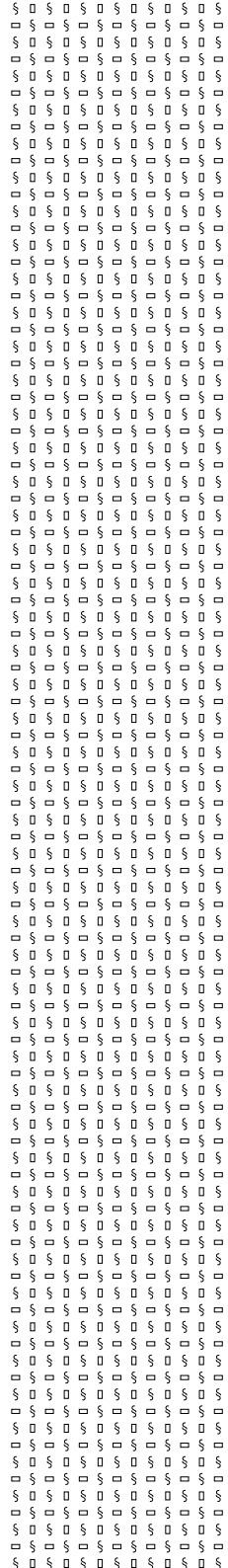




SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY  
MASARYKOVY UNIVERZITY

---

řada teoretická  
svazek č. 526



# **DNY PRÁVA 2014 – DAYS OF LAW 2014**

## **Část VII.**

### **Sborník příspěvků z oblasti veřejného práva**

Eds.:

Jakub Hanák  
Milana Hrušáková  
Jiří Valdhans

Masarykova univerzita  
Brno 2015

Recenzenti:

JUDr. Ing. Filip Dienstbier, Ph.D.

doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc.

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, PhD., DSc., Univ. Priv. Prof.

© 2015 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-7903-8

---

# Obsah

<b>Some aspects of the Hungarian regulation on ragweed</b> .....	7
Zsolt Ercsey – Zsombor Ercsey	
<b>Odpovědnost za předpověď přírodních událostí</b> .....	13
Jaroslav Chyba	
<b>Ke stavbě jako předmětu díla (a dílu s nehmotným výsledkem činnosti)</b> .....	20
Karel Marek	
<b>Příliš hlučná zábava? Hlukové limity a hudební festivaly v Česku</b> .....	40
Vojtěch Vomáčka	
<b>Admissibility of evidence of scent identification-lineup in Hungary</b> .....	57
Horváth Orsolya	
<b>New rules of criminal procedure in the matter of evidence administration</b> .....	71
Ruxandra Raducanu Adi Oroveanu Hantiu	



---

# Some aspects of the Hungarian regulation on ragweed

*Zsolt Ercsey – Zsombor Ercsey*

University of Pécs, Pollack Mihály Faculty of Engineering and Information Technology, Hungary – Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Faculty of Law, Hungary

## **Abstract**

The common ragweed is the most widely spread weed in Hungary causing economic damage from the agricultural point of view, and raising health care issues, since the pollen thereof is very allergic. Regarding the protection against ragweed, fundamental rights are in conflict, such as the right to health and to a healthy environment on the one hand, and the right to property on the other hand. This conflict and the applied procedures are highlighted by this paper. The current work was partially supported by the grant SROP-4. 2. 2.C-11/1/KONV-2012-0005, Well-being in the Information Society.

## **Keywords**

Ragweed; Constitutional Rights; Weed Control; Right to Ownership; Administrative Procedure.

## **1 Introduction**

The common ragweed (*Ambrosia artemisiifolia* L) is the most widely spread weed in Hungary causing economic damage from the agricultural point of view, and raising health care issues, since the pollen thereof is very allergic. In order to provide the right to health and healthy environment, it is a significant aim of the state to prevent the spread of the ragweed. The right to health and the right to ownership are declared in the constitution, therefore the official procedure of the weed control results in the conflict of two basic rights. In most cases the owners are obliged to provide protection against the allergic ragweed, irrespectively of what they wish to do with their own land, and in case they fail to fight against these species, the authorities

are entitled to make the necessary steps within the scope of administrative procedures. These steps include even physical actions carried out on the field against the ragweed, but a fine is imposed first, if the requirements are not met. The current paper analysis the different rights and interests in this regard, focusing on the Hungarian regulation on plant protection, as well as pointing out the major rules of the European Union.

## **2 Common ragweed in the centre of interest – human biology point of view and agricultural point of view**

The common ragweed (*Ambrosia artemisiifolia* L.) is native in the Americas. It can only be found in Hungary since the First World War. There exist more than 350 weeds in Hungary, out of which the most spread is the common ragweed.

This invasive species is the most widely spread weed today (see the five national weed surveys between 1947 and 2008). In Europe, Hungary is considered to be the mostly infected. It is very important from human biological point of view: its pollen is the most common pollen causing fiercest allergic symptoms. In the last decade, the number of allergic patients increased nine-fold, today every fifth person is allergic to ragweed in Hungary.

In Hungary, ragweed can be found in more than 5.4 million ha, out of which more than 700,000 ha is highly infected. Can be found in agricultural lands, for example in sunflower, in ruderal areas after soil cultivation, close to residential areas and industrial areas. Dominant in the first and second years, its presence and extent may vary widely. In Hungary each land user and land owner is obliged by law to remove ragweed from the territory.

## **3 Conflict of fundamental rights**

The right to health and healthy environment is declared as a fundamental right in the Hungarian constitution. According to the section XXI of the Fundamental Law of Hungary, the state shall recognize and implement the right of all to a healthy environment. In order to provide the right to health and to a healthy environment, it is a common interest and aim to prevent the reproduction, accretion and spreading of the ragweed. This essential interest has not been changed by the newer and newer administrative proceedings



either, which were challenged and criticized heavily by the land owners, who referred to their ownership rights on their own property. In fact, Section XIII (1) of the Fundamental Law of Hungary states that everyone shall have the right to property and to succession, but it is also stated that the ownership of property shall entail social responsibility.

Taking into account the above, the administrative procedure of weed control results in the conflict of two fundamental rights: the right to property and the right to a healthy environment. However, this conflict may be resolved reasonably, also with regard to the fact that the right to property may be restricted the most among the fundamental rights. Accordingly, nobody is entitled to jeopardize anybody else's health due to any reason, not even referring to the ownership rights, irrespectively whether it happens actively or inactively.

The ragweed control is an active obligation, thus the breach of law occurs because of omission, when the owner does not fulfil the related obligations thereof. The owner is obviously entitled to dispose upon the property thereof, but exercising the right to disposal, or even non utilizing the disposal rights in relation to weed control may not result in harming others' rights or lawful interests.

According to the traditional approach of plant protection law, the ragweed was not a privileged type of weed, which used to be regulated together with the other weeds that obstruct agricultural production. Later it became in focus, due to public health reasons, to be more precise, due to the highly allergen affects thereof.

On 1 September 2008, the Act XLVI of 2008 on the Food Supply Chain and on the Control and Supervision of the Food Supply Chain entered into force. Simultaneously, the corresponding government decrees were changed as well, and ragweed became to the focus of the plant protection regulation, also indicated in the name of the new government decree.

The powers regarding the general protection and ragweed control are separated according to the location of the land in question. Basically, if the land is located within the living area, the municipality clerk (notary of the local self-government) is authorized to take actions, and in case the land is located

outside the living area, the plant and soil protection directories of the prefectures are entitled to use certain measures, in order to enforce the mandatory tasks.

The general protection due to public interest is ordered by the plant and soil protection directories of the prefectures in case of lands outside the living areas, and by the municipality clerk (notary) within the living areas.

In case the municipality shall be deemed as the user of a land located within the living areas, and it does not fulfil the obligations thereof regarding the ragweed control, the plant and soil protection directories of the prefectures are empowered to order the general protection for public interest. So, in order to avoid the conflict of interest, in case the user of the land located within the living area is the municipality itself (e.g. the local self-government of the town in question or the capital), and the user does not act in compliance with the obligations thereof regarding the plant protection of ragweed, the protection against ragweed shall be ordered by the plant and soil protection directories of the prefectures.

In accordance with the above, the site inspection to establish the negligence of the fulfilment of the protection obligation shall be ordered by the land registry offices of the prefectures for lands outside, and by the municipality clerk outside the living area. In case it is proved that the land is infected, it should be clearly and carefully identified with plot number inside, and with coordinates outside the living area.

It is important to note that the order of the general protection obviously results in imposing a plant protection fine as well, since then it is established that the user of the land did not fulfil the related obligations thereof, which is the legal ground of fining. Regarding the fines and the related procedures, the powers are centralized, so there is no distinction between competences based on the location of the land, since all fines may be imposed by the plant and soil protection directories of the prefectures, irrespectively of the location, so both within and outside the living area.

The plant protection fine shall be imposed for, among others, any breach of the obligation for the prompt eradication of prohibited harmful organisms, for spreading prohibited harmful organisms or providing aid for

spreading such organisms, and for any violation of a quarantine order; any conduct with controlled products jeopardizing the health of humans or animals, food safety and feed safety, and that is harmful to the environment; furthermore for any failure to comply with the obligation for protection against the common ragweed.

There are other scenarios, in which a fine shall be imposed, and it may be imposed repeatedly. For example for the marketing or advertising of any controlled products without authorization or by way of derogation from the authorization, or for offering such products to the public or for using them; for any failure to comply with the obligation of notification of any active substance that is determined pure by analytical methods during the current year; for any violation of the prohibition for the movement of apiaries ordered for plant protection reasons; for any violation of the provisions set out in Regulation (EC) No. 2003/2003 of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 relating to fertilizers concerning labelling, packaging, establishment within the Community, records, nutrient contents, and to certain types of fertilizers; for the placing on the market or use of any plant protection equipment without marketing authorization (type assessment) or without periodic review or approval; for any violation of the obligation of notification of any contamination by prohibited harmful organisms; for obstructing the plant protection operations with herbicides, as ordered by the food supply chain supervisory agency; for obstructing the activities of the plant health authority, ignoring the measures taken by the authority, and for obstructing the carrying out of protective measures at the government level or in the public interest; for any infringement of the provisions in connection with crop protection relating to plant health, experiments, production, destruction, manufacture, presentation, packaging, marking, warehousing, transportation operations, and to application and placing on the market; for any violation of plant health restrictions prescribed or ordered; for any infringement of the obligation of data disclosure, keeping records and registration prescribed in this Act and in legislation adopted for the implementation of this Act.

Regarding the lands outside the living areas, the plant and soil protection directory acts according to the evidence gathered and handed over by the

land registry authority, which is the land registry office of the prefectures. In connection with the lands located within the living area, the measures should be taken according to Point c) of Paragraph (1) of Section 94 of the Act CXL of 2004 on the General Rules of Administrative Proceedings and Services. Thus, if the authority reaches the conclusion upon the regulatory inspection that the client has violated any provisions of the relevant legislation or its decision, the authority shall contact the authority vested with powers to take the measures necessary - with the part of the report containing the infringement enclosed -, or shall bring disciplinary, misdemeanor, criminal or civil charges or request other proceedings.

Therefore the municipality clerk (notary of the local self-government), besides ordering the protection for public interest, shall approach the plant and soil protection directory of the prefecture, which has the powers of imposing a fine and takes the necessary steps accordingly. However, the prefecture is entitled to order site inspections within the living areas as well.

### **Contact – e-mail**

*ercsey@pmmik.pte.hu – ercsey.zsombor@kre.hu*

---

# Odpovědnost za předpověď přírodních událostí

*Jaroslav Chyba*

Povodí Moravy, s.p., Česká republika

## **Abstract in original language**

Pro vlastníka nemovitosti i podnikatele v řadě oborů je klíčová informace, zda nebo s jakou pravděpodobností se v oblasti jeho zájmu vyskytne přírodní událost typu povodeň, sesuv půdy, zemětřesení apod. V předkládané práci jsou popsány a analyzovány základní pojmy a metody tvorby předpovědi. Zvláštní pozornost je věnována odpovědnosti za předpověď v závislosti na metodě právní regulace - zejména uplatnění sankcí v mezinárodním, správním, občanském a trestním právu.

## **Keywords in original language**

Odpovědnost; předpověď; zemětřesení, povodeň; Aquila.

## **Abstract**

The prediction of natural events such as flood, landslide or earthquake is of crucial importance for a landsowner or entrepreneur. Basic notions and methods of prediction are analysed in the paper. Special attention is paid to the liability for prediction depending on the method of legal regulation, especially international law, administrative law, civil law and criminal law.

## **Keywords**

Liability; Prediction; Earthquake; Flood.

## **1 Úvod**

Význam předpovědi pro podnikatele nebo vlastníka nemovitosti je evidentní. Pro zemědělce je významná dlouhodobá předpověď počasí, pro letecké dopravce předpověď počasí na několik hodin nebo dní, při projektování staveb je nezbytná předpověď zemětřesení, povodní nebo sesuvů půdy apod. Je pozoruhodné, že velmi spolehlivé dlouhodobé předpovědi některých přírodních jevů (např. postavení nebeských těles) jsou doloženy

již ve starověkých civilizacích. Naopak ani veškeré pokroky moderní matematiky, měřicí a výpočetní techniky neumožňují spolehlivou předpověď počasí být jen na několik dní. Analýza možností, předpokladů a konkrétních metod předpovědi je v současné době předmětem zájmu matematických a přírodovědných výzkumů a vědeckých konferencí. Z pohledu práva je zajímavé vymezit předpoklady odpovědnosti za předpověď, odpovědné subjekty a sankce v závislosti na metodách právní regulace.

## 2 Matematicko-fyzikální základy předpovědi

Jakákoliv vědecky podložená předpověď musí vycházet z analýzy minulosti a je založena na předpokladu, že v budoucnosti se uplatní stejné vlivy a stejné zákonitosti jako v minulosti. Převážnou většinu v praxi používaných předpovědí lze podřadit pod jeden ze dvou základních typů:

### 2.1 Statistická předpověď

Při tomto typu předpovědi nejde o výskyt nebo průběh jedné konkrétní události, ale o počet výskytů za určitou časovou jednotku nebo pravděpodobnost výskytu za určitých okolností - např. N-letá povodeň nebo pravděpodobnost, že po sérii drobných otřesů (tzv. pre-shocks) následuje zničující zemětřesení. Hlavním problémem je zpravidla nedostatek spolehlivých dat. Např. 100-letá voda neznamená, že by se periodicky opakovala po 100 letech, ale že se v dlouhodobém průměru vyskytne jednou za sto let, tedy např. desetkrát za 1000 let nebo stokrát za 10000 let. Takto dlouhé časové řady ale zpravidla nejsou k dispozici. Nedostatek dat je v praxi překrýván různými speciálními statistickými postupy, které ale nemohou odstranit primární nejistotu. Druhým problémem je předpoklad stacionarity, který bývá mlčky zahrnut do všech úvah tohoto typu, ačkoliv ve skutečnosti nemusí být splněn.

### 2.2 Kauzální předpověď

Tato předpověď vychází z fyzikálního modelu a snaží se předpovědět průběh událostí v konkrétním individuálním případě. Pokud jsou příslušné fyzikální procesy popsány lineárními parciálními diferenciálními rovnicemi, pak je zpravidla možno konstruovat spolehlivou předpověď. Tím se vysvětlují úspěchy současné techniky: převážná většina té fyziky, která tvoří základ

moderní techniky, je matematicky vyjádřena lineárními parciálními diferenciálními rovnicemi. Takové jsou např. Maxwellovy rovnice elektromagnetického pole, Hookův zákon v klasické teorii pružnosti, rovnice vedení tepla nebo Schrödingerova rovnice v kvantové mechanice. Naproti tomu Navier-Stokesova rovnice, popisující pohyb kontinua, je nelineární. Obecně platí, že nelineární systémy jsou extrémně citlivé vůči počátečním a okrajovým podmínkám a chovají se proto chaoticky. Právě proto není dlouhodobá spolehlivá předpověď počasí principiálně možná.

### 3 Vady předpovědi

#### 3.1 Předpověď *non lege artis*

V tomto případě jde především o předpověď, která nevychází z nejnovějšího stavu vědeckého poznání, není založena na spolehlivých datech nebo potřebném rozsahu dat, nehodnotí data podle zásad logického úsudku apod. Obecně lze říci, že za tento typ vady odpovídá autor předpovědi jako za každou nekvalitně odvedenou práci. V širším a subtilnějším smyslu lze pod tento typ vady subsumovat i excesivní a nekritickou aplikaci principu předběžné opatrnosti (viz dále v této podkapitole v části čtvrté).

#### 3.2 Nepřesná předpověď

Tento typ vady se vztahuje ke statistické předpovědi. Vzhledem k nedostatku dosti dlouhých časových řad je třeba předpovědi průběžně aktualizovat a zpřesňovat; v některých případech dokonce dochází k úplné změně referenční časové řady. Tak např. Český hydrometeorologický ústav do roku 2014 počítal m-denní průtoky ve vodních tocích z časové řady 1930-1980, a od r. 2014 z referenční časové řady 1980-2010. Je zřejmé, že diskrepance mezi starší a novější verzí může zapříčinit vznik újmy pro podnikatele nebo vlastníka pozemku, např. po aktualizaci se sníží disponibilní množství vody, zhorší ředící poměr pro vypouštění odpadních vod apod. V tomto případě je vyvození odpovědnosti značně obtížné a nemůže se ani opřít o judikaturu. Za určitých okolností může být nepřesnost předpovědi převedena na předchozí případ (předpověď *non lege artis*), ale obecně spíše půjde o *vis maior*.

### 3.3 Nesprávná předpověď - věc dopadla jinak, než bylo předpověděno

Tuto „vadu“ lze identifikovat teprve ex post. Použijeme-li standardní statistickou terminologii, pak můžeme označit jako nulovou hypotézu  $H_0$  normální chod věcí („business as usual“) a nesprávné předpovědi mohou být dvou druhů:

- a) chyba prvního druhu - nulová hypotéza zamítnuta, ačkoliv platí (falešný poplach),
- b) chyba druhého druhu - nulová hypotéza nebyla zamítnuta, ačkoliv neplatí; došlo ke škodě v důsledku nevyhlášení poplachu.

V případě chyby prvního i druhého druhu lze vyvodit odpovědnost jen tehdy, když metoda právní regulace zná institut objektivní odpovědnosti (odpovědnost za výsledek).

## 4 Odpovědnost za předpověď v mezinárodním právu

Mezinárodní soudní dvůr může (za souhlasu stran) rozhodovat spory mezi státy, avšak v mezinárodním právu chybí nadřazená exekutivní moc. Sankce jsou proto zpravidla svépomocné. Příkladem svépomocné sankce za jednání na základě předpovědi non lege artis je postup Československa ve věci Gabčíkovo. Československo a Maďarsko v osmdesátých letech minulého století uzavřely smlouvu o společném vybudování a využívání soustavy vodních děl Gabčíkovo – Nagymaros na Dunaji. Zatímco Československo svou část stavby realizovalo, Maďarsko bylo nečinné a po změně politických poměrů na přelomu osmdesátých a devadesátých let sdělilo, že od smlouvy odstoupuje. Odůvodněním byly obavy z negativních environmentálních dopadů - hlavně změna vodních poměrů a z toho plynoucí znehodnocení ekosystému. Po bezvýsledném jednání dokončilo Československo vodní dílo na svém území, což bylo spojeno s přeložením toku Dunaje. To vyvolalo protesty maďarské strany; spor byl řešen před Mezinárodním soudním dvorem. Rozsudek aproboval československý postup v tom, že sankce spočívající v dokončení díla na československém území byla oprávněná, její rozsah - tj. přeložení celého toku Dunaje - však byl nepřiměřený. Pro dané téma je podstatné, že Mezinárodní soudní dvůr nadřadil princip „pacta sunt



servanda“ nad princip předběžné opatrnosti. Předpověď negativních ekologických dopadů založená v podstatě jen na předběžné opatrnosti tedy byla shledána jako non lege artis.

