které vedou k definici jejího účelu a podpoří tak teleologický výklad.

Nic nebrání tomu, aby byly použity rozhodujícím orgánem v rámci sporného řízení jako součást odůvodnění rozhodnutí. Je jisté, že v hraničních případech samy o sobě nebudou stačit, zde bude zapotřebí argumentaci doplnit. V českých podmínkách je pak velmi dobře využitelný kodex OECD, anebo přímo český kodex, který se na něm zakládá.

Literature:

- Wiggers, J. H. W., International Commerce Law. Source Materials. 2. vydání. Alphen aan den Rijn: 2007

Contact – email

filip.rejlek@centrum.cz

PRAVIDLA ŘÍZENÍ HOLDINGOVÝCH SPOLEČNOSTÍ

MICHALA SOROKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra obchodního práva

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá praktickým fungováním holdingu po stránce jeho řízení a organizace. Předpokladem pro využití výhod, jež s sebou holdingové seskupení může přinášet, je nastavení a dodržování pravidel jednání jeho jednotlivých součástí. Vzhledem k poměrně skromné právní úpravě zaměřené spíše na ochranu zájmů třetích osob, než na úpravu vztahů uvnitř holdingu, lze hovořit o absenci obecně platných norem, na jejichž základě by bylo možné získat návod jak holding řádně a efektivně spravovat. Tato mezera v právní úpravě však zároveň poskytuje subjektům volnost autonomního uspořádání vztahů v rámci holdingové struktury pomocí vlastních pravidel.

Key words in original language

Holding; řízení a organizace; synergie; odpovědnost; seberegulace; pokyn.

Abstract

This paper deals with the practical functioning of a holding company from the perspective of its management and organisation. The arrangement of the rules and the adherence to it should serve as a precondition for the possibility of taking the advantage of the holding company structure. With regard to rather modest legal regulation concerning more with the problem of the third persons protection, than the regulation of the relations within the holding company, we can speak about the absence of generally applicable norms, that could give us the instruction how to control the holding company in a proper and effective manner. This legal gap gives the subjects on the other hand the freedom to arrange the relations inside the holding company structure independently in accordance with their own rules.

Key words

Holding; management and organisation; synergy; responsibility; self-regulation; directive.

1. ÚVOD

Softlaw může být chápáno rozličnými způsoby a mezi jeden z nich patří i pojetí softlaw jako metody seberegulace. Na rozdíl od hardlaw, tedy v převážné míře imperativních norem psaného práva, které působí vně a jejichž adresátem jsou zpravidla osoby odlišné od normotvůrce, jsou v tomto případě normy, svoji podstatou interní, přijímány a zároveň aplikovány stejným subjektem na jeho vlastní chování, nebo na chování osob s touto osobou propojených.

2. OVLÁDÁNÍ A JEDNOTNÉ ŘÍZENÍ

V oblasti obchodního práva je možné na tuto autoregulační činnost narazit u holdingů (jinak též koncernů), tedy korporací sdružených do ekonomicky propojených celků. Základem existence těchto seskupení je předně vztah ovládnutí, založený buď fakticky, typicky držením relevantní majetkové účasti na ovládané osobě (tzv. faktický koncern), nebo na základě smlouvy, a to i bez předchozího kapitálového propojení (tzv. smluvní koncern), jehož podstatou je možnost ovládající osoby vykonávat na řízení nebo provozování podniku ovládané osoby rozhodující vliv, ať již přímo nebo prostřednictvím jiné ovládané osoby. Možnost ovládnutí by přitom neměla mít jednorázový charakter, ale být spíše trvalejšího rázu.¹

Druhou, neméně důležitou podmínkou existence holdingu, je skutečnost, že osoba ovládající podrobuje osobu ovládanou jednotnému řízení. Zatímco pojem ovládnutí je v zákoně zpřesněn pomocí nevyvratitelných i vyvratitelných domněnek, které zjednodušují prokázání, respektive ztěžují vyvrácení existence koncernu, obsah pojmu jednotné řízení je nutně odvozovat z praxe. Určení, zda se v konkrétní situaci jedná o jednotné řízení, tak bude nutno zkoumat s ohledem na jednotlivé okolnosti případu. Vzhledem k primárně ekonomickému účelu, pro který jsou holdingová seskupení vytvářena, lze předpokládat, že se jednotné řízení bude vztahovat k obchodnímu vedení společnosti a bude zahrnovat na prvním místě rozhodování o otázkách s hospodářským dopadem. Z logiky věci dále vyplývá, že by mělo jít o aktivitu záměrnou, dlouhodobou, nepřetržitou a systematickou a dále, že jednotnému řízení podléhá pouze osoba ovládaná přímo.

Způsob řízení ovládané osoby bude v praxi podmíněn celou řadou faktorů. Vedle již zmíněného důvodu vzniku ovládnutí, faktického nebo smluvního,

¹ S. Černá v této souvislosti hovoří o "relativní stabilitě výkonu ovládnutí", kterou je nutno vždy posuzovat se zřetelem ke konkrétní situaci. In Černá, S. Koncernové právo v Německu, Evropské unii a České republice. Skripta. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 1999, s. 99.

bude podoba řídicího vztahu ovlivněna též typem holdingu², právní formou zúčastněných společností, velikostí majetkové účasti, věcným vymezením oblasti podnikání či velikostí seskupení. Důležitou roli hraje i umístění sídel jednotlivých subjektů, neboť v případě mezinárodních holdingů lze s ohledem na daňovou optimalizaci uvažovat též o možnosti přizpůsobení řízení dceřiné společnosti sídlící ve státě s nejvýhodnějším režimem zdanění.

3. POKYNY

Pojem jednotného řízení je v případě smluvního koncernu spojen s oprávněním ovládající osoby udílet statutárnímu orgánu ovládané osoby pokyny³, a to včetně nevýhodných, za předpokladu, že tyto pokyny jsou v zájmu ovládající osoby nebo jiné osoby tvořící koncern⁴. Dochází tak k prolomení zákazu zasahování do obchodního vedení, které je svěřeno do výlučné působnosti statutárního orgánu společnosti.

S ohledem na účel právní úpravy lze předpokládat, že by pokyn neměl být v rozporu se zákonnými ustanoveními, dobrými mravy, stanovami ovládající ani ovládané společnosti a ovládací smlouvou. Za přípustný by nebylo možné považovat ani pokyn, jehož smyslem by bylo obcházení zákona či zneužití práva.

Z pohledu právněteoretického lze pokyn chápat jako právní úkon ovládající osoby, který je adresován osobě ovládané. S tímto chápáním souvisí i požadavek na určitou kvalitu pokynu, který by tak měl být určitý, jasný a srozumitelný, a to do té míry, aby bylo pro ovládanou osobu možné jej realizovat.

² Např. u tzv. operativního typu holdingu vykonává mateřská společnost pro ostatní členy celou řadu operativních funkcí, včetně například centrálního nákupu a marketingu či určování personální politiky pro celé holdingové seskupení. U finančního holdingu je posláním mateřské společnosti zajistit dostatek likvidních prostředků pro jí podřízené osoby.

³ Pojem jednotné řízení však nelze redukovat na prosté udílení pokynů. Aby bylo řízení skutečně efektivní, musí zahrnovat mimo jiné též kontrolu skutečného jednání ovládané osoby.

⁴ Dle názoru I. Štenglové má představenstvo řízené společnosti právo, aby jej řídicí osoba informovala o tom, které osoby tvoří koncern a jaký zájem je sledován. In Štenglová, I., Plíva, S. Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010, s. 689. Naopak S. Černá se domnívá, že posouzení přípustnosti pokynu z hlediska souladu se zájmem řídicí osoby či osoby tvořící koncern spočívá přímo na osobách udělujících nevýhodný pokyn jménem řídicí osoby, neboť tyto osoby mají lepší přístup informacím a podkladům pro posouzení koncernových zájmů. In Černá, S. Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku. 2. vydání. Praha : Linde Praha, a.s., 2004, s.100-111.

Z jazykového hlediska asociuje slovo pokyn takovou instrukci, jejíž obsah je jeho adresát povinen vykonat. Otázka závaznosti pokynů relevantní primárně pro koncerny smluvního typu, je však ve skutečnosti více složitá, než by se na první pohled mohlo zdát. Na jedné straně lze považovat dobrovolně přijatý smluvní závazek k podřízení se jednotnému řízení ovládající osoby za vynutitelný a tím pádem veškeré pokyny za automaticky závazné. Právní důsledky spojené s uzavřením ovládací smlouvy se však nedotýkají povinnosti statutárního orgánu dceřiné společnosti jednat s péčí řádného hospodáře a odpovědnosti za případně způsobenou škodu v případě uposlechnutí nepřipustného pokynu. Zákonem požadovaná péče řádného hospodáře by se na straně osoby ovládající měla projevit právě v tom, že statutární orgán ovládající osoby přezkoumá nejprve přípustnost pokynu a jeho možné dopady na chod společnosti a teprve poté jej vykoná.

Vzhledem k tomu, že jednotné řízení je definičním znakem jak smluvního, tak faktického koncernu, lze dovodit, že pokyny lze ukládat i v rámci faktického koncernu⁵. Limitem jejich udílení je však zájem ovládané osoby, který je ze zákona privilegován⁶. V případě faktického holdingu by tak mělo jít pouze o pokyn pro ovládanou společnost výhodný, což není v praxi často možné dopředu zabezpečit vzhledem k čím dál obtížnější předvídatelnosti hospodářského vývoje či případným nezamýšleným důsledkům. Nadto lze předpokládat, že provedení uděleného pokynu nelze u ovládané společnosti vynucovat, i když by byl v zájmu ovládané společnosti⁷. Jedinou možností k prosazení rozhodnutí ovládající osoby by v takovém případě bylo přijetí usnesení valné hromady nebo dohody společníků. Pokud by byl přímý pokyn přijat ovládanou osobou dobrovolně a zároveň by byla splněna povinnost jednání s péčí řádného hospodáře, pak mám za to, že nelze udílení pokynů jako prostředek jednotného řízení u faktického koncernu vyloučit.

4. VNITŘNÍ NORMY

Způsob udílení pokynu ani jeho konkrétní forma není zákonem specifikována. V praxi se lze proto setkat s mnoha rozličnými podobami

⁵ Srov. k tomu např. Černá, S. Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku. 2. vydání. Praha : Linde Praha, a.s., 2004, s. 49.

⁶ Ani v případě smluvního holdingu by však pokyn neměl být nevýhodný do té míry, že dojde k ohrožení životaschopnosti ovládané osoby a povede k její likvidaci.

⁷ Situace, kdy ovládající společnost udílí pokyny, jejichž realizaci však není schopna reálně vynutit, může mít i zajímavé konsekvence z hlediska práva hospodářské soutěže. Např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 61/2005, ze dne 29.10.2007, bylo konstatováno, že společnost ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s. (ovládaná osoba), nemůže být pokládána za společnou hospodářskou jednotku se společností UNIPETROL, a.s. (ovládající osoba), jakožto vlastníka téměř 51% podílu na základním kapitálu společnosti ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s., neboť neuposlechla pokynu řídicí osoby ohledně ceny dodávek.

tohoto nástroje jednotného řízení. Dle stupně obecnosti lze rozlišovat mezi pokyny konkrétními, například k uzavření smlouvy s vybraným obchodním partnerem, či na druhé straně s pokyny obecnějšími, kterými může být prosazována kupříkladu celková obchodní politika podniku ovládané osoby nebo i celého holdingu. Právě tyto pokyny obecného charakteru mohou v případě, že se vztahují na skupinu případů stejného druhu a neurčitého počtu, stanovit pravidlo chování, které však na rozdíl od právní normy není vynutitelné státní mocí a lze jej z tohoto pohledu považovat za soft law. Domnívám se, že je nutné chápat pojem pokyn i v tomto širším slova smyslu, tedy jako interní normu stanovící určité pravidlo chování, či v nejobecnější podobě též jako zásadu.

Pro takto obecná pravidla je vzhledem k nutnosti racionalizace a standardizace postupů typická forma „interního holdingového dokumentu“, jehož celková působnost je tak mnohem širší než je tomu u vnitřních předpisů společností, jež tvoří podnikatelská seskupení. Cílem vytváření takových norem není pouze zjednodušení či zefektivnění řízení ovládaných společností, ale též možnost využití pozitivních výsledků synergie, ať již v podobě zvýšení zisků, daňových úspor, šetrnějšího využívání zdrojů či sdílení know how.