## 5 Správní a civilní odpovědnost

Společným rysem správního a občanského práva je to, že v obou těchto právních odvětvích existuje institut objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek bez ohledu na zavinění. Sankcí je zásadně náhrada škody, povinným subjektem není autor předpovědi, nýbrž ten, kdo na základě předpovědi jedná a svým jednáním způsobil škodu. Typicky se může jednat např. o náhradu za ztrátu podzemní vody (§ 29 odst. 2 VZ), o náhradu za škody způsobené hornickou činností (§ 36-37a HZ) nebo o reparaci újmy na životním prostředí dle EkoÚZ. Pro reparaci důlních škod a újmy na životním prostředí je stanovena povinnost vytvářet finanční rezervu. De lege ferenda se nabízí úvaha, zda by nebylo účelné stanovit takovou povinnost pro reparaci jakýchkoliv škod nejen na životním prostředí, ale i na majetku fyzických a právnických osob. Taková rezerva by byla užitečná zejména v případě, že se škoda projeví s určitým časovým odstupem, kdy již povinná osoba třeba neexistuje nebo není solventní; proto by bylo vhodné, aby tyto rezervy byly spravovány nezávislou právnickou osobou. Pokud škoda vznikla jednáním na základě nesprávné předpovědi, nabízí se pro povinnou osobu možnost regresu vůči autorovi předpovědi podle § 2950 NOZ, který stanoví, že ten, „...kdo se hlásí jako příslušník určitého stavu nebo povolání k odbornému výkonu nebo jinak vystupuje jako odborník, nahradí škodu, způsobil-li ji neúplnou nebo nepřesnou informací nebo škodlivou radou danou za odměnu v záležitosti svého vědění nebo dovednosti. Jinak se hradí jen škoda, kterou někdo informací nebo radou způsobil vědomě.“ K uvedenému ustanovení zatím neexistuje judikatura a nelze odhadnout, zda bude vykládáno jako absolutní odpovědnost autora předpovědi, případně za jakých podmínek se autor předpovědi zproští odpovědnosti.

## 6 Trestní odpovědnost

Trestní odpovědnost za předpověď v českém právním řádu podle zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, lze teoreticky

vyvodit např. podle § 346 (odpovědnost znalce), § 357 (šíření poplašné zprávy) nebo § 273 (obecné ohrožení). Ve všech těchto případech musí být ve smyslu výše uvedené klasifikace prokázáno, že jde o předpověď non lege artis, a v případě § 357 je dokonce předpokladem trestnosti úmysl. Pro trestní postih tedy nedostačuje, že se faktický průběh událostí odchýlil od předpovědi. V praxi není známo, že by za předpověď - ať již podle jakéhokoliv paragrafu - byl dosud někdo trestně stíhán.

## 7 Příklad Aquila

Italské město Aquila bylo 6. 4. 2009 zničeno zemětřesením 6. stupně; zahynulo téměř 300 osob a dalších více než tisíc osob bylo vážně zraněno. Zničujícím zemětřesení předcházela několikadenní série otřesů („pre-shocks“); zasedala expertní komise, která vydala uklidňující předpověď „...i forti terremoti in Abruzzo hanno periodi di ritorno molto lunghi. Improbabile il rischio a breve di una forte scossa come quella del 1703, pur se non si può escludere in maniera assoluta.“ („...silná zemětřesení v oblasti Abruzzo se opakují s velmi dlouhou periodou. Silné otřesy podobné jako v roce 1703 jsou v dohledné době nepravděpodobné, ačkoliv se nedají s absolutní jistotou vyloučit.“) Zemětřesení v této oblasti není nijak výjimečné; srovnatelnou intenzitu měla zemětřesení 1349, 1461, 1703. Z toho v letech 1461 a 1703 je doloženo, že ničivému zemětřesení předcházely obdobné otřesy jako v roce 2009. Prvostupňový soud odsoudil sedm seismologů (z toho šest vědců z akademických institucí a jednoho vysokého funkcionáře státní správy) k šestiletému trestu odnětí svobody „per colpa negligenza imprudenza“, což v české právní terminologii lze chápat jako vědomou nedbalost. Tento rozsudek byl celosvětově kritizován právníky i geofyziky jako kriminalizace vědy a byl přirovnáván k inkvizičním procesům. Na podporu odsouzených vznikla petice s mnoha tisíci podpisů, mj. i z České republiky. Názory doporučující zdrženlivost a zdůrazňující nepřipustnost petičního zasahování do soudního rozhodování byly menšinové. Odvolací soud zprostil šest obžalovaných vědců obžaloby a snížil trest sedmému obžalovanému na dva roky odnětí svobody. Odůvodnění v okamžiku redakce této kapitoly ještě nebylo publikováno; nicméně ze skutečnosti,

že odsouzen byl pouze funkcionář státní správy, lze usoudit, že odvolací soud neshledal trestný čin v samotné předpovědi, ale v jednání (resp. nečinnosti) onoho úředníka státní správy.

## 8 Závěr

Závěrem je třeba zdůraznit, že možnost předpovědi přírodních událostí je omezena samotnou podstatou přírodních dějů, které mnohdy probíhají chaoticky. Odpovědnost je jednoznačná v případech, kdy předpověď byla zpracována nekvalitně (*non lege artis*), v ostatních případech pak zpravidla lze vyvodit objektivní odpovědnost vůči tomu, kdo na základě předpovědi jedná - nikoliv tedy přímo vůči autorovi předpovědi. NOZ nabízí sice v § 2950 možnost regresu vůči autorovi předpovědi, ale rozsah použitelnosti tohoto ustanovení vyplyne až z judikatury. Osobně se domnívám, že praktický význam onoho ustanovení nebude veliký, protože tvůrci předpovědi nepochybně budou své předpovědi doprovázet nějakou floskulí jako např. v případě Aquila („...s absolutní jistotou se nedá nic vyloučit“).

## Literature

Anděl, J.: Statistická analýza časových řad, Praha: SNTL, 1976, 271 s.

Chyba, J.: Problems of Prediction in Earth Sciences, Praha: Proceedings of the International Symposium Mathematical Methods in Geology, 2011, ISBN 978-80-904993-1-7.

Chyba, J.: Liability for Prediction in Geophysics and Hydrology, Příbram: Proceedings of the International Mining Symposium, 2013, ISBN 978-80-904993-3-1.

Horák, J. et al: Deterministický chaos a jeho fyzikální aplikace, Praha: Academia, 2003, 437 s., ISBN 80-200-0910-8.

## Contact – e-mail

*chyba@pma.cz*

# Ke stavbě jako předmětu díla (a dílu s nehmotným výsledkem činnosti)

*Karel Marek*

Akademie Sting Brno, Česká republika

## **Abstract in original language**

Nová úprava, daná občanským zákoníkem č. 89/2012 Sb., nahradila úpravu smlouvy o dílo, danou zrušeným občanským zákoníkem z roku 1964, i obchodním zákoníkem z roku 1991, který byl novým ObčZ rovněž zrušen. Příspěvek se zabývá nejdůležitějšími ustanoveními nové podoby smlouvy o dílo. Za základ návrhu nové úpravy byla vzata úprava obchodního zákoníku s přihlédnutím k některým zahraničním úpravám, protože pojetí smlouvy o dílo v platném občanském zákoníku je poplatné jeho původní koncepci z r. 1964 a vzoru občanského zákoníku z r. 1950. V určitých směrech se přihlíží i k některým ustanovením někdejšího zákoníku mezinárodního obchodu, jehož normativní konstrukce platný obchodní zákoník přejímal, ale které byly často formulovány přesněji a přehledněji než stávající úprava.

## **Keywords in original language**

občanské právo; obchodní právo; občanský zákoník; nový občanský zákoník; obchodní zákoník; smlouva o dílo.

## **Abstract**

The new legislation, given by the Civil Code, Law No. 89/ 2012 Coll. and effective from 1 January 2014, replaced the regulation of the contract for work, as contained in the abolished Civil Code of 1964, as well as the in the Czech Commercial Code of 1991 that was also cancelled by the new Civil Code of 2012. The paper describes the most important provisions of the new shape the of contract for work. The basis for the draft new legislation was taken from the regulation of this contract by the Commercial Code and having taken regard to certain legal regulations by other countries, because the concept of contract work as contained in the former Civil Code was

strongly influenced by its original design from 1964 and the by patterns of the Civil Code of 1950. In some respect certain provisions of former Code of International Trade were also take into account, the normative structure of which was “borrowed” by the later Commercial Code. The new Civil Code regulation, however, should be more precise and clearer than the previous arrangements.

## **Keywords**

Civil Law; Business Law; Civil Code; New Civil Code; Commercial Code; Contract for Work.

## **1 Úvod**

Úvodem si dovoluujeme poděkovat za pozvání na Dny práva, které se tradičně konají na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Letos se jednání sekce práva životního prostředí koná i k počtě životního jubilea dlouholetého vedoucího Katedry práva životního prostředí Právnické fakulty MU pana doc. JUDr. Ing. Milana Pekárka, CSc. Svoji účastí k tomu rádi přispíváme a jubilantovi srdečně blahopřejeme.

Nadepsané téma jsme zvolili proto, že se mj. váže na vytváření vhodného životního prostředí u nás.

Výstavbu lze totiž charakterizovat nejen jako činnost, kde jde mj. o značné finanční prostředky, značné technické prostředky, časovou náročnost a náročnost na řízení tohoto procesu, ale i jako činnost s významnými ekologickými aspekty.

Kromě jiných smluv se ve výstavbě začasté realizuje smlouva o dílo. Ta je dnes upravena v občanském zákoníku. V jejím rámci je v ustanovení § 2623 a násl. speciální právní úprava pro stavby pod nadpisem Stavba jako předmět díla.

Ustanovení § 2623 určuje, že není-li stanoveno jinak, použijí se na smlouvu o úpravě nemovité věci a na smlouvu o zhotovení, opravě nebo úpravě stavby ustanovení prvního oddílu o dílu.

Důvodová zpráva uvádí, že souborem zvláštních ustanovení se upravují některá specifika děl prováděných jako stavební práce. Typické případy jsou zhotovení stavby, její oprava nebo úprava, mohou však přicházet v úvahu i jiné úpravy nemovité věci.

Předně má zhotovitel nést nebezpečí škody na stavbě až do jejího předání (ledaže by ke škodě došlo i jinak). V tom směru se přejímá § 651 občanského zákoníku č. 40/1964 Sb.

I při stavebních pracích má objednatel právo kontrolovat jejich provádění již podle obecné úpravy. Navrhuje se však, aby mu bylo přiznáno také právo požadovat předložení průběžného vyúčtování provedených prací a vynaložených nákladů v těch případech, kdy je cena ujednána podle jejich skutečného rozsahu.

Ustanovení o kontrolách díla na určitém stupni jejich provádění a o skrytých překážkách jsou převzata z obchodního zákoníku (§ 552 a 553).

Pokud se jedná o práva z vadného provedení díla, vymezil platný občanský zákoník dobu, do které mohou být uplatněny, třemi léty (§ 646 odst. 3), obchodní zákoník pěti lety (§ 562 odst. 2). Osnova se přiklání řešení obchodního zákoníku, které více odpovídá mezinárodním standardům. Avšak vzhledem k tomu, že u určitých částí stavby nelze pravidelně garantovat pětiletou životnost, navrhuje se po vzoru § 646 odst. 3 občanského zákoníku č. 40/1964 Sb. umožnit, aby v určitých případech pro některé části stavby prováděcí předpis tuto dobu zkrátil. Totéž se navrhuje umožnit i pro úmluvu stran; v tom případě však nelze zhoršit postavení objednatele, je-li slabší stranou.

Smlouva o dílo se často využívá právě ve výstavbě, kde je třeba zvládat pojmový aparát, který se vytvořil a kde použití příslušného pojmu s jeho daným obsahem vytvořeným jako obchodní zvyklost může být východiskem pro stanovení povinnosti některé ze smluvních stran.

## 2 Stavební část stavby

Kromě jednoduchých či liniových staveb, a to zvláště u staveb průmyslových, se stavba pravidelně člení na **stavební část stavby** (která však zahrnuje i jiné než stavební dodávky, a to ty, které do stavební části přísluší, např. světelné elektroinstalace, zdravotní techniku, rozvody ústředního vytápění apod.) a **technologickou část stavby** (nazývanou též strojně-technologickou částí stavby).

Stavební část stavby členíme na stavební objekty. **Stavební objekt** je definován jako prostorově ucelená část stavby, která je její základní částí.

### 3 Technologická část stavby

V technologické části je základní členění na provozní celky, provozní soubory a provozní jednotky. **Provozní celek** (PC) je souhrn vzájemně funkčně navazujících provozních souborů, vykonávající úplný technologický proces, popř. úplný technologický proces speciální jednoho druhu, určený dokumentací stavby a uváděný do provozu zpravidla v souvislém čase. Provozní celek je v hlavních rysech charakterizován druhem procesu, pro který je pořízován.

Provozní celek se člení na provozní soubory, a to obvykle na několik provozních souborů strojního, elektrotechnického a dalšího zařízení (u technologických staveb) pro základní technologický proces (resp. technologický proces speciální) a z dalších provozních souborů pro doplňkově technologické procesy. Za provozní celek se považují úplná technologická zařízení např. pro strojírenský závod či úpravnu odpadních vod.

U složitých výrobních staveb je možno provozní celek člení na dílčí provozní celky. Provozní celek těchto staveb je charakterizován kompletností technologie od vstupu surovin, polotovarů a jiných materiálů určených ke zpracování až po výstup finálních výrobků, případně včetně balení a expedice.

**Dílčí provozní celek** (DPC) je souhrn vzájemně funkčně navazujících provozních souborů, vykonávající dílčí část úplného technologického procesu, popř. dílčí část úplného technologického procesu speciálního, určený dokumentací stavby a uváděný do provozu zpravidla v souvislém čase.

Také dílčí provozní celek se člení na provozní soubory, u výrobních staveb je charakterizován uzavřeným technologickým procesem, který je na vstupu a výstupu obvykle ukončen jeho částečným přerušením (mezisklad, silo, skládka atd.). Při návrhu členění je třeba vycházet ze zajištění komplexnosti funkce příslušného dílčího provozního celku tak, aby bylo možno zajistit provádění samostatných komplexních vyzkoušení dílčích provozních celků a jejich postupné předávání a přípravu pro následný zkušební provoz (garanční zkoušky).

**Provozní soubor** (PS) je funkčně ucelená část provozního celku, dílčího provozního celku nebo technologické části stavby (soubor strojů a zařízení tvořící samostatný funkční celek), tvořená souhrnem technologických

zařízení, vykonávající ucelený dílčí technologický, tj. samostatný proces, popř. technologický speciální proces, nebo úplný technologický proces doplňkový, určená dokumentací stavby a uváděná do provozu zpravidla v souvislém čase.

Provozní soubor se zpravidla člení na provozní jednotky nebo na provozní jednotky a základní jednotky anebo přímo na základní jednotky. Pokud je to účelné (např. pro dodavatelské zajištění stavby), člení se provozní soubor na dílčí provozní soubory, nebo na dílčí provozní soubory a provozní jednotky, popř. přímo na základní jednotky.

**Dílčí provozní soubor** (DPS) je funkčně ucelená část provozního souboru, tvořená souhrnem technologických zařízení a vykonávající samostatný dílčí technologický proces (popř. technologický proces speciální nebo doplňkový), určená dokumentací stavby a uváděná do provozu zpravidla v souvislém čase. Používá se jen výjimečně u velmi členitých a složitých zařízení, kdy mezi provozní soubor a provozní jednotku je účelné nebo potřebné vložit další mezistupeň. Člení se na provozní jednotky nebo na provozní jednotky a základní jednotky anebo přímo na základní jednotky.

**Provozní jednotka** (PJ) je funkčně ucelená část provozního souboru nebo dílčího provozního souboru, tvořená souhrnem technologických zařízení a vykonávající ucelenou část dílčího technologického procesu určeného dokumentací stavby.

Provozní jednotka se může členit na základní jednotky. Funkční skladba provozní jednotky se stanoví v dokumentaci stavby a její funkci lze ověřit jen současným vyzkoušením všech základních jednotek ji tvořících.

**Základní jednotka** (ZJ) je výrobek dodávaný jedním výrobcem, který má jako celek samostatné určení, plní určitou vymezenou a trvalou provozně technickou funkci hlavní nebo pomocnou a tvoří konstrukčně uzavřenou jednotku, kterou nelze beze zbytku rozdělit na dvě nebo více funkčních jednotek. Základní jednotka se v dokumentaci stavby dále nečlení.

Pojem základní jednotka má v podstatě charakter kusové dodávky, jde o označení samostatného stroje nebo zařízení.



## 4 Způsob realizace stavby

Způsob realizace stavby lze rozlišovat podle toho, jakou měrou přispívají účastníci k realizaci stavby. **Dodavatelský systém** určuje, které subjekty jsou v přímém vztahu k investorovi, či ve vztahu k jiným subjektům, a jakým způsobem dodávají.

**Dodávkami na klíč** se pak rozumí dodávky celé stavby (tj. stavební části a technologické části).

**Generální dodávka** vychází z rozsahu celé stavební části stavby či technologické části stavby. U technologické části stavby vychází z úrovně provozního celku.

**Finální dodávka** je dodávka na úrovni provozního souboru a finální poddodávka na úrovni dílčího provozního souboru.

Pokud se jedná o stroj (stroje), zařízení, které jsou současně dodávány, montovány a odzkoušeny, funkci (technologického či netechnologického) procesu nezajišťující, jde o tzv. dodávku smontovaných strojů.

Zvláště z hlediska praxe má pak pochopitelně význam označení a definování provozně nevyzkoušených strojů a zařízení. Provozně nevyzkoušené stroje a zařízení jsou specifické tím, že jsou dodávány na stavbu, aniž bylo možno předtím plně ověřit jejich funkceschopnost v podmínkách, které odpovídají konkrétním provozním podmínkám dané stavby.

**Investorem** je osoba, která stavbu pro sebe nebo pro jiného připravuje a zajišťuje. Jde o subjekt uzavírající pro přípravu a realizaci stavby smlouvy s dalšími účastníky výstavby.

Pokud není investor vhodně procesně vybaven (nemá vnitřní kvalifikovaný útvar či pracovníky potřebných odborností), může pro něj investorské činnosti vykonávat specializovaný subjekt (např. tzv. inženýrské nebo projektově-inženýrské organizace), např. na základě tzv. nepojmenované smlouvy.

**Generální projektant** je osoba, která plní pro stavbu projekty odpovídající zásadně rozsahu stavební i technologické části stavby (smluvně však může být předmět plnění, tak jako u plnění jiných, vymezen).

Pod pojmem **dodavatelé** pak rozumíme osoby, které zabezpečují (provádějí) dodávky pro stavbu, ať již na základě smlouvy o dílo či jiných smluv.

V tomto rámci jsou i vyšší dodávky a jim odpovídající vyšší dodavatelé, tj. **generální dodavatelé** (na úrovni provozního celku), **finální dodavatelé** (na úrovni provozního souboru), **finální poddodavatelé** (na úrovni dílčího provozního souboru).

**Kusové dodávky** jsou dodávky zboží podle smluv kupních nebo dílčích montáží podle smlouvy o dílo, jejich dodavatelé (prodávající, zhotovitelé) nesou označení kusoví dodavatelé.

## 5 Dokumentace stavby

**Dokumentace stavby** je přitom takový souhrn dokladů, které se pro stavbu zpracovávají v souladu s funkcemi, které budou plnit.

V první etapě (fázi) jde o **dokumentaci při přípravě investice**, tj. před fází zpracování jednotlivých stupňů „projektové dokumentace“ (tzv. předinvestiční fáze).

Jde zpravidla o zpracování **technicko-ekonomické studie** nebo studie souboru staveb. Studie především definuje cíle projektu (ve věcném i ekonomickém a časovém vyjádření) a prokazuje na koncepční úrovni vhodnost (ve variantách řešení zohledňujících i umístění stavby v území a krajině), že navržených a doporučených cílů investičního záměru – projektu lze dosáhnout. **Slouží rozhodnutí orgánů investora, zda projekt** (k dosažení navržených cílů – záměru projektu) **bude** (či nebude) **realizován**, a pokud ano, pak ve které z koncepčních variant navržených ve studii (z nichž jedna byla osobou zpracovatele studie doporučena).

Ve druhé etapě (fázi) se pravidelně zpracovávají jednotlivé **stupně potřebné projektové dokumentace**:

- dokumentace přikládaná k návrhu na vydání rozhodnutí o umístění stavby (DÚR),
- dokumentace přikládaná k žádosti o vydání stavebního povolení (DSP),
- dokumentace pro provedení stavby (DPS).