Z hlediska obsahu lze jednak hovořit o interních normách organizační povahy, jež regulují vnitřní chod ovládané osoby a mají tak funkci vzorových předpisů. Tyto normy, jejichž hlavní podstatou je vymezení působnosti, pravomoci a odpovědnosti v rámci jednotlivých oblastí správy obchodních společností, jsou typicky obsaženy například ve vzorových organizačních a podpisových řádech, popisech pracovních míst, účetních postupech, postupech provádění interního auditu, programech slučitelnosti s pravidly hospodářské soutěže, příručkách jakosti a mnohých dalších interních dokumentech. Z pohledu ovládající osoby je nespornou výhodou používání vzorových dokumentů u ovládaných osob možnost harmonizace a koordinace vnitřních řídicích a kontrolních procesů v jednotlivých společnostech, což v praxi často přispívá k vytváření „firemní kultury“ na společném holdingovém základě.

Dále se lze setkat s normami, které upravují vzájemné vztahy mezi jednotlivými součástmi holdingu, zejména mezi ovládanou a ovládající osobou. Jde například o normy ve směrnících o organizaci centrálního nákupu zboží a služeb či směrnících o zadávání výběrových řízení, na jejichž základě lze vhodně uplatňovat výše zmíněné synergické efekty.

Další samostatnou kategorií pak tvoří takové normy, které stanoví pravidla jednání vůči osobám stojícím vně holdingu, ať již jde o obchodní partnery, např. ve směrnících o přezkoumávání smluv, nebo o věřitele či dlužníky, jako je tomu třeba u směrníc o péči o pohledávky. I tyto normy jsou však svoji podstatou interní a třetí osoby se proto nemohou dovolávat jejich případného porušení.

Proces vytváření vnitřních holdingových norem není právně upraven stejně jako proces jejich přijímání statutárním orgánem ovládající osoby. Vzhledem ke skutečnosti, že zákonná úprava ovládací smlouvy hovoří o udílení pokynů řídicí osobou, aniž by bylo blíže specifikováno, kdo konkrétně může za ovládající osobu takový pokyn udělit, je v konkrétním případě určující vnitřní nastavení rozhodovacích procesů v dané společnosti. V praxi je takovým „normotvorným“ subjektem nejčastěji statutární orgán. Může jím být nicméně též osoba či osoby náležející k vedení ovládající společnosti a v úvahu připadá i osoba k takovému úkolu společností zmocněná.

Na straně ovládané společnosti je situace jasnější v tom, že pokyn je dle zákona udělován jejímu statutárnímu orgánu, který by na něj měl vhodným způsobem reagovat. Po úspěšném absolvování testu přípustnosti uděleného pokynu by dle mého názoru mělo následovat jeho přijetí statutárním orgánem ovládané osoby, které by tak nezpochybnitelným způsobem projevil svoji vůli být tímto pokynem vázán a řídit se jím. Tímto de facto schvalovacím úkonem by došlo k finální inkorporaci „interní holdingové normy“ do systému ostatních vnitřních norem ovládané společnosti a k završení fáze přijetí pokynu ovládající osoby.

5. ZÁVĚR

Záměrem tohoto příspěvku bylo jednak poukázat na pojetí softlaw jako metody seberegulace a to ve vybrané oblasti koncernového práva, a dále pak nastínit některé úvahy o možných způsobech řízení společností tvořících koncern. Osobně se domnívám, že vhodné používání interních dokumentů regulujících vztahy uvnitř holdingu a stanovící zúčastněným společností pravidla chování představuje jeden z nejtransparentnějších způsobů realizace jejich řízení a také nejvíce odpovídá požadavku profesionality.

Literatura:

- Černá, S. Koncernové právo v Německu, Evropské unii a České republice. Skripta. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 1999, 140 s.
- Černá, S. Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku. 2. vydání. Praha : Linde Praha, a.s., 2004, 244 s.
- Štenglová, I., Plíva, S. Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010, 1469 s.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, č.j. 5 As 61/2005, ze dne 29.10.2007.

Contact – email

msorokova@seznam.cz

SOFT LAW S HARD CORE ÚČINKY

JOSEF ŠILHÁN

Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Príspevek je zaměřen na hledání možností aplikace nejrůznějších soft law dokumentů v českém obchodním právu z hlediska potenciálu právní závaznosti a vlivu na skutečná práva a povinnosti subjektů. Předmětem zájmu jsou též hranice pojmu soft law a v té souvislosti je zkoumána i právní povaha sdělení a oznámení úřadů aplikujících právo o své budoucí rozhodovací praxi.

Key words in original language

Obchodněprávní soft law; smluvní soft law; soutěžněprávní soft law; sdělení a oznámení Evropské komise.

Abstract

The contribution focuses on the soft law applicable in commercial law from the general perspective, mapping all the possible ways how various soft law sources can potentially become legally binding for the parties of a particular relationship. The author tries to determine the borders of the concept of soft law itself and analyzes it in detail. Also the issue of numerous methodical and interpretative notices, communications and guidelines from various legal authorities (such as competition authorities) is discussed, again from the viewpoint of their effectuality.

Key words

Commercial soft law; contractual soft law; antitrust soft law; competition soft law; commission notices and communications.

1. ÚVOD

Obchodněprávní *soft law* je mimořádně pozoruhodným objektem zájmu nejen co se týče analýzy *obsahu* nejrůznějších dokumentů z jednotlivých oblastí obchodního práva, ale též z pohledu zkoumání otázky jeho faktického *právního významu* pro účastníky obchodněprávních vztahů - tedy zkoumání potenciální, zprostředkované i reálné právní *závaznosti* veškerých "soft law" pravidel při formování skutečných práv a povinností, jejich aplikaci, a při interpretaci právních úkonů, případně i právních norem. Přitom skutečnost, že sama o sobě tato "pravidla" právně závazná nejsou, je (na rozdíl od tzv. hard law) právě jejich pojmovým znakem.

Jednou ze stěžejních otázek, která by v rámci daného tématu neměla být opomenuta, je proto hledání a podrobnější rozbor způsobů, jakými může určitý soubor *soft law pravidel* získat skutečné *právně vynutitelné účinky* a

stát se pro účastníky daných vtaů alespoň v nějakém (byť dílčím) ohledu regulativem, který při svém jednání nemohou nevzít v úvahu.

Jistá kontroverznost a vnitřní rozpolcenost celé problematiky je přitom od počátku očividná - cíl směřuje k hledání projevů právní *závaznosti* pravidel, která ze své podstaty právně *závazná* nejsou (a proto jde o "*soft*" law a nikoliv o "*hard*" law). Ovšem, mělo by pak ale smysl bez jakýchkoliv *hmatatelných reálných právních efektů* o "soft law" jako takovém vůbec v kontextu obchodního "*práva*" hovořit?

Nesnadnost vypořádání se s touto vnitřní pojmovou neuchopitelností dobře ilustruje mimo jiné i jedno z publikovaných soudních rozhodnutí, které se s aplikabilitou "soft" law, i když se zcela "hard" law účinky, potýkalo.¹ Při odůvodňování aplikace souboru soft law pravidel, které si účastníci ani nesmluvili, ani na ně neodkazoval žádný právní předpis, soud v daném případě konstatoval, "... i když *nejsou obecně závazným* právním předpisem, *jsou tato pravidla pro účastníky závazná*, a to bez ohledu na to, zda jsou pramenem práva či nikoliv...".

Zcela bez ohledu na hodnocení skutkové, věcné, ba ani juristické stránky věci, uvedené použité schéma "*i když nejsou závazná, přesto jsou pro účastníky závazná*" poměrně výstižně ilustruje rozpor, který v jádru celého "soft law" jako pojmu spočívá (a na který se tento příspěvek primárně zaměřuje).

Přestože je totiž *soft law* zcela běžně používaným pojmem, který dokonce z hlediska rozsahu a i faktické "síly" z pohledu praxe v mnohých oblastech na významu jednoznačně spíše nabývá, než že by ustupoval, jde vlastně o jen obtížně právně přijatelnou konstrukci a jistý neodstranitelný logický rozpor. Má-li mít "soft law" skutečně v jakémkoliv smyslu co do činění s "*právem*" (neboť jde o "soft law", nikoliv jen "soft", a význam je mu připisován přeci jen poněkud odlišný, než např. právnícké literatuře apod.²), v tom smyslu, že by jako regulativ ovlivňovalo podobu práv a povinností subjektů, musí být se skutečným - tj. závazným - právem nějak propojeno.

¹ Jde o Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 2. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1506/2004. K němu blíže v dalších částech textu.

² Vzhledem k nedefinovanosti (a zřejmě nedefinovatelnosti) termínu soft law jsou jistě možné mnohé formální úvahy o *šíři* tohoto pojmu - od velmi široké koncepce, která by do něj zahrnovala více méně vše, co se týká práva a právních pravidel (čímž by však v podstatě popřela jakýkoliv důvod existence tohoto pojmu, neboť by do něj spadalo prakticky cokoliv), až po velmi úzké pojetí, směřující více méně k "nulové variantě" (přičemž některé ze zde uvedených úvah k takovému pojetí směřují).

Předmětem tohoto příspěvku je právě snaha o hledání cest, kterými může soft a hard law tohoto spojení dosáhnout, resp. snaha o identifikaci vazeb (a hranic) mezi oběma "světy", a to v kontextu českého obchodního práva.

2. HLEDÁNÍ HRANIC POJMU SOFT LAW A IDENTIFIKACE VAZEB MEZI SOFT A HARD LAW V ČESKÉM OBCHODNÍM PRÁVU

Jak už bylo poznamenáno, reálného právního významu bude jakýkoliv *soft law* soubor pravidel jako regulativ nabývat tehdy, pokud bude mít potenciál ovlivňovat - byť nepřímo a zprostředkovaně - skutečná *práva a povinnosti* subjektů. Jen tehdy budou mít účastníci určitého vztahu praktický důvod se o jeho existenci vůbec zajímat, resp. tuto existenci zcela neignorovat.

Z tohoto - záměrně velmi pragmatického - pohledu bude v následující na celou problematiku nahlíženo. Pravidla, byť jakkoliv propracovaná, ucelená, eventuelně i fungující a v nějakém okruhu používaná, nemá smysl v "*právním*" kontextu brát v úvahu - a je třeba poznamenat, že by bylo s ohledem na požadavek právního státu a právní jistoty dokonce i poměrně *nebezpečné* tak činit - pokud žádný *právní* důvod k tomu, aby na reálná práva a povinnosti vliv měly, neexistuje.

V návaznosti na výše zmíněný pragmatický prakticko-právní pohled účastníků tedy budou v dalším textu hledány způsoby, jakými mohou soft law dokumenty, o kterých je běžně v obchodněprávní teorii a literatuře, ať už z oblasti závazkového práva, práva obchodních společností, v rozsáhlé míře i v oblasti soutěžního práva, ale též práva cenných papírů a kapitálového trhu, získat právní relevanci a při případném soudním rozhodování musí být zohledněny. Ta jediné bude ostatně opravňovat jejich soft "*law*" charakteristiku a odlišovat je od zdrojů jiné povahy, které se do okruhu soft law již neřadí - které jsou (a) příliš "soft", žádný efekt na práva a povinnosti účastníků nemají a ti tedy nemají praktický důvod se o jejich obsah zajímat, anebo (b) jsou naopak příliš "hard", jsou "nezávazná" *jen zdánlivě*, přičemž ale ve skutečnosti není možnost, jak se jejich aplikaci vyhnout (níže jsou uvedeny příklady mj. z oblasti soutěžního práva, nebo též v případě tzv. výlučného zákonného odkazu na - jinak nezávazné - technické normy).

Přirozené cesty, jak se určitá nezávazná pravidla mohou přetavit v pravidla právně závazná, jsou především smlouva a zákon, případně kombinace obou možností. Níže budou tyto body konkretizovány a doplněny o některé další, u nichž je již způsobnost právně korektního postupu problematičtější.

2.1 PRIMÁRNĚ SMLUVNÍ VAZBA (SMLUVNĚ-SUBJEKTIVNÍ)

Budeme-li v dalším postupovat od úrovně individuální k široce obecným nástrojům, první uvažovanou možností nutně musí být jednotlivá *smlouva*.

Existuje skutečně nepřeberné množství dokumentů typicky v oblasti závazkového práva, které bývají řazeny do okruhu *soft law*. Nejružnější soubory pravidel a zásad smluvního práva (na evropské i celostátní úrovni), smluvní doložky a vykládací pravidla, obchodní podmínky na nejvšeobecnější, i konkrétnější úrovni. Aby kterýkoliv z těchto zamýšlených regulativů měl vliv na práva a povinnosti v rámci daného vztahu a měl tedy "právní" relevanci, na počátku musí být stranami do smluvního režimu vtažen, v širokém smyslu se musí stát této smlouvy součástí. Jde potom o jakési "*individuálně smluvní soft law*".³ Kromě přímého určování obsahu práv a povinností má pak takový *soft law* materiál v rozsahu svého vtažení do předmětného právního vztahu vliv i z hlediska interpretačního (mj. s ohledem na § 266 odst. 3 ObchZ).

Zůstaneme-li stále v rovině konkrétního specifikovaného relativního právního vztahu, ovšem rozšířeného o předchozí časovou dimenzi, jistým dalším krokem je pak vliv skrze "*praxi zavedenou mezi stranami*", se kterou obchodní zákoník na více místech pracuje a příkládá jí tak zprostředkovaně, na základě jejich původního smluvního úkonu, význam, a to opět i včetně problematiky interpretace, oprávněných očekávání a případně i obecných korektivů typu zásad poctivého obchodního styku. I realita minulých závazkových vztahů mezi danými subjekty tedy může nepochybně ovlivnit právní podobu vztahu současného, a dále i kterýchkoliv budoucích.

2.2 CESTA SMLUVNĚ-OBJEKTIVNÍ-ZÁKONNÁ

Poněkud širší význam mají důsledky smluvně-individuální volby při *masovém využívání* v rámci daného odvětví, ve spojení s určitými zákonnými ustanoveními, které za splnění daných podmínek dopad podstatně prohlubují, resp. rozšiřují.

Jednou z takových možností je objektivizovaná *interpretace dle § 266 odst. 2 ObchZ*. Při značné četnosti určitého individuálně-smluvního *soft law* (dle charakteristiky výše), kdy velká část, zpravidla většina z okruhu relevantních osob ve svých závazkových vztazích přichází do styku s nějakým *soft law* dokumentem (např. dodací doložkou, vykládacím pravidlem, standardizovanými obchodními podmínkami apod.), nepochybně tím může být ovlivněno její chápání a porozumění výrazům užívaným v rámci obchodního styku i ve vztazích, kde daná smluvní volba přímo neproběhla.

Spojí-li se pak tato četnost (masovost) s dalšími podmínkami, zejména dlouhodobějším trváním, může dojít na cestě k jistému "zevšeobecnění" v

³ To samozřejmě - omezeno jen na daný relativní vztah - zcela postrádá definiční znak obecnosti, nicméně pro účastníky tohoto vztahu závazná pravidla vytváří a efekt reálného vlivu v posuzovaném smyslu naplňuje.

přetavení např. v usanci, zvyklost, a to včetně "*obchodní zvyklosti*" ve smyslu, ve kterém na ni obchodní zákoník odkazuje např. v § 264, v § 1, a na dalších místech.^{4,5}

Faktický vliv na vše výše uvedeného pak může být posílen prostřednictvím výskytu v rozhodovací praxi (která musí s následky posunu interpretačního chápání či obsahu obchodních zvyklostí pracovat, zároveň k němu sama dále přispívá - následek a příčina se tak v tomto dílčím ohledu poněkud smísí).^{6,7}

2.3 LEGISLATIVNÍ ODKAZ - CESTA ZÁKONNÁ

Velmi přímočarou možností, jak určitý soft law - jinak nezávazný - soubor pravidel může získat hmatatelné právní účinky, je případ, kdy na tento zdroj sám zákon odkáže a nějaké účinky s ním spojí. Představitelných je přitom více možností.

⁴ Tyto zvyklosti se přitom mohou samozřejmě konstituovat i jinými způsoby. V právním pojetí, vzhledem k odkazům v § 264, §1 aj. ObchZ, je však v tom případě souvislost s tématem soft law jen slabá; existuje-li v dané otázce nějaká zvyklost, pak má - skrze odkaz v zákoně - nepochybný právní význam a musí být brána v potaz - nic "soft" na ní tedy není. Neexistuje-li, pak není "soft" o nic více; není zkrátka vůbec.

⁵ Velmi zajímavou otázkou v této souvislosti může být, zda v konkrétní otázce - vezmeme-li si za příklad dejme tomu určité smluvní doložky tvořené a publikované určitou profesní organizací, se obsahem zvyklosti stane "*využívání těchto publikovaných doložek*", anebo "*obsah těchto doložek jako takových*". Rozdíl se potom projeví zejména při případné aktualizaci či rozsáhlejší "*novelizaci*" publikovaného materiálu, neboť vliv těchto změn na obsah "*zvyklosti*" jako takové může být chápán různě.

⁶ Neformální vliv, opět zprostředkovaně přes výše uvedené cesty individuálních smluv, objektivní interpretace, ale zejména obchodních zvyklostí, může nastat i ve směru k *normotvorbě*, kdy soft law mezi inspirační zdroje v nejrůznějších oblastech rozhodně patří může. V případě novelizace je však pramenem přímo nové zákonné ustanovení, nikoliv nic, co bychom mohli označit za "soft law".

⁷ Poznámku lze učinit i ohledně fenoménu tzv. "*samoregulace*", která bývá v souvislosti se soft law také uváděna, např. ve vztahu k různým dobrovolným etickým kodexům, rozhodování etických komisí apod. V právním slova smyslu však i v těchto případech je třeba specifikovat hranici, kdy se jedná o právně závazné jednání, ať již ve formě smlouvy (společné podřízení se dohodnutým pravidlům, případně i podřízení se rozhodovací pravomoci sjednaného rozhodce, přičemž pak ale již jde o "hard law"), nebo i jednostranného právního úkonu, a na druhé straně kdy se o takové právní úkony nejedná, a kdy tedy podřízení se regulativu je jen zdánlivé a bude podléhat vůli účastníka, zda mu v daném případě budou případné důsledky vyhovovat - má totiž plnou možnost je ignorovat (pokud nemá - pokud by ho stihla jakákoliv sankce vynutitelná soudem - jde o případ z první skupiny).

Jako příklad je možno použít technické normy, které samy o sobě obecně závazné nejsou. V teorii se v této souvislosti rozlišuje zákonný tzv. odkaz výlučný, a odkaz indikativní.⁸

V případě *výlučného* odkazu existuje povinnost normu dodržet - pro adresáty neexistuje možnost se splnění požadavku vyhnout, jde o jediný způsob splnění příslušného ustanovení daného právního předpisu (v tom případě je ale otázkou, má-li smysl pro tyto případy vůbec takovéto jen "zdánlivě nezávazné" normy od závazných právních předpisů odlišovat).

V případě *indikativního* odkazu je shoda s normou pouze *jedním z možných* způsobů splnění požadavků právního předpisu; požadavek však může být splněn i jiným způsobem (pak půjde o jakýsi opt-out).⁹ Při splnění normy však nastávají konkrétní práva či povinnosti - například mnohem snadnější postup při posuzování shody a vydávání prohlášení o shodě.

Jde tedy o na první pohled pozoruhodnou situaci, kdy určitá pravidla sice nejsou závazná a "právem" nejsou, nicméně při jejich splnění zcela konkrétní právní účinky přesto vznikají, jako by o právní "normy" šlo.¹⁰ Z hlediska závaznosti je situace poměrně jasná, neboť zákonný odkaz a jeho účinky jsou v daném případě zřejmé; důležitým rysem však je, že tvorba pravidel (a dle typu odkazu i jejich novelizace a aktualizace) je přenesena na jiný subjekt.

Zákonné, případně podzákonné odkazy nacházíme hojně též např. v oblasti různých kodexů corporate governance (a i zmínka o přenesení normotvorné činnosti a obtíží při nesnadném pátrání po optimálních pravidlech na jiný subjekt zde platí v neztenčené míře). V určitých případech i zde může jít o odkaz, který splnění povinnosti přihlásit se k určitému kodexu, resp. jej dodržovat, vyloženě vyžaduje (např. v některých zemích u kótovaných

⁸ Blíže k problematice závaznosti technických norem viz např. Jareš, J., Novák, M. Uplatňování českých technických norem. Sborník technické harmonizace 2004. Úřad pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví. Dokument dostupný na http://www.unmz.cz/sborniky_th/sb3/uplatnovani_ctn.pdf.

⁹ Zajímavá je i problematika tzv. přímých a nepřímých odkazů (tamtéž str. 24): "V případech *přímého* odkazu se splněním požadavků normy plní odpovídající požadavky právního předpisu. *Nepřímým* odkazem se rozumí obecné ustanovení právního předpisu, v němž je například stanoveno, že výrobky musí odpovídat současnému stavu vývoje, současným poznatkům vědy a techniky apod. Splnění technických norem se pak považuje za splnění těchto obecných podmínek." K tomu viz dále.

¹⁰ V určitém smyslu vlastně nejde z praktického pohledu o moc jinou situaci, než u dispozitivních norem zákona. Zatímco však v případě zákona jde o "právní předpis" vytvořený oficiální zákonodárnou procedurou, u soft law a indikativního odkazu o "právní předpis" nejde.

společností), případně pouze spojuje následky s tím, že se tak stane, ovšem umožňuje i postup odlišný, spojený s dalšími povinnostmi.¹¹

V návaznosti na problematiku zákonných odkazů, ať už v jakékoliv podobě, se dále i zde musíme zmínit o dopadu ust. § 266 odst. 2 ObchZ, stejně jako o obchodních zvyklostech dle obchodního zákoníku. Podobnou cestou jako tomu bylo u "smluvně aktivovaných" regulativů, i u soft pravidel užívaných na základě zákonného znění je nutno očekávat, že s rozšiřujícím se užíváním (zejména pokud výše uvedených "opt-outů" nebude mnoho), soft pravidla se do "hard law" režimu dostanou skrze popsání mechanismy.

Mnohem více potenciálních problémů než konkrétní odkazy v určitých předem vymezených otázkách může však přinášet jiný způsob, jakým je soft law schopno nabývat reálných právních účinků. Jde o aplikaci skrze *obecné právní pojmy a generální klauzule*. Ty již z podstaty věci vyžadují ke svému právnímu upotřebení konkretizaci prostřednictvím různých výkladových postupů, jimiž se specifikuje jejich obsah. Při takové specifikaci pak z praktického pohledu může být určitý soft law dokument velmi příhodný a nutno říci i "aplikačně lákavý" (neboť na rozdíl od mlhavého obecného éterického pojmu obsahuje zpravidla podrobnější psanou úpravu).

Z hlediska právní jistoty by však měla být vazba právní normy, byť vyjádřené s pomocí nějakého obecného pojmu, a nezávazného soft law dokumentu, vždy nahlížena s obezřetností a bez jakýchkoliv náznaků automatizmu. Používá-li právní předpis obecný pojem, nemůže se aplikující orgán v žádném případě zbavit povinnosti hledat co nejdůkladněji jeho obsah jen tím, že mechanicky použije určitá soft law pravidla, která danou oblast upravují. Jistě je představitelná situace, že právě tato pravidla obsahu daného pojmu odpovídají (buď více méně náhodou, ale mnohem pravděpodobněji skrze cesty uvedené výše), pak ale aplikována mají být právě pro jejich obsah, bez ohledu na jejich zachycení v jakémkoliv soft law; v opačném případě aplikována být nemohou, byť by zachycena byla sebejednoznačněji.