Mimo tyto stupně projektové dokumentace bývá zpracována:

- Realizační dokumentace stavby (RP) a zpracovává se pravidelně zhotovitelem;
- Dokumentace skutečného provedení stavby; zpracovává se vždy;

- Dokumentace pro výběr zhotovitele (DVZS); zpracovává se podle potřeby, zejména jde-li o veřejné zakázky;
- Koncepční projekt pro technologickou část stavby (KP) je zpracován jen v případě potřeby, tj. pro podrobnější vyjasnění navrhovaných technologických procesů v etapě, kdy bude teprve posléze vypracována DSP (která podle zvyklostí a podle požadavků stavebních úřadů neobsahuje podrobnější řešení technologické části stavby), tedy před zahájením prací na DPS tak, aby toto vyjasnění bylo pro zpracovatele DPS již závazné. Tento případ je žádoucí tehdy, když projekt pro provedení stavby (DPS) zpracovává přímo vybraný zhotovitel.

Pokud pro stavbu není třeba stavební povolení, ale stačí jen její ohlášení, zpracovává se **dokumentace k ohlášení stavby** (DOS).

U jednodušších staveb pochopitelně nemusí být vždy zpracovány všechny druhy a stupně dokumentace a některý druh dokumentace může plnit více funkcí.

## 6 Provedení zkoušek

Ve smlouvě bychom neměli opomenout ani **ujednání o zkouškách a splnění závazku**. Zkouškami se ověřují vlastnosti zkoušených plnění a jejich způsobilost. Existují různé druhy zkoušek, od technicky poměrně jednoduchých až po zkoušky odborně velmi složité. Zkoušky jsou začasťt vymezeny i právními předpisy, technickými předpisy či technickými normami.

**Individuální vyzkoušení** je v praxi používaný pojem pro smluvní povinnost zhotovitele, resp. dodavatele buď dodávky smontovaného výrobku, nebo montáže, popř. montážních prací. Rozumí se jím vyzkoušení stroje, zařízení nebo technického systému v rozsahu nutném pro prověření jeho úplnosti a jeho funkcí a současně ověření řádného provedení montáže, popř. jen ověření řádného provedení montáže (jedná-li se jen o montáže nebo montážní práce). Pokud má být individuální vyzkoušení smluvní povinností zhotovitele, musí být jako takové ve smlouvě sjednáno.

**Komplexním vyzkoušením** jsou zkoušky díla, které zásadně tvoří soubor strojů a zařízení. Dodavatel – zhotovitel jím prokazuje, že dílo je kvalitní a že je schopno zkušebního provozu (pokud je sjednán). Pojem komplexní vyzkoušení určuje, že se komplexně zkouší všechny části předmětu plnění.

**Zkušební provoz** navazuje na komplexní vyzkoušení (lze doporučit přesně sjednat, kdo ho bude provádět, bez výslovného sjednání bychom při interpretaci podle ostatních ustanovení smlouvy mohli docházet k různým závěrům; obecně přitom je tendence vývoje od zajišťování zkušebního provozu objednatelem k povinnosti zhotovitele) a ověřuje, zda zařízení bude za předpokládaných provozních podmínek schopno provozu v rozsahu stanoveném pro zkušební provoz v dokumentaci.

Zkušební provoz je **počáteční fáze užívání** (provozu) **stavby**. Během zkušebního provozu se obvykle realizuje náběhová křivka, tj. trajektorie (dráha), po níž se postupně naplňují cíle projektu. Spojuje komplexní vyzkoušení s garančními zkouškami nebo jiným způsobem prokázání a zhodnocení splnění cílů projektu. Alespoň ve svém závěru probíhá již v provozních podmínkách.

**Garanční zkoušky** prokazují, zda zařízení dosahuje ve smlouvě výslovně sjednaných hodnot a ukazatelů.

Zda bude provedeno individuální vyzkoušení, komplexní vyzkoušení, zkušební provoz a garanční zkoušky, popř. zda budou provedeny některé či všechny tyto zkoušky postupně, je věcí smluvního ujednání a vyplývá to z charakteru díla.

Jestliže podle smlouvy má být řádné provedení díla prokázáno provedením zkoušek, považuje se provedení díla za dokončené až poté, co byly tyto zkoušky úspěšně provedeny.

## 7 Spolupůsobení při výstavbě

Pro výstavbu je typické spolupůsobení, tj. plnění jednotlivých povinností, na nichž je závislé včasné plnění partnera (např. při ukládání beztlakých zemních nádrží zajistí objednatel – je-li to dohodnuto – na příslušné místo přívod vody pro jejich těsnostní zkoušku, ve stanovených dobách umožní zhotoviteli na příslušných místech odběr elektrické energie pro svářečské práce na rozvodu potrubí apod.).

Pokud není prováděna dodávka „na klíč“ a objednatel má ve výstavbě jako smluvní partnery více zhotovitelů, musí být přesně prováděno i postupné předávání pracoviště. Může být též dohodnuto dočasné využívání jednotlivých objektů objednatele jako zařízení staveniště.

**Otázky zařízení staveniště**, tj. otázky budování nových či využití dosavadních objektů a zařízení pro sociální, provozní a výrobní účely zhotovitele (zhotovitelů), je opět vhodné dohodnout ve smlouvě. (Jedná se např. o objekty pro stravování, ubytování pracovníků, kryté i otevřené sklady a mj. přípojky inženýrských sítí.)

Dohodnout je případně třeba i **otázky přepravních dispozic a vykládky zásilek**. Dá se říci, že úměrně s rozsahem díla může růst i rozsah jednání o spolupůsobení.

U rozsáhlé výstavby je sjednána ve smlouvě řada vzájemných dílčích plnění (protiplnění). Některá mohou mít pro celkový výsledek zásadní význam, jiná mohou mít v daném případě jen okrajovou povahu (příkladem prvých může být nepředání stavební připravenosti, příkladem posléze uvedených jen nedostavení se objednatel k dílčímu zakrývání prací, které se posléze stanou nepřístupnými).

Při sjednávání **otázek spolupůsobení** je proto možné dohodnout, které dílčí povinnosti objednatel jsou těmi, na jejichž včasném splnění závisí řádné plnění zhotovitele.

Smluvně je možno volit různá řešení při spolupůsobení objednatel od minimálního rozsahu až po rozsah velmi podstatný. To najde i svoje vyjádření v ceně díla, kdy při minimu spolupůsobení bude cena zřejmě vyšší. Komplexní plnění s minimem jeho spolupůsobení sice objednatel méně zatěžuje, v konkrétních případech se však může stát, že pak zhotovitel např. přesunuje na stavbu mechanismy, které objednatel vlastní a plně nevyužívá, což nemusí být pro obě strany ekonomicky výhodné.

Dohodnuté spolupůsobení a rozsah spolupráce by však měl být vyjádřením smluvní vůle obou stran o racionálním řešení, nikoli výsledkem zneužití faktického silnějšího postavení některé ze smluvních stran. (Rubem racionálního řešení by např. bylo, kdyby zhotovitel nutil objednatel, aby od třetí osoby zakoupil speciální zařízení, které jinak nevyužije, a to proto, aby si jej v době výstavby vypůjčoval, nebo kdyby např. objednatel trval na tom, že si vodu potřebnou pro zkoušky musí zhotovitel zajistit sám, a přitom měl k dispozici dostatečný vodní zdroj.)

Pro sjednané spolupůsobení při postupně probíhajících pracích nemusí být doba jejich provádění dohodnuta ve smlouvě (jejich druh však ano), ani uvedena v případném harmonogramu prací, pokud jde o velmi dlíčí otázky u rozsáhlé akce, kdy nelze jejich provádění stanovit s denní přesností, a jedná se o spolupůsobení krátkodobé (např. přímá přítomnost hasičů z útvaru objednatele při provádění některých prací). U takové dohodnuté kategorie spolupůsobení může být sjednáno, že se vyžádání provede např. zápisem ve stavebním (montážním) deníku a dohodne se, kolik dní předem bude vyžádání provedeno.

Obecně by však v rámci spolupůsobení mělo být i na stanovení konkrétních lhůt těchto plnění pamatováno přímo ve smlouvě.

Mimo rozsah ujednání ovšem nemohou u spolupůsobení zůstat ani ujednání o jejich úplatě (ujednání o úplatě může vést k racionálnosti jejich rozsahu) či bezúplatnému poskytnutí (což může mít případně další příznivý vliv na cenu díla).

Objednatel i zhotovitel přitom musí zvažovat, zda se pro případ porušení povinnosti smluvní strany bude vycházet ze zákonné úpravy odpovědnosti za škodu, nebo zda se případně sjednají smluvní pokuty.

Povinnost k včasnému **předání staveniště**, eventuálně zařízení staveniště, případně předání montážního pracoviště, patří mezi rozhodující povinnosti objednatele. Konkrétně při předání staveniště je vhodné definovat, o jaké místo se jedná, jak je vymezeno a jaký je jeho stanovený rozsah. Může být dohodnuto, jak je staveniště vytyčeno s odkazem na příslušnou dokumentaci. Často bude třeba v návaznosti na dohodnutý rozsah předmětu plnění sjednat předání podkladu, v němž budou uvedeny všechny rozvodné sítě, kanalizace a další zařízení, eventuálně prohlášení, že takových není.

Jestliže se jedná o stavbu v místech, která vyžadují **zvláštní opatření k ochraně životního prostředí**, zejména ochranu protipožární, hygienickou, je potřeba dohodnout mj. označení daných prostorů.

Ve smlouvě by se nemělo případně zapomenout – podle povahy plnění – i na eventuální spolupůsobení při odvodnění stavby.

Rovněž bude často vhodné sjednávat zřízení či užívání cest pro příchod a příjezd, jakož i zabezpečení osvětlení, zřízení přívodu elektrické energie,

vody apod. Ujednávat by se mělo také to, kdo obstará povolení k užívání veřejných ploch a kdo bude hradit příslušné poplatky. Součástí smlouvy mohou být i ujednání o spolupůsobení při přeložkách podzemních vedení a překopech veřejných komunikací a změnách dopravního označení.

Předmětem dohody budou i tzv. **vstupy na staveniště** (pracoviště). Dohodnuto přitom bude, kteří zástupci objednatele jsou oprávněni ke vstupu, a pokud se staveniště nachází ve zvlášť střeženém prostoru, jak bude zajištěn vstup pro pracovníky zhotovitele.

V úvahu pak může přicházet i spolupůsobení při odstraňování odpadů a nečistot vzniklých zhotovováním díla.

Stranou zájmu účastníků smlouvy nezůstane často ani problematika střežení a eventuálně oplocení staveniště.

Vhodné je též sjednat spolupůsobení při přípravě a provádění zkoušek, při převzetí díla a vyklizení staveniště.

Může být dohodnuto i spolupůsobení (např. podrobnosti zajištění vstupů) pro případ odstraňování vad díla zhotovitelem po splnění, např. v záruční lhůtě nebo při oznámení vad po splnění.

Může se jednat i o poskytnutí mechanismů, lešení, montážních plošin, pomoc při přepravě a skladování hmot, případně provádění dalších činností.

Při sjednávání spolupůsobení ve smlouvách o dílo ve výstavbě lze široce smluvně využít skutečnosti, že právní úprava je stručná a zásadně dispoziitivní, smlouvu lze vhodně „tvořit“ podle konkrétních podmínek.

Ustanovení § 2623 výslovně uvádí, že se pro stavby použije ustanovení prvního oddílu tohoto dílu. Jedná se o § 2586 až 2619. Pro výstavbu je však typická i právní úprava druhého oddílu, tj. § 2620 až 2622, která se použije též.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Z judikatury:

PR 7/1995, s. 281: Stavba jako věc ve smyslu práva zpravidla vzniká v okamžiku, kdy je již jednoznačným a nezaměnitelným způsobem patrné alespoň dispoziční řešení prvního nadzemního podlaží. Pouze do doby, časově i kvalitativně tomuto okamžiku předcházející, lze hovořit o originálním způsobu nabytí vlastnictví ke stavbě vytvořením věci. Sou R NS 3/2001, s. 105: Nadzemní stavba zaniká a přestává být věcí v právním smyslu tehdy, není-li již patrné dispoziční řešení prvního nadzemního podlaží původní stavby, tj. zpravidla destrukcí obvodového zdiva pod úroveň stropu nad prvním podlažím obvykle při současném odstranění zdiva příček; objem nově zbudovaných konstrukcí na místě – v základech – původní stavby je v této souvislosti nerozhodný.

**Zhotovuje-li se objednateli stavba na objednávku, nese zhotovitel nebezpečí škody nebo zničení stavby až do jejího předání, ledaže by ke škodě došlo i jinak** (viz § 2624). Jde o ustanovení, které významně chrání objednatele.

**Rizika nebezpečí škody** nebo zničení při zhotovení stavby na objednávku nese zhotovitel, a to až do předání stavby objednateli.

To neplatí jen v tom případě, že by ke škodě došlo i jinak, tedy vlivem okolností, které nesouvisí se zhotovováním stavby na zakázku a které by nastaly i bez provádění díla (např. živelné události).<sup>2</sup>

**Je-li cena díla určena s odkazem na skutečný rozsah práce a její hodnotu nebo na hodnotu použitých věcí a výši dalších nákladů, vyúčtuje zhotovitel na žádost objednatele dosavadní postup prací, jakož i dosud vynaložené náklady** (§ 2625).

Toto speciální ustanovení upravuje případy, kdy je **cena určena s odkazem na skutečný rozsah práce** a její hodnotu nebo hodnotu použitých věcí a výši dalších nákladů, pak vyúčtuje zhotovitel na žádost objednatele dosavadní postup prací a dosud vynaložené náklady.

Jde o případy, kdy nebude sjednána cena podle rozpočtu ani cena pevná, ale půjde zejména o situace, po které je sjednán „**Kalkulační vzorec**“.

Problematiku úplaty za dílo, tj. určení ceny, zálohy, placení by měly strany dohodnout ve smlouvě. Je možno též dohodnout **různé způsoby placení**: převodem (na příkaz plátce), inkasem (na příkaz příjemce), placením směnkou (směnkami), za použití dokumentárního akreditivu atd.

**Stanoví-li smlouva, že objednatel zkontroluje předmět díla na určitém stupni jeho provádění, zhotovitel pozve objednatele ke kontrole. Nepozve-li jej včas nebo pozve-li jej ve zřejmě nevhodné době, umožní objednateli dodatečnou kontrolu a hradí náklady s tím spojené** (§ 2626 odst. 1).

<sup>2</sup> Z judikatury:

Rc 16/74: Došlo-li mezi občanem a stavební organizací ke smlouvě o postavení stavby, pak tu organizace zhotovuje věc, která již v průběhu provádění stavby patří občanovi, a nikoliv věc patřící stavební organizaci, kterou by po dokončení stavby teprve na občana převáděla.



**Nedostaví-li se objednatel ke kontrole, na niž byl řádně pozván nebo jež se měla konat podle ujednaného časového rozvrhu, může zhotovitel pokračovat v provádění díla. Objednatel má právo na provedení dodatečné kontroly, nahradí však zhotoviteli náklady s tím spojené, zabránila-li mu v účasti na kontrole vyšší moc a požádal-li o dodatečnou kontrolu bez zbytečného odkladu, jinak jde k jeho tíži vše, co dodatečná kontrola vyvolá (§ 2626 odst. 2).**

Kontrola díla může být průběžná. Zejména ve výstavbě však může být praktické sjednat dobu provedení některých kontrol ve smlouvě, zejména u prací, které budou v dalším průběhu zakryty. Pokud by nebyla sjednána specifická ujednání ve smlouvě, nemá obecně vliv případné neprovedení kontroly na možnost uplatnit odpovědnost za vady.

Objednatel je oprávněn **kontrolovat provádění díla**. Kromě kontroly uskutečňované průběžně bude přicházet v úvahu i kontrola předmětu díla na určitém stupni jeho provádění.

Stanoví-li smlouva, že objednatel je oprávněn zkontrolovat předmět díla na určitém stupni jeho provádění, je zhotovitel povinen včas **objednatele pozvat k provedení kontroly**. Nesplní-li zhotovitel tuto povinnost, je povinen umožnit objednateli provedení dodatečné kontroly a nést náklady s tím spojené.

Nedostaví-li se objednatel ke kontrole, na kterou byl řádně pozván nebo která se měla konat podle dohodnutého časového rozvrhu, může zhotovitel pokračovat v provádění díla. Jestliže však účast na kontrole byla objednateli znemožněna vyšší mocí, může objednatel bez zbytečného odkladu požadovat provedení dodatečné kontroly, je však povinen zhotoviteli nahradit náklady způsobené opožděním kontroly.

Při provádění díla může v jednotlivých etapách docházet k „**zakrývání prací**“. „Zakrývání prací“ je jedním z případů, kdy je třeba provést kontrolu na určitém stupni jeho provádění. Pozvání objednatele (výzva objednateli) a povinnost účasti objednatele při „zakrývání prací“ obvykle mívá zvláštní smluvní ujednání.

Dřívější předpisy ve výstavbě (tzv. základní podmínky dodávek) rovněž počítaly s průběžnou kontrolou odběratelské strany. Funkcionář – zástupce

investora, který plnil i tyto úkoly, vykonával předpisy stanovenou funkci tzv. technického dozorce (technického dozoru investora – viz zrušené vyhlášky č. 104/1973 Sb. a č. 13/1985 Sb. ve znění vyhlášky č. 29/1990 Sb.). Dnes je vhodné si tyto otázky dohodnout ve smlouvě.

Podle rozsahu výstavby (u drobných staveb to nebude třeba) je podle našeho názoru vhodné dohodnout ve smlouvě výkon technického dozoru a rozsah oprávnění konkrétních zástupců objednatele a zhotovitele k činnostem probíhajícím přímo na stavbě.

Rovněž považujeme za vhodné konkretizovat podrobnosti vedení stavebního (montážního) deníku, a to v souladu s úpravou stavebního zákona a jeho prováděcích předpisů. Připomeňme jen, že se deník vede zásadně ode dne zahájení prací na staveništi až do dne ukončení prací a odstranění všech vad.

Deník slouží k zaznamenávání všech důležitých (resp. dalších dohodnutých) skutečností a okolností týkajících se výstavby a může mimo jiné sloužit jako významný důkazní prostředek. Do deníku pak provádějí zápisy i orgány státního stavebního dohledu a orgány státní správy obecně. Deník slouží také jako běžný komunikační prostředek při zajištění spolupůsobení smluvních stran na stavbě. Základní otázky stavebního deníku upravuje dnes příloha vyhlášky o dokumentaci staveb.

**Zjistí-li zhotovitel při provádění díla skryté překážky týkající se místa, kde má být dílo provedeno, znemožňující provést dílo dohodnutým způsobem, oznámí to bez zbytečného odkladu objednateli a navrhne mu změnu díla. Do dosažení dohody o změně díla může jeho provádění přerušit (§ 2627 odst. 1).**

**Nedohodnou-li se strany na změně smlouvy v přiměřené lhůtě, může kterákoli z nich od smlouvy odstoupit. Zhotovitel má právo na cenu za část díla provedenou do doby, než překážku mohl při vynaložení potřebné péče odhalit (§ 2627 odst. 2).**

Tato právní úprava počítá se skrytými překážkami při provádění díla. Na rozdíl od úpravy předchozí (v obchodním zákoníku), může jít jen o překážky týkající se místa, kde má být dílo provedeno.

Současně musí být splněny podmínky:

- je znemožněno provést dílo dohodnutým způsobem,
- oznámení bylo provedeno bez zbytečného odkladu a byla navržena změna díla.

Do dosažení dohody o změně může zhotovitel provádění díla přerušit. Jestliže se strany nedohodnou v přiměřené lhůtě, může zhotovitel nebo objednatel od smlouvy odstoupit. Zhotovitel by pak měl právo na cenu za část díla za splnění podmínky poslední věty druhého odstavce.

Další ustanovení určuje, že **objednatel nemá právo odmítnout převzetí stavby pro ojedinělé drobné vady, které samy o sobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani její užívání podstatným způsobem neomezují** (§ 2628).<sup>3</sup>

Toto ustanovení lze přivítat jako úpravu řešící řadu problémů, které se dříve vyskytovaly. U staveb se totiž ojedinělým drobným vadám (např. u nátěrů) nelze prakticky vyhnout. Ostatně i zahraniční úpravy s tím počítají (např. v podmínkách pro provádění staveb v Německu). Je však třeba zdůraznit, že musí jít jen o vady § 2628 definované.