V případě pozitivního pohledu půjde o použití tzv. nepřímých indikativních odkazů (viz výše pozn. č. 9). Skrze obecnou formulaci ustanovení zákona bude pomocí soft law pravidla vymezena cesta, jak může být ustanovení splněno. V souladu s příkladem technických norem uvedeným výše v textu, uvádí-li nějaká norma např. že "výrobky musí odpovídat současnému stavu vývoje, současným poznatkům vědy a techniky apod., splnění technických

¹¹ Jde o známé koncepce typu "comply or explain"; v případě přísnější varianty pak v podstatě pouze "comply". Odkazy na kodexy přitom nemusí být vždy jen v právním předpisu, ale mohou se vyskytnout v podmínkách pro vstup do různých obchodních systémů či např. na regulovaný trh.

norem se považuje za splnění těchto obecných podmínek." Nejsou ale teoreticky vyloučeny ani jiné možnosti vyhovění danému ustanovení.¹²

A právě při opačném, negativním pohledu na věc, vyvstávají problémy zřetelněji. Pokud se subjekt rozhodne nezávazný, ale často jistým způsobem "předpokládaný" postup nedodržet a vydat se jinou cestou, za jakých podmínek se pak stále pohybuje v mezích zákonné generální klauzule, a když se již ocitá za jejími hranicemi? Ilustrativním příkladem je typicky prevenční povinnost počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám (dle § 415 ObčZ). Obrovská šíře a téměř absolutní nekonkrétnost takových formulací jen těžko umožňuje definovat podmínky, za kterých bude subjekt, který např. ony technické normy nedodrží a rozhodne se pro alternativní řešení, odpovědný.¹³ Do jisté míry lze v případech takovýchto generálních formulací při (oprávněné) aplikaci určitého soft law spatřovat obdobu konceptu *comply or explain*, tedy v případě odchýlení se od nezávazných pravidel musí být subjekt schopen toto odchýlení odůvodnit, ospravedlnit svůj postup a ozřejmit, že obecné požadavky mohly být a byly naplněny i zvoleným jiným způsobem.

Kromě nesnadného vymezování prostoru mezi hranicemi obecných pojmů a aplikovatelného soft law však vyvstává ještě další, pravděpodobně ještě složitější otázka, a to, *kteřá konkrétní* soft pravidla je možno vůbec při aplikaci daného ustanovení použít.

V této souvislosti stojí za zmínku již citované rozhodnutí Nejvyššího soudu¹⁴, který v určitém případě aplikoval při posuzování práv a povinností subjektů na běžné lyžařské sjezdovce "Pravidla chování pro lyžaře, vydaná Mezinárodní lyžařskou federací FIS". O nich ve svém rozhodnutí prohlásil, že "obsahují normy, jejichž dodržováním má být zajištěna bezpečnost

¹² Z praktického pohledu, přestože technické normy nejsou obecně závazné, v technické praxi různých oborů jejich dodržování pravidlem je v drtivé většině případů, souvisí však spíše právě s technickými faktory, neplyne z jejich domnělé závaznosti, příp. "zdání" této závaznosti. V případě nevyhnutelné nutnosti je možnost odůvodněného odchýlení se od normy využívána.

¹³ Jistě je možné si představit např. obecně pojatý náhled, že "ten, kdo postupuje v rozporu s platnými technickými normami, nepočíná si tak, aby předcházel škodám". Obecnou platnost však takovému pojetí přisoudit nelze. Povinnost dodržovat jakákoliv pravidla může vyplývat právě jen ze zákona, případně ze smlouvy, ke které se sám subjekt dobrovolně zavázal. Má-li zákonodárce na mysli splnění povinností určitým způsobem, může využít výlučného odkazu. Užije-li obecné formulace, má subjekt možnost využít široké palety možností. Je ale zcela zřejmé, že čím nestandardnější taková možnost bude, tím vyšší nároky na sebe daný subjekt klade.

¹⁴ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 23. 2. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1506/2004. Případ byl komentován např. v příspěvku Vučka, J. Jak závazná jsou pravidla lyžařské federace? Jiné právo, 2010. Dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/2010/05/jan-vucka-jak-zavazna-jsou-pravidla.html>.

uživatelů sjezdovky a slouží tak k předcházení vzniku škod, s nimiž zákon spojuje odpovědnost. I když nejsou obecně závazným právním předpisem, jsou tato pravidla pro lyžaře na sjezdové trati závazná, a to bez ohledu na to, zda jsou pramenem práva či nikoliv".

Z hlediska zde posuzovaného tématu jde o poměrně problematické pojetí aplikovatelnosti soft law dokumentu, jakým uvedená lyžařská pravidla jsou. Byť možná poněkud zastřeno formulační neobratností, není rozhodnutí po této stránce právě šťastné. Jednoduše řečeno, *nejsou-li ona pravidla "obecně závazným předpisem"*, pak pro lyžaře na sjezdové trati mohou být *závazná* jedině na základě smluvní cesty, nebo na základě zákonného odkazu. Jiná možnost není, a nesmí existovat.

Bylo-li by rozhodnutí založeno na tom, že v provozním řádu, který je součástí obchodních podmínek smlouvy, jsou daná aplikovaná pravidla jízdy uvedena, byla by situace jiná; stejně tak kdyby smluvní povaha pravidel byla dovozena skrze nějakou dohodu implicitní. Rozhodnutí mohlo být - spíše - založeno také na tom, že konkrétní aplikované *zásady jízdy* na lyžích - bez ohledu na to, kde jsou sepsána - jsou zkrátka projevem obecné prevenční povinnosti a *proto* jsou závazná. Pak by ale nehrálo roli, že jsou uvedena v dokumentu lyžařské federace, neboť svoji závaznost by čerpala *přímo* na základě ustanovení občanského zákoníku a jeho požadavku, nikoliv proto, že je kodifikováno jako soft law. Výrazný problém tedy je třeba spatřovat nikoliv v obsahové aplikaci *určitého pravidla* lyžování (skutkově případ neposuzujeme vůbec), nýbrž v *dovození aplikovatelnosti daného soft law dokumentu* bez jakéhokoliv právního podkladu.¹⁵ Soud je oprávněn (a povinen) své rozhodnutí opřít pouze o takové normy, které jsou skutečně závazné a o jejichž závaznosti subjekty ex ante neměly pochyb.¹⁶ Ad hoc vztahovat na konkrétní případy předem neohlášené (a tedy těžko

¹⁵ Ad absurdum je pak možno vyvozovat, že i v případě dalších rekreačních sportů, jako např. plavání, běh apod. by měly subjekty povinnost zkoumat pravidla vydaná různými organizacemi sdružujícími profesionální sportovce v dané disciplíně. (Tamtéž) Není ale vůbec třeba se zastavovat jen u sportu. Z hlediska obecné problematiky závaznosti různých pravidel by pak bylo nutné zkoumat veškeré soft law u naprosto jakékoliv činnosti, neboť, i když soft law *závazné* není, přesto by mohlo být z pohledu soudu v daném případě za *závazné prohlášeno*. Jasná hranice závazných a nezávazných pravidel však stojí mezi základními kameny právního státu. Nepřijatelnost takového náhledu je proto evidentní.

¹⁶ V zásadě by soud neměl soft law používat vlastně ani při dotváření právních norem, pokud návaznost daného soft law na právní řád není nepopíratelně dána. Samozřejmě argumenty, názory a doktrinální východiska mohou být čerpána z nejrůznějších zdrojů, nicméně svůj odraz v soudním rozhodnutí mohou oprávněně nalézt jen proto, že jsou v souladu a v mezích platného práva z právního pohledu dle soudu rozumná a konsistentně se všemi požadavky na soudní rozhodnutí příhodná; nemohou být ale "převzata" jen na základě toho prostého faktu, že danou oblast také upravují. Jde samozřejmě o poměrně teoretickou úvahu, ale při extrapolaci důsledků je rozdíl zásadní.

odhadnutelné a poznatelné) regulativy je stěžejí korektním způsobem rozhodování.

2.4 METODA SPRÁVNĚ-ÚŘEDNÍ, APLIKAČNÍ

Poněkud odlišná situace panuje v případech, kdy určitá - sama o sobě nezávazná - pravidla jsou *ex ante vyhlášena úřadem* nadaným správním uvážením. Hovoříme-li v tomto příspěvku o soft law v obchodním právu, není možno opomenout celou masu dokumentů této povahy zejména z oblasti *soutěžního (antitrustového) práva*.¹⁷ Tradičně jsou uváděny nejrůznější aplikační výkladové materiály, sdělení a oznámení soutěžních úřadů, pokyny a metodická východiska, pomůcky, guidelines atd. V kontextu zkoumaného tématu máme na mysli v podstatě všechny takové materiály, kterými aplikující orgán vyhláší, jakým způsobem on nahlíží na výklad a aplikační pravidla týkající se právní norem, které spadají do jeho působnosti (excesy, kdy by materiály tuto působnost překračovaly, nebudeme uvažovat).

Ilustrací z české aktuální právní úpravy mohou být např. tzv. *bagatelní kartelové dohody*, které v souladu se zásadou *de minimis* mají dle § 3 ZOHS dopad, který je jen "zanedbatelný" a do zákazu tedy nespádají. Zatímco podle dřívějšího stavu byla konkretizace pravidla *de minimis* provedena přímo v zákoně v § 6 ZOHS, nyní je (obsahově nijak zásadně odlišně) velmi všeobecný pojem ("nezanedbatelný dopad") nutno vykládat právě dle "oznámení ÚOHS o dohodách, jejichž dopad je zanedbatelný"; samotné toto *oznámení* však *stricto sensu* žádným pramenem práva není, bývá tedy označováno za *soft law*. V návaznosti na pragmatický pohled nastíněný v úvodu příspěvku, je třeba si ovšem položit otázku, do jaké míry je Úřad svým *prohlášením o jeho budoucí praxi* skutečně *vázán* a co z něj pro *adresáty i samotný Úřad* vyplývá.

Dle mého názoru, vezmeme-li v úvahu veškeré požadavky vyplývající v dotčených předpisech (jako např. správní řád), ale též požadavků vyplývajících z Ústavy a Listiny (zejména základní charakteristiky právního státu), jakož i obecně uznávaných právních zásad (např. požadavek právní jistoty, ochrana oprávněných očekávání, v určitém pojetí i zásady spravedlivého procesu a zásady spravedlnosti jako takové), je třeba dovodit, že konkrétní záměrně publikovaná *vyhlášení úřadů o jejich budoucí rozhodovací praxi* v mezích jejich působnosti(!) v rámci prostoru, který jim právní předpis dává pro jejich správní uvážení, nelze považovat za *pouhé "nezávazné"* výkladové materiály, ale je třeba připustit, že se *pro ně* tím stávají *plně závaznými*. Stejně tak účastníci se na ně mohou odvolávat a jejich aplikaci oprávněně očekávat. I jakýkoliv soud při případném

¹⁷ V této části příspěvek spadá do řešení grantového projektu P408/10/P168.

přezkumu by neměl být nad jejich působení "povznesen", nýbrž je při svém rozhodování vzhledem k výše uvedenému plně zohlednit.¹⁸

Není tedy vlastně důvod považovat veškeré takové materiály splňující vymezené charakteristiky za soft law. Položili-li jsme na počátku v souvislosti s hledáním hranic pojmu soft law dvě otázky, a to zda má na jedné straně subjekt jakýkoliv důvod se o obsah daného souboru pravidel vůbec zajímat (jakási spodní mez pojmu), anebo na druhé straně zda má naopak faktickou možnost se jeho aplikaci jakkoliv vyhnout (horní mez), pak u právě pojednávaných aplikačních materiálů vyhlášených úřady je nutno odpovědět, že *možnost se jejich aplikaci vyhnout neexistuje*, nemá-li být porušeno *právo*. Jde tedy spíše o součást hard law se vším všudy, více méně přímo na základě zákonného "kvasi-zmocnění" skrze obecné právní pojmy a působnost úřadu nadaného "pravomocí" vlastního správního uvážení v dané oblasti.¹⁹

3. ZÁVĚR

Poněkud provokativním závěrečným shrnutím by mohlo být, že nic jako "soft law" ve své podstatě neexistuje a v našem právním řádu ani existovat nemůže. V příspěvku bylo ilustrováno, že neřešitelná rozporuplnost vyvěrá již z pojmu samotného; a v českém obchodním právu se pak dle mého názoru plně projevuje.

Z praktického pohledu účastníků právních vztahů, relevanci mohou jakékoliv soubory soft-pravidel získat pouze některou z cest naznačených a konkretizovaných výše v textu, opírajících se buď o smluvní základ, nebo o zákon. V jiných případech není myslitelné povinnost subjektů zajímat se o obsah "nezávazných" pravidel jakkoliv dovozovat, a jak bylo na příkladech argumentováno, z hlediska obecných charakteristik právního systému by to ani nebylo žádoucí (přičemž o neformálním působení a vliv skrze teorii a doktrínu je třeba uvažovat zvlášť). Zvýšenou pozornost je pak v rámci tématu třeba věnovat možnostem aplikace soft law skrze obecné právní pojmy a generální klauzule; nebezpečí hrozící z hlediska právní jistoty a oprávněných očekávání přitom nemohou být bagatelizována.

¹⁸ Jen pro vyjasnění lze poznamenat, že případná hmotněprávní "nesprávnost" sdělení úřadů, jejich potenciální rozpor se zákonem či předpisy vyšší právní síly, zejména z důvodů překročení nebo vybočení z obrysů a deformaci smyslu ustanovení, která má úřad aplikovat, je otázka jiná.

¹⁹ Z čistě faktického pohledu je možno doplnit, že dokonce i *dispozitivní* ustanovení přímo v zákoně má pravděpodobně více "znaků" soft law, než publikované oznámení úřadu o jeho budoucí aplikační praxi ve výše uvedeném smyslu.

Co se týče výkladových a aplikačních materiálů vyhlášených nejrůznějšími úřady v jejich působnosti, u nich lze dospět k závěru, že do okruhu soft law naopak na rozdíl od příliš "soft" nezávazných dokumentů nespádají tentokrát proto, že víceméně naplňují znaky spíše hard law; o jejich "nezávaznosti" lze totiž s úspěchem pochybovat. Jak bylo v příspěvku argumentováno, korektním výkladem je třeba dospět k tomu, že možnost *odchýlit se od obsahu oznámení* samotného aplikujícího orgánu je jen velmi omezená. Bez změny samotného výkladového materiálu (v zásadě současně i včetně přiměřené kvasi-legisvakanční lhůty), by k tomu docházet dle "práva" nemělo.

Contact – email

josef.silhan@law.muni.cz

PRÁVNÍ A MIMOPRÁVNÍ REGULACE KLAMAVÉ A SROVNÁVACÍ REKLAMY

EVA VEČERKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy university (katedra obchodního práva), Brno,
Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek pojednává o klamavé a srovnávací reklamě podle národních právních předpisů, zejména podle obchodního zákoníku, a také podle etického kodexu. Součástí příspěvku je také náhled na zkoumanou problematiku prostřednictvím příslušných směrnic ES. Na příkladech z rozhodovací praxe Arbitrážní komise Rady pro reklamu ČR a českých soudů je ukázáno rozdílné pojetí reklamy skrze samoregulaci a podle právních předpisů.

Key words in original language

Právní regulace: obchodní zákoník; nekalá soutěž; klamavá reklama; srovnávací reklama; mimoprávní regulace: etický kodex; neetická reklama.

Abstract

This paper deals with misleading and comparative advertising according to Czech legislation; primarily to Commercial Code, and to the Code of Ethics as well. The paper also gives a view of the topic through the relevant EC Directives. Using examples from the practice of the Arbitration Committee of the Czech Advertising Standards Council and Czech courts it points to differences in conception of advertising through self-regulation and legislation.

Key words

Legal regulation: Commercial Code; unfair competition; misleading advertising; comparative advertising; non-legal regulation: Code of Ethics; unethical advertising.

1. OBECNÉ VYMEZENÍ POJMU REKLAMA

Nahlédneme-li do právní úpravy klamavé a srovnávací reklamy, tj. do ustanovení § 45 a § 50a obchodního zákoníku (dále jen obch. zák.)¹, a současně i do judikatury (předválečné a současné), zjistíme, že v reklamě je třeba jistou dávku klamání připustit, aby reklama splnila svůj účel (lákání spotřebitelů). Právem však musí být zakázány všechny klamavé soutěžní

¹ Obchodní zákoník byl v oblasti nekalé soutěže novelizován naposledy zákonem č. 152/2010 Sb., s účinností od 1. 7. 2010. Konkrétně změnil a upravil § 43 odst. 2, § 44 odst. 1, § 45 odst. 1, § 46 (vlozil nový odst. 5) a vložil nový § 55.

praktiky v reklamě, jakož i takové srovnávací reklamy, které jsou v rozporu s dobrými mravy soutěže a mohly by přivodit újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům. Taková jednání lze vždy označit za nekalosoutěžní (již podle § 44 odst. 1 obch. zák. – generální klauzule nekalé soutěže).

Obecný pojem „reklama“ není pro účely obchodního zákoníku definován. Bude tedy potřeba tomuto výrazu přisuzovat takový význam, jaký mu obecně náleží, příp. s použitím ustanovení jiných právních předpisů. V současné době je pojem reklama vysvětlen v zákoně o regulaci reklamy² (dále jen ZRR), a neustále se vyvíjí, tzn. že při novelizacích tohoto zákona je stále zpřesňován. Dále je definice reklamy obsažena v zákoně o provozování rozhlasového a televizního vysílání³ (dále jen ZPRTV).

Jak vyplývá již z preambule evropské směrnice o klamavé a srovnávací reklamě (dále jen směrnice o KSR)⁴, klamavá a nedovolená srovnávací reklama může vést k narušení soutěže v rámci vnitřního trhu. Reklama se dotýká ekonomických zájmů spotřebitelů a obchodníků bez ohledu na to, zda vede k uzavření smlouvy či nikoli. Směrnice o KSR (čl. 2 písm. a) obsahuje vlastní vymezení pojmu reklama.⁵ Směrnice o KSR (čl. 6) nevylučuje dobrovolnou kontrolu klamavé nebo srovnávací reklamy prováděnou samosprávnými subjekty a podporovanou členskými státy. Dobrovolná kontrola prováděná samosprávnými orgány, která se zaměřuje na odstranění klamavé nebo nedovolené srovnávací reklamy může předejít správnímu nebo soudnímu řízení, a měla by tedy být podporována.

² Viz § 1 odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy: Reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak.

³ Viz § 2 odst. 1 písm. n) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů: Pro účely tohoto zákona se rozumí reklamou jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě (kodifikované znění). Podle čl. 1 účelem (nyní) této směrnice je chránit obchodníky proti klamavé reklamě a jejím nekalým účinkům, a stanovit podmínky, za nichž je dovolena srovnávací reklama.

⁵ Pro účely této směrnice se rozumí „reklamou“ každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků.

Kodex reklamy (dále jen Kodex) vydaný Radou pro reklamu (dále jen RPR)⁶ je určen všem subjektům působícím v oblasti reklamy a stanoví jim pravidla profesionálního chování. Kodex je formulován s cílem, aby reklama v České republice sloužila k informování veřejnosti a splňovala etická hlediska působení reklamy vyžadovaná občany ČR. Cílem Kodexu je napomáhat tomu, aby reklama byla především pravdivá, slušná a čestná, a aby v rozsahu tohoto Kodexu respektovala mezinárodně uznávané zásady reklamní praxe vypracované Mezinárodní obchodní komorou. Kodex vymezuje v obecných ustanoveních (čl. 1) pojem reklama pro své účely.⁷

2. REKLAMA KLAMAVÁ

Podle obchodního zákoníku se za klamavou reklamu považuje taková nekalosoutěžní reklama, která splňuje všechny podmínky uvedené v § 45.⁸ Kdyby některá z podmínek, uvedených v § 45 nebyla splněna, mohli bychom ještě uvažovat o nekalé reklamě podle generální klauzule nekalé soutěže (§ 44 odst. 1)⁹, např. o skryté reklamě, podprahové reklamě,

⁶ Členské organizace RPR (samoregulační orgán) výslovně uznávají Kodex a zavazují se, že nevyrobí ani nepřijmou žádnou reklamu, která by byla v rozporu s Kodexem, popřípadě že stáhnou reklamu, u níž by byl takový rozpor dodatečně zjištěn orgánem etické samoregulace v reklamě. Zároveň členské organizace RPR budou usilovat o to, aby i všechny ostatní subjekty působící v oblasti reklamy na území České republiky respektovaly cíle i jednotlivá ustanovení tohoto Kodexu. (Všechny citované články jsou převzaty ze znění Kodexu reklamy 2009.)

⁷ Pro účely Kodexu se reklamou rozumí proces komerční komunikace, prováděný za úhradu jakýmkoliv podnikatelským subjektem nebo jiným subjektem jednajícím v jeho zájmu, jehož účelem je poskytnout spotřebiteli informace o zboží a službách i činnostech a projektech charitativní povahy. Přitom se jedná o informace šířené prostřednictvím komunikačních médií, kterými se pro účely Kodexu rozumí televize, rozhlas, nosiče audiovizuálních děl, periodický tisk a neperiodické publikace, dopravní prostředky, plakáty a letáky, jakož i další komunikační prostředky umožňující přenos informací. Reklamou dle této definice zpravidla není takový přenos informací, který by jinak reklamou byl, pokud prodejce výhradně označuje místo, kde výrobek nabízí spotřebiteli. Pojem reklama podle Kodexu se přiměřeně použije i na inzerci prováděnou nekomerčními subjekty i těmi, kdo jednají z jejich pověření.

⁸ (1) Klamavou reklamou je šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech, které je způsobilé vyvolat klamnou představu a zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku prospěch na úkor jiných soutěžitelů, spotřebitelů nebo dalších zákazníků. (2) Za šíření údajů se považuje sdělení mluveným nebo psaným slovem, tiskem, vyobrazením, fotografií, rozhlasem, televizí či jiným sdělovacím prostředkem. (3) Klamavým je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl.

⁹ Nekalou soutěží je jednání v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům. Nekalá soutěž se zakazuje.

reklamě těžící z toho, že vyvolává přehnaný, neodůvodněný strach, vábivé reklamě apod.

Pro účely směrnice o KSR se rozumí klamavou reklamou každá reklama, která jakýmkoli způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může klamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele.¹⁰

Ke klamavé reklamě se vztahuje dále evropská směrnice o nekalých obchodních praktikách (dále jen směrnice o NOP).¹¹ Tato směrnice upravuje nekalé obchodní praktiky vůči spotřebitelům před obchodní transakcí týkající se produktu, v jejím průběhu a po ní. Obchodní praktika je nekalá, pokud a) je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče a b) podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejím působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu (čl. 5). Obchodní praktiky jsou nekalé zejména tehdy, jsou-li a) klamavé ve smyslu článků 6 a 7 nebo b) agresivní ve smyslu článků 8 a 9. V příloze I je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností (tzv. černá listina). Přestože uvedená směrnice nepoužívá pojem reklama, ale pouze jiné pojmy, které s reklamou souvisí (např. výzva ke koupi, obchodní praktiky, obchodní komunikace, nepatřičné ovlivňování), je třeba se v uvedených souvislostech zmínit také o jejím obsahu.¹²

¹⁰ Podle čl. 3 směrnice při posuzování, zda je reklama klamavá, je nezbytné vzít v úvahu všechny její rysy, zejména v ní obsažené informace týkající se: a) vlastností zboží nebo služeb, jako je jejich dostupnost, charakter, provedení, složení, výrobní postup a datum výroby nebo dodávky, účel použití, možnosti použití, množství, specifikace, země původu nebo země výroby nebo očekávané výsledky použití, nebo výsledky a podstatné části zkoušek nebo prověrek provedených na zboží nebo službách; b) ceny nebo způsobu, jakým je cena vypočtena, a podmínek, za kterých je zboží dodáváno nebo služby poskytovány; c) podstaty, charakteristických rysů a práv zadavatele reklamy, jako je jeho totožnost a majetek, způsobilost a práva průmyslového a duševního vlastnictví, práva nebo jeho ocenění a vyznamenání.

¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách).

¹² Podle čl. 10 (Kodexy chování) tato směrnice nevyklučuje kontrolu nekalých obchodních praktik prováděnou držiteli kodexu, kterou mohou členské státy podporovat, ani možnost osob nebo organizací uvedených v článku 11 obrátit se na držitele kodexu, jsou-li vedle toho přípustná i soudní nebo správní řízení podle uvedeného článku. Opravný prostředek podaný těmto kontrolním orgánům nelze považovat za rovnocenný podání k soudu nebo správnímu orgánu, jež jsou uvedeny v článku 11.