**Soud nepřizná právo ze skryté vady, které objednatel neoznámil bez zbytečného odkladu poté, co ji mohl při dostatečné péči zjistit, nejpozději však do pěti let od převzetí stavby, namítne-li druhá strana, že právo nebylo uplatněno včas. Totéž platí o skryté vadě projektové dokumentace a o jiných obdobných plněních** (§ 2629 odst. 1).

**Prováděcí právní předpis může v odůvodněných případech stanovit zkrácení doby uvedené v odstavci 1 pro některé části stavby až na dva roky. Ujednají-li strany zkrácení této doby, nepřihlíží se k tomu, je-li objednatel slabší stranou** (§ 2629 odst. 2).

Pokud se tedy jedná o práva z vadného provedení, občanský zákoník vymezil lhůtu, do které mohou být uplatněny pěti léty. Prováděcí předpis však

<sup>3</sup> Blíže viz Marek: Ke splnění dodávek pro investiční výstavbu podle hospodářského zákoníku a splnění smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku. Právní rádce, 1995, č. 5. Štenglová: Některé problémy vznikající při uzavírání smlouvy o dílo. Obchodní právo, 1992, č. 1. Vích: Příprava a realizace předání a převzetí vyšší dodávky souboru strojů a zařízení na základě smlouvy o dílo. Právní praxe v podnikání, 1994, č. 7, 8.

může v odůvodněných případech stanovit zkrácení této doby pro některé části stavby až na dva roky. Je zde však také určeno: „Ujednají-li strany zkrácení této doby, nepřihlíží se k tomu, je-li objednatel slabší stranou.“

Kdy jsou se zhotovitelem zavázány společně a nerozdílně i jiné osoby a kdy se zhotovitel zproští „povinnosti za vady stavby“ upravuje § 2630. Toto ustanovení určuje:

**Bylo-li plněno vadně, je vzhledem k tomu, co sám dodal, zavázán se zhotovitelem společně a nerozdílně**

- a) **poddodavatel zhotovitele, ledaže prokáže, že vadu způsobilo jen rozhodnutí zhotovitele nebo toho, kdo nad stavbou vykonával dozor,**
- b) **kdo dodal stavební dokumentaci, ledaže prokáže, že vadu nezpůsobila chyba ve stavební dokumentaci, a**
- c) **kdo prováděl dozor nad stavbou, ledaže prokáže, že vadu stavby nezpůsobilo selhání dozoru.**

**Zhotovitel se zproští povinnosti z vady stavby, prokáže-li, že vadu způsobila jen chyba ve stavební dokumentaci dodané osobou, kterou si objednatel zvolil, nebo jen selhání dozoru nad stavbou vykonávaného osobou, kterou si objednatel zvolil.**

Jak je zřejmé, poddodavatel neodpovídá, pokud prokáže, že vadu způsobilo jen rozhodnutí zhotovitele nebo toho, kdo nad stavbou vykonával dozor. Ten, kdo dodal stavební dokumentaci, neodpovídá, prokáže-li, že vadu nezpůsobila chyba ve stavební dokumentaci. Subjekt, který prováděl dozor, neodpovídá, pokud prokáže, že vadu stavby nezpůsobilo selhání dozoru. Zhotovitel se pak zproští odpovědnosti z vady stavby, prokáže-li, že: vadu způsobila jen chyba ve stavební dokumentaci, dodané osobou, kterou si zvolil objednatel; došlo jen k selhání dozoru nad stavbou, kterou si zvolil objednatel.

Problematicku díla s nehmotným výsledkem upravuje § 2631.

**Spočívá-li dílo v jiném výsledku činnosti, než je zhotovení věci nebo údržba, oprava či úprava věci, postupuje zhotovitel při této činnosti, jak bylo ujednáno a s odbornou péčí tak, aby dosáhl výsledku činnosti určeného ve smlouvě.**

Důvodová zpráva uvádí: Ustanovení tohoto oddílu přejímají s drobnými úpravami platnou právní úpravu obsaženou v § 556 až 559 obchodního zákoníku. Doplněna jsou nově o pravidlo vztažené k soutěžnímu dílu, které, ač velmi potřebné, v našem právním řádu zatím chybělo.

Tato úprava určuje, že dílem může být i jiný výsledek činnosti; může to být např. programové vybavení, projektová dokumentace či jiná dokumentace.

Při provádění takových děl postupuje zhotovitel s odbornou péčí tak, aby dosáhl výsledku činnosti určeného ve smlouvě.

**Není-li předmětem díla hmotná věc, odevzdá zhotovitel výsledek své činnosti objednateli. Dílo s nehmotným výsledkem se považuje za předané, je-li dokončeno a zhotovitel umožní objednateli jeho užití (§ 2632).**

Výsledek činnosti, tj. dílo s nehmotným výsledkem, se odevzdá objednateli; považuje se za předané: je-li dokončeno; zhotovitel umožní objednateli jeho užití.

Poskytnutí výsledku činnosti i jiným osobám určuje § 2633.

**Výsledek činnosti, který je předmětem práva průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, může zhotovitel poskytnout i jiným osobám než objednateli, bylo-li tak ujednáno. Neobsahuje-li smlouva výslovný zákaz tohoto poskytnutí, je k němu zhotovitel oprávněn, není-li to vzhledem k povaze díla v rozporu se zájmy objednatele.**

Rozhodující pro poskytnutí výsledku jiným osobám je ujednání stran, které lze jen doporučit. Pokud příslušné ujednání nebylo provedeno a smlouva neobsahuje výslovný zákaz poskytnutí, může ho zhotovitel dalším osobám poskytnout, není-li to vzhledem k povaze díla v rozporu se zájmy objednatele.

**Je-li předmětem díla výsledek činnosti, který je chráněn právem průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, má se za to, že jej zhotovitel poskytl objednateli k účelu vyplývajícimu ze smlouvy (§ 2634).**

V ustanovení § 2634 je formulována vyvratitelná domněnka, že výsledek zde určené činnosti byl zhotovitelem poskytnut objednateli k účelu vyplývajícimu ze smlouvy. Rovněž zde je vhodné doporučit vhodné ujednání stran.

Podle § 2635 se ustanovení tohoto oddílu použijí obdobně i pro výsledek činnosti zhotovený podle ustanovení o veřejném příslibu (soutěžní dílo).<sup>4</sup>

## 8 Závěr

Úprava smlouvy o dílo v občanském zákoníku je poměrně stručná. To by nás i zde mělo vést k nepovrchnímu řešení konkrétního obchodního případu ve smlouvě a k přesnému a poměrně podrobnému upravení jednotlivých otázek během kontraktace (u průmyslové výstavby lze doporučit služby některé specializované právní kanceláře).

Význam smluvního jednání je ostatně zřejmý právě ze široké smluvní volnosti, kterou občanský zákoník umožňuje, a ze skutečnosti, že dílčí okruhy problémů nejsou řešeny a jsou ponechány smluvním partnerům (např. dodávky náhradních dílů, servis, délky záruk, sankce, fakturace, placení, zkoušky, převzetí, spolupráci na stavbě, podrobnosti vedení stavebního deníku apod.).

Při kontraktaci je přitom možno vycházet z publikovaných praktických poznatků, i když byly publikovány k předchozí právní úpravě.<sup>5</sup>

### Literature

JANČÁŘOVÁ, I.; PEKÁREK, M.; PRŮCHOVÁ, I. a kol.: Odpovědnost v právu životního prostředí - současný stav a perspektivy, MU Brno, 2013, 345 s., ISBN 978-80-210-6594-9.

MAREK, K: Ke splnění dodávek pro investiční výstavbu podle hospodářského zákoníku a splnění smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku. Právní rádce, 1995, č. 5.

POHL, T.: Několik praktických poznatků advokáta z aplikace ustanovení obchodního zákoníku o smlouvě o dílo v oblasti budování staveb, Bulletin advokacie č. 8/1999, s. 21 a násl.

<sup>4</sup> Marek, K. Ke splnění dodávek pro investiční výstavbu podle hospodářského zákoníku a splnění smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku. Právní rádce, 1995, č. 5. Štenglová, I. Některé problémy vznikající při uzavírání smlouvy o dílo. Obchodní právo, 1992, č. 1. Vích, J. Příprava a realizace předání a převzetí vyšší dodávky souboru strojů a zařízení na základě smlouvy o dílo. Právní praxe v podnikání, 1994, č. 7, 8.

<sup>5</sup> K praktickým poznatkům viz Pohl, T.: Několik praktických poznatků advokáta z aplikace ustanovení obchodního zákoníku o smlouvě o dílo v oblasti budování staveb, Bulletin advokacie č. 8/1999, s. 21 a násl.

PRŮCHOVÁ, I.; PEKÁREK, M.; PRŮCHA, P. a kol.: Stavební zákon a ochrana životního prostředí, MU Brno, 2011, 487 s., ISBN 978-80-210-5667-1.

ŠTENGLOVÁ, I: Některé problémy vznikající při uzavírání smlouvy o dílo. Obchodní právo, 1992, č. 1.

ŠVIDROŇ, J. Alternativny pohľad na „súkromné“ právo po dvadsiatich rokoch prác na novej kodifikácii občianskeho práva v Slovenskej republike. In Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie: Masaryk University Faculty of Law, IV. International Conference Days of Law2010 Dny práva, 10th-11th November, Brno, Czech republic. [online]. Brno: Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, [2011] [Cit. 2014-07-22], s. 1029-1039. Dostupné na internete: <[http://dvp.sehnaelek.cz/files/prispevky/05\\_obcan/Svidron\\_Jan.pdf](http://dvp.sehnaelek.cz/files/prispevky/05_obcan/Svidron_Jan.pdf)>.

ŠVIDROŇ, J. Alternativny pohľad na „súkromné“ právo po dvadsiatich rokoch prác na novej kodifikácii občianskeho práva v Slovenskej republike. In Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie: Masaryk University Faculty of Law, IV. International Conference Days of Law2010 Dny práva, 10th-11th November, Brno, Czech republic. [online]. Brno: Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, [2011] [Cit. 2014-07-22], s. 1029-1039. Dostupné na internete: <[http://dvp.sehnaelek.cz/files/prispevky/05\\_obcan/Svidron\\_Jan.pdf](http://dvp.sehnaelek.cz/files/prispevky/05_obcan/Svidron_Jan.pdf)>.

ŠVIDROŇ, J. Hodnotové zakotvenie slovenského občianskeho práva. Právny obzor, 90, 2007, č. 1, s. 65-76.

ŠVIDROŇ, J. Zneužívanie práva a nový slovenský autorský zákon. In Zákaz zneužívania práva. VI. Lubyho právnické dni: medzinárodná vedecká konferencia Omšenie 20. a 21. september 2000. Bratislava: Jura Edition, 2001, s. 149-162.

ŠVIDROŇ, J., ADAMOVIČ, Z., NÁVRAT, M., ŠKREKO, A. Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. J. Švidroň (Ed.) Bratislava: VEDA, 2009, s. 680.

VÍCH, J.: Příprava a realizace předání a převzetí vyšší dodávky souboru strojů a zařízení na základě smlouvy o dílo. Právní praxe v podnikání, 1994, č. 7, 8.

## Contact – e-mail

*k.marek@centrum.cz*

---

# Příliš hlučná zábava? Hlukové limity a hudební festivaly v Česku

*Vojtěch Vomáčka*

Adresa autora: Masarykova univerzita, Právnická fakulta

## **Abstract in original language**

Příspěvek se zabývá medializovanými případy, které v současné době čekají na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu a které se týkají ukládání vysokých pokut pořadatelům hudebních festivalů za překračování hlukových limitů. Pozornost je věnována zejména argumentu, že obtíže spojené s dodržováním hlukových limitů mohou mít likvidační dopad na hudební produkci a podnikatelské aktivity pořadatelů. Závěr příspěvku vyznívá ve prospěch tohoto argumentu především z důvodu, že stanovení hlukových limitů podzákonným právním předpisem nerespektuje zákonné zmocnění a nezohledňuje jednorázovou hudební produkci, jak je tomu i jiných zvláštních zdrojů hluku.

## **Keywords in original language**

Hluk; hlukové limity; hudební produkce; zákon o ochraně veřejného zdraví; Nejvyšší správní soud.

## **Abstract**

This contribution analyses two cases currently pending at the Supreme Administrative Court dealing with high fines imposed upon organizers of the music festivals for excessive noise. It concludes that the sound exposure limits do not respect the specific nature of the concert production and other one-off events. Consequently, complying with them is difficult or even impossible for the organizers who face the risk of severe punishment.

## **Keywords**

Noise; Noise Limits; Music Production; Law on Protection of the Public Health; the Supreme Administrative Court.



## 1 Úvodem aneb 4'33"<sup>1</sup>

Zatímco v uplynulých letech se česká média hojně věnovala kauze hlučného provozu na pražské magistrále, v roce 2014 se jejich pozornost zaměřila na vysoké pokuty opakovaně ukládané pořadatelům některých hudebních festivalů za překračování hlukových limitů. Tito pořadatelé se proti rozhodnutím správních orgánů brání a poukazují především na nepřiměřenou výši uložených pokut a obtíže spojené s dodržováním hlukových limitů, které podle jejich názoru mohou mít likvidační dopad na jejich podnikatelské aktivity.

Než zákonnost potrestání posoudí soudy nejvyššího stupně, pokouší se tento příspěvek předestřít stručnou analýzu těchto mediálně prezentovaných kauz na půdorysu současné právní úpravy hlukových limitů a dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu a Evropského soudu pro lidská práva.

## 2 Festivals Mighty Sounds, Trutnov Open Air a další aneb (What's the Story) Morning Glory?<sup>2</sup>

Ze zpráv povětšinou internetových zpravodajských serverů<sup>3</sup> a také dostupného rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne

1 „4'33“ je název skladby z roku 1952 amerického skladatele Johna Cage o třech dějstvích, ve kterých je vždy jediným pokynem interpretovi v notové osnově *tacet*, ticho. Čtyř a půlminutová skladba je tudíž složena pouze z různých rušivých zvuků, které doprovázejí její provedení z pódia i z publika, a každé její provedení poskytuje dostatek prostoru pro otázky o uměleckých i sociálních hodnotách, podobně jako Malevičova *Bílá na bílé*, která uvádí výrazovou formu pocitů nevázaných na hmotné předměty, absolutní konec veškerých abstrakcí. 4 minuty a 33 sekund dohromady představují 273 sekund, v reminiscenci hodnoty absolutní teplotní nuly, která dosahuje -273 °C. Při takové teplotě by nastalo absolutní ticho, neboť částice by se nehybaly; zároveň by bylo možné pozorovat i další *absolutní* jevy (supravodivost a supratekutost Bose-Einsteinova kondenzátu). Ovšem absolutní nuly není dle třetí věty termodynamické možné dosáhnout, proto není možné dosáhnout ani ticha v koncertním sálu k nerušenému poslechu kompozic Cage (ani žádných jiných). Proto nikdy nebude možné se zcela vyhnout rušivému rozměru nežádoucího zvuku, který se stává hlukem, vůči němuž se uplatňuje ochranná funkce právní regulace.

2 „(What's the Story) Morning Glory?“ je název druhého alba britské hudební skupiny Oasis z roku 1995. Alba se po celém světě prodalo více než 22 milionů kusů a na přebalu zvláštního vydání singlu se v roce 1996 objevil příznačný nápis „WARNING: ROCK 'N' ROLL CAN SERIOUSLY DAMAGE YOUR HEALTH“ (*Varování: Rock 'n' roll může vážně poškodit Vaše zdraví*).

3 Viz např. *Pokuty pro hlučný Mighty Sounds rostou, 420 tisíc může festival položit*. iDNES.cz, 2. 4. 2014. Dostupné na: [http://budejovice.idnes.cz/pokuta-za-prekrozeni-hlukovych-limitu-na-mighty-sounds-pjt-/budejovice-zpravy.aspx?c=A140402\\_140938\\_budejovice-zpravy\\_khr](http://budejovice.idnes.cz/pokuta-za-prekrozeni-hlukovych-limitu-na-mighty-sounds-pjt-/budejovice-zpravy.aspx?c=A140402_140938_budejovice-zpravy_khr) Nebo *Festival Mighty Sounds dostal pokutu 360 000. Byl prý moc hlučný*. Deník.cz, 19. 1. 2013. Dostupné na: <http://www.denik.cz/hudba/festival-mighty-sounds-dostal-pokutu-360-000-byl-moc-hlucny-20130116-hdkr.html>

22. 1. 2014, č. j. 10 A 94/2013 - 59, vyplývá, že pořadateli táborského festivalu Mighty Sounds byly opakovaně uloženy pokuty Krajskou hygienickou stanicí Jihočeského kraje za překročení hlukových limitů v průběhu povolené hudební produkce, tj. za správní delikt podle § 92 odst. 1 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o ochraně veřejného zdraví“). Výše těchto pokut se každý rok zvyšuje dvojnásobně, přičemž pokuta uložená za rok 2012 ve výši 360.000 Kč byla druhostupňovým správním orgánem snížena na 210.000 Kč, aby další rok došlo k uložení pokuty ve výši 420.000 Kč.

Právě o pokutě uložené za rok 2012 by měl v blízké době rozhodovat Nejvyšší správní soud. Podle citovaného rozsudku krajského soudu v tomto případě dne 13. 7. 2012 provedl Zdravotní ústav se sídlem v Ústí nad Labem měření hluku produkce hudby pořádané na letišti Tábor - Čápův dvůr. První měření bylo provedeno v době od 22:25 do 23:25 hodin v chráněném venkovním prostoru stavby rodinného domu na pozemku v k. ú. Měšice u Tábora. Naměřená ekvivalentní hladina akustického tlaku činila  $62,9 \text{ dB} \pm 2 \text{ dB}$ , což představovalo po odečtení odchylky překročení limitních hodnot o  $25,9 \text{ dB}$ . Další měření bylo provedeno v chráněném venkovním prostoru stavby domu na pozemku v k. ú. Sezimovo Ústí. Naměřená ekvivalentní hladina akustického tlaku činila  $40,9 \text{ dB} \pm 2 \text{ dB}$ , což představovalo po odečtení odchylky překročení limitních hodnot o  $3,9 \text{ dB}$ .

V podobné situaci jako táborský festival se ocitl festival Trutnov Open Air, kterému byla podle zveřejněného rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 29. 8. 2014, č. j. 31 Ad 44/2013 - 56, uložena pokuta za překročení hlukových limitů v roce 2012 ve výši 160.000 Kč. Podkladem pro zahájení správního řízení bylo měření hluku provedené ve dnech 17. 8. 2012 až 24. 9. 2012 Zdravotním ústavem se sídlem v Ústí nad Labem. Konkrétní naměřené hodnoty hluku citovaný rozsudek krajského soudu nezmiňuje, mluvčí krajské hygienické stanice uvedla, že mezi 22. a 23. hodinou byl naměřen hluk o hladině  $72,7 \text{ dB}$ .<sup>4</sup> Stejnému pořadateli byly pokuty

<sup>4</sup> Festival v Trutnově dostal pokutu 150 tisíc za hlučnost. Česká televize, 2. 8. 2012. Dostupné na: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/regiony/233945-trutnovsky-festival-dostal-pokutu-za-hluk-s-rocnim-zpozdenim/>.

z důvodu překročení hygienických limitů hluku uděleny již v letech 2005 a 2006.<sup>5</sup>

Také další pořadatelé hudebních produkcí mají problémy. Jihlavský pivovar Ježek byl například donucen zrušit pravidelný čtvrtěční kulturní program na zahrádce Pivovarské restaurace. Podle sládky pivovaru jsou hlukové limity nastaveny tak, že je překračuje jakákoliv venkovní produkce na zahrádce pivovaru: „Jedno, zda je to dechovka, cimbálovka nebo rock.“<sup>6</sup> Kvůli ukládaným pokutám za překračování hlukových limitů měl údajně skončit i Planet festival.<sup>7</sup>

### 3 Sporné právní otázky aneb *Can you hear me, Major Tom?*<sup>8</sup>

Námítky pořadatelů směřují především proti výši uložených pokut. Překročení platných hlukových limitů rozporováno není, takže skutkový stav není sporný. To nebývá v oblasti ochrany veřejného zdraví nebo životního prostředí pravidlem, ovšem je to vzhledem ke specifikům odborného měření zvukové zátěže pochopitelné.

Zároveň však odborné aspekty působení nadměrného hluku na lidský organismus komplikují správním orgánům a soudům posouzení jednání pachatelů a individualizaci ukládaných trestů. Zjednodušeně řečeno, není jednoduché posoudit v konkrétním případě rozdíl mezi překročením hlukových limitů o 10 dB nebo 20 dB a výsledek takového posouzení promítnout do výše uložené pokuty.