Podle Kodexu reklamy (část první) každá reklama musí splňovat současně všechny všeobecné zásady reklamní praxe (tedy 1. Slušnost reklamy, 2. Čestnost reklamy, 3. Pravdivost reklamy, 4. Společenská odpovědnost reklamy) a zvláštní požadavky na reklamu; dále je rozpracováno několik tzv. citlivých komodit (část druhá), obsahující speciální požadavky týkajících se reklamy uvedených komodit (alkoholické nápoje, tabák, děti a mládež apod.). Konkrétně klamavé reklamy se týká zejména čl. 3 kapitoly II části první Kodexu, který do značné míry připomíná text § 45 obch. zák.¹³

3. REKLAMA SROVNÁVACÍ

Z obchodního zákoníku (§ 50a) je zřejmé, že ustanovení o srovnávací reklamě sleduje text evropské směrnice o klamavé a srovnávací reklamě (tehdy platné směrnice 97/55/ES¹⁴). Přestože překlad originální verze uvedené směrnice do češtiny nebyl pro návrh zákonné novelizace nejpřesnější, podařilo se do úpravy nekalé soutěže zařadit další konkrétní skutkovou podstatu. Vřazení srovnávací reklamy mezi zvláštní skutkové podstaty, které jsou za všech okolností vždy nekalou soutěží, nebylo však promyšleno do všech důsledků.

Srovnávací reklamou je podle odst. 1 § 50a obch. zák. jakákoli reklama, která výslovně nebo i nepřímou identifikuje jiného soutěžitele anebo zboží nebo služby nabízené jiným soutěžitelem. Tato definice srovnávací reklamy se týká jakékoli srovnávací reklamy (přípustné i nepřípustné) a odpovídá široké definici směrnice o KSR (tehdy čl. 2a, nyní čl. 2 písm. c). Z konkrétní dikce druhého odstavce § 50a vyplývá, že došlo k převzetí základní zásady, na níž spočívala konstrukce srovnávací reklamy ve směrnici¹⁵ - přípustnost srovnávací reklamy za stanovených podmínek. Z výčtu uvedených podmínek je patrné, že předpokladem přípustnosti srovnávací reklamy je, že nenaplnňuje současně znaky jiné nekalosoutěžní skutkové podstaty, tedy není klamavá, nezlehčuje, nevyvolává nebezpečí záměny, nemá parazitní povahu, srovnává jenom zboží či služby určené ke stejnému účelu a srovnání se týká více znaků, které jsou podstatné, relevantní, ověřitelné a reprezentativní. Z § 50a odst. 2 tedy jednoznačně vyplývá, že srovnávací reklama je přípustná, jen pokud jsou kumulativně splněny stanovené

¹³ (3.1.) Reklama nesmí šířit klamavé údaje o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech. Klamavým údajem je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl. (3.2.) Reklama nesmí na základě klamavých údajů sjednávat vlastnímu či cizímu podniku prospěch na úkor jiného.

¹⁴ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 97/55/ES ze dne 6. října 1997, kterou se mění směrnice 84/450/EHS o klamavé reklamě tak, aby zahrnovala srovnávací reklamu.

¹⁵ Podle tehdy platného článku 3a směrnice (nyní čl. 4) srovnávací reklama, pokud jde o srovnání, je dovolena při splnění všech uvedených podmínek.

podmínky (taxativní výčet osmi podmínek uvedený pod písm. a) až h) druhého odstavce). A opačně: pokud jakákoliv srovnávací reklama nespĺňuje tyto podmínky, nelze ji považovat za přípustnou. Nekalosoutěžní (nepřípustná) srovnávací reklama je jakákoliv reklama, která nevyhovuje podmínkám uvedeným ve druhém odstavci § 50a, případně která splňuje pouze tři základní podmínky generální klauzule (§ 44 odst. 1) a můžeme ji nazvat reklamou nekalou.

Pro účely směrnice o KSR se rozumí srovnávací reklamou každá reklama, která výslovně nebo nepřímou označuje soutěžitele nebo zboží či služby nabízené soutěžitelem. Srovnávací reklama, pokud jde o srovnání, je dovolena při splnění stanovených podmínek (čl. 4).¹⁶

Podle směrnice o NOP (čl. 6 bod 2) je obchodní praktika považována za klamavou, pokud ve věcných souvislostech, s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem, vede nebo může vést k tomu, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil, a zahrnuje: a) jakékoli uvádění produktu na trh, včetně srovnávací reklamy, které vede k záměně s jinými produkty, ochrannými známkami, obchodními firmami nebo jinými rozlišovacími znaky jiného soutěžitele.

Z Kodexu reklamy (část první) se týkají srovnávací reklamy, která je klamavá, stejné články jako klamavé reklamy, navíc lze pro ni využít také zvláštní požadavky na reklamu (kap. III části první), jako např. 2. Cenová srovnání, 3. Očerňování a zlehčování soutěžitelů a jejich producentů, 4. Napodobení reklam.

¹⁶ Podmínky dovolené srovnávací reklamy jsou následující: a) není klamavá ve smyslu čl. 2 písm. b), čl. 3 a čl. 8 odst. 1 této směrnice nebo článků 6 a 7 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (směrnice o nekalých obchodních praktikách) [7]; b) srovnává zboží nebo služby, jež slouží stejným potřebám nebo jsou zamýšleny pro stejný účel; c) objektivně srovnává jeden nebo více základních, důležitých, ověřitelných a charakteristických rysů tohoto zboží nebo těchto služeb, mezi nimiž může být i cena; d) nemá za následek oslabení důvěryhodnosti nebo znevážení ochranné známky, obchodní firmy, jiného rozlišovacího znaku, zboží, služeb, činností nebo postavení soutěžitele; e) u produktů s označením původu se vždy odvolává na produkty se stejným označením; f) netěží protiprávně z dobré pověsti ochranné známky, obchodní firmy nebo jiných rozlišovacích znaků soutěžitele anebo označení původu konkurujících produktů; g) nepředstavuje zboží nebo službu jako napodobeninu nebo reprodukci jiného zboží nebo služeb nesoucích ochrannou známku nebo obchodní firmu; h) nevede k záměně mezi obchodníky, mezi zadavatelem reklamy a soutěžitelem nebo k záměně ochranných známek, obchodních firem, jiných rozlišovacích znaků, zboží a služeb zadavatele reklamy s ochrannými známkami, obchodními firmami, jinými rozlišovacími znaky, zbožím a službami soutěžitele.

4. VZTAH KODEXU K PRÁVNÍ REGULACI REKLAMY

Vyjdeme-li z preambule Kodexu reklamy, dokážeme si odpovědět na základní otázku: Jaký je vztah Kodexu k právní regulaci reklamy? Kodex nenahrazuje právní regulaci reklamy, nýbrž na ni navazuje doplněním o etické zásady. Kodex stanoví pravidla profesionálního chování všem subjektům působícím v oblasti reklamy a také se obrací k veřejnosti a informuje ji o mezích, které subjekty působící v reklamě či reklamu užívající dobrovolně přijaly a hodlají je samy vynucovat prostřednictvím etické samoregulace. Členské organizace RPR výslovně uznávají Kodex a zavazují se, že nevyrobí ani nepřijmou žádnou reklamu, která by byla v rozporu s Kodexem, popřípadě že stáhnou reklamu, u níž by byl takový rozpor dodatečně zjištěn orgánem etické samoregulace v reklamě. Zároveň členské organizace RPR budou usilovat o to, aby i všechny ostatní subjekty působící v oblasti reklamy na území České republiky respektovaly cíle i jednotlivá ustanovení tohoto Kodexu.

5. ŽALOBNÍ NÁROKY A STÍŽNOSTI

Obchodní zákoník v závěrečných ustanoveních o nekalé soutěži upravuje právní prostředky proti nekalé soutěži. V případech klamavé reklamy (§ 45), srovnávací reklamy (§ 50a) i nekalé reklamy (§ 44 odst. 1) umožňuje oprávněným osobám využít žalobní nároky uvedené v § 53 a v § 54 odst. 1.

Podle § 53 obch. zák. osoby dotčené nekalou soutěží (především soutěžitelé, ale i spotřebitelé nebo další zákazníci) mohou uplatnit všechny uvedené žalobní nároky: aby se rušitel závadného jednání zdržel a odstranil závadný stav, aby nahradil vzniklou škodu, aby poskytl přiměřené zadostiučinění (i v penězích) a aby vydal bezdůvodné obohacení. Vedle těchto základních žalobních nároků je možné, aby se ten z účastníků, jehož návrhu bylo vyhověno, domáhal u soudu (vedlejšího) práva na uveřejnění rozsudku.¹⁷

Podle § 54 odst. 1 kromě osob dotčených nekalou soutěží (viz výše) se mohou proti rušiteli u soudu domáhat dvou žalobních nároků také právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů: aby se rušitel zdržel tohoto jednání a aby odstranil závadný stav. Uvedené subjekty jsou však omezeny nejen v žalobních nárocích, ale také v případech nekalé soutěže (mohou uplatnit své nároky pouze v případech nekalé soutěže podle generální klauzule, dále podle § 45, § 46, § 47 a § 51). Z uvedeného vyplývá, že v případech nekalosoutěžní srovnávací reklamy (§ 50a) tyto

¹⁷ Přiznání práva uveřejnit rozsudek je plně v dispozici soudu, nejde o žádnou povinnost. Právní úprava je zakotvena v § 155 odst. 4 o. s. ř.: Ve věcech ochrany práv porušených nebo ohrožených nekalým soutěžním jednáním, ochrany práv z duševního vlastnictví a ve věcech ochrany práv spotřebitelů může soud účastníkovi, jehož žalobě vyhověl, přiznat na jeho návrh ve výroku rozsudku právo rozsudek uveřejnit na náklady neúspěšného účastníka; podle okolností případu soud stanoví též rozsah, formu a způsob uveřejnění.

subjekty nejsou aktivně legitimovány. Právníckým osobám oprávněným hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů náleží také vedlejší právo na uveřejnění rozsudku.

Přijetí ustanovení § 54 odst. 2 bylo reakcí zejména na komunitární právo, a to na směrnici o KSR (tehdy platnou¹⁸). Jedním z hlavních cílů a účelem směrnice o KSR byla ochrana spotřebitele (účel chránit spotřebitele byl po novelizaci převzat do směrnice 2005/29/ES). Právě ze zmíněné směrnice vycházela možnost tzv. obrácení důkazního břemene v případech nekalé soutěže, kdy je žalobcem sám spotřebitel, který není prakticky schopen vyvrátit reklamní nebo jiná tvrzení žalovaného; je pak na rušiteli soutěžního pořádku, aby prokázal správnost svého tvrzení a vyvrátil nekalosoutěžní povahu své reklamy.¹⁹

Za další právní prostředek obrany proti nekalé soutěži lze považovat neplatnost smluv *ex tunc*, vyplývající z nového ustanovení § 55 obch. zák.: Smlouva, její část nebo její jednotlivé ustanovení, při jejímž uzavření byl porušen zákaz nekalé soutěže (§ 44 až 52), je od počátku neplatná.²⁰

Předpisem souvisejícím je zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, který upravuje zejména návrh na vydání předběžného opatření (§ 74 a násl.),

¹⁸ Směrnice 84/450/EHS k harmonizaci právních a správních předpisů členských států o klamavé reklamě, ve znění směrnice 97/55/ES, týkající se srovnávací reklamy.

¹⁹ Současně platná směrnice o KSR 2006/114/ES, která chrání soutěžitele a obchodníky, se rovněž vyjadřuje k důkaznímu břemenu (bod 19 preambule): Ačkoli stanovení důkazního břemene přísluší vnitrostátním právu, je vhodné umožnit soudům a správním orgánům, aby od obchodníků požadovaly prokázání správnosti jejich skutkových tvrzení.