<sup>5</sup> Krajská hygienická stanice Královéhradeckého kraje. *Open Air Music Trutnov – vyjádření KHS 10. 8. 2012*. Dostupné na [http://www.khshk.cz/articles.php?article\\_id=628](http://www.khshk.cz/articles.php?article_id=628)

<sup>6</sup> *Hlukové limity likvidují festivaly. Padla i pokuta 420000 korun*. Echo24.cz, 24. 7. 2014. Dostupné na: <http://echo24.cz/a/izC6Y/hlukove-limity-likviduji-festivaly-padla-i-pokuta-420-000-korun>.

<sup>7</sup> *Míří rány hygieniků pod pás Mighty Sounds? Festivalu hrozí likvidační pokuta*. Kulturne.com, 2. 4. 2014. Dostupné na: <http://www.kulturne.com/clanek/miri-rany-hygieniku-pod-pas-mighty-sounds-festivalu-hrozi-likvidacni-pokuta>.

<sup>8</sup> „*Can you hear me, Major Tom?*“ je obsah poslední zprávy pozemské základny astronautovi, který se pomalu ztrácí ve vesmírném tichu v písni Davida Bowieho *Space Oddity* z roku 1969. V roce 2013 se záznam této písně v podání kanadského astronauta Chrise Hadfielda, toho času pobýtem na vesmírné stanici ISS, stal prvním hudebním videem natočeným přímo ve vesmíru.

Byť je účinek hluku na člověka v určité míře subjektivní (rušící soustředění a psychickou pohodu),<sup>9</sup> nelze opomíjet objektivně seznatelné následky vystavení především dlouhodobému hluku (měřitelné poškození sluchu, projevy závratí, spánková deprivace a patogeneze kardiovaskulárních a jiných civilizačních onemocnění s prokázanou stresovou etiologií). Vypovídací hodnota znaleckých posudků, které mohou posuzovat toliko otázky skutkové,<sup>10</sup> je v tomto směru omezená.<sup>11</sup>

V případech opakovaného překračování hlukových limitů lze u hudební produkce relativizovat rovněž vypovídací hodnotu naměřené úrovně hluku ve vztahu k výsledkům předchozích měření, zvláště pokud byla tato měření provedena na odlišných místech. Povaha produkované hudby je logicky proměnlivá a není možné ji plně srovnávat například s provozem stacionárních zdrojů hluku, které vytvářejí hluk konstantního charakteru i úrovně. Míra hluku hudební produkce se mění nejen s každým vystupujícím, ale často i v rámci jeho repertoáru.

Cílem těchto úvah není zpochybnit škodlivý účinek hluku nebo nutnost jeho postihu a ochrany veřejného zdraví, ale spíše poukázat na skutečnost, že je obtížné pouze na základě naměřených hodnot posuzovat materiální nebezpečnost jednání pořadatele, respektive činit závěry, že pořadatel ve srovnání s minulým ročníkem festivalu plnil své povinnosti důkladněji, nebo si nevzal z uložené pokuty žádné ponaučení.

<sup>9</sup> Profesor Týč při svoji přednášce v Budapešti v roce 2010 vyprávěl příběh o tom, jak se denní koloběh života jeho rodiny řídil podle průjezdů vlaků v blízkém kolejišti. Pohled na projíždějící vlakové soupravy spojený s výrazným zvukovým vjemem byl něčím natolik přirozeným a samozřejmým, že si nikdo neuvědomoval „hlukové aspekty“ vlakové dopravy, než došlo k zahájení výstavby protihlukových zábran, která se pochopitelně v rodině pana profesora nesetkala s pochopením.

<sup>10</sup> Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2008, č. j. 1 As 59/2008 - 77, publ. pod č. 1946/2009 Sb. NSS.

<sup>11</sup> Obecně známou skutečností je, že jednotka akustického tlaku dB (decibel) je logaritmická. Proto platí, že zhruba o 6 dB větší hladina akustického tlaku odpovídá dvojnásobné hlasitosti, o 20 dB větší hodnota desetinásobné hlasitosti atd. Sluchový vjem však nekopíruje přesně fyzikální skutečnost. Zřetelné je to především u vjemu hlasitosti, kde míra podráždění sluchu způsobená zvukem není přímo úměrná fyzikální energii. Podle Fechner-Weberova zákona hlasitost roste s logaritmem intenzity zvuku. Tato závislost však opět není lineární, nýbrž je frekvenčně závislá. Sluchový vjem je pak přirozeně závislý na hlasitosti, frekvenci a intenzitě zvuku, vjem zvukového signálu je souhrnem mnoha subjektivních veličin - výšky tónu, barva zvuku a podobně.

Zmíněné případy ovšem nastolují také zásadní otázku, zda stávající úprava hlukových limitů není přísná natolik, že se její dodržování stává fakticky nemožným. Již delší dobu lze pozorovat tendence ke změně stávající úpravy, které se objevují i ze strany zákonodárce. Návrh věcného záměru zákona o ochraně veřejného zdraví před hlukem a řízení hluku v komunálním prostředí, který nedošel svého legislativního naplnění, představil ministr zdravotnictví právě v roce 2012, kdy k uložení pokut festivalům v Táboře a v Trutnově došlo.<sup>12</sup> Předkládací zpráva návrhu označuje za odborně neoprávněné „*vztažení hygienických limitů (odvozených na základě účinků dlouhodobé expozice) na krátkodobé nebo ojedinělé expozice hluku, které ze zdravotního hlediska nepředstavují riziko obrožení zdraví (např. poutě, slavnosti nebo jednorázové akce různých zájmových sdružení, ale i sezónní aktivity, včetně koncertů na veřejných prostranstvích)*.“ Dále přiznává, že stávající úprava je z principu nepoužitelná pro regulaci náhodných (stochastických) zdrojů hluku, ojedinělých nebo krátkodobých expozic s tím, že „*ve vyspělých zemích EU jsou tyto hlukové události, resp. regulace těchto zdrojů hluku vždy svěřovány lokálním úřadům (regiony, obce), protože mají v podstatě charakter rušení veřejného pořádku. V ČR je tato oblast v zákoně o obcích a občanském zákoníku řešena okrajově a nekomplexně*“.<sup>13</sup>

#### 4 Zákonná a podzákonná úprava aneb Silence is sexy<sup>14</sup>

Podle § 30 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví osoba, která používá, popřípadě provozuje stroje a zařízení, které jsou zdrojem hluku nebo vibrací, provozovatel letiště, vlastník, popřípadě správce pozemní komunikace, vlastník dráhy a provozovatel dalších objektů, jejichž provozem vzniká hluk, jsou povinni technickými, organizačními a dalšími opatřeními v rozsahu stanoveném tímto zákonem a prováděcím právním předpisem zajistit, aby hluk nepřekračoval hygienické limity upravené prováděcím právním předpisem

<sup>12</sup> V polovině roku 2013 byla schválena novela zákona o ochraně veřejného zdraví, přičemž v návrhu novely byly uvedeny i některé podstatné změny ohledně ochrany před hlukem. Schválená novela však žádné změny v této oblasti nepřinesla.

<sup>13</sup> Věcný záměr zákona o ochraně veřejného zdraví před hlukem a řízení hluku v komunálním prostředí. Dostupný na: [http://www.mzcr.cz/dokumenty/vecny-zamer-zakona-o-ochrane-verejneho-zdravi-pred-hlukem-a-rizeni-hluku-v-komun\\_6160\\_1092\\_5.html](http://www.mzcr.cz/dokumenty/vecny-zamer-zakona-o-ochrane-verejneho-zdravi-pred-hlukem-a-rizeni-hluku-v-komun_6160_1092_5.html)

<sup>14</sup> „*Silence Is Sexy*“ je název skladby ze stejně pojmenovaného alba vydaného v roce 2000 německou hudební skupinou Einstürzende Neubauten, která je známá mimo jiné využitím zvukových vlastností různých odpadních a stavebních materiálů.

pro chráněný venkovní prostor, chráněné vnitřní prostory staveb a chráněné venkovní prostory staveb a aby bylo zabráněno nadlimitnímu přenosu vibrační na fyzické osoby.

Podle § 30 odst. 2 zákona o ochraně veřejného zdraví se hlukem rozumí zvuk, který může být škodlivý pro zdraví a jehož hygienický limit stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je nařízení vlády č. 272/2011 Sb., které upravuje a) hygienické limity hluku a vibrací na pracovištích, způsob jejich zjišťování a hodnocení a minimální rozsah opatření k ochraně zdraví zaměstnance, b) hygienické limity hluku pro chráněný venkovní prostor, chráněné venkovní prostory staveb a chráněné vnitřní prostory staveb, c) hygienické limity vibrací pro chráněné vnitřní prostory staveb, d) způsob měření a hodnocení hluku a vibrací pro denní a noční dobu.

Podle § 32 zákona o ochraně veřejného zdraví hluk z provozoven služeb a hluk z veřejné produkce hudby (například koncert, taneční zábava, artistická produkce s hudbou) nesmí překročit hygienické limity upravené prováděcím právním předpisem pro chráněné prostory uvedené v § 30. Splnění této povinnosti zajistí osoba provozující službu a, jde-li o veřejnou produkci hudby, pořadatel, a nelze-li pořadatele zjistit, pak osoba, která k tomuto účelu stavbu, jiné zařízení nebo pozemek poskytla.

Podle § 92 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví v rozhodném znění za nesplnění nebo porušení povinností stanovených tímto zákonem, zvláštními právními předpisy nebo na jejich základě vydanými rozhodnutími či opatřeními orgánu ochrany veřejného zdraví, přímo použitelnými předpisy Evropských společenství, právním předpisem podle § 85 a za nesplnění nebo porušení povinností stanovených zvláštními právními předpisy k ochraně zdraví při práci a k zajištění a výkonu pracovnělékařské služby v rozsahu § 82 odst. 2 písm. n) uloží orgán ochrany veřejného zdraví oprávněný vykonávat státní zdravotní dozor fyzické osobě při její podnikatelské činnosti nebo právnické osobě pokutu do výše 2 000 000 Kč.

## 5 Judikatura Nejvyššího správního soudu aneb *How long must we sing this song?*<sup>15</sup>

Judikatura Nejvyššího správního soudu k otázce nastavení hlukových limitů není příliš obsáhlá.

V rozsudku ze dne 27. 5. 2009, č. j. 4 Ads 21/2008 - 125, Nejvyšší správní soud posuzoval rozhodnutí, kterým byl pozastaven výkon činnosti spočívající v užívání sportovního hřiště k pořádání hudebních produkcí v nočních hodinách, dokud bude hluk překračovat hygienické limity. Uložené pozastavení činnosti označil stěžovatel za nesmyslné a odporující textu § 84 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, který umožňuje bezprostřední zákrok a nikoliv *pro futuro* pozastavit výkon nějaké činnosti, kterou ještě nemohly být porušeny povinnosti k ochraně veřejného zdraví (podle tohoto ustanovení při výkonu státního zdravotního dozoru orgány ochrany veřejného zdraví v rozsahu své působnosti mohou pozastavit výkon činnosti, pokud při ní byly porušeny povinnosti v ochraně veřejného zdraví, a to do doby odstranění závady.). Stěžovatel také namítal, že nebyl vlastníkem pozemků pod sportovním hřištěm, na kterém se hudební produkce odehrávaly, v době, kdy došlo k překročení hygienických limitů hluku. Nejvyšší správní soud předně konstatoval, že správní orgány bez patřičných podkladů patrně od domnělého vlastnického práva stěžovatele odvodily, že stěžovatel byl provozovatelem sportovního hřiště. Dále ovšem dospěl k závěru, že „ *lze pozastavit výkon činnosti užívání sportovního hřiště k veřejným produkcím hudby, pokud skutková zjištění dávají dostatečný podklad pro závěr, že takové opatření je nezbytné, efektivní a jeho uložení splní svůj účel.*“

V rozsudku ze dne 11. 7. 2012, č. j. 6 Ads 40/2012 - 29, se pak Nejvyšší správní soud zabýval námitkami, že posuzovanými hudebními produkcemi nedošlo k ohrožení zájmu na ochraně veřejného zdraví. Dospěl k závěru, že „*již samotné překročení těchto hygienických limitů znamená ohrožení zájmu na ochraně veřejného zdraví před nepříznivými účinky hluku (nikoliv však přímo poškození zdraví*

<sup>15</sup> „*How long must we sing this song?*“ je opakovaná řečnická otázka v *Sunday, Bloody Sunday*, úvodní písni na albu U2 *War* z roku 1983, která odkazuje na severoirské spory a masakr tzv. Krvavé neděle, při kterém bylo 30. ledna 1972 ve městě Londonderry britskými vojáky zabito 13 neozbrojených účastníků protestního pochodu.

*fyzických osob), k jehož ochraně jsou dotčené limity stanovovány. Konkrétní okolnosti a dopady předmětného protiprávního jednání jsou pak zohledňovány při rozhodování o uložení pokuty a její výši ve smyslu § 93 odst. 1 zákona o ochraně veřejného zdraví.“*

## 6 Limity zákonného zmocnění aneb You Can't Always Get What You Want<sup>16</sup>

Výše uvedené závěry jsou jasné - překročením hlukových limitů dochází k naplnění skutkové podstaty správního deliktu, za který byli pořadatelé hudební produkce potrestáni. Pokud by tedy chtěl Nejvyšší správní soud v případě pokut uložených pořadatelům hudebních festivalů přisvědčit argumentaci, že hlukové limity jsou nastaveny příliš tvrdě, patrně by bylo na místě předložit věc k posouzení rozšířenému senátu postupem dle § 17 odst. 1 s. ř. s. Bylo by možné argumentovat, že dosavadní závěry Nejvyšší správní soud vyslovil ve vztahu k nařízení vlády č. 148/2006 Sb., zatímco na případy festivalů Mighty Sounds a Trutnov Open Air se vztahuje nařízení vlády č. 272/2011 Sb. Po obsahové stránce jsou ovšem obě nařízení vlády v podstatě totožná, takže taková argumentace by byla spíše účelová.

Skutečnost, že se v dosavadní rozhodovací činnosti Nejvyšší správní soud nijak nezabýval nastavením samotných hlukových limitů, lze považovat za pochybení vzhledem k tomu, že k dodržení zásad správněprávního trestání je nutné přihlížet z úřední povinnosti.<sup>17</sup> Na druhou stranu je možné mlčení soudu interpretovat i tak, že soud žádné pochybení neshledal, když uzavřel, že okolnosti a dopady protiprávního jednání mají být zohledněny (již jen) při rozhodování o uložení pokuty.

Je možné, aby v nyní posuzovaných případech Nejvyšší správní soud kasačním stížnostem pořadatelů hudebních festivalů vyhověl a zrušil napadená rozhodnutí krajských soudů (resp. za použití ust. § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. současně také rozhodnutí správních orgánů) z důvodu, že je úprava hlukových limitů natolik přísná, že se její dodržování stává fakticky nemožným?

<sup>16</sup> „*You Can't Always Get What You Want*“ je skladba z alba Rolling Stones *Let it Bleed* z roku 1969 (původně vydaná na B-straně singlu „*Honky Tonk Women*“).

<sup>17</sup> Viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 6. 2008, č. j. 2 As 9/2008 – 77, nebo ze dne 4. 3. 2009, č. j. 6 As 44/2008 - 142.



Protože jsou hlukové limity upraveny podzákonným právním předpisem, je nutné se k zodpovězení této otázky prvně zaměřit na rozsah a limity zmocnění v zákoně o ochraně veřejného zdraví.

Obecně není v rozporu s Ústavou, pokud zákonodárce obecně stanoví povinnost a odkáže na podzákonný předpis, aby stanovil podrobnosti realizace této povinnosti. Pokud je primární povinnost stanovena zákonem a podzákonná úprava tuto povinnost na základě zákona a v jeho mezích pouze upřesňuje, je takovýto postup souladný s ústavní povinností, aby meze základních práv a svobod byly stanoveny zákonem, a podzákonný předpis pak má pouze upřesňující funkci.<sup>18</sup> Zároveň platí, že pro tvorbu práva v demokratickém právním státě je mimo jiné třeba, aby jejím cílem byly legitimní právní předpisy, a pro legitimitu všech aktů je velmi důležité jejich odůvodnění. Nařízením vlády na rozdíl od zákonů „*chybí důvodová zpráva, přičemž platí, že absence odůvodnění rozhodnutí vždy značí zvýšené riziko liborůle*“ (srov. bod 51 nálezů Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 77/06 ze dne 15. 2. 2007, publ. pod č. 37/2007 Sb.).

V případě, že podzákonný právní předpis přesahuje zákonné zmocnění, neaplikuje se.<sup>19</sup> Ústavní soud pravomoc obecného soudu přezkoumat soulad jiného právního předpisu se zákonem definuje tak, že případný výrok o nezákonnosti podzákonného právního předpisu má právní účinky pouze *inter partes* a nikoli *erga omnes*. Soud nerozhoduje o neplatnosti jiného právního předpisu, rozhoduje toliko o jeho neaplikovatelnosti v dané věci (srov.

<sup>18</sup> Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu uvedený ze dne 7. 11. 2012, č. j. 6 Ads 76/2012 - 63

<sup>19</sup> V tomto směru lze odkázat na závěry, ke kterým dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2012, č. j. 3 As 17/2011 - 371: „*Byť si je tedy Nejvyšší správní soud vědom, že formálně zde existuje podzákonný právní podklad pro to, co v projednávané věci správní orgány učinily, ani tato skutečnost nemůže podle jeho názoru nic změnit na sboru popsanych závěrech o neakceptovatelnosti zvoleného postupu, neboť v rozsahu, ve kterém katastrální vyhláška překračuje meze zákona (vyplývající z jeho znění, jakož i z jeho smyslu a účelu – srov. nálezů Ústavního soudu Pl. ÚS 17/95 a Pl. ÚS 43/97), je tato neaplikovatelná. [Je jisté zřazení hodné, že dřívější prováděcí vyhlášky ke katastrálním zákonům (č. 190/1996 Sb. a č. 126/1993 Sb.) výše nastíněné možnosti nepřipouštěly a – oproti aktuálně účinné vyhlášce – zachovávaly vazbu na děkci zákona (§ 8 a § 5 odst. 7 katastrálního zákona) velmi těsnou.]“ Podobně obledně jiného ustanovení rozšířeny senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 18. 9. 2012, č. j. 7 Afs 14/2011 - 115, bodě 54 uvedl: „(..) § 8 odst. 7 ceně vyhlášky není pro rozhodnutí soudu v této věci za závazný, protože odlišným stanovením počátku běhu subjektivní prekluzivní lhůty normotvůrce překročil zákonné zmocnění obsažené v původním znění § 20 zákona o cenách a počátek běhu lhůty upravil v rozporu se zákonem samotným.“*

nález I. ÚS 276/01 ze dne 11. 3. 2003). Tento závěr Ústavního soudu pak ve své judikatuře převzal a dále rozšířil i Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 19. 12. 2006, č. j. 2 As 57/2005 - 70, publ. pod č. 1124/2007 Sb. NSS. Dospěl zde k závěru, že za situace, kdy podzákoný právní předpis není v souladu s výslovným zákonným zmocněním nebo takové zmocnění překračuje anebo úprava jde „nad zákon“ (vyhláškou je upraveno něco, co by vyžadovalo zákonnou úpravu, která však chybí) nebo proti němu (vyhláška např. upraví podrobnosti při plnění povinnosti, o které zákon vůbec nemluví a kterou z něj nelze dovodit, případně takovou povinnost vyhláška sama stanoví, resp. vyhláška odpírá, oslabuje či podmiňuje subjektivní oprávnění, aniž by to zákon umožňoval), je povinností soudu v souladu s čl. 95 odst. 1 Ústavy takovouto podzákonou normu nerespektovat a použít pouze zákon. Nejde tedy o abstraktní kontrolu norem, která je v ústavním systému České republiky vyhrazena Ústavnímu soudu, nýbrž o precedenčně pojatou konkrétní kontrolu norem *sui generis*, v jejímž rámci obecný soud není oprávněn takovýto podzákoný právní předpis zrušit, nýbrž jej pouze neaplikuje.

## 7 Rozdílné zacházení s hlukem vznikajícím při hudební produkci aneb Music: Response<sup>20</sup>

Přesahuje tedy úprava hlukových limitů zákonné zmocnění?