²⁰ Za rozporuplné považuje autorka (H.H. - viz níže) též nové ustanovení § 55, které bez dalšího činí od počátku neplatnými veškeré smlouvy či jejich jednotlivá ustanovení, které byly uzavřeny v rozporu se zákazem nekalé soutěže. Jde opět spíše o proklamaci, jejíž praktický přesah je dle autorky sporný (spotřebitelé byli a jsou chráněni celou řadou jiných zákonných ustanovení, na ostatní „nespotřebitelské“ případy je možné aplikovat též § 39 obč. z.) a jde dle názoru autorky proti tendenci patrné v české judikatuře. Ta totiž v poslední době směřuje v oblasti práva nekalé soutěže (zejména v oblasti úpravy vztahů mezi spotřebiteli a soutěžiteli) konečně k vítanému nazírání na „běžného spotřebitele“ jako na osobu obezřetnou, která nabídky smluv pečlivě čte, ověřuje podmínky a bere přitom v úvahu i nabídky více soutěžitelů, nevychází při vlastních smluvních jednáních a pouze z reklamních sloganů a inzerátů, je si dobře vědoma rovněž i nutnosti seznámit se se smluvními podmínkami vztahu, do něhož vstupuje... (viz usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 2749/2008). Ve vztahu k této judikatuře je pak nový § 55 v jisté tenzi, neboť do jisté míry snahu o nepodcenění nepodnikatelů opět „sráží“ bezpodmínečnou neplatností vadných smluv *ex tunc* a naopak výše uvedená judikatura svým užším pojetím toho, co je jednáním v nekalé soutěži (zejména v oblasti smluvních vyjednávání a smluvních podmínek) možnost aplikace § 55 poměrně významně omezuje. Zdroj: právní portál [elaw.cz](http://www.elaw.cz), napsala 11.06.2010 08:30 Hendrychová, H. Dostupné na adrese: http://www.elaw.cz/novinky/25-news/233-novela-obchodniho-zakoniku-1522010-sb-.html#_ftn2#_ftn2

jehož význam v případě sporů z nekalé soutěže je velký a proto je také často využíván.²¹

Podle nyní platné směrnice 2006/114/ES o KSR (čl. 5 odst. 1) měly členské státy zajistit, aby v zájmu obchodníků a soutěžitelů existovaly přiměřené a účinné prostředky k boji proti klamavé reklamě a pro dodržování předpisů o srovnávací reklamě. Členské státy měly možnost (podle čl. 8) zachovat nebo přijmout předpisy zajišťující rozsáhlejší ochranu obchodníků a soutěžitelů proti klamavé reklamě, což znamená stanovit přísnější pravidla pro regulaci klamavé reklamy (nikoli však pro srovnávací reklamu). Tyto prostředky zahrnují právní předpisy, jež umožní osobám nebo organizacím, které mají podle vnitrostátních právních předpisů oprávněný zájem na potírání klamavé reklamy nebo na regulaci srovnávací reklamy, aby: a) podaly žalobu ohledně takové reklamy nebo b) napadly takovou reklamu u správního orgánu, který je příslušný k rozhodování o stížnostech nebo k podání podnětu k zahájení příslušného soudního řízení. Každému členskému státu je vyhrazeno rozhodnutí o tom, která z těchto uvedených možností bude dostupná a zda umožní soudům nebo správním orgánům požadovat, aby byly nejprve využity jiné stanovené prostředky pro vyřizování stížností, včetně prostředků uvedených v článku 6.

Ze směrnice 2005/29/ES o NOP (čl. 1) vyplývá, že je třeba přispět k řádnému fungování vnitřního trhu a dosáhnout vysoké úrovně ochrany spotřebitele. Členské státy měly zajistit (podle čl. 11), aby v zájmu spotřebitelů existovaly vhodné a účinné prostředky k boji proti nekalým obchodním praktikám v zájmu zajištění souladu s touto směrnicí. Tyto prostředky mají umožnit osobám nebo organizacím, které mají podle vnitrostátních právních předpisů oprávněný zájem na boji proti nekalým obchodním praktikám, včetně soutěžitelů, aby podaly žalobu pro používání nekalých obchodních praktik nebo napadly tyto nekalé obchodní praktiky u správního orgánu, který je příslušný k rozhodování o stížnostech nebo k podání podnětu k zahájení příslušného soudního řízení. Každému členskému státu je vyhrazeno rozhodnutí o tom, která z těchto možností bude dostupná a zda umožní soudům nebo správním orgánům požadovat, aby byly nejprve využity jiné stanovené prostředky pro vyřizování stížností, včetně prostředků uvedených v článku 10. Tyto možnosti existují bez ohledu na to, zda jsou postižení spotřebitelé na území členského státu, v němž se obchodník nachází, nebo v jiném členském státě.

²¹ Oprávněné osoby mohou podat také návrh na nařízení předběžného opatření soudem, a to v těch případech nekalé soutěže, v nichž má rychle dojít k ukončení protiprávních zásahů. Nařízení předběžného opatření soudem na návrh dotčeného soutěžitele je specifickým prostředkem, jenž se často využívá k okamžité zábraně dalšího pokračování závadného jednání také v nekalosoutěžních sporech (event. ještě i před jejich zahájením). Řízení o návrhu na vydání předběžného opatření nelze ztotožňovat s rozhodnutím soudu ve věci samé a řízením, které mu předchází (a jehož částí je např. dokazování).

Z Kodexu reklamy (čl. 5, kap. I části první) zjistíme, že Rada pro reklamu neaplikuje při posuzování stížností platný právní řád, ale porovnává výsledky činnosti subjektů reklamy (tj. reklamu) s Kodexem. V kompetenci RPR není sankcionování porušení platného řádu subjekty reklamy. Tímto není dotčena možnost Rady pro reklamu poskytovat odborná stanoviska na žádost státních orgánů dozoru nad regulací reklamy a dalších žadatelů. V případě souběhu předpokládaného porušení platného právního řádu a Kodexu může Rada pro reklamu odmítnout projednávání stížnosti a odkázat stěžovatele na příslušný soudní či obdobný orgán.

6. SAMOREGULACE A PRÁVO - PŘÍPADY KLAMAVÉ A SROVNÁVACÍ REKLAMY

6.1 PRVNÍ PŘÍPAD :

ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍ KOMISE RPR

Čj. 011/2009/STÍŽ²²

Zadavatel: Komerční banka, a.s. Na Příkopě 969/33, 114 07 Praha 1

Stěžovatel: soukromá osoba

Médium: plakáty

Stížnost soukromé osoby směřuje proti plakátu na produkt Garantovaný vklad („Vyrostu rychleji, než byste čekali“). Na plakátech zadavatel uvádí, že úroková sazba je 3% ročně. Stěžovatel tento údaj považuje za nepravdivý. Podle něj je v aktuálním sazebníku uvedena úroková sazba 2,5%.

Stanovisko zadavatele (výťah): V letáčích upozorňoval, že nabídka platí do odvolání. Po rozhodnutí ČNB o snížení úrokových sazeb zadavatel ještě v průběhu kampaně byl nucen přistoupit k úpravě úrokové sazby i u Garantovaného vkladu. Zadavatel tuto změnu uveřejnil ve svém oznámení, které je veřejně dostupné na pobočkách i na internetových stránkách. Ihned po rozhodnutí o změně úrokové sazby učinil všechny kroky nezbytné ke změně externí komunikace (zadávání inzerce zajišťují externí dodavatelé; ve všech případech nebylo možné změnu úrokové sazby promítnout v reklamě urychleně). V okamžiku, kdy byla úroková sazba ve výši 3 % komunikována prostřednictvím médií, byla jeho reklama pravdivá. Adresáti byli navíc upozorněni na to, že nabídka platí do odvolání. Zadavatel odpovědně přistoupil k výměně vizuálu reklamy tak, aby původní nabídka byla stažena v co nejkratším termínu a aby původní vizuál byl nahrazen novou kampaní, která neuváděla úrokovou sazbu.

²² <http://www.rpr.cz/cz/kauzy.php?rok=2009>

Arbitrážní komise RPR (výtah): Po přechodné období byla reklama opravdu klamavá a i pouhé sdělení, že „nabídka platí do odvolání“ a korekce na webových stránkách zadavatele není dostatečným argumentem pro obhájení etiky této komerční komunikace. Vazba na kroky centrální banky a „cenu zdrojů“ by neměla snižovat důvěryhodnost tvrzení, které zadavatel vůči klientům používá. Členové Arbitrážní komise označili tuto reklamu jako neetickou. Stížnosti se vyhovuje. Rozhodnutí AK RPR: Stížnosti se vyhovuje, reklama je neetická.

Pokud by výše popsaný případ (případně i jemu podobné případy) neetické reklamy řešil soud (k žalobě např. oklamaneho spotřebitele), mohl by po dokazování a s přihlédnutím ke všem okolnostem případu dospět k dvojímu možnému závěru:

1) jednání žalované (K.b.) splňuje všechny tři podmínky generální klauzule nekalé soutěže (§ 44 odst. 1) a navíc i podmínky klamavé reklamy (§ 45), proto žalobním nárokům žalobce (spotřebitele) může vyhovět; nebo

2) v daném případě odpadá některá z podmínek generální klauzule nekalé soutěže (§ 44 odst. 1), pak se nemůže jednat o nekalou soutěž a tedy ani o klamavou reklamu.

Přiklonila bych se v tomto případě asi k druhému závěru, neboť bych uvažovala o spotřebiteli tak, jak je uveden v bodu 18 preambule směrnice o NOP²³ a také zmiňován v rozhodnutích Evropského soudního dvora, příp. i rozhodnutích Nejvyššího soudu ČR. Pokud by tímto jednáním žalované nemohl být „průměrný spotřebitel“ oklamán, resp. by mu tím nemohla hrozit jakákoliv újma (nebyla by splněna třetí podmínka generální klauzule), nejednalo by se o nekalou soutěž.

6.2 DRUHÝ PŘÍPAD :

ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍ KOMISE RPR

²³ Tato směrnice, v souladu se zásadou proporcionality a pro zajištění účinné ochrany v ní obsažené, vychází z pojmu průměrného spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán Soudním dvorem; tato směrnice však obsahuje také ustanovení, jejichž účelem je předcházet zneužívání spotřebitelů, kteří jsou svým charakterem obzvláště zranitelní nekalými obchodními praktikami. Zaměřuje-li se určitá obchodní praktika na určitou skupinu spotřebitelů, jako jsou například děti, je žádoucí, aby se dopad takové obchodní praktiky hodnotil z pohledu průměrného člena dané skupiny. Proto je vhodné zařadit do seznamu praktik, jež jsou za všech okolností nekalé, ustanovení, které, aniž by ukládalo obecný zákaz reklamy zaměřené na děti, chrání děti před přímým naváděním k nákupu. Pojem průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora. K tomu („běžný spotřebitel“) viz též pozn. č. 20.

Čj. 046/2008/STÍŽ²⁴

Zadavatel: Citibank Citibank Europe plc, Evropská 178, 166 40 Praha 4

Stěžovatel: soukromá osoba

Médium: internet

Stížnost směřuje proti banneru na internetových stránkách společnosti Citibank. Stěžovatelka

považuje příslib zaručující 10% roční výnos z termínovaného účtu za neseriózní, zavádějící a nepravdivý.

Stanovisko zadavatele (výťah): Reklamní sdělení podrobně popisuje podmínky poskytnutí nabízeného produktu – v souladu s platnou právní úpravou regulující propagaci bankovních (investičních) produktů. Klient je opakovaně upozorňován na to, že úroková míra může být až 10% p. a., a to konkrétně 10% p. a. v případě jednorázového měsíčního termínovaného vkladu, nebo 8% p. a. v případě jednorázového tříměsíčního vkladu. Stížnost považuje za neodůvodněnou, protože očekávání, že volné prostředky vloží klient na účet a ročně vydělá 10%, je nesprávné, resp. neodpovídá dostatečně popsáním podmínkám nabízeného produktu v daném reklamním sdělení.

Arbitrážní komise RPR (výťah): V úvahu vzala zejména skutečnost, že jde o internetovou reklamu, která potencionálnímu zájemci o produkt/službu umožňuje bezprostředně se seznámit s dalšími podmínkami, které jsou s poskytnutím předmětného produktu spojeny. Spotřebitel tak není odkázán na další kroky (např. návštěvu banky), aby se mohl seznámit s dalšími nutnými informacemi. Vzhledem k zvolenému médiu (internet) předmětné komerční sdělení za etické z hlediska souladu s ustanoveními Kodexu RPR. Rozhodnutí AK RPR: Stížnost se zamítá, reklama je etická.

Výše uvedený případ reklamy před soudem by byl podle mého názoru vyřešen jako nikoliv nekalosoutěžní (nebo klamavá) reklama, přičemž argumentace soudu by při posuzování hlediska průměrného spotřebitele byla zřejmě shodná se stanoviskem AK RPR o spotřebiteli internetové reklamy. K tomu viz též výše (u prvního případu).