Zákon o ochraně veřejného zdraví záměrně odlišuje mezi *obecným* hlukem a hlukem vznikajícím při během veřejné produkce hudby. Podle důvodové zprávy k zákonu se „*nově zavádí limity hluku i pro hluk produkovaný ze stravovacích služeb a veřejné produkce hudby. V zřetel uvedené právní úpravy byly předpisy Dolního Rakouska. Limity upraví prováděcí právní předpis. Zákon o ochraně veřejného zdraví tak zmocňuje nařízení vlády k úpravě hygienických limitů pro hluk z veřejné produkce hudby.*“ Zákon o ochraně veřejného zdraví tak hluku z hudební produkce přiznává podobně privilegované postavení podobně jako hluku vznikajícímu např. v dopravě. Aby nebylo pochyb o tom, že také hluk z provozoven a z hudební produkce podléhá hlukovým limitům, stanoví tak výslovně § 32 zákona a toto členění přebírá i nařízení vlády č. 272/2011 Sb. v § 1 odst. 2.

<sup>20</sup> „*Music: Response*“ je skladbou z alba *Surrender* (1999) britského dua The Chemical Brothers, které je považované za průkopníka mainstreamové taneční hudby reprodukované na kulturních akcích s masovou návštěvností.

Nařízení vlády č. 272/2011 Sb. pak sleduje hluk z hlediska dlouhodobého průměrného zatížení životního prostředí. Při ochraně veřejného zdraví tedy není regulován jednorázový hluk, ale spíše činnosti dlouhodobé (viz nálezh Ústavního soudu ze dne 22. 4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 35/06). Úprava hlukových limitů tak má charakter plošné regulace s modifikacemi ve vztahu k určitým kategoriím hluku - hluku z leteckého provozu a vysokoenergetického impulsního hluku. Pro tyto oblasti platí mírnější limity. Nařízení dále zohledňuje hlučnost dopravy či stavební činnosti a stanoví pro ně zvláštní režim.<sup>21</sup>

Pro hluk z hudební produkce však nic takového neplatí, nařízení jej totiž nijak nezohledňuje. Naopak, obecné limity snižuje o dalších 5 dB, protože vznikající hluk obsahuje tónové složky. Pro hudební produkci v chráněných

<sup>21</sup> U chráněných vnitřních prostorů staveb se pro hluk pronikající vzduchem zvenčí a pro hluk ze stavební činnosti uvnitř objektu v případě hluku s tónovými složkami, s výjimkou hluku z dopravy na pozemních komunikacích a dráhách, a hluku s výrazně informačním charakterem se přičte další korekce - 5 dB. Podobně pro hluk šířící se ze zdrojů uvnitř objektu v případě hluku s tónovými složkami, s výjimkou hluku z dopravy na pozemních komunikacích a dráhách, se přičte další korekce - 5 dB. Pro hluk ze stavební činnosti uvnitř objektu se přičte v pracovních dnech pro dobu mezi sedmou a dvanáctou první hodinou korekce + 15 dB. Podobně u chráněných venkovních prostorů staveb a chráněného venkovního prostoru se v případě hluku s tónovými složkami, s výjimkou hluku z dopravy na pozemních komunikacích a dráhách, a hluku s výrazně informačním charakterem přičte další korekce - 5 dB.

Další korekce pro stanovení hygienických limitů hluku v chráněných venkovních prostorech staveb a v chráněném venkovním prostoru stanoví příloha 3 nařízení vlády č. 272/2011 Sb., podle které se pro noční dobu v případě chráněného venkovního prostoru staveb přičítá další korekce -10 dB, s výjimkou hluku z dopravy na železničních dráhách, kde se použije korekce -5 dB. Další korekce závisí na povaze chráněného prostoru. Odlišné korekce jsou v části A přílohy stanoveny pro chráněný venkovní prostor staveb lůžkových zdravotnických zařízení včetně lání, chráněný venkovní prostor lůžkových zdravotnických zařízení včetně lání a chráněný venkovní prostor ostatních staveb a chráněný ostatní venkovní prostor, a to vždy k následujícím skupinám hluku: 1) hluk z provozu stacionárních zdrojů, hluk z veřejné produkce hudby, hluk na účelových komunikacích a hluk ze železničních stanic zajišťujících vlakotvorné práce, zejména rozřařování a sestavu nákladních vlaků, prohlídku vlaků a opravy vozů, 2) hluk z dopravy na silnicích III. třídy a místních komunikacích III. třídy a dráhách, 3) hluk z dopravy na dálnicích, silnicích I. a II. třídy a místních komunikacích I. a II. třídy v území, kde hluk z dopravy na těchto komunikacích je převažující nad hlukem z dopravy na ostatních pozemních komunikacích, a také hluk z dopravy na dráhách v ochranném pásmu dráhy, 4) stará hluková zátěž z dopravy na pozemních komunikacích s výjimkou účelových komunikací a dráhách uvedených v bodu 2) a 3). Část B přílohy stanoví korekce pro stanovení hygienických limitů hluku v chráněném venkovním prostoru staveb pro hluk ze stavební činnosti, a to v závislosti na posuzované době v rozpětí od + 5 do + 15 dB (v době od 7:00 do 21:00 hod. + 15 dB, od 21:00 do 22:00 hod. +10 dB a od 22:00 do 6:00 hod. +5 dB). Odlišně je zacházeno i s hlukem s tónovými složkami, s výjimkou hluku z dopravy na pozemních komunikacích a dráhách, a hluku s výrazně informačním charakterem. V jeho případě se přičítá korekce -5 dB.

venkovních prostorách staveb tak platí, že se obecný hygienický limit ekvivalentní hladiny akustického tlaku ve výši 50 dB snižuje o 10 dB z důvodu, že produkce probíhá v noční době, a o dalších 5 dB proto, že hluk obsahuje tónové složky.

Oproti dlouhodobé hlukové zátěži se však jednorázová produkce hudby odlišuje časovou omezeností. Pochopitelně, pokud by se opakovala s častou frekvencí, mohlo by se již jednat o trvalé hlukové zatížení. Jinak spíše odpovídá stavební činnosti, se kterou nařízení vlády č. 272/2011 Sb. počítá a stanoví mírnější hlukové limity v závislosti na posuzované době v rozpětí od + 5 do + 15 dB (v době od 7:00 do 21:00 hod. + 15 dB, od 21:00 do 22:00 hod. +10 dB a od 22:00 do 6:00 hod. +5 dB).

Výše uvedené mimo jiné znamená, že při dosažení nejvyšších povolených hodnot musí být hluk z jednorázové hudební produkce vždy téměř dvakrát tišší než trvalý hluk vznikající například při továrním provozu, a několikrát tišší než hluk ze stavební činnosti. Nabízí se příměr s hodinou zpěvu na základní škole, při které zpívající děti nemohou rušit hulákáním, ale musí se utišit více než při hodině dějepisu a mnohem více než při tělocviku.

Je tudíž patrné, že úprava hlukových limitů je těžko použitelné pro regulaci ojedinělých nebo krátkodobých expozic. A protože dostatečně nezohledňuje specifika činností vymezených v § 32 zákona o ochraně veřejného zdraví, překračuje zákonné zmocnění. Podřazení hudební produkce regulaci určené pro jakoukoliv jinou činnost, při které vzniká škodlivý hluk, limituje její provozování natolik, že zvolený způsob regulace přestává být úpravou limitů a stává se až jejím faktickým zákazem, ke kterému ovšem nařízení vlády č. 272/2011 Sb. pověřeno není a ani nemůže být.

Specifikem, které je v případě hudební produkce nutné zohlednit, je především její místní i časová omezenost. Není pochyb o tom, že při hudební produkci vzniká škodlivý hluk. Pokud se však taková produkce uskutečňuje jednou za rok a mimo dosah výrazně osídlených oblastí, jeví se jako v rozporu s ústavními limity trestání ukládání vysokých pokut pořadateli, zvláště pokud prokáže, že učinil opatření za účelem snížení dopadu hluku na okolí. Nelze přitom dovozovat, že zatímco je stavební činnost nezbytná, kulturní vyžití je volitelnou, dobrovolnou zábavou, takže se musí podřídít hlukovým limitům stanoveným pro noční provoz běžných zařízení, nebo dokonce limitům

ještě nižším. Při podrobení podobných akcí obecným a nijak nekorigovaným limitům se stává nejistota pořadatelů, zda se do požadovaných hranic jejich produkce vtěsná, příliš vysokou. Právo na ochranu veřejného zdraví má bezesporu přednost před právem na kulturní život. To však neznamená, že při jeho ochraně není třeba rozlišovat mezi jednotlivými druhy ohrožení a vyžadovat toliko rozumnou míru zásahu do kulturního života.

## 8 Možnosti účinné regulace aneb Show Must Go On<sup>22</sup>

Zákon o ochraně veřejného zdraví neobsahuje vedle stanovení hlukových limitů další mechanismus, kterým by bylo možno zohlednit specifika hudební produkce. Při postupu k získání výjimky z povinnosti dodržovat hlukové limity dle § 31 tohoto zákona provozovatel prokazuje, že existují vážné důvody ospravedlňující překročení hygienických limitů a také že hluk a vibrace budou omezeny na rozumně dosažitelnou míru. Takový postup je jen těžko představitelný u hudební produkce a zcela jistě nesměřuje k její obecné regulaci. Navíc díky uvedenému ustanovení a jeho kontext naznačují, že se má týkat nikoli jednorázových či krátkodobých zdrojů nadlimitního hluku, nýbrž zdrojů provozovaných po delší dobu.

Pokud soud dospěje k názoru, že vymezení hlukových limitů překračuje zákonné zmocnění, pak se již nebude zabývat výší uložené pokuty a příslušná ustanovení nařízení vlády č. 272/2011 Sb. nepoužije, neboť není podzákonými předpisy na rozdíl od správních orgánů vázán. Takové rozhodnutí soudu by představovalo důrazný apel na zákonodárce, aby přistoupil ke změně stávající úpravy a zavedl pro hluk vznikající během hudební produkce např. podobné limity jako pro hluk ze stavební činnosti.

K tomu je vhodné připomenout, že stanovení hlukových limitů není jediným právním nástrojem regulace ojedinělých nebo krátkodobých expozic hluku; nabízí se zejména jejich povolování a regulace obcemi, kterým česká právní úprava pravomoc k regulaci hudební produkce přiznává. Podle § 10 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), jsou oprávněny vydávat obecně závazné vyhlášky regulující nejen pořádání, průběh a ukončení veřejnosti přístupných sportovních a kulturních podniků, včetně tanečních zábav

<sup>22</sup> „*Show Must Go On*“ je poslední skladbou na albu *Innuendo* (1991) hudební skupiny Queen, oceňované mimo jiné za velká koncertní vystoupení.

a diskoték, ale také obecně závazné vyhlášky sloužící k zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku jako takového. Tyto vyhlášky mohou upravovat vedle omezení provozních aktivit i omezení hluku z aktivit neprovozních, který je způsobilý narušit veřejný pořádek a omezit možnost pokojného užívání míst, jež s podnikem sousedí. To je patrné zejména z nálezu Ústavního soudu ze dne 21. 10. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 46/06, ve kterém Ústavní soud dospěl k závěru, že: „(p)odle smyslu a účelu úpravy napadeného ustanovení vyhlášky lze mít za to, že město Mariánské Lázně neusilovalo o ochranu před hlukem v nadlimitních hodnotách, jak jej chápe zákonná úprava, ale hodlalo omezit hloučnost různých, i neprovozních, aktivit v zájmu nerušeného a pokojného užívání míst sousedících se zábavními podniky a diskotékami.“ A dále „Ústavní soud konstatuje posun v právním hodnocení problematiky regulace hluku obecně závaznými vyhláškami a... uzavírá, že město Mariánské Lázně sledovalo napadeným ustanovením legitimní cíl v rámci věcně vymezené oblasti [§ 10 písm. b) zákona o obcích], v níž může bez zákonného zmocnění ukládat obecně závaznou vyhláškou povinnosti.“

Podobně lze odkázat na navazující judikaturu Ústavního soudu, zejména náleze ze dne 2. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 28/09, a také náleze ze dne 23. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 28/12, a náleze ze dne 25. 1. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 13/09. Cíle protihlukových vyhlášek, kterými jsou ochrana pokojného bydlení, práva občanů na soukromí a nerušené užívání domovů, jakož i umožnění klidného soužití občanů i návštěvníků obce, byly v těchto nálezech Ústavním soudem uznány za dostatečnou hodnotovou protiváhu k omezení práva na podnikání a jinou hospodářskou činnost.

Vzhledem k tomu, že obce mohou zhodnotit místní poměry a zohlednit zájmy obyvatel obce lépe než jednotné hlukové limity, lze v oblasti hudební produkce plně souhlasit s jejich větším zapojením při regulaci hudební produkce na jejich území.

## 9 Hlukové limity a ESLP aneb Stand Up For Your Rights.<sup>23</sup>

Význam účinných opatření přijímaných na lokální úrovni k zajištění ochrany soukromého života a domova před zásahy škodlivého hluku zdůrazňuje

<sup>23</sup> Píseň Boba Marleyho a Petera Toshe „Get Up Stand Up“, která obsahuje apel k boji za práva chudých obyvatel Haiti, se poprvé objevila na albu hudební skupiny The Wailers *Burnin'* z roku 1973. Zároveň se jedná o poslední píseň, se kterou Bob Marley vystoupil živě.

i recentní judikatura Evropského soudu pro lidská práva (viz rozsudek ze dne 16. 11. 2004 ve věci *Moreno Gómez proti Španělsku* nebo rozsudek ze dne 9. 11. 2010 ve věci *Deés proti Maďarsku*).

Pokud pořadatelé hudebních festivalů neuspějí u českých soudů, je možné, že se obrátí právě na ESLP. Proto je vhodné na závěr příspěvku stručně shrnout, jak tento soud pohlíží na vnitrostátní regulaci hlukových limitů.<sup>24</sup>

K zásahu do práva na ochranu soukromého a rodinného života může podle ESLP dojít jedině způsobem, které musí dosahovat vysokého stupně závažnosti, pokud má spadat pod ochranu dle čl. 8 Úmluvy. Posouzení tohoto minima je relativní a závisí na všech okolnostech případu, jako je intenzita a trvání obtěžování i jeho následky na fyzické nebo duševní zdraví<sup>25</sup>. Při obtěžování hlukem tak ESLP prvně určuje, zda posuzovaný zásah splňuje určitou míru závažnosti.<sup>26</sup> Není přitom rozhodující, zda je tento zásah důsledkem činnosti povolené nebo nepovolené.<sup>27</sup>

Míru závažnosti zásahu ESLP posuzuje s ohledem na vnitrostátní i mezinárodní standardy ochrany v dané oblasti a doporučení WHO.<sup>28</sup> Pokud se tedy jedná o zásah do práv v důsledku nepovolené činnosti, pak dostatečně závažný bude zpravidla takový zásah, který překračuje míru ochrany, kterou by zasaženému poskytovalo veřejnoprávní povolení dané činnosti. V opačném případě není příliš pravděpodobné, že bude stěžovateli ochrana poskytnuta.<sup>29</sup> ESLP totiž vnitrostátní limity ochrany před hlukem neposuzuje. Pokud se závadná činnost drží v jejich mezích, pak dotčené osobě náleží jen právo na to, aby byla zohledněna v povolovacím procesu a mohla se bránit proti jeho výsledku v souladu s čl. 13 Úmluvy. To by ovšem nemělo platit v případě, kdy jsou vnitrostátní limity podkladem pro trestání. Zde

<sup>24</sup> Blíže k judikatuře ESLP v oblasti obtěžování hlukem viz příspěvek doc. Jančářové.

<sup>25</sup> Srov. např. rozsudek ESLP ze dne 9. 12. 1994, *López Ostra proti Španělsku*, stížnost č. 16798/90, rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 7. 8. 2003, *Hutton a ostatní proti Spojenému království*, stížnost č. 16798/90, rozsudek ESLP ze dne 9. 6. 2005, *Fadějevová proti Rusku*, stížnost č. 55723/00.

<sup>26</sup> Viz např. rozsudek ESLP ve věcech *Oluić proti Chorvatsku*, § 49; *Moreno Gómez proti Španělsku*, § 58 – 60.

<sup>27</sup> Viz rozsudek ESLP ze dne 18. 3. 2008 ve věci *Furlepa proti Polsku*; stížnost č. 62101/00)

<sup>28</sup> Viz zejm. rozsudek ESLP ve věci *Udovičić proti Chorvatsku* ze dne 24. 4. 2014; stížnost č. 27310/09, § 111- § 114.

<sup>29</sup> Viz zejm. rozsudek ESLP ze dne 1. 10. 2008 ve věci *Borysiewicz proti Polsku*; stížnost č. 71146/01.

už by mělo k přezkumu vnitrostátní úpravy alespoň okrajově dojít.<sup>30</sup> Lze však očekávat, že ESLP by byl v souladu se zásadou subsidiární ochrany spíše zdrženlivý a neposoudil by českou vnitrostátní úpravu hlukových limitů jako rozpornou s Úmluvou.

## 10 Závěrem aneb *Sing Another Song, Boys*<sup>31</sup>

Není možné spolehlivě předvídat, jak soudy rozhodnou případy pokut ukládaných pořadatelům hudebních festivalů za překračování hlukových limitů. Tento příspěvek se přiklání k závěru, že podzákonná úprava hlukových limitů překračuje zákonné zmocnění, protože dostatečně nezohledňuje specifika činností vymezených v § 32 zákona o ochraně veřejného zdraví. Zatímco nařízení vlády č. 272/2011 Sb. zavádí zvláštní režim pro hluk vznikající při pozemní dopravě, při leteckém provozu či v průběhu stavebních prací, hlukové limity veřejné produkce hudby neupravuje výrazně odlišně od hlukových limitů jakéhokoliv běžného provozu či produkce, respektive je upravuje dokonce přísněji. Namísto regulace tak směřuje k jejich omezení. Vedle toho se úprava hlukových limitů nejeví jako příliš vhodná pro komplexní regulaci hudební produkce, neboť neumožňuje dostatečně zohlednit místní poměry a celkové hlukové zatížení obyvatel v průběhu roku. Pochopitelně je nutné hledat spravedlivý kompromis mezi tvrdým omezením hluku vznikajícího během hudební produkce a naopak příliš volnou regulací, která by přinesla výrazné negativní důsledky v podobě ohrožení zdraví obyvatel – v tomto směru by mělo rozhodující slovo patřit obcím, na jejichž území se má hudební produkce uskutečnit.

### Contact – e-mail

*vojtech.vomacka@lam.muni.cz*

<sup>30</sup> V rámci druhého kroku tzv. třístupňového Engel testu, uplatněného v rozhodnutí Engel a ostatní ze dne 8. 6. 1976, stížnosti č. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, posuzuje ESLP povahu obvinění, tj. zjištění intenzity protiprávnosti jednání při zvážení účelu trestních sankcí. Ty posuzuje ESLP skrze účel, jímž je potrestání a odstranění od dalšího obdobného jednání.

<sup>31</sup> „*Sing Another Song, Boys*“ je název písně Leonarda Cohena z alba *Songs of Love and Hate* (1971). Jako jediná píseň na albu je záznamem živého vystoupení, které se uskutečnilo na Isle of Wight Festival dne 31. 8. 1970.



---

# Admissibility of evidence of scent identification-lineup in Hungary

*Horváth Orsolya*

University of Pécs, Faculty of Law, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Hungary

## Abstract

The successful of criminal procedure based on the evidence. Scent identification line-up in Hungary has been used for the seventies. This person identification method is a special tool of investigation and presented before the Court alike. The evaluating depends on the national method of scent identification line-up and the national admissibility alike. This paper analysis the Hungarian legal practice, case-law and mentioned some justizmord alike.

## Keywords

scent, identification, evidence, practice, admissibility

## 1 Introduction

The scent identification line-up was used by numerous countries. In Hungary, the method has been performed since the seventies. Serious researches and investigations were conducted in favour of the best practice and the better expediency of the olfactory system of the dog. The first International Kynologie Congress was in Prague in 1972, in order to exchange information and experience among the parties. In 1976 and in 1988, the Congresses were held in Budapest, Hungary. Unfortunately, the initial enthusiasm was given up. In Hungary, by the late nineties there were no financial supports to carry out researches. However, nowadays it could be said in general, that the scent identification line-up, the method, including the dog behaviour and olfactory system alike comes into prominence again. More and more researchers deal with this area of criminalities. They examine the possible exact compounds of human body odour,<sup>1</sup> the ability of discriminating of scen-

---

<sup>1</sup> Paola A. Prada, Allison M. Curran, Kenneth G. Furton: Human Scent Evidence. Boca Raton, London, New York,: CRC Press, 2014.

ting dog<sup>2</sup> and etc. Besides which, the law also wants to regulate the situation accordingly. The natural science researches always must get direction for it. The result of scent identification line-up is indirect evidence, which help the investigation, and of course, it is available before the Court. The admissibility of the result depends on the other circumstance, evidence and the chain of custody. The scent identification line-up is a complex procedure. The criminal impeachment does not only depend on the scenting dog and its ability of identification but also the criminal technicians, the appropriate theoretical reconstruction during the dynamic part of crime scene investigation and the collecting, preserving crime scene sample alike.<sup>3</sup> The scent identification system is very vulnerable because of the infringements of the professional and legal regulations. There are number of doubters, who would like to prove, that this type of criminal investigation tool is only a “crutch” which is disputable anytime and it is unnecessary to using before the Court. Of course, we do not know exactly what the dogs are doing during the identification, the percentage of validation, but we know that, they work well in a number of cases, and they used by the law enforcement since almost two hundred years ago.<sup>4</sup> However, one thing is sure in Hungary: there is no judge, who sentenced somebody based on the positive result of scent identification line-up. In this paper, I would like to show legal practice and forensic availability of scent identification line-up, and present some cases, highlight main problems, which do not correlated per se with the fault of dogs or the identification line-up, but also are in connection with human error which influence the admissibility of scenting dogs.

---

2 Ludvik Pinc, Ludek Bartos, Alice Reslová, Radim Kotrba: Dogs Discriminate Identical Twins. *PLoS ONE* 6 (6): e20704. doi:10.1371/journal.pone.0020704, 2011. <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0020704>.

3 Angyal Miklós, Kricskovics Antal: Helyszíni halottvizsgálat. Elméleti alapok és gyakorlati útmutató. /Crime Scene Death Investigation. Theoretical basis and practice guide./ Pécs: Korszerű Családorvos Képzésért Alapítvány. 2014, p. 8-14.

4 The first use dogs by police maybe was in 1888, for the case of Jack the ripper. <http://content.met.police.uk/Article/History/1400009457612/1400009457612>.

## 2 Legal framework and admissibility of scent identification line-up

In Hungary, the procedure is strictly regulated at a national level. Regulations cover the collecting, preserving and storing method of scent trace (crime scene scent) and scent samples. In Hungary the 22/2008 Directive of National Police Headquarter regulates the method. The 17/2009 Directive of National Police Headquarter regulates the application of police horses and police dogs. The Act XIX of 1998 on Criminal Proceedings in the Chapter VII, where the evidence was regulated. Highlighting two main sections, which are correlated with the scent traces and the scent identification line-up.

*Section 76 (1) Means of evidence shall be the testimony of the witness, the expert opinion, physical evidence, documents and the pleading of the defendant.*

*Evaluation of evidence*

*Section 78 (1) In the course of criminal proceedings, all means of evidence specified by law and all evidentiary procedures may be used without restriction. However, the use of certain means of evidence may also be statutory.*

*(2) Neither the means of evidence nor proofs have a legally prescribed probative force.*

*(3) The court and the prosecutor shall freely weigh each piece of evidence separately and collectively and establish the conclusion of evidence based on their belief thus formed.*

*(4) Facts derived means of evidence obtained by the court, the prosecutor or the investigating authority by way of committing a criminal action, by other illicit methods or by the substantial restriction of the procedural rights of the participants may not be admitted as evidence.*

In the Criminal Proceedings Act do not regulated directly the scent and the scent identification line-up, but per analogue the scent trace is physical evidence and the scent identification line-up is an evidentiary procedure, which similar de iure with the presentation for identification. It is correlating with the 23/2003 regulations of the investigated acts and the detailed regulations of the authorities under the ministry for home affairs.

Section 54 to 56, where the scent identification line-up is nominated as another evidentiary procedure. The 22/2008 directive declared that the scent identification line-up must be performed under the regulations of present identification (police parade).

In the Hungarian case-law, the scent identification line-up is not enough to adjudge the final outcome of the criminal procedure for the sake of the feature of indirect evidence. According to Tremmel,<sup>5</sup> it is an “assistant evidence”, which only helps the investigation versions (confirm or exclude the version).<sup>6</sup> That means, that the expertise (not expert) opinion (in most of cases, it is the dog-handler or kynologist), could not been categorical, but also probability.

### 3 Hungarian cases

The next cases demonstrate the error possibilities by law enforcement and the legal practice, admissibility of the results of the scent identification line-up in Hungary.

#### 3.1 The case of Whisky Robber

Attila Ambrus used to play ice-hockey, but after he very much famed for his modus operandi – he always drank whisky in a bar before the commitment – when he burglarized banks, cooperative banks, post-offices and travel agencies approximately for 30 times. On several occasions, he used a taxi and the taxi driver could not guess what he was doing the minutes before. His last robbery was finished by giving up. His partner in crime was arrested and he betrayed him. Once he was getting away from the pre-trial detention. He was born in Transylvania in 1967. In 1988, he escaped the country and started a new life in Hungary. Between 1993 and 1999, he was an ice-hockey goalkeeper. He robbed approximately 142 million forint (451 352 euros). At an early stage, he committed the crimes by himself, after he brought his cousin into the robberies. For reasons of health, his cousin got out the burglaries. Ambrus found another person in crime, his ice-hockey teammate, Gábor Orbán. They despoiled 13 banks together. Before his capture he was a very popular person in Hungary and worldwide alike. He had numerous fans. An American company wanted to buy the movie rights for his life story

---

<sup>5</sup> Tremmel Flórián: Bizonyítékok a büntetőeljárásban. /Evidence int he criminal proceedings./ Budapest, Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2006. p. 181.

<sup>6</sup> See more specifically from the author: A kriminalisztikai szagazonosítás jelene és jövője. /The present and the future of scent identification line-up./ In: Belügyi Szemle, 2013/2, p. 88-102.

and a German firm would like to promote its new energy drink with him. He was the Hungarian Robin Hood among the people. Websites were set up and fans wanted to wear his name on their T-shirts.<sup>7</sup>

In 2002, the Court sentenced him for 17 years, therefore his good behaviour in 2012; he was released on probation time.<sup>8</sup> In the prison he graduated from high school, he made ornamental ceramic articles, was learning in English and prepared to be a war correspondent. In 2009, he graduated in communication. Julian Rubinstein wrote a novel about him (Ballad of the Whisky Robber). The book had a number of nominations for awards, for example the Edgar Ellen Poe Award Best Fact Crime, and gained the „Original Voices” Non-fiction Book of the Year.<sup>9</sup> The Investigation Discovery TV-channel broadcasted his „work” in Escaping series in 2010. After his release, he continued to making ceramic, he prepares especially vases, jars and mugs. He has his own website, where his ceramic articles are shown.

Therefore, the Ambrus story would not be complete if we did not know other circumstances. Not only the law enforcement, but a pair of twins also wanted to catch the bank robbers. The Szűcs twins were accused with four bank robberies that were committed by Ambrus, as it turned out. They were in pre-trial detention for eight months. However, they were not innocent in other burglaries.

One of the twins said:” We were under arrest and after the identity parade we were the suspects. No one asked me if I have got an alibi.” In bank robberies, the perpetrators worn wigs and during the identity parade the twins did not wear wigs. Beside the identity parade, the result of the scent-identification line-up was the other „hard” evidence.

When Ambrus Attila was arrested, he confessed all of the banks and tourist agency robberies and of course these ones, which the Szűcs twins were accused with.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Hungary’s Robin Hood: more hoodlum than hero? <http://www.csmonitor.com/1999/0810/p1s3.html>.

<sup>8</sup> Súlyosbíták a Whiskeys büntetését. /Increase of punishment/. <http://www.origo.hu/itthon/20020926awhiszkys.html>.

<sup>9</sup> Ballad of the Whiskey Robber. <http://whiskeyrobber.com/reviews/>.

<sup>10</sup> Nyolc hónap idegen bűnökért: Időrablók. /Eight months for somebody’s sin: Time-consumers./ [http://magyarnarancs.hu/belpol/nyolc\\_honap\\_idegen\\_bunokert\\_idorablok-62031](http://magyarnarancs.hu/belpol/nyolc_honap_idegen_bunokert_idorablok-62031).

### 3.2 The case of Dénes Pusoma

On March 16 in 1994, an old woman (86 years) was killed in her own home. Pusoma Dénes was first suspected of the murder. The Heves County Court convicted him for 6 years. The accusatory and the defendant lawyer did not appeal against the verdict. There were some circumstances, which correlated his guilt. An eyewitness claimed that Pusoma entered the house in the afternoon of the questioned day. Additionally the sample scent collected from Pusoma was identified by the scent identification dogs during the criminal procedure. Pusoma was in the house, but not at the time of the commitment. At the station house, Pusoma wrote a letter in which he declared himself guilty, and gave it for his fellow prisoner.

In 1996, a prisoner said his fellow prisoner has committed that murder and an innocent person was sent to prison for his fellow prisoner's crime. The case was open for revision. The Court declared that the eyewitness was mentally ill. Therefore, it revealed that the fellow prisoner wanted to deal with police so the contents of the letter were doubtful. Pusoma, who would be later acquitted by the Court, claimed for damages On January in 1997, but it had to be rejected. If an accused who did not appeal against the condemnation, he was not entitled to any compensation even if he was innocence, declared the Court. On 5 August in 1997, Pusoma hung himself.

Heirs to Pusoma continued the compensation procedure, which finished in 2002 with rejection for the above-mentioned reason. In 2007, it was the first showing *No mercy* was based on the story of Pusoma Dénes.<sup>11</sup>

### 3.3 The case of János Magda

25th October in 1983, an unknown perpetrator killed a 7 years old girl. He lured her to a cemetery not far from her flat. The perpetrator gagged her mouth with a handkerchief, trucked the back of her head by stone and after he put her under a tombstone where the girl choked to death. János Magda was the first suspect and after the day of commitment, he was accused. The Court returned a verdict for the 3rd day of trials in 1984 5<sup>th</sup> of June.

---

<sup>11</sup> [Http://www.jogiforum.hu/interju/28](http://www.jogiforum.hu/interju/28).

The Court put him to death for brutality and felon motivation.<sup>12</sup> The Court of First Instance accepted the results of scent identification line-ups by 4-4 dogs based on the free evaluating evidence system. The Supreme Court of Appeal overturned judgement of first instance and remanded for a new trial for the lower Court. During the renewal of proceeding the Court did not accepted the scent identification line-ups results as incriminating evidence based on the deficiencies of investigation. Therefore, the Court claimed that the scent identification line-up is only a tool of investigation.<sup>13</sup>

During the criminal procedure, it was not an important circumstance that there was no indirect evidence against the defendant. János Magda theory of defence was simply: deny the commitment all the time. During the investigation, the disappearance of the girl was established by exactly. Therefore, it needed to search witnesses. One witness made an incriminating testimony against János Magda the next day. She said that she saw him in the cemetery at 25<sup>th</sup> of October and he menaced her. She saw him again at 26<sup>th</sup> of October in a bar and her familiar named Magda. During the police line-up, she recognized him. The problem was that she reported to the police he stole flowers from the cemetery and it was not connection with the murder. Her trustworthiness was worse about her alcohol abuse and she made differing statement about the time of meeting Magda before the Court. The next witness saw also Magda in the cemetery and she also reported it to the police. Her son was a schoolmate of the killed girl. Consultants said at a later date that she did not see the man because in this season between 5:00 and 5:30 pm it was be dark soon and the features of anybody were hidden. Her trustworthiness was also weak. One more important thing happened before the police line-up: she saw Magda was cuffed. Other witnesses described differently the man's clothing that they saw at the questionable day.

---

<sup>12</sup> A Magda-ügy – Egy híres bűnügy a magyar jogtörténetből. /The Magda case- A famous crime int he hungarian criminal proceedings history./ <http://www.jogiforum.hu/hirek/32328>.

<sup>13</sup> Katona Géza: A szagazonosítás büntetőeljárásjogi kérdesei. /The criminal proceeding's questions of the scent identification line-up./ Az ORFK Kutyzvezető-képző Iskola, Dunakeszi, 1997. pp. 23.

János Magda's alibi was that he spent his time at home and before he met his companion at the bus. His companion could not say the exact day when she met with him at the bus.<sup>14</sup>

Physical evidence and expert testimony was not enough to prove guiltiness of János Magda. At the area of dead girl body there was no evidence which was evaluated during the investigation. No evidence, which permit of unique identification. On the surface of Magda's clothes and shoes soil residuum and textile were found, which were equalled the type of textile of the victim and the type of the ground of the cemetery. Nevertheless, these materials were not found only in the cemetery and there were some people who had the same type of textile, which composed their clothes.

The connection between János Magda and the 7 years old girl, and János Magda and the gravestone was essential point of the proving. The scent identification line-up was also act a part in this task. Therefore, the final judgement did not attach importance to it. The other possible connection was a handkerchief in Magda's pocket of his trouser. The serology examination showed that the handkerchief contained human saliva and sugar. The saliva did not originate from Magda, therefore it comported with the girl's traits. Magda made different confessions about the handkerchief, but the other problem was during the proving that the rules of the search and the management of evidence were not sufficient and the rules of legal procedures were hurt. The results of polygraph examination were also not accepted by the Court in the renewal procedure based on the lack of the explanation of natural sciences.<sup>15</sup>

The Court dispensed him because his guiltiness could not be proved.

---

<sup>14</sup> She hurt on her neck with mysterious way in 1985. Two years later, Magda hit her and she suffered permanent infirmity. In 1991, she died. The medical expert diagnosed the cause of death in choke. The circumstances of the case were similar as the girl. There were no direct evidence but the chain of custody with circumstantial evidence was enough to sentence him for 15 years by the entry-level Court. Therefore, the final judgement was not pronounced because Magda dead in the prison. <http://www.jogiforum.hu/hirek/32328>.

<sup>15</sup> Katona Géza: Még egyszer Magda János bűnygyéről. /Once More about János Magda's crime./ In: Belügyi Szemle, 1986/8, p. 96-104.



### **3.4 Scent identification line-up and an abuse of administrative authority case**

In 1996, the Court sentenced an ex-police man for 6 months and suspension of sentence on probation for 2 years. Short conclusion of fact: the victim drove through the red lights. The patrols saw this case and stopped him. One of the three patrols said to the injured party that the instant fine will be cheaper than the misdemeanour proceeding. The injured party paid 5.000 forint (approximately 17-18 euro) for the accused, but he did not get an issue receipt and did not ask for it. Not long after, the misdemeanour proceeding was started against the aggrieved party. Some witness testimonies were available (from the other patrols), but they were ambiguous and the injured party's testimony was available. Besides these things, there was a result of scent identification line-up. Two dogs identified five times the scent of accused. For the identification method, the questionable banknote was performed. A witness said, that the accused asked her to get the samples before the identification. The witness said to him that the procedure was done. According to the opinion of the Court, the result of the scent identification line-up is not preemptory evidence, but only is assistant evidence, which confirms or degrades the other evidence. In this case, it has been proved that the accused was guilty (testimonies) without the result of scent identification line-up, according to the Court.<sup>16</sup>

## **4 Connection with miscarriage of justice**

### **4.1 Miscarriage of justice**

The typical miscarriage of justice situation is when an innocent person is being sentenced or punished by the Court. The Innocence Project<sup>17</sup> enlisted causes which are the possible results of the miscarriage of justice.<sup>18</sup> For example, in the case of Alejandro Dominguez it was proved that the jurors blind faith in the result of serology. Before the rising of DNA testing, serology was the only means to help the identification of the source of blood

---

<sup>16</sup> Number XI. 162/1996/7. verdict.

<sup>17</sup> The aim of Innocence Project is to develop the criminal justice system in the future. The organisation revises the wrongful conviction in the United States. <http://www.innocenceproject.org/>.

<sup>18</sup> [Http://www.innocenceproject.org/understand/Unreliable-Limited-Science.php](http://www.innocenceproject.org/understand/Unreliable-Limited-Science.php).

at the crime scene. With one false eyewitness testimony, he was convicted for 9 years. The experts at the Court did not tell the jury that the questionable semen, which was found at the victim's body, could have the source from another man in America. The possibility was 75%. After the result of DNA testing, he was released. Using the Daubert criterions<sup>19</sup> is also part of decision-making in the United States. The classification of justizmord in the United States summarize in the next points. (1) Direct causes like the public pressure, the prejudice against the accused, the fault of cross-examination and the bias of the law enforcement. (2) Indirect causes like false police parade, eyewitness testimony and false admission of culpability, the mistake of law enforcement by investigator, by the prosecutor, by the expert etc. Besides the above-mentioned things another research showed that (3) the negligence of officials, misidentification by a witness, forced confession, framing, and (4) police errors, dishonest informers, incompetence defence counsels lead to the wrongful conviction. In Hungary, Fenyvesi classified also the causative factors of miscarriage of justice. Highlighted some of them: (1) branch of the criminalistics as a science it will be criminal technique (eg. fault of crime scene investigation), criminal tactics (eg. wrongful tactics using) and criminal methodology. For example (2) the fault with material residuum, trace evidence and documents connected with the group of criminalistics pyramid.<sup>20</sup> According to the fault dangerous rate (3), the most dangerous (misidentification by a witness), dangerous – in usually it won't be impeachment –, like wrongful scent identification line-up (in the case of false negative), the fault of search and the last one is the less dangerous category which includes the baseless examination with polygraph. From (4) the point of view of the perpetrator (or the putative suspect) we classify faults which in favour of the suspect (eg. false witness testimony) or faults which incriminate the suspect. The fifth group (5) consists of the overt

<sup>19</sup> Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579. Before the federal Courts, Supreme Court controlled the admission of expert testimony in 1993. Daubert criterions define the validity of scientific testimony. There are 5 criteria of reliability. 1) The technique had to be tested in practice not only under normal laboratory conditions. 2) The method has been tested, peer-reviewed and published. 3) The method has a known error rate. 4) The method is standardised. 5) The method is generally accepted.

<sup>20</sup> See more specifically about the Pyramid. Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika piramismodelleje és alapelvei. /Model and Primary Principles of Criminalistic Pyramid./ Belügyi Szemle, 2012/10, p. 14-26.

and secret faults, for example, the latter inheres the data from dishonest informers. The last one (6) group classify by the “station” of the procedure (during the investigation or during the court proceedings).<sup>21</sup>

#### 4.2 Concerning for the cases

Using the classification of Fenyvesi, in the above-mentioned cases, the following statements declare:

1. Forasmuch as Ambrus confessed the commitment of the bank robbery what the Szűcs twins were accused, in this case we established that the scent identification dogs were wrong. Add to the other disturbing circumstances, as long ago the law enforcement wanted to catch the whiskey robber and the public pressure also was high, not to mention that the misidentification of the witness and the possibility of that the dogs were wrong. (As opposed to the Polish method for example, in Hungary the dog-handler knows which glass jars contain the questionable sample. The clever Hans effect also influences the results.)<sup>22</sup> In the event that the identification line-up could have been record, it would be too difficult to evaluate and adjudge this possibly version. Returning to the classification in this case the faults sourced from the faults connection with the material residuum (wrong identification line-up) means evidence against the suspects etc.
2. In the second cases, the results of the scent identification line-up are connected to the Pyramid model of criminalistics.<sup>23</sup> With positive

<sup>21</sup> Fenyvesi Csaba: A justizmordhoz vezető kriminalisztikai hibák. /Faults of criminalistics which leads to justizmord./ In: Belügyi Szemle, 2014/3. p. 30-59.

<sup>22</sup> See more specifically from the author: The Hungarian method of scent-identification line-up. Legal Journal of the National University of Ostroh Academy. p.1-8. <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14hoosil.pdf>; A lengyel és a magyar szagazonosítás összehasonlítása. /Comparison the Hungarian scent identification line-up with the Polish method./ p. 203- 215. <http://peme.hu/userfiles/A%20tudom%C3%A1ny%20szolg%C3%A1lat%C3%A1ban%20-%20II.%20k%C3%B6tet.pdf>.