6.3 TŘETÍ PŘÍPAD :

ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍ KOMISE RPR

Čj. 024/2009/STÍŽ²⁵

²⁴ <http://www.rpr.cz/cz/kauzy.php?rok=2008>

Zadavatel: Tesco Stores ČR a. s., Vršovická 1627/68b, 100 00 Praha 10

Stěžovatel: České sdružení pro značkové výrobky, Sněmovní 173/9, 118 00 Praha

Médium: letáky, POS

Stížnost podána na nepovolenou srovnávací reklamu společnosti TESCO Stores ČR a. s. Předmětem stížnosti je letáková akce realizovaná ve dnech 22. - 28. 4. respektive 5. 5. 2009, i forma prodeje rychlo-obrátkového značkového a neznačkového zboží v prodejnách společnosti TESCO. Kampaň sice zapadá do obecného rámce propagace maloobchodní značky TESCO na řadě produktů v kategorii rychlo-obrátkového zboží, ovšem ve své realizační části se dopouští nepovolené srovnávací reklamy. Letáková akce: Kampaň výslovně srovnává konkrétní značky/výrobky konkrétních soutěžitelů s konkrétními výrobky označenými maloobchodní značkou TESCO. Kampaň v místě prodeje: Výrobky označené maloobchodní značkou TESCO napodobují svým tvarem, obalem, etiketou, písmem na obalech atd. značkové výrobky jiných soutěžitelů. Podle stěžovatele kampaň společnosti TESCO v kontextu srovnávací reklamy zcela flagrantně porušuje Kodex reklamy.

Stanovisko zadavatele (výťah): V komerční komunikaci pod názvem „Ušetřete minimálně 15% oproti srovnatelným značkovým výrobkům“ jde o informační kampaň, která má informovat spotřebitele o tom, že v sortimentu společnosti zadavatele existuje alternativa k určitým produktům v podobě výrobků prodávaných pod privátní značkou zadavatele, přičemž tyto alternativní výrobky jsou levnější než výrobky, se kterými jsou srovnávány. Jednou ze základních podmínek srovnávací reklamy je srovnávání výrobků, které uspokojují stejné potřeby nebo jsou určeny ke stejnému účelu, a objektivně tyto výrobky srovnává v jednom nebo více znacích, mezi nimiž může být cena. V našem případě je zcela nepochybné, že všechny srovnávané výrobky uspokojují stejné potřeby nebo jsou určeny ke stejnému účelu. Srovnávané výrobky jsou buď téhož objemu, nebo vždy obsahují cenu přepočtenou na základní jednotku (z tohoto výpočtu také vyplývá stanovení procentuálního rozdílu v ceně), se kterou se spotřebitel vždy může seznámit a na jejím základě se objektivně rozhodnout. Reklama nemůže být ani v rozporu s Kodexem reklamy. Namítaná srovnávací reklama plně využívá možností stanovených zákonem, je s nimi v souladu, nemůže tedy zároveň být označována za neetickou. Nepřisuzuje zboží jinou hodnotu, než jakou skutečně má, cenové srovnání nevzbuzuje u průměrně informovaného spotřebitele jiné zdání o užitečnosti daného výrobku, srovnáním s konkrétními výrobky jiných soutěžitelů, tyto soutěžitele ani nijak neočerňuje, nezlehčuje ani nesnižuje hodnotu srovnávaného výrobku. Jde o

²⁵ <http://www.rpr.cz/cz/kauzy.php?rok=2009>

informaci poskytovanou v zájmu spotřebitele, který tímto získává povědomí, že svou potřebu může uspokojit i výrobkem, jehož výrobcem sice není výrobce využívající známou ochrannou známku, ale přesto i tento produkt uváděný na trh pod tzv. „privátní značkou“ uspokojí jeho potřebu. Namítaná reklama používá pouze pravdivé údaje, tyto pravdivé údaje nijak nemanipuluje, neobsahuje žádné jiné skryté informace ani žádným způsobem neočerňuje, nezlehčuje ani nesnižuje hodnotu srovnávaných výrobků. Nemůže být tedy označena za nepravdivou, neslušnou, nečestnou či dokonce klamavou.

Arbitrážní komise (výťah): Posuzovala možnou kolizi s Kodexem reklamy (Kapitoly II, článek 3. - Pravdivost reklamy). Článek 3. 1.: Reklama nesmí šířit klamavé údaje o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech. Klamavým údajem je i údaj sám o sobě pravdivý, jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem, za nichž byl učiněn, může uvést v omyl. Článek 3. 2.: Reklama nesmí na základě klamavých údajů sjednávat vlastnímu či cizímu podniku prospěch na úkor jiného. Článek 3. 5.: Reklama nebude považována za klamavou v případě označení zboží nebo služeb, která jsou všeobecně zažita jako údaje sloužící k označování druhu nebo jakosti zboží, pokud k ní nebude připojen dodatek způsobilý klamat o původu zboží nebo služeb. Posuzovala tuto kauzu i podle ustanovení z Kapitoly III (Zvláštní požadavky na reklamu) v oblasti hodnoty zboží, cenových srovnání i očerňování a zlehčování soutěžitelů a jejich producentů. V uvedeném případě jde o nepovolenou srovnávací reklamu. Jde o srovnávání značkových a neznačkových produktů, přičemž podtext pro spotřebitele se dá vykládat jako varování před vyššími cenami značkových výrobků s tím, že neznačkové produkty nabízejí srovnatelnou kvalitu za levnější cenu. Arbitrážní komise se v odůvodnění tohoto nálezu odvolává na kauzu PLUS Diskont, kdy v obdobné věci rozhodla o porušení Kodexu reklamy. Rozhodnutí AK RPR : Stížnosti se vyhovuje, reklama je neetická.

Tento případ srovnávací reklamy před soudem by byl podle mého názoru podroben detailnímu zkoumání a prokazování, jak uvedené srovnání skutečně vypadalo, co všechno reklama obsahovala a koho (jiného soutěžitele) případně označila (přímo nebo nepřímo). Předpokládám, že by nakonec soud dospěl k závěru, že se jedná o nekalosoutěžní srovnávací reklamu. Argumentace soudu by vycházela z ustanovení § 50a odst. 2 a z toho, že došlo k porušení několika podmínek (případně i jen jedné podmínky) přípustnosti srovnávací reklamy.

6.4 ČTVRTÝ PŘÍPAD :

ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍ KOMISE RPR

Čj. 011/2010/STÍŽ²⁶

Zadavatel: Tesco Stores ČR a. s., Vršovická 1527/68b, 100 00 Praha 10

Stěžovatel: České sdružení pro značkové výrobky, Těšnov 5, 110 01 Praha 1

Médium: plakáty

Sdružení předložilo opakovanou stížnost proti reklamní kampani „Ušetřete minimálně 15 % oproti srovnatelným značkovým výrobkům“ (rozhodnutí Arbitrážní komise RPR čj. 024/2009/STÍŽ ze dne 21. 5. 2009 o neetičnosti této reklamní kampaně). Společnost Tesco obnovila v nepatrně pozměněné grafické podobě napadený a dle rozhodnutí AK RPR i neetický způsob propagace svých maloobchodních značek, například ve své prodejně Tesco Jihlava v únoru letošního roku, kde v místě prodeje jsou regály obsahující maloobchodní značky většinou potravinářského segmentu této společnosti opatřeny plakáty „Ušetřete minimálně 15% oproti srovnatelným značkovým výrobkům“. Dle názoru stěžovatele dochází znovu ke srovnání značkových a neznačkových produktů, přičemž podtext určený pro spotřebitele nelze vykládat jinak než jako varování před vyššími cenami značkových výrobků s tím, že neznačkové výrobky nabízejí srovnatelnou kvalitu za levnější cenu.

Stanovisko zadavatele (výťah): Ohrazuje se proti tomu, že stěžovatel pokládá výrobky zadavatele za neznačkové. Podle zadavatele je již samotné konstatování, že výrobky prodávané pod privátní značkou Tesco jsou neznačkové, odvážné. Podle mezinárodního žebříčku hodnoty značek sestavovaného společností Millward Brown Optimor ve spolupráci s deníkem Financial Times se celosvětově značka Tesco umístila na 25. místě. Hodnota značky Tesco je právě důvodem, proč společnost označuje své výrobky touto značkou. Zadavatel tím dává spotřebitelům najevo, že výrobky vyráběné přímo pro něj splňují nejpřísnější kvalitativní kritéria. Z reklamního sloganu „Ušetřete 15% oproti srovnatelným značkovým výrobkům“ nemůže být dovozováno, že výrobky zadavatele lze mít za neznačkové. Srovnávací reklama je marketingová technika, která je podrobena přísným právním podmínkám stanoveným jak předpisy Evropských společenství, tak v jejich rámci i národními právními předpisy. Právní úprava přímo předpokládá a počítá s možností srovnání pouze v jedné z vlastností srovnávaných výrobků, přičemž výslovně uvádí, že touto vlastností může být i cena. Předmětné srovnání říká, že dva výrobky stojící vedle sebe v regále jsou srovnatelné a že jeden lze pořídit za takovou cenu a druhý za takovou. Toto srovnání není pak uvedeno žádným dalším sloganem nebo textem, který by jakkoliv jeden výrobek vyzdvihoval nad druhý. Spotřebitel tedy není nijak klamán, naváděn, nucen nebo tlačěn, aby si koupil jeden výrobek na úkor druhého. Je vždy nutné posuzovat chování a

²⁶ <http://www.rpr.cz/cz/kauzy.php?rok=2010>

rozhodování průměrného spotřebitele, který je dle judikatury Evropského soudního dvora i soudů České republiky považován za spotřebitele průměrně informovaného, který si základní informaci vždy ověřuje a není jednoduše manipulovatelný. Zadavatel se nedomnívá, že by předmětná reklama byla neetická, protože žádným způsobem neodporuje ani zákonným požadavkům stanoveným pro použití srovnávací reklamy, ani žádným způsobem neporušuje Kodex reklamy.

Arbitrážní komise (výťah): Při projednávání této kauzy si připomněla minulou stížnost i rozhodnutí Arbitrážní komise i rozhodnutí o protestu zadavatele. Zatímco se v minulé kampani zadavatel vymezoval proti konkrétním a specifikovaným konkurenčním výrobkům, v případě této kampaně to neplatí. Jediným parametrem srovnání zůstává cena (o 15% levnější), což zákon připouští. V této kampani se výrobky Tesco rovněž vymezují – jsou levnější, ale nevzniká tu riziko klamání spotřebitele. V tom spatřuje Arbitrážní komise také výraznou odlišnost od kampaně předchozí, která za klamavou označena byla. Předmětná reklama v této podobě neporušuje normy kodexu reklamy. Reklama byla označena za etickou. Rozhodnutí AK RPR: Stížnost se zamítá, reklama je etická.

Tento další případ srovnávací reklamy před soudem by byl podle mého názoru podroben ještě detailnímu zkoumání a prokazování, pokud by se jednalo o případ obdobný, avšak nikoliv stejný. Soud by zkoumal namítané nepřipustné srovnání i to, kdo (jiný soutěžitel) v ní byl případně označen (přímo nebo nepřímo). Předpokládám, že by nakonec soud dospěl k závěru, že se jedná (také jako v předchozím případě) o nekalosoutěžní srovnávací reklamu. Argumentace soudu by vycházela z ustanovení § 50a odst. 2, tedy z toho, že došlo k porušení některé z podmínek přípustnosti srovnávací reklamy.

7. ZÁVĚR

Z ustanovení obchodního zákoníku, příslušných článků směrnic ES i článků Kodexu reklamy i ze zkoumaných praktických případů klamavé a srovnávací reklamy, posuzovaných Arbitrážní komisí RPR, vyplývá, že pokud by byla nekalosoutěžní reklama odkázána pouze na rozhodování soudní (k soukromoprávním žalobám), mnohé případy klamavé, nedovolené srovnávací i jinak nekalé reklamy by nebyly vůbec sankcionovány. Samoregulace reklamy totiž dokáže podchytit značnou část závadné reklamy a skrze rozhodnutí Arbitrážní komise RPR vyřešit případy reklamy, které porušují Kodex reklamy (např. reklamu neetickou, neslušnou).

Literature:

- ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEŽEK, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007, 652 s., ISBN 978-80-7179-583-4
- MUNKOVÁ, J.: Právo proti nekalé soutěži. Komentář. 3. vydání, Praha: C. H. Beck, 2008, 244 s., ISBN 978-80-7179-543-8
- HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000, 329 s., ISBN 80-210-2282-5.
- VEČERKOVÁ, E.: Nekalá soutěž a reklama (Vybrané kapitoly). 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005, 330 s. ISBN 80-210-3607-9

Contact – email

eva.vecerkova@law.muni.cz