<sup>23</sup> In the latest monographic by Fenyvesi Csaba, also deals with the Criminalistic Pyramid. The basic of the pyramid are the seven main questions (what, where, when etc.), in the second station of the pyramid consists the mediators (trace, material residuum, documents and confession) whom helps to reach to the peak: the identification. See more specifically: A kriminalisztika tendenciái. A bűnügyi nyomozás múltja, jelene és jövője. /Tendencies in Criminalistic. The Past, Present and Future of Criminal Investigation./ Budapest, Pécs: Dialóg Campus Kiadó. 2014.

matching, when the scent identification dog signals the identity between the sample scent with the crime scene scent, we did not know the answer for one of the seven main questions. Namely, *When was the suspect at the crime scene*. So in this case, maybe Pusoma was at the crime scene, at the home of the old woman, but not in the murder's time. The verdict of the Court based on false confession besides the result of scent identification line-up.

3. The third case is also interesting and connection with the (2) problem. The dogs identified Magda's scent. In the renewal proceedings, the Court excluded it from the list of evidence. The chain of custody collapsed, and the results of the scent identification line-up was not too convincing besides the deficiencies of investigation. This was a classical example of the false testimonies, wrong investigation methodology.
4. In the case of abuse of administrative authority unfortunately from the verdict is not clear that the banknote when was engaged. This question raises an issue: how much time is enough to attach the unique scent of perpetrator in the banknotes and the earlier human scent why not disturbing the identification. If the banknote was in the accused's wallet for a long time, the other "personal" scents (for example the scent from his palm and fingers connected with the wallet, and the banknote alike) combined with the banknote, and therefore the banknote is appropriate to the scent identification line-up. Besides the result of the line-up, the witness testimony was enough for alone to sentenced the accused. In this case the result was an added information which went against the accused.

## 5 Conclusion

Considering the elimination of scent compounds, the crime scene scent - with the odour of perpetrator - was not collecting in all of the cases. To sum it up, the above-mentioned statements, and case-studies, the result of scent identification line-up would not be direct evidence before the Court. Of course if the suspect claimed that he never was at the crime scene, his trustworthiness is disputable.

The scent identification dog compares the sample scent pattern (which was collected from the potential suspect) with the scent from the crime scene.

The legal regulation defines the rules of collecting, preserving and storage method of scent. During the investigation, it is a means to exclude or confirm the versions.<sup>24</sup> In regarding to the special identity procedure, there are some questions about the forensic and legal availability and admissibility. For example what is the object of identification?; Which compounds are in the human scent?; What the dogs do during the procedure?; How much error rate? etc. Before the Court the above questions also mentioned. The answers depend on the national method of scent identification line-up and the national admissibility alike.

Therefore the future of scent identification line-up will define the exact compounds of human scent, (the centre of the human identification) with analytical method. There are some discernible as such as the evaporation of scent molecules and the dangers of contamination. The regulation of the scent identification method and preliminary steps (collecting, preserving etc.) for the above phenomenon mentioned are very important indeed. The appropriate scent identification dog tends to the success of the procedure.

## Literature

Angyal Miklós, Kricskovics Antal: Helyszíni halottvizsgálat. Elméleti alapok és gyakorlati útmutató. /Crime Scene Death Investigation. Theoretical basis and practice guide./ Pécs: Korszerű Családorvos Képzésért Alapítvány. 2014, p. 8-14.

Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika piramismodellje és alapelvei. /Model and Primary Principles of Criminalistic Pyramid./ Belügyi Szemle, 2012/10, p. 14-26.

Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika tendenciái. A bűnügyi nyomozás múltja, jelene és jövője. /Tendencies in Criminalistic. The Past, Present and Future of Criminal Investigation./ Budapest, Pécs: Dialóg Campus Kiadó. 2014.

---

<sup>24</sup> See more specifically: Hautzinger Zoltán: Az emberi szagok kriminalisztikai azonosítása. /Human Scent Identification./ In: Fenyvesi Csaba – Herke Csongor (szerk.): Emlékkönyv Vargha László egyetemi tanár születésének 90. évfordulójára PTE ÁJK, Pécs, 2003. p. 79.–89.

- Fenyvesi Csaba: A justizmordhoz vezető kriminalisztikai hibák. /Faults of criminalistics which leads to justizmord./ In: Belügyi Szemle, 2014/3. p. 30-59.
- Hautzinger Zoltán: Az emberi szagok kriminalisztikai azonosítása. /Human scent identification./ In: Fenyvesi Csaba – Herke Csongor (szerk.): Emlékkönyv Vargha László egyetemi tanár születésének 90. évfordulójára PTE ÁJK,Pécs, 2003. p. 79.–89.
- Horváth Orsolya: A kriminalisztikai szagazonosítás jelene és jövője. / The present and the future of scent identification line-up./ In: Belügyi Szemle, 2013/2, p. 88-102.
- Horváth Orsolya: A lengyel és a magyar szagazonosítás összehasonlítása. / Comparison the Hungarian scent identification line-up with the Polish method./ p. 203- 215. <http://peme.hu/userfiles/A%20tudom%C3%A1ny%20szolg%C3%A1lat%C3%A1ban%20-%20II.%20k%C3%B6tet.pdf>
- Horváth Orsolya: The Hungarian method of scent-identification line-up. Legal Journal of the National University of Ostroh Academy. p.1-8. <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14hoosil.pdf>
- Ludvik Pinc, Ludek Bartos, Alice Reslová, Radim Kotrba: Dogs Discriminate Identical Twins. PLoS ONE 6 (6): e20704. doi:10.1371/journal.pone.0020704, 2011. <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0020704>
- Katona Géza: A szagazonosítás büntetőeljárásjogi kérdesei. /The criminal proceeding's questions of the scent identification line-up./ Az ORFK Kutya vezető-képző Iskola, Dunakeszi, 1997. pp. 23.
- Katona Géza: Még egyszer Magda János bűnygeről. /Once More about János Magda's crime./ In: Belügyi Szemle, 1986/8, p. 96-104.
- Paola A. Prada, Allison M. Curran, Kenneth G. Furton: Human Scent Evidence. Boca Raton, London, New York: CRC Press, 2014.
- Tremmel Flórián: Bizonyítékok a büntetőeljárásban. /Evidence in the criminal proceedings./ Budapest, Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2006. p. 181.

### Contact e-mail

*horvath.orsolya@ajk.pte.hu*

---

# New rules of criminal procedure in the matter of evidence administration

*Ruxandra Raducanu*

*Adi Oroveanu Hantiu*

University of Craiova

## **Abstract in original language**

Procesul penal constituie un proces de cunoaștere în care organul judiciar penal trebuie să ajungă la aflarea adevărului printr-o activitate de probațiune. Noua legislație procesual penală română (Codul de procedură penală intrat în vigoare la 1 februarie 2014) reglementează cu caracter de noutate principiul loialității administrării probelor care interzice întrebuițarea de violențe, amenințări sau alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri în scopul obținerii de probe. Acest nou principiu aduce garanții privind respectarea drepturilor și libertăților persoanei în procesul penal care nu trebuie afectate în niciun fel cu ocazia administrării probelor, chiar dacă acestea sunt necesare în vederea aflării adevărului în cauza penală.

## **Keywords in original language**

administrarea probelor; principiul loialității; probă; procedură penală.

## **Abstract**

The criminal trial is a process of cognition in which the criminal judicial body must reach the truth by way of probation. The new Romanian criminal procedure legislation (The Criminal Procedure Code, which entered into force on February 1, 2014) regulates with a novelty character, the loyalty in the matter of evidence administration principle that prohibits the use of violence, threats or other forms of constraint as well as inducements and exhortations to obtain evidence. This new principle brings guarantees to the rights and freedoms of individuals in criminal cases, that should not be affected in any way during the administration of evidence, even if they are necessary to establish the truth in a criminal case.

## Keywords

Evidence Administration; Principle of Loyalty; Evidence; Criminal Procedure.

### 1 The notion, importance and assessment of evidence in the criminal trial

A criminal trial is a knowledge process in which the criminal judicial body must find out the truth while producing evidence for the purpose of establishing the existence of facts, therefore the judicial bodies make use of evidence obtained by means of proof.

Etymologically, the Romanian word “probă” (meaning ‘evidence’, ‘proof’) comes from the Latin “probatio” which in turn originates in the word “probus” which meant good, honest.

In the legal literature, the notion of judicial evidence has been defined from several perspectives, in the sense that some authors defining evidence referred only to the notions of truth and certainty, some others made reference to the means of proof, while others only to the fact providing evidence.

Such a lack of unity of views is mainly found in civil matters, caused by the lack of a legal definition of evidence, unlike criminal matters where the notion of evidence is defined even in a text of the Code of Criminal Procedure, i.e. under art. 97.

The prevailing view expressed in our specialized literature by researchers in civil law is that the term of evidence is likely to be assigned several meanings, namely:

- evidence can have the meaning of means providing evidence, i.e. the means of persuasion which can actually determine the existence or non-existence of a fact generating rights and obligations;
- evidence denotes the operation of presenting before judicial bodies the means and methods of proof, i.e. the means of persuasion tending to establish a legal fact;
- evidence can also have the meaning of the effect of collecting evidence, i.e. the result obtained by presenting the legal means of persuasion, thus establishing whether the proof is relevant, or the proof is or is not complete.



Summarizing the three meanings of the notion of evidence, it can be concluded that evidence has the meanings of burden of proof, means and result.

The definition of evidence is governed by art. 97 of the Code of Criminal Procedure in accordance with which evidence refers to any factual element which may be used to establish the existence or non-existence of an offence, to identify the person who committed it and to know the circumstances necessary for deciding upon the case and finding out the truth in criminal proceedings.

In terms of functionality, evidence is doublefold in a criminal trial, namely:

- a) evidence is an instrument of knowledge through which the judicial body establishes the truth;
- b) evidence is simultaneously an instrument of proof.

The importance of evidence in criminal proceedings consists in the fact that the criminal justice system mainly depends on evidence, because from the time the criminal trial started until a final judgment is delivered, all the issues of the case are settled by evidence.

The assessment of evidence is the essential element of the entire activity of producing evidence, since the whole workload of the judicial bodies is reflected in the final solution based on the appropriate evaluation of evidence.

In modern criminal proceedings, the law does not generally offer a classification of evidence, it does not give it a certain degree of credibility and probative force, modern law introducing the theory of the free assessment of evidence.

In our legal system, prior assessment of evidence by the law is not admitted under any circumstances, our Code of Criminal Procedure expressly enshrining this view in art. 103 which provides that “evidence does not have any value previously established by law”.

The principle of the free assessment of evidence is reflected in art. 103 of the Code of Criminal Procedure providing that “evidence is subject to free assessment by judicial bodies following the evaluation of all the evidence administered in the case”.

Pursuant to art. 103 (2) of the Code of Criminal Procedure, when deciding on the existence of the offence and the guilt of the defendant, the court delivers a judgement on the merits of the case with reference to all assessed evidence and the conviction is imposed provided that the court is convinced that the charge has been proved beyond reasonable doubt.

The legislature has expressly mentioned in art. 103 (3) of the Code of Criminal Procedure that the decision of the court cannot be based on the statements of the investigator, collaborators or protected witnesses.

Therefore, judicial bodies should administer a set of proofs which must corroborate each other; and should have the belief that the evidence reflects the truth.

The object of proof is the body of facts and factual circumstances which must be proved in a criminal case in order to reach a solution.

The object of proof, in accordance with art. 98 of the Code of Criminal Procedure, is:

- a) the existence of the offence and its commission by the defendant;
- b) the facts relating to civil liability when there is a civil party;
- c) the facts and factual circumstances upon which the law enforcement depends;
- d) any circumstance necessary for finding a just solution to the case.

The object of proof from the criminal perspective of the case.

From the moment an accusation has been made against a person, the facts and factual circumstances confirming it must be proved, namely:

- the existence of all the elements of the offence;
- the evidence should include reference to the author of the act and all the persons who participated in the commission of the offence and the role they had in the criminal activity;
- the form of guilt must be proved, just as premeditation and purpose;
- the evidence should also refer to place, time, means of committing the offence;
- the circumstances enabling a fair individualization of criminal sanctions, namely the state of relapse, aggravating circumstances or mitigating circumstances.

Groundless charges may be brought against a person, and in this case one must prove the facts leading to the existence of one of the cases provided under art. 16 of the Code of Criminal Procedure

## **2 The object of proof from the civil perspective of the case**

In support of civil claims, it is necessary to establish the circumstances showing that the damage was caused by the offence for which the defendant is on trial, the nature and scope of the damage, its value, the appropriate way to repair the damage; if the remedy is in kind, one must prove that the objects found with the defendant belong to the civil party, in order to give them back, or one must establish the situation prior to the commission of the offence in order to restore this situation; legal fees must also be proved.

## **3 Facts and circumstances which cannot make the object of proof**

Criminal matters enshrine the rule of the admissibility of proof regarding circumstances necessary for clarifying the case.

There are also inadmissible facts if they contradict the laws or are contrary to our view of the world and society.

Thus, when the law provides an absolute presumption, it is forbidden to prove the contrary, such as, for example, the existence of the mental capacity of a 12-year minor that the law presumes as non-existent, without any possibility of proving otherwise.

There is no need to prove facts and circumstances which in our view are not possible, for instance, it is not admissible to prove that a person's death was caused by ghosts.

## **4 Facts and circumstances that need not be proved**

In criminal proceedings there are circumstances that need not be proved, since the law or our knowledge of the world or society considers certain facts as existent or non-existent, as follows:

1. In the case of relative legal presumptions, the one raising the relative presumption does not have the obligation to prove the alleged fact, but the opposing party is entitled to prove the contrary

2. Obvious and notorious facts need not be proved, as there is a proof dispensation.

Obvious facts are the knowledge of the world and are acquired from life experience; thus, there is no need to prove such circumstances as: there is light at day time, objects fall from the top down etc.

Notorious facts are known by a wide range of people and, being known to the public, they need not be proved. The notoriety of certain facts may be general or local, and therefore the degree of notoriety and thus the proof dispensation is assessed from case to case, and in particular by the judicial body.

3. The facts which are non-contested by those participating in a criminal case need not, as a rule, be proved, but in the case of non-contested facts which are crucial for solving the case, the judicial bodies are required to prove them.

## **5 The burden of proof**

In judicial language, the Romanian term “probațiune” (‘probation’ with the meaning of ‘production of evidence’) designates the operation of producing evidence in court and its result, the judicial production of evidence actually representing the activity of establishing legal acts or facts giving rise to rights and obligations of the parties to a legal relationship, as provided by law.

The duty to prove the fact related to the legal relationship, i.e. the operation to restore at present what happened in the past, is the burden of proof.

The specialized literature has defined the burden of proof as the procedural obligation incumbent on the participants in the judicial activity to prove the circumstances which make the object of proof.

Knowing the person the burden of proof lies with, is one of the fundamental issues of law, and it is equally important in practice.

The burden of proof means the obligation to administer evidence in criminal proceedings.

Pursuant to art. 99 of the Code of Criminal Procedure, in criminal proceedings the burden of proof lies mainly with the prosecutor, and in civil proceedings – with the civil party and the prosecutor exercising the civil action if the injured person lacks legal capacity or has limited legal capacity.

The parties and the main subjects in the proceedings have no burden of proof.

The suspect or defendant is presumed innocent, he has no duty to prove his innocence and has the right not to contribute to his own indictment.

The injured person, the suspect and the parties are entitled to propose the administration of evidence to the judicial bodies.

## **6 The administration of evidence**

As for the way of administering evidence, one should distinguish between the stage of the prosecution and that of the trial.

In the prosecution stage, the prosecuting bodies are required to clarify the case by means of proof, and therefore they produce and administer evidence both in favour and against the suspect or the defendant, either *ex officio* or on request.

During the trial, the court has knowledge of the evidence administered during the first stage, therefore they only verify its accuracy, occasion on which all necessary clarifications and completions are made.

The new evidence is administered by the court at the request of the prosecutor, the injured party or parties. Secondly, the court administers evidence *ex officio* whenever necessary to make an opinion, when this necessity arises out of the development of proceedings.

The application regarding the administration of evidence formulated during the prosecution or trial is accepted or rejected by the judicial bodies. The judicial bodies may reject an application concerning the administration of evidence in the following situations:

- the evidence is not relevant in relation to the object of proof in question;
- it is estimated that in order to prove facts which constitute the object of proof, there is sufficient evidence;
- the evidence is not necessary, since the fact is notorious;
- the evidence is impossible to obtain;
- the application has been made by a person who is not entitled to make it;
- the administration of evidence is contrary to the law

Particularly important in the matter of producing evidence in criminal proceedings is the principle of loyalty of evidence administration, which is new in the Romanian legislation, being introduced by the provisions of the new Code of Criminal Procedure entered into force on 1 February 2014. Thus, in accordance with art. 101 of the Code of Criminal Procedure, it is prohibited to use violence, threats or other forms of constraint, as well as inducements or exhortations in order to obtain evidence. Therefore, to be used in criminal proceedings, the evidence must be obtained without using any means which may influence its quality and the way in which it actually proves a particular circumstance. It is obvious that it is prohibited to use coercion in order to obtain evidence, as well as other means which do not involve coercion, but persuasion in the sense of inducements or exhortations which can affect the loyalty of evidence administration.

A reflection of the principle of loyalty as well, is the prohibition of hearing techniques or methods that affect a person's ability to consciously and voluntarily recall and give an account of the facts constituting the object of proof. The interdiction is maintained if the person consents to the use of such methods or techniques of hearing, since they were provided not to protect the freedom of the person to make statements, but the quality of the evidence obtained by the person's statement. Therefore, the person's ability to consciously and voluntarily recall and give an account of the facts is essentially related to the quality of the evidence thus obtained.

Another guarantee of the loyalty of evidence administration is the interdiction imposed on criminal judicial bodies or other persons acting for them, to cause a person to commit or continue the commission of a criminal offence in order to obtain evidence.

The observance of this principle is guaranteed by sanctions for breach of the rules established by the provisions of art. 101 of the Code of Criminal Procedure. Thus, in accordance with art. 102 the evidence obtained by torture, as well as the evidence derived from it may be used in a criminal trial. The nullity of the act authorizing the administration of evidence or by which it was administered, determines the exclusion of evidence. In the event of derived evidence, the exclusion operates if it was directly obtained from unlawfully obtained evidence and could not be obtained otherwise.

## 7 Conclusions

The assessment of evidence is not possible without verification through new evidence aiming to confirm it and leading to certainty, which means producing and administering new evidence.

The complete and fair assessment of evidence must be based on a thorough analysis of evidence and synthesis of the assessment, on the examination of evidence in its entirety.

The examination of each item of evidence contributes to the removal of all that is uncertain and not related to the case, and within the synthesis operation the evidence is examined in its entirety and on this occasion some evidence is confirmed by all the other, leading to certainty with regard to the truth that it expresses.

### Literature

- Adi Oroveanu-Hanțiu, Drept procesual penal. Partea generală, Ed. C. H. Beck, București, 2009.
- Gh.Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil; Subiectele dreptului civil, Casa de editură și presă “Șansa”, București, 1992.
- A. Ionașcu, Probele în procesul civil, Ed. Științifică, București, 1969.
- I. Dogaru, Drept civil român - Tratat, vol.I, Ed. Europa, Craiova, 1996.
- V. Dongoroz ș.a., Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, partea generală, vol. I, Ed. Academiei, RSR, București, 1975.
- S. Kahane, Drept procesual penal, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1963.
- Gr. Theodoru, L. Moldovan, Drept procesual penal, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1979.

### Contact – e-mail

*raducanuruxandra@gmail.com*  
*adi.hantiu@yahoo.com*

## **Vědecká redakce MU**

prof. PhDr. Ladislav Rabušic, CSc.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.  
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.  
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.  
prof. PhDr. Petr Macek, CSc.; PhDr. Alena Mizerová  
doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.; doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.  
Mgr. David Povolný; Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.  
prof. RNDr. David Trunec, CSc.; prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.  
prof. PhDr. Marie Vítková, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková  
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

## **DNY PRÁVA 2014 – DAYS OF LAW 2014**

### **Část VII. – Sborník příspěvků z oblasti veřejného práva**

**Eds.: Mgr. Jakub Hanák, Ph.D., JUDr. Milana Hrušáková, Ph.D.,  
JUDr. Jiří Valdhans, Ph.D.**

Vydala Masarykova univerzita v Brně roku 2015

Spisy Právnické fakulty MU č. 526 (řada teoretická)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, J. Hurdík, V. Kalvodová,  
V. Kratochvíl, P. Mrkývka, R. Polčák, N. Rozehnalová

1. vydání, 2015

ISBN 978-80-210-7903-8